

NORMAS INTERNACIONAIS E COMPETÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DE ACORDO COM O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: ANATOMIA, INTERPRETAÇÃO, PROPOSTAS

International Standards and Responsibility Competition According to the International Criminal Court: Anatomy, Interpretation, Proposals

DIMITRIS LIAKOPOULOS

Full Professor of European Union Law at the Fletcher School-Tufts University (MA in international law and MA of Arts in Law and diplomacy). Full Professor of International and European Criminal and Procedural Law at the De Haagse Hogeschool-The Hague. Attorney at Law a New York and Bruxelles.

Resumo: O direito penal internacional, por suas características intrínsecas, o lugar da pluralidade e da pluralidade, em que a resposta de normas e crimes encontra sua manifestação mais natural e lógica. No presente trabalho com o aparente competição de Normas no direito internacional penal e, em particular, as hipóteses de convergências normativas estabelecidas entre o crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, tal como definido pelo Estatuto de Roma e Aplicada do Tribunal Penal Internacional . A análise distingue os casos de concorrência intra-categórico, que incluem as convergências que ocorrem dentro da mesma categoria de crime, e as hipóteses de concorrência inter-categórico, convergências que ocorrem relativas às diferentes categorias de Entre os crimes. No fundo, o caminho tomado qualquer Essa consciência para a racionalização e simplificação da competição de padrões deve chegar a um acordo com a impossibilidade de eliminar ou destruir o fenômeno da convergência a priori, como é inevitável.

Palavras-chave: competição de regras, ICC, ICTY, ICTR, SCSL, ECCC, crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra, justiça criminal internacional

Abstract: International criminal law constitutes, by its intrinsic characteristics, the place of the multiple and the plurality, in which the contest of norms and crimes finds its most natural and logical manifestation. The present paper deals with the apparent competition of norms in international criminal law and, in particular, the hypotheses of normative convergences established between the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes as defined by the Statute of Rome and applied of International Criminal Court. The analysis distinguishes the cases of intra-categorical competition, which include the convergences that occur within the same category of crime, and the hypotheses of inter-categorical competition, concerning the convergences that occur between the different categories of crimes. In the background, the awareness that any path taken towards rationalization and simplification of the competition of standards must come to terms with the impossibility of eliminating or destroying the phenomenon of convergence *a priori*, as it is inevitable.

Keywords: Competition of rules, ICC, ICTY, ICTR, SCSL, ECCC, crimes against humanity, genocide, crimes in war, international criminal justice.

1 INTRODUCTION

Although international criminal law is still far from the elaboration of a general theory of crime¹, from the analysis of the texts governing the activities of the various international jurisdictions (special and permanent) and the jurisprudence emerges the adoption of a bipartite conception of crime, inspired by the dichotomy of the Anglo-Saxon tradition between *actus reus* and *mens rea*². Thus the murder qualified as a crime against humanity is constituted by the objective elements of active or omitted conduct, by the death event, by the causal link, and by the subjective element of intentional malice.

Alongside this bipartite structure, which recalls the distinction between physical strength and moral force, international crime presents an additional and peculiar element of context, capable of describing at a normative level the collective scope in which crimes are committed (Contextual Element in English, *Chapeau* in French or *Gesamtat* in German): it will therefore be necessary to ascertain that the murder took place in the context of an armed conflict (war crime), an extensive or systematic attack on the civilian population (crime against humanity) or with intent to destroy in whole or in part a national, racial, ethnic or religious group (crime of genocide).

The reason for the presence of this requirement is justified by the collective nature of international crimes³, being set up by states or by parastatals that explicitly direct, order,

¹ESER, A. The need for a general part, in M. CHERIF BASSIOUNI (a cura di), **Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind**, ed. AIDP, Toulouse, 1993, pp. 43-61. AMBOS, K. **Remarks on the general part of international criminal law**, in *Journal of International Criminal Justice*, 4 (4), 2006, pp. 660-673. MANTOVANI, F. **The general principles of international criminal law: The viewpoint of a national criminal lawyer**, in *Journal of International Criminal Justice*, 1 (1), 2003, pp. 26-38. AMBOS, K. **La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática**, ed. Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

²KEITH, K.M.F., **The mens rea of superior responsibility as developed by ICTY jurisprudence**, in *Leiden Journal of International Law*, 14 (4), 2001, pp. 618ss. AMBOS, K. **Treatise on international criminal law. Foundations and general part**, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 97ss.

³"(...) the heart of international criminal law remains collective in nature (...)", according to the author: FLETCHER, G.P., **The stories lectures. Liberals and romantics at war: The problem of collective guilt**, in *Yale Law Journal*, 111, pp. 2002ss. According to the author: "(...) there is no term fraught with greater ambiguity than that venerable phrase that haunts Anglo-American criminal law: *mens rea*". The confusion over the meaning of the term continues to exist in modern criminal law, which is fuelled by the perpetual theoretical debates on the

promote⁴ or tolerate their commission (the so-called system criminality)⁵. One thinks of the extermination of six million Jews during the Holocaust, or of the genocide committed in Rwanda⁶: in both scenarios crimes were part of a broader context of collective, organized and systemic violence. The element of context that allows to qualify some typical behaviors as offenses to legal assets belonging to the international community (incriminating function)⁷. A murder, rape or theft, which are already in itself a crime within the state legal systems, they harm or threaten "the peace, security and welfare of the world"⁸ if committed in a context of systematic force and organized, and in this way justify their criminalization within the

nature of various *mens rea* standards and the principle of culpability (...)"'. See also: GAETA, P. The history and the evolution of the notion of international crimes, in BELLELLI, R. (a cura di), **International criminal justice. Law and practice from the Rome statute to its review**, Ashgate Publishing, Farnham, 2010, pp. 169-180. CASSESE, A. GAETA, P. **Cassese's international criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 37ss. For the *Makrokriminalität* see also: Art 6 Abs. 1 Statute of the Special Court for Sierra Leone, SCSL-Agreement v. 16.1.2002 (SCSL-Statut); Art. 29 Abs. 1 Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, ECCC-Agreement v. 6.6.2003 (ECCC-Statute). In argument: JÄGER, H. **Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt**, ed. Suhrkamp, Berlin, 1989. JOECKS, W. MIEBACH, K. (Hrsg.), **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, C.H. Beck, München, 2017. BURKHARDT, S.U. **Vergewaltigung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit Sexualisierte Gewalt, Makrokriminalität und Völkerstrafrecht**, LIT Verlag, Berlin, 2005. MURMANN, U. **Problems of causation with regard to (potential) actions of multiple protagonist**, in Journal of International Criminal Justice, 12 (2), 2014, pp. 284ss. TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary**, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, Oxford, Baden-Baden, 2016. BOCK, S. **Zurechnung im Völkerstrafrecht**, in Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7-8, 2017, pp. 414ss. STUCKENBERG, C.F. **Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht: Versuch einer Elementarstrafrecht für eine übernationale Vorsatzdogmatik**, ed. De Gruyter Recht, Berlin, 2011, pp. 6ss. KONLE, K. **Makrokriminalität im Rahmen der jugoslawischen Sezessionskriege**, Herbert Utz Verlag, 2010, pp. 49ss. GLOBKE, C. **Die Auslieferung an den Internationalen Strafgerichtshof**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

⁴O'KEEFE, R. **International criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 59ss.

⁵The concept of system criminality has a double meaning: on the one hand, it refers to the organized context in which crimes are committed; on the other, it underlines the collective nature of crimes and the ways in which they are committed. See for more details: VAN SLIEDREGT, E. **Individual criminal responsibility in international law**, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 20ss. GROSSI, L.M. GREEN, D. **An international perspective on criminal responsibility and mental illness**, in *Practice Innovations*, 2(1), 2017, pp. 4ss. XAVIER, I. **The incongruity of the Rome statute insanity defence and international crime**, in Journal of International Criminal Justice, 14 (4), 2016, pp. 795ss. VAN DER WILT, H. NOLLKAEMPER, A. (a cura di), **System criminality in international law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2009. Part of the doctrine has used the expression "crimes of obedience" to identify criminal conduct that conforms to orders imposed by authority but considered illegal or immoral by most of the community. KELMAN, H.C. HAMILTON, V.L. **Crimes of obedience: Toward a social psychology of authority and responsibility**, Yale University Press, New Haven-London, 1989, pp. 46.

⁶SULLO, P. **Beyond genocide: Transitional justice and Gacaca Courts in Rwanda**, ed. Springer, Berlin, 2018.

⁷WERLE, G. JESSBERGER, F. **Principles of international criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 35ss.

⁸MACULAN, E. LIÑÁN LAFUENTE, A. Relaciones concursales, in GIL GIL, A. MACULAN, E. (a cura di), **Derecho penal internacional**, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2016, pp. 312ss.

international system.

International criminal law therefore plays a role in protecting and preventing offenses against the fundamental collective and universal juridical assets that can be traced back to humanity as such⁹. The collective element complicates the classical model of attribution of a fact to the offender, since it introduces a further level of imputation that has as object the interaction of individual conduct with the systemic, collective, massive component¹⁰. In international criminal law, therefore, the double level of potential overlaps and interferences gives the subject of the competition a level of greater complexity¹¹. One wonders if, in the face of this peculiar manifestation of the convergence of norms, the classical criteria of solution of the question-specialty, consumption and subsidiarity-are directly applicable internationally or if, on the contrary, it is opportune to create new ones¹².

2 THE STRUCTURAL RELATIONSHIP BETWEEN THE CASE IN POINT AS A STARTING POINT FOR A DOGMATIC OF THE COMPETITION RULES.

The construction of a dogmatic system in the field of the competition of norms capable of conferring systematic coherence and resolute predictability must necessarily abandon the

⁹MAY, L. **Crimes against humanity. A normative account**, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 80-95. The author resorts to the principle of offensiveness in order to delimit the area of intervention of the criminal instrument, proposing the following formulation: serious harm to the international community occurs whenever victims become targets of criminal conduct because belonging to a particular group and not because of some individual characteristics, or in all cases where crimes are committed by a state or another collective entity (cd. group-based harm approach).

¹⁰MARCHUK, I. **The fundamental concept of crime in international criminal law. A comparative analysis**, ed. Springer, London, 2014, pp. 113ss.

¹¹REED, A. BOHLANDER, M. (a cura di), **General defences in criminal law. Domestic and comparative perspectives**, Ashgate Publishing, Farnham, 2014. Finally, other authors still prefer to remain anchored to the quadripartite structure of crime and composed of the *actus reus* ("l'ensemble des éléments descriptifs qui caractérisent l'action ou l'omission prohibées"), from *mens rea* ("l'élément mental ou intérieur au perpétreur"), from the reasons for the exclusion of criminal responsibility and the objective conditions for the persecution of the crime (*ne bis in idem*, age of the defendant, immunity and extinction prescription). See in argument: KOLB, R. SCALIA, D. **Droit international pénal. Précis**, Helbing Lichtanhan, Bâle, 2012, pp. 65-67. According to our opinion, this last approach can not be accepted because it confuses the constitutive elements of the crime with factors external to the typical fact, such as the causes of exclusion of the penalty (immunity), or that intervene after the crime is already perfect, as the causes of extinction of the crime (prescription). PEAY, J. **Mental incapacity and criminal liability: redrawing the fault lines?**, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2015, pp. 4ss.

¹²ERDEI, I. **Cumulative convictions in international criminal law: Reconsideration of a seemingly settled Issue**, in *Suffolk Transnational Law Review*, 34, 2001, pp. 3ss. KELT, M. VON HEBEL, H. General principles of criminal law and the elements of crimes, in LEE, R.S. (a cura di), **The International Criminal Court. Elements of crimes and rules of procedure and evidence**, Transnational Publishers, New York, 2001, pp. 28ss.

casuistic approach adopted so far by the international courts¹³. On the one hand the identity is defined as a mere theoretical assumption or in any case a relation devoid of practical consequences-and incompatibility, which does not give rise to any convergence¹⁴. On the other hand the inclusion relation¹⁵, is placed, which occurs whenever the elements of a provision are entirely included in the definition of another case (unilateral specialty), and the interference relation, including both the hypotheses of reciprocal specialty and that of interference for the only conduct¹⁶. According to a theoretical reconstruction, it is necessary to distinguish the hypotheses of apparent competition from those of the actual competition of norms, placing within the two categories the abstract relations that give rise to convergence. The class of the so-called merger or apparent concurrence-also defined as fallacious or illusory competition (false or fake concurrence)-includes both the unilateral specialty reports, solvable according to the principle *lex specialis derogat legi generali*, and the relations of mutual specialty and interference, provided that they can be solved according to the *maius delictum absorbet minus principle*. The class of the so-called true concurrence, on the other hand, includes the hypotheses of interference by mere conduct, which give rise to a formal, homogeneous or heterogeneous competition. Although there are some differences between the approaches mentioned in relation to the number and type of relations between situations that can be established at an abstract level, it is undeniable that all the settings share a fundamental concern: conferring legality on the subject of the rules competition through (previous) abstract analysis of the possible interactions between cases and the (subsequent) placement of overlaps in the identified convergence classes.

In this regard, it is believed that international experience can offer an important methodological insight in the solution of the problem of convergence, allowing to enrich and expand the depth of the analysis to identify the ontological assumptions of the phenomenon of convergence. It is possible to state that in cases of incompatibility and heterogeneity no

¹³MACULAN, E. LIÑÁN LAFUENTE, A. Relaciones concursales, in GIL GIL, A. MACULAN, E. (a cura di), **Derecho penal internacional**, op. cit., pag. 310: "(...) las decisiones de los Tribunales ad hoc se han centrado estrictamente en los casos concretos (...) sin pretensión de formular unas reglas concursales generales y aplicables en vía cuasi-automática para los demás casos (...)".

¹⁴STUCKENBERG, C.F. Multiplicity of offences: Concursus delictorum, in FISCHER, H. KRESS, C. LÜDER, S.R. (a cura di), **International and national prosecution of crimes under international law, current developments**, ed. Nomos, Baden Baden, 2001, pp. 563ss.

¹⁵AMBOS, K. **Internationales Strafrecht**, C.H. Beck, München, 2014, par. 4.

¹⁶STUCKENBERG, C.F. Cumulative charges and cumulative convictions, in STAHN, C. (a cura di), **The law and practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 843ss.

normative overlap can occur. Lacking one of the ontological assumptions of convergence, these relations between the cases remain excluded-in the beginning-from the problem of competition¹⁷.

On the other hand, in cases of interference, defined as that relationship between cases in which the common nucleus does not produce legal effects for both standards, if not following the completion of the additional and heterogeneous elements, the competition will necessarily be real and will give rise to a formal competition of crimes. As a result, the potentially apparent competition between norms is reduced only to unilateral and mutual relations. In this place we must include the reflection on the legal principles that underlie the solution of the problem¹⁸.

It is appropriate to return to the choice of introducing a dichotomy necessary for the purpose of a better approach and solution of the problem. The reference is to the distinction between the intra-categorical contest hypothesis and the inter-categorical competition hypothesis. Being the structural approach due to a rigid and formal idea of legality, its adoption for the purposes of setting the issue of the competition in a context-such as the one outlined in the Rome Statute-where the definition of crimes does not respond exactly to the same a function and the same principles that support the category of typicality in national laws, results in need of a more careful motivation¹⁹. In this regard, the logical-structural approach seems preferable because: a) in addition to giving rationality to the system, the choice to set the problem on a rigid structural basis attributes a high degree of predictability of the solutions and, consequently, control over regulatory summaries, reducing the area of discretion that inevitably accompanies the judgments of value made by the judges in applying evaluation criteria; b) the study of comparative law has highlighted the universal appeal to logical criteria for the solution of the competition, also by the legal systems that do not provide for an *ad hoc* provision on the matter; c) the study of comparative law has also stressed that the logical-formal criteria prevail over the substantive evaluative criteria, or that

¹⁷ICTY, Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Judgment, TC, IT-95-14/2-T, 26 February 2001, par. 1032. ICTY, Prosecutor v. Momčilo Perišić, Judgment, TC, IT-04-81-T, 6 September 2011, par. 387. ICTY, Prosecutor v. Prlić et al., Judgment, TC-III, IT-04-74-T, 29 May 2013, par. 1254. SCSL, Prosecutor v. Sesay et al. (RUF), Judgment, TC, SCSL-04-15-T, 2 March 2009, par. 1191.

¹⁸KWIECIEN, R. **General principles of law: The gentle guardians of systemic integration of international law**, in Polish Yearbook of International Law, n. 37, 2017.

¹⁹LIAKOPOULOS, D. **Die Hypothese des Rechts auf ein faires Verfahren internationalen Strafgericht**, in International and European Union Legal Matters, 2012.

the latter take the place of a subsidiary if it is not possible to resolve the issue by making exclusive reference to criteria of a logical nature²⁰. Although the structural approach owes a formal conception of legality that seems distant compared to the technique of definition of crimes adopted by the Rome Statute²¹, it seems to us that its adoption does not contradict the spirit of the Statute; on the contrary, it ends up supporting the efforts made during the drafting of the Statute aimed at constructing a system based on a strong idea of legality to migrate from a substantive conception-adopted by the previous international criminal tribunals and too often approached the labels of "justice of the winners"²² or "of the strongest"²³-to a more formal²⁴. Proof is the first codification in a Statute of an International Criminal Court (ICC)-of the principle of legality²⁵.

The first class includes all the hypotheses of competition of rules that occur within the same category of crime²⁶: think of the regulatory overlaps between the various behaviors

²⁰AMBOS, K. **General principles of criminal law in the Rome statute**, in Criminal Law Forum, 10 (1), 1999, pp. 4-6. JESCHECK, H.H. **The general principles of international criminal law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC statute**, in Journal of International Criminal Justice, 2 (1), 2004, pp. 40-42. NOVAK, A. **The International Criminal Court: An Introduction**, ed. Springer, Berlin, 2015. MELLOH, F. **Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts**, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

²¹VAN SCHAACK, B. **The principle of legality in international criminal law**, in Santa Clara Law Review, 51, 2011, pp. 104ss. CHERIF BASSIOUNI, M. Principles of legality in international and comparative criminal law, in CHERIF BASSIOUNI, M. (ed.), **International criminal law, vol. I: Sources, subjects and contents**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2008, pp. 73-105.

²²SIKKINK, K. **The justice cascade: How human rights prosecutions are changing world politics**, ed. W.W. Norton, New York, 2011.

²³ROTHE, R. MEEMIK, J. INGADÖTTIR, T. **The realities of international criminal justice**, ed. Brill, The Hague, 2013.

²⁴AMBOS, K. **Treatise on international criminal law. Volume II: The crimes and sentencing**, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 257ss. MACULAN, E. LIÑÁN LAFUENTE, A. Relaciones concursales, in GIL GIL, A. MACULAN, E. (a cura di), **Derecho penal internacional**, op. cit., pp. 311ss. ERDEI, I. **Cumulative convictions in international criminal law: Reconsideration of a seemingly settled issue**, op. cit., pp. 15ss. METTRAUX, G. **International crimes and the ad hoc Tribunals**, Oxford University Press, Oxford, 2005.

²⁵VAN SCHAACK, B. **The principle of legality in international criminal law**, op. cit., pp. 106ss. CHERIF BASSIOUNI, M. Principles of legality in international and comparative criminal law, in CHERIF BASSIOUNI, M. (ed.), **International criminal law, vol. I: Sources, subjects and contents**, op. cit., pp. 92ss. GALLANT, K.S. **The principle of legality in international and comparative criminal law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2009. BARZEGARZADEH, A. JALALI KARVEH, M. RAISI, L. **Principle of legality and its relation with customary law in international criminal law**, in Mediterranean Journal of Social Science, 6, 2015, pp. 400ss. KASHKOU LIAN, E.M. REZA A., **The principle of legality of crimes of international criminal law perspectives**, in International Journal of Science and Research, 5, 2016, pp. 42ss. BARBERO, N. **La ¿relativa? aplicación del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional**, in Revista Nuevo Foro Penal, 13, 2017, pp. 124ss. LLEDÓ, R. **El principio de legalidad en el derecho penal internacional**, in Eunomia. Revista en Cultura de la Legadidad, 11, 2016, pp. 249ss.

²⁶BOAS, G. BISCHOFF, J.L. REID, N.L. **Elements of crimes under international law. Volume II**, Cambridge University Press, Cambridge, 2008. BURCHARD, C. **Torture in the Jurisprudence of the ad hoc Tribunals. A critical assessment**, in Journal of International Criminal Justice, 6, 2008, pp. 173ss. ERDEI, I. **Cumulative**

governed by art. 7 of the Statute of the International Criminal Court (StICC) (crimes against humanity)²⁷ or art. 8 (StICC) (crimes of war)²⁸.

The second class, on the other hand, includes the hypotheses for the competition of rules that occur between different categories of crimes²⁹: is the case of the overlap between torture as a crime against humanity³⁰ and rape as a war crime³¹, or of murder as crime of

convictions in international criminal law: Reconsideration of a seemingly settled issue, op. cit., pp. 19ss.

²⁷APONTE, A. **Persecución penal de los crímenes internacionales**, ed. Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 23ss. LBAN, D.J. **Una teoría de los crímenes contra la humanidad**, Bogotá, Temis, 2011.

²⁸BOAS, G. BISCHOFF, J.L. REID, N.L. **Elements of crimes under international law**, op. cit.,

²⁹Defined also as inter-Article cumulative convictions from ERDEI, I. **Cumulative convictions in international criminal law: Reconsideration of a seemingly settled issue**, op. cit., pp. 15ss. BOAS, G. BISCHOFF, J.L. REID, N.L. **Elements of crimes under international law**, op. cit., pp. 331ss.

³⁰TOFAN, C. **Torture in international criminal law**, Wolf Legal Publishers, The Netherlands, 2011.

³¹See the Policy paper on sexual and gender based crimes of the Office of Procurator of June 2014. HAYES, N. Creating a definition of rape in international law: The contribution of the international criminal Tribunals, in DARCY, S. POWDERLY, J. **Judicial creativity at the international criminal Tribunals**, Oxford University Press, 2010, pp. 130ss. BRAMMERTZ, S. MICHELLE, J. Lessons learned in prosecuting gender crimes under international law: Experiences from the ICTY, in EBOE-OSUJI, C. **Protecting humanity: Essays in international law and policy in honour of Navanethem Pillay**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2010, pp. 97ss. DUBLER SC, R. KALYK, M., **Crimes against humanity in the 2st century**, ed. Brill, The Hague, 2018. HELLER, K.J. The Rome Statute of the International Criminal Court, in HELLER, K.J. DUBBER, D. (eds.), **The handbook of comparative criminal law**, Stanford Law Books, Stanford, 2011, pp. 597ss. LEATHERMAN, J.L. **Sexual violence and armed conflict**, Polity Press, London, 2011, pp. 10ss. KOLB, R. HYDE, R. **An introduction to the international law of armed conflicts**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2008. DE BROUWER, A.M. KU, C. RÖMKENS, R. VAN DEN HERIK, L. **Sexual violence as an international crime: Interdisciplinary approaches**, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2013, pp. 123ss. SHAHADUDDIN, M. **International criminal justice at the Yugoslav Tribunal. A judge's recollections**, Oxford University Press, Oxford, 2012. EBOE-OSUJI, C. **International law and sexual violence in armed conflicts**, ed. Brill, The Hague, 2012, pp. 146ss. MIBENGE, C.S. **Sex and international Tribunals: The erasure of gender from the war narrative**, University of Pennsylvania Press, 2013. BEIGBEDER, Y. **International Criminal Tribunals**, ed. Palgrave, London & New York, 2011. GIORGETTI, C. **The rules, practice and jurisprudence of international Courts and Tribunals**, ed. Brill, The Hague, 2012, pp. 194ss. WATERROW, J. SCHUMACHER, J. **War crimes trials and investigation. A multi-disciplinary introduction**, Oxford University Press, Oxford, 2018. KOENIG, K. LINCOLN, A. GROWTH, R. **The jurisprudence of sexual violence-Sexual violence & accountability project, working paper series**, Human Rights Center, University of California, Berkeley, May 2011, pp. 4ss. MCCAUSLAND, C. **From tolerance to tactic: Understanding rape in armed conflict as genocide**, in Michigan State International Law Review, 26, 2017, pp. 158ss. WEITZ, Y. **Rwandan genocide: Taking notes from the holocaust reparations movement**, in Cardozo Journal of Law & Gender, 17, 2009, pp. 370ss, according to the author: "(...) the Akayesu Court ultimately characterized rape and similar crimes of sexual violence as both genocide and as crimes against humanity. This expanded definition, along with the subsequent prosecution of rape, is a significant step forward for women's rights and has contributed to the development of international humanitarian law as a whole (...)". See, LIAKOPOULOS, D. **L'ingerenza umanitaria nel diritto internazionale e comunitario**, ed. Cedam, 2007. CROWE, J. WESTON-SCEUBER, K. **Principles of international humanitarian law**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, pp. 8ss. GREENWOOD, C. Scope of application of humanitarian law, in FLECK, D. (ed), **The Handbook of international humanitarian law**, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 45ss. DEUTCH, S.T. **Putting the spotlight on "the terminator": How the ICC prosecution of Bosco Ntaganda could reduce sexual violence during conflict**, in William & Mary Journal of Women & Law, 23, 2016, pp. 656ss. POWELL, C. **You have no God: An analysis of the prosecution of genocidal rape in international criminal law**, in Richmond Public Interest Law Review, 20, 2017, pp. 26ss. DEUTCH, S.T. **Putting the spotlight on "the**

genocide³² and persecution as a crime against humanity³³. The introduction of this dichotomy is necessary to satisfy a felt need. In fact, the two contest hypotheses present a substantial

terminator”: How the ICC prosecution of Bosco Ntaganda could reduce sexual violence during conflict, op. cit., pp. 656ss. GREY, R. SHEPHERD, L.J. **Stop rape now?: Masculinity, responsibility, and conflict-related sexual violence**, in *Men & Masculinities*, 15, 2012, pp. 117ss. VOJDIK, V.K. **Sexual violence against men and women in war: A masculinities approach**, in *Nevada Law Journal*, 15, 2014-2015, pp. 925ss.

³²For the criminal liability see also the next cases from the SCSL: *The Prosecutor v. Sam Bockarie (Withdrawal of Indictment)* (Special Court for Sierra Leone, Case No. SCSL-03-04-I-022, 8 December 2003); *The Prosecutor v Sesay, Kallon & Gbao (RUF Case) (Trial judgment)* (Special Court for Sierra Leone, Case No. SCSL 04-15-T, 25 February 2009); *The Prosecutor v Sesay, Kallon & Gbao (RUF Case) (Appeal judgment)* (Special Court for Sierra Leone, Case No. SCSL 04-15-A, 26 October 2009); *The Prosecutor v Brima, Kamara & Kanu (AFRC Case) (Trial judgment)* (Special Court for Sierra Leone, Case No. SCSL 04-16-T, 20 June 2007); *The Prosecutor v Brima, Kamara & Kanu (AFRC Case) (Appeal judgment)* (Special Court for Sierra Leone, Case No. SCSL 04-16-A, 22 February 2008); *The Prosecutor v Johnny Paul Koroma (Indictment)* (Special Court for Sierra Leone, Case No. SCSL-03-I, 7 March 2003); *The Prosecutor v Fofana and Kondewa (CDF Case) (Trial judgment)* (Special Court- xxii - for Sierra Leone, Case No. SCSL 04-14-T, 2 August 2007); *The Prosecutor v Fofana and Kondewa (CDF Case) (Appeal Judgment)* (Special Court for Sierra Leone, Case No. SCSL 04-14-T, 28 May 2008); *The Prosecutor v Foday Saybana Sankoh (Withdrawal of Indictment)* (Special Court for Sierra Leone, Case No. SCSL-03-02-PT-054, 8 December 2003); *The Prosecutor v Charles Ghankay Taylor (Indictment)* (Special Court for Sierra Leone, Case No. SCSL-03-01-T, 29 May 2007). KELLY, M.J. The parameters of vicarious corporate criminal liability for genocide under international law, in BYRNES, A. HAYASHI-MICHAELSEN, C. **International law in the age of globalization**, ed. Brill, The Hague, 2013. BEHRENS, R. HENHAM, J. **Elements of genocide**, ed. Routledge, Taylor & Francis, Glass House Book, New York, 2013, pp. 194ss. BEIGBEDER, Y. **International Criminal Tribunals**, op. cit., KELLY, M.J. **The debate or genocide in Darfur, Sudan**, in *University of California, Davis Journal of International Law & Policy*, 19, 2012, pp. 208ss. LINGAAS, C. **Imagined identities: Defining the racial group in the crime of genocide**, in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 9, 2016, pp. 80ss. BETTWY, D.S. **The genocide Convention and unprotected groups: Is the scope of protection expanding under customary international law?**, in *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 2011, pp. 102ss. MOUTHAN, S. **Sexual violence against men and international law. Criminalising the unmentionable**, in *International Criminal Law Review*, 13 (4), 2013, pp. 668ss. KIRBY, P. **How is rape a weapon of war?, Feminist international relations, modes of critical explanation and the study of wartime sexual violence**, in *European Journal of International Relations*, 18, 2012. MCHENRY, J.R. **The prosecution of rape under international law: Justice that is long overdue**, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 35, 2002, pp. 1310ss. LAVIOLETTE, N. **Commanding rape: Sexual violence, command responsibility and the prosecution of superiors by the international criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda**, in *The Canadian Yearbook of International Law*, 36, 1998, pp. 94ss. WILLIAMSON, J.A. **Some consideration on command responsibility and criminal liability**, in *International Review of the Red Cross*, 90, 2008, pp. 306ss. NEBESAR, D.A. **Gender-based violence as a weapon of war**, in *University of California, Davis Journal of International Law and Policy*, 4, 1998, pp. 148ss. PICCOLO, I. **The crime of rape in international criminal law**, ed. International Courts Association, 2013.

³³JACKSON, M. **A conspiracy to commit genocide. Anti-fertility research in apartheid's chemical and biological weapons programme**, in *Journal of International Criminal Justice*, 13 (4), 2015, pp. 933-950. BEHRENS, P. HENHAM, R. **Elements of genocide**, op. cit., pp. 194ss. BEIGBEDER, Y. **International Criminal Tribunals**, op. cit., SÁNCHEZ REVERTE, R.S. **Referencia al crimen de genocidio aproximación genocide crime**, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 16, 2016. KELLY, M.J. **The debate or genocide in Darfur, Sudan**, op. cit., pp. 208ss. LINGAAS, C. **Imagined identities: Defining the racial group in the crime of genocide**, op. cit., pp. 80ss. MAISSON, R. **Justice pénale internationale**, ed. PUF, Paris, 2017. BETTWY, D.S. **The genocide Convention and unprotected groups: Is the scope of protection expanding under customary international law?**, in *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 2011, pp. 102ss. HALLING, M. **Push the envelope: Watch it bend: Removing the policy requirement and extending crimes against humanity**, in *Leiden Journal of International Law*, 23 (4), 2010, pp. 828ss. ROBERTS, C. **On the definition of crimes against humanity and other widespread or systematic human rights violations**, in *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 20, 2017, pp. 4ss.

difference: only in the case of inter-categorical competition is the so-called element of context in the structural analysis of abstract facts. The collective component conditions the relationship between norms because it makes it possible—at least at the abstract level—the legal qualification of the same conduct and the same event as different provisions: think of the emblematic case of the murder of a group of people, the which can be a genocide³⁴, a crime against humanity³⁵ and a war crime if all contextual elements are present³⁶. The same situation can not come true, for obvious reasons, in the cases of intra-categorical competition, since the element of context is identical for all crimes³⁷.

Having said that, it should be noted that for both the hypotheses of the competition the same method of analysis will be followed: a) identification of the overlapping area; b) application of the legal principles that guarantee the solution of the competition in the sense of appearance or reality.

3 THE INCOMPATIBLE RULES. THE HYPOTHESES OF INTRA CATEGORIAL COMPETITION.

The relations of incompatibility and heterogeneity exclude any normative interference from the start. The Statute of Rome contains, as may be expected, numerous hypotheses of heterogeneity, which is superfluous to report here. More interesting, however, is the incompatibility relationship that may arise in the light of some provisions. A first example can be found in articles 8 (2) (b) (xxvi) and 8 (2) (e) (vii) of the StICC³⁸, which regulate the

³⁴BOSLY, H.D. VANDERMEERSCH, D. *Gènocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2012.

³⁵DAVIDSON, C. **How to read international criminal law: Strict construction and the Rome Statute of the International Criminal Court**, in *St. John's Law Review*, 91, 2017, pp. 4ss. BOESTEN, J. WILDING, P. **Transformative gender justice: Setting an agenda**, in *Women's Studies International Forum*, 49, 2015, pp. 77ss.

³⁶DÍAZ SOTO, J.M. **Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad**, in *Revista Derecho Penal y Criminología*, 95, 2015, pp. 123ss.

³⁷HEFENDEHL, R. **Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?**, BWV Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin, 2010, pp. 24ss. SWART, B. ZAHAR, A. **The legacy of the international criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 298ss. OLÀSOLO, A.H. **International criminal law, transnational criminal organizations and transitional justice**, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2018.

³⁸AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 120. WERLE, G. JESSBERGER, F. **International criminal justice is coming home: The new German Code of crimes against international law**, in *Criminal Law Forum*, 13, 2002, pp. 207ss. The double codification within the statute of the ICC presents, in truth, an important difference: while in the case of internal conflicts the recruitment can take place within armed forces or groups, in the case of international conflict the enlistment is limited to the “national” armed forces. The

enrollment and use of children under the age of 15 in active participation in hostilities³⁹. This crime, which is expressly provided in several previous legal texts⁴⁰, provides for three different behaviors suitable for integrating the case, namely conscription, enlisting and 15-year-old employment.

Regulatory incompatibility occurs in the relationship between conscription and enrollment. The ICC has affirmed that what differentiates the two behaviors is the presence of the element of coercion (compulsion)⁴¹, confirming the international judicial practice on the matter: conscription is identified with forced recruitment, forced, implemented through coercion⁴²; on the other hand, recruitment takes place on a voluntary basis⁴³. From the

adjective seems to suggest protection only against the government army, leaving out all the irregular groups of fighters. The ICC Preliminary Chamber, in the Lubanga Dyilo case, stated that the term "national" does not limit the application of the law to governmental forces alone: ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, P-TC, ICC-01/04-01/06, 29 January 2007, par. 277. See also, VON HEBEL, H. ROBINSON, D. Crimes within the jurisdiction of the court, in LEE, R.S. (a cura di), **The International Criminal Court. Elements of crimes. The making of the Rome statute. Issues, negotiations, results**, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 118ss.

³⁹GROVER, L. **Child soldier victims of genocidal forcible transfer. Exonerating child soldiers charged with grave conflict-related international crimes**, ed. Springer, Berlin, 2014. SLUITER, G. FRIMAN, H. LINTON, S. VASILIEV, S. ZAPPALÁ, S. **International criminal procedure. Rules and principles**, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1576ss. BELLELO, R. (ed.), **International criminal justice**, Ashgate Publishing, Farnham, 2010, pp. 461ss.

⁴⁰Art. 77(2) of the First additional Protocol and art. 4(3)(c) of the second additional Protocol of the Geneva Convention of 1977; art. 38 of the Convention of the rights of child's. MARIE-CLAUDE, J.B. **Cracking the toughest nut: Colombia's endeavour with amnesty for political crimes under Additional Protocol II to the Geneva Conventions**, in Notre Dame Journal of International & Comparative Law, 17, 2017, pp. 8ss. NEAL, K.N. **Child protection in times of conflict and children and international criminal justice**, in Georgia Journal of International and Comparative Law, 43, 2015, pp. 634ss.

⁴¹See, ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006, AC, ICC-01/04-01/06-772, 14 December 2006, par. 293. For details: AMBOS, K. **The first judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A comprehensive analysis of the legal issues**, in International Criminal Law Review, 12, 2012, pp. 136ss.

⁴²SAINZ-PARD, P.V. **Is child recruitment as a war crime part of customary international law?**, in The International Journal of Human Rights, 12, 2008, pp. 594ss. WILLIAMS, J. **The international campaign to prohibit child soldiers: A critical evaluation**, in The International Journal of Human Rights, 15, 2011, pp. 1072, 1075-1077. WEISSBRODT, D. HANSEN, J. NESBITT, N. **The role of the Committee on the Rights of the Child in interpreting and developing international humanitarian law**, in Harvard Human Rights Journal, 24, 2011, pp. 116ss.

⁴³ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Appeal Judgment, op. cit., para. 278ss. You can see another confirmation from the jurisprudence according to the SCSL, The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Judgment, TC-II, SCSL-03-01-T, 18 May 2012, par. 442. In the same spirit see: GRAF, R. **The International Criminal Court and child soldiers. An appraisal of the Lubanga Judgment**, in Journal of International Criminal Justice, 10 (4), 2012, pp. 957ss. CRYER, R. et al., **An introduction to international criminal law and procedure**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 310ss. COTTIER, M. GRIGNON, J. Art. 8(2)(b)(xxvi), in TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary**, op. cit., pp. 524ss. SAFFERLING, C. **International criminal procedure**, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 97ss. ROSE, S.J. **Prosecutor v. Taylor: The implications for Bashar Al-**

ontological difference existing between the conscription and enlisting behaviors, one can easily deduce that even the infra-fifteen-year-old voluntary entry into the armed group's files integrates the crime in question, since it is necessary to prove the coercive nature of the recruitment only for the hypothesis of the conscription⁴⁴ but not, instead, for that of enlisting⁴⁵.

The compulsion element allows to draw a sharp line of demarcation between the (forced) recruitment and the (voluntary) recruitment⁴⁶. The presence of coercion defines the

Assad, in *Boston College International & Comparative Law Review*, 37, 2014, pp. 12ss. **HELLER, K.J. The Taylor sentencing judgment: A critical analysis**, in *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, pp. 838ss. **SVÁČEK, O. Brothers and sisters in arms as victims of war crimes. Ntagada case before the ICC**, in *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, 9, 2018. **SÁCOUTO, S. Victim participation at the international Criminal Court and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: A feminist project**, in *Michigan Journal of Gender & Law*, 19, 2012, pp. 298ss. **PALMER, E. WILLIAMS, S.J. A "shift in attitude"? Institutional change and sexual and gender-based crimes at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia**, in *International Feminist Journal of Politics*, 20, 2017. **DEFALCO, R.C. Accounting for famine at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. The crimes against humanity of extermination, inhumane acts and persecution**, in *The International Journal of Transitional Justice*, 5, 2011. **DEGUZMAN, M. How serious are international crimes? The gravity problem in international criminal law**, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 51, 2012, pp. 20ss. **WAUGH, C. Charles Taylor and Liberia: Ambition and atrocity in Africa's lone star State**, ed. Zed Books, New York, 2011.

⁴⁴See in particular: **WAGNER, N. A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga: Child soldiers and direct participation**, in *Criminal Law Forum*, 24, 2013, pp. 182ss. **JENKS, C. Law as shield, law as sword: The ICC's Lubanga decision, child soldiers and the perverse mutualism of direct participation in hostilities**, in *University of Miami National Security and Armed Conflict Law Review*, 3, 2013, pp. 106, 122ss. **HAPPOLD, M. The protection of children against recruitment and participation in hostilities: International humanitarian law and human rights law as complementary legal frameworks**, in *Collegium*, 44, 2014, pp. 99, 105ss.

⁴⁵**WERLE, G. JESSBERGER, F. International criminal justice is coming home: The new German Code of crimes against international law**, op. cit., pp. 202ss. And from the jurisprudence, see: SCSL, Prosecutor v. Hinga Norman, Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), AC, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 May 2004, par. 53. SCSL, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Trial Judgment, Judgment, TC, SCSL-04-14-T, 2 August 2007, para. 189. SCSL, Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Trial Judgment, AC, SCSL-04-15-A, 26 October 2009, par. 184. SCSL, Charles Ghankay Taylor, Judgment, TC-II, SCSL-03-01-T, 18 May 2012, par. 6987. ECCC, Prosecutor v. Chea and Samphan (002), Judgment, TC, 002/19-09-2007/ECCC/TC, 7 August 2014, par. 1055. EAC, Ministère Public v. Hissein Habré, Jugement, Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises, 30 May 2016, par. SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Judgment, AC, SCSL-03-01-A, 26 September 2013, par. 577. See also the dissenting opinion of judge Robertson: SCSL, Prosecutor v. Hinga Norman, Dissenting Opinion of Justice Robertson, AC, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 May 2004, para. 47. **SMITH, A. Child recruitment and the Special Court of Sierra Leone**, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, pp. 1141ss. **CHERNOR JALLOH, C. MEISNERBERG, S. The law reports of the Special Court of Sierra Leone, vol. III**, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2015, pp. 366ss. **VAN SLIEDREGT, E. VASILIEV, S. Pluralism in international criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 285ss. **CHERNOR JALLOH, C. The Sierra Leone Special Court and its legacy: The impact for Africa and international criminal law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 234ss. **NMEHIELLE, V.O.O. Africa and the future of international criminal justice**, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2012. **CHERNOR JALLOH, C. MORGAN, A. International criminal justice processes in Rwanda and Sierra Leone: Lessons for Liberia**, in **CHERNOR JALLOH, C. OLUFEMI, E. Shielding humanity. Essays in international law in honour of judge Abdul G. Koroma**, ed. Brill, The Hague, 2015.

⁴⁶**LEVEAU, F. Liability of child soldiers under international criminal law**, in *Osgoode Hall Review of Law*

conduct of the conscription, while its absence defines the conduct of enlisting: the incompatibility relationship is therefore evident, since the forced recruitment of a minor can not take place, at the same time, on a voluntary basis of the minor himself.

Another example of incompatibility occurs between deportation and forced displacement, both provided for in art. 7 (1) (d) of the StICC⁴⁷. The difference between these two crimes lies solely in the spatial dimension of the transfer of the population: while deportation requires that the movement takes place from one state to the territory of another State, forced displacement occurs within national borders⁴⁸. The incompatibility is therefore

and Policy, 4, 2014, pp. 36-66. DRUMBL, M.A. **Unlawful recruitment and use of children: From proscription to prevention: Reimagining child soldiers in international law and policy**, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 16ss. MIANO, S.M. **Toward a child-oriented approach to reparations: Reflecting on the rights and needs of child victims of armed conflict**, in *The Fletcher Journal of Human Security*, 28, 2013, pp. 30ss. HOLLING, J. **Internationaler Strafgerichtshof und Verbrechens prävention**, LIT Verlag, Münster, 2016, pp. 148ss.

⁴⁷HALL, C.K. STAHN, C. Article 7, in TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, op. cit., pp. 193ss. AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 86ss. For the codification of the statute of ICC, see: T.L.H. MCCORMACK, **Crimes against humanity**, in D. MCGOLDRICK, P. ROWE, E. DONNELLY (a cura di), **The Permanent International Criminal Court. Legal and policy issues**, Hart Publishing, Oxford & Portland, Oregon, 2004, pp. 192ss. DUBLER SC, R. KALYK, M. **Crimes against humanity in the 21st century**, op. cit., KELLER, L.M. **The continuing peace and with justice debate. Recent events in Uganda and the ICC**, in *The University of the Pacific Law Review*, 48, 2017, pp. 265ss.

⁴⁸See in particular from the jurisprudence: ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Judgment, AC, IT-98-33-A, 19 April 2004, par. 521. ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Judgment, AC, IT-97-25-A, 17 September 2003, par. 474. ICTY, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Trial Judgment, TC-II, IT-99-36-T, 1 September 2004, par. 1087, par. 540. ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Trial Judgment, TC, IT-98-34-T, 31 March 2003, par. 670. ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, Trial Judgment, TC-III, IT-04-74-T, 29 May 2013, par. 55. Against this approach, see: ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Trial Judgment, TC-II, IT-97-24-T, 31 July 2003, par. 679. See also in argument, CHERIF BASSIOUNI, M. **Crimes against humanity, Volume I: Sources, subjects and contents**, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 381ss. HALL, C.K. STAHN, C. Article 7, in TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome statute of the International Criminal Court. A commentary**, op. cit., pp. 196ss. HENCKAERTS, J.M. **Deportation and transfer of civilians in time of war**, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26, 1993, pp. 472ss. ICC, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, P-TC II, ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, par. 244. On the customary nature of the crime of forced transfer already starting in 1975, and therefore applicable by the Extraordinary Chambers in the Courts in Cambodia, see: QUICK, N. **Forced transfer and customary international law: Bridging the gap between Nuremberg and the ICTY**, in MEISENBERG, S.M. STEGMILLER, I. (a cura di), **The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their contribution to international criminal law**, ed. Springer, The Hague, 2016, pp. 291-319. KUCZYŃSKA, H. **Changing evidentiary rules to the detriment of the accused? The Ruto and Sang decision of the ICC Appeals Chamber**, in *Polish Yearbook of International Law*, n. 37, 2017. MARXSEN, C. **What do different theories of customary international law have to say about the individual right to reparation under international humanitarian law?**, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht*, n. 78 (3), 2018. MEISENBERG, S. **The extraordinary Chambers in the Courts in Cambodia. Assessing their contribution to international criminal law**, ed. Springer, Berlin, 2016. CHIEDU MOGHALU, K. **International humanitarian law from Nuremberg to Rome: The weighty precedents of the international criminal Tribunal for Rwanda**, in *Pace International Law Review*, 14, 2002, pp. 285ss. SIVAKUMARAN, S. **Re-envisioning the international law of internal armed conflict**, in *European Journal of International Law*, 22,

clear: the law punishes any acquisition of minors within the armed group and the presence of the consent of the minor, although not constituting a defense⁴⁹, is not entirely irrelevant, being able to play an important role in determining the penalty.

4 THE CRIME OF ENLISTMENT AND USE OF CHILD SOLDIERS: MORE RULES IN MORE CASES.

The Rome Statute contains numerous hypotheses of mixed criminal law. With this expression alludes to those provisions that contain-under more numbers, more letters, more or less in a single proposition-more distinct regulatory provisions. For example, consider art. 7 (1) (g) of the StICC which provides, in a single sub-paragraph, the conduct of rape⁵⁰, reduction in sexual slavery⁵¹, forced prostitution, forced pregnancy and forced sterilization⁵²;

2011, pp. 240, 240-242. DIRNSTEIN, Y. **Non-international armed conflicts in international law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 186ss.

⁴⁹DARCY, S. Defences to international crimes, in SCHABAS, W.A. BERNAZ, N. **Handbook of international criminal law**, ed. Routledge, London & New York, 2011, pp. 231-245. AMBOS, K. Defences in international criminal law, in BETRAM, S. BROWN, S. **Research handbook on international criminal law**, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2011.

⁵⁰HALLEY, J. **Rape in Berlin: Reconsidering the criminalisation of rape in the international law of armed conflict**, in Melbourne Journal of International Law, 12, 2008, pp. 80ss. STEWART, G.P. The International Criminal Court, in MAIER, C.N.B. **The crime of rape under the Rome statute of the ICC: with a special emphasis on the jurisprudence of the ad hoc criminal Tribunals**, in Amsterdam Law Forum, 11, 2011. O'CONNELL, S. **Gender based crimes at the International Court**, in Plymouth Law and Criminal Justice Review, 3, 2010, pp. 72ss. KIRAN, G. **The protection of sexual autonomy under international criminal law: The International Criminal Court and the challenge of defining rape**, in Journal of International Criminal Justice, 10, 2012, pp. 376ss. AGIRRE ARANBURU, X.A. **Sexual violence beyond reasonable doubt: Using pattern evidence and analysis for international cases**, in Leiden Journal of International Law, 23, 2010, pp. 612ss. MAIER, N.B. **The crime of rape under the Rome statute of the ICC: With a special emphasis on the jurisprudence of the ad hoc criminal Tribunals**, in Amsterdam Law Forum, 11, 2011, pp. 148ss. FULFORD, A. **The reflections of a trial judge**, in Criminal Law Forum, 22, 2011, pp. 216ss. BELTZ, A. **Prosecuting rape in International Criminal Tribunals: The need to balance victim's rights with the due process rights of the accused**, in Journal of Civil Rights and Economic Development, 20, 2012. SÁNCHEZ REVERTE, R.S. **Referencia al crimen de genocidio aproximación genocide crime**, in Revista de Estudios Jurídicos (Segunda Época), 16, 2016. HELLER, K.J. **What is an international crime?**, in Harvard International Law Journal, 49, 2018. STEPAKOFF, S. **When we wanted to talk about rape: Silencing sexual violence at the Special Court for Sierra Leone**, in International Journal of Transitional Justice, 1, 2007. DANA, S. **The sentencing legacy of the Special Court for Sierra Leone**, in Georgia Journal of International and Comparative Law, 43, 2014, pp. 620ss. MAROCHKIN, S.Y. NELAEVA, G.A. **Rape and sexual violence as torture and genocide in the decisions of international Tribunals: Trans-judicial networks and the development of international criminal law**, in Human Rights Review, 15, 2014, pp. 474ss.

⁵¹MARTÍN, M. LIROLA, I. **Sexual crimes in international humanitarian law**, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2013. DUBLER SC, R. KALYK, M. **Crimes against humanity in the 21st century**, op. cit., HAGAY-FREY, A. **Sex and gender crimes in the new international law: Past, present, future**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2011. CLARK, P. **Rape, sexual violence and transitional justice challenges. Lessons from Bosnia Herzegovina**, ed. Routledge, London & New York, 2018. BOISTER, N. CURRIE, R.J. **Routledge handbook of transnational criminal law**, ed. Routledge, London & New York, 2015.

or, again, art. 8 (1) (a) (ii) of the StICC which refers to both torture and inhumane treatment, including biological experiments⁵³. It is therefore necessary to distinguish the hypotheses of mixed cumulative rules (or provisions with several standards) by mixed alternative rules (or norms with more specific provisions): only the former can give rise to the phenomenon of convergence, since they contain as many incriminating rules as the foreseen cases.

In the *Lubanga Dyilo* case the ICC had to determine whether the provision referred to in art. 8 (2) (e) (vii) of the StICC⁵⁴, which incriminates enlistment (forced or voluntary) and the use of child-soldiers⁵⁵ during hostilities, is a mixed cumulative or alternative rule⁵⁶. The judges of the first instance considered the conscription, the enlistment and the using as three distinct criminal offenses and not as three different modes of conduct that integrate a single crime, with the consequence that the recruitment of a minor followed by his employment

GRESCHKOW, A. **Feindbilder der Nachkriegsgeneration in Bosnien und Herzegowina: Bosniens Jugend zwischen Hoftung und den Schatten der Vergangenheit**, Diplomica Verlag GmbH, Hamburg, 2014. CASSESE, A. JESSBERGER, F. CRYER, R. DÉ, U. **International criminal law**, ed. Routledge, London & New York, 2016. BIKUNDO, E. **International criminal law using or abusing legality?**, ed. Routledge, London & New York, 2014. EBBE, O.N.I. **Comparative justice systems. Policing, judiciary and corrections**, ed. Palgrave, London, 2013. ESER, A. **Comparative criminal law**, ed. Nomos & Hart Publishing, München, 2017. MACKINNON, C.A. **Defining rape internationally: A comment on Akayesu**, in Columbia Journal of International Law, 45, 2006, pp. 944ss. HAJAJEE, R.L. **Prosecuting crimes of rape and sexual violence at the ICTR: The application of joint criminal enterprise theory**, in Harvard Journal of Law and Gender, 29, 2006, pp. 206ss. DEREYMAEKER, G. MUNTIGH, L. **Sexual violence and torture in international criminal law**. Amnesty International. **Rape and sexual violence: Human rights law and standards in the International Criminal Court**, in Journal of Human Rights Practice, 3, 2011, pp. 48ss.

⁵²GEKKER, E. **Rape, sexual slavery, and forced marriage at the international criminal Court: How Katanga utilizes a ten-year-old rule but overlooks new jurisprudence**, in Hastings Women's Law Journal, 25, 2014, pp. 107ss.

⁵³HAHD AL-KASASIBAH, F. **Torture as crime under international law and torture victims' rights**, in Journal of Law Policy and Globalization, 42, 2015, pp. 146ss. COLLARD, M. **Torture as State crime. A criminological analysis of the transnational institutional torturer**, ed. Routledge, London & New York, 2018.

⁵⁴ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, TC, ICC-01/04-01/06, 10 July 2012, par. 98-99

⁵⁵MCBRIDE, J. **Child soldiers at the International criminal Court**, in MCBRIDE, J. **The war crime of child soldier recruitment**, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013. GRAF, R. **The International Criminal Court and child soldiers: An appraisal of the Lubanga judgment**, op. cit., pp. 948ss. YUVARAJ, Y. **When does a child "participate actively in hostilities" under the Rome statute? Protecting children from use in hostilities after Lubanga**, in Utrecht Journal of International and European Law, 32, 2011, pp. 84ss. WASCHENFORT, G. **International law and child soldiers**, Hart Publishing, Oxford & Portland, Oregon, 2015, pp. 5ss.

⁵⁶SCHMITT, M.N. **Deconstructing direct participation in hostilities: The constitutive elements**, in New York University Journal of International Law and Politics, 42, 2010, pp. 698ss. BOOTHBY, B. **And for such time as: The time dimension to direct participation in hostilities**, in New York University Journal of International Law and Politics, 42, 2010, pp. 742ss. HAYS PARKS, W. **Part IX of the ICRC direct participation in hostilities study: No mandate, no expertise, and legally incorrect**, in New York University Journal of International Law and Politics, 42, 2010, pp. 770ss. MELZER, N. **Keeping the balance between military necessity and humanity: A response to four critiques of the ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities**, in New York University Journal of International Law and Politics, 42, 2010, pp. 832ss.

during a conflict gives rise to a criminal offense⁵⁷. Since this point was not the subject of the grounds for appeal either on the part of the defense or on the part of the prosecution, the Appeals Chamber did not deem it appropriate to dwell on this profile. In his partially dissenting opinion, judge Sang-Hyun Song stressed the importance of the profile under consideration and came to opposite conclusions⁵⁸. According to *Song*, in fact, art. 8 (2) (e) (vii) StICC regulates three different behaviors that integrate a single crime. This conclusion is deduced both from a literal interpretation of the Statute⁵⁹, and from the purpose of protection of the norm, both from the preparatory work of the Rome Statute and from the jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone (SCSL)⁶⁰.

In particular, it is noted that in the provision in question we use the disjunctive particle "or", while in the articles that regulate more criminal cases we use the particle "and"⁶¹. As for the reasons of protection, the different behaviors all have the same objective, that is to keep children under 15 years of age away from the sufferings typically associated with the conduct of hostilities⁶². Furthermore, the preparatory works show how the initial formulation of the standard referred to recruitment only and, consequently, to a single crime⁶³.

According to our opinion it is possible to make a clarification and propose a further, partly different, solution according to which art. 8 (2) (e) (vii) of the StICC regulates two

⁵⁷ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgment, op. cit., par. 609. ELLIS, M.S. CHERNOR JALLOH, C. **The International Criminal Court in an effective global justice system**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016. CARTER, L. MULGREW, R. ABELS, D. **Research handbook on the international penal system**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016. SCHABAS, W.A. **International criminal law**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012.

⁵⁸ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Partly dissenting opinion of Judge Sang-Hyun Song, AC, ICC-01/04-01/06 A 5, 1 December 2014.

⁵⁹GRABERT, A. **Dynamic interpretation in international criminal law. Striking a balance between stability and change**, ed. C.H. Beck, München, 2015, pp. 68-73.

⁶⁰ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Partly Dissenting Opinion of Judge Sang-Hyun Song, AC, ICC-01/04-01/06 A 4 A 6, 1 December 2014, par. 3ss. ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, TC, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, par. 6.

⁶¹ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Partly dissenting opinion of Judge Sang-Hyun Song, AC, ICC-01/04-01/06 A 5, op. cit., par. 6.

⁶²ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Partly Dissenting Opinion of Judge Sang-Hyun Song, AC, ICC-01/04-01/06 A 5, op. cit., par. 4-5.

⁶³ALFONSO, C. El crimen de reclutamiento y utilizacion de ninos soldados en el primero fallo de la Corte Penal Internacional, in AMBOS, K. MALARINO, E. STEINER, C. (a cura di), **Analisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional. El Caso Lubanga**, Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 2014, pp. 164ss. ICC, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Appeals Judgment, op. cit., par. 332, 333 and 335. In relation on "active participation" see: WAGNER, N. **A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga. Child soldiers and direct participation**, op. cit., pp. 145-203.

distinct crimes, one of which can be committed through two modes of conduct⁶⁴. On the one hand there is the recruitment behavior that can result in forced enlistment or on a voluntary basis: the incompatibility relationship between these two behaviors prevents the establishment of a situation of normative convergence. On the other hand there is the conduct of use, which can certainly compete with the crime of recruitment. In this regard, however, the situation in which the use of the child soldier occurs at the same time or at a later date than necessary and prior to enrollment⁶⁵ must be clearly distinguished. In the first case only the crime of use will be applied, and this regardless of the dogmatic question about the nature of art. 8 (2) (e) (vii) of the StICC⁶⁶ as an alternative or cumulative mixed standard. In the second case, on the other hand, there would be a material competition of crimes (and not an apparent competition of rules), even if connected temporally and teleologically: since no similar institution is envisaged for the continued crime, the interpreter could apply both the rules or opt for the application of the single worst case⁶⁷.

5 The domain of the one-sided specialty as a simple case.

The simplest case that can be presented to the interpreter concerns the unilateral specialty relationship that exists between several cases. In all these cases it is clear and peaceful that only one norm is intended to be applied, and it coincides with the more specific provision. The international jurisprudence has, since the beginning, identified this structural relationship with the concept of "specialty" used in the countries of civil law tradition and with the concept of "lesser included offense"⁶⁸ with reference to the area of common law⁶⁹. The specialty principle was explicitly referred to by the ICTY Appeals Chamber in the

⁶⁴HEIKILLÄ, M. **Coping with international atrocities through criminal law: A study into the typical features of international criminality and the reflection of these traits in international law**, Åbo Akademi förlag, Åbo Akademi University Press, Finland, 2013.

⁶⁵YOGENDRAN, S. **Did the International Criminal Court fail child victims in the Lubanga reparations order?**, in Amsterdam Law Forum, 9, 2017, pp. 68ss. DURAJ, E. **Protecting children rights under international criminal justice**, in Academic Journal of Business, Administration, Law and Social Sciences, 1, 2015, pp. 94ss. STEINL, L. **Child soldiers as agents of war and peace: A restorative transitional justice approach to accountability for crimes under international law**, ed. Springer & T.M.C. Asser Press, Berlin, 2017, pp. 124ss.

⁶⁶BOAS, G. BISCHOFF, J.L. REID, N.L. **Elements of crimes under international law**, op. cit.,

⁶⁷OLÁSULO, A.H. **Derecho internacional penal y humanitario**, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

⁶⁸Kupreškić et al., Judgment, Trial Chamber, IT-95-16-T, 14 January 2000.

⁶⁹WAGNER, N. **A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga. Child soldiers and direct participation**, op. cit.

formulation of the Čelebići test⁷⁰, when it was stated that in the case of regulatory convergence "(...) the conviction under the more specific provision should be upheld"⁷¹. The application of both norms- the special and the general-would be "tautological" and not necessary for the purposes of the full legal assessment of the fact. In addition, the specialty can act as an "interpretive canon"⁷²: in the case of rules, it is preferable to choose the norm that focuses more closely on the conduct of the author, being able to grasp the nuances of the illicit behavior in a more direct and precise way⁷³.

Finally, if we consider its constant application-although wrong on numerous occasions⁷⁴-by international tribunals, as well as the fact that it is recognized, explicitly or implicitly⁷⁵, by most of the world's legal systems, it is possible to affirm that the principle of specialty is now part of the international criminal law system⁷⁶. The unilateral specialty report

⁷⁰FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. **The international criminal Court and the Čelebići test: Cumulative convictions based on the same set of fact's from a comparative perspective**, in Journal of International Criminal Justice, 15, 2017, pp. 692ss. ALIÁN, A. OLLÉ SESÉ, M. **Estudios sobre derecho penal internacional**, ed. Marcial Pons, Madrid, 2018. JARVIS, M. **The practice of international criminal law. Some reflections from an ICTY Prosecutor**, in International Criminal Law Review, 17, 2017, pp. 400ss. ZAKERIAN, A. ALIKHANI, M. **International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, activities and achievements**, in Quarterly of Foreign Policy, 2013, pp. 7ss. MARGETTS, K. KAPPOS, K.I. **Current developments at the ad hoc International Criminal Tribunals**, in Journal of International Criminal Justice, 10, 2012, 448ss.

⁷¹ICTY, Prosecutor v. Delalić et al., Appeals Chamber, IT-96-21-A, 20 February 2001, par. 412. ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakić, Appeals Judgment, AC, IT-97-24-A, 22 March 2006, par. 357. ICTY, Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgment, AC, IT-01-42-A, 17 July 2008, par. 454. ICTY, Prosecutor v. Popović et al., Trial Judgment, TC-II, IT-05-88-T, 10 giugno 2010, par. 2117-2127.

⁷²MAISSON, R. **Justice pénale internationale**, op. cit., BLAISE NGAMENI, H. **La diffusion du droit international pénal dans les ordres juridiques africaines**, ed. L'Harmattan, Paris, 2017. CALVO-GOLLER, K. **La procédure et la jurisprudence de la Cour pénale internationale**, ed. Lextenso, Montchrestien, 2012.

⁷³ZEEGERS, K. OVERY, A. **International Criminal Tribunals and human rights law. Adherence and contextualization**, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2016, pp. 18ss. ROHAN, C. ZYBERI, Z. **Defense perspective on international criminal justice**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

⁷⁴STUCKENBERG, C.F. Cumulative charges and cumulative convictions, in STAHN, C. (a cura di), **The law and practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 847ss.

⁷⁵We could take in consideration art. 15 of italian criminal code and art. 55 of dutch criminal code and for the english version see: ICTY, Prosecutor v. Kupreškić et al., Trial Judgment, op. cit., par. 683; and art. 8 no. 1 of spanish criminal code which states that: "(...) el precepto especial se aplicará con preferencia al general (...)". For details see: WAKE, M.N. SMITH, E. (eds.), **General defences in criminal law. Domestic and comparative perspectives**, ed. Routledge, London & New York, 2016, pp. 255-272.

⁷⁶CASSESE, A. **International criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 182ss. STUCKENBERG, C.F. Multiplicity of offences, concursus delictorum, op. cit., pp. 588ss, which is noted that: "(...) the *lex specialis* rule can be said to be part of international criminal law (...)". See also: JEUTNER, V. **Irresolvable norm conflicts in International Law. The concept of a legal dilemma**, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 57ss. LINDROOS, A. **Addressing norm conflicts in a fragmented legal system: The doctrine of *lex specialis***, in Nordic Journal of International Law, 74, 2005, pp. 38ss. MILANOVIC, M. The lost origins of *lex specialis*: Rethinking the relationship between human rights and international humanitarian law, in OHLIN, J.D. (a cura di), **Theoretical boundaries of armed conflict and human rights**, Cambridge University

is the simplest hypothesis of regulatory convergence. The immediate recognition of the applicable standard should guarantee, in fact, the highest degree of predictability of a solution as well as a unitary and consistent outcome whenever the interpreter is faced with the same hypotheses of regulatory overlaps. However, despite the simplicity offered by the criterion of the unilateral specialty, few cases can be solved according to it, and its application has generated a certain degree of confusion even in cases of easy solution, as evidenced by the paradigmatic example of the competition between homicide⁷⁷ and extermination, both qualified as crimes against humanity⁷⁸.

6 THE EXCEPTION OF THE CASES *STAKIĆ* AND *AL BASHIR* IN CASES OF EXTERMINATION AS CRIMES AGAINST HUMANITY.

An example of an intra-categorical unilateral specialty relationship is represented by the homicide (article 7 (1) (a) of the StICC) and by the extermination (article 7 (1) (b) StICC) qualified as crimes against humanity⁷⁹. It has always been included in the statutes of International Criminal Tribunals and defined as the "archetype" of crimes against humanity⁸⁰, the conduct of murder consists in causing the death of one or more persons through action or omission⁸¹. No premeditation is necessary for the integration of the case⁸². Even the crime of

Press, Cambridge, 2016, pp. 30ss. PAUWELYN, J. **Conflict of norms in public international law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 385ss. CONWAY, G. **Conflicts of competence norms in EU Law and the legal reasoning of the ECJ**, in German Law Journal, 11, 2010, pp. 985ss. See also the case: ICTY, Prosecutor v. Kunarac et al., Appeals Judgment, TC, IT-96-23-T, 22 February 2001, par. 170-171.

⁷⁷NEHA, J. **Judicial lawmaking and general principles of law in international criminal law**, in Harvard International Law Journal, 57, 2016, pp. 111, 114ss.

⁷⁸OLÁSULO, A.H. **Ensayos de derecho penal y procesal internacional**, ed. Dík, Bogotá. 2011.

⁷⁹RENZO, M. **Crimes against humanity and the limits of international criminal law**, in Law and Philosophy, 31, 2012, pp. 444ss.

⁸⁰CRYER, R. FRIMAN, H. ROBINSON, D. WILMSHURST, E. **An introduction to international criminal law and procedure**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 231ss. See also the case: ICTR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Judgment, TC-II, ICTR-95-1-T, 21 May 1999, par. 138-140. For more details and analysis see: KNOOPS, J. **An introduction to the law of international criminal Tribunals. A comparative study**, ed. Brill. The Hague, 2014. NICHOLSON, J. **Strengthening the validity of international criminal Tribunals**, ed. Brill, The Hague, 2018. VAN DER WILT, H. PAULUSSEN, C. **Legal responses to transnational and international crimes**, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2017. BOAS, G. CHIFFLET, P. **International criminal justice**, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2017.

⁸¹ICTR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgment, Judgment, AC, ICTR-96-4-A, 1 June 2001, par. 588. BOAS, G. BISCHOFF, J.L. REID, N.L. **Elements of crimes under international law**, op. cit., pp. 59ss. HALL, K. STAHN, C. Article 7, in TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome statute of the International Criminal Court. A commentary**, op. cit., pp. 181ss. HOGANDOGAN, J. **Murder as a crime under international law and the statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Of law, legal language, and a comparative approach to legal meaning**, in Leiden Journal of International Law,

extermination, like murder, has been codified starting from the Statute of Nuremberg⁸³. It consists in the killing of large-scale people-differentiating themselves from the crime of murder only by its massive size⁸⁴-relying on the favorable interpretation to the accused, in another judgment the Tribunal preferred to use the english version because it corresponds to the right customary, stating that the French has suffered from a translation defect in the drafting of the Statute: or, as specified in the art. 7 (2) (b) StICC, in the inflation of living conditions that lead to the destruction of part of the population (ie indirect extermination)⁸⁵. The structural relationship established between the crime of murder⁸⁶ and that of extermination coincides with the one-sided specialty by addition: the extermination is a special rule because it contains homicide, and adds an element of quantitative nature that coincides with the massive dimension of the killings⁸⁷. One of the first judgments on the

11, 1998, pp. 165-181. VAN DER WOLF, W.J. DE RUITER, D. (a cura di), **Crimes against humanity and international criminal law**, Wolf Publishers, The Netherlands, 2011, pp. 96 ss. and 246ss. ICC, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo-Chui, Decision on the Confirmation of Charges, PTC-I, ICC-01/04-01/07, 30 September, 2008, par. 287. ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), TC III, ICC-01/05-01/08, 21 June 2016, par. 132. ICTY, Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Judgment, TC-II, IT-97-25, 24 February 1999, par. 329. K. AMBOS, **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 79ss.

⁸²ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), op. cit., par. 135 e 138. CHESTERMAN, S. **An altogether different order, defining the elements of crimes against humanity**, in Duke Journal of Comparative and International Law, 10, 2002, pp. 332ss. HEINE, G. VEST, H. Murder/wilful killing, in MCDONALD, G.K. SWAAK-GOLDMAN, O. (a cura di), **Substantive and procedural aspects of international criminal law. Volume I: Commentary**, Kluwer law International, The Hague, 2000, pp. 175ss. In the same spirit see also from the jurisprudence from the Special Panels for Serious Crimes in Timor Est: SPSC, Prosecutor v. Marques (Los Palos), Judgment, 09/2000, 11 December 2001, par. 649 and SPSC, Prosecutor v. Agostinho Cloe, Judgment, 4/2003, 16 November 2004, par. 15.

⁸³See, Art. 6(c) of statute of the International Military Tribunal, art. II par. 1(c) of Control Council Law n. 10, art. 5(c) statute of the International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), art. 5(b) statute of the ICTY, art. 3(b) of the statute of ICTR, art. 2(b) of the statute of the SCSL, art. 5 of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC).

⁸⁴ICTY, Prosecutor v. Stanišić and Župljanin, Trial Judgment, TC-II, IT-08-91-T, 27 March 2013, par. 219. ICTY, Prosecutor v. Mitar Vasiljević, Trial Judgment, TC-II, IT-98-32-T, 29 November 2002, par. 227, which is noted that: "(...) responsibility for one or for a limited number of such killings is insufficient (...). against this position see: BOAS, G. BISCHOFF, J.L. REID, N.L. **Elements of crimes under international law, International criminal law practitioner library series**, op. cit., pp. 62ss.

⁸⁵ICTR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Judgment, First Amended Indictment, ICTR-95-1-I, 11 April, 1997, par. 144, and confirmed also in case: ICTR, Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana, Appeals Judgment, AC, ICTR-96-10-A, 13 December 2004, par. 522; ICTR, Prosecutor v. Paul Bisengimana, Judgment and Sentence, TC-II, ICTR-00-60-T, 13 April 2006, par. 72. See, MARCUS, D. **Famine crimes in international law**, in American Journal of International Law, 97, 2003, pp. 271ss. DEFALCO, R.C. **Accounting for famine at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. The crimes against humanity of extermination, inhumane acts and persecution**, op. cit., pp. 148ss.

⁸⁶NEHA, J. **Judicial lawmaking and general principles of law in international criminal law**, op. cit., 118ss.

⁸⁷See, ICC, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges, op. cit., par. 430 and SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Judgment, op. cit., par. 419 ss. E/CN.4/Sub.2/1998/13, Final Report on Contemporary Forms of Slavery. Systematic Rape, Sexual Slavery and

matter said that the crime of extermination can only be proven through evidence of large-scale killings and, if the prosecutor does not show that part of the killings fall outside the massive event, only one provision must to be applied⁸⁸. International jurisprudence considered the contest between murder and extermination to be apparent, applying only the latter provision as *lex specialis*.

One exception is formed by the sentence *Stakić* of the Chamber of First Instance for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), in which the judge courts applied both provisions because it was considered that only the accumulation of qualifications could lead to a full legal assessment of the negative fact: disvalue expressed by the fact that the crime of humanity, of murder is directed against individuals while the crime of extermination has as a victim a group of people⁸⁹. Similarly, the Pre-Trial Chamber of the ICC, in the decision adopted when the arrest warrant was confirmed in the case of *Al Bashir*, preferred to keep both charges without considering the murder involved in the crime of extermination. Since the attacks perpetrated against the Fur, Masalit and Zaghawa groups in the Darfur region were part of a massive kill against the civilian population, the judges conferred a dual legal status on the same criminal events⁹⁰.

The approach taken in the *Stakić* and *Al Bashir* cases does not appear convincing. The extermination, in fact, is composed-by definition-of two elements: the voluntary homicide and the massive dimension of the death event⁹¹. It is therefore clear and indisputable that the two cases are related to a unilateral specialty by addition, in which the massive dimension

Slavery-like Practices during Armed Conflict, 22 June 1998, par. 30.

⁸⁸ICTR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Judgment, op. cit., par. 645 and 650.

⁸⁹ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakić, Trial Judgment, op. cit., par. 877.

⁹⁰ICC, Prosecutor v. Omar Al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, P-TC, ICC-02/05-01/09, 4 March 2009, par. 95-97. See for details: VALIANI, S. **Genocide left unchecked: Assessing the ICC's difficulties detaining Omar al-Bashir**, in Berkeley Journal of International Law, 35, 2017, pp. 152ss.

⁹¹ICTR, Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana, Appeals Judgment, AC, ICTR-96-10-A, 13 December 2004, par. 516. ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakić, Appeals Judgment, op. cit., par. 259ss. ICTR, Prosecutor v. Emmanuel Ndindabahizi, Judgment, AC, ICTR-01-71-A, 16 January 2007, par. 135. ICTR, Prosecutor v. Athanase Seromba, Judgment, AC, ICTR-2001-66-A, 12 March 2008, par. 189. ICTY, Prosecutor v. Momčilo Perišić, Trial Judgment, TC, IT-04-81-T, 6 September 2011, par. 106; ICTR, Prosecutor v. Grégoire Ndahimana, Judgment and Sentence, TC-II, ICTR-01-68-T, 30 December 2011, par. 839. ICTY, Prosecutor v. Lukić and Lukić, Judgment, AC, IT-98-32/1-A, 4 December 2012, par. 536. ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Trial Judgment, AC, IT-05-88/2-A, 8 April 2015, par. 724. ICTY, Prosecutor v. Stanišić and Župljanin, Trial Judgment, TC-II, IT-08-91-T, 27 March 2013, par. 44.

constitutes the specific and further element⁹². The joint application of both cases is in contrast with the unilateral specialty principle: in cases of competition only the crime of extermination must be applied as *lex specialis*⁹³.

7 MUTUAL SPECIALTY AND POSSIBLY COMPLEX CRIME: DIFFICULT CASES OF JUDICIAL ARBITRATION?

Beyond the boundaries of the unilateral specialty, the doors of uncertainty open up, which risks turning into judicial arbitrariness. This is true both in reference to the relationship of mutual skill that may arise between two or more cases than the interference relationship for the conduct alone. In these cases the solution in favor of the crime unit is more complex. The solutions inspired by logical-structural criteria proposed by majority at national level in the hypothesis of mutual specialties are not easily transplanted to the normative body of international criminal law: in this field, in fact, there is almost never a specialty between subjects-not even torture it is classified as a crime in the Rome Statute-and, above all, the absence of edict frames for the individual categories of crimes make it impossible to determine the severity index based on the sanction response⁹⁴. The only criterion that can still be used is the balancing of the specializing elements, with the prevalence of the norm that presents a higher number: but it is also destined to find a reduced space, given that often the norms are equivalent or present only one element of further specificity. In addition, resolving the competition with a mere quantitative comparison between elements of the case could constitute a superficial operation because there is a risk of not exploiting the reasons for

⁹²BOAS, G. BISCHOFF, J.L. REID, N.L. **Elements of crimes under international law. International criminal law practitioner library series**, op. cit., pp. 61ss.

⁹³See, ICTY, Blagojević and Jokić, Trial Judgment (par. 803); Lukić and Lukić, Trial Judgment (par. 1045); Popović et al., Trial Judgment (par. 2114); Tolimir, Trial Judgment (par. 1204); Karadžić, Trial Judgment (par. 6020), Mladić, Trial Judgment (par. 5175). ICTR, see: Ntakirutimana and Ntakirutimana, Appeals Judgment (par. 542); Bisengimana, Judgment and Sentence (par. 103); Nchamihigo, Judgment and Sentence (par. 344); Gatete, Trial Judgment (par. 665); Ndindiliyimana et al., Trial Judgment (par. 2037); Bagosora and Nsengiyumva, Appeals Judgment (par. 416); Ntabakuze, Appeals Judgment (par. 261); Nzabonimana, Judgment and Sentence (par. 1794); Nizeyimana, Judgment and Sentence (par. 1553). See, for the above cases: WERLE, G. JESSBERGER, F. **Principles of international criminal law**, op. cit., pp. 389ss.

⁹⁴VOGT, S.M. **As a matter of fact, No: Appellate jurisdiction to review denials of deferral of removal under the Convention against torture**, in American University Journal of Gender, Social Policy & The Law, 25, 2017, pp. 92ss. SIMON, T.W. **Genocide, torture and terrorism: Ranking international crimes and justifying humanitarian intervention**, ed. Palgrave Macmillan, London, 2016. WEISSBRODT, D. HEILMAN, C. **Defining torture and cruel inhuman and degrading treatment**, in Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice, 35, 2017.

protection that led to the criminalization of conduct that violates international games of competition⁹⁵. Next to the logical-structural criterion, the use of which must not be anticipated and abandoned in any case, it is necessary to add one of a value nature to it. Alongside the unilateral specialty, the principle of consumption becomes part of international criminal law, at least in its "beating heart"⁹⁶ identified in the prevalence of the norm that expresses a greater injury or greater value than a fact compared to another law to protect of the same (or similar) injured legal entity in a less offensive manner.

The principle of consumption is known and applied both in the civil law systems and in the common law⁹⁷. For this reason the jurisprudence of the *ad hoc* Tribunals has, since the beginning, resorted to the concept of consumption, defining it following an analysis of comparative law and the jurisprudence of regional courts⁹⁸. The first tests elaborated by the

⁹⁵JACKSON, M. **Complicity in international law**, Oxford University Press, Oxford, 2015.

⁹⁶STUCKENBERG, C.F. Multiplicity of offences, *concursum delictorum*, in FISCHER, H. KRESS, C. LÜDER, S.R. (a cura di), **International and national prosecution of crimes under international law. Current developments**, op. cit., pp. 594, which is stated that: "(...) it seems that at least the core of the concept of consumption is part of international criminal law (...)".

⁹⁷The reference to a criminal positive law regarding the Model Penal Code, art. 1, sez. 1.07, entitled: Method of prosecution when conduct constitutes more than one offence. The different of inclusion its finded in sez. 1.07(4), which is noted that: "(...) an offence is so included when: a) it is established by proof of the same or less than all the facts required to establish the commission of the offence charge; or (...) c) it differs from the offence charged only in respect that a less serious injury or risk of injury to the same person, property or public interest or a lesser kind of culpability suffices to establish its commission (...)". The rule thus envisaged has been included in numerous codifications, including those of the Arkansas, Colorado, Delaware, Georgia, Kentucky, Maine, Missouri, Montana and New Jersey: See, STUCKENBERG, C.F. Multiplicity of offences, *concursum delictorum*, op. cit., pp. 592ss. STUCKENBERG, C.F. Cumulative charges and cumulative convictions, in STAHN, C. (a cura di), **The law and practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 84ss.

⁹⁸ICTY, Prosecutor v. Kupreškić et al., Judgment, Trial Chamber, IT-95-16-T, 14 January 2000. ICTY, Prosecutor v. Kupreškić et al., Appeal Judgment, AC, IT-95-16-A, 23 October 2001, par. 686. In the same argument see also from the American Court of Human Rights the next cases: IACtHR, Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, Voto Disidente del Juez Nieto Navia, 8 December 1995, 99. From the inter-American Court see the next cases in relation on crimes against humanity: Almonacid Arellano v. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26.09.2006 ; Bámaca Velásquez v. Guatemala, fondo, 25.11.2000 Barrios Altos v. Perú, fondo, 14.03.2001; Bueno Alves v. Argentina, fondo, reparaciones y costas, 11.05.2007; Bulacio v. Argentina, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18.09.2003; Castillo Páez v. Perú, fondo, 03.11.1997; Comunidad Moiwana v. Surinam, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 15.06.2005; García Asto y Ramírez Rojas v. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25.11.2005; Gelman v. Uruguay, fondo y reparaciones, 24.02.2011; Godínez Cruz v. Honduras, fondo, 20.01.1989; Goiburú y otros v. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, 22.09.2006; Gomes Lund y otros v. Brasil (Guerrilha do Araguaia), excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24.11.2010; Heliodoro Portugal v. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12.08.2008; Ticona Estrada y otros v. Bolivia, fondo, reparaciones y costas, 12.08.2008; Trujillo Oroza v. Bolivia, reparaciones y costas, 27.02.2002; Velásquez Rodríguez v. Honduras, fondo, 29.07.1988. From the European Court of Human Rights in particular the next cases: Aksoy v. Turkey of 18 December 1996, par. 64; Al Adsani v. United Kingdom of 21 November 2001; Dikme v. Turkey of 11 July 2000; Ilham v. Turkey of 27 June 2000, Akkoc v. Turkey of 10 April 2000; Tanli v. Turkey of 10 April 2001; Bati

judges to solve the problem of the competition of rules referred to the consumption explicitly, using the broad concept of crime (*Strafrechtliche Systembildung*)⁹⁹ used by the interpreter in the solution of cases of normative convergence. After the specialty principle (Article 1) and the reference to subsidiarity in express and tacit way (art. 2), of the Spanish criminal code (Article 3) states that "*el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél*", (lesser included offense)¹⁰⁰, or implicitly,

and others of 3 June 2004; Said v. The Netherlands of 5 July 2005; Rohde v. Denmark of 21 July 2005; N. v. Finland of 26 July 2005; Menesheva v. Russia of 9 March 2006; Danelia v. Russia of 9 March 2006; Critayev v. Georgia of 17 October 2007; Gioerey v. Moldova of 19 June 2007; Teren Aksakal v. Turkey of 11 April 2007; Ismoilov and others v. Russia of 24 April 2008; Gäfgen v. Germany of 1 June 2010; Bekirski v. Bulgaria of 2 September 2010; Gisayev v. Russia of 14 December 2011; Buntov v. Russia of 4 December 2012; Lenev v. Bulgaria of 4 December 2012; Belousov v. Ukraine of 7 November 2013; Lyepin v. Russia of 25 July 2014; Razzakov v. Russia of 5 February 2015; Lolayev v. Russia of 15 January 2015; Stoykov v. Ukraine of 19 February 2015; Myumyun v. Bulgaria of 3 November 2015; Bono v. France of 15 December 2015; Zuakun v. Russia of 25 February 2017; Mukayev v. Russia of 28 March 2017; Shestopalov v. Russia of 28 March 2017; Mindadze and Nemsitsveridze v. Georgia of 21 June 2017; Zolotov v. Russia of 19 September 2017; Bambayev v. Russia of 7 January 2017; Fortu Iuanevea and Sarasola Yarzabal v. Spain of 13 February 2018; Abdulkadyrov and Dakatayev v. Russia of 10 July 2018. For the analysis of the above cases see: SMET, S. The "absolute" prohibition of torture and inhuman or degrading treatment in article 3 ECHR: Truly a question of scope only?, in BREMS, E. GRARADS, J. (eds), **Shaping rights in the ECHR: The role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights**, Cambridge University Press, Cambridge, 2013. SCHABAS, W.A. **The European Convention on Human Rights: A commentary**, Oxford University Press, Oxford, 2015. L. DOSWALD BECK, **Human rights in times of conflict and terrorism**, Oxford University Press, Oxford, 2011. REID, K. **A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights**, ed. Sweet Maxwell, London, 2011. HUNEEUS, A. **International criminal law by other means: The quasi-criminal jurisdiction of the human rights court**, in American Journal of International Law, 107, 2013, pp. 6ss. KIRCHENHAST, T. **Victims and the criminal trial**, ed. Palgrave & Macmillan, London, 2016. HANNA MORAWSKA, E.R. **The complex structure of the absolute prohibition of torture. Comments in the light of the regulation of article 3 of the European Convention on Human Rights**, in Espaço Jurídico Journal of Law, 17, 2016, pp. 769ss. GREER, S. **Is the prohibition against torture, cruel, inhuman and degrading treatment really "absolute" in international human rights law?**, in Human Rights Law Review, 15, 2015, pp. 5ss. RAINEY, B. WICKS, W. OVEY, C. **Jacos, White and Ovey: The European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2017. COSTA, J.P. **La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté**, ed. Dalloz, Paris, 2017. TIMMERMANS, T. **Fundamental rights protection in Europe before and after accession of the European Union to the European Convention on Human Rights**, in Liber amicorum Pieter Van Dijk, M. Van Roosmalen and others (eds.), Intersentia, Antwerp, Oxford, 2013, pp. 225ss. HARRIS, D. O'BOYLE, M. WARBRICK, C. **Law of the European Convention on Human rights**, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 372ss. SEIBERT-FOHR, A. VILLIGER, M.E. **Judgments of the European Convention of Human Rights. Effects and implementation**, ed. Nomos, Baden-Baden, 2017. GRABENWARTER, C. **European Convention on human rights: ECHR**, C.H. Beck, München, 2014. MARCHADIER, F. **Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, in Revue Critique de Droit International Privé, 193 (49, 2014, pp. 679-694. TEITGEN, C. **La Convention européenne des droits de l'homme: 60 ans et après?**, ed. LGDJ, Paris, 2013.

⁹⁹LIAKOPOULOS, D. **Schutz des angeklagten im Strafverfahren**, op. cit.

¹⁰⁰ICTR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgment, op. cit., par. 468. ICTR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Judgment, op. cit., par. 627; ICTY, Prosecutor v. Kupreškić et al., Trial Judgment, op. cit., par. 695. See also in argument: BURBER, M.D. HÖRNLE, T. **The Oxford handbook of criminal law**, Oxford University Press, 2014. ALMEVIST, J. ESPOSITO, C. **The role of courts in transitional justice. Voices from Latin America and Spain**, ed. Routledge, London & New York, 2013, pp. 177ss. BOSTER, V. **An introduction**

using the vague concept (and never defined by the judges) of a legal good (so-called different interests test)¹⁰¹. Despite some contrary voices¹⁰², the principle of consumption has found constant application by international jurisprudence, and this approach appears to conform to those national tendencies which drive towards the unity of crime even in the most complex cases of structural relations having the form of mutual specialty¹⁰³. Two types of regulatory overlaps that seem to generate-at least *prima facie*-a relationship of mutual skill that deserve to be analyzed. Before resorting to the principle of consumption for the purpose of the unit of

to transnational criminal law, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 24ss.

¹⁰¹See in particular the criminal offence in German criminal law, irrespective of whether it constitutes *Verbrechen* or *Vergehen*, has the three-layered (tripartite) structure: (a) *Tatbestandsmäßigkeit*-a cumulative term for the objective and subjective elements of a crime; (b) *Rechtswidrigkeit*-unlawfulness unless there is a presence of a justificatory defence; (c) *Schuld*-culpability unless there is a presence of a valid excuse. The criminal offence involves prohibited behaviour that meets the description of the statutory elements of a crime (*tatbestandsmäßig*), is unlawful (*rechtswidrig*) and culpable (*schuldhaft*). The subjective element of a particular crime (*Tatvorsatz*) is distinct from culpability (*Schuld*) pertinent to the tripartite structure of a crime.

¹⁰²ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakić, Appeals Judgment, op. cit., par. 357.

¹⁰³Torture was not contemplated as a crime against humanity according to the statute of the International Military Tribunal of Nuremberg and Tokyo. Governed starting from art. II(1)(c) Control Council Law (CCL) n. 10, presented also according art. 5(f) of the statute of the ICTY, art. 3(f) of the statute of the ICTR, art. 2(f) of the statute of the SLCL, art. 5 of the ECCC. See from the Nuremberg jurisprudence the next cases: Nuremberg and Post Second World War Judgments and Decisions IMT, The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany, Part I, 20th November 1945 to 1st December 1945, London, 1946; The Peleus Trial, Trial of Kapitänleutnant Heinz Eck and Four Others for the Killing of Members of the Crew of the Greek Steamship Peleus, Sunk on the High Seas, British Military Court for the Trial of War Criminals Held at the War Crimes Court, Hamburg, 17th-20th October 1945; Trial of Bruno Tesch and Two Others (The Zyklon B Case), British Military Court, reprinted in Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Vol. I, London: HMSO, 1947; Trial of General Tomoyuki Yamashita, United States Military Commission, Manila (8th October-7th December 1945), and the Supreme Court of the United States, judgment, 4th February 1946 (327 US 1, 66 S.Ct. 340, 90 L.ed. 499 (1946)), reprinted in Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Vol. IV, London: HMSO, 1948; The United States v. Otto Ohlendorf et al. (The Einsatzgruppen case), Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Law Reports of Trials of War Criminals, Volume IV, Nuremberg October 1946-April 1949; United States v. List and Others (Hostage case), United States Military Tribunal, reprinted in Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Vol. VIII, London: HMSO, 1949; United States v. Krauch and Twenty Two Others (The I.G. Farben Trial), United States Military Tribunal, reprinted in Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Volume X, London: HMSO, 1949; Trial of Max Wielen and 17 Others (The Stalag Luft III Case), British Military Court, reprinted in Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Vol. XI, London: HMSO, 1949; United States v. Wilhelm von Leeb et al., (High Command Case), United States Military Tribunal, reprinted in Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Vol. XII, London: HMSO, 1949. See also from the doctrine in argument: CROCO, S.E. **The decider's dilemma: Leader culpability, war outcomes, and domestic punishment**, in American Political Science Review, 105 (3), 2011, pp. 458ss. AMBOS, K. **May a state torture suspects to save the life of innocents?**, in Journal of International Criminal Justice, 6, 2008, pp. 265ss. RYER, R. **The Tokyo IMTR and crimes against peace (aggression) is there anything to learn?**, in SADAT, N.L. **Seeking accountability for the unlawful use of force**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018. SFEKAS, S.J. **A court pure and unsullied: Justice in the justice trial at Nuremberg**, in University of Baltimore Law Review, 46, 2017, pp. 462ss.

crime, however, we will try to follow the surest route marked by the logical-structural criterion of the specialty; only if the latter is not able to confer predictability and homogeneity of solutions will be resorted, in an auxiliary way, to the value criterion of consumption.

8 THE *BEMBA GOMBO* CASE. CASE OF TORTURE COMMITTED THROUGH RAPE.

Torture as a crime against humanity is governed by art. 7 (1) (f) of the StICC and is defined as the intentional influx of severe pain or suffering, both physical and mental, to a person who is in his custody or control¹⁰⁴. The objective element of the crime consists in the

¹⁰⁴See for the crimes against humanity and in war: Criminal Code for Armenia (adopted on April 18, 2003). It provides for the prosecution of crimes against humanity and war crimes, placing relevant provisions in specific sections of the Code (Chapter 34, arts. 384-397); Criminal Code for Azerbaijan (adopted Sept. 30, 1999). It provides for the prosecution of crimes against humanity and war crimes, placing relevant provisions in specific sections of the Code (Chapter 16, arts. 100-113). Belgium, of June 16, 1993, as amended in August 2003, on the Punishment of Serious Violations of International Humanitarian Law. In Bosnia-Herzegovina the Law has been incorporated into the Penal Code under Articles 136bis to 136octies. Article 136bis defines genocide; Criminal Code for Bosnia-Herzegovina (entered into force on Mar. 1, 2003). It provides for the prosecution of crimes against humanity and war crimes, placing relevant provisions in specific sections of the Code (Chapter 17, arts. 171-172). Criminal Code of the Republic of Bulgaria (adopted in April 1968, amended as of May 2005). It provides for the prosecution of crimes against humanity and war crimes, placing relevant provisions in specific sections of the Code (Chapter 14, arts. 407-418); In Cambodia, April 17, 1975, to January 6, 1979. (Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, NS/RKM/0801/12 (2001), as amended by NS/RKM/1004/006 (2004). Although Colombia has not adopted any specific law implementing the Rome Statute, the following provisions of the Criminal Code are applicable to crimes against humanity: Genocide: arts. 101-102; Forced disappearance: arts. 165-167; Kidnapping: arts. 168-171; Arbitrary detention: arts. 174-177; Torture: arts. 178-179; Forced displacement: arts. 180-181; Crimes against people and assets protected by international humanitarian law: arts.135-164; Crimes of terrorism: arts. 340-348; Code Penal Congolais, of November, 30, 2004. Denmark also has a statute on genocide, Danish Law No. 132 of 29 of April 1955 (Law Concerning Punishment of Genocide [Lov nr. 132 af 29.04.1955 om straf for folkedrab]; Criminal Code of Estonia (entered into force on Sept. 1, 2003, amended as of March 15, 2007); Finnish Penal Code, amended to include Law 212/2008, Laki rikoslain muuttamisesta (Law Amending the Criminal Code) of May 1, 2008, The original provisions were enacted in December 1964; they were last amended by Law 2004-800 of August 6, 2004. Subtitle I specifically addresses crimes against humanity: genocide (art. 211-1); other crimes against humanity, including deportation, enslavement, systematic practice of summary executions, and other additional offenses (arts. 212-1 to 212-3); and common provisions (arts. 213-1 to 213-5). Subtitle II governs eugenic practices and human reproductive cloning (arts. 214-1 to 214-4 and 215-1 to 215-4); German Code of Crimes Against International Law (of June 26, 2002) (Gesetz zur Einführung des Völkerstrafrechtsgesetzbuches, June 26, 2001, Bundesgesetzblatt (BGBl.) I at 1842. The Penal Code of the Ivory Coast was adopted in 1981 as Law No. 81-640 and was modified by Laws 95-522, of July 6, 1995; 96-764 of October 3, 1996; 97-398 of July 11, 1997; and 98-756 of December 23, 1998; The Penal Code of Mali: Law No. 01-079 of August 20, 2001; Mexico's Federal Criminal Code includes a chapter entitled "Delitos Contra la Humanidad," which can be roughly translated as Crimes against Humanity. This chapter comprises two legal provisions: Articles 149 and 149-Bis. Article 149 describes a crime called "Violación de los deberes de humanidad," which can be roughly translated as "Violation of the Duties of Humanity." Article 149-Bis describes the crime of genocide. Articles 149 and 149-Bis do not appear to include statements on the extent of jurisdiction. Time constraints prevented a determination of whether

infliction of a severe physical or psychological pain or suffering¹⁰⁵, although it is not required that the damage caused to the victim be permanent¹⁰⁶. The definition adopted by the Rome Statute differs significantly from that contained in the Convention against Torture or Other Cruel¹⁰⁷, Inhuman or Degrading Treatment of 1984¹⁰⁸: on the one hand, it does not require the

other provisions of the Federal Criminal Code address this issue. Mexico's Federal Criminal Code, the Netherlands International Crimes Act 270, Act of 19 June 2003 Containing Rules Concerning Serious Violations of International Humanitarian Law (International Crimes Act). Norwegian law on crimes against humanity are contained in Law No. 4 of March 7, 2008, Act Amending the Penal Code 20 May 2005 No. 28, etc.; The Polish Criminal Code, adopted on July 6, 1997, Chapter XVI: Offenses Against Peace, Humanity and War Offenses, art. 118, With the Law No. 31 of July 22, 2004, was adopted the Portuguese Penal Law to the Rome Statute of the International Criminal Court, to criminalize conduct that constitutes a crime against humanity. (Lei No. 31/2004, de 22 de Julho (in Portuguese); Slovakia's Criminal Code (adopted in July 2005) Articles 4-7 of the Code establish jurisdiction over all crimes committed by anyone in the territory of the Slovak Republic Chapter 12 of the Code provides for the prosecution of crimes against peace, humanity, and war crimes. Article 418 prosecutes genocide, which is defined as the intentional elimination of a group of people because of their national, ethnic, racial, or religious origin; The applicable law in South Africa concerning crimes against humanity is the Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court, Act No. 27 of 2002 South African courts assume jurisdiction over a crime of genocide, a crime against humanity, or a war crime if: The crime was committed in South African territory; The suspect is a South African citizen; The suspect is a resident of South Africa; The suspect, after having committed the alleged crime, is present in South African territory; or The alleged crime was committed against a South African citizen or resident. (Id. par. 4(3); Systematische Sammlung des Bundesrechts (SR) Switzerland cooperates with the International Criminal Court under a Federal Act on Cooperation with the ICC (Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof, June 22, 2001, 351.6; Trinidad and Tobago: the International Criminal Court Act 2006, 2006 Trinidad and Tobago Laws, No. 4, par. 10; The relevant provisions on crimes against humanity under United Kingdom law are contained in the International Criminal Court Act 2001, par. 17; Northern Ireland is also included in the scope of the Act's jurisdiction by virtue of section 58; Scotland has separate legislation-the International Criminal Court (Scotland) Act 2001, ASP (Act of Scottish Parliament) 13; Uruguay: Law 18026 of September 25, 2006. From the European Union see also: Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by Means of Criminal Law (2008 Official Journal of the European Union [OJ] (L328) 55; Council Decision 2003/335/JHA of 8 May 2003 on the Investigation and Prosecution of Crimes of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes (2003 OJ (L118) 12; Council Decision 2002/494/JHA of 13 June 2002 Setting Up a European Network of Contact Points in Respect of Persons Responsible for Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes (2002 OJ (L167) 1).

¹⁰⁵See, ICTY, Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Trial Judgment, op. cit., par. 484ss. ICTY, Prosecutor v. Naletilić and Martinović, Appeals Judgment, AC, IT-98-34-A, 3 May 2006, par. 299. ICTY, Prosecutor v. Limaj et al., Trial Judgment, TC-II, IT-03-66-T, 30 November 2005, par. 237. ICTY, Prosecutor v. Milan Martić, Trial Judgment, IT-95-11-T, 12 June 2007, par. 75. See for details: NSEREKO, D.N. Commentary on Prosecutor v. Naletilić and Martinović, in KLIP, A. SLUITER, G. (a cura di), **Annotated leading cases of international criminal tribunals. Volume IV: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1999-2000**, Intersentia, Antwerp-Oxford- New York, 2002, pp. 66ss.

¹⁰⁶ICTY, Prosecutor v. Kvočka et al., Trial Judgment, TC, IT-98-30/1-T, 2 November 2001, par. 148; ICTY, Prosecutor v. Limaj et al., Trial Judgment, op. cit., par. 236. ICTY, Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Appeals Judgment, op. cit., par. 249ss. ICTY, Prosecutor v. Mrkšić et al., Trial Judgment, AC, IT-95-13/1-A, 5 May 2009, par. 514.

¹⁰⁷INNES, B. **History and methods of torture crime and detection**, ed. Mason Crest, Pennsylvania, 2002.

¹⁰⁸UNTS 1465, A/RES/39/46, 10 December 1984. For analysis see: BURCHARD, C. **Torture in the jurisprudence of the ad hoc tribunal. A critical assessment**, in Journal of International Criminal Justice, 6 (1), 2008, pp. 175ss. WAUTERS, J.M. **Torture and related crimes-A discussion of the crimes before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, in Leiden Journal of International Law, 11, 1998,

participation of a public official, since it can be also by non-state actors or private citizens¹⁰⁹; on the other hand, no particular finalistic direction of the proceedings is required¹¹⁰. What must be proven is the custody status or the control situation exercised by the author on the victim, defined as the creation of a status. The *ad hoc* tribunals have always made constant reference to the rulings of regional courts, in particular those of the European Court of Human Rights (ECtHR): alongside a small group of behaviors that *per se* constitute torture (such as mutilations of parts of the body and simulated executions)¹¹¹, there are a series of acts that must be undergoes an assessment that takes into account all the concrete circumstances.

Pursuant to the Rome Statute, torture as a crime against humanity is stripped of the specific malice and of the official qualification of the author, becoming a case of broader applicative scope than that applied by the *ad hoc* tribunals and the notion of torture contained in the 1984 Convention. Rape as a crime against humanity, on the other hand, is envisaged as an autonomous case in art. 7 (1) (g) of the StICC¹¹². It is characterized by two elements: on the one hand the penetration of a part of the victim's body¹¹³ with a part of the body of the active subject or with an object¹¹⁴; on the other hand, the invasion of the sexual sphere must

pp. 155-164.

¹⁰⁹ICTY, Prosecutor v. Kunarac et al., Trial Judgment, op. cit., par. 465ss. GAETA, P. **When is the involvement of State Officials a requirement for the crime of torture**, in Journal of International Criminal Justice, 6, 2008, pp. 190ss.

¹¹⁰The elements for the crimes precised that: "(...) no specific purpose must be proved (...)". The absence of specific fraud is another peculiarity that characterizes the provision contained in the art. 7(1)(f) of the statute of the ICC. See, CRYER, R. **Prosecuting international crimes. Selectivity and the international criminal law regime**, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 257ss. From the jurisprudence see: ICTY, Prosecutor v. Kunarac et al., Trial Judgment, op. cit., par. 497. ICTY, Prosecutor v. Kvočka et al., Trial Judgment, op. cit., par. 141. ICTY, Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Judgment, op. cit., par. 179. ICTY, Prosecutor v. Stanišić and Župljanin, Trial Judgment, op. cit., par. 47. ICTY, Prosecutor v. Anto Furundžija, Judgment, TC, IT- 95-17/1-T, 10 December 1998, par. 162. In argument see also: CRYER, R. FRIMAN, H. ROBINSON, D. WILMSHURST, E. **An introduction to international criminal law and procedure**, op. cit., pp. 252ss.

¹¹¹ICTY, Prosecutor v. Kvočka et al., Trial Judgment, op. cit., par. 144-149.

¹¹²The crime was disciplined from art. 5(g) of the statute of the ICTY, art. 3(g) of the statute of the ICTR, art. 2(g) of the statute of the SCSL, art. 5 of the statute of the ECCC, art. 6(a) of the statute of the Extraordinary African Chambers (EAC). See also: LA HAYE, S. The elements of war crimes-Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilisation, and sexual violence, in LEE, R.S. (a cura di), **The International Criminal Court. Elements of crimes and rules of procedure and evidence**, Transnational Publishers, New York, 2001, pp. 184ss.

¹¹³DE BROUWER, A.M. **The importance of understanding sexual violence in conflict for investigation and prosecution purposes**, in Cornell International Law Journal, 48, 2015.

¹¹⁴BENSOUDA, F. Gender and sexual violence under the Rome Statute, in DECAUX, E. DIENG, A. SOW, M. (a cura di), **From human rights to international criminal law. Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laïty Kama**, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2007, pp. 401. MOUTHAN, S. **The prosecution of gender-based crimes at the ICC. Challenges and opportunities**, in International Criminal Law Review, 11, 2011, pp. 775ss. ASKIN, K.D. **Sexual violence in decisions and indictments of the Yugoslav**

take place by force¹¹⁵, or through the threat of the use of force¹¹⁶, or in a coercive way, or to the detriment of a person incapable of expressing a genuine consensus¹¹⁷.

The particular configuration of torture adopted by the Rome Statute makes it possible to qualify the competition between this case and that of rape¹¹⁸ as a relationship of mutual specialty in part by addition and in part by specification: sexual violence¹¹⁹ is a specializing

and Rwandan Tribunals. Current status, in American Journal of International Law, 93, 1999, pp. 97ss.

¹¹⁵LIAKOPOULOS, D. **Male rape and sexual crimes in international criminal law jurisprudence: A critical appraisal**, in Revista de Estudios Jurídicos, 18, 2018.

¹¹⁶VENTURA, M.J. GILLET, M. **The fog of war: Prosecuting illegal uses of force as crimes against humanity**, in Washington University of Global Studies Law Review, 12, 2013, pp. 526ss.

¹¹⁷GREWAL, K. **The protection of sexual autonomy under international criminal law. The International Criminal Court and the challenge of defining rape**, in Journal of International Criminal Justice, 10, 2012, pp. 373ss. O'BYRNE, K. **Beyond consent. Conceptualising sexual assault in international criminal law**, in International Criminal Law Review, 11, 2011, pp. 495ss. SCHOMBURG, W. PETERSON, I. **Genuine consent to sexual violence under international criminal Law**, in American Journal of International Law, 101, 2007, pp. 121ss.

¹¹⁸LIAKOPOULOS, D. **Il crimine dello stupro nel diritto internazionale penale**, in Rivista Strumentario Avvocati. Rivista di Diritto e Procedura Penale, 4, 2009.

¹¹⁹In case: Kunarac we have a description, rectius definition of rape as: "(...) the trial panel found that the actus reus of the crime of rape in international law is constituted by: sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The mens rea is the intention to effect this sexual penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim (...)" In particular the Tribunal has affirmed that: "(...) the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the contents of the surrounding circumstances. The mens rea is the intention to effect this sexual penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim (...). See also in argument for details: CHERIF BASSIOUNI, M. MANIKAS, P. **The law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, Transnational Publishers 1996, pp. 555ss. ASKIN, K.D. **War crimes against women: prosecution in international war crimes Tribunals**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, pp. 380-382. See also the case: Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1-A, Appeal Judgment, par. 207 (ICTY, July 21, 2000): "(...) the actus reus of the crime of rape in international law is constituted by: the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The mens rea is the intention to effect this sexual penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim (...)" WEINER, P. **The evolving jurisprudence of the crime of rape in international criminal law**, in Boston College Law Review, 54, 2013, pp. 1210ss. HAGAY-FREY, A. **Sex and gender crimes in the new international law: Past, present, future**, op. cit., pp. 80ss. See in the same spirit also: Case No. SCSL-04-15-T, Trial Judgment, parr. 146-148. The second element of the actus reus of rape refers to the circumstances; "(...) which would render the sexual act in the first element criminal. The essence of this element is that it describes those circumstances in which the person could not be said to have voluntarily and genuinely consented to the act. The use or threat of force provides clear evidence of non consent, but it is not required (...) true consent will not be possible (...) the last part of this element refers to those situations where, even in the absence of force or coercion, a person cannot be said to genuinely have consented to the act may not, for instance, be capable of genuinely consenting if he or she is too

element with respect to inflation of severe physical or psychological suffering¹²⁰, while the custody or control status is a typical element of the only crime of torture. Which standard must be applied? Should it be concluded for the unit or for the plurality of crimes? The first road that can be used is that indicated by the principle of specialty and leads to the application of the norm with more specialized elements. The interpreter who followed this first approach should conclude for the application of the only crime of rape, since only this last case contains a specializing element: the invasion of the sexual sphere with a part of one's body or with an object constitutes a species compared to the wider genus of serious suffering. The particular control relationship that must be established between the author and the victim in order to integrate the case of torture is not specific¹²¹, on the other hand, there is no general element present in the offense of sexual violence¹²². The same conclusion can be reached through the

young, under the influence of some substance, or suffering from an illness or disability (...)”. In particular Paragraph 147 of the decision refers to the Kunarac appeal judgment as describing circumstances relating to “lack of consent”. The definition derives from the ICC elements of the crime of rape, where “lack of consent” was rejected as an element adopted, in the area was generally very difficult. It is unclear what this reasoning in Sesay (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao, Case No. SCSL-04-15-A, Appeal Judgment, parr. 85-92 (Oct. 26, 2009)) was intended to accomplish. According to the Court: it may be deemed proven: “(...) if the Prosecution establishes beyond reasonable doubt that the accused was aware, or had reason to be aware, of the coercive circumstances that undermined the possibility of genuine consent (...)”. MOUTHAN, S. **Sexual violence against men and international law criminalising the unmentionable**, op. cit., pp. 667ss. REVERTE, R.S. **Referencia al crimen de genocidio aproximación genocidio crime**, in Revista de Estudios Jurídicos, 16, 2016. RAMJI-NOGALES, J. **Questioning hierarchies of harm: Women, forced migration and international criminal law**, in International Criminal Law Review, 11, 2011. DE BROUWER, A.M. **The importance of understanding sexual violence in conflict for investigation and prosecution purposes**, op. cit., CAGGIOLI, G. **Sexual violence in armed conflicts: A violation of international humanitarian law and human rights law**, in International Review of the Red Cross, 96, 2014, pp. 506ss. AYAT, M. **Quelques apports des tribunaux pénaux internationaux ad hoc et notamment le TPIR, à la lutte contre les violences sexuelles subies par les femmes durant les génocides et les conflits armés**, in International Criminal Law Review, 10, 2010, pp. 789ss. SELLERS, P.V. **War-time female slavery: enslavement?**, in Cornell International Law Journal, 44, 2011, pp. 116ss. AGIRRE ARANBURU, X.A. **Sexual violence beyond reasonable doubt: Using pattern evidence and analysis for international cases**, in Leiden Journal of International Law, 23, 2010, pp. 610ss.

¹²⁰AMBOS, K. Sexual offenses in international criminal law, with a special focus on the Rome Statute of the International Criminal Court (July 3, 2012), in BERGSMO, M. BUTENSCHØN SKRE, A. WOOD, E.J. (eds.), **Understanding and providing international sex crimes**, Torkel Opsahl Academic Epublisher, Beijing, 2012, pp. 144ss. COLE, A. International criminal law and sexual violence, in MCGLYNN, C. MUNRO, V. **Rethinking rape law. International and comparative perspectives**, ed. Routledge, London & New York, 2010, pp. 49ss. BACHAROVA, T. **The standing of victims in the procedural design of the ICC**, ed. Brill, The Hague, 2017.

¹²¹LIAKOPOULOS, D. ZAGER, U. **Victim-perpetrator and individual criminal responsibility in international criminal law**, in International and European Union Legal Matters, 2014.

¹²²BERGSMO, M. **Thematic prosecution of international sex crimes some critical comments from a theoretical and comparative perspectives**, ed. Torkel Opsahl Academic Epublisher, Beijing, Beijing, 2012, pp. 294ss. KILLEAN, R. **An incomplete narrative: Prosecuting sexual violence crimes at the extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia**, in Journal of International Criminal Justice, 13 (3), 2015, pp. 335ss. SCULLY, S. **Judging the successes and failures of the Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia**, in Asian Pacific Law & Policy Journal, 13, 2011, pp. 14ss. WILLIAMS, S. PALMER, E. **The**

application of the principle of consumption. Given that both rules are intended to protect the physical and psychological integrity of a subject, and provided that art. 7 (1) (f) of the StICC does not require any specific purpose, the application of the only crime of rape is sufficient for the purposes of the full legal assessment of the fact¹²³. The state of custody or control, in fact, is destined to lose importance in the qualification of the fact with respect to the element of the sexual invasion of the victim. In the cases of normative convergence we find ourselves, by definition, in front of a rape of a victim who is under the control of the author: the additional value of the conduct is therefore conferred by sexual assault, while the state of particular vulnerability of the victim may be considered as an aggravating circumstance or at the time of commensurate sentence¹²⁴.

The Pre-Trial Chamber of the ICC in the *Bemba Gombo* case¹²⁵ has arrived at the same conclusions. The judges, after having recourse to a brief structural comparison between the cases, said that, compared to torture, the crime of rape contains the specializing element of sexual penetration. The presence of this last requirement makes it possible to consider rape "(...) the most appropriate legal characterization in this particular case (...)"¹²⁶, and the value of the torture offense is considered entirely absorbed by the rape accusation¹²⁷. It should be noted that a different structural relationship occurs when the torture is defined as a crime of its own and to specific malice. In this case two distinct types of structural relationships could be hypothesized. The first would be based on a mutual specialty by double specification, given that the official qualification of the active subject and the finalistic direction of the acts would

extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Developing the law on sexual violence?, in *International Criminal Law Review*, 15, 2015, pp. 454ss. FOUNTAIN CALEB, C.J. **Sexual violence, the ad hoc Tribunals and the International Criminal Court: Reconciling Akayesu and Kunarac**, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 20, 2013, pp. 4ss.

¹²³SQUATRITO, T. YOUNG, O.R. FOLLESDAL, A. ULSTEIN, G. **The performance of international Courts and Tribunals**, op. cit.

¹²⁴AHLBRECHT, A. BÖHMEER, K.M. **Internationales Strafrecht**, C.F. Müller, 2018.

¹²⁵*Bemba Gombo* Jean-Pierre, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, PTC-II, ICC-01/05-01/08, 15 June 2009.

¹²⁶ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), op. cit., par. 204.

¹²⁷ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), op. cit., par. 205. In support of this conclusion, two judgments of the ad hoc Tribunals are mentioned: ICTR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Judgment, op. cit., par. 577, 625-650 and ICTY, Prosecutor v. Pavle Strugar, Decision on Defence Preliminary Motion Concerning the Form of the Indictment, TC, IT- 01-42-PT, 28 June 2002. See in argument: LIAKOPOULOS, D. **La sentenza "Pavle Strugar" per i danni alla città di Dubrovnik del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia**, in *Rivista Gazzetta Ambiente*, 3, 2005, pp. 154-167.

configure specificity-respectively-the elements of "anyone"¹²⁸ and the general malice of rape. Applying the criterion of prevalence of the norm with more specializing elements, one would be forced to conclude for the sole application of torture, with a result therefore contrary to what was proposed above.

9 THE PERSECUTION AS AN "UMBRELLA" CASE.

The crime of persecution has found constant codification within the statutes of international tribunals¹²⁹. Expected in art. 7 (1) (h) of the StICC¹³⁰, it is defined as the intentional and serious deprivation of fundamental human rights in contrast with international law, for reasons of group or collective identity. The case presents numerous problems regarding the accuracy of the penal precept given the triple blank reference to the conduct and the modalities of the commission, the identification of the victim groups and the identification of the fundamental human rights violated¹³¹.

A first corrective, suitable to give the situation in this case, is constituted by the severity threshold of the punishable conduct. Not all violations of fundamental rights are relevant for the purpose of persecution, but only those considered as the specializing element

¹²⁸SQUATRITO, T. YOUNG, O.R. FOLLESDAL, A. ULSTEIN, G. **The performance of international Courts and Tribunals**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

¹²⁹Art. 5(c) of the statute of the IMTFE, art. II(1)(c) of the CCL n. 10, art. 5(h) of the statute of the ICTY, art. 3(h) of the statute of the ICTR. In the Nuremberg Statute (art. 6 (c) StMT) the case of persecution-type from the other conduits was kept separate denominate murder-type.

¹³⁰BOAS, G. BISCHOFF, J.L. REID, N.L. **Elements of crimes under international law**, op. cit., SQUATRITO, T. YOUNG, O.R. FOLLESDAL, A. ULSTEIN, G. **The performance of international Courts and Tribunals**, op. cit.

¹³¹ICTY, Prosecutor v. Kupreškić et al., Trial Judgment, op. cit., par. 621, as: "gross or blatant denial, on discriminatory grounds, of a fundamental right, laid down in international customary or treaty law, reaching the same level of gravity as the other acts prohibited in Article 5 (of the ICTY Statute)". K. ROBERTS, **The law of persecution before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, in Leiden Journal of International Law, 15, 2002, pp. 623-639. ICTY, Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Judgment, AC, IT-97-25-A, 17 September 2003, par. 185. ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Trial Judgment, TC-II, IT-05-88/2-T, 12 December 2012, par. 846. For the form of persecution in ad hoc Tribunals see: FENRICK, W.J. **The Crime Against Humanity of Persecution in the Jurisprudence of the ICTY**, in Netherlands Yearbook of International Law, 31, 2001, 89 ss. ROBERTS, K. Striving for Definition. The Law of Persecution from its Origins to the ICTY, in ABTAHI, H. BOAS, G. (a cura di), **The dynamics of international criminal justice. Essays in Honour of Sir Richard May**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2006, pp. 257ss. SWAAK-GOLDMAN, O. **The crime of persecution in international criminal law**, in Leiden Journal of International Law, 11, 1998, pp. 145-154. See also: ICTY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Judgment, TC, IT-95-14-T, 3 March 2000, par. 220. UN Doc. CCPR/21/Rev.1/Add.6, General Comment adopted by the Human Rights Committee under article 40, para. 4, of the ICCPR, No. 24, 11 November 1994, par. 8. VAN ROOSMALE, M. et al., (eds), **Fundamental rights and principles, Liber amicorum Pieter van Dijk**, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2013, pp. 49-71.

of generic malice, but as a further and heterogeneous element. In this case it should be concluded for the formal competition of crimes¹³². The solutions analyzed with reference to the French legal system, however, could suggest a solution in favor of the unit of crime: if we consider torture as a crime-end (given the presence of a specific purpose) and rape as a crime-half, only the first case should apply, and the sexual nature of the offense to physical integrity could be considered as an aggravating circumstance or during the determination of the sentence.

Gravity is not related to the persecutory conduct itself, but to the character and nature of the deprivation of fundamental rights¹³³. A second corrective-introduced by the Rome Statute-is represented by the requirement of the (necessary and) objective connection¹³⁴ with one of the crimes on which the ICC has jurisdiction (crimes against humanity, genocide¹³⁵, war crimes¹³⁶ and, finally, crime of aggression)¹³⁷. This implies that the persecutory conduct

¹³²ICTY, Prosecutor v. Anto Furundžija, Trial Judgment, op. cit., par. 112. ICTY, Prosecutor v. Kunarac et al., Appeals Judgment, op. cit., par. 174.

¹³³AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 106ss. BADAR, M.E. **From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the elements of crimes against humanity**, in San Diego International Law Journal, 5, 2004, pp. 128-131. HALL, C.K. POWDERLY, J. Article 7, in TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court, a commentary**, op. cit., pp. 277-280. ICTR, Prosecutor v. Nahimana et al., Appeals Judgment, ICTR-99-52-A, 28 November 2007, par. 986ss. GORDON, G.S. **Hate speech and persecution. A contextual approach**, in Vanderbilt Journal of Transnational Law, 46, 2013, pp. 332ss.

¹³⁴DE HEMPTINNE, J. **Controverses relatives à la définition du crime de persécution**, in Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 53, 2003, pp. 35ss.

¹³⁵The JCE-doctrine has been introduced by the Appeals Chamber of the ICTY in Prosecutor v. Tadić, Judgment, Case No. ICTY-94-1-A, 15 July 1999, par. 185-229 as customary international law and has subsequently been applied in numerous cases, including ICTY, Prosecutor v. Krajišnik, Judgment, Case No. ICTY-00-39/40, 27 September 2006; Id, Prosecutor v. Brđanin, Judgment, Case No. ICTY- 99-36-A, 3 April 2007 and Id, Prosecutor v. Popović et al., Judgment, Case No. ICTY-05-88-T, 10 June 2010. See for details, BLAISE NGAMENI, H. **La diffusion du droit international pénal dans les ordres juridiques africains**, ed. L'Harmattan, Paris, 2017. CALVO-GOLLER, K. **La procédure et la jurisprudence de la Cour pénale internationale**, op. cit., DRUMBL, M.A. **Rule of law amid lawlessness: Counseling the accused in Rwanda's domestic genocide trials**, in Columbia Human Rights Law Review, 29, 1998. ALONSO, H. Current trends on modes of liability for genocide, crimes against humanity and war crimes, in STAHN, C. VAN DEN HERIK, L. (eds.), **Future perspectives on international criminal justice**, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010, pp. 522-524. MANACORDA, S. MELONI, C. **Indirect perpetration versus Joint Criminal Enterprise: Concurring approaches in the practice of international criminal law?**, in Journal of International Criminal Justice, 9 (1), 2011, pp. 165ss. In the Kvočka et al. case, the Appeals Chamber emphasized that it is the accused person's knowledge that is central, that is, what was natural and foreseeable to this person. More specifically, the Appeals Chamber held that: "(...) participation in a systemic joint criminal enterprise does not necessarily entail criminal responsibility for all crimes which, though not within the common purpose of the enterprise, were a natural or foreseeable consequence of the enterprise. A participant may be responsible for such crimes only if the Prosecution proves that the accused had sufficient knowledge such that the additional crimes were a natural and foreseeable consequence to him (...)". Kvočka et al., judgment, AC, ICTY, 28 February 2005, para. 86, in the same spirit: Limaj et al., judgment, TC, ICTY, 30 November 2005, par. 512.

¹³⁶BALCELLS, L. KALYVAS, S.N. **Does warfare matter? Severity, duration, and outcomes of civil wars**, in

must be carried out in connection with one of the crimes provided for in Articles 6-8bis of the StICC. According to some authors none of these two corrections is suitable to restrict significantly the *actus reus* of persecution¹³⁸. The delimitation of the notion of persecution would instead be guaranteed by the presence of the specific malice, given that the crime must be committed for discriminatory reasons based on race, nationality, political belief, ethnic or cultural affiliation, religion, gender or other discriminatory reasons universally recognized as inadmissible under international law. The author must therefore act with the specific intention

Journal of Conflict Resolution, 58 (8), 2014, pp. 6ss.

¹³⁷WERLE, G. JESSBERGER, F. **Principles of international criminal law**, op. cit., pp. 377ss. During the preparatory work for the Rome Statute, some delegations insisted on the introduction of the connection with the other crimes pertaining to the Court in order to limit an otherwise too elastic notion of persecution. See in argument: ROBINSON, D. **Defining "crimes against humanity" at the Rome Conference**, in American Journal of International Law, 93, 1999, pp. 55ss. KEMP, G. **Individual criminal liability for the international crime of aggression**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017. KNOOPS, G.J.A. **An introduction to the law of international criminal Tribunals: A comparative study**, ed. Brill, The Hague, 2014, pp. 234ss. KONATÉ, D. **La Cour Pénale Internationale: Entre nécessité de justice et impératif de pax**, ed. L'Harmattan, Paris, 2018. The jurisprudence of the ad hoc Tribunals has denied the customary nature of this requirement: ICTY, Prosecutor v. Kupreškić et al., Trial Judgment, op. cit., par. 580. For some authors the connection requirement has the objective of circumscribing the jurisdiction of the Court to the only forms of persecution which present a high degree of objective danger: AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 106ss. EINARSEN, T. Prosecuting aggression through other universal core crimes at the International Criminal Court, in SADAT, N.L. **Seeking accountability for the unlawful use of force**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018. VENTURA, M.J. GILLET, M. **The fog of war: Prosecuting illegal uses of force as crimes against humanity**, op. cit., pp. 532ss.

¹³⁸For the *actus reus* see from the next cases from the Special Tribunal for Lebanon: Akhbar Beirut S.A.L. Ibrahim Mohamed Ali Al Amin, Case. No. STL-14-06/T/CJ, Trial Chamber judgment, 15 July 2016 (Akhbar, Trial Chamber judgment) the Court: "(...) stressed that in order to see the differences in the assessment of corporate criminal liability across nations, there is a need to look beyond the systems of common law nations. By finding that the notion of corporate criminal liability is of such divergent nature in the international domain of domestic practices that there is a lack of consensus on it, the Court re-affirmed the Defence's argument stating that the corporate accused not have been expected to know that its acts would result in a violation of international law (...) held that the mens rea can only be fulfilled if the natural accused has knowingly and wilfully interfered with the administration of justice and that the act has been committed merely knowingly and wilfully in order to show culpability (...) the Amicus had to prove that the accused "(1) deliberately published information on purported confidential witnesses, and (2) in doing so, they knew that their conduct was objectively likely to undermine public confidence in the Tribunal's ability to protect the confidentiality of information about, provided by, witnesses or potential witnesses (...) actual knowledge that the disclosure poses a threat to the public's confidence in the Tribunals work can be inferred from various circumstances (...) if only wilful blindness is established, that alone suffices knowledge which gives reason to impute criminal liability (...). See also: Akhbar Beirut S.A.L. Ibrahim Mohamed Ali Al Amin, Case. No. STL-14-06/S/CJ, Reasons for Sentencing judgment, 5 September 2016, para. 2. (Akhbar, Sentencing judgment) the STL established: "(...) the actus reus and mens rea of corporate entities and found a corporate body criminally liable for contempt of court (...) references made to the case-law of this Court might seem misleading as the corporate body did not commit atrocity crimes. However, this case has been carefully chosen to stress that domestic practices lay the necessary foundation for the development of international criminal law to include corporate criminal liability (...). See also in argument: EBY, C.P. **Aid "specifically directed" to facilitate war crimes. The ICTY's anomalous actus reus standard for aiding and abetting**, in Chicago Journal of International Law, 115, 2014.

to discriminate a group or a community¹³⁹.

Despite the definition efforts made by the Rome Statute, persecution remains a vague concept, "artificially located between crimes against humanity and genocide and confusingly overlapping with war crimes"¹⁴⁰. The persecution has been defined as an "umbrella" case¹⁴¹ since it does not constitute a crime in itself but requires-for the purpose of its realization-the fulfillment of an action or omission that results in a serious violation of human rights¹⁴². As can be understood, among the serious violations of human rights suitable for integrating the persecution there are also the behaviors already sanctioned autonomously by the Statute such as murder, torture, sexual violence¹⁴³ or deportation¹⁴⁴.

¹³⁹CHERIF BASSIOUNI, M. **Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 400ss. BERGSMO, M. WUI LING, C. PING, Y. (a cura di), **Historical origins of international criminal law**. Vol. 1-3, ed. TOAEP, Brussels, 2014. ROBERTS, K. **The law of persecution before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, in *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, pp. 636ss. From the jurisprudence see: ICTY, Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Trial Judgment, op. cit., par. 202 and 217. ICTY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Judgment, op. cit., par. 235. ICTY, Prosecutor v. Kvočka et al., Trial Judgment, op. cit., par. 185. ICTY, Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Judgment, op. cit., par. 435. ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Trial Judgment, op. cit., par. 849-850. ICTY, Prosecutor v. Momčilo Perišić, Trial Judgment, op. cit., par. 121-122. ICTY, Prosecutor v. Gotovina et al., Judgment, TC, IT-06-90-T, 15 April 2011, par. 1803. See for details: J. SUBOTIĆ, Legitimacy, scope, and conflicting claims on the ICTY: In the aftermath of Gotovina, Haradinaj and Perišić, in *Journal of Human Rights*, 13(2), 2014, pp. 172ss. For details see: OSTOJIC, M. **Between justice and stability: The politics of war crimes prosecutions**, Ashgate Publishing, Farnham, 2014. ORENTLICHER, D.F. **Some kind of justice, the ICTY's impact in Bosnia and Serbia**, Oxford University Press, Oxford, 2018. GOW, J. KERR, R. PAJIC, Z. **Prosecuting war crimes, lessons and legacies of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, ed. Routledge, Abington & New York, 2014.

¹⁴⁰FOURNET, C. PÉGORIER, C. **"Only one step away from genocide". The crime of persecution in international criminal law**, in *International Criminal Law Review*, 10, 2010, pp. 714ss. MAY, L. HOSKINS, Z. **The extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their contribution to international criminal law**, ed. Springer, Berlin, 2016.

¹⁴¹AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 105ss. ICTY, Prosecutor v. Predrag Banović, Sentencing Judgment, TC, IT-02-65/1-S, 28 October 2003, par. 38. ICTY, Prosecutor v. Popović et al., Trial Judgment, TC-II, IT-05-88-T, 10 June 2010, par. 965. ICTY, Prosecutor v. Vlastimir Đorđević, Trial Judgment, TC-II, IT-05-87/1-T, 23 February 2011, par. 1756. ICTY, Prosecutor v. Stanišić and Župljanin, Trial Judgment, TC-II, IT-08-91-T, 27 March 2013, par. 67.

¹⁴²GOSNELL, C. **Damned if you don't liability for omissions in international criminal law**, Ashgate Publishing, Farnham, 2013.

¹⁴³CHESNEY-LIND, M. MERLÓ, A.V. **Global war on girls? Policing girl's sexuality and criminalizing their victimization**, in *Women and Criminal Justice*, 25, 2015. ADAMS, A. **The first rape prosecution before the ICC: Are the elements of crimes based on a source of international law?**, in *International Criminal Law Review*, 15, 2015, pp. 1100ss. KARKERA, T.R. **International Criminal Court's protection of women: The hands of justice at work**, in *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 12, 2004, pp. 202ss. RUSSELL-BROWN, S.L. **Rape as an act of genocide**, in *Berkeley Journal of International Law*, 21, 2003, pp. 362ss. SELLERS, P.V. **Sexual violence and peremptory norms: The legal value of rape**, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 34, 2002, pp. 290ss.

¹⁴⁴DDAMULIRA MYJUZI, J. **Prosecution and punishing torture in South Africa as a discrete crime and as a crime against humanity**, in *African Journal of International and Comparative Law*, 23, 2015, pp. 342ss. CLARKE, K.M. KNOTNERU, A.S. DE VOLDER, E. **Africa and the ICC**, Cambridge University Press,

The express provision of the connection requirement makes it possible to configure the persecution as a crime that can only be achieved if it is linked to conduct that constitutes a crime in itself according to the Rome Statute. As a result, there are three possible scenarios that can be imagined. The first concerns a non-codified discriminatory conduct within the Statute (for example: the issue of a law on citizenship) connected to a crime on which the Court has jurisdiction (for example: forced transfer of a minority). The second concerns the case in which the persecutory conduct is carried out only through conduct that constitutes, already in itself, a codified crime within the Statute (for example: persecution committed only through acts of sexual violence or looting¹⁴⁵). Finally, the third is defined by the sum of the first two scenarios: persecution is committed either through conduits that integrate a crime of the Statute, or through other untyped conduct but connected to a crime pertaining to the ICC. A particular hypothesis of normative convergence is configured in the second (and, by way of reflection, in the third) scenario. In this hypothesis the peculiarity of the rules contest derives from the fact that we are faced with an umbrella situation-persecution-whose concrete implementation necessarily and exclusively passes through the creation of a conduct already autonomously sanctioned by the Statute. The relevance of this normative overlap is accentuated by the fact that, to date, in the face of the ICC the crime of persecution has always had as its object conduits that have been imputed (cumulatively) even on an autonomous basis as crimes against humanity¹⁴⁶. At first glance the relationship established between the persecution and the connected crime seems to recall the figure of the complex crime. The study of the competition established between the persecution and the murder, already dealt with by the *ad hoc* Tribunals, can represent an example for the solution of the other cases of convergence that occur between an umbrella case and a case that constitutes, in

Cambridge, 2016.

¹⁴⁵RANDALL, M. VENKATESH, V. **The right to no: The crime of marital rape, women's human rights and international law**, in Brooklyn Journal of International Law, 41, 2015.

¹⁴⁶ICC, Prosecutor v. Muthaura et al., Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, P-TC II, ICC-01/09-02/11, 23 January 2012, par. 283, in which reference is made to murder, forced relocation, sexual violence and injuries to physical and mental integrity. ICC, Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang, Decision on the Confirmation of Charges, P-TC II, ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, par. 271, which states that the persecution was carried out through the conduct of murder and deportation or forced transfer. ICC, Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, P-TC, ICC-02/11-01/11, 12 June 2014, par. 204, which refers to crimes of murder, sexual violence and injury; these last crimes are also imputed as a crime of persecution in the ICC, Prosecutor v. Charles Blé Gaudé, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Gaudé, P-TC, ICC- 02/11-02/11, 11 December 2014, par. 122.

itself, a crime in accordance with the Rome Statute.

10 FROM THE *KRSTIĆ* CASE TO THE *BLÉ GUADÉ* CASE: PERSECUTION COMMITTED THROUGH MURDER.

The first jurisprudence of the ICTY which ruled on the competition between persecution and murder concluded in favor of appearance¹⁴⁷. The accumulation of qualifications was considered "cumulative impermissible"¹⁴⁸ because the persecution appears to be *lex specialis* with respect to the crime of murder: on the one hand, it requires the proof of a further element that identifies itself in the discriminatory intent towards a group- victim; on the other hand, the evidence that a defendant committed the crime of persecution through the conduct of homicide necessarily assumes that all the elements of the murder crime have been tried¹⁴⁹. The absorption of the murder in the persecution is therefore deduced both from the structural relationship between the facts and from the probative report that is established, among them, in the judgment. Having detected the incorrect application of the *Čelebići* criterion, with the appeal ruling in the *Kordić* and *Čerkez* case¹⁵⁰ the ICTY adopted a diametrically opposed solution, concluding in favor of the criminal offense¹⁵¹. The accumulation of legal qualifications has been considered legitimate due to the fact that both norms each have a distinct and additional element with respect to the other¹⁵²: while

¹⁴⁷ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstić, Trial Judgment, op. cit., par. 675. ICTY, Prosecutor v. Kvočka et al., Trial Judgment, op. cit., par. 220. ICTY, Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Judgment, op. cit., par. 503. ICTY, Prosecutor v. Mitar Vasiljević, Trial Judgment, TC-II, IT-98-32-T, 29 November 2002, par. 267. ICTY, Prosecutor v. Naletilić and Martinović, Trial Judgment, op. cit., par. 724. ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakić, Trial Judgment, op. cit., par. 879. ICTY, Prosecutor v. Simić et al., Trial Judgment, op. cit., par. 1058. ICTY, Prosecutor v. Mitar Vasiljević, Appeals Judgment, op. cit., par. 146. ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstić, Appeals Judgment, op. cit., par. 231. ICTY, Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Trial Judgment, op. cit., par. 1085.

¹⁴⁸ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstić, Appeals Judgment, op. cit., par. 231.

¹⁴⁹NEHA, J. **Judicial lawmaking and general principles of law in international criminal law**, op. cit., 122ss.

¹⁵⁰Kordić and Čerkez, Judgment, AC, IT-95-14/2-A, 17 December 2004.

¹⁵¹ICTY, Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Judgment, op. cit., par. 1040.

¹⁵²In the same conclusion see the position from the Chamber of Appeal in case: ICTY, Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Appeals Judgment, op. cit., par. 188. Unlike the Krstić and Vasiljević judgments, in the Krnojelac case the judges did not motivate the choice in favor of appearance. A dissenting opinion was expressed by Judge Shahabuddeen in the Krstić case, in which the latter declared to comply with the conclusion reached by the majority of the Chamber of Appeal only because of the existence of two precedents (the aforementioned cases Vasiljević and Krnojelac) which affirmed the appearance of the competition. It is interesting to report a significant passage of the partially dissenting opinion in which, after having said that the two cases present distinct elements, the judge affirmed that: "(...) were it otherwise, the legal elements of the crime of persecution would vary according to the legal elements of the particular crime on which the persecution is based. The legal elements of the crime of persecution would include the legal elements of the crime of enslavement if

persecution does not require the presence of an action or omission that causes the death of an individual, murder does not require a discriminatory act and intent. The same reasoning is extended "(...) as discriminatory intent and is therefore more specific than murder as a crime against humanity"¹⁵³ also to the other hypotheses of competition between persecution and crimes pertaining to the Court, such as imprisonment and inhuman deeds¹⁵⁴. This conclusion was not shared by the judges Schomburg and Güney¹⁵⁵. In their dissenting opinion, the persecution is defined as an "empty shell"¹⁵⁶ designed to contain within it all the possible violations of fundamental human rights that reach a certain threshold of gravity and are put in place with discriminatory motives. It is interesting to report a passage from the dissenting opinion, which states: "(...) one has to ask: what is the fundamental right that has been denied (?) in the present case, the answer is: the fundamental right to life. It is only by incorporating this element in persecutions that the empty hull amounts to (...) a crime against humanity (...)"¹⁵⁷.

Paraphrasing what has been deduced by the judges, the particular structure of the crime of persecution requires the interpreter to consider what concrete conduct is put in place

enslavement were alleged to be the basis of the persecution charged. Similarly with respect to deportation, imprisonment, torture and rape. The legal elements of a charge for persecution would thus vary from case to case; in the present case, they would include the legal elements of all the crimes on which the persecution is alleged to have been based. That variability is not reconcilable with the stability, definitiveness and certainty with which the legal elements of a crime should be known. Those elements must not depend on accidents of prosecution; they must clearly appear once and for all from a reading of the provision defining the crime (...)": ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstić, Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, AC, IT-98-33-A, 19 April 2004, par. 91. In our opinion, the suggestion proposed by Judge Shahabuddeen does not take due account of the peculiar normative construction of the persecution. As mentioned above, persecution presents itself as a complex crime in which alongside some typical elements of its own-the discriminatory intent and the victim group-can be added to the objective and subjective elements of other cases already codified within of the Statute. Consequently, the configuration of the persecution necessarily depends on the modality of the conduct with which it is carried out and imputed to the author. In the same opinion see also: BOAS, G. BISCHOFF, J.L. REID, N.L. **Elements of crimes under international law. International criminal law practitioner library series**, op. cit., pp. 340ss.

¹⁵³ESTUPIÑAN SILVA, R. **Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales**, in Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2012, pp. 136ss.

¹⁵⁴ICTY, Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Judgment, op. cit., par. 1042-1043.

¹⁵⁵Kordić and Čerkez, Joint Dissenting Opinion of Judge Schomburg and Judge Güney on Cumulative Convictions, AC, IT-95-14/2-A, 17 December 2004

¹⁵⁶ICTY, Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Joint Dissenting Opinion of Judge Schomburg and Judge Güney, AC, IT-95-14/2-A, 17 December 2004, par. 6.

¹⁵⁷ICTY, Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Joint Dissenting Opinion of Judge Schomburg and Judge Güney, op. cit., par. 6. The same conclusions were re-proposed by the judges themselves Schomburg e Güney in ICTY, Prosecutor v. Naletilić and Martinović, Opinion Dissidente Conjointe des Juges Güney et Schomburg sur le Cumul de Déclarations de Culpabilité, AC, IT-98-34-A, 3 May 2006. See also in the same spirit: ECCC, Prosecutor v. Kaing Guev Eav alias Duch (001), Trial Judgment, TC, 011/18-07-2007/ECCC/TC, 26 July 2010, par. 565.

to integrate the persecution. This question is not so much useful to answer the question: "how was the crime of persecution committed?"¹⁵⁸, But rather to understand what is the crime that is imputed to the author: without a concrete conduct there would be only a discriminatory intent towards a victim group, but not yet a typical case according to the Statute. This means that whenever the persecution is committed through one or more murders, the normative overlap must result in an apparent competition because the violation of the right to life, constituting one of the elements of the persecution, is absorbed by the latter case. The restrictive approach, favorable to the apparent competition, turned into an exception from the appeal decision in the *Kordić and Čerkez* case and the opposite solution, favorable to the crime offense, was adopted by the subsequent jurisprudence of the *ad hoc* Tribunals¹⁵⁹. With reference to the ICC, to date no judgments of first or second degree have been pronounced on the elements of the crime of persecution or on the problem of the competition between it and another crime pertaining to the Statute. Yet, by analyzing the decisions to confirm the indictments of the Pre-Trial Chamber, one has the distinct sensation that the ICC can adopt the approach inaugurated by the *Kordić and Čerkez* ruling, favoring the formal competition of crimes to the detriment of the unit of crime¹⁶⁰.

As a paradigmatic example of this trend we can mention the decision on the *Blé Gaudé* case¹⁶¹, the last in chronological order to have dealt with persecution. The accused was

¹⁵⁸ICTY, Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Joint Dissenting Opinion of Judge Schomburg and Judge Güney, op. cit.,

¹⁵⁹Favorable for the prosecution of crimes between persecution and other crimes pertaining to the court: ICTR, Prosecutor v. Nahimana et al., Judgment and Sentence, AC, ICTR-99-52-A, 28 November 2007, par. 1090. ICTY, Prosecutor v. Blagojević and Jokić, Trial Judgment, TC, IT-02-60-T, 17 January 2005, par. 810. ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakić, Appeals Judgment, op. cit., par. 359. ICTY, Prosecutor v. Naletilić and Martinović, Appeals Judgment, op. cit., par. 590. ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Trial Judgment, TC, IT-00-39-T, 27 September 2006, par. 1130. ICTY, Prosecutor v. Milan Martić, Trial Judgment, IT-95-11-T, 12 June 2007, par. 475. ICTR, Prosecutor v. Nahimana et al., Appeals Judgment, cit., op. par. 1027. ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Appeals Judgment, op. cit., par. 389. ICTY, Prosecutor v. Lukić and Lukić, Trial Judgment, AC, IT-98-32/1-A, 4 December 2012, par. 1042. ICTY, Prosecutor v. Popović et al., Trial Judgment, op. cit., par. 2113. ICTY, Prosecutor v. Vlastimir Đorđević, Trial Judgment, op. cit., par. 2198-2200. ICTY, Prosecutor v. Momčilo Perišić, Trial Judgment, op. cit., par. 1790. ICTR, Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva, Appeals Judgment, AC, ICTR-98-41-A, 14 December 2011, par. 414. ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Trial Judgment, op. cit., par. 1202. ICTY, Prosecutor v. Vlastimir Đorđević, Appeals Judgment, op. cit., par. 842. ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadžić, Trial Judgment, TC, IT-95-5/18-T, 24 March 2016, par. 6018. ICTY, Prosecutor v. Ratko Mladić, Trial Judgment, op. cit., par. 5174. The only exception (favorable to the apparent competition of rules) is found in ICTY, Prosecutor v. Stanišić and Župljanin, Trial Judgment, op. cit., par. 910-912.

¹⁶⁰GLESS, S. *Internationales Strafrecht. Grundriss für Studium und Praxis*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2015.

¹⁶¹Prosecutor v. Charles Blé Gaudé, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Gaudé, P-TC, ICC- 02/11-02/11, 11 December 2014, par. 122

accused of committing the following crimes against humanity: murder, rape, other inhumane acts (in this case: serious injuries to physical integrity) and, finally, persecution on political, national, ethnic and religious grounds. The Pre-Trial Chamber, in the paragraph dedicated to the persecution, said that at least victims of murder, rape and injuries were affected because of their national, ethnic, religious or political orientation¹⁶².

Despite the decision on the *Blé Gaudé* case-placing itself in a preliminary phase to the trial-does not prevent a future solution, in the judgment, in favor of the appearance. The approach adopted by the judges still seems to be open to criticism. And this for the reasons already stated above: the principles governing the competition of rules must be taken into account by the Prosecutor and the judges of the preliminary Chamber already in the process of confirming the accusations in order to avoid the useless proliferation of appropriate cumulative charges to lengthen the times and costs of the process.

11 THE COMPLEXITY OF PERSECUTION AS A CRIME.

The solution in favor of the unit of crime, with the sole application of the crime of persecution, is justified by the application of the principle of specialty. The same case before the *Kordić* and *Čerkez* case stated that: "(...) the offense of persecution is more specific than the offences of murder and inhumane acts as crime against humanity because, in addition to the facts necessary to prove murder and inhumane acts, persecution requires the proof of a materially distinct element of a discriminatory intent in the commission of the act (...)"¹⁶³.

The element of discriminatory intent confers specialties to the crime of persecution. While agreeing with the conclusion of the judges-both with reference to the criterion of solution applied (the specialty) and with the final outcome of the comparison (application of persecution only)-he wants to propose a further argument in support of the unit of crime¹⁶⁴.

The peculiar complex structure of the crime of persecution can take two forms. On the one hand, persecution can be considered as the sum of a conduct that already constitutes, in itself, a crime pertaining to the Statute, and of discriminatory intent. The suggestion proposed

¹⁶²ICC, Prosecutor v. Charles Blé Gaudé, Decision on the confirmation of charges, op. cit., par. 194.

¹⁶³ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstić, Appeals Judgment, op. cit., par. 231.

¹⁶⁴AKSENOVA, M. **Symbolism as a constraint on international criminal law**, in Leiden Journal of International Law, 30, 2017, pp. 478ss. MULGREW, R. **Towards the development of the international penal system**, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

in this scenario is to qualify the crime of persecution as a complex crime, that is as an autonomous and unitary case in point, the result of the synthesis and legislative unification between a crime identified with one of the concrete conduits through which persecution can be carried out-and an aggravating circumstance, identified as discriminatory intent¹⁶⁵.

The persecution can be considered as the sum of a conduct that is not already punishable under the Statute and the discriminatory fraud. In the latter scenario, art. 7 (1) (h) of the StICC has the function of expanding the punishment conferring typicality to a whole series of serious violations of fundamental human rights that would not, in themselves, be punishable¹⁶⁶. Consequently, when persecution takes on such structural features, no phenomenon of normative convergence can occur.

In the first scenario, on the other hand, the competition that takes place between the persecution and the crime through which it manifests must be resolved in the sense of appearance, with the application of persecution alone as *lex specialis*¹⁶⁷. The complex nature of persecution dictates this conclusion because: a) for the purposes of its verification, it

¹⁶⁵HOLÁ, B. SMEULERS, A. BIJLEVELD, C. **International sentencing facts and figures. Sentencing practice at the ICTY and ICTR**, in Journal of International Criminal Justice, 9, 2011, pp. 425ss. MEERNIK, J. KING, K. **The sentencing determinants of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: An empirical and doctrinal analysis**, in Leiden Journal of International Law, 16, 2003, pp. 740-741. BOOK, J.P. **Appeal and sentence in international criminal law**, BWV Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin, 2011, pp. 99ss. MELLOH, F. **Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts**, op. cit., pp. 378. OLUSANYA, O. **Sentencing war crimes and crimes against humanity under the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, ed. Europa Law, Groningen, 2005, according to which crimes committed with discriminatory intent must be punished more severely than those committed on an arbitrary basis. On the need to give systematicity and organicity to the phase of sentencing. See also, OHLIN, J.D. **Targeting and the concept of intent**, in Cornell Law Faculty Publications, paper 774, 2013, pp. 84ss. BAGARIC, M. MORSS, J. **International sentencing law: In search of a justification and coherent framework**, in International Criminal Law Review, 6, 2006, pp. 191-255. CHIFFLET, P. BOAS, G. **Sentencing coherence in international criminal law: The cases of Biljana Plavšić and Miroslav Bralo**, in Criminal Law Forum, 23, 2012, pp. 158. AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 302ss. D'ASCOLI, S. **Sentencing in international criminal law: The UN ad hoc Tribunals and future perspectives for the ICC**, Hart Publishing, Oxford & Portland, Oregon, 2011. DUBINSKY, A. **An examination of international sentencing guidelines and a proposal for amendments to the International Criminal Court's sentencing structure**, in New England Journal on Criminal and Civil Confinement, 33, 2007, pp. 609-637. SLOANE, R.D. **Sentencing for the "crime of crimes". The evolving "common law" of sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda**, in Journal of International Criminal Justice, 5, 2007, pp. 729ss.

¹⁶⁶SQUATRITO, T. YOUNG, O.R. FOLLESDAL, A. ULSTEIN, G. **The performance of international Courts and Tribunals**, op. cit.

¹⁶⁷LINDROOS, A. **Addressing norm conflicts in a fragmented legal system: The doctrine of lex specialis**, op. cit., MILANOVIC, M. **The lost origins of lex specialis: Rethinking the relationship between human rights and international humanitarian law**, in OHLIN, J.D. (a cura di), **Theoretical boundaries of armed conflict and human rights**, op. cit., pp. 32ss. PAUWELYN, J. **Conflict of norms in public international law**, op. cit., pp. 386ss. CONWAY, G. **Conflicts of competence norms in EU law and the legal reasoning of the ECJ**, op. cit., pp. 987ss.

requires the fulfillment of another case; b) the persecution is a broader case because it requires proof of the specific intent; c) having a broader scope, but necessitating the accomplishment of another crime, it entirely includes within it the other case; d) by requesting proof of a further and different element (discriminatory intent), persecution can be qualified as a special law. In this way the solution of the competition is based solely on a logical criterion-the specialty-and does not require any use of value criteria¹⁶⁸. In fact, the jurisprudential approach favorable to the crimes competition-inaugurated with the appeal sentence *Kordić and Čerkez* and adopted by the ICC in confirming the accusations-does not seem worthy of acceptance.

12 APARTHEID AND PERSECUTION CAN COMPETE?

A particular hypothesis of normative convergence is established between the crime of persecution and the crime of apartheid¹⁶⁹ codified for the first time within the Rome Statute. Art. 7 (2) (h) of the StICC defines apartheid as a series of inhuman acts of gravity similar to the conduct constituting a crime against humanity under the Statute¹⁷⁰ committed in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination of a racial group against another group (or groups) and put in place with the intention of keeping that regime alive. Apartheid also presents itself as an "umbrella" case¹⁷¹ capable of encompassing a multitude of behaviors-already punished autonomously by the Statute or of equal offensive scope-if set up within a context can itself integrate a specific one: that of an institutionalized regime of segregation and domination of one race over the other¹⁷². In other words, it too can

¹⁶⁸BOAS, G. BISCHOFF, J.L. REID, N.L. **Elements of crimes under international law. International criminal law practitioner library series**, op. cit., pp. 347ss.

¹⁶⁹See the UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR3, Third Meeting of the Committee for the Whole, 17 June 1998. EDEN, P. **The role of the Rome Statute in the criminalization of apartheid**, in *Journal of International Criminal Justice*, 12, 2014, pp. 184-185. BOOYSEN, H. **Convention on the Crime of Apartheid**, in *South African Yearbook of International Law*, 2, 1976, pp. 56-96. TOMUSCHAT, C. **Universal criminal jurisdiction. Jurisdiction with respect to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes**, in *Yearbook of the Institute of International Law*, 71, 2005, pp. 246ss. LETT, A. **The meaningless existence of universal jurisdiction**, in *Michigan State International Law Review*, 23, 2015, pp. 547ss. LANGER, M. **The diplomacy of universal jurisdiction: The political branches and the transnational prosecution of international crimes**, in *American Journal of International Law*, 105, 2011, pp. 1, 42ss.

¹⁷⁰SERNÍN RODRÍGUEZ, C.A. **La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional**, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47, 2017, pp. 210ss.

¹⁷¹WERLE, G. JESSBERGER, F. **International criminal justice is coming home. The new German Code of crimes against international law**, op. cit., pp. 206ss.

¹⁷²HALL, C.K. VAN DEN HERIK, L. Article 7, in TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, op. cit., pp. 283ss. AMBOS, K. **Treatise on international**

present itself as a complex crime¹⁷³. In the event that the conduct integrating the crime of apartheid is committed with a discriminatory intent, there is a competition between the crime of persecution and the crime of apartheid¹⁷⁴. How does the competition between these two complex crimes resolve? First of all we can say that the structural similarity between the two cases is emphasized and the competition in favor of appearance is resolved. This conclusion is justified by the fact that apartheid deals only with racial discrimination, while persecution includes discriminatory reasons based on religious, ethnic, national, etc., factors: the first crime is more specific than the second and, consequently, is destined to find solitary application in the cases of competition¹⁷⁵.

According to our opinion, the solution in favor of the crime unit-with the application of the apartheid standard-turns out to be correct. However, the argument that justifies this choice can best be argued. On the one hand, apartheid does not seem to require, from the point of view of typicality, that conduct should come into being with discriminatory motives: the same authors who support the specificity of apartheid affirm that, despite the similarities with the crime of persecution, only the latter case requires that the conduct be discriminatory. The specific malice of apartheid concerns, if anything, the will, on the crime side against humanity already typified by the Statute. Furthermore, the institutionalized regime of oppression is maintained in life through the fulfillment of that specific conduct. On the other hand, even wanting to admit that apartheid should be committed with a discriminatory conduct based on racism, the problem of the competition could find a more complex solution. Indeed, the racial nature of discriminatory motives would not be the criterion of solution but the presupposition for convergence¹⁷⁶. If, within an institutionalized regime of oppression, a person commits a

criminal law, op. cit., pp. 114ss. JACKSON, M. **A conspiracy to commit genocide. Anti-fertility research in apartheid's chemical and biological weapons programme**, op. cit., pp. 933-950.

¹⁷³HALL, C.K. Article 7-Crimes against humanity, in TRIFFTERER, O. (a cura di), **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article**, C.H. Beck/Hart/Nomos, Oxford & Oregon, Portland, Baden-Baden, München, 2008, pp. 122ss. BYRON, C. **War crimes and crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court**, Manchester University Press, Manchester, 2009, pp. 242ss. BULTZ, A. **Redefining apartheid in international criminal law**, in Criminal Law Forum, 24, 2013, pp. 224-225.

¹⁷⁴LINGAAS, C. **The crime against humanity of apartheid in a post apartheid world**, in Oslo Law Review, 2, 2015.

¹⁷⁵HÜNERBEIN, I. **Straftatkonkurrenzen im Völkerstrafrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 130ss.

¹⁷⁶KOVÁCS, P. Racial groups, in SHELTON, D.L. (a cura di), **Encyclopedia of genocide and crimes against humanity**. Volume I (I-S), ed. Thomson Gale, Farmington Hills, 2005, pp. 855-857. BOAS, F. **The mind of primitive man**, ed. Praeger, Santa Barbara, 1983. BALIBAR, E. WALLERSTEIN, I. **Race, nation, classe. Les identités ambiguës**, La Découverte, Paris, 2007. BENEDICT, R. **Race and racism**, ed. Routledge, London &

serious violation of human rights against a religious minority as such, it would not be between persecution and apartheid because the religious nature of discrimination is not a typical element of crime of apartheid. By definition, apartheid and persecution concur only where a serious inhuman act is committed in an organized regime of oppression and racial domination. In other words, the mere presence of racial discrimination-admitted that it represents a typical requirement of the crime of apartheid-is not suitable to give specificity to this case, presenting itself, on the contrary, as an ontological premise to the overlap between apartheid and persecution¹⁷⁷. It therefore seems hasty to conclude for the application of apartheid by comparing only the nature of the discriminatory grounds¹⁷⁸.

13 A NEW FORM OF CONVERGENCE: THE HYPOTHESES OF INTER-CATEGORICAL COMPETITION.

The inter-categorical contest (or inter-crime) occurs whenever one or more cases included in a criminal category converges with one or more cases belonging to another criminal category. Think of the case in which murder as a crime against humanity is committed through the use of warlike means or methods that constitute a war crime under international humanitarian law.

The phenomenon, from an ontological point of view, is identical to the intra-category competition or to the competition of rules that occurs within national laws: it is always the convergence of two or more provisions on the same fact. It is believed that the hypothesis of inter-categorical competition deserves a separate study compared to the intra-categorical one. The assumption of this differentiated solution rests on the relevance that the element of context plays in the structural comparison between cases. The two hypotheses of intra-and inter-categorical competition present a substantial difference: only in the second form of convergence, the element of context is taken into consideration-because of its distinctive

New York, 1983. TAGUIEFF, P.A. **La force du préjugé. Essai sur le racism et ses doubles**, ed. La Découverte, Paris, 1988.

¹⁷⁷DUGARD, J. L'apartheid, in ASCENSIO, H. DECAUX, E. PELLET, A. (a cura di), **Droit international pénal**, ed. Pedone, Paris, 2012, pp. 203ss.

¹⁷⁸EDEN, P. **The role of the Rome Statute in the criminalization of apartheid**, op. cit., pp. 185ss. MACULAN, E. LIÑÁN LAFUENTE, A. Relaciones concursales, concursus delictorum, in FISCHER, H. KRESS, C. LÜDER, S.R. (a cura di), **International and national prosecution of crimes under international law. Current developments**, ed. Nomos, Baden-Baden, 2001, pp. 315ss, who refer both to the racial reasons and to the context of commission of crimes to infer the greater specificity of apartheid from the persecution.

function-in the structural analysis between the case. While in the intra-categorical convergence it would not make sense to consider the contextual element in that all the cases in competition share the objective and subjective elements, in the inter-categorical convergence the element of context is among the constitutive elements that differentiate the case, so as to be able to intersect or conflict with other context elements. The collective component expressed by the context element conditions and widens the area of normative convergence. The reference is to the possibility of assigning multiple legal qualifications to the same conduct and the same harmful event. In international criminal law-in the broad sense-it is therefore abstractly configurable the competition between several rules that regulate the murder, or torture, or sexual violence, as these cases are provided for within the categories of genocide crimes¹⁷⁹, crimes against humanity and war crimes. At first sight, murder can compete with itself. The apparent paradox of the (non-ontologically configurable) contest of a norm with itself is easily overcome if one keeps in mind that each category of crimes provides a peculiar context element.

14 THE BACKGROUND ELEMENT OF WAR CRIMES (ARTICLE 8 OF THE STICC).

The fundamental premise for the application of war crimes is the existence of armed conflict. According to the definition proposed by the ICTY, in order to have an armed conflict it is necessary to have recourse to military force¹⁸⁰. In addition to this essential requirement, in

¹⁷⁹CASSESE, A. **The nexus requirement for war crimes**, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012. DON TAYLOR III, B. **Crimes against humanity in the Former Yugoslavia**, in BELLELLI, R. (a cura di), **International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review**, ed. Ashgate Publishing, Farnham, 2010, pp. 285-294. CARSON, K.E. **Reconsidering the theoretical accuracy and prosecutorial effectiveness of international Tribunals ad hoc approaches to conceptualizing crimes of sexual violence as war crimes, crimes against humanity and acts of genocide**, in *Fordham Urban Law Journal*, 39, 2012, pp. 1250ss. CHAZAL, N. **Beyond borders? The International Criminal Court and the geopolitics of international criminal justice**, in *Griffiths Law Review*, 22, 2013, pp. 715ss. CHAZAL, N. **The International Criminal Court and global social control: International Criminal Justice in late modernity**, ed. Routledge, London & New York, 2015.

¹⁸⁰The first definition is referred: ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, IT-94-1, 2 October 1995, par. 70. And have found it confirmation in the next cases from the ICTY: ICTY, *Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski*, Judgment, AC, IT-04-82-A, 19 May 2010, par. 21. ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, Trial Judgment, op. cit., par. 72. ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Trial Judgment, op. cit., par. 682. ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Župljanin*, Trial Judgment, Judgment, TC-II, IT-08-91-T, 27 March 2013, par. 32. The same definition from the ICC in the next cases: ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Judgment, op. cit., par. 533. ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Décision relative à la peine (article 76 du Statut), TC II, ICC-01/04-01/07, 23 May 2014, par.

the case of non-international armed conflicts¹⁸¹, the violent situation must last for a significant period of time (intensity requirement) and the groups involved in the conflict must possess a certain degree of organization¹⁸².

The mere presence of armed conflict is not sufficient, in itself, to describe as crimes of war all the crimes that are committed during the context of violence. It is therefore necessary to verify that there is a functional link between the criminal conduct and the armed conflict¹⁸³. And it is precisely the presence of such a connection that makes it possible to distinguish war

1173. ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Trial Judgment, op. cit., par. 128. the definition was accepted also from the Committee of the International Red Cross: ICRC, Opinion Paper: How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?, March 2008. See also for details: FLECK, D. **The handbook of humanitarian law in armed conflicts**, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 40ss. DAVID, E. **Principes de droit des conflits armés**, ed. ULB, Bruxelles, 2002, pp. 109. GASSER, H.P. International humanitarian law: An introduction, in HAUG, H. (a cura di), **Humanity for all. The International Red Cross and red crescent movement**, Paul Haupt, Berne, 1993, pp. 510ss. SCHINDLER, D. **The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols**, in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 163, 1979, pp. 131ss. A.A.V.V., **Commentary on the second Geneva Convention**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

¹⁸¹SIVAKUMARAN, S. **The law of non-International armed conflict**, Oxford University Press, Oxford, 2012. MERON, T. **International criminalization of internal atrocities**, in American Journal of International Law, 89, 1995, pp. 554-577 KRESS, C. **War crimes committed in non-international armed conflict and the emerging system of international criminal justice**, in Israeli Yearbook on Human Rights, 30, 2001. BOED, R. **Individual criminal responsibility for violations of article 3 common to the Geneva Convention of 1949 and of Additional Protocol II thereto in the case law of the International Criminal Tribunal for Rwanda**, in Criminal Law Forum, 13, 2002. CULLEN, A. **Definition of non-international armed conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An analysis of the threshold of application contained in Article 8(2)(f)**, in Journal of Conflict and Security Law, 12, 2008. SIVAKUMARAN, S. Identifying an armed conflict not of an international character, in STAHN, C. SLUITER, G. (a cura di), **The emerging practice of the International Criminal Court**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 363-380. KRETZMER, D. **Rethinking the application of international humanitarian law in non-international armed conflicts**, in Israel Law Review, 42, 2009. An internal conflict can take on international dimensions if one of the parties to the conflict is assisted and supported by another state entity. The jurisprudence, however, is divided with reference to the degree of involvement of the third State. On the one hand, the International Court of Justice stated that it is necessary to prove that the third State has issued specific military orders or has directed a specific operation or military (c.d. test of effective control): See, ICJ, Nicaragua v. USA (Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua), Judgment, 27 June 1986, par. 115, confirmed in case ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro (Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), Judgment, 26 February 2007, par. 400ss. A lower degree of involvement is required, however, by the jurisprudence of ad hoc Tribunals, according to which it is sufficient to demonstrate that the third State played a significant role in the organization, coordination and planning of military operations (c.d. test dell'overall control): ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Appeals Judgment, op. cit., par. 137. The International Criminal Court has, until now, adopted the least restrictive approach of overall control: ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgment, op. cit., par. 541. DAMNJANOVIC, V. **Die Beteiligungensformen im deutschen und serbischen Strafrecht sowie in der ICTY-Rechtsprechung**, BWN Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin, 2013, pp. 246ss.

¹⁸²COTTIER, M. Article 8, in TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, op. cit., pp. 313ss.

¹⁸³ROBERTS, K. **The contribution of the ICTY to the grave breaches regime**, in Journal of International Criminal Justice, 7, 2009, pp. 750ss. BOED, R. **Judgment of a Trial Chamber in the case of The Prosecutor v. Laurent Semanza**, in International Criminal Law Review, 3, 2003, pp. 406ss.

crimes from other international crimes and from common crimes committed in wartime¹⁸⁴, playing a fundamental role in possible normative overlaps. The requirement of the link has been the subject of two different interpretations, one extensive and the other restrictive.

The jurisprudence of the *ad hoc* Tribunals has developed, according to a case-by-case approach, some indicator criteria that allow to establish the connection between the conduct and the armed conflict. A (relative) presumption of connection will occur whenever conduct is put in place during hostilities, that is during and in the place of a fight between the parties in conflict. However, a war crime can also be committed in an earlier (or later) time to a battle: the minimum requirement is that the context of armed conflict has had a substantial effect on the decision to commit the crime, on the modalities of commission or on objectives or goals that have moved the author¹⁸⁵. In other words, the presence of the war context must have played a substantial role in the commission of the crime by the author.

Next to this reading there is a more restrictive one. The concern related to the adoption of a broad concept of the requirement of the link lies, on the one hand, in the consequent qualification as war crimes of all those crimes committed in the context of the conflict only to take advantage of the criminal opportunities provided by the situation of chaos and disorder; on the other hand, in the downsizing of the distinctive function that the war crimes context element faces towards other international crimes and common crimes¹⁸⁶. It is necessary to demonstrate that the author has acted in agreement with-or at least in respect of the military campaign: the author must be part of (or closely linked to) the military apparatus and must have the ability to use the means and methods of war¹⁸⁷: therefore, the same crime could not have been committed in peacetime because it is precisely the presence of armed conflict that makes it possible or facilitates the realization of the crime. This restrictive reading deserves to be accepted in view of a better distinction between war crimes and other international cases.

¹⁸⁴VAN DER WILT, H. **War crimes and the requirement of a nexus with an armed conflict**, in Journal of International Criminal Justice, 10, 2012, pp. 1116ss. METTRAUX, G. Nexus with armed conflict, in CASSESE, A. et al., (a cura di), **Oxford Companion to International Criminal Justice**, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 435ss.

¹⁸⁵ICTY, Prosecutor v. Kunarac et al., Appeals Judgment, op. cit., par. 58-60. DÖRMANN, K. LA HAYE, E. VON HEBEL, H. The context of war crimes, in LEE, R.S. (a cura di), **The International Criminal Court. Elements of crimes and rules of procedure and evidence**, Transnational Publishers, New York, 2001, pp. 121ss.

¹⁸⁶VAN DER WILT, H. **War crimes and the requirement of a nexus with an armed conflict**, op. cit., pp. 1127ss. AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 143ss.

¹⁸⁷CASSESE, A. **The nexus requirement for war crimes**, op. cit., pp. 1414ss, when he states that: "the armed conflict must also have created the "situation" (...)".

Finally, from the subjective point of view, it is necessary for the author to be aware of acting in the context of an armed conflict, although no knowledge and/or evaluation about the international or internal nature of the conflict is required¹⁸⁸ (operation, however, of not easy and immediate realization) ⁵¹⁸⁹. Article 8 (1) of the StICC seems to have introduced a novelty in the context of war crimes context when it foresees that the Court has jurisdiction to judge war crimes when committed, in particular, as part of a political plan or design or as part of a series of similar crimes committed on a large scale (as a part of a plan or as a part of a large-scale commission)¹⁹⁰. However, the doctrine has proved unanimous in considering this element as a mere jurisdictional requirement, suitable to direct the activity of the Prosecutor to the most serious cases, also in light of the principle of complementarity¹⁹¹.

¹⁸⁸DÖRMANN, K. **Preparatory Commission for the International Criminal Court: The elements of war crimes**, in *International Review of the Red Cross*, 82, 2000, pp. 780ss. ESER, A. Article 31, in TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, op. cit., pp. 929ss. An exception to this rule applies to all those conduct that integrate a war crime only in the presence of an international conflict: in these cases it is necessary for the author to be aware of acting in the context of an international conflict. See, AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 287ss. From the jurisprudence see: ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Appeals Judgment, op. cit., par. 109ss.

¹⁸⁹KRESS, C. **Some reflections on the international legal framework governing transnational armed conflict**, in *Journal of Conflict and Security Law*, 15, 2010, pp. 245ss. PAULUS, A. VASHAKMADZE, M. **Asymmetrical war and the notion of armed conflict. A tentative conceptualization**, in *International Review of the Red Cross*, 91, 2009, pp. 110ss. AKANDE, D. Classification of armed conflicts: Relevant legal concept, in WILMSHURTS, E. (a cura di), **International law and the classification of conflicts**, Oxford University Press, Oxford, 2012. CORN, G.S. et al., **The war on terror and the laws of war. A military perspectives**, Oxford University Press, Oxford, 2015. GASSER, H.P. **Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law**, in *International Review of the Red Cross*, 95, 2013. For the practice of targeted killings and the use of drones see: MELONI, C. State and individual responsibility for targeted killings by drones, in SANTONI DE SIO, F. DI NUCCI, E. (a cura di), **Drones and responsibility: Legal, philosophical and socio-technical perspectives on the use of remotely controlled weapons**, Ashgate Publishing, Farnham, 2016, pp. 47-64. and for the private contractors see: FRANCONI, F. RONZITTI, N. **War by contract. Human rights, humanitarian law, and private contractors**, Oxford University Press, Oxford, 2011. OHLIN, J.D. FINKELSTEIN, C. GOVERN, K. (a cura di), **Cyber war. Law and ethics for virtual conflicts**, Oxford University Press, Oxford, 2015. DROEGE, C. **Get off my cloud: Cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians**, in *International Review of the Red Cross*, 92, 2012. LIN, H. **Cyber conflict and international humanitarian law**, in *International Review of the Red Cross*, 92, 2012. SCHMITT, M.N. The use of cyber force and international law, in WELLER, M. (a cura di), **The Oxford Handbook of the use of force in international law**, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1110ss. WOLTAG, J.C. **Cyber warfare: Military cross-border computer network operations under international law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014. VENTURA, M.J. The illegal use of armed force (other inhuman act) as a crime against humanity an assessment of the case for a new crime at the International Criminal Court, in SADAT, N.L. **Seeking accountability for the unlawful use of force**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018. KURU, H. **Prohibition of use of force and cyber operations as "force"**, in *Journal of Learning and Teaching in Digital Age*, 2, 2017, pp. 48ss. ROSCINI, M. TRUST, L. **Cyber operations and contemporary international law**, Oxford University Press, Oxford, 2014.

¹⁹⁰WELLER, M. (a cura di), **The Oxford Handbook of the use of force in international law**, op. cit., pp. 112ss.

¹⁹¹See in particular: ROBINSON, D. **Three theories of complementarity: Charge, sentence or process?**, in

15 THE CONTEXTUAL ELEMENT OF CRIMES AGAINST HUMANITY (ARTICLE 7 OF THE STICC).

The cases listed in art. 7 of the StICC constitute crimes against humanity if committed in an extended or systematic attack directed against any civilian population and aware of the attack. The attack must not necessarily be identified with a military action, well being able to include any harassment against the civilian population¹⁹². It must be extended or systematic¹⁹³. The first requirement is quantitative-spatial in nature and relates to the extent of the attack; the second requirement is qualitative and temporal in nature and refers to the degree of organization of violence¹⁹⁴. The attack must be directed against any civilian population, defined-in positive-as a collectivity of people united by some requirements (*Strafbarkeitsvoraussetzungen*) by virtue of which they become targets of the attack and-in negative-as the whole of the subjects that do not belong to the armed forces or who are not qualifiable as legitimate fighters¹⁹⁵. It is sufficient that the civilian population is the main

Harvard International Law Journal, 53, 2012, pp. 87ss. TRAHAN, J. **Is complementarity the right approach for the International Criminal Court's crime of aggression-Considering the problem of overzealous National Court prosecutions**, in Cornell International Law Journal, 45, 2012, pp. 576ss. HELLER, K.J. **A sentence-based theory of complementarity**, in Harvard International Law Journal, 53, 2011, pp. 208ss. ZAWATI, M.H. **The International Criminal Court and complementarity**, in Journal of International Law and International Relations, 12, 2016, pp. 208-228. CARTER, L.E. **The future of the International Criminal Court: Complementarity as a strength or a weakness?**, in Washington University Global Studies Law Review, 12, 2013, pp. 454ss. ROBINSON, D. **The mysterious mysteriousness of complementarity**, in Criminal Law Forum, 21, 2010, pp. 6ss. STAHN, C. **One step forward, two steps back? Second thoughts on a "sentence-based" theory of complementarity**, in Harvard International Law Journal, 53, 2012, pp. 183-196. DAZA GONZÁLEZ, A. **El principio de complementariedad en el derecho penal internacional**, ed. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, D.C., 2015. SASCHA, D. BACHMANN, D. EDA NWIBO, L. **Pull and push- Implementing the complementarity principle of the Rome Statute of the ICC within the AU: Opportunities and challenges**, in Brooklyn Journal of International Law, 43, 2018, pp. 464ss.

¹⁹²SLUITER, G. "Chapeau elements" of crimes against humanity in the jurisprudence of the UN ad hoc Tribunals, in SADAT, N.L. (a cura di), **Forging a Convention for Crimes Against Humanity**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 102-141. CHESTERMAN, S. **An altogether different order: Defining the elements of crimes against humanity**, op. cit., pp. 316ss.

¹⁹³VON HEBEL, H. ROBINSON, D. Crimes within the jurisdiction of the court, op. cit., pp. 94ss. KOLB, R. SCALIA, D. **Droit international penal**, op. cit., pp. 99-105. According to some authors, the presence of both requirements identifies the "ideal model" of crime against humanity: L. MAY, *Crimes against humanity. A normative account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

¹⁹⁴AMBOS, K. WIRTH, S. **The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000**, in Criminal Law Forum, 13, 2002, pp. 18ss.

¹⁹⁵ICTR, Ndindilyimana et al, case no. ICTR-00-56-T of 30 June 2014. See, DE HEMPTINNE, J. **La définition de la notion de "population civile" dans le cadre du crime contre l'humanité. Commentaire critique de l'arrêt Martić**, in Revue Général de Droit International Public, 114, 2010, pp. 93-104. MESEKE, S. *La contribution de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yugoslavie et le Rwanda à la*

target of the attack: the reduced presence of soldiers and other combatants does not, therefore, undermine the civil character of the population¹⁹⁶.

Article 7 (2) (a) of the StICC introduces a further typical element, not contemplated by the other statutes of international tribunals, when it states that the attack must be carried out in implementation or execution of the political design of a State or an organization (policy element)¹⁹⁷. The political plan does not necessarily have to be expressed in an express and/or formalized program, since it is possible to infer its existence from certain circumstantial elements¹⁹⁸. Furthermore, active conduct by the State or the organization is not required, as it

concretisation de l'incrimination du crime contre l'humanité, in CHIAVARIO M. (a cura di), **La justice pénale internationale entre passé et avenir**, ed. Dalloz, Paris, 2003, pp. 173-222. OOSTERVELD, V. Gender-sensitive justice and the International Criminal Tribunal for Rwanda, in *New England Journal of International and Comparative Law*, 12, 2005, pp. 119, 128ss. TROUILLE, H. **How far has the international criminal Tribunal for Rwanda really core since Akayesu in the prosecution and investigation of sexual offenses committed against women? An analysis of Ndindilyimana et al**, in *International Criminal Law Review*, 13, 2013, pp. 750ss. KIRBY, P. **How is rape a weapon of war? Feminist International Relations, modes of critical explanation and the study of wartime sexual violence**, op. cit., pp. 802ss.

¹⁹⁶ICTY, Prosecutor v. Mrkšić et al., Judgment, AC, IT-95-13/1-A, 5 May 2009, par. 31-32.

¹⁹⁷METTRAUX, G. The definition of crimes against humanity and the question of a "policy" element, in SADAT, N.L. (a cura di), **Forging a Convention for Crimes Against Humanity**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 142-176. CUPIDO, M. **The policy underlying crimes against humanity. Practical reflections on a theoretical debate**, in *Criminal Law Forum*, 22, 2011, pp. 294ss. HANSEN, T.P. **The policy requirement in crimes against humanity: Lessons from and for the Case of Kenya**, in *George Washington International Law Review*, 43, 2001, pp. 1-42. CHERNOR JALLOH, C. **What makes crimes against humanity crimes against humanity?**, in *American University International Law Review*, 28, 2013, pp. 408ss. CLARK, R.S. Crimes against humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court, in POLITI, M. NESI, G. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity**, Ashgate Publishing, Aldershot, 2001. HWANG, P. **Defining crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court**, in *Fordham International Law Journal*, 22, 1998, pp. 502 ss. For the policy element see: PÉREZ CABALLERO, K. **El elemento político en los crímenes contra la humanidad. La expansión de la figura al crimen organizado transnacional y el caso de las organizaciones de narcotraficantes mexicanas en el sexenio 2006-2012**, Dykinson S.L., Madrid, 2015, pp. 72ss. SCHABAS, W.A. **State policy as an element of international crimes**, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98, 2008, pp. 953-982. METTRAUX, G. **Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda**, in *Harvard International Law Journal*, 43, 2002, pp. 237-316. In national implementation of the Statute some countries-above all those that have used an adjustment model based on the technique of the legislative reference-have maintained the requirement of the policy element: among these we want to mention the case of Malta (art. 2 of the International Criminal Court Act, n. 24, 13 December 2003) and the Sud Africa (part. 2 of the Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, n. 27/2002). See, DU PLESSIS, M. **South Africa's implementation of the ICC Statute. An african example**, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 460-479. KEMP, G. The Implementation of the Rome Statute in Africa, in WERLE, G. FERNANDEZ, L. VORMBAUM, M. (a cura di), **Africa and the International Criminal Court**, ed. Springer, The Hague, 2014. LIAKOPOULOS, D. **International Criminal Court: Impunity status and the situation in Kenya**, in *International and European Union Legal Matters*, 2014. On the other hand, other systems have not resorted to the policy element in the national definition of crimes against humanity: among these, Germany (sez. 7 VStGB), Republic of Belgium (art. 136-ter of criminal code, introduced from the law n. 32/2003) and the Georgia (art. 408 of criminal code).

¹⁹⁸ICTY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Judgment, op. cit., par. 204. ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Judgment, op. cit., par. 1109. ICC, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation

is sufficient to demonstrate a conscious omissive conduct¹⁹⁹. Even an organization that possesses characteristics that are equivalent or comparable to those of a state can integrate the element of context²⁰⁰. Finally, from a subjective point of view, it is necessary for the author to have the (knowledge) awareness of acting in the context of an extensive or systematic attack against the civilian population. As for war crimes, crimes against humanity must also be supported by the will of the element of context²⁰¹

16 THE CONTEXT ELEMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE (ARTICLE 6 OF THE STICC).

Unlike war crimes and crimes against humanity, the crime of genocide does not provide a contextual element on an objective level: it is not required that conduct be carried

of Charges, op. cit., 396; ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), op. cit., par. 81.

¹⁹⁹AMBOS, K. WIRTH, S. **The current law of crimes against humanity**, op. cit., pp. 32-33. See also the solution from the author: K. AMBOS, *Treatise on international criminal law*, op. cit., pp. 72ss.

²⁰⁰See the art. 7 of the statute of the ICC. See, WERLE, G. BURGHARDT, B. **Do crimes against humanity require the participation of a State or a "State-like" Organization?**, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 1151-1170. SADAT, N.L. **Crimes against humanity in the modern age**, in *American Journal of International Law*, 107, 2013, pp. 376ss. DELMAS-MARTY, M. **Violence and massacres-Towards a criminal law of inhumanity?**, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, pp. 8ss. From the jurisprudence see also: ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Judgment, op. cit., par. 1119 and the restrictive interpretation with the art. 22 of the statute of the ICC. In argument see also: KRESS, C. **On the outer limits of crimes against humanity: The concept of organization within the policy requirement: Some reflections on the March 2010 ICC Kenya decision**, in *Leiden Journal of International Law*, 23, 2010, pp. 863ss. See also: ICC, Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang, Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter Kaul to Pre-Trial Chamber II's "Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, P-TC II, ICC-01/09-01/11, 15 March 2011, par. 21-70. In our opinion it is necessary to consider the extension of the sphere of application of crimes against humanity resulting from the adoption of an extensive approach. If by organization we mean any entity capable of carrying out an extensive or systematic attack, it should be concluded that a whole series of non-State actors-such as those belonging to organized crime-can commit crimes against humanity. A restrictive reading of the concept of organization seems therefore preferable in order to prevent excessive dilation of the category of crimes against humanity. In a consistent sense. See, CHERIF BASSIOUNI, M. **The legislative history of the International Criminal Court: Introduction, analysis and integrated text**. Volume I, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, New York, 2005, pp. 151ss. PÉREZ CABALLERO, J. **El elemento político en los crímenes contra la humanidad**, op. cit., pp. 195ss. LUBELL, N. **Extraterritorial use of force against non-State actors**, Oxford University Press, Oxford, 2010.

²⁰¹ICC, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges, op. cit., par. 401. ICC, Prosecutor v. Omar al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, PTC, ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009, par. 86ss. In critical sense, see, S. KIRSCH, Two kinds of wrong: On the context element of crimes against humanity, in *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, pp. 539ss. With the exception of persecution and apartheid, it is not required that the author acts with a discriminatory intent as was instead foreseen by articles of the statute of the ICTR.

out during an armed conflict or in the context of an extended attack or systematic²⁰². The elements of crimes seem to suggest the need to prove the existence of a genocide plan when they say that the conduct must fit within a manifest design of similar conduct directed against a group. However, the prevailing doctrine and the first jurisprudence of the ICC agree that this element does not change the typical configuration of the crime of genocide²⁰³. The presence of a policy plays, if anything, a relevant function in the test of the specific fraud. The absence of an element of context on the objective level could be partly misleading, if one thinks of the so-called incriminating and distinctive functions carried out by the context element. The presence of an armed conflict or an extensive or systematic attack against the civilian population allows to qualify some conduct as international crimes because they are likely to harm or endanger values of international importance²⁰⁴. How to justify, then, the incrimination of genocide, even more if we think that it is defined as "the crime of crimes"? A distinctive and characteristic feature of the structure of crime is the specific intention to destroy, in whole or in part, an ethnic, national, racial or religious group as such²⁰⁵. The proof of the specific

²⁰²KRESS, C. **The International Court of Justice and the elements of the crime of genocide**, in *European Journal of International Law*, 18, 2007, pp. 619-629. KRESS, C. **The crime of genocide under international law**, in *Leiden Journal of International Law*, 6, 2006, pp. 461-502.

²⁰³ICC, Prosecutor v. Omar al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, PTC, ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009, par. 133. See, CRYER, R. **The definitions of international crimes in the Al Bashir arrest warrant decision**, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, pp. 290ss. KRESS, C. **The crime of genocide under international law**, op. cit., pp. 471ss.

²⁰⁴KRESS, C. **The crime of genocide and contextual elements**, op. cit., pp. 302, which it stated that: "(...) it would hardly be convincing to construe the crime of genocide in a manner that would legitimize international intervention through criminal law without the need to pass a similarly high threshold (...)".

²⁰⁵See, BEHRENS, P. **Genocide and the question of motives**, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 501ss. JONES, J.R.W.D. *Whose intent is it anyway?—Genocide and the intent to destroy a group*, in VOHRAH, L.C. et al. (a cura di), **Man's inhumanity to man**, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, pp. 467ss. TRIFFTERER, O. **Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such**, in *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, pp. 399ss. NERSESSIAN, D.L. **The contours of genocide intent. Troubling jurisprudence from the International Criminal Tribunals**, in *Texas International Law Journal*, 37, 2002, pp. 231. According to another approach it would be sufficient to act in the awareness that one's conduct contributes to the total or partial destruction of the victim group (knowledge-based approach): "(...) the requirement of genocidal intent should be satisfied if the perpetrator acted in furtherance of a campaign targeting members of a protected group and knew that the goal or manifest effect of the campaign was the destruction of the group in whole or in part (...)". (GREENAWALT, A.K.A. **Rethinking genocidal intent: The case for a knowledge-based interpretation**, in *Columbia Law Review*, 99, 1999, pp. 2259ss). This approach enhances the cognitive element of malice to the detriment of the volitional, and opens the door to eventual fraud. See in argument: JESSBERGER, F. *The definition and the elements of the crime of genocide*, in GAETA, P. (a cura di), **The UN Genocide Convention**, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 106ss. CLARK, R.S. **Does the Genocide Convention go far enough? Some thoughts on the nature of criminal genocide in the context of Indonesia's invasion of East Timor**, in *Ohio Northern University Law Review*, 8, 1981, pp. 327ss. KIRSCH, S. **The two notions of genocide. Distinguishing macro phenomena and individual misconduct**, in Creighton

intention can be inferred both from elements of responsibility for genocide in circumstantial international criminal law and from objective schemes of conduct²⁰⁶.

The presence of the genocidal plan, if on the one hand does not constitute a typical element of crime, on the other hand plays an important function of probation²⁰⁷. The conduct must be directed against one of the groups listed in an exhaustive way by art. 6 of the StICC. In the identification of the protected group the jurisprudence has it would be sufficient to demonstrate the awareness of contributing to the total or partial destruction of a protected group, for the so-called mid-level and high-level perpetrators it is necessary to try specific punishment²⁰⁸, adopting a mixed objective-subjective approach, referring both to the intrinsic characteristics of the victim-group and to the stigmatization performed by the author or the group itself²⁰⁹. Partial destruction is sufficient to integrate the case²¹⁰. In this regard, it is not

Law Review, 42, 2009, pp. 352ss. SAFFERLING, C.J.M. The special intent requirement in the crime of genocide, in SAFFERLING, C.J.M. CONZE, E. (a cura di), **The Genocide Convention sixty year after its adoption**, ed. Springer, The Hague, 2010, pp. 172ss. APTEL, C. **The intent to commit genocide in the case law of the International Criminal Tribunal for Rwanda**, in Criminal Law Forum, 13, 2002, pp. 277ss.

²⁰⁶ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadžić, Trial Judgment, TC, IT-95-5/18-T, 24 March 2016, par. 5829ss. ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Trial Judgment, op. cit., par. 745. ICTY, Prosecutor v. Popović et al., Trial Judgment, op. cit., par. 823. From the international law see: ICJ, Croatia v. Serbia (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), Judgment, 2 February 2015, par. 148.

²⁰⁷SCHABAS, W.A. **Darfur and the "odious scourge": The Commission of Inquiry's findings on genocide**, in Leiden Journal of International Law, 18, 2005, pp. 877ss.

²⁰⁸VAN SCHAACK, B. **The crime of political genocide. Repairing the Genocide Convention's blind spot**, in Yale Law Journal, 106, 1997, pp. 2259 ss. LEBLANC, L.J. **The United Nation Genocide Convention and political groups: Should the United States propose an amendment?**, in Yale Journal of International Law, 13, 1988, pp. 268ss. See also: Among these, they extended protection to political groups Panama (art. 431 of criminal code), Costa Rica (art. 375 of criminal code), Colombia (art. 101 of criminal code), Ivory Coast (art. 137 of criminal law), Ethiopia (art. 269 of criminal code) and some states of sud Europe: Poland (art. 118 of criminal code), Lithuania (art. 99 of criminal code), Estonia (art. 90 of criminal code), Switzerland (art. 264 of criminal law), Peru (art. 319 of criminal code), has extended in social groups, too; Slovenia (art. 100 of criminal code). See in argument: BEKOU, O. **Crimes at crossroads. Incorporating international crimes at the national level**, in Journal of International Criminal Justice, 10, 2012, pp. 677-691. See for analysis, SAUL, B. The implementation of the Genocide Convention at the national level, in GAETA P. (a cura di), **The UN Genocide Convention**, op. cit., pp. 59ss. SANTALLA VARGAS, E. **An overview of the crime of genocide in Latin American jurisdiction**, in International Criminal Review, 10, 2010, pp. 441ss.

²⁰⁹ICTR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgment, op. cit., par. 701ss. ICTR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Judgment, op. cit., par. 98. AKHAVAN, P. **The crime of genocide in the ICTR jurisprudence**, in Journal of International Criminal Justice, 3, 2005, pp. 989ss. SZPAK, A. **National, ethnic, racial and religious groups protected against genocide in the jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals**, in European Journal of International Law, 23, 2012, pp. 155-173. METTRAUX, G. **International crimes and the ad hoc Tribunals**, op. cit., pp. 227ss. PLANZER, A. **Le crime de génocide**, Freiburg, 1956, pp. 97. For the ethnic groups see: WIESSNER, S. Ethnic groups, in SHELTON, D.L. (a cura di), **Encyclopedia of genocide and crimes against humanity**. Volume I, Thomson Gale, Farmington Hills, 2005, pp. 304ss. LIPPMANN, M. **The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**, in Arizona Journal of International and Comparative Law, 15, 1998, pp. 456ss.

²¹⁰ICC, Prosecutor v. Omar al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, op. cit.,

necessary to exceed a certain numerical threshold of victims: the elimination of some emblematic personalities or of some places essential for the survival of the group can constitute genocide²¹¹. The crime of genocide therefore has a structure that is partially different from other international crimes, and its particular negative value emerges from the specific intention to destroy, in whole or in part, one or more victim groups identified in the Statute.

17 THE PARADIGMATIC CASE OF HOMICIDE: CONVERGENCE ASSUMPTIONS.

The diversity of contextual elements makes possible the intercategory contest based on the same conduct and on the same harmful event. If, on the one hand, the incriminating function of the context element is the cause of the enlargement of the regulatory convergence area that can be abstractly configured, on the other, the distinctive function that it likewise carries out can provide some criteria for the solution to the competition. Despite the convergence assumes a new and peculiar form of manifestation in the inter-category contest hypotheses, the juridical principles that guide the interpreter are still those already identified for the intra-category contest hypotheses. The analysis structure of the inter-category competition is therefore modeled on the paradigm already proposed in the intra-category contest. And the first operation to be performed concerns the identification of the ontological assumptions of inter-category convergence. Each structural comparison between categories presupposes that the factbase is always identified in the voluntary homicide. This approach is dictated by reasons aimed at simplifying an already complex subject. The inter-category competition is more problematic than the intra-category one, unequivocally because of the presence of the context element. Consequently, the structural comparison must have as its object the latter peculiar element, and not the individual conduct²¹². Since the nature of the fact-base is irrelevant in this first phase of comparison, it seems easier to hypothesize that the

par. 124. KRESS, C. **The crime of genocide and contextual elements**, cit., pp. 306ss.

²¹¹DE CASADEVANTE ROMANI, C.F. **International law of victims**, ed. Springer, Berlin, 2012. BONACKER, T. SAFFERLING, C. **Victims of international crimes: An interdisciplinary discourse**, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013.

²¹²METTRAUX, G. **International crimes and the ad hoc tribunals**, op. cit., 324, which stated that: "(...) involves the comparison of the chapeau elements of the relevant statutory provisions; the specific facts of the case play no role in this determination (...)".

cases in competition identify themselves with the same damaging event. In other words, whether it is a contest between murder as a war crime and murder as a crime against humanity, or torture as a war crime and rape as a crime against humanity, the substance does not change: on an inter-categorical level the first step in resolving the rules competition must deal with the different elements of context and regardless of material conduct.

Only in a second moment it becomes fundamental to question the nature of the basic fact. However, with reference to this second step, the same solutions already proposed in the intra-categorical contest can be used, given that the element of context does not have any function at this stage. Once the convergence at the contextual level is resolved, the competition between torture as a war crime and rape as a crime against humanity does not appear at all different from the competition between torture and rape, both qualified only as one criminal category. The hypothesis of inter-categorical convergence that will be analyzed will therefore have as its object the murder as a crime of genocide, a crime against humanity and a crime of war. In the Rome Statute, all three categories of crimes can abstractly converge. After delineating the contextual elements for each category, it is possible to summarize in a table the ontological assumptions that must exist for there to be a normative overlap between two or all three categories of crimes.

18 PROPOSALS FOR SOLUTION IN CASES OF INTER-CATEGORICAL CRIMES.

The greatest difficulty in resolving the inter-categorical contest does not lie, as has been said, in the search for further decisive criteria, but rather in the consideration that no inter-categorical superposition follows the one-sided specialty scheme. With reference to crimes against humanity and war crimes, the requirement of armed conflict appears to be more specific than the corresponding extended or systematic attack. On the other hand, the civilian population restricts the scope of the recipients to war crimes, since the latter can also be committed to the detriment of the combatants. Finally, the implementation or execution of a political design of a state or an organization is an exclusive requirement of crimes against humanity alone. Therefore, the two criminal categories seem to be in a mutual relation, partly

by specification (bilaterally) and partly by addition²¹³.

The distance and diversity between the typical elements increases with reference to the competition between genocide and war crimes²¹⁴. The former does not require any attack or policy, while for the latter it is not necessary to demonstrate the presence of the specific intention to destroy a protected group as such in whole or in part²¹⁵. The two categories seem to generate an interference relationship: beyond the common nucleus, each norm contains typical elements that are further and heterogeneous with respect to the other. A similar structural relationship can be identified with reference to the convergence of crimes against humanity and the crime of genocide: the extended or systematic attack is a typical requirement of only crimes against humanity, while the specific malice belongs only to genocide²¹⁶. The peculiar fact is that in all the hypotheses of inter-categorical competition the common nucleus can be substantiated not so much in some elements of the typical fact, but in a typical conduct and in an injurious event, as in the case of the multiple legal qualification of homicide. The uncommon elements-which can specify each other or stand in relation to heterogeneity-involve only the contextual element. According to our opinion, four alternative proposals can be formulated for the solution of this peculiar hypothesis of competition of norms. Two of these hypotheses appear to be strongly criticizable (the context element theory as an objective condition of punishment and the so-called importance of the motive for action), while another theoretical approach appears to be inapplicable because it is based on a deeply changed normative framework (theory of the hierarchy of sources)²¹⁷. Only one hypothesis-among those identified here-provides a clear and coherent solution on the subject (theory of the hierarchy of crimes). Each hypothesis will be presented critically with the intention of highlighting both strengths and weaknesses.

²¹³METTRAUX, G. **International crimes and the ad hoc tribunals**, op. cit., pp. 321-324.

²¹⁴GREEN, L.C. **The contemporary law of armed conflict**, Manchester University Press, Manchester, 2000.

²¹⁵METTRAUX, G. **International crimes and the ad hoc tribunals**, op. cit., pp. 325-328. The author identifies five differences: a) the protected legal assets; b) the necessary presence of an armed conflict (exclusive of war crimes); c) the specific fraud (exclusive of genocide); d) groups protected as offended persons (exclusive to genocide); e) the different severity threshold of the pipelines. KEMP, G. **South Africa's (possible) withdrawal from the ICC and the future of the criminalization and prosecution of crimes against humanity, war crimes and genocide under domestic law: A submission informed by historical, normative and policy considerations**, in Washington University Global Studies Law Review, 14, 2017, pp. 414ss.

²¹⁶AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 259ss, which considered the crime of genocide as *lex specialis* compared to persecution.

²¹⁷MELLOH, F. **Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts**, op. cit.,

19 THE CONTEXT ELEMENT AS AN OBJECTIVE CONDITION OF PUNISHMENT.

If the presence of the element of context significantly influences the inter-categorical convergence conferring it a peculiar (and more complex) form of manifestation, a first solution hypothesis could lie in the attempt to subtract the context element from the structural comparison between case. For these purposes it is necessary to start from a doctrinal position developed outside the reflection on the competition of norms and aimed at qualifying the element of context as a mere jurisdictional requirement, extraneous to the structure of the fact typical and functional only to the attribution of a competence of the international judge.

Wanting to use the paradigm of crimes against humanity, the necessary presence of an extensive or systematic attack against the civilian population does not contribute to increasing the degree of offensiveness of an offense either on the objective or subjective level, but translates into a pre-essential requirement for the exercise of jurisdiction by an international body²¹⁸.

This particular configuration of the context element makes it possible to consider international crimes as cases characterized by two different levels of offensiveness, one referring to the conduct and the other to the criminal category as a whole. The first level coincides with the individual conduct and is exhausted by the commission of one or more typological cases in a criminal category²¹⁹; the second level has a collective nature and is identified in the context element. Only this last level of offense expresses the injury or endangering of goods of international importance and justifies, as a consequence, the jurisdiction of an international organ²²⁰.

From a penalistic point of view, this qualification ends up-in term of effects-the element of context to an objective condition of extrinsic punishability, incapable of increasing the negative value of the individual conduct, but whose realization is the necessary prerequisite for purposes of the punishment of the fact²²¹. The equation may seem, at first

²¹⁸KIRSCH, S. *Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Frankfurt am Main, 2009.

²¹⁹LIKOPOULOS, D. *Responsabilità internazionale penale individuale e statale*, in Rivista Strumentario Avvocati. Rivista di Diritto e Procedura Penale, 4(2), 2009. LIKOPOULOS, D. ZAGER, U. **Victim-perpetrator and individual criminal responsibility in international criminal law**, op. cit.,

²²⁰A.A.V.V., *Jurisdicción universal. Sobre crímenes internacionales*, ed. Comares, Granada, 2013.

²²¹VON AHLBRECHT, H. *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, ed.

sight, forced. The presence of a jurisdictional element, in fact, performs a function of division between different jurisdictions, allowing the activation of a body of international character to the detriment of an internal court (vertical distribution) or of a single body among many of the same nature but with distinct competences or functions (horizontal division). On the other hand, the objective conditions of punishment respond to a substantial logic of delimitation of punishment for reasons of "need" or "opportunity"²²², conditioning it when certain events occur. However, the equation seems possible, but above all because the classification of the element of context as a mere jurisdictional requirement risks, on the one hand, to cancel the incriminating function²²³ and, secondly, to delimit the "need" or "opportunity" of punishment upon the occurrence of a particular objective condition, identified from time to time by the respective chapeau-existence of an armed conflict, an extended or systematic attack the civilian population or the desire to destroy a protected group in whole or in part-and capable of attributing jurisdiction to an international organization²²⁴.

With reference to the subject of the competition of norms, the adoption of this objectivist theory leads to a constant accumulation of legal qualifications whenever an inter-categorical normative overlap occurs. The expansive effect occurs because, once any typing function carried out by the context element is eliminated, it is subtracted from the analysis of the structural relationship between the case: the game will be played only at the level of the

Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 312ss. AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 280ss, which translates the objective conditions of punishment as "objective conditions of punishability". For a definition of the objective conditions of punishment as concurrent or subsequent events (but not antecedents) with respect to the agent's conduct.

²²²SCHRAMM, E. **Internationales Strafrecht**, C.H. Beck, München, 2018.

²²³SMEULERS, A. HOLA, B. ICTY and the culpability of different types of perpetrators of international crimes, in SMEULERS, A. (ed.) **Collective violence and international criminal justice**, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, pp. 175-206.

²²⁴HALL, C.K. AMBOS, K. Article 7, in TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, op. cit., pp. 176ss. ICC, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges, op. cit., par. 401. ICC, Prosecutor v. Omar al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, op. cit., par. 86ss. From the jurisprudence of the ad hoc tribunals see: ICTY, Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Judgment, op. cit., para. 99. ICTY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Appeals Judgment, op. cit., para. 124. ICTY, Prosecutor v. Kunarac et al., Appeals Judgment, op. cit., par. 99 and 102. ICTR, Prosecutor v. Alfred Musema. Judgment and Sentence, TC, ICTR-96-13-A, 27 January 2000, par. 206. ICTR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Judgment, op. cit., par. 134. ICTR, Prosecutor v. Laurent Semanza, Judgment and Sentence, ICTR-97-20-T, 15 May 2003, par. 332. ICTR, Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana, Judgment and Sentence, TC, ICTR-96-10-T, 21 February 2003, par. 803. See, METTRAUX, G. **International crimes and the ad hoc Tribunals**, op. cit., pp. 161, 164, 170, 173. CRYER, R. et al., **An introduction to international criminal law and Procedure**, op. cit., pp. 229 and 243.

single "bare" cases²²⁵, stripped of the contextual requirement. The contest of murder as a crime against humanity and murder as a war crime thus resolves into a double qualification if the same harmful event occurs in the presence of two objective conditions of punishment. The theory under examination does not seem to convince for three reasons. Firstly, the literal interpretation of the Rome Statute does not allow the element of context to be classified as an objective condition of punishment²²⁶. On the one hand, art. 7 of the StICC expressly provides that the conduct constituting a crime against political-criminal of the objective conditions of punishment. On the other hand, the elements of the crimes provide for each conduct the need to demonstrate that the author had the awareness of acting in the context of an armed conflict or an extensive or systematic attack against the civilian population: the element of context falls within therefore, in the object of malice. Finally, even in the absence of an explicit reference to art. 7 of the StICC²²⁷ or the text of the elements of crimes, the awareness of acting in a particular context would be imposed by art. 30 of the StICC²²⁸. The theory of objective conditions of punishment does not convince with respect to a further profile. Every element of the case capable of enriching the sphere of offense must be the object of malice, under penalty of violation of the principle of guilt²²⁹. The element of context contributes to increasing the value of the fact and it is precisely this so-called wrong-increasing effect that prevents us from qualifying it as a mere jurisdictional requirement. According to our opinion it is possible to go further and to maintain that the element of context not only increases the value of the offense, but also establishes it. It must be qualified as a constitutive element of the case because "it concentrates in itself the offensiveness of the fact and, therefore, the reason itself of the incrimination"²³⁰, founded on a peculiar offensive disvalue that emerges

²²⁵KIRSCH, S. **Two kinds of wrong. On the context element of crimes against humanity**, op. cit., pp. 540ss. ROBERTS, C. **On the definition of crimes against humanity and other widespread or systematic human rights violations**, op. cit., pp. 4ss.

²²⁶SATZGER, H. SCHLUCKEBIER, W. WIDMAIER, G. **Strafprozessordnung (StPO)**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2017.

²²⁷SQUATRITO, T. YOUNG, O.R. FOLLESDAL, A. ULSTEIN, G. **The performance of international Courts and Tribunals**, op. cit.

²²⁸AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 280ss.

²²⁹KADISH, S.H. **Fifty years of criminal law: An opinionated review**, in California Law Review, 87, 1999, pp. 954ss. GEISLER, C. **Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip: Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts**, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 130ss.

²³⁰See, Preparatory Commission, Working Group on Elements of Crimes, Outcome of an intersessional meeting of the Preparatory Commission for the International Criminal Court held in Siracusa from 31 January to 6 February 2000, PCNICC/2000/WGEC/INF/1; See for details, ZIMMERMANN, A. Article 5, in TRIFFTERER,

from the collective nature of the crimes expressed in the element of context. In this way, both the incriminating and the distinctive functions are recovered: the first one concerns the indictment - at the international level-of some conduct deemed particularly damaging to (or dangerous for) the international community; the second one allows to distinguish between ordinary offenses and international crimes, even at the level of offense²³¹.

And *a fortiori*, it seems to us that the qualification of the element of context as an objective condition of punishment may not be capable of offering an univocal solution to the problem of the competition of rules. We have already said how it should be concluded for the accumulation of qualifications once it has been proved that the harmful event occurred in the presence of two or more objective conditions of punishment²³². However, the inverse solution in favor of appearance could also be sustained.

The alleged jurisdictional nature of the element of context deprives it of any typing function: once the jurisdiction of the ICC is activated, the contextual element exhausts its function. How to distinguish the individual cases in competition at the time? If the element of context serves only to attribute jurisdiction to an international judge, how can a murder be distinguished under art. 7 (1) (a) of the StICC²³³ from a homicide pursuant to art. 6 (a) of the StICC? The rules would be in an identity relationship, and not a violation of the principle of

O. (a cura di), **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' notes, article by article**, op. cit. par. 9.

²³¹ZAKERHOSSEIN, M.H. **Situation selection regime at the International Criminal Court**, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2018.

²³²See the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 UNTS 331, 1969; UN Doc. A/Conf.129/15, Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations, 1986. The same definition was accepted and reconfirmed from the Commission of the International Law in UN Doc., A/35/10, Report of the International Law Commission on the Work of its Thirty-Second Session, 1980. For analysis see: FITZMAURICE, M. ELIAS, O. MERKOURIS, P. (eds), **Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties, 30 years on**, Martinus Nijhoff, The Hague, 2010, pp. 9ss. NOUTE, G. **Treaties and subsequent practice**, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 224ss. BJORGE, E. **The evolutionary interpretation of treaties**, Oxford University Press, Oxford, 2014. CORTEN, O. KLEIN, P. **The Vienna Conventions on the law of treaties. A commentary**, Oxford University Press, Oxford, 2011. DÖRR, O. Article 31. General rule of interpretation, in DÖRR, O. SCHMALENBACH, K. (a cura di), **Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary**, Springer, Heidelberg-New York 2012, pp. 536ss. SAMSO, M. **High hopes, scant resources: A word of scepticism about the anti-fragmentation function of article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties**, in *Leiden Journal of International Law*, 24, 2011, pp. 5ss.

²³³TUNKIN, G. **Is general international law customary law only?**, in *European Journal of International Law*, 4, 1993, pp. 534-542. GOODMAN, R. **Human rights treaties, invalid reservations, and State consent**, in *American Journal of International Law*, 96, 2002, pp. 537ss. LOSCHIN, L. **The persistent objector and customary human rights law: A proposed analytical framework**, in *University of California, Davis Journal of International Law and Policy*, 2, 1996, pp. 147ss.

ne bis in idem should apply only one rule. But once the element of context has been transformed into an objective condition of punishment, there is no longer any criterion capable of indicating which is the prevailing norm. Given the critical issues highlighted, the first proposal for a solution to the inter-sectoral competition is not considered worthy of acceptance.

20 THE HIERARCHY OF SOURCES AS A SECOND SOLUTION PROPOSAL.

In attempting to formulate a conclusive criterion consistent with the competition of norms it is necessary to formulate a hierarchy of international crimes in terms of gravity basing it on a further hierarchical classification: that provided for in art. 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice (StICJ) and concerning the sources of international law²³⁴ place the rules defined as "protocollars": the definition of this broad category is extremely formal and coincides with all instruments (even informal) which are not classified as "treaties" or "conventions". Once a hierarchy of sources has been outlined, the theoretical approach shown here is concerned with placing the different categories of crimes within each type of source.

The law governing the crime of genocide is *ius cogens* and this justifies the classification of genocide as the most serious international crime²³⁵. The serious violations of the 1949 Geneva Conventions are classified as customary law, while the other violations of war laws and customs-including war crimes committed in armed conflicts of an internal

²³⁴SHELTON, D.L. **Human rights and the hierarchy of international law sources and norms**, in Saskatchewan Law Review, 65, 2002, pp. 299-335.

²³⁵HARRIS, D.J. **Cases and materials on international law**, Sweet & Maxwell, London, 1998. DAVID, E. **Traité de droit pénal international**, ed. Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 266-268. LAWSON, R.A. SCHERMERS, H.G. **Leading cases of the European Court of Human Rights**, Ars Aequi Books, Nijmegen, 1997, pp. 615ss. See from the International Court of Justice. ICJ, Belgium v. Spain (Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), Judgment, 5 February 1970, par. 33-34. ICJ, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, 28 May 1951, 23. For analysis see: RANDALL, C. **Universal jurisdiction under international law**, in Texas Law Review, 66, 1988, pp. 814ss. ROBINSON, N. **The Genocide Convention. A commentary**, Institute of Jewish Affairs, New York, 1960, pp. 82-85. DROST, P.N. **The crime of State: Penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples-Genocide**, ed. Sythoff, Leiden, 1954, pp. 100-102. PAUST, J.J. **Congress and genocide: They're not going to get away with it**, in Michigan Journal of International Law, 11, 1989, pp. 92ss. DINH, N.Q. DAILLIER, P. PELLET, A. **Droit international public**, ed. LGDJ, Paris, 1994, pp. 632ss. See from the jurisprudence *ex multis*: ICTR, Prosecutor v. Jean Kambanda, Judgment and Sentence, TC, ICTR-97-23-S, 4 September 1998, par. 16. ICTR, Prosecutor v. Omar Serushago, Sentence, TC, ICTR, 98-39-S, 5 February 1999. ICTR, Prosecutor v. Georges Ruggiu, Judgment and Sentence, TC, ICTR-97-32-I, 1 June 2000.

nature²³⁶ over the bottom step of the hierarchical ladder, with the consequent division of war crimes into two sub-categories. Crimes against humanity occupy the third place in the hierarchy and coincide with conventional international law. This choice is justified by the lack of uniformity in the definition of the constituent elements of crimes against humanity, both internationally and nationally²³⁷. The theory of hierarchy of sources presents an undoubted advantage: it offers a criterion capable of resolving coherently all the hypotheses of inter-categorical normative convergence: the grave violations of the 1949 Geneva Conventions override both the other violations of the customs and of war crimes against humanity, destined to succumb in case of competition with the hard core of humanitarian law. The crime of genocide, as a rule of *ius cogens*, would prevail over all other criminal categories²³⁸. In spite of the apparent linearity, three observations can be made critical to the theory of the hierarchy of sources.

21 SOME CRITICISMS BASED ON ARBITRARY CLASSIFICATION.

The first defect can be called defect of arbitrariness. In the judgment of correspondence between nature of the source and criminal category one can agree with the classification of the crime of genocide as a rule of *ius cogens* and of the serious violations of the 1949 Conventions of Geneva as a customary law²³⁹. On the other hand, it does not

²³⁶NI AOLÁIN, F.D. HAYNES, D.F. CAHN, N. Gender and the forms and experiences of conflict, in NI AOLÁIN, F.D. HAYNES, D.F. CAHN, N. **On the frontlines: Gender, war, and the post-conflict process**, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 42ss. KHAN, K.A.A. BUISMAN, C. GOSNELL, C. **Principles of evidence in international criminal justice**, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 138ss. ROBINSON, D. WILMSHURST, E. **An introduction to international criminal law and procedure**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 184ss.

²³⁷OLUSANYA, O. **Double jeopardy without parameters. Re-characterisation in international criminal law**, ed. Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, pp. 190ss.

²³⁸OLUSANYA, O. **Double jeopardy without parameters**, op. cit., pp. 200, 208, 209, 220.

²³⁹See from the International Court of Justice the next cases: ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, op. cit., par. 161. ICJ, *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda (Case Concerning Armed Activities on the Territories of the Congo)*, Judgment, 3 February 2006, par. 64. See for details: WOUTERS, J. VERHOEVEN, S. **The prohibition of genocide as a norm of ius cogens and its implications for the enforcement of the law of genocide**, in *International Criminal Law Review*, 5, 2005, pp. 401ss. KRESS, C. **Universal jurisdiction over international crimes and the Institut de Droit International**, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, pp. 561-585. O'KEEFE, R. **Universal jurisdiction: Clarifying the basic concept**, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, pp. 735-760. VENTURA, M.J. **The duty to investigate Zimbabwe crimes against humanity (torture) allegations: The Constitutional Court of South Africa speaks on universal jurisdiction and the ICC act**, in *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, pp. 861-889. MERON, T. **The Geneva Conventions as customary law**, in *American Journal of International Law*, 81, 1987, pp. 348ss.

convince the attribution of the protocollary nature of the other war crimes and the conventional nature of crimes against humanity. With reference to the former, the customary nature of a larger group of war crimes is now affirmed compared to the only serious violations of the Geneva Conventions of 1949²⁴⁰. With regard to the latter, it was effectively affirmed: "(...) to deny the customary law status of crimes against humanity altogether seems to throw out the baby with the bath water (...)"²⁴¹. Denying the customary nature of crimes against humanity-at least in their conceptual core²⁴²-may not be legitimate. It should be added that their classification as a "conventional right" runs the risk of even being a paradox, given the absence-which characterizes, among other things, only this criminal category-of an international convention on the matter²⁴³. The hierarchical classification of international crimes in light of the rank of the source that foresees them risks assuming, in certain circumstances, the nature of an arbitrary judgment, dictated more by reasons of simplification

²⁴⁰FOURNET, C. **The crime of destruction and the law of genocide. Their impact on collective memory**, Ashgate Publishing, Hampshire, 2007, pp. 99-108. HENCKAERTS, J.M. DOSWALD-BECK, L. **Customary international humanitarian law**. Volume I: Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2009. MERON, T. **The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law**, in American Journal of International Law, 90, 1996, pp. 238. SHAHABUDEEN, M. **Does the principle of legality stand in the way of progressive development of law?**, in Journal of International Criminal Justice, 2, 2004, pp. 1007ss. MERON, T. **Revival of customary humanitarian law**, in American Journal of International Law, 99, 2005, pp. 817ss. For the customary nature of the additional protocols of Convention of Geneva of 1977, see: CASSESE, A. **The Geneva Protocols of 1977 on the humanitarian law of armed conflict and customary international law**, in UCLA Pacific Basin Law Journal, 3, 1984, pp. 55ss. GREENWOOD, C. Customary law status of the 1997 Additional Protocols, in DELISSEN, A.J.M. TANJA, G.J. (a cura di), **Humanitarian law of armed conflict**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1991, pp. 93ss.

²⁴¹STUCKENBERG, C.F. **A cure for concursus delictorum in international criminal law?**, in Criminal Law Forum, 16, 2005, pp. 371ss.

²⁴²AMBOS, K. Treatise on international criminal law, op. cit., pp. 47ss. CHANEY, K.R. **Pitfalls and imperatives: Applying the lessons of Nuremberg to the Yugoslav war crimes trials**, in Dickinson Journal of International Law, 14, 1995, pp. 58ss. RIKHOF, J. **Crimes against humanity, customary international law and the International Tribunals for Bosnia and Rwanda**, in National Journal of Constitutional Law, 6, 1996, pp. 231ss. VAN SCHAACK, B. **The definition of crimes against humanity: Resolving the incoherence**, in Columbia Journal of Transnational Law, 37, 1999, pp. 789ss. RATNER, S.R. ABRAMS, J.S. **Accountability for human rights atrocities in international law. Beyond the Nuremberg legacy**, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 46ss.

²⁴³BOGDAN, A. **Cumulative charges, convictions and sentencing at the ad hoc International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda**, in Melbourne Journal of International Law, 1, 2002, pp. 3ss. CHERIF BASSIOUNI, M. **International crimes: Jus cogens and obligatio erga omnes**, in Law and Contemporary Problems, 59, 1996, pp. 68ss. ROZAKIS, C.L. **The concept of "jus cogens" in the law of treaties**, ed. North-Holland, New York, 1976, pp. 22ss. FITZMAURICE, M. ELIAS, O. MERKOURIS, P. (eds), **Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties**, Martinus Nijhoff, The Hague, 2010, pp. 5-14. SOREL, J.M. BORÉ EVENO, B. 1969 Vienna Convention: Article 31-Interpretation of treaties, in CORTEN, O. KLEIN, P. (eds), **The Vienna Conventions on the law of treaties: A commentary**, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 804, 817ss.

than by a careful analysis of the evolution of international criminal law²⁴⁴.

22 CRITICS BASED ON BETRAYAL OF ASSUMPTIONS.

The second defect can be defined as defect of equivocality. The theory under examination hits the mark when it is proposed to resolve the competition based on a hierarchy of international crimes based on a criterion of gravity²⁴⁵. However, it ends up betraying its own presupposition, since the founding principle of the hierarchical structure does not coincide with the offensive capacity of the crimes but with the rank of the source that generated them²⁴⁶. The theory is based on an implicit assumption, that is, that the greater gravity of the offense is expressed by the norm that derives from the source of the highest degree. This premise has not been proven and can be refuted. In fact, there could not be a one-to-one correspondence between the highest offensive capacity of a norm and its place in the highest rung in the hierarchy of sources, since the intrinsic offensive capacity could be translated into a lower-ranking source such as those of patriotism or protocol. This could happen because the process of formation of international norms is, in part, political, conditioned by the will of the States²⁴⁷.

Think of the difficult path taken towards equating the protection offered in the case of international and non-international armed conflicts²⁴⁸: it has already been said that some conduct constitutes war crimes only if committed in the context of an international conflict. These include the use of weapons and methods of warfare suitable to cause unnecessary

²⁴⁴MACULAN, E. LIÑÁN LAFUENTE, A. Relaciones concursales, concursus delictorum, in FISCHER, H. KRESS, C. LÜDER, S.R. (a cura di), **International and national prosecution of crimes under international law. Current developments**, op. cit., pp. 318ss. ERDEI, I. **Cumulative convictions in international criminal law: Reconsideration of a seemingly settled issue**, op. cit., pp. 25ss.

²⁴⁵JIA, B.B. The differing concepts of war crimes and crimes against humanity in international criminal law, in GOODWIN-GILL, G.S. TALMON, S. **The reality of international law. Essays in Honour of Ian Brownlie**, Oxford University Press, Oxford, 2012. BOGDAN, A. **Cumulative charges, convictions and sentencing**, op. cit. CARCANO, A. **Sentencing and the gravity of the offence in international criminal law**, in International and Comparative Law Quarterly, 51, 2002, pp. 583-609. SCHABAS, W.A. **Problems of international codification-Were the atrocities in Cambodia and Kosovo genocide?**, in New England Law Review, 35, 2001, pp. 287ss.

²⁴⁶BROWNIE, I. **Principles of public international law**, Oxford University Press, Oxford, 2012. CRAWFORD, J. **Brownlie's principles of public international law**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

²⁴⁷LIAKOPOULOS, D. **Schutz des angeklagten im Strafverfahren**, in International and European Union Legal Matters, working paper series, 2013.

²⁴⁸WEEKS, J. **Strongmen and straw men: Authoritarian regimes and the initiation of international conflict**, in American Political Science Review, 106 (2), 2012, pp. 329ss.

injuries, unnecessary suffering or which by their nature affect indiscriminately²⁴⁹. Before the changes made to the Kampala Conference, the Rome Statute prohibited the use of poisonous weapons and gases and the so-called Dumdum bullets (expanding bullets) only with reference to international conflicts²⁵⁰. Yet, regardless of the nature of the conflict and the rank of the source governing such prohibited methods of warfare, the use of toxic weapons is a serious conduct in and of itself. The intrinsic gravity of the conduct is not, therefore, always conditioned by the primary source (Statute) or secondary (protocol)-which incriminates it, and the introduction of a ban on the use of such weapons also with reference to armed conflicts non-international is based more on political reasons than on a judgment of offense based on the degree of the source.

23 CRITICAL CONSIDERATIONS ON THE NARROW SCOPE OF APPLICABILITY.

Another flaw can be defined as the lack of inapplicability. Even if we want to consider the theory of the hierarchy of sources valid, we would be faced with an embarrassment that is difficult to overcome, that is, its inapplicability within the system devised with the Rome Statute. In defining the criminal offenses, it does not make a reference outside the sources of international law but explicitly codifies the crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes in articles 6-8 of the StICC²⁵¹. Consequently it is not possible to formulate any hierarchy of the sources within it: the statutory prediction levels-on the level of the sources-the original differences generated by the historical evolution of the criminal categories. Within the Rome Statute each crime occupies the same step of the hierarchical scale of the sources as provided for in art. 21 of the StICC²⁵²: not to consider the normative dictation and to apply the

²⁴⁹LAWRENCE, J.C. HELLER, K.J. **The limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, The first ecocentric environmental war crime**, in Georgetown International Environmental Law Review, 20, 2007, pp. 73-113.

²⁵⁰CLARK, R.S. The "weapons provisions" and its annex: The belgian proposals, in BELLELLI, R. (a cura di), **International criminal justice. Law and practice from the Rome statute to its review**, Ashgate Publishing, Farnham, 2010, pp. 489-495. KRESS, C. **War crimes committed in non-international armed conflict and the emerging system of international criminal justice**, op. cit., pp. 136ss. CASSESE, A. **The statute of the International Criminal Court: Some preliminary reflections**, in European Journal of International Law, 10, 1999, pp. 152ss.

²⁵¹SQUATRITO, T. YOUNG, O.R. FOLLESDAL, A. ULSTEIN, G. **The performance of international Courts and Tribunals**, op. cit. LIAKOPOULOS, D. **Schutz des angeklagten im Strafverfahren**,

²⁵²ICC, Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeals against the "Decision Establishing the Principles and

hierarchy of sources theory to solve the hypotheses of inter-categorical competition risks to result in a violation of the principle of legality²⁵³. The tendency towards the formulation of a hierarchy of international crimes for the solution of the rules competition proves to be a correct intuition. However, the founding criterion can not coincide with the nature of the source, but should reside in the offensive capacity of which each criminal category is the bearer.

Procedures to Be Applied to Reparations” of 7 August 2012 with Amended Order for Reparations (Annex A) and Public Annexes 1 and 2, AC, 3 March 2015, par. 46. ICC, Prosecutor v. Al Bashir, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, PTC, 4 March 2009, par. 128. ICC, Prosecutor v. Lubanga, ICC A. Ch., Judgment on the Appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009, entitled “Decision Giving Notice to the Parties and Participants that the Legal Characterisation of the Facts May be Subject to Change in Accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court”, 8 December 2009, par. 66-81. ICC, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, ICC PT. Ch., Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717, 30 September 2008, par. 508. ICC, Prosecutor v. Ruto et al., ICC PT. Ch. I, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the ICC Statute, 23 January 2012, par. 289. ICC, Prosecutor v. Mbarushimana, ICC A. Ch., Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011, entitled “Decision on the Confirmation of Charges”, 30 May 2012, par. 43. See from the above cited cases: ARSANJANI, M.H. **The Rome statute of the International Criminal Court**, in American Journal of International Law, 93, 1999, pp. 22-43. BITTI, G. Article 21 of the statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC, in STAHN, C. SLUITER, G. (eds.), **The emerging practice of the International Criminal Court**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 285-304. DE BROUWER, A.M. HEIKKILÄ, M. Victim issues: Participation, protection, reparation and assistance, in SLUITER, G. FRIMAN, H. LINTON, S. VASILIEV, S. ZAPPALÁ, S. (eds.), **International criminal procedure: Principles and rules**, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1299-1374. HOCHMAYR, G. **Applicable law in practice and theory-Interpreting article 21 of the ICC statute**, in Journal of International Criminal Justice, 12, 2014, pp. 655-679. MILANOVIĆ, M. **Is the Rome statute binding on individuals? (And why we should care?)**, in Journal of International Criminal Justice, 9, 2011, pp. 25-52. DEGUZMAN, M. Article 21-Applicable law”, in TRIFFTERER, O. (ed.), **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ notes, article by article**, op. cit., pp. 701-712. NERLICH, V. The status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC, in STAHN, C. SLUITER, G. (eds.), **The emerging practice of the International Criminal Court**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 305-325. SCHLÜTTER, B. **Developments in customary international law: Theory and the practice of the International Court of Justice and the International Ad Hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010. TRIFFTERER, O. Can the “elements of crimes” narrow or broaden responsibility for criminal behaviour defined in the Rome statute?, in STAHN, C. SLUITER, G. (eds.), **The emerging practice of the International Criminal Court**, op. cit., pp. 381-400. VON HEBEL, H. The decision to include elements of crimes in the Rome statute, in LEE, R.S. et al. (eds.) **The International Criminal Court: Elements of crimes and rules of procedure and evidence**, Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2001, pp. 4-8. ZAHAR, A. SLUITER, G. **International criminal law-A critical introduction**, Oxford University Press, Oxford, 2008.

²⁵³In particular see: VON LISZT, F. **The rationale for the nullum crimen principle**, in Journal of International Criminal Justice, 5, 2007, pp. 1005-1008. PAUST, J.J. **Nullum crimen and related claims**, in Denver Journal of International Law and Politics, 25, 1997, pp. 322ss. BARCO, G.E. **Rückwirkung und die Entwicklung der internationalen Verbrechen. Elemente einer allgemeinen Konzeption des nullum-crimen-sine lege Prinzips im Völkerstrafrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2018. KRESS, C. **Nulla poena nullum crimen sine lege**, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010, pp. 4ss. COTE BARCO, G.E. **Rückwirkung und die Entwicklung der internationalen Verbrechen. Elemente einer allgemeinen Konzeption des nullum-crimen-sine-lege-Prinzips im Völkerstrafrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.

24 THE IMPORTANCE OF THE REASONS FOR ACTING AS A POSSIBLE SOLUTION PROPOSAL.

Another proposed solution is to avoid the multiple legal qualification of the same fact: in comparing the subjective elements of the cases in competition it is necessary that the motivations and reasons for action be considered more important than the elements of intentionality and awareness. The theory under examination is based on the premise that the volitional element of malice does not cover the objective requisites described in the context element of international crimes, subtracting it from the structural comparison between cases. Only the use of "motives for action"²⁵⁴ would be able to show that a person wanted to commit murder in an extended or systematic attack against the civilian population²⁵⁵. Only the use of "motives for action", therefore, makes it possible to make a distinction between the various categories of crimes and to avoid the multiple legal qualifications of the same fact. On the contrary, in the absence of an accurate assessment of the motivations of the conduct, it is logical to conclude for the plurality of crimes. In support of this position the example of four criminal cases is reported: rape²⁵⁶, deportation, ethnic cleansing and apartheid²⁵⁷. If considered as such, these behaviors share the same subjective element, regardless of their placement within a criminal category: sexual violence as a war crime turns out to coincide on the level of malice with sexual violence as a crime against humanity. This leads, in the case of rules, to a combination of legal qualifications, since each category has at least one additional and different element consisting of its own particular contextual element. On the other hand, if in the structural comparison we consider the reasons that led the subject to act, the final solution results in appearance and, therefore, in the unit of crime. Rape as a war crime is usually committed to demoralize the enemy, to dominate it, through the humiliation and destruction of family ties; rape as a crime against humanity, on the other hand, aims to

²⁵⁴LIAKOPOULOS, D. *Schutz des angeklagten im Strafverfahren*, op. cit.

²⁵⁵OLUSANYA, O. *Double jeopardy without parameters*, op. cit., pp. 225ss.

²⁵⁶BIANCHI, L. The prosecution of rape and sexual violence: Lessons from prosecutions at the ICTR, in DE BROUWER, A.M. *Sexual Violence as an international crime: Interdisciplinary approaches*, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2013, pp. 125ss. NADJ, D. *International criminal law and sexual violence against women: The interpretation of gender in the contemporary international criminal trial*, ed. Routledge, London & New York, 2018.

²⁵⁷JACKSON, M. *A conspiracy to commit genocide. Anti-fertility research in apartheid's chemical and biological weapons programme*, op. cit., pp. 933-950.

constitute a means of ethnic cleansing²⁵⁸; Finally, rape qualified as genocide has as its objective the prevention of births within one of the protected groups. Likewise, while apartheid as a crime against humanity is intended to divide the population on the basis of racial criteria, the crime of genocide aims to destroy a racial group as such²⁵⁹. International crimes are rethought and reconceptualised as "motives crimes"²⁶⁰ or, if we want to slightly modify an expression entered in the Italian criminal law, "contextually motivated crimes"²⁶¹. This distinctive function, carried out by the motivations of acting, allows the placing of a crime within a single criminal category, avoiding the accumulation of legal qualifications. As suggestive, in our opinion the theory meets two different criticisms. In addition, its concrete application could produce an undesirable effect.

25 CRITIC BASED ON TYPICALITY.

The first critical profile starts from the following observation, as a legal premise of the theory: "reliance on the intent requirement would negate the chapeau element (...)"²⁶². This is because of the fact that the intent requirement focuses primarily on the state of mind with which crimes against humanity have been committed e.g. intention to kill, rather than what prompted a person to commit crimes against humanity e.g. "(...) committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a Government or by any organization (...)"²⁶³.

This statement can hide two closely connected critical issues. On the one hand it seems to consider the element of context as a factor unrelated to the typicality and therefore not covered by malice. The element of context increases the disvalue of the offense and must be considered as a typical element of the crime²⁶⁴. Consequently, it must be taken into due

²⁵⁸DUGARD, J. L'apartheid, in ASCENSIO, H. DECAUX, E. PELLET, A. (a cura di), **Droit international pénal**, op. cit.

²⁵⁹OLUSANYA, O. **Double jeopardy without parameters**, op. cit., pp. 239ss.

²⁶⁰STUCKENBERG, C.F. **A cure for concursus delictorum in international criminal law**, op. cit., pp. 365ss.

²⁶¹LIAKOPOULOS, D. **Schutz des angeklagten im Strafverfahren**, op. cit.

²⁶²LIAKOPOULOS, D. **Schutz des angeklagten im Strafverfahren**, op. cit.

²⁶³OLUSANYA, O. **Double jeopardy without parameters**, op. cit., pp. 224-225.

²⁶⁴AMBOS, K. **Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung**, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, pp. 774-778. WERLE, G. **Völkerstrafrecht**, ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 300-301. CLARK, R.S. **The mental element in international criminal law**, in Criminal Law Forum, 12, 2001, pp. 327-329. CASSESE, A. **International criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 81-82.

consideration in the analysis of the structural relationship between cases and it is not necessary to resort to the intimate motivations that led the author to act. On the other hand, it is not considered that malice is composed of a volitional and a cognitive element. Asserting that the requirement of "the intent"²⁶⁵ focuses only on conduct, forgetting about external circumstances (such as the existence of armed conflict), is correct. We must remember how art. 30 of the StICC-dedicated to the *mens rea*²⁶⁶-introduce, next to the "intention"²⁶⁷, also the requirement of "knowledge"²⁶⁸. A volitional element and a representative element constitute

²⁶⁵BAGARIC, M. MORSS, J. **International sentencing law: In search of a justification and coherent framework**, op. cit., pp. 196ss. CHIFFLET, P. BOAS, G. **Sentencing coherence in international criminal law: The cases of Biljana Plavšić and Miroslav Bralo**, op. cit., pp. 162. AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 302ss. D'ASCOLI, S. **Sentencing in international criminal law: The UN ad hoc Tribunals and future perspectives for the ICC**, op. cit. DUBINSKY, A. **An examination of international sentencing guidelines and a proposal for amendments to the International Criminal Court's sentencing structure**, op. cit., pp. 612ss. SLOANE, R.D. **Sentencing for the "crime of crimes". The evolving "common law" of sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda**, op. cit., 732ss.

²⁶⁶The law on *mens rea* is plagued with many grey areas largely due to the vagueness and inconsistent use of terms. The utmost contribution of the Model Penal Code to the scholarship of criminal law is the introduction of a limited number of culpability terms such as "purposely", "knowingly", "recklessly" and "negligently".

²⁶⁷The ILC's 1996 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind proposes to impose criminal responsibility for genocide, crimes against humanity and war crimes (as well as other crimes) on an individual who "knowingly aids, abets or otherwise assists, directly and substantially, in the commission of such a crime, including providing the means for its commission". The ICTY deemed the ILC Draft Code an "authoritative international instrument" In the *Einsatzgruppen* case (Trial of Otto Ohlendorf and Others (*Einsatzgruppen*)), 4 Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, 572 (William S. Hein & Co., Inc. 1997) (1949) quoted in *Furundzija*, case No. IT-95-17/1-T, par. 218), the American military court also used a knowledge test, in contrast to the aforementioned purpose test, to convict defendant Fendler; the court determined that the defendant knew that executions were taking place. The ICTY Trial Chamber in *Furundzija* adopted a knowledge test: "(...) the *mens rea* required is the knowledge that these acts assist in the commission of the offence (...)". The ILC code also adopted the knowledge test. Under the ILC code, a person can only be found guilty of aiding and abetting, or otherwise assisting if they know that their help will facilitate a crime. The ILC Code is consistent with the subsequent findings of the Appeals Chamber of the *ad hoc* tribunals. The *mens rea* of aiding and abetting is knowledge that the acts performed by an individual assist the commission of the specific crime by the principal perpetrator. Under this code, the aider and abettor need not share the *mens rea* element of the principal; but instead, must be aware of the essential elements of the crime that was ultimately committed by the principal. In crimes of specific intent, such as genocide, the aider and abettor must know of the principal perpetrator's specific intent. In particular in the case of genocide, the aider and abettors must know that the people whom they are helping intend to destroy a particular national, ethnic, religious or ethnic group. See in argument: BADAR, M.E. **The concept of mens rea in international criminal law: The case for a unified approach**, Hart Publishing, Oxford & Portland, Oregon, 2013, pp. 126ss. According to the above author: "(...) a number of theories have emerged in criminal law to distinguish between *dolus eventualis* and advertent negligence, among others, consent or approval theory (*die Billigungs-oder Einwilligungstheorie*), indifference theory (*die Gleichgültigkeitstheorie*), possibility theory (*die Vorstellung-oder Möglichkeitstheorie*), probability theory (*die Wahrscheinlichkeitstheorie*), combination theory (*Kombinationstheorien*) etc. The non-exhaustive list of theories is illustrative of the plethora of approaches in the criminal law theory (...)".

²⁶⁸LIKOPOULOS, D. **Schutz des angeklagten im Strafverfahren**, op. cit. BADAR, M.E. **The concept of mens rea in international criminal law: The case for a unified approach**, op. cit.

an envelope that expresses a unitary psychic datum²⁶⁹. The difference, if anything, lies in the diversity of the elements constituting the object of malice, which the Rome Statute identifies in conduct, consequences and circumstances²⁷⁰. Some requirements of the offense can only be the object of knowledge, not of volition: these include certain specific circumstances in individual cases, such as the context of an institutionalized regime of oppression and domination of a racial group in the crime of apartheid, and some elements present in the context elements, such as the existence of an armed conflict or an extensive or systematic attack on the civilian population. Such circumstances can not be desired by the agent, but must be known: proof that both the war crimes and the crimes against humanity requires that the conduct be-respectively-connected with the armed conflict and placed in be under the extended or systematic attack. In addition: on what grounds is it possible to state that crimes against humanity are motivated exclusively (or tendentially) for reasons of ethnic cleansing? Or that war crimes are committed to demoralize the enemy or gain a military advantage? An account is to establish, through a statistical survey, that such crimes are usually put in place with the aforementioned reasons, other is to include them within the typicality: the first operation is of fundamental importance for that branch of criminology and psychology that deals with studying macro-contexts of violence²⁷¹, but scarcely relevant for the positive criminal law in force. The risk underlying this perspective is twofold. On the one hand, by predetermining a specific motivation as the engine of action, the theory under review tells the norm what it does not say, and leads to excluding all those typical behaviors that have not been committed with a precise (arbitrarily) determined purpose. On the other hand, the absence of an exhaustive list (*rectius*: of any type of list) capable of resolving the problem of regulatory overlapping only increases the discretionality of the accusation-in the formulation

²⁶⁹ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, op. cit., par. 351.

²⁷⁰FINNIN, S. **Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: A comparative analysis**, in International and Comparative Law Quarterly, 2012, pp. 336ss. BADAR, M.E. PORRO, S. Rethinking the mental elements in the jurisprudence of the ICC, in STAHN, C. (a cura di), **The law and practice of the International Criminal Court**, op. cit., pp. 651ss. ESER, A. Mental elements-Mistake of fact and mistake of law, in CASSESE, A. GAETA, P. JONES, J.R.W.D. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 907ss. AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 266ss. From the jurisprudence see: ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), op. cit., par. 357. ICC, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges, op. cit., par. 529. Against the mentioned jurisprudence see the position of: ROSSKOPF, U. **Die innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechen. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 30 IStGH Statut**, BWV Berliner Wissenschafts, Berlin, 2007, pp. 90ss.

²⁷¹DUTTON, F.G. **The psychology of genocide, massacres, and extreme violence**, op. cit.,

of the indictments-and of the judicial body-in the judgment-in choosing the applicable standard²⁷².

26 CRITIC BASED ON POSSIBLE COEXISTENCE.

A critical issue is to question the philosophical premise on which the theory is based implicitly, or that the basis of human action is constituted by a single motivation only. To deny this premise would be to overthrow the supposed solution capacity of the theory²⁷³. Using the form of logical reasoning, one should in fact conclude that: if more than one reason can compete, then more criminal offenses can compete. Consequently, even assuming that each criminal category needs one or more specific motivations, the plurality of crimes could not be excluded. The problem of the competition of rules would remain unresolved whenever it was possible to show that the reasons that led the author to undertake the criminal path are more. In this regard, as is well known, the theory of action has always acknowledged the coexistence of several intentions, aims, purposes or motives²⁷⁴. The same situation can occur in international criminal law. A deportation as a means of ethnic cleansing (crime against humanity) can be committed both to eliminate multiple subjects belonging to an ethnic group with the intention of destroying the group as such (genocide) and with the intention of demoralizing the enemy (war crime). The importance of the reasons for the action, rather than to resolve the competition of rules with the risk of subjectivizing the structural comparison between cases, should be noted at the level of aggravating circumstances or as a criterion for commensurate sentence, subjecting the case, ending up replacing the questions "what crime

²⁷²In particular see the dissenting opinion of the judge Wald in case Jelisić, which has stated that: "(...) the view that there is no additional public interest in determining a genocide charge simply because the underlying killings have already been dealt with as crimes against humanity and violations of the laws or customs of war may be problematic in the development of international criminal law (...)": ICTY, Prosecutor v. Goran Jelisić, Partial Dissenting Opinion of Judge Wald, AC, IT-95-10-A, 5 July 2001, par. 13. See, METTRAUX, G. **International crimes and the ad hoc Tribunals**, op. cit., pp. 315ss.

²⁷³STUCKENBERG, C.F. **A cure for concursus delictorum in international criminal law**, op. cit., pp. 369ss.

²⁷⁴GOLDMAN, A.I. **A theory of human action**, Princeton Legacy Library, Princeton, 2016. FEINBERG, J. **Doing and deserving: Essays in the theory of responsibility**, Princeton University Press, Princeton, 1974, pp. 134. GOLDMAN, A.I. **The individuation of action**, in Journal of Philosophy, 68, 1971, pp. 762ss. FEINBERG, J. Action and responsibility, in BLACK, M. (a cura di), **Philosophy in America**, Cornell University Press, Ithaca, 1965, pp. 134-160. AUSTIN, J.L. A plea for excuses, in CHAPPELL, V.C. (a cura di), **Ordinary language: Essays in philosophical method**, Dover, New York, 1964, pp. 1-30. WIENER, N. **Excuses, justifications and duress at the international criminal tribunals**, in Pace International Law Review, 26, 2014, pp. 92ss. KRABE, M. **Excusable evil: An analysis of complete defenses in international criminal law**, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2014.

has been objectively committed?" and "what legal description of the fact is the most (also politically) appropriate?" with "what led the author to act?". Thus, the motivation present in the mind of the author-among other things, not easy to ascertain in court-overrides objective reality and ends up being the only guiding criterion for the prosecutor's body²⁷⁵.

27 THE RISK OF ECLIPSE OF CRIMES AGAINST HUMANITY.

In addition to the criticisms previously made, the concrete application of the theory of the reasons for action could generate an undesirable and quite peculiar effect: the eclipsing of the category of crimes against humanity. The latter can abstractly compete with the crime of genocide and war crimes. In the first case, it can be assumed that the specific intent of wanting to destroy a protected group in whole or in part prevails over the aims of ethnic cleansing; this means that in the case of regulatory convergence between the crime of genocide and crimes against humanity the appearance of the competition will always be resolved in favor of the first. In the second case it is undoubtedly simpler for a prosecutor to demonstrate that a conduct is carried out for war purposes rather than ethnic cleansing²⁷⁶. The categories of "military advantage" or "demoralization of the enemy" are much wider than "ethnic cleansing", which implicitly requires proof of a juxtaposition between groups and a discriminatory intent²⁷⁷. Consequently, even the normative convergence between war crimes and crimes against humanity seems to resolve in the majority of cases in favor of the former. The assumptions presented here seem to be confirmed by the fact that the author who proposed the theory of action motives, at the end of his volume on the competition of rules, proposes to reduce international crimes to just two categories: the crime of genocide (which it covers crimes against humanity) and war crimes. Eliminating-or subsuming-an entire criminal category is the most secure and direct path to reducing possible regulatory convergences²⁷⁸.

²⁷⁵MAY, L. HOSKINS, Z. **International criminal law and philosophy**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 202ss.

²⁷⁶DUGARD, J. L'apartheid, in ASCENSIO, H. DECAUX, E. PELLET, A. (a cura di), **Droit international pénal**, op. cit.

²⁷⁷SCHÜNEMANN, R. **Strafverfahrensrecht**, ed. C.H. Beck, München, 2012, pp. 439ss. SCHUON, C. **International criminal procedure: A clash of legal cultures**, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010. SCHUETZE-REYMAN, J. **International criminal justice on trial. The ICTY and ICTR case referral practice to national Courts and its possible relevance for the ICC**, ed. Duncker & Humblot, Berlin, 2016.

²⁷⁸OLUSANYA, O. **Emotions, decision-making and mass atrocities. Through the lens of the macro-micro integrated theoretical model**, Ashgate Publishing, Farnham, 2014.

But it is not the most sensitive way. The proposal (provocative) of the author offers the opportunity to question himself on a further profile: what makes each category criminal and deserving of criminal protection unique? Why is it necessary to keep them all? The search for an answer to these questions necessarily passes through the analysis of the negative value that each category expresses, and allows us to base the solution of the competition of rules on an objective parameter: offensiveness.

28 THE HIERARCHY OF INTERNATIONAL CRIMES AS A POSSIBLE SOLUTION PROPOSAL.

In the structural comparison between the typical elements of international crimes it has been seen that it is necessary also to cover the element of context, since the latter, thanks to its incriminating function, helps to delineate the particular disvalue of a conduct by qualifying it as an international crime²⁷⁹. The existence of a hierarchy of international crimes can be useful in order to resolve the competition of norms because it makes it possible to establish relations of contiguity between situations based on their greater or lesser extent offensive. The jurisprudence and the doctrine are divided and have offered contrasting opinions that have both supported and denied the existence of a hierarchy²⁸⁰. Despite the diversity of opinions, it

²⁷⁹DANNER, A.M. **Constructing a hierarchy of crimes in international criminal law sentencing**, in Virginia Law Review, 87, 2001, pp. 465ss. In jurisprudence see: ICTY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Judgment, op. cit., par. 803-804. ICTY, Prosecutor v. Dražen Erdemović, Judgment, AC, IT-96-22-A, 7 October 1997, par. 10.

²⁸⁰CARCANO, A. **Sentencing and the gravity of the offence in international criminal law**, op. cit., pp. 583-609. OLUSANYA, O. **Do crimes against humanity deserve a higher sentence than war crimes?**, in International Criminal Law Review, 4, 2004, pp. 431-473. AKHAVAN, P. **Reducing genocide to law. Definition, meaning, and the ultimate crime**, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 58ss. VAN DEN HERIK, L.J. **The contribution of the Rwanda Tribunal to the development of international law**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005, pp. 199ss. AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 251ss. D'ASCOLI, S. **Sentencing in international criminal law**, op. cit., pp. 307ss. MAY, L. **Crimes against humanity. A normative account**, op. cit., pp. 158-160. In jurisprudence see: ICTY, Prosecutor v. Dražen Erdemović, Appeals Judgment, op. cit., par. 27. ICTY, Prosecutor v. Dražen Erdemović, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, AC, IT-96-22-A, 7 October 1997. ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Separate Opinion of Judge Cassese, AC, IT-94-1-A e IT-94-1-A bis, 26 January 2000, par. 16. ICTY, Prosecutor v. Anto Furundžija, Declaration of Judge Vohrah, AC, IT-95-17/1-A, 21 July 2000, par. 5. ICTR, Prosecutor v. Georges Rutaganda, Judgment and Sentence, TC, ICTR-96-3-T, 6 December 1999, par. 451. ICTR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Judgment, TC-II, ICTR-95-1-T, 21 May 1999, and Kayishema and Ruzindana, Dissenting Opinion of Judge Tafazzal Hossain Khan, TC-II, ICTR-95-1-T, 21 May 1999, par. 9. ICTR, Prosecutor v. Omar Serushago, Sentence, TC, ICTR, 98-39-S, 5 February 1999, par. 4. ICTR, Prosecutor v. Jean Kambanda, Judgment and Sentence, op. cit., par. 16. ICTR, Prosecutor v. Alfred Musema. Judgment and Sentence, TC, ICTR-96-13-A, 27 January 2000, par. 981. Unfavorable for the formulation of a hierarchy in doctrine: BOGDAN, A. **Cumulative charges, convictions and sentencing**, op. cit., pp. 3ss. BOOK, J.P. **Appeal and sentence in international criminal law**, op. cit., In jurisprudence see also: ICTY, Prosecutor v. Dražen

is interesting to anticipate that all the voices agreed in promoting a hierarchy of international crimes end up considering genocide as the most serious case, followed by crimes against humanity and, lastly, by war crimes. The question of the hierarchy of international crimes has emerged since the first sentence of the ICTY. In Erdemović case the Appeals Chamber stated that crimes against humanity²⁸¹ constitute a more serious indictment of war crimes and reduced the punishment of imprisonment from one to five years²⁸². In another opinion, the dissenting opinion of Judge Li, according to which the seriousness of a crime is determined by the intrinsic nature of the act and not by its classification within a criminal category²⁸³. In *Tadić* case the dispute was revived, but reversed: the majority affirmed that it is not possible to establish any distinction between the gravity of a crime against humanity and a war crime²⁸⁴, while the separate opinion of judge Cassese supported the need to impose a more severe punishment for crimes against humanity than war crimes²⁸⁵. Despite the many conflicting opinions, the jurisprudence of the ICTY ended up not adopting a hierarchy of crimes, as evidenced by the judgments following the *Tadić* case²⁸⁶. On the other hand, the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) has qualified genocide as the most serious crime ("the crime of crimes")²⁸⁷, followed by crimes against humanity and war crimes²⁸⁸. An

Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, AC, IT-96-22-A, 7 October 1997, par. 19. ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Separate Opinion of Judge Robinson, TC, IT-94-1-Tbis-R117, 11 November 1999, 2. ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Judgment in Sentencing Appeals, op. cit., par. 69. ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, AC, IT-94-1-A e IT-94-1-A bis, 26 January 2000, 41ss. ICTY, Prosecutor v. Kunarac et al., Trial Judgment, op. cit., par. 860. ICTY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Judgment, op. cit., par. 801.

²⁸¹ICTY, Erdemović Dražen, Judgment, AC, IT-96-22-A, op. cit.

²⁸²ICTY, Prosecutor v. Dražen Erdemović, Appeals Judgment, op. cit., par. 27. See for analysis, YEE, S. **The Erdemović sentencing judgment: A questionable milestone for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, in Georgia Journal of International and Comparative Law, 26, 1997, pp. 272ss.

²⁸³ICTY, Prosecutor v. Dražen Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, op. cit., par. 19.

²⁸⁴ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Judgment in Sentencing Appeals, op. cit., par. 69.

²⁸⁵ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Separate Opinion of Judge Cassese, op. cit., par. 16.

²⁸⁶ICTY, Prosecutor v. Kunarac et al., Trial Judgment, op. cit., par. 860, that is affirmed: "(...) in line with recent Appeals Chamber determinations, the Trial Chamber does not consider that crimes against humanity should in principle attract a higher sentence than war crimes (...)". ICTY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Judgment, op. cit., par. 801. ICTY, Prosecutor v. Anto Furundžija, Judgment, AC, IT-95-17/1-A, 21 July 2000, par. 243. See also the declaration of judge Vohrah: ICTY, Prosecutor v. Anto Furundžija, Declaration of Judge Vohrah, AC, IT-95-17/1-A, 21 July 2000, par. 5.

²⁸⁷LÓPEZ, R. **The duty to refrain: A theory of State accomplice liability for grave crimes**, in Nebraska Law Review, 97, 2018, pp. 122ss.

²⁸⁸ICTR, Prosecutor v. Georges Rutaganda, Judgment and Sentence, op. cit., par. 451. ICTR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Judgment, op. cit., par. 9. ICTR, Prosecutor v. Omar Serushago, Sentence, op. cit., par. 4. ICTR, Prosecutor v. Jean Kambanda, Judgment and Sentence, op. cit., par. 16. ICTR, Prosecutor v. Alfred Musema. Judgment and Sentence, op. cit., par. 981. See also: CLARK, J.N. **The "crime of crimes"**:

analysis of the reasons in support of both the theses-the one favorable to the hierarchy of crimes and the one that considers them to be of equal gravity-arises as necessary for the purposes of the solution of the competition. As will be seen, although the ICC has not yet been expressed in the matter, a hierarchy of crimes can be considered to exist even within the system created by the Rome Statute.

29 VERSUS A HIERARCHY OF INTERNATIONAL CRIMES?

There are several reasons to support the existence of a hierarchy of international crimes. We can base the hierarchy on the criterion of damage (or endangerment) that criminal conduct brings to the international community²⁸⁹, and the legal good protected by the norm becomes the decisive factor for classifying-according to a scale of objective gravity-international crimes. Genocide is the most serious crime because it aims to protect national, ethnic, racial and religious groups from collective and discriminatory action directed towards their total or partial destruction. The crimes against humanity, being directed at preventing an extensive or systematic attack against the civilian population, are placed on the second step of the hierarchy. Finally, war crimes, by not requiring any collective action or political plan, represent the least offensive cases for the international community²⁹⁰, thus focusing attention

genocide, criminal trials and reconciliation, in *Journal of Genocide Research*, 14, 2012, pp. 55-77. VAN DEN HERIK, L.J. **The contribution of the Rwanda Tribunal**, op. cit., pp. 199. MAY, L. **Crimes against humanity. A normative account**, op. cit., pp. 158-160.

²⁸⁹CHERIF BASSIOUNI, M. The sources and content of international criminal law: A theoretical framework, in CHERIF BASSIOUNI, M. (a cura di), **International criminal law. Volume I, Sources, subjects and contents**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2008, pp. 95-100. BOGDAN, A. **Cumulative charges, convictions and sentencing**, op. cit., pp. 4ss. Seven factors are taken into account for the purpose of assessing the offensive flow of pipelines: a) the social interest sought to be protected; b) the harm sought to be averted; c) the intrinsic seriousness of the violation; d) the dangerousness of the transgressor manifested by the commission of a given transgression; e) the degree of general deterrence sought to be manifested; f) the policy of criminalization; g) the policy choices reflected in the opportunity of criminal prosecution.

²⁹⁰BOGDAN, A. **Cumulative charges, convictions and sentencing**, op. cit., pp. 4, according to which: "(...) the protected social interest is greater with respect to genocide and crimes against humanity, since the scale of victimisation, and the consequences for the rest of society, and the international community, are potentially more serious (...)". In the same spirit the dissenting opinion of judge A. Cassese in case Tadić, which has stated: "(...) if classified as a crime against humanity, the murder possesses an objectively greater magnitude and reveals in the perpetrator a subjective frame of mind which may imperil fundamental values of the international community to a greater extent than in the case where that offence should instead be labelled as a war crime. The international community and the judicial bodies responsible for ensuring international criminal justice therefore have a strong societal interest in imposing a heavier penalty upon the author of such a crime against humanity, thereby also deterring similar crimes (...)". ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Separate Opinion of Judge Cassese, AC, IT-94-1-A e IT-94-1-A bis, 26 January 2000, par. 16.

on the context element. In the structural comparison between cases, as is known, it plays a role of fundamental importance because it helps to determine the severity of the offense. Using the crime of murder as a paradigmatic example, it is stated that the murder described as a crime against humanity is characterized by the fact that the conduct is part of an extensive or systematic attack against the civilian population; on the other hand, murder as a war crime does not require any collective context, but only the awareness of acting in the context of an armed conflict. Consequently, the element of war crimes context expresses a degree of offensiveness that is qualitatively inferior to that of crimes against humanity²⁹¹, being unable to increase neither the objective negative value of the conduct nor the degree of guilt of the author. In the same way, the crime of genocide turns out to be more serious than crimes against humanity because the specific malice that characterizes it increases the negative value-on the subjective level-of the action²⁹². Equally important is the hierarchy of crimes by making a single reference to the *mens rea*²⁹³ of the context element of each criminal category, which incorporates the notions of "collective perpetration"²⁹⁴ and "collective victimization"²⁹⁵

²⁹¹FRANCISCO, M.I.F. **Aspects of implementing the culpability principle both under international and national criminal law**, Wolf Legal Publishers, The Hague, 2008.

²⁹²AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 252ss. CARCANO, A. **Sentencing and the gravity of the offence**, op. cit., pp. 607ss. O. OLUSANYA, **Do crimes against humanity deserve a higher sentence than war crimes?**, op. cit., pp. 431ss.

²⁹³The *mens rea* purpose test is not unique to the ICC. The provisions for complicity by aiding and abetting- which appear in the legal instruments of the East Timor Panels of Judges and the IHT955Article 15(2)(c) of the IHT Statute. A similar purpose test is applied in a number of domestic jurisdictions: Canada's Section 21(1)(b) of the Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 and New Zealand's Section 66(1) Crimes Act 1961; the Model Penal Code of the American Law Institute; Section 14(3)(c) of Regulation 2000/15. East Timor was annexed as a province to Indonesia from 1975 up until 1999 when the East Timorese population voted for their independence. Following a violent campaign allegedly perpetrated by pro-Indonesian militias against the Timorese population, East Timor gained its independence in 2002. UNTAET, the provisional authority established in East Timor in the aftermath of Indonesia's withdrawal, set up Panels of Judges with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences Established within the East Timor District Courts to deal with the grave violations of international humanitarian law and human rights that were committed in East Timor during 1999 (see generally, United Nations Mission of Support in East Timor. Farrell's approach here seems to be in keeping with the brief observations made by the Pre-Trial Chamber in The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, and also the manner in which the Panels of Judges attributed accomplice liability in East Timor. See, Deputy Prosecutor General for Serious Crimes and the U.C. Berkeley War Crimes Studies Center American Law Institute, Model Penal Code: Official Draft and Explanatory Notes, Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962 (1985); The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana (Decision on the Confirmation of Charges) (International Criminal Court, Case No ICC-01/04-01/10, 16 December 2011) (281), where the Chamber noted that: "(...) the jurisprudence of the *ad hoc* tribunals does not require the aider and abettor to share the intent of the perpetrator to commit the crime, whereas under article 25(3)(c) of the Statute the aider and abettor must act with the purpose of facilitating the commission of that crime (...)". and for the UNTAET, see, Section 14(3)(c) of Regulation 2000/15.

²⁹⁴WERLE, G. JESSBERGER, F. **Principles of international criminal law**, op. cit.,

²⁹⁵JAIN, N. **Perpetrators and accessories in international criminal law. Individual modes of responsibility**

absent in the descriptions of the individual conduct²⁹⁶. War crimes can also be committed by a single soldier without acting in the context of a collective action, given that the war itself is not a criminal phenomenon and the context element does not require the presence of a collective plan nor the direction of the deeds towards a particular group of individuals²⁹⁷.

For these reasons war crimes represent the criminal category with the least offensive disvalue. The situation is different with regard to crimes against humanity. The element of context requires, in fact, that the author is aware of acting in the context of an extensive or systematic attack (active collective dimension) against the civilian population (passive collective dimension)²⁹⁸. As stated by the ICTY Chamber of first instance in the Tadić case "(...) the emphasis is not on the individual victim but rather on the collective, the individual being victimised not because of his individual attributes but rather because of his membership of a targeted civilian population (...)"²⁹⁹. For this reason crimes against humanity express a greater offensive against war crimes. Finally, the crime of genocide constitutes the most serious crime because of the specific malice that expresses the desire to destroy a protected group in whole or in part: the greatest disvalue therefore lies in the intention to provoke collective destruction on a discriminatory basis³⁰⁰. Regardless of the multiple justifications put forward to support the existence of a hierarchy of crimes, it is possible to note that all the different theories are united by the fact that the greater (or least) collective influence directly affects the overall disvalue of the fact, or that the crimes international organizations have a collective nature and offend legal assets belonging to the international community³⁰¹.

for collective crimes, Hart Publishing, Oxford & Portland, Oregon, 2014.

²⁹⁶DANNER, A.M. **Constructing a hierarchy of crimes**, op. cit., pp. 470-471.

²⁹⁷RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. **La protección del niño los conflictos armados por el derecho internacional humanitario los niños soldados**, in AFDUAM: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 15, 2011, pp. 220ss.

²⁹⁸DINSTEIN, Y. Crimes against humanity, in MAKARCZYK, J. (a cura di), **Theory of international law at the threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski**, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1996, pp. 903ss.

²⁹⁹ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Opinion and Judgment, op. cit., par. 644.

³⁰⁰DANNER, A.M. **Constructing a hierarchy of crimes**, op. cit., par. 482. VERDIRAME, G. **The genocide definition in the jurisprudence of the ad hoc Tribunals**, in International and Comparative Law Quarterly, 49, 2000, pp. 588ss. This subjectivist approach, which identifies in the specific malice the most serious element of the crime of genocide, is in line with the jurisprudence of the ICTR. See, ICTR, Prosecutor v. Georges Rutaganda, Judgment and Sentence, op. cit., par. 451. ICTR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Judgment, op. cit., par. 9. ICTR, Prosecutor v. Omar Serushago, Sentence, op. cit., par. 4. ICTR, Prosecutor v. Jean Kambanda, Judgment and Sentence, op. cit., par. 16. ICTR, Prosecutor v. Alfred Musema, Judgment and Sentence, op. cit., par. 981.

³⁰¹The ICTY Trial Chamber in Furundzija adopted a knowledge test for aiding and abetting, the Rome Statute of

30 THE EQUAL APPROACH "PLAYS" AGAINST THE DETRIMENT OF A HIERARCHY OF INTERNATIONAL CRIMES.

The formulation of a hierarchy of international crimes revolves around the same initial consideration: it is not possible-on an abstract level-to consider crimes against humanity as a category more offensive than war crimes because the gravity of a fact always depends from the modalities of commission and concrete verification of the harmful conduct and event³⁰². A similar approach can be found in the dissenting opinion of judge Li in the *Erdemović* case³⁰³, which states that the seriousness of a conduct is determined by the intrinsic nature of the act in and of itself, and can not and must not depend on the legal qualification of the fact³⁰⁴. The

the ICC adopted a purpose test. Article 25(3)(c) of the Rome Statute makes one who, "(...) for the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets, or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission (...) criminally responsible (...)". This phrase introduced a mental element that went beyond the ordinary *mens rea* requirement of intent and knowledge required for other crimes under the Rome Statute and from the knowledge test. See for details, VAN SLIEDREGT, E. **Individual criminal responsibility in international law**, op. cit., pp. 20ss. VAN DER WILT, H. NOLLKAEMPER, A. (a cura di), **System criminality in international law**, op. cit., STEPHENS, P.J. **Collective criminality and individual responsibility: The constraints of interpretation**, in *Fordham International Law Journal*, 2014, pp. 508ss. VIJ, V. **Individual criminal responsibility under aiding and abetting after the specific direction requirement in the Taylor and Perišić cases**, in *Die Friedens-Warte*, 2013, pp. 160ss. CCOURTNEY, J. KAOUTZANIS, C. **Proactive gatekeepers: The jurisprudence of the ICC's pre-trial Chambers**, in *Chicago Journal of International Law*, 2015, pp. 525ss. GOY, B. **Individual criminal responsibility before the International Criminal Court: A comparison with the ad hoc Tribunals**, in *International Criminal Law Review*, 2012, pp. 34ss. GRÉCIANO, P. **Justice pénale internationale**, ed. Mare & Martin, Paris, 2016. GROVER, L. **Interpreting crimes in the Rome statute of the International Criminal Court**, Oxford University Press, Oxford, 2016. KUCHER, O. PETRENKO, A. **International criminal responsibility after Katanga: Old challenges, new solutions**, in *Russian Law Journal*, 3, 2015, pp. 144ss.

³⁰²BAGARIC, M. MORSS, J. **International sentencing law in search of a justification and coherent framework**, in *International Criminal Law Review*, 6, 2006, pp. 214-217. D'ASCOLI, S. **Sentencing in international criminal law**, op. cit., pp. 148-149. BURKHARDT, S.U. **Violence à l'Égard des Femmes en Situation de Conflit armé**, in *Finnish Yearbook of International Law. Volume IX*, Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, pp. 448ss. In jurisprudence see: ICTY, Prosecutor v. Kunarac et al., Trial Judgment, op. cit., par. 860. ICTY, Prosecutor v. Anto Furundžija, Appeals Judgment, TC, IT-95-17/1-T, 10 December 1998, par. 240-243. ICTY, Prosecutor v. Mrkšić et al., Trial Judgment, op. cit., par. 684. ICTR, Prosecutor v. Nahimana et al., Appeals Judgment, op. cit., par. 1060. See also: BOTTE-KERRISON, A. **Responsibility for bystanders in mass crimes. Towards a duty to rescue in international criminal justice**, in *International Criminal Law Review*, 17, 2017, pp. 882ss. MARTINS AMORIUM DUTRA, B. **Criminal responsibility in the crimes committed by organized structures of power: Jurisprudence analysis in the light of international criminal law**, in *Revista de Faculdade de Direito da UERJ*, 37, 2012, pp. 5ss. DEGUZMAN, M. **The International Criminal Court's gravity jurisprudence at ten**, in *Washington University Global Studies Law Review*, 12, 2013, pp. 476ss. SHANY, Y. **Assessing the effectiveness of international Courts: A goal-based approach**, in *American Journal of International Law*, 106, 2012, pp. 225ss. SHANY, Y. **How can international criminal Courts have a greater impact upon national criminal proceedings? Lessons from the first two decades of international criminal justice in operation**, in *Israel Law Review*, 46, 2013, pp. 4ss.

³⁰³ICTY, Prosecutor v. Dražen Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, op. cit.,

³⁰⁴ICTY, Prosecutor v. Dražen Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, op. cit., par. 19.

judge compares the killing of a small number of civilians (murder as a crime against humanity) with the death of a million people following the bombing of a small town (murder as a war crime): in this case we can perhaps argue that the second crime is less damaging than the first?³⁰⁵ Given that a war crime can be "as a whole and as odious"³⁰⁶ of a crime against humanity, setting up a hierarchy of crimes at an abstract level is an irrelevant juridical operation, even before it was wrong and dangerous. Irrelevant because, having all international crimes the same offensive capacity, are the circumstances of the specific case that determine, from time to time, what is the most serious case. The need to measure, ex post, with the concrete fact, therefore, consumes the presumed resolute capacity of the formulation of an abstract hierarchy among the criminal categories. Wrong because the offensive scope can not be determined in the abstract, but is inextricably linked to the concrete ways of expressing the action. This would be confirmed by the absence of forecasts of minimum and maximum edicts for each crime. Dangerous because there is the risk of questioning the negative value inherent in war crimes, considered ex ante as the category with less harmful capacity.

31 LIMITATION OF APPLICABILITY OF THE HIERARCHY TO THE CASES OF COMPETITION OF NORMS ACCORDING TO THE *CETERIS PARIBUS* CLAUSE.

According to our opinion the debate about the existence of a hierarchy of international crimes has been animated by an initial misunderstanding that has conditioned its outcomes, namely the distinction between an abstract hierarchy and a concrete hierarchy. The criticisms made against the formulation of a hierarchy start from the consideration that it is not possible on an abstract and general level to consider a criminal category as less offensive than another. This position can be shared: the mere comparison between the legal assets protected by the rules in competition and between the objective and subjective elements of the context is not sufficient, alone, to establish which criminal conduct is more serious. International crime is a complex case based on the two poles of the context element and of the individual conduct. Accordingly, affirming that a crime against humanity is ever more serious than a war crime

³⁰⁵ICTY, Prosecutor v. Dražen Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, op. cit., par. 20.

³⁰⁶ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, op. cit., 41.

means accepting the (paradoxical) conclusion that the limitation of certain civil rights imposed on a racial group (apartheid as a crime against humanity) has greater offensive capacity than the killing of a large number of civilians through the use of a weapon of mass destruction (murder as a war crime)³⁰⁷.

However, the examples reported by critics of the hierarchy are often misleading. Think of what was affirmed in the dissenting opinion of judge Li, in which he compares the killing of a small number of civilians with the death of one million people following the bombing of a town³⁰⁸. In this case, the comparison is flawed in its original core because the damaging events are different already at the level of typical behaviors, even before the context element: the facts are different, and the difference that they express, regardless of their classification within one of the criminal categories. A different conclusion can be reached by comparing the criminal categories *ceteris paribus*, or on the assumption of the "equality of conditions": in this way the comparison judgment no longer concerns the abstract disvalence expressed by the individual rules, but has the same conduct and/or the same damaging event³⁰⁹. In other words, the *ceteris paribus* clause makes it possible to confine the usefulness of the formulation of a hierarchy of international crimes to the hypothesis of inter-categorical

³⁰⁷VAN DER HAVE, N. **The prevention of gross human rights violations under international human rights law**, ed. Springer, Berlin, 2018. JALLOH CHEVROR, C. MARONG A., **Promoting accountability under international law for gross human rights violations in Africa. Essays in honour of prosecutor hasan Bubacar Jallow**, ed. Brill, The Hague, 2015. CAMARGOS, L.A. **A responsabilidade penal internacional dos indivíduos: Estudo do caso Darfur**, in Revista de Direito Brasileira, 2013, pp. 199ss. NOLLEZ-GOLDBACH, R. SAADA, J. **La justice pénale internationale face aux crimes de masse**, ed. Pedone, Paris, 2014. BOWERS, A. **International Criminal Court**, Wolf Legal Publishers, The Netherlands, 2011. WHARTON, S. **The evolution of international criminal law: prosecuting "new" crimes before the Special Court for Sierra Leone**, in International Criminal Law Review, 11, 2011, pp. 218ss. RODMAN, K.A. **Justice is interventionist: The political sources of the judicial reach of the Special Court for Sierra Leone**, in International Criminal Law Review, 13, 2013, pp. 65ss.

³⁰⁸ICTY, Prosecutor v. Dražen Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, cit., par. 20. See in argument: STOLK, S. **Imaging scenes of mass atrocity from afar: Maps and landscapes at the International Criminal Court**, in London Review of International Law, 6, 2018. AINLEY, K. **The International Criminal Court on trial**, in Cambridge Review of International Affairs, 24, 2011. TIEMESSEN, A. **The International Criminal Court and the politics of prosecutions**, in The International Journal of Human Rights, 22, 2014. CAYLEY, A.T. **Prosecuting mass atrocities at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)**, in Washington University Global Studies Law Review, 11, 2012, pp. 446ss. KLABERS, J. **Just revenge? The deterrence argument in international criminal law**, in Finnish Yearbook of International Law, 12, 2012, pp. 25ss. CRONIN-FURMAN, K. **Managing expectations: International criminal trials and the prospects for deterrence of mass atrocity**, in The International Journal of Transitional Justice, 7, 2013, pp. 438ss.

³⁰⁹AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 254ss. D'ASCOLI, S. **Sentencing in international criminal law**, op. cit., pp. 306ss. DANNER, A.M. **Constructing a hierarchy of crimes**, op. cit., pp. 477. ICTY, Prosecutor v. Dražen Erdemović, Appeals Judgment, op. cit., par. 27. ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Separate Opinion of Judge Cassese, op. cit., par. 16.

competition of norms, in which criminal categories contribute to the juridical qualification of the same fact³¹⁰. Since the injurious event is the same, the elements that must be taken into due consideration in the structural comparison between cases are limited to the requirements imposed by the context element. And if we agree that the intention to destroy a protected group in whole or in part brings with it greater offensive disvalence than the mere awareness of acting in the context of an attack against the civilian population or during an armed conflict, the appeal only the crime of genocide is sufficient for the purposes of the legal classification of the fact.

In the hypothesis of normative convergences, the comparison-in terms of gravity-of the offensive scope of the various criminal categories acquires a fundamental meaning and function because it allows to resolve the competition in favor of appearance and with a predetermined, predictable and, above all, immutable criterion³¹¹. One last question arises: since each criminal category is intended to protect peculiar legal assets, does not the absorption made in the name of the hierarchy of crimes run the risk of subtracting some typical fundamental elements for the purposes of the best legal assessment of the fact? Resolving the competition in favor of the genocide could give rise to the objection that by proceeding some circumstances are ignored-such as the presence of a systematic attack against the civilian population or the armed conflict-which contribute to increasing the negative value of the event. These perplexities can be answered by the fact that the existence of a hierarchy of international crimes makes it possible to resolve the competition on the same fact in favor of the unit of crimes, and at the same time allows the full extent of the offensive to be assessed. How? Thanks to the use of aggravating (or extenuating) circumstances. Once

³¹⁰AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 253ss. D'ASCOLI, S. **Sentencing in international criminal law**, op. cit., pp. 220 ss. MEERNIK, J. KING, K. **The sentencing determinants of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, op. cit., pp. 734-736. HOLÁ, B. SMEULERS, A. BIJLEVELD, C. **International sentencing facts and figures, sentencing practice at the ICTY and ICTR**, op. cit., pp. 437ss. HOLÁ, B. BIJLEVELD, C. SMEULERS, A. **Consistency of international sentencing: ICTY and ICTR case study**, in *European Journal of Criminology*, 9, 2012, pp. 546ss.

³¹¹AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 250ss. ZIMMERMANN, A. Superior orders, in CASSESE, A. GAETA, JONES, J. R.W.D. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, op. cit., pp. 970ss. GAETA, P. **The defence of superior orders: The Statute of the International Criminal Court versus customary international law**, in *European Journal of International Law*, 10, 1999, pp. 189ss. TRIFFTERER, O. BOCK, S. Article 33, in TRIFFTERER, O. AMBOS K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, op. cit., 1195ss. LIAKOPOULOS, D. **The defence of superior order in common law system. Approaches and influences in international criminal law**, in *Jindal Global Law Review*, 5, 2014.

the competition in favor of appearance has been resolved, in determining the sentence (seriousness of the fact and guilt of the author), the context of war or attack against the civilian population in which the crime was committed can be taken into account. On the contrary, this operation seems to be necessary if we want to guarantee an effective proportionality between the severity of the offense and the sanctioning response³¹².

The use of aggravating circumstances makes it possible to differentiate the pure hypotheses of unity of crime—that is when only a crime is committed—by the derived hypotheses in which unity is the result of a logical or value process of *reductio ad unum*. In this way, the greater value of a circumstantial fact (compared to a simple fact) is reflected both in the more accurate adjectival of the historical fact and in the commensuration of the sentence, guaranteeing respect for the principle of equality of treatment.

32 THE INTER-CATEGORICAL CONTEST AS ANOTHER TYPE OF SOLUTION.

Criminal categories (genocide, persecution, crimes against humanity and war crimes) never generate a relationship of incompatibility. This structural relationship can not occur because the typical requirements of the elements of context never arise in mutual exclusionary antagonism: they can sometimes be specified (this is the case of the specific intent of genocide with respect to that of persecution as a crime against humanity), other times diverge (this is the case of the presence of armed conflict and of the extended or systematic attack against the civilian population), but never to enter into conflict. As a result, it can be said that the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes can compete. Their convergence may necessarily be real or potentially apparent depending on the structural relationships it generates. Consider the following example: during an armed conflict that also translates into a systematic attack against the civilian population, a high number of civilians are killed through the use of weapons prohibited by international humanitarian law. There are several regulatory overlaps that occur here, and the solutions of the inter-categorical

³¹²AMBOS, K. **Treatise on international criminal law**, op. cit., pp. 254ss. NEMITZ, J.C. Sentencing in the ICTY and ICTR, in FISCHER, H. KRESS, C. LÜDER, S.R. (a cura di), **International and national prosecution of crimes under international law**, op. cit., pp. 618ss. NEMITZ, J.C. **The law of sentencing in international criminal law: The purpose of sentencing and the applicable method for the determination of the sentence**, in Yearbook of International Humanitarian Law, 4, 2001, pp. 113-114.

competition are also different. A first hypothesis of inter-categorical competition occurs between the murder (as a crime against humanity) and the use of prohibited weapons (such as war crime). These cases are in an interference relationship only for the conduct, and give rise to a plurality of crimes. A second hypothesis of inter-categorical competition occurs between the doubly-qualified murder as a crime against humanity and war crime. In this case, the existence of a hierarchy of international crimes makes it possible to resolve the competition in favor of appearance. The fact is qualified only as a crime against humanity because it is considered more serious, in cases of convergence, than the corresponding war crime. However, having committed the fact in the presence (and with the awareness of acting within) of an armed conflict is assessed as an aggravating circumstance³¹³.

33 THE SOLUTIONS OF THE COMPETITION OF RULES AND THEIR RELATIONSHIP IN TERMS OF SANCTIONS AND PROCEDURES.

It is opportune to mention the repercussions that the proposed solutions can have on the closely interrelated issues of the commutation of the sentence and of the indictments. The problem of the competition of rules intersects with other institutions of general and procedural part and must be related to the entire subsystem created by the Rome Statute. Wanting to start with the question of sanctions, it is good to remember how the dichotomy unit/plurality of crimes is likely to condition the quantification of punishment to be committed to the offender: with respect to the single violation of a provision, to multiple crimes-even if connected from a temporal point of view or teleological-or at more violations of the same incriminating law should correspond a more severe sanction, if the underlying ratio remains anchored to the principle of proportionality between illicit fact (or more illicit facts) and penalty. The proof is that the plurality of crimes is punished more severely both in some national systems and in the subsystem of the ICC. In the latter, in fact, the art. 78 (3) of the StICC³¹⁴. Therefore, in case of

³¹³CLARKE, K.M. **Refining the perpetrator culpability history and international criminal law's impunity gap**, in *The International Journal of Human Rights*, 19, 2015, pp. 594ss.

³¹⁴ICTY, *Prosecutor v. Mucić*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgment, 16 November 1998, par. 1225. ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, par. 33. ICTY, *Prosecutor v. Bralo*, Case No. IT-95-17, Trial Judgment, 7 December 2005, par. 27. ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36, Trial Judgment, 1 September 2004, par. 1096. ICTY, *Prosecutor v. Kunarac, Kovač and Vuković*, Case No. IT-96-23&23/1, Trial Judgment, 22 February 2001, par. 847. As regards mitigating factors on the other hand, the ICTY has established that the burden of proof is on the balance of probabilities: ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, Case No. IT-95-14, Appeals Judgment, 29 July 2004, par.

conviction for more crimes (more than one crime) the judges are called, first, to determine a single penalty for each criminal conduct and, in a second moment, to measure an overall sentence capable of reflecting the negative value that emerges from the plurality of violations (two-steps approach). There are two corollaries of the adoption of only a possible legal cumulation. At least in an abstract way, the Rome Statute grants the judge an instrument capable of distinguishing-at the sanctioning level-the hypotheses of unity of crime from those of plurality of violations. On the other hand, the edictal framework within which (possibly) the overall sentence, established by art. 78 (3), StICC, tacitly grants a further criterion for determining the sentence in cases of crime: that of absorption. This occurs because the minimum limit of the total sentence may coincide with the amount of the single penalty punished more severely. Given that the principle of proportionality also plays the role of fundamental principle within the Rome Statute system³¹⁵, is it possible to hypothesize an algorithm that takes into account, in the sentencing phase, the difference between unity and plurality of crimes? What is the impact that the solutions proposed in the field of rules competition should have in determining the sentence? Is it possible to devise a system of sanctions that takes into account the difference between unity and plurality of crimes and

697. ICTY, Prosecutor v. Blagojević and Jokić, Case No. IT-02-60, Trial Judgment, 17 January 2005, par. 850. ICTY, Prosecutor v. Babić, Case No. IT-03-72, Appeals Judgment, 18 July 2005, par. 43. ICTY, Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1, Trial Judgment, 10 December 1998, par. 290. ICTY, Prosecutor v. Blagojević and Jokić, Case No. IT-02-60, Trial Judgment, 7 January 2005, par. 858-860. ICTY, Prosecutor v. Plavšić, Case No. IT-00-39&40/1, Sentencing Judgment, 27 February 2003, par. 85-94 and 110. ICTR, Nahimana et al., Case No. ICTR-99-52, Trial Judgment, 3 December 2003. ICTR, Kajelijeli, Case No. ICTR-98-44-A, Appeals Judgment, 23 May 2005: in stating that the violation of fundamental human rights during detention could be considered as mitigating factors. ICTY, Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A and IT-94-1-A bis, Judgment in Sentencing Appeals, 26 January 2000, par. 38. ICTR, Prosecutor v. Kambanda, Case No. ICTR-97-23-S, Trial Judgment and Sentence, 4 September 1998, par. 10-16. Prosecutor v. Krstić, Case No. IT-98-33-T. ICC, Prosecutor v. Lubanga, ICC T. Ch., Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012: The Prosecution in Lubanga submitted harsh conditions and treatment in the camps, and the commission of sexual violence and rape as aggravating circumstances, which, they argued also showed that “the harms committed were gender based”. The Trial Chamber went on to explain that “(...) [e]lle considère que la peine a donc deux fonctions importantes: le châtiement d’une part, c’est-à-dire l’expression de la réprobation sociale qui entoure l’acte criminel et son auteur et qui est aussi une manière de reconnaître le préjudice et les souffrances causées aux victimes ; la dissuasion d’autre part, dont l’objectif est de détourner de leur projet d’éventuels candidats à la perpétration de crimes similaires (...)”. See for the above cases: KURTH, M. **The Lubanga case of the International Criminal Court: A critical analysis of the Trial Chamber’s findings on issues of active use, age and gravity**, in Goettingen Journal of International Law, 5, 2013, pp. 431-453. JENNINGS, M. Article 78-Determination of the sentence, in TRIFFTERER, O. (ed.), **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ notes, article by article**, op. cit., pp. 1433-1437.

³¹⁵KHAN, K.A.A. Article 78, in TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, op. cit., pp. 1891ss. CARCANO, A. **Sentencing and the gravity of the offence in international criminal law**, op. cit., pp. 583-609.

appears coherent, predictable and in line with the principle of proportionality? In this regard, the starting point could consist of two premises³¹⁶. The first, which will be referred to as the premise of the ontological gravity scale, is based on the assumption that the plurality of offenses deriving from a single action or from multiple connected or distinct behaviors should be subject to greater punishment than the single violation of a single incriminating rule³¹⁷. This premise is based both on logical reasons, given that the quantitative ratio between a plus and a minus should continue to be reflected also at the time of the settlement, which on legal grounds, being the plurality of offenses punished in a more severe manner than to the unity of crime both in the national legal systems and - at least in an abstract way-in the Rome Statute. With reference to the latter normative text, if it is true that the use of the cumulation criterion is only possible, it is equally true that the judge is not in a position to freely choose (*rectius*: arbitrarily) whether to apply the increase or not of punishment, since the discretion is bound by other principles and criteria provided for by the same Statute, first of all the reference to the proportionality between the gravity of the fact and the sanction (article 78, StICC)³¹⁸.

The second fundamental premise lies in the distinction-once again of considerable importance-between the assumptions of intra-categorical and inter-category convergence. As we have seen above, the two competition situations differ in the presence of the context element, which is taken into account in the comparison between cases only of inter-categorical competition. In terms of the narration of the fact, the solution of the intra-categorical contest does not present particular problems as all the cases are committed within the context of the same disvalue context. On the other hand, in the case of inter-categorical competition the elements of context differ, and if the theory of the hierarchy of international crimes for the purpose of resolving the convergence in favor of appearance, presents a very peculiar situation: the author will be condemned for a single crime committed, however, in the presence of several elements of context and therefore aggravated respect to the realization of more criminal cases (then reduced to unity following the application of logical-structural or value criteria) committed within a single collective context of violence. To give an example,

³¹⁶JENNINGS, M. Article 78-Determination of the sentence, in TRIFFTERER, O. (ed.), **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' notes, article by article**, op. cit.,

³¹⁷FRY, E. **Legal recharacterisation and the materiality of facts at the International Criminal Court: Which changes are permissible?**, in *Leiden Journal of International Law*, 29, 2016, pp. 577-597.

³¹⁸JENNINGS, M. Article 78-Determination of the sentence, in TRIFFTERER, O. (ed.), **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' notes, article by article**, op. cit.,

while the contest between extermination and murder described as crimes against humanity is resolved in favor of the application of the only crime of extermination, the contest between extermination as a crime against humanity and murder as a crime of war is always resolved by the application of the only extermination situation, but it is more serious in terms of narration because it is committed not only in the context of an extensive attack against the civilian population but also in the context of an armed conflict. And, in terms of sanctions, this difference should result in differentiated treatment by resorting to aggravating circumstances. Given the circular movement that links the substantive issue of the competition of rules with the procedural one of the imputation models, the proposed conclusions should also be duly considered by the Public Prosecutor already in the initial phase of the procedure, in order to avoid the unnecessary and burdensome for the defense and for the duration of the trial-proliferation of charges³¹⁹. This means that all normative overlaps resolved in favor of appearance should not be imputed cumulatively. An exception is given by the so-called inter-categorical competition, which, as we have just seen, should condition the judge in the phase of commensurate sentence through the use of aggravating circumstances. Affecting the amount of punishment, it is believed that in such cases the Prosecutor is required to impute cumulatively the cases in competition: it will be up to the judge, in the judgment phase, to proceed with the unification of the fact by using the criterion of gravity expressed by the theory of hierarchy of international crimes³²⁰.

34 CONCLUDING REMARKS.

At the end of this survey some reflections are opportune to look for a synthesis and to identify some profiles to be investigated further in relation to the problem of the competition of norms. It should be remembered that the systematic or large-scale commission of international crimes does not seem to leave much room for single and isolated violations³²¹.

International criminal law constitutes, by its intrinsic characteristics, a place of

³¹⁹GEERT, J. KNOOPS, J. **Defenses in contemporary international law**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2008, pp. 7ss.

³²⁰KOHEN, M.G. **La promotion de la justice des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber amicorum Lucius Caflisch**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2007.

³²¹GRONO, N. DE COURCY WHEELER, A. The deterrent effect of the ICC on the Commission of International Crimes by government leaders, in STAHN, C. (ed), **The law and practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1228ss.

multiple and plurality, in which the contest of norms and crimes finds its most natural and logical manifestation³²². Nonetheless, the rules competition is an issue that has not been studied until now. The absence of provisions relating to the solution of the rules contest constitutes a constant in the codification of international criminal law, with the exception of the noisy solitude of art. 78, StICC³²³ which, however, is only concerned with regulating the sanctioning treatment of the criminal offense. In Nuremberg, the judges did not address the issue of rules and the reasons for this failure were identified in four different types of justifications: (a) historical, (b) legislation, (c) conceptual and (d) ontological slavery. The subsequent jurisprudence - in particular that of the ad hoc Tribunals: ICTY and ICTR-has contrasted the surprising silence of positive law by formulating some criteria for resolving the question of the competition of norms. The most important of these is represented by the Čelebići test which, inspired by the principle of unilateral specialty, has found constant application in international jurisprudence, becoming a paradigm of the so-called jurisprudential cross-fertilization. This test presents some paradoxes, criticism and weaknesses, identified in the (a) problem of transposition, (b) problem of identification and delimitation of the content, (c) problem of interpretation and concrete application, (d) paradox of the functions and (e) paradox of ambiguity. Given the critical issues and the shortcomings that accompany the test applied by international jurisprudence to resolve the hypotheses of regulatory convergence, it was considered appropriate to question the existence of alternative solutions. The attempt to give juridical and systematic character to the problem of the competition of norms concerned the subsystem of the ICC, as the only international jurisdiction with a permanent and universal vocation. With the Rome Statute the comparison becomes the method explicitly indicated to the interpreter for the purposes of the research of the applicable law in case of normative lacunae (article 21 (1) (c), StICC). Since the subject of the competition for rules is not mentioned in the Statute, a comparison has been made between the national laws in order to identify-if there are-principles and criteria for the solution of the competition. The absence of a reflection on a country belonging to the common law area is justified by the use, by international jurisprudence, of a test coming from

³²² ALIÑÁNI, L. OLLÉ SESÉ, M. **Estudios sobre derecho penal internacional**, ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.

³²³ JENNINGS, M. Article 78-Determination of the sentence, in TRIFFTERER, O. (ed.), **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' notes, article by article**, op. cit.,

US law.

The structural relationships that do not constitute a convergence (relation of incompatibility and heterogeneity) from those that give rise to a necessarily real convergence (relation of identity and interference) and from those that give rise to a potentially apparent convergence have been kept separate (unilateral and reciprocal specialty relationship). Furthermore, the comparative study has highlighted the tendency: (a) to delimit the area of the accumulation of qualifications and, on the other hand, to widen the area of appearance, (b) adopt multiple criteria, both logical and value, in the resolution of the competition and, finally, (b) recover the criminal policy dimension to reach the application of value criteria, if it is not possible to resolve the question of the competition with the simple use of logical structural criteria. The analysis of the contest of the criminal offenses envisaged by the Rome Statute was conducted keeping well-divided the hypotheses of (a) intra-categorical contest, which includes the convergences that occur within the same category of crime, and the hypotheses of (b) inter-categorical competition, concerning the convergences that occur between the different categories of crimes. In particular, we have recourse to the (a) principle of unilateral specialty (example of the competition between murder and extermination as crimes against humanity), to (b) mutual specialty (example of rape and torture as crimes against humanity) and to (c) complex crime (example of persecution and apartheid as crimes against humanity). In all these convergence hypotheses, an apparent competition of standards was found. With reference to the inter-categorical competition several theories have been proposed. The first qualifies the element of context as an objective condition of punishment. It has been criticized under three different profiles, namely that (a) of the literal interpretation of the Rome Statute, (b) of the offensive scope of the context element and (c) the inability of this theory to offer a unique solution to the problem of the competition. The second solution proposed is based on the hierarchy of sources provided for in art. 38 of the SICJ³²⁴.

According to this theoretical reconstruction, the crime of genocide has the character of *ius cogens* and is therefore placed in the highest step of the hierarchical ladder; they follow the serious violations of the 1949 Geneva Conventions, considered as customary law, the crimes against humanity, qualified as a conventional right, and the other violations to the

³²⁴KOLB, R. **The international Court of justice**, Hart Publishing, Oxford & Portland and Oregon, 2013, pp. 1280ss.

customs and the uses of war, with a protocol character. The theory in question proposes to resolve the cases of convergence in favor of the unit of crime by qualifying the fact according to the norm provided by the highest grade source. They have been presented and defined as (a) defect of arbitrariness, (b) lack of equivocality and (c) defect of inapplicability. Another theory identifies a hierarchy of crimes in light of the importance of the motives for action. Among the criticisms of this approach is the one based on the typicality, (b) on the possible coexistence of multiple motivations of action and (c) on the risk of eclipsing of the category of crimes against humanity. Finally, another theory proposes a solution to the competition of norms in the ICC Statute establishing contenance relations between cases based on the greater or lesser offensive scope. According to this theoretical reconstruction it is possible to establish a hierarchy of international crimes in the light (a) of the damage (or endangerment) that the criminal conduct brings to the international community, (b) of the offensive scope of the context element or (c) of the 'subjective element provided by the context element for each criminal category. Regardless of the criterion used, the result is the same: genocide is considered the most serious crime, followed by crimes against humanity and war crimes. Finally, we have seen how the criticisms proposed against this theoretical reconstruction-aimed above all to demonstrate the same offensive capacity as the categories of international crimes (eg equal approach)-can be overcome thanks to the *ceteris paribus* clause (condition of the level playing field)³²⁵.

The existence of a hierarchy of international crimes allows, therefore, to resolve the inter-categorical competition in favor of appearance. The problem of the competition of rules intersects with other institutions of general and procedural part. For this reason, what emerged from this research must be related to the entire subsystem created by the Rome Statute. In particular, here we want to propose some reflections regarding the commensurate sentence, given that the (real) competition of rules constitutes the logical presupposition of the plurality (heterogeneous) of crimes and, therefore, of the punishment of multiple violations. To date, the solutions adopted by the ICC in the field of competition for standards do not seem to be satisfactory because they lead to what could be defined as the paradox of the disproportion between illicit fact and criminal consequences. In the case of multiple offenses, the judges are

³²⁵LIAKOPOULOS, D. **Parità di armi nella giustizia penale internazionale**, vol. 1, ed. Libellula University Press, Puglia, 2018.

called to determine a single penalty for each criminal conduct and, subsequently, to make a total penalty. So far, the ICC has not used the possibility-granted by art. 78 (3), StICC³²⁶-to aggravate the punishment in cases of plurality of crimes. And this did not happen even with reference to the established assumptions of the material concurrence of crimes³²⁷. The concrete effect is that of an absorption not at the level of legal qualification of the fact, but only when determining the sentence. Therefore, an excessive disproportion between plurality of crimes and punishment units occurs. This translates into the inability of the sanction to express the real disvalue of the fact and to keep distinct - from the point of view of sanctions- the hypothesis of unitary qualification of a fact from those of multiple legal qualifications of the same fact. As stated in the deed of appeal to the decision of sentencing presented by the Prosecutor in the **Bemba Gombo**³²⁸, case, the application of an overall sentence corresponding to the most serious sentence envisaged for a single conduct does not allow for an adequate expression of the negative value of the event and risks to prejudice the general-preventive function of the sentence. The message that is transmitted could be misunderstood: it does not matter how many crimes are committed because you will be called to answer only the most serious violation.

The proliferation of the legal qualifications of a fact risks fueling tendencies to a symbolic use of the criminal instrument in order to frame and narrate a traumatic historical event: as is well known, the qualification of a crime as a genocide possesses a much higher evocative force a description of the same fact as a war crime, regardless of the sanctioning treatment that is subsequently inflicted. Even the crime against humanity, if intended as damaging to all humanity as such³²⁹, contributes to the adjectiveness of international criminal law as a symbolic right with strong ethical connotations³³⁰. The evident neckline that occurs

³²⁶JENNINGS, M. Article 78-Determination of the sentence, in TRIFFTERER, O. (ed.), **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' notes, article by article**, op. cit.,

³²⁷ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision on Sentence, op. cit., par. 94-95. ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, *Décision relative à la peine*, op. cit., par. 146-147.

³²⁸ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, TC-III, ICC-01/05-01/08, op. cit.

³²⁹DRUMBL, M.A. **Rule of law amid lawlessness: Counseling the accused in Rwanda's domestic genocide trials**, op. cit., pp. 545s. NEIER, A. **War crimes: Brutality, genocide, terror, and the struggle for justice**, ed. Times Books, New York, 1998, pp. 213ss. MACLEOD, C. **Towards a philosophical account of crimes against humanity**, in *European Journal of International Law*, 21, 2010, pp. 293, 295 and 302. DANNER, A.M. **Constructing a hierarchy of crimes**, op. cit., pp. 477ss. LUBAN, D. **A theory of crimes against humanity**, in *Yale Journal of International Law*, 29, 2004, pp. 86-92.

³³⁰DRUMBL, M.A. **Atrocity, punishment and international law**, Cambridge University Press, Cambridge,

between qualification and sanction-or, in procedural terms, between the judgment phase and the sentencing phase-does not allow compliance with the requirements of proportionality between liability³³¹ and punishment³³². The principle of proportion between illicit fact and criminal consequence is the criminal policy directive. With reference to the competition of norms, first requirements of legality emerge that require to evaluate, with a structural analysis, the elements of this case.

Then there are proportional requirements that require evaluating with tools also of an evaluative nature that the value of the crimes in competition is not disproportionate to that of the concrete fact committed and to the sanctioning. This means that the absorbing effect must already and even earlier occur in the legal qualification process of the fact, if the structural relationships between the offenses can be resolved in favor of the unit of crime. In the opposite case of plurality of crimes, however, multiple legal qualifications should have a role in determining the sentence. The proportionality that is established between the qualification of the fact and the sanctioning treatment guarantees, on the one hand, respect for the functions that the penalty performs in international criminal law, still today identified mainly in remuneration and general prevention³³³. Proportionality ensures compliance with the principle

2007, pp. 173ss. SZOKE-BURKE, S. **Avoiding belittlement of human suffering. A retributivist critique of ICTR sentencing practice**, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 577ss.

³³¹The aggregation principle grounds the criminal liability of corporations on the combined acts or omissions of individual agents where each act or omission is in itself insufficient. Mental states and conduct on the part of different individuals are joined together and considered as a whole. The underlying rationale is that a combination of personal transgressions or minor failures might reveal a gross breach of duty on the part of the company, or collective awareness that warrants the entity's responsibility for a criminal consequence. Some jurisdictions have been hesitant to extend the application of aggregation to crimes requiring proof of intent as opposed to only knowledge. Other legal systems have recognized the utility of the principle with regard to situations entailing recklessness and even gross negligence. See for details and analysis: POSNER, E. PORAT, A. **Aggregation and law**, in J.M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 587, 2012. FINDLAY, M. CHAH HUI YUNG, J. **Principled international criminal justice: Lessons form tort law**, ed. Routledge, London & New York, 2018. FINDLAY, M. HENHAM, R. **Exploring the boundaries of international criminal justice**, ed. Routledge, London & New York, 2016, pp. 83ss.

³³²JØRGENSEN, N.H.B. **State responsibility for aiding or assisting international crimes in the context of the arms trade treaty**, in *The American Journal of International Law*, 108 (4), 2014, pp. 722-749. BRANDTS, C. **Guilty landscapes: Collective guilt and international criminal law. Cosmopolitan justice and its discontents**, ed. Routledge, London, 2010, pp. 53-68.

³³³DRUMBL, M.A. **Collective violence and individual punishment: The criminality of mass atrocity**, in *Northwestern University Law Review*, 99, 2005, pp. 577-595. GOLASH, D. The justification of punishment in the international context, in MAY, L. HOSKINS, Z. (a cura di), **International criminal law and philosophy**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 201-223. BLEWITT, G.T. The importance of a retributive approach to justice, in BLUMENTHAL, D.A. MCCORMACK, T.L.H. (a cura di), **The legacy of Nuremberg: Civilising influence or institutionalised vengeance?**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2008, pp. 39-46. AMBOS, K. **Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una**

of equality of treatment, keeping distinct-even on the sanctioning level-the hypotheses of unity of crime from those of plurality. It is not known what sentence would have been imposed on the courts in the event that Bemba Gombo had been found guilty of the only crime of rape. Given that the Statute requires to determine a penalty for each crime committed, it can be assumed that even in the case of units of crime rape would be punished with 18 years imprisonment. The disparity in treatment resulting from the absorption emerges from a comparison with two different scenarios. The first is attributable to the hypothesis of material competition of crimes: the latter should undergo a more severe disciplinary treatment than that provided for in cases of unit of crime (for example: 22 years of imprisonment). The second scenario occurs in cases of formal competition of crimes. It is believed that the plural qualification of the event (crime against humanity and war crime) should be punished more severely than the unitary qualification of the same fact (crime against humanity), but in a way inferior to the cases of material competition of crimes (for example: 20 years of imprisonment)³³⁴.

In the latter scenario, the proportional requirements that require evaluating, also with evaluative tools, that the value of the crimes in competition are not disproportionate to that of the concrete fact committed, are met by recourse to the proposed solution based on the hierarchy of international crimes. On the one hand, the plural qualification of the fact is avoided under several rules which are distinguished by the contextual element by applying only the most serious case. On the other hand, since the commission of a crime in the presence of several typical contexts increases the value of the conduct, in the process of determining the sentence it is appropriate to resort to aggravating circumstances, which allow to differentiate the hypotheses of unity of crime application of the only crime against humanity because it is the only case imputed by the derivative hypotheses in which unity is the result of a logical process or a *reductio ad unum*-application of the only crime against humanity because considered more serious than the respective crime of war charged

primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente, in Revista Persona y Derecho, 68, 2013, pp. 5-38. AMBOS, K. On the rationale of punishment at the domestic and international level, in HENZELIN, M. ROTH, R. (a cura di), **Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation**, ed. LGDJ, Paris, 2002, pp. 320ss. SUNGA, L.S. **The emerging system of international criminal law**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, pp. 324ss.

³³⁴PUSCHKE, J. Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am beispiel der Vorbereitungsdelikte, in HEFENDEHL, R. **Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?**, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2010, pp. 10ss.

cumulatively. A more careful reflection on the problem of the competition of rules can therefore contribute to a greater systematicity and legitimacy of the ICC subsystem by limiting the objectives pursued by the criminal trial to the sole identification of individual responsibilities³³⁵ and the commissioning of a sentence. The fulfillment of further needs-such as the historical reconstruction of events, the search for truth, the transition to a form of democratic state, the pedagogical function of international intervention-comes into "contrast" and creates "tensions" with the proper aims of a penal system. International criminal law is the *par excellence* instrument of the pay paradigm of international justice, but it is not the only possible response-and sometimes the most effective-to the commission of large-scale crimes. The retributive paradigm is flanked by a reconciliation-restorative one³³⁶, which can be an alternative to criminal law or a complementary tool³³⁷. What is the most effective paradigm for dealing with the past can not, for obvious reasons, be the object of these brief reflections, also because the theme does not lend itself to clear, definitive conclusions: the more we go into the problem, the more we reveal the essentially political nature, with the inevitable consequence of the search for acceptable compromises³³⁸.

However, if the choice is made in favor of an instrument-criminal law-which tends to be inhumane in its need to cause suffering, it must scrupulously respect the substantive and procedural principles that prevent it from becoming a means of revenge or justice of the

³³⁵See, LIAKOPOULOS, D. **Die Hybridität des Verfahrens der Internationalen ad hoc Strafgerichtshöfe und die Bezugnahme auf innerstaatliches Recht in der Rechtsprechung**, in International and European Union legal Matters, 2012. TURAN, G. **Responsibility to prosecute in an age of global governmentality: The International Criminal Court**, in Cooperation and Conflict, 50, 2015. ODRIOZOLA GURRUTZAGA, M. **Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría medita**, in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 17, 2015, pp. 7ss. JAIN, N. **Perpetrators and accessories in international criminal law. Individual modes of responsibility for collective crimes**, op. cit., GOY, B. **Individual criminal responsibility before the International Criminal Court: A comparison with the ad hoc Tribunals**, op. cit., AZZOLINI BIANCAZ, A. **La construcción de la responsabilidad construcción de la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional**, in Alegatos Revista, 20, 2018.

³³⁶GOLDMAN, A.I. **A theory of human action**, op. cit.

³³⁷HENDERSON, C. (a cura di), **Commissions of inquiry: Problems and prospects**, Hart Publishing, Oxford, Portland & Oregon, 2017. CLARK, P. **The Gacaca Courts, post-genocide justice and reconciliation in Rwanda. Justice without lawyers**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010. MACULAN, E. **La expansión de los juicios por la verdad**, in MACULAN, E. PASTOR, D. (a cura di), **El derecho a la verdad y su ejercicio por medio del proceso penal**, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pp. 247-295. NALEPA, M. KLEPACKA, E. **Institute of National Remembrance-Commission for the prosecution of crimes against the Polish Nation**, in Encyclopedia of Transitional Justice, 3, 2012. BRACHTHÄUSER, F. HAFNER, A. **Transformative reparation: Should reparation change societies?**, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht, n. 78 (3), 2018.

³³⁸AZZOLINI BIANCAZ, A. **La construcción de la responsabilidad construcción de la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional**, op. cit.,

winners (or the strongest)³³⁹. A criminal law found, therefore, also thanks to a rigorous and careful reflection on the institution of the competition of rules, which can put in relation the three pillars on which rests (or should rest) the criminal law, also at international level: "fact illicit, author's personality and criminal consequences (...)"³⁴⁰.

35 REFERENCES

A.A.V.V., **Commentary on the second Geneva Convention**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

_____. **Jurisdiccion universal. Sobre crímenes internacionales**, ed. Comares, Granada, 2013.

ADAMS, A. **The first rape prosecution before the ICC: Are the elements of crimes based on a source of international law?**, in *International Criminal Law Review*, 15, 2015, pp. 1100ss.

AGIRRE ARANBURU, X.A. **Sexual violence beyond reasonable doubt: Using pattern evidence and analysis for international cases**, in *Leiden Journal of International Law*, 23, 2010, pp. 610ss.

AHLBRECHT, A. BÖHMEER, K.M. **Internationales Strafrecht**, C.F. Müller, 2018.

AINLEY, K. **The International Criminal Court on trial**, in *Cambridge Review of International Affairs*, 24, 2011.

AKANDE, D. Classification of armed conflicts: Relevant legal concept, in WILMSHURTS, E. (a cura di), **International law and the classification of conflicts**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

AKHAVAN, P. **Reducing genocide to law. Definition, meaning, and the ultimate crime**, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 58ss.

_____. **The crime of genocide in the ICTR jurisprudence**, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, pp. 989ss.

AKSENOVA, M. **Symbolism as a constraint on international criminal law**, in *Leiden Journal of International Law*, 30, 2017, pp. 478ss.

ALFONSO, C. El crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados en el primero fallo de la Corte Penal Internacional, in AMBOS, K. MALARINO, E. STEINER, C. (a cura di), **Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional. El Caso Lubanga**, Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 2014, pp. 164ss.

ALIÑÁN, A. OLLÉ SESÉ, M. **Estudios sobre derecho penal internacional**, ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.

ALMEVIST, J. ESPOSITO, C. **The role of courts in transitional justice. Voices from Latin America and Spain**, ed. Routledge, London & New York, 2013, pp. 177ss.

ALONSO, H. Current trends on modes of liability for genocide, crimes against humanity and war crimes, in STAHN, C. VAN DEN HERIK, L. (eds.), **Future perspectives on international criminal justice**, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010, pp. 522-524.

³³⁹MINEAR, R.M. **Victor's justice. Tokyo war crimes trials**, Princeton University Press, Princeton, 2016.

³⁴⁰GOLDMAN, A.J. **A theory of human action**, op. cit.,

- AMBOS, K. **Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente**, in *Revista Persona y Derecho*, 68, 2013, pp. 5-38.
- _____. **Defences in international criminal law**, in BETRAM, S. BROWN, S. **Research handbook on international criminal law**, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2011.
- _____. **Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung**, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, pp. 774-778.
- _____. **Internationales Strafrecht**, C.H. Beck, München, 2014, par. 4.
- _____. **La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática**, ed. Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- _____. **May a state torture suspects to save the life of innocents?**, in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, pp. 265ss.
- _____. **On the rationale of punishment at the domestic and international level**, in HENZELIN, M. ROTH, R. (a cura di), **Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation**, ed. LGDJ, Paris, 2002, pp. 320ss.
- _____. **Remarks on the general part of international criminal law**, in *Journal of International Criminal Justice*, 4 (4), 2006, pp. 660-673.
- _____. **Sexual offenses in international criminal law, with a special focus on the Rome Statute of the International Criminal Court (July 3, 2012)**, in BERGSMO, M. BUTENSCHØN SKRE, A. WOOD, E.J. (eds.), **Understanding and providing international sex crimes**, Torkel Opsahl Academic Epublisher, Beijing, 2012, pp. 144ss.
- _____. **The first judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A comprehensive analysis of the legal issues**, in *International Criminal Law Review*, 12, 2012, pp. 136ss.
- _____. **Treatise on international criminal law. Foundations and general part**, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 97ss.
- _____. **Treatise on international criminal law. Volume II: The crimes and sentencing**, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 257ss.
- AMBOS, K. WIRTH, S. **The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000**, in *Criminal Law Forum*, 13, 2002, pp. 18ss.
- APONTE, A. **Persecución penal de los crímenes internacionales**, ed. Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 23ss.
- APTEL, C. **The intent to commit genocide in the case law of the International Criminal Tribunal for Rwanda**, in *Criminal Law Forum*, 13, 2002, pp. 277ss.
- ARSANJANI, M.H. **The Rome statute of the International Criminal Court**, in *American Journal of International Law*, 93, 1999, pp. 22-43.
- ASKIN, K.D. **Sexual violence in decisions and indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals. Current status**, in *American Journal of International Law*, 93, 1999, pp. 97ss.
- _____. **War crimes against women: prosecution in international war crimes Tribunals**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, pp. 380-382.
- AUSTIN, J.L. **A plea for excuses**, in CHAPPELL, V.C. (a cura di), **Ordinary language: Essays in philosophical method**, Dover, New York, 1964, pp. 1-30.
- AYAT, M. **Quelques apports des tribunaux pénaux internationaux ad hoc et notamment le TPIR, à la lutte contre les violences sexuelles subies par les femmes durant les génocides et les conflits armés**, in *International Criminal Law Review*, 10, 2010, pp. 789ss.
- AZZOLINI BIANCAZ, A. **La construcción de la responsabilidad construcción de la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional**, in *Alegatos Revista*, 20,

2018.

BACHAROVA, T. **The standing of victims in the procedural design of the ICC**, ed. Brill, The Hague, 2017.

BADAR, M.E. **From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the elements of crimes against humanity**, in San Diego International Law Journal, 5, 2004, pp. 128-131.

_____. **The concept of mens rea in international criminal law: The case for a unified approach**, Hart Publishing, Oxford & Portland, Oregon, 2013, pp. 126ss.

BADAR, M.E. PORRO, S. Rethinking the mental elements in the jurisprudence of the ICC, in STAHN, C. (a cura di), **The law and practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 651ss.

BAGARIC, M. MORSS, J. **International sentencing law in search of a justification and coherent framework**, in International Criminal Law Review, 6, 2006, pp. 214-217.

BALCELLS, L. KALYVAS, S.N. **Does warfare matter? Severity, duration, and outcomes of civil wars**, in Journal of Conflict Resolution, 58 (8), 2014, pp. 6ss.

BALIBAR, E. WALLERSTEIN, I. **Race, nation, classe. Les identités ambiguës**, La Découverte, Paris, 2007.

BARBERO, N. **La ¿relativa? aplicación del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional**, in Revista Nuevo Foro Penal, 13, 2017, pp. 124ss.

BARCO, G.E. **Rückwirkung und die Entwicklung der internationalen Verbrechen. Elemente einer allgemeinen Konzeption des nullum-crimen-sine lege Prinzips im Völkerstrafrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.

BARZEGARZADEH, A. JALALI KARVEH, M. RAISI, L. **Principle of legality and its relation with customary law in international criminal law**, in Mediterranean Journal of Social Science, 6, 2015, pp. 400ss.

BEHRENS, P. **Genocide and the question of motives**, in Journal of International Criminal Justice, 10, 2012, pp. 501ss.

BEHRENS, R. HENHAM, J. **Elements of genocide**, ed. Routledge, Taylor & Francis, Glass House Book, New York, 2013, pp. 194ss.

BEIGBEDER, Y. **International Criminal Tribunals**, ed. Palgrave Macmillan, London, 2011.

BEKOU, O. **Crimes at crossroads. Incorporating international crimes at the national level**, in Journal of International Criminal Justice, 10, 2012, pp. 677-691.

BELLELO, R. (ed.), **International criminal justice**, Ashgate Publishing, Farnham, 2010, pp. 461ss.

BELTZ, A. **Prosecuting rape in International Criminal Tribunals: The need to balance victim's rights with the due process rights of the accused**, in Journal of Civil Rights and Economic Development, 20, 2012.

BENEDICT, R. **Race and racism**, ed. Routledge, London & New York, 1983.

BENSOUDA, F. Gender and sexual violence under the Rome Statute, in DECAUX, E. DIENG, A. SOW, M. (a cura di), **From human rights to international criminal law. Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laïty Kama**, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2007, pp. 401.

BERGSMO, M. **Thematic prosecution of international sex crimes some critical comments from a theoretical and comparative perspectives**, ed. Torkel Opshahl Academic Epubliher, Beijing, Beijing, 2012, pp. 294ss.

BERGSMO, M. WUI LING, C. PING, Y. (a cura di), **Historical origins of international criminal law**. Vol. 1-3, ed. TOAEP, Brussels, 2014.

- BETTWY, D.S. **The genocide Convention and unprotected groups: Is the scope of protection expanding under customary international law?**, in Notre Dame Journal of International and Comparative Law, 1, 2011, pp. 102ss.
- BIANCHI, L. The prosecution of rape and sexual violence: Lessons from prosecutions at the ICTR, in DE BROUWER, A.M. **Sexual violence as an international crime: Interdisciplinary approaches**, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2013, pp. 125ss.
- BIKUNDO, E. **International criminal law using or abusing legality?**, ed. Routledge, London & New York, 2014.
- BITTI, G. Article 21 of the statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC, in STAHN, C. SLUITER, G. (eds.), **The emerging practice of the International Criminal Court**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 285-304.
- BJORGE, E. **The evolutionary interpretation of treaties**, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- BLAISE NGAMENI, H. **La diffusion du droit international pénal dans les ordres juridiques africains**, ed. L'Harmattan, Paris, 2017.
- BLEWITT, G.T. The importance of a retributive approach to justice, in BLUMENTHAL, D.A. MCCORMACK, T.L.H. (a cura di), **The legacy of Nuremberg: Civilising influence or institutionalised vengeance?**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2008, pp. 39-46.
- BOAS, F. **The mind of primitive man**, ed. Praeger, Santa Barbara, 1983.
- BOAS, G. BISCHOFF, J.L. REID, N.L. **Elements of crimes under international law. Volume II**, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- BOAS, G. CHIFFLET, P. **International criminal justice**, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2017.
- BOCK, S. **Zurechnung im Völkerechtstrafrecht**, in Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7-8, 2017, pp. 414ss.
- BOED, R. **Individual criminal responsibility for violations of article 3 common to the Geneva Convention of 1949 and of Additional Protocol II thereto in the case law of the International Criminal Tribunal for Rwanda**, in Criminal Law Forum, 13, 2002.
- _____. **Judgment of a Trial Chamber in the case of The Prosecutor v. Laurent Semanza**, in International Criminal Law Review, 3, 2003, pp. 406ss.
- BOESTEN, J. WILDING, P. **Transformative gender justice: Setting an agenda**, in Women's Studies International Forum, 49, 2015, pp. 77ss.
- BOGDAN, A. **Cumulative charges, convictions and sentencing at the ad hoc International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda**, in Melbourne Journal of International Law, 1, 2002, pp. 3ss.
- BOISTER, N. CURRIE, R.J. **Routledge handbook of transnational criminal law**, ed. Routledge, London & New York, 2015.
- BONACKER, T. SAFFERLING, C. **Victims of international crimes: An interdisciplinary discourse**, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013.
- BOOK, J.P. **Appeal and sentence in international criminal law**, BWV Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin, 2011, pp. 124ss.
- BOOTHBY, B. **And for such time as: The time dimension to direct participation in hostilities**, in New York University Journal of International Law and Politics, 42, 2010, pp. 742ss.
- BOOYSEN, H. **Convention on the Crime of Apartheid**, in South African Yearbook of International Law, 2, 1976, pp. 56-96.

- BOSLY, H.D. VANDERMEERSCH, D. **Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice**, ed. Bruylant, Bruxelles, 2012.
- BOSTER, V. **An introduction to transnational criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 24ss.
- BOTTE-KERRISON, A. **Responsibility for bystanders in mass crimes. Towards a duty to rescue in international criminal justice**, in *International Criminal Law Review*, 17, 2017, pp. 882ss.
- BOWERS, A. **International Criminal Court**, Wolf Legal Publishers, The Netherlands, 2011.
- BRACHTHÄUSER, F. HAFFNER, A. **Transformative reparation: Should reparation change societies?**, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht*, n. 78 (3), 2018.
- BRAMMERTZ, S. MICHELLE, J. **Lessons learned in prosecuting gender crimes under international law: Experiences from the ICTY**, in EBOE BRANDTS, C. **Guilty landscapes: Collective guilt and international criminal law. Cosmopolitan justice and its discontents**, ed. Routledge, London, 2010, pp. 53-68.
- BROWNLIE, I. **Principles of public international law**, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- BULTZ, A. **Redefining apartheid in international criminal law**, in *Criminal Law Forum*, 24, 2013, pp. 224-225.
- BURBER, M.D. HÖRNLE, T. **The Oxford handbook of criminal law**, Oxford University Press, 2014.
- BURCHARD, C. **Torture in the jurisprudence of the ad hoc tribunal. A critical assessment**, in *Journal of International Criminal Justice*, 6 (1), 2008, pp. 175ss.
- BURKHARDT, S.U. **Violence à l'Égard des Femmes en Situation de Conflit armé**, in *Finnish Yearbook of International Law. Volume IX*, Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998.
- _____. **Vergewaltigung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit Sexualisierte Gewalt, Makrokriminalität und Völkerstrafrecht**, LIT Verlag, Berlin, 2005.
- BYRON, C. **War crimes and crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court**, Manchester University Press, Manchester, 2009, pp. 242ss.
- CAGGIOLI, G. **Sexual violence in armed conflicts: A violation of international humanitarian law and human rights law**, in *International Review of the Red Cross*, 96, 2014, pp. 506ss.
- CALVO-GOLLER, K. **La procédure et la jurisprudence de la Cour pénale internationale**, ed. Lextenso, Montchrestien, 2012.
- CAMARGOS, L.A. **A responsabilidade penal internacional dos indivíduos: Estudo do caso Darfur**, in *Revista de Direito Brasileira*, 2013, pp. 199ss.
- CARCANO, A. **Sentencing and the gravity of the offence in international criminal law**, in *International and Comparative Law Quarterly*, 51, 2002, pp. 583-609.
- CARSON, K.E. **Reconsidering the theoretical accuracy and prosecutorial effectiveness of international Tribunals ad hoc approaches to conceptualizing crimes of sexual violence as war crimes, crimes against humanity and acts of genocide**, in *Fordham Urban Law Journal*, 39, 2012, pp. 1250ss.
- CARTER, L. MULGREW, R. ABELS, D. **Research handbook on the international penal system**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016.
- CARTER, L.E. **The future of the International Criminal Court: Complementarity as a strength or a weakness?**, in *Washington University Global Studies Law Review*, 12, 2013, pp. 454ss.

- CASSESE, A. JESSBERGER, F. CRYER, R. DÉ, U. **International criminal law**, ed. Routledge, London & New York, 2016.
- CASSESE, A. GAETA, P. **Cassese's international criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 37ss.
- CASSESE, A. **International criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 81-82.
- _____. **International criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 182ss.
- _____. **The Geneva Protocols of 1977 on the humanitarian law of armed conflict and customary international law**, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 3, 1984, pp. 55ss.
- _____. **The nexus requirement for war crimes**, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 1414ss.
- _____. **The statute of the International Criminal Court: Some preliminary reflections**, in *European Journal of International Law*, 10, 1999, pp. 152ss.
- CAYLEY, A.T. **Prosecuting mass atrocities at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)**, in *Washington University Global Studies Law Review*, 11, 2012, pp. 446ss.
- CCOURTNEY, J. KAOUTZANIS, C. **Proactive gatekeepers: The jurisprudence of the ICC's pre-trial Chambers**, in *Chicago Journal of International Law*, 2015, pp. 525ss.
- CHANEY, K.R. **Pitfalls and imperatives: Applying the lessons of Nuremberg to the Yugoslav war crimes trials**, in *Dickinson Journal of International Law*, 14, 1995, pp. 58ss.
- CHAZAL, N. **Beyond borders? The International Criminal Court and the geopolitics of international criminal justice**, in *Griffiths Law Review*, 22, 2013, pp. 715ss.
- CHERIF BASSIOUNI, M. **The International Criminal Court and global social control: International Criminal Justice in late modernity**, ed. Routledge, London & New York, 2015.
- _____. **The sources and content of international criminal law: A theoretical framework**, in CHERIF BASSIOUNI, M. (a cura di), **International criminal law. Volume I, Sources, subjects and contents**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2008, pp. 95-100.
- _____. **Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 400ss.
- _____. **International crimes: Jus cogens and obligatio erga omnes**, in *Law and Contemporary Problems*, 59, 1996, pp. 68ss.
- _____. **Principles of legality in international and comparative criminal law**, in CHERIF BASSIOUNI, M. (ed.), **International criminal law, vol. I: Sources, subjects and contents**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2008, pp. 73-105.
- _____. **The legislative history of the International Criminal Court: Introduction, analysis and integrated text. Volume I**, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, New York, 2005, pp. 151ss.
- CHERIF BASSIOUNI, M. MANIKAS, P. **The law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, Transnational Publishers 1996, pp. 555ss.
- CHERNOR JALLOH, C. MEISNERBERG, S. **The law reports of the Special Court of Sierra Leone, vol. III**, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2015, pp. 366ss.
- CHERNOR JALLOH, C. MORGAN, A. **International criminal justice processes in Rwanda and Sierra Leone: Lessons for Liberia**, in CHERNOR JALLOH, C. OLUFEMI, E. **Shielding humanity. Essays in international law in honour of judge Abdul G. Koroma**, ed. Brill, The Hague, 2015.

CHERNOR JALLOH, C. **The Sierra Leone Special Court and its legacy: The impact for Africa and international criminal law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 234ss.

_____. **What makes crimes against humanity crimes against humanity?**, in American University International Law Review, 28, 2013, pp. 408ss.

CHESNEY-LIND, M. MERLÓ, A.V. **Global war on girls? Policing girl's sexuality and criminalizing their victimization**, in Women and Criminal Justice, 25, 2015.

CHESTERMAN, S. **An altogether different order, defining the elements of crimes against humanity**, in Duke Journal of Comparative and International Law, 10, 2002, pp. 332ss.

CHIEDU MOGHALU, K. **International humanitarian law from Nuremberg to Rome: The weighty precedents of the international criminal Tribunal for Rwanda**, in Pace International Law Review, 14, 2002, pp. 285ss.

CHIFFLET, P. BOAS, G. **Sentencing coherence in international criminal law: The cases of Biljana Plavšić and Miroslav Bralo**, in Criminal Law Forum, 23, 2012, pp. 158.

CLARK, J.N. **The "crime of crimes": genocide, criminal trials and reconciliation**, in Journal of Genocide Research, 14, 2012, pp. 55-77.

CLARK, P. **Rape, sexual violence and transitional justice challenges. Lessons from Bosnia Herzegovina**, ed. Routledge, London & New York, 2018.

_____. **The Gacaca Courts, post-genocide justice and reconciliation in Rwanda. Justice without lawyers**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

CLARK, R.S. Crimes against humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court, in POLITI, M. NESI, G. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity**, Ashgate Publishing, Aldershot, 2001.

_____. **Does the Genocide Convention go far enough? Some thoughts on the nature of criminal genocide in the context of Indonesia's invasion of East Timor**, in Ohio Northern University Law Review, 8, 1981, pp. 327ss.

_____. **The "weapons provisions" and its annex: The belgian proposals**, in BELLELLI, R. (a cura di), **International criminal justice. Law and practice from the Rome statute to its review**, Ashgate Publishing, Farnham, 2010, pp. 489-495.

_____. **The mental element in international criminal law**, in Criminal Law Forum, 12, 2001, pp. 327-329.

CLARKE, K.M. KNOTNERU, A.S. DE VOLDER, E. **Africa and the ICC**, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

CLARKE, K.M. **Refining the perpetrator culpability history and international criminal law's impunity gap**, in The International Journal of Human Rights, 19, 2015, pp. 594ss.

COLE, A. International criminal law and sexual violence, in MCGLYNN, C. MUNRO, V. **Rethinking rape law. International and comparative perspectives**, ed. Routledge, London & New York, 2010, pp. 49ss.

COLLARD, M. **Torture as State crime. A criminological analysis of the transnational institutional torturer**, ed. Routledge, London & New York, 2018.

CONWAY, G. **Conflicts of competence norms in EU Law and the legal reasoning of the ECJ**, in German Law Journal, 11, 2010, pp. 985ss.

CORN, G.S. et al., **The war on terror and the laws of war. A military perspectives**, Oxford University Press, Oxford, 2015.

CORTEN, O. KLEIN, P. **The Vienna Conventions on the law of treaties. A commentary**, Oxford University Press, Oxford, 2011.

- COSTA, J.P. **La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté**, ed. Dalloz, Paris, 2017.
- COTE BARCO, G.E. **Rückwirkung und die Entwicklung der internationalen Verbrechen. Elemente einer allgemeinen Konzeption des nullum-crimen-sine-lege-Prinzips im Völkerstrafrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.
- COTTIER, M. GRIGNON, J. Art. 8(2)(b)(xxvi), in TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary**, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, Oxford, Baden-Baden, 2016, pp. 524ss.
- CRAWFORD, J. **Brownlie's principles of public international law**, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- CROCO, S.E. **The decider's dilemma: Leader culpability, war outcomes, and domestic punishment**, in American Political Science Review, 105 (3), 2011, pp. 458ss.
- CRONIN-FURMAN, K. **Managing expectations: International criminal trials and the prospects for deterrence of mass atrocity**, in The International Journal of Transitional Justice, 7, 2013, pp. 438ss.
- CROWE, J. WESTON-SCEUBER, K. **Principles of international humanitarian law**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, pp. 8ss.
- CRYER, R. et al., **An introduction to international criminal law and procedure**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 310ss.
- CRYER, R. FRIMAN, H. ROBINSON, D. WILMSHURST, E. **An introduction to international criminal law and procedure**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 231ss.
- CRYER, R. **Prosecuting international crimes. Selectivity and the international criminal law regime**, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 257ss.
- CRYER, R. **The definitions of international crimes in the Al Bashir arrest warrant decision**, in Journal of International Criminal Justice, 7, 2009, pp. 290ss.
- CULLEN, A. **Definition of non-international armed conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An analysis of the threshold of application contained in Article 8(2)(f)**, in Journal of Conflict and Security Law, 12, 2008.
- CUPIDO, M. **The policy underlying crimes against humanity. Practical reflections on a theoretical debate**, in Criminal Law Forum, 22, 2011, pp. 294ss.
- D'ASCOLI, S. **Sentencing in international criminal law: The UN ad hoc Tribunals and future perspectives for the ICC**, Hart Publishing, Oxford & Portland, Oregon, 2011.
- DAMNJANOVIC, V. **Die Beteiligungsformen im deutschen und serbischen Strafrecht sowie in der ICTY-Rechtsprechung**, BWN Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin, 2013, pp. 246ss.
- DANA, S. **The sentencing legacy of the Special Court for Sierra Leone**, in Georgia Journal of International and Comparative Law, 43, 2014, pp. 620ss.
- DANNER, A.M. **Constructing a hierarchy of crimes in international criminal law sentencing**, in Virginia Law Review, 87, 2001, pp. 465ss.
- DARCY, S. Defences to international crimes, in SCHABAS, W.A. BERNAZ, N. **Handbook of international criminal law**, ed. Routledge, London & New York, 2011, pp. 231-245.
- DAVID, E. **Principes de droit des conflits armés**, ed. ULB, Bruxelles, 2002, pp. 109.
- _____. **Traité de droit pénal international**, ed. Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 266-268.

DAVIDSON, C. **How to read international criminal law: Strict construction and the Rome Statute of the International Criminal Court**, in *St. John's Law Review*, 91, 2017, pp. 4ss.

DAZA GONZÁLEZ, A. **El principio de complementariedad en el derecho penal internacional**, ed. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, D.C, 2015.

DDAMULIRA MYJUZI, J. **Prosecution and punishing torture in South Africa as a discrete crime and as a crime against humanity**, in *African Journal of International and Comparative Law*, 23, 2015, pp. 342ss.

DE BROUWER, A.M. HEIKKILÄ, M. **Victim issues: Participation, protection, reparation and assistance**, in SLUITER, G. FRIMAN, H. LINTON, S.

DE BROUWER, A.M. KU, C. RÖMKENS, R. VAN DEN HERIK, L. **Sexual violence as an international crime: Interdisciplinary approaches**, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2013, pp. 123ss.

DE BROUWER, A.M. **The importance of understanding sexual violence in conflict for investigation and prosecution purposes**, in *Cornell International Law Journal*, 48, 2015.

DE CASADEVANTE ROMANI, C.F. **International law of victims**, ed. Springer, Berlin, 2012.

DE HEMPTINNE, J. **Controverses relatives à la définition du crime de persécution**, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 53, 2003, pp. 35ss.

_____. **La définition de la notion de "population civile" dans le cadre du crime contre l'humanité. Commentaire critique de l'arrêt Martić**, in *Revue Général de Droit International Public*, 114, 2010, pp. 93-104.

DEFALCO, R.C. **Accounting for famine at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. The crimes against humanity of extermination, inhumane acts and persecution**, in *The International Journal of Transitional Justice*, 5, 2011, pp. 148ss.

DEGUZMAN, M. **Article 21-Applicable law**", in TRIFFTERER, O. (ed.), **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' notes, article by article**, C.H. Beck/Hart/Nomos, Oxford & Oregon, Portland, Baden-Baden, München, 2008, pp. 701-712.

_____. **The International Criminal Court's gravity jurisprudence at ten**, in *Washington University Global Studies Law Review*, 12, 2013, pp. 476ss.

_____. **How serious are international crimes? The gravity problem in international criminal law**, in *Columbia Journal of Transnational law*, 51, 2012, pp. 20ss.

DELMAS-MARTY, M. **Violence and massacres-Towards a criminal law of inhumanity?**, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, pp. 8ss.

DEREYMAEKER, G. MUNTIGH, L. **Sexual violence and torture in international criminal law. Amnesty International. Rape and sexual violence: Human rights law and standards in the International Criminal Court**, in *Journal of Human Rights Practice*, 3, 2011, pp. 48ss.

DEUTCH, S.T. **Putting the spotlight on "the terminator": How the ICC prosecution of Bosco Ntaganda could reduce sexual violence during conflict**, in *William & Mary Journal of Women & Law*, 23, 2016, pp. 656ss.

DINH, N.Q. DAILLIER, P. PELLET, A. **Droit international public**, ed. LGDJ, Paris, 1994, pp. 632ss.

DINSTEIN, Y. **Crimes against humanity**, in MAKARCZYK, J. (a cura di), **Theory of international law at the threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski**, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1996, pp. 903ss.

- DIRNSTEIN, Y. **Non-international armed conflicts in international law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 186ss.
- DÍAZ SOTO, J.M. **Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad**, in *Revista Derecho Penal y Criminología*, 95, 2015, pp. 123ss.
- DON TAYLOR III, B. Crimes against humanity in the Former Yugoslavia, in BELLELLI, R. (a cura di), **International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review**, ed. Ashgate Publishing, Farnham, 2010, pp. 285-294.
- DÖRMANN, K. LA HAYE, E. VON HEBEL, H. The context of war crimes, in LEE, R.S. (a cura di), **The International Criminal Court. Elements of crimes and rules of procedure and evidence**, Transnational Publishers, New York, 2001, pp. 121ss.
- DÖRMANN, K. **Preparatory Commission for the International Criminal Court: The elements of war crimes**, in *International Review of the Red Cross*, 82, 2000, pp. 780ss.
- DÖRR, O. Article 31. General rule of interpretation, in DÖRR, O. SCHMALENBACH, K. (a cura di), **Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary**, Springer, Heidelberg-New York 2012, pp. 536ss.
- DOSWALD BECK, L. **Human rights in times of conflict and terrorism**, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- DROEGE, C. **Get off my cloud: Cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians**, in *International Review of the Red Cross*, 92, 2012.
- DROST, P.N. **The crime of State: Penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples-Genocide**, ed. Sythoff, Leiden, 1954, pp. 100-102.
- DRUMBL, M.A. **Atrocity, punishment and international law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 173ss.
- DRUMBL, M.A. **Collective violence and individual punishment: The criminality of mass atrocity**, in *Northwestern University Law Review*, 99, 2005, pp. 577-595.
- _____. **Rule of law amid lawlessness: Counseling the accused in Rwanda's domestic genocide trials**, in *Columbia Human Rights Law Review*, 29, 1998, pp. 545s.
- _____. **Unlawful recruitment and use of children: From proscription to prevention: Reimagining child soldiers in international law and policy**, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 16ss.
- DU PLESSIS, M. **South Africa's implementation of the ICC Statute. An african example**, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 460-479.
- DUBINSKY, A. **An examination of international sentencing guidelines and a proposal for amendments to the International Criminal Court's sentencing structure**, in *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, 33, 2007, pp. 609-637.
- DUBLER SC, R. KALYK, M. **Crimes against humanity in the 21st century**, ed. Brill, The Hague, 2018.
- DUGARD, J. L'apartheid, in ASCENSIO, H. DECAUX, E. PELLET, A. (a cura di), **Droit international pénal**, ed. Pedone, Paris, 2012, pp. 203ss.
- DURAJ, E. **Protecting children rights under international criminal justice**, in *Academic Journal of Business, Administration, Law and Social Sciences*, 1, 2015, pp. 94ss.
- EBBE, O.N.I. **Comparative justice systems. Policing, judiciary and corrections**, ed. Palgrave, London, 2013.
- EBOE-OSUJI, C. **International law and sexual violence in armed conflicts**, ed. Brill, The Hague, 2012, pp. 146ss.

- EBY, C.P. **Aid "specifically directed" to facilitate war crimes. The ICTY's anomalous actus reus standard for aiding and abetting**, in Chicago Journal of International Law, 115, 2014.
- EDEN, P. **The role of the Rome Statute in the criminalization of apartheid**, in Journal of International Criminal Justice, 12, 2014, pp. 184-185.
- EINARSEN, T. Prosecuting aggression through other universal core crimes at the International Criminal Court, in SADAT, N.L. **Seeking accountability for the unlawful use of force**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- ELLIS, M.S. CHERNOR JALLOH, C. **The International Criminal Court in an effective global justice system**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016.
- ERDEI, I. **Cumulative convictions in international criminal law: Reconsideration of a seemingly settled issue**, in Suffolk Transnational Law Review, 34, 2001, pp. 15ss.
- ESER, A. **Comparative criminal law**, ed. Nomos & Hart Publishing, München, 2017.
- _____. Mental elements-Mistake of fact and mistake of law, in CASSESE, A. GAETA, P. JONES, J.R.W.D. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 907ss.
- _____. The need for a general part, in M. CHERIF BASSIOUNI (a cura di), **Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind**, ed. AIDP, Toulouse, 1993, pp. 43-61.
- ESTUPIÑAN SILVA, R. **Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales**, in Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2012, pp. 136ss.
- FEINBERG, J. Action and responsibility, in BLACK, M. (a cura di), **Philosophy in America**, Cornell University Press, Ithaca, 1965, pp. 134-160.
- _____. **Doing and deserving: Essays in the theory of responsibility**, Princeton University Press, Princeton, 1974, pp. 134.
- FENRICK, W.J. **The Crime Against Humanity of Persecution in the Jurisprudence of the ICTY**, in Netherlands Yearbook of International Law, 31, 2001, 89 ss.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. **The international criminal Court and the Čelebići test: Cumulative convictions based on the same set of fact's from a comparative perspective**, in Journal of International Criminal Justice, 15, 2017, pp. 692ss.
- FINDLAY, M. CHAH HUI YUNG, J. **Principled international criminal justice: Lessons form tort law**, ed. Routledge, London & New York, 2018.
- FINDLAY, M. HENHAM, R. **Exploring the boundaries of international criminal justice**, ed. Routledge, London & New York, 2016, pp. 83ss.
- FINNIN, S. **Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: A comparative analysis**, in International and Comparative Law Quarterly, 2012, pp. 336ss.
- FITZMAURICE, M. ELIAS, O. MERKOURIS, P. (eds), **Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties, 30 years on**, Martinus Nijhoff, The Hague, 2010, pp. 9ss.
- FLECK, D. **The handbook of humanitarian law in armed conflicts**, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 40ss.
- FLETCHER, G.P., **The stories lectures. Liberals and romantics at war: The problem of collective guilt**, in Yale Law Journal, 111, pp. 2002ss.
- FOUNTAIN CALEB, C.J. **Sexual violence, the ad hoc Tribunals and the International Criminal Court: Reconciling Akayesu and Kunarac**, in ILSA Journal of International & Comparative Law, 20, 2013, pp. 4ss.

- FOURNET, C. PÉGORIER, C. **“Only one step away from genocide”. The crime of persecution in international criminal law**, in *International Criminal Law Review*, 10, 2010, pp. 714ss.
- FOURNET, C. **The crime of destruction and the law of genocide. Their impact on collective memory**, Ashgate Publishing, Hampshire, 2007, pp. 99-108.
- FRANCIONI, F. RONZITTI, N. **War by contract. Human rights, humanitarian law, and private contractors**, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- FRANCISCO, M.I.F. **Aspects of implementing the culpability principle both under international and national criminal law**, Wolf Legal Publishers, The Hague, 2008.
- FRY, E. **Legal recharacterisation and the materiality of facts at the International Criminal Court: Which changes are permissible?**, in *Leiden Journal of International Law*, 29, 2016, pp. 577-597.
- FULFORD, A. **The reflections of a trial judge**, in *Criminal Law Forum*, 22, 2011, pp. 216ss.
- GAETA, P. **The defence of superior orders: The Statute of the International Criminal Court versus customary international law**, in *European Journal of International Law*, 10, 1999, pp. 189ss.
- GAETA, P. The history and the evolution of the notion of international crimes, in BELLELLI, R. (a cura di), **International criminal justice. Law and practice from the Rome statute to its review**, Ashgate Publishing, Farnham, 2010, pp. 169-180.
- _____. **When is the involvement of State Officials a requirement for the crime of torture**, in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, pp. 190ss.
- GALLANT, K.S. **The principle of legality in international and comparative criminal law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- GASSER, H.P. **Acts of terror, “terrorism” and international humanitarian law**, in *International Review of the Red Cross*, 95, 2013.
- _____. International humanitarian law: An introduction, in HAUG, H. (a cura di), **Humanity for all. The International Red Cross and red crescent movement**, Paul Haupt, Berne, 1993, pp. 510ss.
- GEERT, J. KNOOPS, J. **Defenses in contemporary international law**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2008, pp. 7ss.
- GEISLER, C. **Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip: Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts**, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 130ss.
- GIORGETTI, C. **The rules, practice and jurisprudence of international Courts and Tribunals**, ed. Brill, The Hague, 2012, pp. 194ss.
- GLESS, S. **Internationales Strafrecht. Grundriss für Studium und Praxis**, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2015.
- GLOBKE, C. **Die Auslieferung an den Internationalen Strafgerichtshof**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.
- GOLASH, D. The justification of punishment in the international context, in MAY, L. HOSKINS, Z. (a cura di), **International criminal law and philosophy**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 201-223.
- GOLDMAN, A.I. **A theory of human action**, Princeton Legacy Library, Princeton, 2016.
- _____. **The individuation of action**, in *Journal of Philosophy*, 68, 1971, pp. 762ss.
- GOODMAN, R. **Human rights treaties, invalid reservations, and State consent**, in *American Journal of International Law*, 96, 2002, pp. 537ss.

- GORDON, G.S. **Hate speech and persecution. A contextual approach**, in Vanderbilt Journal of Transnational Law, 46, 2013, pp. 332ss.
- GOSNELL, C. **Damned if you don't liability for omissions in international criminal law**, Ashgate Publishing, Farnham, 2013.
- GOW, J. KERR, R. PAJIC, Z. **Prosecuting war crimes, lessons and legacies of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, ed. Routledge, Abington & New York, 2014.
- GOY, B. **Individual criminal responsibility before the International Criminal Court: A comparison with the ad hoc Tribunals**, in International Criminal Law Review, 12, 2012, pp. 5ss.
- GRABENWARTER, C. **European Convention on human rights: ECHR**, C.H. Beck, München, 2014.
- GRABERT, A. **Dynamic interpretation in international criminal law. Striking a balance between stability and change**, ed. C.H. Beck, München, 2015, pp. 68-73.
- GRAF, R. **The International Criminal Court and child soldiers: An appraisal of the Lubanga judgment**, in International Criminal Justice, 10, 2012, pp. 948ss.
- GRÉCIANO, P. **Justice pénale internationale**, ed. Mare & Martin, Paris, 2016.
- GREEN, L.C. **The contemporary law of armed conflict**, Manchester University Press, Manchester, 2000.
- GREENAWALT, A.K.A. **Rethinking genocidal intent: The case for a knowledge-based interpretation**, in Columbia Law Review, 99, 1999, pp. 2259ss).
- GREENWOOD, C. Customary law status of the 1997 Additional Protocols, in DELISSEN, A.J.M. TANJA, G.J. (a cura di), **Humanitarian law of armed conflict**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1991, pp. 93ss.
- _____. Scope of application of humanitarian law, in FLECK, D. (ed), **The Handbook of international humanitarian law**, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 45ss.
- GREER, S. **Is the prohibition against torture, cruel, inhuman and degrading treatment really "absolute" in international human rights law?**, in Human Rights Law Review, 15, 2015, pp. 5ss.
- GRESCHKOW, A. **Feindbilder der Nachkriegsgeneration in Bosnien und Herzegowina: Bosniens Jugend zwischen Hoftung und den Schatten der Vergangenheit**, Diplomica Verlag GmbH, Hamburg, 2014.
- GREWAL, K. **The protection of sexual autonomy under international criminal law. The International Criminal Court and the challenge of defining rape**, in Journal of International Criminal Justice, 10, 2012, pp. 373ss.
- GREY, R. SHEPHERD, L.J. **Stop rape now?: Masculinity, responsibility, and conflict-related sexual violence**, in Men & Masculinities, 15, 2012, pp. 117ss.
- GRONO, N. DE COURCY WHEELER, A. The deterrent effect of the ICC on the Commission of International Crimes by government leaders, in STAHN, C. (ed), **The law and practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1228ss.
- GROSSI, L.M. GREEN, D. **An international perspective on criminal responsibility and mental illness**, in *Practice Innovations*, 2(1), 2017, pp. 4ss.
- GROVER, L. **Child soldier victims of genocidal forcible transfer. Exonerating child soldiers charged with grave conflict-related international crimes**, ed. Springer, Berlin, 2014.
- GROVER, L. **Interpreting crimes in the Rome statute of the International Criminal**

Court, Oxford University Press, Oxford, 2016.

HAFAJEE, R.L. **Prosecuting crimes of rape and sexual violence at the ICTR: The application of joint criminal enterprise theory**, in Harvard Journal of Law and Gender, 29, 2006, pp. 206ss.

HAGAY-FREY, A. **Sex and gender crimes in the new international law: Past, present, future**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2011, pp. 80ss.

HAHD AL-KASASIBAH, F. **Torture as crime under international law and torture victims' rights**, in Journal of Law Policy and Globalization, 42, 2015, pp. 146ss.

HALLEY, J. **Rape in Berlin: Reconsidering the criminalisation of rape in the international law of armed conflict**, in Melbourne Journal of International Law, 12, 2008, pp. 80ss.

HALLING, M. **Push the envelope: Watch it bend: Removing the policy requirement and extending crimes against humanity**, in Leiden Journal of International Law, 23 (4), 2010, pp. 828ss.

HANNA MORAWSKA, E.R. **The complex structure of the absolute prohibition of torture. Comments in the light of the regulation of article 3 of the European Convention on Human Rights**, in Espaço Jurídico Journal of Law, 17, 2016, pp. 769ss.

HANSEN, T.P. **The policy requirement in crimes against humanity: Lessons from and for the Case of Kenya**, in George Washington International Law Review, 43, 2001, pp. 1-42.

HAPPOLD, M. **The protection of children against recruitment and participation in hostilities: International humanitarian law and human rights law as complementary legal frameworks**, in Collegium, 44, 2014, pp. 99, 105ss.

HARRIS, D. O'BOYLE, M. WARBRICK, C. **Law of the European Convention on Human rights**, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 372ss.

HARRIS, D.J. **Cases and materials on international law**, Sweet & Maxwell, London, 1998.

HAYES, N. **Creating a definition of rape in international law: The contribution of the international criminal Tribunals**, in DARCY, S. POWDERLY, J. **Judicial creativity at the international criminal Tribunals**, Oxford University Press, 2010, pp. 130ss.

HAYS PARKS, W. **Part IX of the ICRC direct participation in hostilities study: No mandate, no expertise, and legally incorrect**, in New York University Journal of International Law and Politics, 42, 2010, pp. 770ss.

HEFENDEHL, R. **Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?**, BWV Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin, 2010, pp. 24ss.

HEIKILLÄ, M. **Coping with international atrocities through criminal law: A study into the typical features of international criminality and the reflection of these traits in international law**, Åbo Akademis förlag, Åbo Akademi University Press, Finland, 2013.

HEINE, G. VEST, H. **Murder/wilful killing**, in MCDONALD, G.K. SWAAK-GOLDMAN, O. (a cura di), **Substantive and procedural aspects of international criminal law. Volume I: Commentary**, Kluwer law Intrnational, The Hague, 2000, pp. 175ss.

HELLER, K.J. **A sentence-based theory of complementarity**, in Harvard International Law Journal, 53, 2011, pp. 208ss.

_____. **The Rome Statute of the International Criminal Court**, in HELLER, K.J. DUBBER, D. (eds.), **The handbook of comparative criminal law**, Stanford Law Books, Stanford, 2011, pp. 597ss.

_____. **The Taylor sentencing judgment: A critical analysis**, in Journal of International Criminal Justice, 11, 2013, pp. 838ss.

- _____. **What is an international crime?**, in *Harvard International Law Journal*, 49, 2018.
- HENCKAERTS, J.M. **Deportation and transfer of civilians in time of war**, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26, 1993, pp. 472ss.
- HENCKAERTS, J.M. DOSWALD-BECK, L. **Customary international humanitarian law**. Volume I: Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- HENDERSON, C. (a cura di), **Commissions of inquiry: Problems and prospects**, Hart Publishing, Oxford, Portland & Oregon, 2017.
- HOCHMAYR, G. **Applicable law in practice and theory-Interpreting article 21 of the ICC statute**, in *Journal of International Criminal Justice*, 12, 2014, pp. 655-679.
- HOGANDOGAN, J. **Murder as a crime under international law and the statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Of law, legal language, and a comparative approach to legal meaning**, in *Leiden Journal of International Law*, 11, 1998, pp. 165-181.
- HOLÁ, B. BIJLEVELD, C. SMEULERS, A. **Consistency of international sentencing: ICTY and ICTR case study**, in *European Journal of Criminology*, 9, 2012, pp. 546ss.
- _____. **International sentencing facts and figures, sentencing practice at the ICTY and ICTR**, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, pp. 437ss.
- HOLLING, J. **Internationaler Strafgerichtshof und Verbrechens prävention**, LIT Verlag, Münster, 2016, pp. 148ss.
- HUNEEUS, A. **International criminal law by other means: The quasi-criminal jurisdiction of the human rights court**, in *American Journal of International Law*, 107, 2013, pp. 6ss.
- HÜNERBEIN, I. **Straftatkonkurrenzen im Völkerstrafrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 130ss.
- HWANG, P. **Defining crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court**, in *Fordham International Law Journal*, 22, 1998, pp. 502 ss.
- INNES, B. **History and methods of torture crime and detection**, ed. Mason Crest, Pennsylvania, 2002.
- JACKSON, M. **A conspiracy to commit genocide. Anti-fertility research in apartheid's chemical and biological weapons programme**, in *Journal of International Criminal Justice*, 13 (4), 2015, pp. 933-950.
- _____. **Complicity in international law**, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- JÄGER, H. **Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt**, ed. Suhrkamp, Berlin, 1989.
- JAIN, N. **Perpetrators and accessories in international criminal law. Individual modes of responsibility for collective crimes**, Hart Publishing, Oxford & Portland, Oregon, 2014.
- JALLOH CHEVROR, C. MARONG A., **Promoting accountability under international law for gross human rights violations in Africa. Essays in honour of prosecutor hasan Bubacar Jallow**, ed. Brill, The Hague, 2015.
- JARVIS, M. **The practice of international criminal law. Some reflections from an ICTY Prosecutor**, in *International Criminal Law Review*, 17, 2017, pp. 400ss.
- JENKS, C. **Law as shield, law as sword: The ICC's Lubanga decision, child soldiers and the perverse mutualism of direct participation in hostilities**, in *University of Miami National Security and Armed Conflict Law Review*, 3, 2013, pp. 106, 122ss.
- JESSBERGER, F. **The definition and the elements of the crime of genocide**, in GAETA, P. (a cura di), **The UN Genocide Convention**, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 106ss.

- JEUTNER, V. **Irresolvable norm conflicts in International Law. The concept of a legal dilemma**, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 57ss.
- JIA, B.B. The differing concepts of war crimes and crimes against humanity in international criminal law, in GOODWIN-GILL, G.S. TALMON, S. **The reality of international law. Essays in Honour of Ian Brownlie**, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- JOECKS, W. MIEBACH, K. (Hrsg.), **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, C.H. Bech, München, 2017.
- JONES, J.R.W.D. Whose intent is it anyway?-Genocide and the intent to destroy a group, in VOHRAH, L.C. et al. (a cura di), **Man's inhumanity to man**, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, pp. 467ss.
- JØRGENSEN, N.H.B. **State responsibility for aiding or assisting international crimes in the context of the arms trade treaty**, in The American Journal of International Law, 108 (4), 2014, pp. 722-749.
- KADISH, S.H. **Fifty years of criminal law: An opinionated review**, in California Law Review, 87, 1999, pp. 954ss.
- KARKERA, T.R. **International Criminal Court's protection of women: The hands of justice at work**, in American University Journal of Gender, Social Policy & the Law, 12, 2004, pp. 202ss.
- KASHKOULIAN, E.M. REZA A., **The principle of legality of crimes of international criminal law perspectives**, in International Journal of Science and Research, 5, 2016, pp. 42ss.
- KEITH. K.M.F., **The mens rea of superior responsibility as developed by ICTY jurisprudence**, in Leiden Journal of International Law, 14 (4), 2001, pp. 618ss.
- KELLER, L.M. **The continuing peace and with justice debate. Recent events in Uganda and the ICC**, in The University of the Pacific Law Review, 48, 2017, pp. 265ss.
- KELLY, M.J. **The debate or genocide in Darfur, Sudan**, in University of California, Davis Journal of International Law & Policy, 19, 2012, pp. 208ss.
- _____. The parameters of vicarious corporate criminal liability for genocide under international law, in BYRNES, A. HAYASHI MICHAELSEN, C. **International law in the age of globalization**, ed. Brill, The Hague, 2013.
- KELMAN, H.C. HAMILTON, V.L. **Crimes of obedience: Toward a social psychology of authority and responsibility**, Yale University Press, New Haven-London, 1989, pp. 46.
- KELT, M. VON HEBEL, H. General principles of criminal law and the elements of crimes, in LEE, R.S. (a cura di), **The International Criminal Court. Elements of crimes and rules of procedure and evidence**, Transnational Publishers, New York, 2001, pp. 28ss.
- KEMP, G. **Individual criminal liability for the international crime of aggression**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- _____. **South Africa's (possible) withdrawal from the ICC and the future of the criminalization and prosecution of crimes against humanity, war crimes and genocide under domestic law: A submission informed by historical, normative and policy considerations**, in Washington University Global Studies Law Review, 14, 2017, pp. 414ss.
- _____. The Implementation of the Rome Statute in Africa, in WERLE, G. FERNANDEZ, L. VORMBAUM, M. (a cura di), **Africa and the International Criminal Court**, ed. Springer, The Hague, 2014.
- KHAN, K.A.A. BUISMAN, C. GOSNELL, C. **Principles of evidence in international criminal justice**, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 138ss.

- KILLEAN, R. **An incomplete narrative: Prosecuting sexual violence crimes at the extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia**, in *Journal of International Criminal Justice*, 13 (3), 2015, pp. 335ss.
- KIRAN, G. **The protection of sexual autonomy under international criminal law: The International Criminal Court and the challenge of defining rape**, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 376ss.
- KIRBY, P. **How is rape a weapon of war? Feminist International Relations, modes of critical explanation and the study of wartime sexual violence**, in *European Journal of International Relations*, 18, 2012, pp. 802ss.
- KIRCHENHAST, T. **Victims and the criminal trial**, ed. Palgrave & Macmillan, London, 2016.
- KIRSCH, S. **Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit**, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Frankfurt am Main, 2009.
- _____. **The two notions of genocide. Distinguishing macro phenomena and individual misconduct**, in *Creighton Law Review*, 42, 2009, pp. 352ss.
- KLABERS, J. **Just revenge? The deterrence argument in international criminal law**, in *Finnish Yearbook of International Law*, 12, 2012, pp. 25ss.
- KNOOPS, G.J.A. **An introduction to the law of international criminal Tribunals: A comparative study**, ed. Brill, The Hague, 2014, pp. 234ss.
- KNOOPS, J. **An introduction to the law of international criminal Tribunals. A comparative study**, ed. Brill. The Hague, 2014.
- KOENIG, K. LINCOLN, A. GROWTH, R. **The jurisprudence of sexual violence-Sexual violence & accountability project, working paper series**, Human Rights Center, University of California, Berkeley, May 2011, pp. 4ss.
- KOHEN, M.G. **La promotion de la justice des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber amicorum Lucius Caflisch**, Martinus Nijoff Publishers, The Hague, 2007.
- KOLB, R. HYDE, R. **An introduction to the international law of armed conflicts**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2008.
- KOLB, R. SCALIA, D. **Droit international penal**, Précis, Helbing Lichtenhan, Bâle, 2012, pp. 99-105.
- KOLB, R. **The international Court of justice**, Hart Publishing, Oxford & Portland and Oregon, 2013, pp. 1280ss.
- KONATÉ, D. **La Cour Pénale Internationale: Entre nécessité de justice et impératif de pax**, ed. L'Harmattan, Paris, 2018.
- KONLE, K. **Makrokriminalität im Rahmen der jugoslawischen Sezessionskriege**, Herbert Utz Verlag, 2010, pp. 49ss.
- KOVÁCS, P. Racial groups, in SHELTON, D.L. (a cura di), **Encyclopedia of genocide and crimes against humanity**. Volume I (I-S), ed. Thomson Gale, Farmington Hills, 2005, pp. 855-857.
- KRABE, M. **Excusable evil: An analysis of complete defenses in international criminal law**, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2014.
- KRESS, C. **Nulla poena nullum crimen sine lege**, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, pp. 4ss.
- _____. **On the outer limits of crimes against humanity: The concept of organization within the policy requirement: Some reflections on the March 2010 ICC Kenya decision**, in *Leiden Journal of International Law*, 23, 2010, pp. 863ss.

- _____. **Some reflections on the international legal framework governing transnational armed conflict**, in *Journal of Conflict and Security Law*, 15, 2010, pp. 245ss.
- _____. **The crime of genocide under international law**, in *Leiden Journal of International Law*, 6, 2006, pp. 461-502.
- _____. **The International Court of Justice and the elements of the crime of genocide**, in *European Journal of International Law*, 18, 2007, pp. 619-629.
- _____. **Universal jurisdiction over international crimes and the Institut de Droit International**, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, pp. 561-585.
- _____. **War crimes committed in non-international armed conflict and the emerging system of international criminal justice**, in *Israel Yearbook on Human Rights*, 30, 2001, pp. 136ss.
- KRETZMER, D. **Rethinking the application of international humanitarian law in non-international armed conflicts**, in *Israel Law Review*, 42, 2009.
- KUCHER, O. PETRENKO, A. **International criminal responsibility after Katanga: Old challenges, new solutions**, in *Russian Law Journal*, 3, 2015, pp. 144ss.
- KUCZYŃSKA, H. **Changing evidentiary rules to the detriment of the accused? The Ruto and Sang decision of the ICC Appeals Chamber**, in *Polish Yearbook of International Law*, n. 37, 2017.
- KURTH, M. **The Lubanga case of the International Criminal Court: A critical analysis of the Trial Chamber's findings on issues of active use, age and gravity**, in *Goettingen Journal of International Law*, 5, 2013, pp. 431-453.
- KURU, H. **Prohibition of use of force and cyber operations as "force"**, in *Journal of Learning and Teaching in Digital Age*, 2, 2017, pp. 48ss.
- KWIECIEN, R. **General principles of law: The gentle guardians of systemic integration of international law**, in *Polish Yearbook of International Law*, n. 37, 2017.
- LA HAYE, S. **The elements of war crimes-Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilisation, and sexual violence**, in LEE, R.S. (a cura di), **The International Criminal Court. Elements of crimes and rules of procedure and evidence**, Transnational Publishers, New York, 2001, pp. 184ss.
- LANGER, M. **The diplomacy of universal jurisdiction: The political branches and the transnational prosecution of international crimes**, in *American Journal of International Law*, 105, 2011, pp. 1, 42ss.
- LAVIOLETTE, N. **Commanding rape: Sexual violence, command responsibility and the prosecution of superiors by the international criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda**, in *The Canadian Yearbook of International Law*, 36, 1998, pp. 94ss.
- LAWRENCE, J.C. HELLER, K.J. **The limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, The first ecocentric environmental war crime**, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 20, 2007, pp. 73-113.
- LAWSON, R.A. SCHERMERS, H.G. **Leading cases of the European Court of Human Rights**, Ars Aequi Books, Nijmegen, 1997, pp. 615ss.
- LBAN, D.J. **Una teoría de los crímenes contra la humanidad**, Bogotá, Temis, 2011.
- LEATHERMAN, J.L. **Sexual violence and armed conflict**, Polity Press, London, 2011, pp. 10ss.
- LEBLANC, L.J. **The United Nation Genocide Convention and political groups: Should the United States propose an amendment?**, in *Yale Journal of International Law*, 13, 1988, pp. 268ss.

- LETT, A. **The meaningless existence of universal jurisdiction**, in Michigan State International Law Review, 23, 2015, pp. 547ss.
- LEVEAU, F. **Liability of child soldiers under international criminal law**, in Osgoode Hall Review of Law and Policy, 4, 2014, pp. 36-66.
- LIAKOPOULOS, D. **Die Hybridität des Verfahrens der Internationalen ad hoc Strafgerichtshöfe und die Bezugnahme auf innerstaatliches Recht in der Rechtsprechung**, in International and European Union legal Matters, 2012.
- _____. **Il crimine dello stupro nel diritto internazionale penale**, in Rivista Strumentario Avvocati. Rivista di Diritto e Procedura Penale, 4, 2009.
- _____. **International Criminal Court: Impunity status and the situation in Kenya**, in International and European Union Legal Matters, 2014.
- _____. **L'ingerenza umanitaria nel diritto internazionale e comunitario**, ed. Cedam, 2007.
- _____. **La sentenza "Pavle Strugar" per i danni alla città di Dubrovnik del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia**, in Rivista Gazzetta Ambiente, 3, 2005, pp. 154-167.
- _____. **Male rape and sexual crimes in international criminal law jurisprudence: A critical appraisal**, in Revista de Estudios Juridicos, 18, 2018.
- _____. **Parità di armi nella giustizia penale internazionale**, vol. 1, ed. Libellula University Press, Puglia, 2018.
- _____. **Responsabilità internazionale penale individuale e statale**, in Rivista Strumentario Avvocati. Rivista di Diritto e Procedura Penale, 4(2), 2009.
- _____. **The defence of superior order in common law system. Approaches and influences in international criminal law**, in Jindal Global Law Review, 5, 2014.
- LIAKOPOULOS, D. ZAGER, U. **Victim-perpetrator and individual criminal responsibility in international criminal law**, in International and European Union Legal Matters, 2014.
- LIN, H. **Cyber conflict and international humanitarian law**, in International Review of the Red Cross, 92, 2012.
- LINDROOS, A. **Addressing norm conflicts in a fragmented legal system: The doctrine of lex specialis**, in Nordic Journal of International Law, 74, 2005, pp. 38ss.
- LINGAAS, C. **Imagined identities: Defining the racial group in the crime of genocide**, in Genocide Studies and Prevention: An International Journal, 2016, pp. 80ss.
- _____. **The crime against humanity of apartheid in a post apartheid world**, in Oslo Law Review, 2, 2015.
- LIPPMANN, M. **The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**, in Arizona Journal of International and Comparative Law, 15, 1998, pp. 456ss.
- LLEDÓ, R. **El principio de legalidad en el derecho penal internacional**, in Eonomia. Revista en Cultura de la Legadidad, 11, 2016, pp. 249ss.
- LÓPEZ, R. **The duty to refrain: A theory of State accomplice liability for grave crimes**, in Nebraska Law Review, 97, 2018, pp. 122ss.
- LOSCHIN, L. **The persistent objector and customary human rights law: A proposed analytical framework**, in University of California Davis Journal of International Law and Policy, 2, 1996, pp. 147ss.
- LUBAN, D. **A theory of crimes against humanity**, in Yale Journal of International Law, 29, 2004, pp. 86-92.

- LUBELL, N. **Extraterritorial use of force against non-State actors**, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- MACKINNON, C.A. **Defining rape internationally: A comment on Akayesu**, in *Columbia Journal of International Law*, 45, 2006, pp. 944ss.
- MACLEOD, C. **Towards a philosophical account of crimes against humanity**, in *European Journal of International Law*, 21, 2010, pp. 293, 295 and 302.
- MACULAN, E. La expansión de los juicios por la verdad, in MACULAN, E. PASTOR, D. (a cura di), **El derecho a la verdad y su ejercicio por medio del proceso penal**, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pp. 247-295.
- MACULAN, E. LIÑÁN LAFUENTE, A. Relaciones concursales, *concurso delictorum*, in FISCHER, H. KRESS, C. LÜDER, S.R. (a cura di), **International and national prosecution of crimes under international law. Current developments**, ed. Nomos, Baden-Baden, 2001, pp. 318ss.
- _____. Relaciones concursales, in GIL GIL, A. MACULAN, E. (a cura di), **Derecho penal internacional**, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2016, pp. 312ss.
- MAIER, N.B. **The crime of rape under the Rome statute of the ICC: With a special emphasis on the jurisprudence of the ad hoc criminal Tribunals**, in *Amsterdam Law Forum*, 11, 2011, pp. 148ss.
- MAISSON, R. **Justice pénale internationale**, ed. PUF, Paris, 2017.
- MANACORDA, S. MELONI, C. **Indirect perpetration versus Joint Criminal Enterprise: Concurring approaches in the practice of international criminal law?**, in *Journal of International Criminal Justice*, 9 (1), 2011, pp. 165ss.
- MANTOVANI, F. **The general principles of international criminal law: The viewpoint of a national criminal lawyer**, in *Journal of International Criminal Justice*, 1 (1), 2003, pp. 26-38.
- MARCHADIER, F. **Convention européenne des droit de l'homme et des libertés fondamentales**, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 193 (49, 2014), pp. 679-694.
- MARCHUK, I. **The fundamental concept of crime in international criminal law. A comparative analysis**, ed. Springer, London, 2014, pp. 113ss.
- MARCUS, D. **Famine crimes in international law**, in *American Journal of International Law*, 97, 2003, pp. 271ss.
- MARGETTS, K. KAPPOS, K.I. **Current developments at the ad hoc International Criminal Tribunals**, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 448ss.
- MARIE-CLAUDE, J.B. **Cracking the toughest nut: Colombia's endeavour with amnesty for political crimes under Additional Protocol II to the Geneva Conventions**, in *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 17, 2017, pp. 8ss.
- MAROCHKIN, S.Y. NELAEVA, G.A. **Rape and sexual violence as torture and genocide in the decisions of international Tribunals: Trans-judicial networks and the development of international criminal law**, in *Human Rights Review*, 15, 2014, pp. 474ss.
- MARTÍN, M. LIROLA, I. **Sexual crimes in international humanitarian law**, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2013.
- MARTINS AMORIUM DUTRA, B. **Criminal responsibility in the crimes committed by organized structures of power: Jurisprudence analysis in the light of international criminal law**, in *Revista de Faculdade de Direito da UERJ*, 37, 2012, pp. 5ss.
- MARXSEN, C. **What do different theories of customary international law have to say about the individual right to reparation under international humanitarian law?**, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht*, n. 78 (3), 2018.

- MAY, L. **Crimes against humanity. A normative account**, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 80-95.
- MAY, L. HOSKINS, Z. **International criminal law and philosophy**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 202ss.
- _____. **The extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their contribution to international criminal law**, ed. Springer, Berlin, 2016.
- MCBRIDE, J. Child soldiers at the International criminal Court, in MCBRIDE, J. **The war crime of child soldier recruitment**, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013.
- MCCAUSLAND, C. **From tolerance to tactic: Understanding rape in armed conflict as genocide**, in Michigan State International Law Review, 26, 2017, pp. 158ss.
- MCHENRY, J.R. **The prosecution of rape under international law: Justice that is long overdue**, in Vanderbilt Journal of Transnational Law, 35, 2002, pp. 1310ss.
- MEERNIK, J. KING, K. **The sentencing determinants of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: An empirical and doctrinal analysis**, in Leiden Journal of International Law, 16, 2003, pp. 740-741.
- MEISENBERG, S. **The extraordinary Chambers in the Courts in Cambodia. Assessing their contribution to international criminal law**, ed. Springer, Berlin, 2016.
- MELLOH, F. **Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts**, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, pp. 378.
- MELONI, C. State and individual responsibility for targeted killings by drones, in SANTONI DE SIO, F. DI NUCCI, E. (a cura di), **Drones and responsibility: Legal, philosophical and socio-technical perspectives on the use of remotely controlled weapons**, Ashgate Publishing, Farnham, 2016, pp. 47-64.
- MELZER, N. **Keeping the balance between military necessity and humanity: A response to four critiques of the ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities**, in New York University Journal of International Law and Politics, 42, 2010, pp. 832ss.
- MERON, T. **International criminalization of internal atrocities**, in American Journal of International Law, 89, 1995, pp. 554-577.
- _____. **Revival of customary humanitarian law**, in American Journal of International Law, 99, 2005, pp. 817ss.
- _____. **The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law**, in American Journal of International Law, 90, 1996, pp. 238.
- _____. **The Geneva Conventions as customary law**, in American Journal of International Law, 81, 1987, pp. 348ss.
- MESEKE, S. La contribution de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yugoslavie et le Rwanda à la concretisation de l'incrimination du crime contre l'humanité, in CHIAVARIO M. (a cura di), **La justice pénale internationale entre passé et avenir**, ed. Dalloz, Paris, 2003, pp. 173-222.
- METTRAUX, G. **Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda**, in Harvard International Law Journal, 43, 2002, pp. 237-316.
- _____. **International crimes and the ad hoc Tribunals**, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- _____. Nexus with armed conflict, in CASSESE, A. et al., (a cura di), **Oxford Companion to International Criminal Justice**, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 435ss.

- _____. The definition of crimes against humanity and the question of a “policy” element, in SADAT, N.L. (a cura di), **Forging a Convention for Crimes Against Humanity**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 142-176.
- MIANO, S.M. **Toward a child-oriented approach to reparations: Reflecting on the rights and needs of child victims of armed conflict**, in *The Fletcher Journal of Human Security*, 28, 2013, pp. 30ss.
- MIBENGE, C.S. **Sex and international Tribunals: The erasure of gender from the war narrative**, University of Pennsylvania Press, 2013.
- MILANOVIĆ, M. **Is the Rome statute binding on individuals? (And why we should care)”,** in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, pp. 25-52.
- MILANOVIC, M. The lost origins of *lex specialis*: Rethinking the relationship between human rights and international humanitarian law, in OHLIN, J.D. (a cura di), **Theoretical boundaries of armed conflict and human rights**, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 30ss.
- MINEAR, R.M. **Victor’s justice. Tokyo war crimes trials**, Princeton University Press, Princeton, 2016.
- MOUTHAN, S. **Sexual violence against men and international law criminalising the unmentionable**, in *International Criminal Law Review*, 13 (4), 2013, pp. 667ss.
- _____. **The prosecution of gender-based crimes at the ICC. Challenges and opportunities**, in *International Criminal Law Review*, 11, 2011, pp. 775ss.
- MULGREW, R. **Towards the development of the international penal system**, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- MURMANN, U. **Problems of causation with regard to (potential) actions of multiple protagonist**, in *Journal of International Criminal Justice*, 12 (2), 2014, pp. 284ss.
- NADJ, D. **International criminal law and sexual violence against women: The interpretation of gender in the contemporary international criminal trial**, ed. Routledge, London & New York, 2018.
- NALEPA, M. KLEPACKA, E. **Institute of National Remembrance-Commission for the prosecution of crimes against the Polish Nation**, in *Encyclopedia of Transitional Justice*, 3, 2012.
- NEAL, K.N. **Child protection in times of conflict and children and international criminal justice**, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 43, 2015, pp. 634ss.
- NEBESAR, D.A. **Gender-based violence as a weapon of war**, in *University of California, Davis Journal of International Law and Policy*, 4, 1998, pp. 148ss.
- NEHA, J. **Judicial lawmaking and general principles of law in international criminal law**, in *Harvard International Law Journal*, 57, 2016, pp. 111, 114ss.
- NEIER, A. **War crimes: Brutality, genocide, terror, and the struggle for justice**, ed. Times Books, New York, 1998, pp. 213ss.
- NEMITZ, J.C. **The law of sentencing in international criminal law: The purpose of sentencing and the applicable method for the determination of the sentence**, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 4, 2001, pp. 113-114.
- NERLICH, V. The status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC, in STAHN, C. SLUITER, G. (eds.), **The emerging practice of the International Criminal Court**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 305-325.
- NERSESSIAN, D.L. **The contours of genocide intent. Troubling jurisprudence from the International Criminal Tribunals**, in *Texas International Law Journal*, 37, 2002, pp. 231.
- NI AOLÁIN, F.D. HAYNES, D.F. CAHN, N. Gender and the forms and experiences of

- conflict, in NI AOLÁIN, F.D. HAYNES, D.F. CAHN, N. **On the frontlines: Gender, war, and the post-conflict process**, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 42ss.
- NICHOLSON, J. **Strengthening the validity of international criminal Tribunals**, ed. Brill, The Hague, 2018.
- NMEHIELLE, V.O.O. **Africa and the future of international criminal justice**, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2012.
- NOLLEZ-GOLDBACH, R. SAADA, J. **La justice pénale internationale face aux crimes de masse**, ed. Pedone, Paris, 2014.
- NOUTE, G. **Treaties and subsequent practice**, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 224ss.
- NSEREKO, D.N. Commentary on Prosecutor v. Naletilić and Martinović, in KLIP, A. SLUITER, G. (a cura di), **Annotated leading cases of international criminal tribunals. Volume IV: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1999-2000**, Intersentia, Antwerp-Oxford- New York, 2002, pp. 66ss.
- O'CONNELL, S. **Gender based crimes at the International Court**, in Plymouth Law and Criminal Justice Review, 3, 2010, pp. 72ss.
- O'BYRNE, K. **Beyond consent. Conceptualising sexual assault in international criminal law**, in International Criminal Law Review, 11, 2011, pp. 495ss.
- O'KEEFE, R. **International criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 59ss.
- _____. **Universal jurisdiction: Clarifying the basic concept**, in Journal of International Criminal Justice, 2, 2004, pp. 735-760.
- ODRIOZOLA GURRUTZAGA, M. **Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría medita**, in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 17, 2015, pp. 7ss.
- OHLIN, J.D. FINKELSTEIN, C. GOVERN, K. (a cura di), **Cyber war. Law and ethics for virtual conflicts**, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- OHLIN, J.D. **Targeting and the concept of intent**, in Cornell Law Faculty Publications, paper 774, 2013, pp. 84ss.
- OLÁSOLO, A.H. **Derecho internacional penal y humanitario**, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- _____. **Ensayos de derecho penal y procesal internacional**, ed. Diké, Bogotá. 2011.
- _____. **International criminal law, transnational criminal organizations and transitional justice**, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2018.
- OLUSANYA, O. **Do crimes against humanity deserve a higher sentence than war crimes?**, in International Criminal Law Review, 4, 2004, pp. 431-473.
- OLUSANYA, O. **Double jeopardy without parameters. Re-characterisation in international criminal law**, ed. Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, pp. 190ss.
- _____. **Sentencing war crimes and crimes against humanity under the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, ed. Europa Law, Groningen, 2005.
- OOSTERVELD, V. Gender-sensitive justice and the International Criminal Tribunal for Rwanda, in New England Journal of International and Comparative Law, 12, 2005, pp. 119, 128ss.
- ORENTLICHER, D.F. **Some kind of justice, the ICTY's impact in Bosnia and Serbia**, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- OSTOJIC, M. **Between justice and stability: The politics of war crimes prosecutions**, Ashgate Publishing, Farnham, 2014.

- OSUJI, C. **Protecting humanity: Essays in international law and policy in honour of Navanethem Pillay**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2010, pp. 97ss.
- PALMER, E. WILLIAMS, S.J. A “shift in attitude”? **Institutional change and sexual and gender-based crimes at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia**, in *International Feminist Journal of Politics*, 20, 2017.
- PAULUS, A. VASHAKMADZE, M. **Asymmetrical war and the notion of armed conflict. A tentative conceptualization**, in *International Review of the Red Cross*, 91, 2009, pp. 110ss.
- PAUST, J.J. **Nullum crimen and related claims**, in *Denver Journal of International Law and Politics*, 25, 1997, pp. 322ss.
- _____. **Congress and genocide: They’re not going to get away with it**, in *Michigan Journal of International Law*, 11, 1989, pp. 92ss.
- PAUWELYN, J. **Conflict of norms in public international law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 385ss.
- PEAY, J. **Mental incapacity and criminal liability: redrawing the fault lines?**, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2015, pp. 4ss.
- PÉREZ CABALLERO, K. **El elemento político en los crímenes contra la humanidad. La expansión de la figura al crimen organizado transnacional y el caso de las organizaciones de narcotraficantes mexicanas en el sexenio 2006-2012**, Dykinson S.L., Madrid, 2015, pp. 72ss.
- PICCOLO, I. **The crime of rape in international criminal law**, ed. International Courts Association, 2013.
- PLANZER, A. **Le crime de génocide**, Freiburg, 1956, pp. 97.
- POSNER, E. PORAT, A. **Aggregation and law**, in J.M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 587, 2012.
- POWELL, C. **You have no God: An analysis of the prosecution of genocidal rape in international criminal law**, in *Richmond Public Interest Law Review*, 20, 2017, pp. 26ss.
- PUSCHKE, J. Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am beispiel der Vorbereitungsdelikte, in HEFENDEHL, R. **Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?**, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2010, pp. 10ss.
- QUICK, N. Forced transfer and customary international law: Bridging the gap between Nuremberg and the ICTY, in MEISENBERG, S.M. STEGMILLER, I. (a cura di), **The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their contribution to international criminal law**, ed. Springer, The Hague, 2016, pp. 291-319.
- RAINEY, B. WICKS, W. OVEY, C. **Jacos, White and Ovey: The European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- RAMJI-NOGALES, J. **Questioning hierarchies of harm: Women, forced migration and international criminal law**, in *International Criminal Law Review*, 11, 2011.
- RANDALL, C. **Universal jurisdiction under international law**, in *Texas Law Review*, 66, 1988, pp. 814ss.
- RATNER, S.R. ABRAMS, J.S. **Accountability for human rights atrocities in international law. Beyond the Nuremberg legacy**, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 46ss.
- REED, A. BOHLANDER, M. (a cura di), **General defences in criminal law. Domestic and comparative perspectives**, Ashgate Publishing, Farnham, 2014.
- REID, K. **A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights**, ed. Sweet Maxwell, London, 2011.

- RENZO, M. **Crimes against humanity and the limits of international criminal law**, in *Law and Philosophy*, 31, 2012, pp. 444ss.
- REVERTE, R.S. **Referencia al crimen de genocidio aproximación genocide crime**, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 16, 2016.
- RIKHOF, J. **Crimes against humanity, customary international law and the International Tribunals for Bosnia and Rwanda**, in *National Journal of Constitutional Law*, 6, 1996, pp. 231ss.
- ROBERTS, C. **On the definition of crimes against humanity and other widespread or systematic human rights violations**, in *University of Pennsylvania Journal of law & Social Change*, 20, 2017, pp. 4ss.
- ROBERTS, K. **Striving for Definition. The Law of Persecution from its Origins to the ICTY**, in ABTAHI, H. BOAS, G. (a cura di), **The dynamics of international criminal justice. Essays in Honour of Sir Richard May**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2006, pp. 257ss.
- ROBERTS, K. **The contribution of the ICTY to the grave breaches regime**, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, pp. 750ss.
- _____. **The law of persecution before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, in *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, pp. 636ss.
- ROBINSON, D. **Defining “crimes against humanity” at the Rome Conference**, in *American Journal of International Law*, 93, 1999, pp. 55ss.
- _____. **The mysterious mysteriousness of complementarity**, in *Criminal Law Forum*, 21, 2010, pp. 6ss.
- _____. **Three theories of complementarity: Charge, sentence or process?**, in *Harvard International Law Journal*, 53, 2012, pp. 87ss.
- ROBINSON, D. WILMSHURST, E. **An introduction to international criminal law and procedure**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 184ss.
- ROBINSON, N. **The Genocide Convention. A commentary**, Institute of Jewish Affairs, New York, 1960, pp. 82-85.
- RODMAN, K.A. **Justice is interventionist: The political sources of the judicial reach of the Special Court for Sierra Leone**, in *International Criminal Law Review*, 13, 2013, pp. 65ss.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. **La protección del niño los conflictos armados por el derecho internacional humanitario los niños soldados**, in *AFDUAM: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2011, pp. 220ss.
- ROHAN, C. ZYBERI, Z. **Defense perspective on international criminal justice**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- ROSCINI, M. TRUST, L. **Cyber operations and contemporary international law**, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- ROSE, S.J. **Prosecutor v. Taylor: The implications for Bashar Al-Assad**, in *Boston College International & Comparative Law Review*, 37, 2014, pp. 12ss.
- ROSSKOPF, U. **Die innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechen. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 30 IStGH Statut**, BWV Berliner Wissenschafts, Berlin, 2007, pp. 90ss.
- ROTHER, R. MEEMIK, J. INGADÖTTIR, T. **The realities of international criminal justice**, ed. Brill, The Hague, 2013.
- ROZAKIS, C.L. **The concept of “jus cogens” in the law of treaties**, ed. North-Holland, New York, 1976, pp. 22ss.

- RUSSELL-BROWN, S.L. **Rape as an act of genocide**, in *Berkeley Journal of International Law*, 21, 2003, pp. 362ss.
- RYER, R. The Tokyo IMTR and crimes against peace (aggression) is there anything to learn?, in SADAT, N.L. **Seeking accountability for the unlawful use of force**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- SÁCOUTO, S. **Victim participation at the international Criminal Court and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: A feminist project**, in *Michigan Journal of Gender & Law*, 19, 2012, pp. 298ss.
- SADAT, N.L. **Crimes against humanity in the modern age**, in *American Journal of International Law*, 107, 2013, pp. 376ss.
- SAFFERLING, C. **International criminal procedure**, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 97ss.
- SAFFERLING, C.J.M. The special intent requirement in the crime of genocide, in SAFFERLING, C.J.M. CONZE, E. (a cura di), **The Genocide Convention sixty year after its adoption**, ed. Springer, The Hague, 2010, pp. 172ss.
- SAINZ-PARD, P.V. **Is child recruitment as a war crime part of customary international law?**, in *The International Journal of Human Rights*, 12, 2008, pp. 594ss.
- SAMSO, M. **High hopes, scant resources: A word of scepticism about the anti-fragmentation function of article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties**, in *Leiden Journal of International Law*, 24, 2011, pp. 5ss.
- SÁNCHEZ REVERTE, R.S. **Referencia al crimen de genocidio aproximación genocide crime**, in *Revista de Estudios Jurídicos (Segunda Época)*, 16, 2016.
- SANTALLA VARGAS, E. **An overview of the crime of genocide in Latin American jurisdiction**, in *International Criminal Review*, 10, 2010, pp. 441ss.
- SASCHA, D. BACHMANN, D. EDA NWIBO, L. **Pull and push- Implementing the complementarity principle of the Rome Statute of the ICC within the AU: Opportunities and challenges**, in *Brooklyn Journal of International Law*, 43, 2018, pp. 464ss.
- SATZGER, H. SCHLUCKEBIER, W. WIDMAIER, G. **Strafprozessordnung (StPO)**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2017.
- SCHABAS, W.A. **Problems of international codification-Were the atrocities in Cambodia and Kosovo genocide?**, in *New England Law Review*, 35, 2001, pp. 287ss.
- _____. **Darfur and the "odious scourge": The Commission of Inquiry's findings on genocide**, in *Leiden Journal of International Law*, 18, 2005, pp. 877ss.
- _____. **International criminal law**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012.
- _____. **State policy as an element of international crimes**, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98, 2008, pp. 953-982.
- _____. **The European Convention on Human Rights: A commentary**, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SCHINDLER, D. **The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols**, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 163, 1979, pp. 131ss.
- SCHLÜTTER, B. **Developments in customary international law: Theory and the practice of the International Court of Justice and the International Ad Hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.
- SCHMITT, M.N. **Deconstructing direct participation in hostilities: The constitutive elements**, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 42, 2010, pp. 698ss.

- _____. The use of cyber force and international law, in WELLER, M. (a cura di), **The Oxford Handbook of the use of force in international law**, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1110ss.
- SCHOMBURG, W. PETERSON, I. **Genuine consent to sexual violence under international criminal Law**, in American Journal of International Law, 101, 2007, pp. 121ss.
- SCHRAMM, E. **Internationales Strafrecht**, C.H. Beck, München, 2018.
- SCHUETZE-REYMANN, J. **International criminal justice on trial. The ICTY and ICTR case referral practice to national Courts and its possible relevance for the ICC**, ed. Duncker & Humblot, Berlin, 2016.
- SCHÜNEMANN, R. **Strafverfahrensrecht**, ed. C.H. Beck, München, 2012, pp. 439ss.
- SCHUON, C. **International criminal procedure: A clash of legal cultures**, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010.
- SCULLY, S. **Judging the successes and failures of the Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia**, in Asian Pacific Law & Policy Journal, 13, 2011, pp. 14ss.
- SEIBERT-FOHR, A. VILLIGER, M.E. **Judgments of the European Convention of Human Rights. Effects and implementation**, ed. Nomos, Baden-Baden, 2017.
- SELLERS, P.V. **Sexual violence and peremptory norms: The legal value of rape**, in Case Western Reserve Journal of International Law, 34, 2002, pp. 290ss.
- _____. **Wartime female slavery: enslavement?**, in Cornell International Law Journal, 44, 2011, pp. 116ss.
- SERNÍN RODRÍGUEZ, C.A. **La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional**, in Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 47, 2017, pp. 210ss.
- SFEKAS, S.J. **A court pure and unsullied: Justice in the justice trial at Nuremberg**, in University of Baltimore Law Review, 46, 2017, pp. 462ss.
- SHAHABUDDEEN, M. **Does the principle of legality stand in the way of progressive development of law?**, in Journal of International Criminal Justice, 2, 2004, pp. 1007ss.
- SHAHABUDDIN, M. **International criminal justice at the Yugoslav Tribunal-A judge's recollections**, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- SHANY, Y. **Assessing the effectiveness of international Courts: A goal-based approach**, in American Journal of International Law, 106, 2012, pp. 225ss.
- _____. **How can international criminal Courts have a greater impact upon national criminal proceedings? Lessons from the first two decades of international criminal justice in operation**, in Israel Law Review, 46, 2013, pp. 4ss.
- SHELTON, D.L. **Human rights and the hierarchy of international law sources and norms**, in Saskatchewan Law Review, 65, 2002, pp. 299-335.
- SIKKINK, K. **The justice cascade: How human rights prosecutions are changing world politics**, ed. W.W. Norton, New York, 2011.
- SIMON, T.W. **Genocide, torture and terrorism: Ranking international crimes and justifying humanitarian intervention**, ed. Palgrave Macmillan, London, 2016.
- SIVAKUMARAN, S. Identifying an armed conflict not of an international character, in STAHN, C. SLUITER, G. (a cura di), **The emerging practice of the International Criminal Court**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 363-380.
- _____. **Re-envisaging the international law of internal armed conflict**, in European Journal of International Law, 22, 2011, pp. 240, 240-242.
- _____. **The law of non-International armed conflict**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

SLOANE, R.D. **Sentencing for the "crime of crimes". The evolving "common law" of sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda**, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 729ss.

SLUITER, G. "Chapeau elements" of crimes against humanity in the jurisprudence of the UN ad hoc Tribunals, in SADAT, N.L. (a cura di), **Forging a Convention for Crimes Against Humanity**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 102-141.

_____. **The emerging practice of the International Criminal Court**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pp. 381-400.

SLUITER, G. FRIMAN, H. LINTON, S. VASILIEV, S. ZAPPALÁ, S. **International criminal procedure. Rules and principles**, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1576ss.

SMET, S. The "absolute" prohibition of torture and inhuman or degrading treatment in article 3 ECHR: Truly a question of scope only?, in BREMS, E. GRARADS, J. (eds), **Shaping rights in the ECHR: The role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights**, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

SMEULERS, A. HOLA, B. ICTY and the culpability of different types of perpetrators of international crimes, in SMEULERS, A. (ed.) **Collective violence and international criminal justice**, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, pp. 175-206.

SMITH, A. **Child recruitment and the Special Court of Sierra Leone**, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, pp. 1141ss.

SOREL, J.M. BORÉ EVENO, B. 1969 Vienna Convention: Article 31-Interpretation of treaties, in CORTEN, O. KLEIN, P. (eds), **The Vienna Conventions on the law of treaties: A commentary**, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 804, 817ss.

SQUATRITO, T. YOUNG, O.R. FOLLESDAL, A. ULSTEIN, G. **The performance of international Courts and Tribunals**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

STAHN, C. **One step forward, two steps back? Second thoughts on a "sentence-based" theory of complementarity**, in *Harvard International Law Journal*, 53, 2012, pp. 183-196.

STEINL, L. **Child soldiers as agents of war and peace: A restorative transitional justice approach to accountability for crimes under international law**, ed. Springer & T.M.C. Asser Press, Berlin, 2017, pp. 124ss.

STEPAKOFF, S. **When we wanted to talk about rape: Silencing sexual violence at the Special Court for Sierra Leone**, in *International Journal of Transitional Justice*, 1, 2007.

STEPHENS, P.J. **Collective criminality and individual responsibility: The constraints of interpretation**, in *Fordham International Law Journal*, 2014, pp. 508ss.

STEWART, G.P. The International Criminal Court, in MAIER, C.N.B. **The crime of rape under the Rome statute of the ICC: with a special emphasis on the jurisprudence of the ad hoc criminal Tribunals**, in *Amsterdam Law Forum*, 11, 2011.

STOLK, S. **Imaging scenes of mass atrocity from afar: Maps and landscapes at the International Criminal Court**, in *London Review of International Law*, 6, 2018.

STUCKENBERG, C.F. **A cure for concursus delictorum in international criminal law?**, in *Criminal Law Forum*, 16, 2005, pp. 371ss.

_____. Cumulative charges and cumulative convictions, in STAHN, C. (a cura di), **The law and practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 843ss.

_____. Multiplicity of offences, concursus delictorum, in FISCHER, H. KRESS, C. LÜDER, S.R. (a cura di), **International and national prosecution of crimes under international law. Current developments**, ed. Nomos, Baden-Baden, 2001, pp. 588ss.

- _____. **Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht: Versuch einer Elementarstrafrecht für eine übernationale Vorsatzdogmatik**, ed. De Gruyter Recht, Berlin, 2011, pp. 6ss.
- SULLO, P. **Beyond genocide: Transitional justice and Gacaca Courts in Rwanda**, ed. Springer, Berlin, 2018.
- SUNGA, L.S. **The emerging system of international criminal law**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, pp. 324ss.
- SVÁČEK, O. **Brothers and sisters in arms as victims of war crimes. Ntagada case before the ICC**, in Czech Yearbook of Public & Private International Law, 9, 2018.
- SWAAK-GOLDMAN, O. **The crime of persecution in international criminal law**, in Leiden Journal of International Law, 11, 1998, pp. 145-154.
- SWART, B. ZAHAR, A. **The legacy of the international criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 298ss.
- SZOKE-BURKE, S. **Avoiding belittlement of human suffering. A retribuvist critique of ICTR sentencing practice**, in Journal of International Criminal Justice, 10, 2012, pp. 577ss.
- SZPAK, A. **National, ethnic, racial and religious groups protected against genocide in the jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals**, in European Journal of International Law, 23, 2012, pp. 155-173.
- T.L.H. MCCORMACK, Crimes against humanity, in D. MCGOLDRICK, P. ROWE, E. DONNELLY (a cura di), **The Permanent International Criminal Court. Legal and policy issues**, Hart Publishing, Oxford & Portland, Oregon, 2004, pp. 192ss.
- TAGUIEFF, P.A. **La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles**, ed. La Découverte, Paris, 1988.
- TEITGEN, C. **La Convention européenne des droits de l'homme: 60 ans et après?**, ed. LGDJ, Paris, 2013.
- TIEMESSEN, A. **The International Criminal Court and the politics of prosecutions**, in The International Journal of Human Rights, 22, 2014.
- TIMMERMANS, T. **Fundamental rights protection in Europe before and after accession of the European Union to the European Convention on Human Rights**, in Liber amicorum Pieter Van Dijk, M. Van Roosmalen and others (eds.), Intersentia, Antwerp, Oxford, 2013, pp. 225ss.
- TOFAN, C. **Torture in international criminal law**, Wolf Legal Publishers, The Netherlands, 2011.
- TOMUSCHAT, C. **Universal criminal jurisdiction. Jurisdiction with respect to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes**, in Yearbook of the Institute of International Law, 71, 2005, pp. 246ss.
- TRAHAN, J. **Is complementarity the right approach for the International Criminal Court's crime of aggression-Considering the problem of overzealous National Court prosecutions**, in Cornell International Law Journal, 45, 2012, pp. 576ss.
- TRIFFTERER, O. AMBOS, K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary**, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, Oxford, Baden-Baden, 2016.
- TRIFFTERER, O. BOCK, S. Article 33, in TRIFFTERER, O. AMBOS K. (a cura di), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, Oxford, Baden-Baden, 2016, 1195ss.
- TRIFFTERER, O. Can the "elements of crimes" narrow or broaden responsibility for criminal behaviour defined in the Rome statute?, in STAHN, C.

- _____. **Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such**, in *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, pp. 399ss.
- TROUILLE, H. **How far has the international criminal Tribunal for Rwanda really core since Akayesu in the prosecution and investigation of sexual offenses committed against women? An analysis of Ndindilyimana et al**, in *International Criminal Law Review*, 13, 2013, pp. 750ss.
- TUNKIN, G. **Is general international law customary law only?**, in *European Journal of International Law*, 4, 1993, pp. 534-542.
- TURAN, G. **Responsibility to prosecute in an age of global governmentality: The International Criminal Court**, in *Cooperation and Conflict*, 50, 2015.
- VALIANI, S. **Genocide left unchecked: Assessing the ICC's difficulties detaining Omar al-Bashir**, in *Berkeley Journal of International Law*, 35, 2017, pp. 152ss.
- VAN DEN HERIK, L.J. **The contribution of the Rwanda Tribunal to the development of international law**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005, pp. 199ss.
- VAN DER HAVE, N. **The prevention of gross human rights violations under international human rights law**, ed. Springer, Berlin, 2018.
- VAN DER WILT, H. NOLLKAEMPER, A. (a cura di), **System criminality in international law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- VAN DER WILT, H. PAULUSSEN, C. **Legal responses to transnational and international crimes**, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2017.
- VAN DER WILT, H. **War crimes and the requirement of a nexus with an armed conflict**, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 1116ss.
- VAN DER WOLF, W.J. DE RUITER, D. (a cura di), **Crimes against humanity and international criminal law**, Wolf Publishers, The Netherlands, 2011, pp. 96 ss. and 246ss.
- VAN ROOSMALE, M. et al., (eds), **Fundamental rights and principles, Liber amicorum Pieter van Dijk**, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2013, pp. 49-71.
- VAN SCHAACK, B. **The definition of crimes against humanity: Resolving the incoherence**, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 37, 1999, pp. 789ss.
- _____. **The principle of legality in international criminal law**, in *Santa Clara Law Review*, 51, 2011, pp. 104ss.
- _____. **The crime of political genocide. Repairing the Genocide Convention's blind spot**, in *Yale Law Journal*, 106, 1997, pp. 2259 ss.
- VAN SLIEDREGT, E. **Individual criminal responsibility in international law**, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 20ss.
- VAN SLIEDREGT, E. VASILIEV, S. **Pluralism in international criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 285ss.
- VASILIEV, S. ZAPPALÁ, S. (eds.), **International criminal procedure: Principles and rules**, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1299-1374.
- VENTURA, M.J. GILLET, M. **The fog of war: Prosecuting illegal uses of force as crimes against humanity**, in *Washington University of Global Studies Law Review*, 12, 2013, pp. 526ss.
- VENTURA, M.J. **The duty to investigate Zimbabwe crimes against humanity (torture) allegations: The Constitutional Court of South Africa speaks on universal jurisdiction and the ICC act**, in *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, pp. 861-889.
- _____. **The illegal use of armed force (other inhuman act) as a crime against humanity an assessment of the case for a new crime at the International Criminal Court**, in *SADAT*,

- N.L. **Seeking accountability for the unlawful use of force**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- VERDIRAME, G. **The genocide definition in the jurisprudence of the ad hoc Tribunals**, in *International and Comparative Law Quarterly*, 49, 2000, pp. 588ss.
- VIJ, V. **Individual criminal responsibility under aiding and abetting after the specific direction requirement in the Taylor and Perišć cases**, in *Die Friedens-Warte*, 2013, pp. 160ss.
- VOGT, S.M. **As a matter of fact, No: Appellate jurisdiction to review denials of deferral of removal under the Convention against torture**, in *American University Journal of Gender, Social Policy & The Law*, 25, 2017, pp. 92ss.
- VOJDIK, V.K. **Sexual violence against men and women in war: A masculinities approach**, in *Nevada Law Journal*, 15, 2014-2015, pp. 925ss.
- VON AHLBRECHT, H. **Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert**, ed. Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 312ss.
- VON HEBEL, H. ROBINSON, D. **Crimes within the jurisdiction of the court**, in LEE, R.S. (a cura di), **The International Criminal Court. Elements of crimes. The making of the Rome statute. Issues, negotiations, results**, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 118ss.
- VON HEBEL, H. **The decision to include elements of crimes in the Rome statute**, in LEE, R.S. et al. (eds.) **The International Criminal Court: Elements of crimes and rules of procedure and evidence**, Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2001, pp. 4-8.
- VON LISZT, F. **The rationale for the nullum crimen principle**, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 1005-1008.
- WAGNER, N. **A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga: Child soldiers and direct participation**, in *Criminal Law Forum*, 24, 2013, pp. 182ss.
- WAKE, M.N. SMITH, E. (eds.), **General defences in criminal law. Domestic and comparative perspectives**, ed. Routledge, London & New York, 2016, pp. 255-272.
- WASCHENFORT, G. **International law and child soldiers**, Hart Publishing, Oxford & Portland, Oregon, 2015, pp. 5ss.
- WATERROW, J. SCHUMACHER, J. **War crimes trials and investigation. A multi-disciplinary introduction**, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- WAUGH, C. **Charles Taylor and Liberia: Ambition and atrocity in Africa's lone star State**, ed. Zed Books, New York, 2011.
- WAUTERS, J.M. **Torture and related crimes-A discussion of the crimes before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, in *Leiden Journal of International Law*, 11, 1998, pp. 155-164.
- WEINER, P. **The evolving jurisprudence of the crime of rape in international criminal law**, in *Boston College Law Review*, 54, 2013, pp. 1210ss.
- WEISSBRODT, D. HANSEN, J. NESBITT, N. **The role of the Committee on the Rights of the Child in interpreting and developing international humanitarian law**, in *Harvard Human Rights Journal*, 24, 2011, pp. 116ss.
- WEISSBRODT, D. HEILMAN, C. **Defining torture and cruel inhuman and degrading treatment**, in *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 35, 2017.
- WEITZ, Y. **Rwandan genocide: Taking notes from the holocaust reparations movement**, in *Cardozo Journal of Law & Gender*, 17, 2009, pp. 370ss.

- WERLE, G. BURGHARDT, B. **Do crimes against humanity require the participation of a State or a "State-like" Organization?**, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 1151-1170.
- WERLE, G. JESSBERGER, F. **International criminal justice is coming home: The new German Code of crimes against international Law**, in *Criminal Law Forum*, 13, 2002, pp. 202ss.
- _____. **Principles of international criminal law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 35ss.
- WERLE, G. **Völkerstrafrecht**, ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 300-301.
- WHARTON, S. **The evolution of international criminal law: prosecuting "new" crimes before the Special Court for Sienna Leone**, in *International Criminal Law Review*, 11, 2011, pp. 218ss.
- WIENER, N. **Excuses, justifications and duress at the international criminal tribunals**, in *Pace International Law Review*, 26, 2014, pp. 92ss.
- WIESSNER, S. Ethnic groups, in SHELTON, D.L. (a cura di), **Encyclopedia of genocide and crimes against humanity**. Volume I, Thomson Gale, Farmington Hills, 2005, pp. 304ss.
- WILLIAMS, J. **The international campaign to prohibit child soldiers: A critical evaluation**, in *The International Journal of Human Rights*, 15, 2011, pp. 1072, 1075-1077.
- WILLIAMS, S. PALMER, E. **The extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Developing the law on sexual violence?**, in *International Criminal Law Review*, 15, 2015, pp. 454ss.
- WILLIAMSON, J.A. **Some consideration on command responsibility and criminal liability**, in *International Review of the Red Cross*, 90, 2008, pp. 306ss.
- WOLTAG, J.C. **Cyber warfare: Military cross-border computer network operations under international law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- WOUTERS, J. VERHOEVEN, S. **The prohibition of genocide as a norm of ius cogens and its implications for the enforcement of the law of genocide**, in *International Criminal Law Review*, 5, 2005, pp. 401ss.
- XAVIER, I. **The incongruity of the Rome statute insanity defence and international crime**, in *Journal of International Criminal Justice*, 14 (4), 2016, pp. 795ss.
- YEE, S. **The Erdemović sentencing judgment: A questionable milestone for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 26, 1997, pp. 272ss.
- YOGENDRAN, S. **Did the International Criminal Court fail child victims in the Lubanga reparations order?**, in *Amsterdam Law Forum*, 9, 2017, pp. 68ss.
- YUVARAJ, Y. **When does a child "participate actively in hostilities" under the Rome statute? Protecting children from use in hostilities after Lubanga**, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 32, 2011, pp. 84ss.
- ZAHAR, A. SLUITER, G. **International criminal law-A critical introduction**, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- ZAKERHOSSEIN, M.H. **Situation selection regime at the International Criminal Court**, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2018.
- ZAKERIAN, A. ALIKHANI, M. **International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, activities and achievements**, in *Quarterly of Foreign Policy*, 2013, pp. 7ss.
- ZAWATI, M.H. **The International Criminal Court and complementarity**, in *Journal of International Law and International Relations*, 12, 2016, pp. 208-228.

ZEEGERS, K. OVERY, A. **International Criminal Tribunals and human rights law. Adherence and contextualization**, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2016, pp. 18ss.

TEORIAS DA PENA NOS SISTEMAS JURÍDICOS PENAIIS CONTEMPORÂNEOS: O QUE HÁ DE ATUAL NAS FUNÇÕES DA SANÇÃO CRIMINAL

Punishment Theories in Contemporary Criminal Legal Systems: What's Current in The Functions of the Criminal Sanction

VICENTE CARDOSO DE FIGUEIREDO

Advogado. Mestre em Ciências Criminais. Especialista em Direito Penal e Processo Penal.
Autor e revisor de artigos e publicações na área.

Resumo: Este artigo pretende analisar, com base na tipologia clássica das teorias que estudam os fins da pena criminal (teorias absolutas, teorias preventivas e as teorias mistas ou unitárias), as premissas que sobreviveram de cada uma das teorias que foram objeto da pesquisa, e as que sucumbiram com o decurso do tempo e com a evolução do pensamento das ciências criminais, apresentando as ideias basilares de cada escola, seus principais expoentes jurídico-filosóficos, buscando responder ao problema proposto acerca dos dispositivos que não se mantêm na atualidade, em contraponto àqueles que se mantêm na atualidade do estudo das teorias dos fins da pena criminal.

Palavras-chave: Dogmática Penal. Pena Criminal. Teorias Das Penas. Sistemas Juridico-Penais Contemporâneos

Abstract: This paper aims to analyze, based on the classical typology of theories that study the purposes of criminal penalty (absolute theories, preventive theories and mixed or unitarian theories), the premises that survive from each of the theories that were object of research, and the ones that succumbed over time and over the evolution of criminal Science thinking, presenting basilar ideas to the problem proposed in regards to devices that do not persist nowadays, opposed to those that do on studies of the purposes of criminal penalty theories.

Keywords: Punishment Dogmatics. Criminal Penalty. Punishment Theories. Contemporary Criminal Legal Systems

1 INTRODUÇÃO

O estudo da sanção criminal como objeto de pesquisa na atualidade perpassa necessariamente à questão da legitimidade do exercício do poder de punir do Estado, na medida em que a ideia de sistema jurídico-penal encontra-se em crise. A partir deste ponto entende-se possível delinear um esboço acerca das funções da pena, sob o enfoque dogmático.

A sociedade pós-moderna superou o modelo liberal-individualista, sendo caracterizada pelo paradigma da sociedade de massas. O Estado Democrático de Direito passa a representar o modelo moderno desta forma de organização social. O Direito Penal, como expressão de instituto formal de controle social, adaptou-se aos novos padrões, tanto que Cezar Bittencourt correlaciona os conceitos de pena e Estado, deduzindo que o desenvolvimento deste está intimamente ligado ao da sanção, indicando que para “*a compreensão da sanção penal, deve-se analisa-la levando-se em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador*”¹.

Entretanto, a pena criminal por excelência continua sendo a prisão, ou seja, a restrição de liberdade do indivíduo mediante a reclusão em uma instituição – tal qual expunha Cesare Beccaria em sua obra clássica “*Dos delitos e das penas*”, ainda no século XVIII². João Carlos Castellar assenta a essência punitiva do Direito Penal, aduzindo tratar-se a pena privativa de liberdade como sua “*mais genuína expressão*”³. No tocante ao processo penal, refletira Michel Foucault acerca da mudança dos modelos de penalização, em “*Vigiar e Punir*”, tratar a punição da “*mais velada parte do processo*”⁴.

Da análise destes tópicos, depreender-se-á um panorama acerca do que é recorrente e o que jaz na análise das funções da pena criminal, ou seja, verificar o que há de vivo e o que não sobreviveu ao contemporâneo⁵ no estudo deste tema, tão caro às Ciências Criminais, tomando por base a doutrina tradicional e leituras atuais, tendo como horizonte interpretativo

¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de prisão** – Causas e Alternativas. 4ª Edição, 2ª tiragem, São Paulo, 2012, Ed. Saraiva, p. 113.

² “*Não é o espetáculo terrível, mas passageiro da morte de um celerado, e sim o longo e sofrido exemplo de um homem privado da liberdade e que, convertido em besta de carga, recompensa com seu trabalho aquela sociedade que ofendeu, que constitui o freio mais forte contra os delitos.*” In BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, p. 96.

³ CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional** – a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2013, p. 97.

⁴ FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**. 27ª Edição: Petrópolis, Editora Vozes, 2003, p. 12.

⁵ Giorgio AGAMBEN vem definir que “*a contemporaneidade é uma singular relação com o próprio tempo, que adere a este e, ao mesmo tempo, dele toma distâncias; mais precisamente, essa é a relação com o tempo que a este adere através de uma dissociação e um anacronismo*”. Para o pensador, ainda, “*contemporâneo é aquele que mantém fixo o olhar no seu tempo, para nele perceber não as luzes, mas o escuro. Todos os tempos são, para quem deles experimenta contemporaneidade, obscuros. Contemporâneo é, justamente, aquele que sabe ver essa obscuridade, que é capaz de escrever mergulhando a pena nas trevas do presente*”. In “**O que é contemporâneo? E outros ensaios**”. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Ed. Argos, 2009, p. 59-62

sua legitimidade perante a ordem constitucional vigente (em sendo esta a matriz limitadora e orientadora do poder punitivo estatal)⁶, a partir de uma abordagem dogmática.

2 A PENA CRIMINAL

2.1 Buscando um conceito de pena criminal

O Direito Penal se compõe, para Claus Roxin, de todos os *“preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección”*⁷. José de Faria Costa refina a ideia, dando conta que *“o direito penal estrutura-se e vive, juridicamente, através de duas realidades nucleares, elementares e indissociáveis, quais sejam: o crime e a pena”*⁸. Assim, o tipo incriminador de uma conduta e a sanção cominada representam os elementos basilares de um estudo dogmático do Direito Penal.

O conceito de pena traz consigo uma ideia de resposta, de reação a um fato que se sucedera, como assenta Sérgio Moccia, que referindo a Hegel, aduz que a sanção representa o esquema lógico de restabelecimento do direito violado pelo delito, e como em todo sistema lógico, é funcional para a persecução de qualquer finalidade, a partir da retribuição⁹.

Ao seu turno, José de Faria Costa vem-nos dizer que *“a pena é a principal consequência da prática de um crime (comportamento proibido pela norma incriminadora)”*¹⁰, representando igualmente, *“uma manifestação do viver comunitário organizado”*¹¹. E constata, em uma perspectiva antropológica, que a pena representa a refração do entendimento do homem sobre si próprio¹².

⁶ *“O poder punitivo estatal busca sua legitimidade na Constituição”*, conforme MESSA, Ana Flávia. In **Prisão e Liberdade**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 47.

⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Collendo e Javier de Vicente Remesal. 1ª Edição, Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 41.

⁸ FARIA COSTA, José de. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 14.

⁹ MOCCIA, Sergio. **El Derecho Penal entre ser y valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Buenos Aires: Editora B de F., 2008, p. 30.

¹⁰ FARIA COSTA, José de. *Op. Cit.*, p. 17.

¹¹ *Idem*.

¹² *Ibidem*, p. 19.

Gimbernat Ordeig parte da premissa de que “a pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens.¹³”. Luigi Ferrajoli, em voltando-se ao princípio *nulla poena sine crimine*, relaciona a pena “a uma sanção *ab malum actionis* (...) aplicável quando se tenha cometido um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como efeito ou consequência jurídica”¹⁴.

2.2 Funções da pena criminal

Neste embalo, a discussão acerca das funções da pena criminal apresenta-se, para Jorge de Figueiredo Dias, como um problema “tão velho quanto a própria história do direito penal”¹⁵, asseverando que a persistência no estudo do tema se deve ao fato de que nele toda a teoria do direito penal se discute, inclusive, a “questão do destino do direito penal”¹⁶. Cezar Bittencourt já constataria que a função do próprio Direito Penal depende da função que se atribui à pena e às medidas de segurança¹⁷, convergindo ambos com o raciocínio de José de Faria Costa, no sentido de que o problema da pena “é um daqueles pontos que ao serem tratados tocam ou prendem-se, necessariamente, com o pensamento do próprio todo que o direito penal representa”¹⁸.

A tipologia abordada por Jorge de Figueiredo Dias acerca das funções da pena criminal aponta as Teorias Absolutas, Relativas e mistas (ou unificadoras), expostas na sequência.

¹³ *apud* BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 114.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. 3ª Edição revista. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 339.

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo, 1999. Ed. Revista dos Tribunais, p. 89.

¹⁶ *Idem*;

¹⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 114.

¹⁸ FARIA COSTA, José de. *Op. Cit.*, p. 19.

2.2.1 As teorias absolutas

As teorias absolutas vislumbram a pena como instrumento de retribuição. “Absoluta”, explica Claus Roxin, porque o fim da pena é desvinculado de seu efeito social¹⁹ - *punitur, quia peccatum est*. Juan Bustos Ramirez e Hernan Hormazabal Malarée aduzem que, sob este enfoque, a pena é concebida como a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis²⁰.

A essência da pena criminal reside na expiação, na reparação do mal do crime, em uma compensação, se esgotando na sua retributividade²¹. Como Claus Roxin constatará:

“(...) la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido”²².

Neste enfoque, a pena é vista como a justa paga do mal que com o crime se realizou; é o justo equivalente do dano do fato ou a culpabilidade do agente²³. Assim, a pena há de ser necessariamente aplicada como resposta pela prática de um ato ilícito. Como Cezar Bittencourt se apercebera, é atribuída à pena a “*difícil incumbência de realizar a justiça*”²⁴. Na proposição retribucionista está subentendido um fundo filosófico, de ordem ética, transcendente às fronteiras terrenas, aproximando-se do divino²⁵.

Immanuel Kant e Georg Wilhelm Hegel são usualmente destacados como os principais representantes das teorias absolutas da pena. Faz-se necessário, entretanto, verificar as diferenças na formulação dos pensadores germânicos: enquanto no primeiro a fundamentação é de ordem ética, em Hegel, é de ordem jurídica²⁶. A título exemplificativo pode-se apontar também Karl Binding, Edmund Mezger, Hans Welzel e como defensores da teoria da pena como retribuição²⁷.

¹⁹ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 82.

²⁰ *apud* BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 118.

²¹ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 91.

²² ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, pág. 81-82.

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 91.

²⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 118.

²⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 119.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Ibidem*, pág. 127-128.

A teoria absoluta tem ainda como pressuposto a proporcionalidade entre a pena e a gravidade do delito, na medida em que a sanção deve ser correspondente em sua duração e intensidade e à gravidade do ato ilícito²⁸. Veda-se “*castigar mais além da gravidade do delito cometido, restringindo-se eventuais excessos derivados dos fundamentos preventivos da pena*”²⁹.

2.2.2 As teorias relativas

As chamadas “teorias relativas” veem na sanção criminal um meio de prevenção de delitos. Reconhecem, igualmente à teoria absoluta, a pena como um mal que incide sobre quem a sofre. Entretanto, partindo deste fim, a intervenção estatal sancionatória, como instrumento político-criminal, deve alcançar a finalidade de prevenção ou de profilaxia criminal, adequando-se à função do direito penal de tutela de bens jurídicos.³⁰

Nestas teorias, a pena não busca retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir seu cometimento. Também abre-se mão do intuito de “realizar a justiça”, baseando-se numa função de inibir, na medida do possível, a prática de novos fatos delituosos³¹.

Neste ensejo, a função preventiva da pena distingue-se entre as doutrinas de prevenção geral e a doutrina de prevenção especial ou individual. A primeira trata com a ideia de intimidação, ao tempo em que a sanção criminal não detém caráter retributivo, nem de influir diretamente sobre o autor, mas sobre a comunidade, que diante da ameaça da aplicação pena, deve deixar de realizar as condutas consideradas criminosas³².

Deste ponto se vista se exige da sanção criminal “*uma atuação preventiva sobre a generalidade dos membros da comunidade seja no momento da sua ameaça abstrata, seja no da sua concreta aplicação, seja no da sua efetiva execução*”³³. Como vislumbra Jorge de Figueiredo Dias

²⁸ Conforme ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 82.

²⁹ Segundo GARCIA, Gilberto Leme Marcos. **A pena como resposta ao delito**. Algumas considerações a respeito do tema. Internet: disponível em http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/1328-A-pena-como-resposta-ao-delito.-Algumas-considerações-a-respeito-do-tema, acesso em 31.05.2014.

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 97.

³¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 132.

³² ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 89

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 101.

“(...) o denominador comum destas doutrinas reside na concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da aplicação judicial das penas e da efetividade da sua execução”³⁴.

Paul Anselm von Feuerbach defendia a ideia de prevenção geral como forma de constrangimento psicológico, na medida em que por meio deste, à pena se confiaria a função de deter o cometimento de delitos a todos os membros da sociedade, vinculando assim o objetivo da pena com o do Estado, qual seja, a defesa da liberdade individual³⁵. Essa “teoria da coação psicológica” acredita que por meio do Direito Penal pode-se solucionar o problema da criminalidade “*com a cominação penal, isto é, com a ameaça da pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá*”³⁶.

Ao seu turno, a doutrina da prevenção especial conduz à ideia de que a missão da pena consiste unicamente em fazer o autor desistir de cometer futuros delitos. O fim da pena aponta à prevenção dirigida ao autor individual (especial) ³⁷, sendo a sanção criminal instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinquente³⁸.

Como apontou Cezar Roberto Bittencourt, a teoria da prevenção especial “*procura evitar a prática do delito, mas ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que não volte a delinquir*”³⁹. Seu primordial defensor fora Franz von Liszt, no documento “Programa de Marburgo”, em 1882, para quem a prevenção especial pode atuar de três formas: protegendo a comunidade frente ao criminoso, mediante seu encarceramento; intimidando o autor, mediante a pena, para que não cometa futuros delitos; e evitando a reincidência mediante sua correção⁴⁰.

Assim, a necessidade da pena mede-se com critérios preventivos-especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização do delinquente, à

³⁴ *Idem*, p. 98.

³⁵ *Apud* MOCCIA, Sergio. *Op. Cit.*, p. 39.

³⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p.133.

³⁷ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 85.

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 102.

³⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 138.

⁴⁰ *Apud* ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 86.

intimidação daqueles que não necessitam ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis. Em síntese: intimidação, correção e inocuização⁴¹.

2.2.3 A teoria mista ou unificadora

As correntes unificadoras das teorias da pena tentam agrupar em um único conceito o fim da pena, sob os mais diversos pontos de vista, recolhendo os mais destacados aspectos das teorias absolutas e relativas para combiná-las, exprimindo uma essência unificadora de uma *“pena preventiva através de justa retribuição”*⁴². Neste ensejo, *“da combinação entre as duas primeiras teorias, surge uma terceira: a teoria mista ou eclética. Para esta teoria, a prevenção não exclui a retributividade da pena, mas se completam”*⁴³.

Como referiu Cezar Bittencourt, *“as teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena.”*⁴⁴ Assim, a punição em si corresponde a uma retribuição, ao tempo em que seu intuito é o de devolver ao sujeito *“o mal causado à sociedade e ao sujeito passivo do delito, indicando ao mesmo que se cometer algum crime será reciprocamente lesado pelo mal causado e pelo seu desrespeito para com o ordenamento jurídico e a sociedade.”*⁴⁵

Outrossim, a prevenção se apresenta como forma de evitar a realização de novos fatos criminais, bem como de ressocializar o condenado, ainda buscando prevenir a reincidência, e que outros cidadãos tenham receio de cometer ilícitos.

De acordo com as teorias unificadoras, a pena passa a ter a característica de um verdadeiro castigo, assumindo um fim além de si mesma, fazendo justiça em consequência de mal causado, prevenindo que o desviante volte a praticar crimes, criminosas, e a sociedade em geral tenha tal receio e, por consequência, protegendo os bens jurídicos, buscando a paz e o

⁴¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 139.

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 109

⁴³ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**, 2º edição, Campinas: Ed. Bookseller, 2002. p. 36.

⁴⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 150.

⁴⁵ GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. **Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro**. Internet: disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815#_edn43, acesso em 03.06.2014.

equilíbrio social. Em suma, “*aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal*”⁴⁶.

Insta demarcar que a teoria unificadora fora adotada pelo sistema jurídico-penal brasileiro, o que se verifica na leitura do *caput* do artigo 59, do Código Penal: “*o juiz, (...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.*”

Partindo da premissa de que a sanção criminal não pode “*ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial*”⁴⁷, o modelo unificado funda-se na concepção de Claus Roxin de que o ponto de partida de uma teoria da pena deve basear-se no entendimento que a finalidade da mesma só poderá ser preventiva⁴⁸:

“(...) Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio (cfr. § 2, nm. 9 ss.), también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito (cfr. nm. 15, 28). De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.(...)”⁴⁹

Jorge de Figueiredo Dias preconiza forte crítica a esse ideal unificador, tratando-a como inaceitável, ao tempo em que considera

“(...) a ideia retributiva, está a chamar para o problema das finalidades da pena um vetor que não pode, pura e simplesmente, ser tomado em consideração neste contexto: a retribuição ou a compensação da culpabilidade não é nem pode constituir uma finalidade da pena”⁵⁰.

Concomitantemente, questiona o entendimento de Claus Roxin, asseverando que, apesar da concordância com o ponto de vista de “*que a pena serve exclusivamente finalidades*

⁴⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 151.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 95.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p.108.

de prevenção geral e especial”⁵¹ – que o princípio da culpabilidade não pode ser abandonado, nem deixar de ser pressuposto da pena e limite inultrapassável da sua medida.⁵²

E reitera sua rejeição às teorias unificadoras, firmando a dúvida subjacente dessa amálgama teórica, apontando que “*quando se misturam doutrinas absolutas com doutrinas relativas, fica definitivamente por saber qual o fundamento teórico e a razão de legitimação da intervenção penal*”⁵³.

3 O QUE HÁ DE VIVO E O QUE HÁ SUPERADO NAS TEORIAS DA PENA

Cumpre-nos, após análise nas teorias sobre as finalidades da pena, conjecturar acerca do que se mantém destas linhas de pensamento, e o que o tempo tratou de enterrar.

A noção de retribuição ensejada na teoria absoluta, para Jorge de Figueiredo Dias, só pode ser função da culpabilidade do agente, pois se esta doutrina se reivindica das exigências da justiça, implica que cada pessoa seja tratada segundo a sua culpabilidade, segundo o princípio da culpabilidade, “*máxima incontornável de todo o direito penal humano, democrático e civilizado*”.⁵⁴

Já as teorias clássicas da prevenção especial e geral são repelidas na medida em que tomadas por premissas pragmáticas, eficientistas e funcionais, fazem da pena instrumento de violação à dignidade da pessoa humana a que se aplica⁵⁵, em seu vetor especial, e dotada de fraqueza teórica e prática quando consideradas sua matriz negativa, como forma de intimação da generalidade dos indivíduos, ao tempo que se torna impossível “*determinar empiricamente o quantum de pena necessário para alcançar tal efeito*”, quer por aproximar-se de tendências para se usarem de penas cada vez mais severas e desumanas, num verdadeiro “*direito penal do terror*”⁵⁶.

Em rejeitada a concepção unificadora, na medida em que a mesma limitou-se “*a justapor os fins preventivos, especiais e gerais, reproduzindo assim as insuficiências das*

⁵¹ Idem, p.111.

⁵² Ibidem, p.111-112.

⁵³ Ibidem, p.109.

⁵⁴ Ibidem, p. 93.

⁵⁵ Ibidem, p. 101.

⁵⁶ Ibidem, p. 102.

*concepções monistas da pena*⁵⁷”, e que teve como consequência ignorar o caráter da pena como “*exigência ética de justiça (conceito retributivo), transportando suas finalidades às teses prevencionistas, onde a ideia de retribuição aparece apenas como mero limite de mínimo e máximo*”,⁵⁸.

Winfried Hassemer verifica igualmente a antinomia entre os diferentes fins da pena, que não só “*visam coisas distintas, como também surgem de mundo idealisticamente distintos e se constituem de pressupostos diversos*”⁵⁹. Santiago Mir Puig refletira, ao seu turno, que retribuição, prevenção geral e a prevenção especial representam distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena⁶⁰.

Por sua vez, Jorge de Figueiredo Dias sustenta que o fim da pena reside numa “*natureza preventiva – seja de prevenção geral, positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa*”⁶¹, aduzindo que

“(…) O direito penal e o seu exercício pelo Estado fundamentam-se na necessidade estatal de subtrair à disponibilidade (e à ‘autonomia’) de cada pessoa o mínimo dos seus direitos, liberdades e garantias indispensáveis ao funcionamento, tanto quanto possível sem entraves, da sociedade, à preservação dos seus bens jurídicos essenciais (...)”⁶²

Numa posição que considera a pena como reação de uma comunidade àqueles comportamentos proibidos penalmente, a sanção criminal transparece, para José de Faria Costa, como “*o reflexo dos valores dessa comunidade em um certo tempo e um certo espaço*”⁶³, caracterizando-se como “*a refracção do entendimento do homem sobre si próprio*”⁶⁴.

Neste viés, que pode ser considerado como uma visão neo-retribucionista da pena criminal, esta é apontada como estrutura elementar do direito penal, ao tempo em que traz consigo uma “*óptica ontológica e historicamente situada*”⁶⁵ da sanção criminal.

⁵⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 150.

⁵⁸ *Idem*, p. 152.

⁵⁹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 380.

⁶⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 150.

⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Op. Cit.*, p. 129.

⁶² *Idem*.

⁶³ FARIA COSTA, José. *Op. Cit.*, p. 19

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

Em uma perspectiva conciliadora, há uma linha de pensamento que reconhece dentre as finalidades do Estado Social e Democrático de Direito a proteção da sociedade através da prevenção jurídico-penal, “*e a conveniência de estabelecer limites a tal participação preventiva, em função da consideração do indivíduo em particular e não da coletividade em geral*”⁶⁶. Trata-se da teoria da prevenção geral positiva, fruto das pesquisas resultantes da insatisfação com as antinomias referidas nas teorias unificadas⁶⁷.

Deparamo-nos então com uma ideia de prevenção geral positiva limitadora, apresentada por Cezar Bittencourt, aduzindo que essa orientação pressupõe que “*a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado*”⁶⁸, assumindo o ponto de vista que o direito penal representa apenas uma forma de controle social à disposição da sociedade, diferenciando-se das demais pela formalização. Como Hassemer compreendia, a ameaça e a execução presentes nas funções preventivas da pena atuam em um mesmo campo, com diversos instrumentos e processos formais de controle social, dos quais elas dependem para sua eficácia⁶⁹.

Esse processo de formalização do direito penal, na visão de Santiago Mir Puig, tem lugar por meio da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão, que se resguardam através dos direitos fundamentais e garantias constitucionais, além dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, etc⁷⁰.

Neste ensejo, a ideia da prevenção geral positiva legitimar-se-á na medida em que compreender que deve integrar todos os limites, harmonizando eventuais contradições recíprocas⁷¹. A posição do Estado na sociedade implica obrigatoriamente no respeito aos “*freios e limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o direito penal de um Estado pluralista e democrático*”⁷².

⁶⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 153.

⁶⁷ *Idem*, p.153.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 157.

⁶⁹ HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, p. 413.

⁷⁰ *Apud* BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p.158.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Ibidem*, p.159.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como advertido *ab initio*, o estudo da pena e das teorias sobre seus fins costumeiramente se realiza de forma tensa, com a marca das consideráveis divergências vislumbradas nos diversos pontos de vista a partir dos quais partem as análises.

As teorias das penas aqui apresentadas – a absoluta, em sua função retributiva; a preventiva, em seu aspecto especial e generalista, e a teoria unificadora, bem como a teoria preventiva geral limitadora, demonstram primeiramente uma evolução no pensamento moderno acerca da sanção criminal, com a dialética das teses e sua fusão em dados momentos, como forma de buscar a conciliação e um refinamento das teorias, o que se mostrou inviável, diante das aporias vislumbradas.

Restou verificar a atualidade dessas teses, e o que sobrevivera ou falecera com o decorrer do tempo. Exsurgiu desta análise o perecimento da teoria absoluta, ressaltando sua análise do neorretribucionismo defendido pela teoria ontoantropológica do Direito Penal de José de Faria Costa, bem como o falecimento das teorias preventivas geral e específicas quando tratadas em separado, e o fracasso da tentativa de unificação do ideal retributivo-preventivista, apontando-se um modelo baseado em uma teoria unitária entre as funções preventivas da pena – geral e unitárias – com a visão limitadora do poder punitivo estatal, inerente à ideia de um Direito Penal Mínimo, e com a valorização e o respeito dos direitos e garantias fundamentais, bem como a basilar ideia de introdução da culpabilidade como limite inultrapassável, da pena concreta.

Assim, conclui que a pena não pode ser encarada como um mal necessário, ou um fim em si mesma, mas com finalidade exclusiva de prevenção geral e especial – ou seja, deve ser cominada de forma a desestimular a sociedade na prática dos delitos, e no caso de responsabilização do indivíduo, ser aplicada mediante o devido e justo processo legal, levando em consideração a culpabilidade do agente como “moldura da decisão”, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias⁷³.

⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 135.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? E outros ensaios**. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Ed. Argos, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de prisão** – Causas e Alternativas. 4ª Edição, 2ª tiragem, São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional** – a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo, 1999. Ed. Revista dos Tribunais.

FARIA COSTA, José de. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. 3ª Edição revista. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**. 27ª Edição: Petrópolis, Editora Vozes, 2003.

GARCIA, Gilberto Leme Marcos. **A pena como resposta ao delito**. Algumas considerações a respeito do tema. Internet: disponível em http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/1328-A-pena-como-resposta-ao-delito.-Algumas-considerações-a-respeito-do-tema, acesso em 31.05.2014.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. **Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro**. Internet: disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815#_edn43, acesso em 03.06.2014.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 2005.

MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MOCCIA, Sergio. **El Derecho Penal entre ser y valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Buenos Aires: Editora B de F., 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Collendo e Javier de Vicente Remesal. 1ª Edição, Madrid: Editora Civitas, 1997.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**, 2º edição, Campinas: Ed. Bookseller, 2002.

VIOLÊNCIA DEPOIS DA SUBTRAÇÃO: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O ROUBO IMPRÓPRIO À LUZ DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Violence After Subtraction: Some Thoughts on The Improper Theft in the Light Of The Portuguese Legislation

VINÍCIUS WILDNER ZAMBIASI

Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo
Pós-graduado em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público
Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra

PALOMA MARITA CAVOL KLEE

Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo
Pós-graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público
Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra

Resumo: O crime de violência depois da subtração é um delito relativamente novo no ordenamento jurídico português. Não obstante a grande divergência doutrinária existente sobre o tema, especialmente porque seu enquadramento ou não no caso concreto pode acarretar consequências jurídicas bastante diversas ao réu, tal temática carece ainda de maior aprofundamento acadêmico, de modo que este artigo visa elucidar alguns pontos substanciais a partir de análise doutrinária e interpretação jurisprudencial da Suprema Corte portuguesa, o Supremo Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito Penal. Evolução legislativa. Roubo Impróprio. Violência depois da subtração.

Abstract: The crime of violence after subtraction is a relatively new offense in the Portuguese legal system. Regardless of the great doctrinal divergence over the subject, especially because its framing or not in the concrete case can have quite different legal consequences to the defendant, this theme still needs to be further developed, so that this article seeks to elucidate some substantial points based on doctrinal analysis and jurisprudential interpretation of the Portuguese Supreme Court, the Superior Court of Justice.

Keywords: Criminal Law. Legislative evolution. Improper theft. Violence after subtraction.

1 INTRODUÇÃO

Objetiva-se com o presente estudo, a partir da interpretação crítica do texto legal e das divergentes opiniões doutrinárias existentes, elucidar alguns dos pontos mais controversos sobre o crime chamado de “violência depois da subtração” ou “roubo impróprio”, previsto atualmente no artigo 211.º do Código Penal português.

Para tanto, far-se-á inicialmente um breve apanhado histórico das legislações penais portuguesas, desde as Ordenações até o Código Penal atualmente vigente, verificando-se o momento de surgimento e as consequências decorrentes da opção do legislador em criar esse novo tipo penal, que criminaliza a aplicação dos meios violentos previstos no crime de “roubo próprio”, mas em momento posterior a subtração do bem.

Na sequência, discutiremos sobre dois pontos fundamentais no desdobramento prático da criminalização aqui tratada: a questão do tipo ilícito prévio, onde serão analisados quais os crimes que podem anteceder a “violência depois da subtração”, e as delimitações espaciotemporais mínimas e máximas definidas no artigo 211.º, que representam elementos basilares para o enquadramento ou não da conduta do agente no delito em questão.

Ainda, de forma complementar, será analisada a questão do homicídio doloso e sua relação de excepcionalidade com o emprego dos demais meios violentos destinados a conservação ou não restituição da *res furtiva*, e com o próprio artigo em questão.

Por fim, paralelamente as discussões levantadas, verificaremos algumas decisões provenientes do Supremo Tribunal de Justiça¹, a fim de analisar o entendimento da Corte sobre os problemas aqui propostos, coadunando-o com as ideias e opiniões manifestadas no presente trabalho.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: O SURGIMENTO DO TIPO PENAL

Neste primeiro momento da pesquisa, tenciona-se compreender a origem da criminalização da “violência depois da subtração”, hoje prevista no artigo 211.º do Código Penal português, a fim de assimilar o motivo que impulsionou o legislador a tipificar de modo separado uma conduta que aparentemente é tão similar ao “roubo próprio”.

¹ Tribunal superior na hierarquia judicial portuguesa.

Para tanto, necessário realizar uma breve análise das disposições presentes nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, nos Códigos Penais de 1852 (e as subsequentes reformas efetuadas em 1867 e 1884) e de 1886, bem como do atual Código Penal português (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82 e reformulado a partir do Decreto-Lei n.º 48/95).

2.1 As Ordenações

Materialmente divididas em cinco livros e caracterizadas pelo baixo nível técnico (MATTA, 1911, p. 263-264), as Ordenações nada mais eram que compilados responsáveis por agregar as legislações esparsas que vigoravam à época (especificamente entre os séculos XV e XIX), quando diversos princípios e garantias que atualmente nos são tão caros ainda não eram formalmente reconhecidos pela sociedade e pelo ordenamento jurídico.

Portanto, percebe-se de modo preliminar que o “direito penal medieval” vislumbrado nas Ordenações é reflexo do momento histórico em que estes compilados vigoraram, conhecido como “Idade Média” ou “Era das Trevas”.

Em decorrência disso, além de serem criminalizadas diversas condutas que hoje são, em sua maioria, majoritariamente consideradas aceitáveis pela sociedade, admitia-se ainda o injusto critério da classe social como fundamento na escolha da sanção a ser aplicada ao indivíduo².

Ademais, eram prodigalizadas as penas de caráter cruel, de modo que diversos delitos eram punidos com tortura, exílio, mutilação, e até mesmo morte (MATTA, 1911, p. 263-264), reforçando a ideia de que as Ordenações foram baseadas na ideia de “intimidação pelo terror” e careciam de qualquer proporcionalidade entre o fato e a repressão, refletindo os costumes jurídicos e sociais da época, em grande parte decorrentes da confusão de interesses entre o absolutismo monárquico e a ordem religiosa (BRUNO, 1967, p. 174-175)³.

Durante a análise das três Ordenações, não foi possível encontrar nenhuma tipificação legal que subdividisse ou apontasse a relevância em diferenciar o momento em que os meios

² PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Livro Quinto. Título CXXXVIII. Das pessoas que são escusas de haver penal vil. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>. Acesso em 12.12.2018.

³ Destaca-se a influência que o direito canônico medieval ainda exerce no sistema prisional, como nas ideias de isolamento celular e busca do arrependimento e correção do criminoso (BITENCOURT, 2011, p. 35).

violentos são empregados durante a subtração, concluindo-se, portanto, que à época ainda não existia a figura do crime de “violência depois da subtração”.

Contudo, condutas de similar natureza já eram criminalizadas nas Ordenações, tais como ferir ou roubar outrem no período noturno⁴⁵, furtar, ser surpreendido portando gazuas⁶ ou outras ferramentas utilizadas para abrir portas⁷, adquirir bem que pudesse deduzir ser oriundo de furto, fugir com coisa que lhe foi emprestada, ou tomar algo à força⁸. Considerando a tutela de bens jurídicos patrimoniais e pessoais, algumas destas disposições seguem presentes na lei penal hodierna.

2.2 Os antigos Códigos Penais

O projeto elaborado por Mello Freire em 1789 representa a primeira tentativa de reformulação da legislação criminal portuguesa, que impulsionado pelos ideais iluministas da época, buscou formalizar um sistema de administração de conflitos penais mais humanitário, racional e proporcional, rompendo com a atroz ideologia medieval das antigas Ordenações (DIAS, 2007, p. 67).

Contudo, foi somente em 1852 que passou a vigorar em Portugal um novo Código Penal⁹. Embora ainda admitisse penas de morte e de prisão perpétua, é inegável que a nova legislação penal, em comparação com as Ordenações, apresentou substanciais melhorias, tais como o aperfeiçoamento da estruturação e tipificação taxativa dos delitos, a supressão da arbitrariedade dos magistrados na incriminação de condutas por meio da proibição expressa

⁴ PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Livro Quinto. Título CX. “Do que he ferido, ou roubado de noite aas deshoras”. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l5pg372.htm>>. Acesso em 12.12.2018.

⁵ PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. Livro Quinto. Título LXXVI. “Do homem que he ferido de noite”. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l5p109.htm>>. Acesso em 12.12.2018.

⁶ *Idem*. Título XXXVII. “Dos furtos, e que nom traguam gazulas, nem outros artificios para abrir portas, nem as fechem de fora”.

⁷ PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Livro Quinto. Título LX. “Dos furtos e dos que trazem artificios para abrir portas”.

⁸ PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Livro Quinto. Título LXI. “Dos que tomão alguma cousa por força”. Ainda que somente se criminalizasse a “força” como meio violento empreendido para subtrair o bem, portanto, desconsiderando-se a ameaça ou violência após a subtração, trata-se aqui do embrião do atual de crime de “roubo próprio”.

⁹ Considerado por FIGUEIREDO DIAS (2007, p. 69) como “a expressão mais pura do patrimônio ideológico-cultural do Iluminismo Penal”.

do uso da analogia¹⁰, a consagração do princípio da legalidade¹¹, a subdivisão das penas em categorias¹², e a legitimação do poder de punir estatal através da concepção da finalidade de prevenção geral de intimidação da pena, limitada pela proporcionalidade entre a gravidade do fato e a culpa do agente (DIAS, 2007, p. 66-67)¹³.

Especificamente quanto ao crime de roubo, verifica-se uma significativa modificação, pois além da violência, a ameaça contra pessoas também passou a ser considerada elemento do tipo penal. Todavia, não foram feitas distinções legais sobre o momento ou a finalidade do emprego destes meios durante a subtração do bem¹⁴.

Não obstante as substanciais reformas aplicadas ao Código Penal português de 1852, nomeadamente em 1867 e 1884, ao que nos interessa para o presente estudo, as únicas reformulações relevantes que incidiram sobre o crime de roubo¹⁶ foi a abolição das penas de morte e de prisão perpétua¹⁷ (MATTA, 1911, p. 273-291).

Na sequência, em 1886 surge “uma nova codificação penal”¹⁸, que além de ser mais organizada que sua antecessora¹⁹, suavizou “as asperezas do código anterior” (MATTA, 1911, p. 291-292). Explica-se: sem preterir das finalidades retributiva e preventiva geral da pena, o legislador reorientou a lógica do sistema punitivo, objetivando sua harmonização com a finalidade preventiva especial. Deste modo, elegeu a pena de prisão como sanção retributiva

¹⁰ PORTUGAL. *Código Penal de 1852*. Artigo 18.º. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf>>. Acesso em 12.12.2018.

¹¹ *Idem*. Artigo 5.º. Trata-se aqui do *nullum crimen, nulla pena sine lege*.

¹² PORTUGAL. *Código Penal de 1852*. Artigos 29.º-31.º. Dividiam-se em “penas maiores”, “penas correcionaes” e “penas especiaes para empregados públicos”.

¹³ Neste sentido, destaca-se que o legislador optou por elencar longas listas de circunstâncias agravantes (art. 19.º) e atenuantes (art. 20.º), tencionando a maior proporcionalmente entre a quantificação da pena aplicada e a culpa do arguido.

¹⁴ PORTUGAL. *Código Penal de 1852*. Artigos 432.º.

¹⁵ Duas notas complementares sobre o roubo no Código Penal português de 1852: (i)- o latrocínio era punido com a pena de morte; e (ii) – o emprego de arrombamento, escalamento ou chaves falsas para efetuar a subtração de um bem era enquadrado no crime de roubo, e não de furto qualificado como é atualmente, pois tais recursos eram compreendidos à época como “violência contra a pessoa”, em especial se as vítimas se encontrassem dentro da residência no momento da execução do delito.

¹⁶ PORTUGAL. “*Nova Reforma Penal*” de 1884. Artigo 432.º. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1272.pdf>>. Acesso em 12.12.2018.

¹⁷ *Idem*. Artigo 50.º

¹⁸ Não se trata de um novo Código Penal propriamente dito, e sim a (re)publicação do Código Penal português de 1852 com as modificações elaboradas em 1884.

¹⁹ Reputa-se a melhor organização pelo fato de que o Código Penal de 1886 era subdividido em dois livros: um tratando sobre a parte geral, e outro sobre os crimes em espécie.

principal e nuclear do ordenamento, objetivando não somente a intimidação individual e coletiva, como também a reinserção social do arguido²⁰ (DIAS, 2007, p. 71).

Todavia, tanto no texto inicial do Código Penal português de 1886, quanto nas sucessivas alterações que foi submetido até sua substituição pela legislação atual, o delito de roubo não sofreu alterações significativas em relação ao diploma anterior, motivo pelo qual não aprofundaremos a análise deste diploma legal.

Finalmente em 1982, com a vigência do atual Código Penal português, o legislador formaliza a criação do tipo penal denominado de “violência depois da subtração”. Com isso, sucessivas discussões jurídicas foram desencadeadas, especialmente nos Tribunais, a fim de compreender as consequências práticas desta nova tipificação penal, de modo que o presente estudo tenciona abordar alguns pontos substanciais da temática.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DEPOIS DA SUBTRAÇÃO E SEUS EVENTUAIS DESDOBRAMENTOS

3.1 Considerações iniciais e a supressão desencadeada na reforma de 1995

Inicialmente, destaca-se que inspirado nos ordenamentos suíço, austríaco e alemão (ALEGRE, 1988, p. 88) (ALBUQUERQUE, 2015, p. 829), o legislador criou com o artigo 307.º do Código Penal de 1982 um tipo penal até então inexistente no direito português²¹: incriminou a atuação do sujeito que ao ser surpreendido em flagrante delito de furto, faz uso dos mesmos meios previstos no crime de roubo, mas que direciona a finalidade da sua conduta para a conservação ou não restituição da coisa, ou para evadir a si ou seus participantes da ação da justiça²².

Denomina-se este tipo penal como “violência depois da subtração” ou “roubo impróprio”, justamente porque não obstante os meios empregados sejam os mesmos previstos

²⁰ PORTUGAL. *Código Penal de 1886*. Artigo 55.º. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>>. Acesso em 12.12.2018.

²¹ Diz-se que há uma nova incriminação, pois na vigência do Código Penal de 1886 estes fatos eram punidos através do concurso de crimes entre o furto e a violência subsequente, já que os meios empregados são posteriores à subtração, e não como forma de apropriação do bem (GONÇALVES, 2005, p. 723).

²² PORTUGAL. *Código Penal de 1982*. Artigo 307.º. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=6&so_miolo=>>. Acesso em 12.12.2018.

no “roubo próprio”, a substancial diferença entre ambos os delitos reside no momento em que a violência é aplicada, e na finalidade a que é dirigida.

Isso significa que apesar de salvaguardarem os mesmos bens jurídicos, o roubo “impróprio” não representa mera criminalização de modalidade diversa do roubo “próprio”. Isto porque a “violência depois da subtração” incrimina uma ação desencadeada após (e não antes, como na forma tradicional) a subtração, direcionada ao sujeito que faz uso dos meios previstos no crime de “roubo próprio”, a fim de manter (conservar ou não restituir, em termos legais) a coisa, ou se evadir da ação da justiça.

A primeira nota de destaque é que com a reforma desencadeada em 1995 no Código Penal português, suprimiu-se a segunda vertente do tipo penal (agora presente no artigo 211.^{o23}), não sendo mais incriminado através deste artigo a ação do agente que emprega meios previstos no artigo 210.^o, a fim de eximir a si ou seus participantes da ação da justiça.

Entendemos que a opção do legislador em encurtar o grau de abrangência do tipo penal é totalmente coerente, pois o “roubo impróprio” é um crime complexo e que visa proteger dois bens jurídicos distintos: o patrimônio (a propriedade e a detenção de coisas móveis) e a pessoa (a liberdade de ação e decisão, a integridade física, e até mesmo, em casos mais limítrofes, a vida) (DIAS; CUNHA, 2000, p. 160 e 193).

Portanto, torna-se ilógica a criminalização, por meio deste artigo, do emprego de meios violentos para se evadir da ação da justiça, já que esta conduta não guarda conexão com nenhum dos dois bens jurídicos supracitados. Pelo contrário, os atos descritos reservam maior proximidade com outros crimes do Código Penal português, como o de resistência e coação sobre funcionário (presente no artigo 347.^o), que está arquitetado dentro dos crimes contra o Estado (mais especificamente contra a autoridade pública) (DIAS; CUNHA, 2000, p. 193).

Deste modo, compreendemos que a principal consequência prática da supramencionada supressão do artigo é que, no exemplificativo caso do sujeito surpreendido por policial em situação de flagrante delito de furto, que abandona a *res furtiva* e usa contra o agente da lei algum dos meios violentos descritos no artigo 210.^o a fim de se evadir da ação da justiça, estar-se-á configurado não mais o crime de “roubo impróprio”, e sim o concurso

²³ PORTUGAL. *Código Penal de 1982, versão consolidada posterior a 1995*. Artigo 211.^o. Disponível em: <<http://www.codigopenal.pt/>>. Acesso em 12.12.2018.

efetivo²⁴ entre os crimes de furto (art. 203.º) e resistência e coação sobre funcionário (art. 347.º)²⁵.

Neste sentido, imprescindível atentarmos aos ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS (2007, p. 1006), que admite o concurso efetivo de crimes quando “a pluralidade de normas típicas concretamente aplicáveis ao comportamento global [...] revela uma pluralidade de sentidos sociais de ilicitude que, segundo o mandamento da esgotante apreciação contido na proibição jurídico-constitucional de dupla valoração, devem ser integralmente valorados para efeito de punição”.

Deste modo, fundamentamos nosso entendimento na ideia que a “conduta global” do agente preenche a “pluralidade de sentidos sociais de ilicitude” (DIAS, 2007, p. 1006), sem configurar dupla valoração da ação. Isto porque o “sujeito A” perpetrou duas condutas distintas e autônomas entre si, quais sejam a subtração de determinado bem pertencente a “vítima B” e o uso de meios violentos contra o “policial C” para se evadir da ação da justiça, verificando-se, portanto, a violação de dois bens jurídicos distintos.

Com isso, além de não indicar uma relação de especialidade, subsidiariedade ou consunção entre si²⁶, cada uma das condutas apresenta finalidade própria e atinge vítimas distintas, motivo pelo qual entendo que há o efetivo preenchimento da pluralidade de sentidos sociais de ilicitude, e a consequente configuração do concurso efetivo de crimes, na modalidade heterogênea²⁷²⁸.

Como última nota, vale destacar que no exemplo supracitado, esta avaliação pode ser modificada a depender da situação específica e do tipo ilícito antecedente que for

²⁴ PORTUGAL. *Código Penal de 1982, versão consolidada posterior a 1995*. Artigo 30.º, n.º 1.

²⁵ No caso em tela, é imprescindível que haja o abandono da *res furtiva*, de modo que o meio violento empregado seja unicamente dirigido para garantir a evasão da ação da justiça. Por outro lado, se determinado sujeito estiver em situação similar, mas mantiver a posse da coisa, pode-se compreender que além da evasão da ação da justiça, tencionava também a manutenção da *res furtiva*, podendo-se configurar o crime do artigo 211.º do Código Penal português.

²⁶ Estes são os critérios majoritariamente conhecidos como determinantes para configurar o concurso aparente de crimes.

²⁷ PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 970/08.OPEOER.L1-9*. Relator Abrunhosa de Carvalho, Lisboa, 22 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018. No caso em tela, partindo do critério de interpretação do bem jurídico violado, o julgador entendeu de modo semelhante, reconhecendo a existência de concurso efetivo entre os crimes de injúria e resistência e coação sobre o funcionário.

²⁸ Embora não seja o escopo principal da presente pesquisa, é possível reforçar este entendimento a partir de uma perspectiva positivista sobre o critério teleológico do Código Penal, já que a primeira parte do n.º 1 do artigo 30.º elenca o número de tipos de crimes efetivamente cometidos como fator determinante para verificação do número de delitos cometidos.

vislumbrado. Deste modo, é cristalino que a “violência depois da subtração” está intrinsicamente conectada com um ponto fundamental e de grande divergência doutrinária, qual seja a questão do crime antecedente, tema que será melhor abordado na sequência.

3.2 O crime antecedente

Delimitar quais crimes podem configurar o fato ilícito prévio do “roubo impróprio” é um dos pontos mais substanciais de análise no estudo do tipo penal. Contudo, não obstante a relevância do tema e as consequências práticas decorrentes, verifica-se grande divergência doutrinária, de modo tentaremos compilar e analisar os principais posicionamentos existentes, posicionando-nos ao final da explanação.

De modo preliminar, a fim de facilitar a compreensão dos posicionamentos doutrinários e tendo em vista a possibilidade do “roubo impróprio” ser perpetrado contra vítimas diferentes (ou seja, prescinde-se que a vítima da subtração seja a mesma pessoa que porventura sofra com a violência posterior), partiremos de duas situações hipotéticas:

- (i) – nos casos em que se falar em “mesma vítima”, imagine-se que o “agente A” rouba determinado bem da “vítima B”, e logo em seguida, ainda em flagrante delito, aplica contra este mesmo ofendido algum dos meios violentos descritos no artigo 210.º, a fim de conservar ou não restituir o bem subtraído; e
- (ii) – por outro lado, ao tratarmos de “vítimas diferentes”, represente-se que o “agente A” rouba coisa que pertence a “vítima B”, e posteriormente, também em flagrante delito, é surpreendido pelo “terceiro C”, aplicando contra este algum dos meios previstos no artigo 210.º, visando a conservação ou não restituição do bem.

Vencida esta questão, iniciaremos pelas concepções dos doutrinadores que entendem que a “violência depois da subtração” admite tanto o furto quanto o roubo como fato ilícito prévio.

Apesar de discordarmos desta corrente doutrinária, inicia-se pela concepção elaborada por PINTO DE ALBUQUERQUE (2015), a qual entendemos ser a menos cabível dentre todas as analisadas durante a elaboração do presente estudo.

Advoga o autor que nos casos em que houver unicidade da vítima, haverá a consunção do crime de “violência depois da subtração” pelo “roubo”, de modo que a “segunda violência” se torna um “fato posterior não punível”. Por outro lado, tratando-se de vítimas diferentes,

compreende a existência de concurso efetivo entre os crimes de “roubo” e “violência depois da subtração”, embasado no fato de que a violência foi empregada contra duas pessoas distintas (ALBUQUERQUE, 2015, p. 832).

Sem prejuízo das demais críticas que serão posteriormente desenvolvidas acerca da possibilidade do roubo figurar como fato típico antecedente, entende-se que a adoção deste específico entendimento acarretaria na violação da proibição de dupla valoração da conduta.

Explico: tendo em vista que os delitos de “roubo (próprio)” e “violência depois da subtração” englobam os crimes de furto e de coação/ofensa à integridade física (DIAS; CUNHA, 2000, p. 160)²⁹, não há que se falar em concurso efetivo entre os artigos 210.º e 211.º do Código Penal português, independentemente do número de ofendidos atingidos. Isto porque embora não se desconsidere a pluralidade de vítimas e o efetivo emprego de duas violências com finalidades distintas, a subtração já está consubstanciada no “roubo”, não podendo esta mesma subtração configurar eventual “violência depois da subtração” subsequente, sob pena de ser valorada duas vezes³⁰.

MIGUEZ GARCIA (2011, p. 193-194) (RIO, 2015, p. 935), por sua vez, interpreta que sempre que o crime antecedente for o de roubo, independente da violência depois da subtração ser cometida contra a mesma vítima ou contra terceiro, estará configurado concurso efetivo de crimes entre o roubo e o delito vislumbrado na sequência.

Contudo, o autor assume que se o primeiro fato configurar “roubo simples” (art. 210.º, n.º 1) e a segunda violência for punível nos termos do “roubo qualificado” (art. 210.º, n.º 2), trata-se de concurso aparente de crimes, com a consequente consunção do roubo pela violência depois da subtração.

FERREIRA DA CUNHA (2000, p. 198) segue similar linha de pensamento, pois compreende que havendo vítimas distintas, verifica-se o concurso efetivo entre o roubo e o crime posterior. Entretanto, se uma só vítima sofrer ambas as violências, advoga que há

²⁹ Trata-se aqui da coação em sentido genérico, já que o tipo engloba a subtração (nomeadamente o furto) e a posterior violência ou ameaça empregada, que varia de caso a caso na verificação de qual tipo penal é preenchido.

³⁰ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 07P803*. Relator Soreto de Barros, Lisboa, 02 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018. De certo modo o Supremo Tribunal de Justiça corrobora este entendimento, pois no caso em tela os julgadores decidiram haver concurso aparente entre furto e violência depois da subtração (consunção daquele por este), fundamentado que o artigo 211.º já protege o bem jurídico patrimonial, o que impossibilita a dupla valoração negativa do elemento subtração.

concurso aparente de crimes, de modo que o “roubo próprio” é consumido pela “violência depois da subtração”, desde que a segunda violência seja mais grave que a primeira.

De outra banda, CARLOS ALEGRE (1988, p. 88), SÁ PEREIRA e LAFAYETTE (2008, p. 567-568)³¹ e MAIA GONÇALVES (2005, p. 723-734) são categóricos ao afirmar que o crime de “violência depois da subtração” somente pode ser configurado quando antecedido pelo delito de furto. Dito de outra forma, os autores refutam expressamente o enquadramento da conduta do agente no artigo 211.º do Código Penal português, quando houver o emprego de qualquer meio violento antes da subtração do bem, pois desta forma estaria configurado o crime de roubo próprio.

Transposta a ideia de alguns dos principais autores portugueses que se manifestam sobre o tema, demonstra-se que apesar da relevância prática desta diferenciação, há pouco consenso doutrinário acerca do assunto. Desta forma, passaremos agora à análise dos fundamentos que embasam as divergentes posições supracitadas.

A primeira corrente, que defende a aplicação do artigo 211.º quando os crimes antecedentes forem roubo ou furto, alicerça-se basicamente em dois fundamentos: (i) – compreende que o legislador busca com a criação do tipo de “violência depois da subtração” criminalizar condutas violentas empregadas para conservar ou não restituir um bem subtraído, podendo esta subtração ser alcançada não somente através de um furto, como também de um roubo; e (ii) – enquadrar condutas no artigo 211.º do Código Penal português somente quando o tipo ilícito prévio for o furto implicaria na injusta impunidade do agente em relação a segunda violência, especificamente no caso que o sujeito utiliza meios violentos para subtrair o bem, e continuar a usá-los para mantê-lo consigo (BARREIROS, 1996, p. 99).

Em contrapartida, os autores filiados à segunda corrente doutrinária advogam que a adoção de entendimento diverso, além de colidir diretamente contra o princípio da tipicidade, representaria incoerência prática, pois se estaria aplicando as penas equivalentes ao crime de roubo ao agente que a elas já está sujeito, porque desde logo já cometeu o delito do artigo 210.º (GONÇALVES, 2005, p. 723-734).

³¹ Entendem os autores que pode haver a consunção do roubo pela violência depois da subtração somente nos casos em que os meios previstos no artigo 210.º forem empregados ainda na fase de execução do roubo, configurando-se uma unidade, isto é, um único crime cometido.

Conforme já adiantado, por ser aquiescente com este segundo entendimento, tencionaremos expor de maneira mais aprofundada a pertinência dos argumentos avocados pela segunda corrente, refutando-se os juízos dissonantes.

Inicialmente, salienta-se que o legislador tipificou de modo categórico que somente se preenche o artigo 211.º do Código Penal português quando o agente for encontrado em “flagrante delito de furto”. Portanto, tem-se por si só excluída a hipótese do cometimento deste crime quando a conduta anterior preencher outro crime patrimonial, nomeadamente o roubo.

Inclusive, parece-nos cristalino que entendimento contrário viola um dos princípios mais caros ao Direito Penal, qual seja o da tipicidade (ou legalidade), de modo que seguimos na esteira de FIGUEIREDO DIAS (2007, p. 177-180)³², ao compreender que eventuais “esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redação funcionam [...] sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido intenção daquele [...] abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos”.

Como reforço deste argumento, compreendemos que se o legislador tencionasse promover o alargamento das hipóteses de preenchimento do artigo 211.º, poderia tê-lo feito, por exemplo, durante a reforma legislativa do Código Penal português desencadeada em 1995, oportunidade em que, como já apontado, alterou a redação deste artigo penal.

Contudo, considerando que a modificação do texto legal se restringiu a suprimir a segunda vertente do antigo artigo 307.º, o legislador demonstrou que o artigo 211.º se limita a incriminar a conduta do agente que faz uso de meios violentos para manter consigo a posse da coisa subtraída por meio de furto, sendo vedado o uso de interpretação extensiva ou analógica (neste caso, *in malam partem*) para acrescentar elementar típica não prevista na lei, sob pena de se ferir o princípio da tipicidade.

Neste sentido, corrobora-se o entendimento que a não alteração do texto legal simboliza uma opção (e não omissão) do legislador, pois em 1993 (ou seja, antes da reforma desencadeada em 1995), já existiam discussões acerca do tipo ilícito antecedente ao “roubo

³² Destaca-nos o autor que o princípio da legalidade significa que somente poderá haver crime ou pena quando resultarem de lei prévia, escrita, estrita e certa. Ou seja, a punição de determinada conduta deve obedecer exatos limites legais previamente estabelecidos. Ainda, especificamente quanto ao *nullum crimen sine lege*, refere a impossibilidade de haver a punição de uma conduta, por mais nociva e reprovável que possa ser, sem que o legislador a tenha criminalizado anteriormente.

impróprio”, tendo o Supremo Tribunal de Justiça manifestado seu entendimento no sentido de que o crime (à época) previsto no artigo 307.º do Código Penal português somente poderia ser cometido quando o agente fosse surpreendido em flagrante delito de furto, comprovando que não se trata de uma modalidade alternativa do roubo próprio³³, e sim de um crime autônomo, com seus próprios elementos objetivos e subjetivos.

Aliás, entendimento este que ainda é encabeçado pelo Supremo Tribunal de Justiça, pois conforme se verifica em Acórdão de 02.04.2008³⁴, na análise de dois fatos distintos, decidiram os julgadores que houve o crime de “violência depois da subtração” na sequência de um delito de furto, ao passo que em um segundo momento, corroboraram a impossibilidade de preenchimento do artigo 211.º quando o fato típico antecedente for o crime de roubo, sob pena de se estar violando o princípio da tipicidade³⁵.

Por outro lado, o segundo argumento levantado pela primeira corrente doutrinária pode ser contraposto porque não há que se falar em injusta impunidade de agentes que empreguem meios violentos dirigidos para manter o bem subtraído, somente pelo fato de não serem incriminados pelo delito do artigo 211.º do Código Penal português.

Isto porque, conforme já destacado, o roubo nada mais é que a consunção de um furto com uma coação/ofensa à integridade física aplicada para atingir a subtração. Deste modo, o emprego destes mesmos meios violentos, mas para finalidades diversas (como a manutenção do bem subtraído) constituem tipos penais autônomos, que podem ou não, a depender do caso concreto, configurar o concurso efetivo de crimes. Para tanto, deve-se analisar fatores como a pluralidade de vítimas, a situação de flagrante delito (e em qual modalidade), bem como se há um “ilícito socialmente dominante” que fornece o “sentido do fato global” (DIAS, 2007, p. 1026).

³³ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 042987*. Relator Guerra Pires, mLisboa, 15 de abril de 1993. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018.

³⁴ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 07P803*. Relator Soreto de Barros, Lisboa, 02 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018. Destaca-se que por terem cometido um crime de roubo, não há como imputar aos arguidos o delito previsto no artigo 211.º do Código Penal português, pois a violência aplicada posteriormente não se deu em situação de flagrante delito de furto.

³⁵ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 06P2430*. Relator Sousa Fonte, Lisboa, 02 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018. Neste mesmo sentido é o julgado em questão, ao afirmar que “[n]o crime de violência depois da subtração o emprego da violência segue-se à prática do furto, visando a conservação dos bens subtraídos”.

Não obstante a isso, tendo em vista que tratamos aqui de casos práticos bastante limítrofes, a (im)punidade do agente não fica condicionada ao enquadramento da sua conduta no artigo 211.º, tampouco sendo razoável a utilização de meios que violam o princípio da tipicidade ou implicam em interpretação analógica *in malam partem* a fim de se alcançar o resultado desejado, já que o caminho ideal seria a reforma legislativa.

Vencida a discussão sobre a limitação material do crime antecedente, resta-nos agora discutir sobre a delimitação geográfica e temporal prevista no artigo 211.º do Código Penal português, que também exerce grande influência no preenchimento do tipo penal em questão.

3.3 As delimitações presentes no artigo 211.º

Conforme já referido neste estudo, além do pormenor do tipo ilícito antecedente, a finalidade que norteia e o momento de emprego dos meios violentos é uma das substanciais diferenças entre os crimes previstos nos artigos 210.º e 211.º do Código Penal português, de modo que no roubo, a violência, ameaça ou impossibilidade de resistência são utilizados em momento anterior, ainda para alcançar a subtração do bem, ao passo que na violência depois da subtração, estes são orientados para a manutenção da posse da *res furtiva*.

Contudo, a simples menção desta diferenciação é insuficiente para esgotar a delimitação material existente no artigo 211.º. Portanto, a fim de complementar o estudo, é imprescindível analisar as consequências do emprego dos meios violentos dentro e fora da situação de “flagrante delito de furto”, e a consequência deste lapso espaciotemporal no enquadramento da conduta do agente.

Nesta senda, adianta-se que o delito previsto no 211.º do Código Penal português compreende duas delimitações, de ordem mínima e máxima. A primeira, de natureza temporal, e portanto é intrinsecamente conectada ao momento da aplicação dos meios violentos, é encarregada de determinar se a conduta do agente se enquadra no crime de roubo próprio ou impróprio.

Por sua vez, a delimitação máxima é de natureza “espaciotemporal” (DIAS; CUNHA, 2000, p. 196) e está vinculada a situação de flagrância do agente no emprego da segunda conduta, extraindo-se desta se a ação deve ser enquadrada no crime de “violência depois da subtração” ou de furto em concurso efetivo com o tipo penal que configurar a agressão posterior.

Insta salientar, portanto, que a dupla natureza (temporal e geográfica) da delimitação máxima se caracteriza pela sua específica ligação com o momento e o local da prática dos atos violentos subsequentes, de modo que neste caso, o concurso aparente³⁶ ou efetivo³⁷ de crimes é determinado pela cessação ou não da situação de flagrância.

3.3.1 A delimitação mínima

Conforme preleciona MIGUEZ GARCIA (2011, p. 67), o momento de consumação do delito de furto ainda representa dissenso doutrinário e jurisprudencial. Deste modo, o autor refere que há uma “guerra das palavras latinas”, em alusão à vasta gama de teorias existentes sobre o tema, das quais se destacam as seguintes: *contrectatio*, *amotio* (ou *apprehensio*), *ablatio* e *illatio*, e que serão analisadas com grande brevidade, a fim de auxiliar na elucidação da delimitação mínima da “violência depois da subtração”.

Começando pelos entendimentos limítrofes, a teoria da *contrectatio* foi criada em meados do século XIX, e admite o mero contato físico do agente com a coisa como suficiente para consumir o furto. Por sua vez, a *illatio* pressupõe que o delito de furto se consuma somente quando o agente dispor da posse mansa e pacífica da *res furtiva*. Diante das extremidades apresentadas, ambos os entendimentos estão atualmente superados (GARCIA; RIO, 2015, p. 886) (DIAS; COSTA, 2000, p. 48).

De outra banda, a substancial discussão acerca do tema se mantém adstrita entre as teorias da *amotio* (*apprehensio*) e *ablatio*, as quais admitem a consumação do furto, respectivamente, quando o agente desloca e exerce controle de fato sobre o bem, e quando além do deslocamento da coisa, há sua retirada da esfera de custódia do proprietário ou detentor.

Ademais, insta salientar que nosso entendimento sobre a delimitação mínima da “violência depois da subtração” segue na esteira de SÁ PEREIRA e LAFAYETTE (2008, p.

³⁶ Diz-se concurso aparente de crimes, pois a violência depois da subtração compreende a consunção dos delitos de furto, furto qualificado, coação, ofensa à integridade física e homicídio negligente. A excepcional questão do homicídio doloso ou da tentativa de homicídio será melhor explanada na sequência.

³⁷ Por outro lado, se cessada a situação de flagrância do furto, e o agente, surpreendido pelo ofendido ou terceiro, faz uso de algum dos meios violentos para conservar ou não restituir a *res furtiva*, verifica-se concurso efetivo entre o furto (simples ou qualificado) e a violência posterior (coação, ameaça, ofensa à integridade física ou homicídio negligente).

567), de modo que compreendemos que o enquadramento da conduta do agente no artigo 211.º prescinde a consumação do furto anterior.

Em termos práticos – e aqui importa a breve menção às teorias consumativas do furto – compreende-se que a “violência depois da subtração” tem relação de consunção com o crime de furto, independentemente se este for simples ou qualificado, tentado ou consumado. Deste modo, admitimos que a conduta do agente seja enquadrada no artigo 211.º desde o início da *amotio*, ou seja, a partir do início da subtração, quando o agente deslocar a coisa do local que anteriormente se encontrava e exercer sobre ela algum domínio de fato, ainda que isso, conforme preleciona FARIA COSTA, não seja elemento suficiente para consumir o furto (DIAS; COSTA, 2000, p. 50).

Embasa-se este raciocínio a partir da seguinte interpretação dos elementos do artigo 211.º: somente se conserva o que se está a subtrair, ao passo que somente se restitui o que já foi subtraído (PEREIRA; LAFAYETTE, 2008, p. 566). Desta forma, desde o momento em que o agente agarrar e trazer consigo o bem (*amotio*), independentemente da sua retirada da esfera de custódia do proprietário (*ablatio*), compreende-se que eventual emprego de meio violento contra a vítima ou terceiro não será direcionado para subtrair o bem, e sim para garantir a manutenção (conservar ou não restituir) a posse da coisa.

Deste modo, assumir que a subtração em curso é elemento imprescindível para a configuração da “violência depois da subtração”, independentemente da consumação do furto, demonstra a intrínseca relação dos crimes previstos nos artigos 210.º e 211.º do Código Penal português com a intenção do agente, pois no “roubo próprio” o agente desde o início tenciona efetuar uma subtração violenta, ao passo que no “roubo impróprio” o desígnio inicial é de realizar uma subtração sem violência (furto), mas que por algum motivo inesperado se transforma em violenta durante (não após) a execução da subtração (GRECO, 2015, p. 61) (HUNGRIA, 1955, p. 53) ou até mesmo após a consumação do furto, desde que ainda verificada a situação de flagrante delito.

Apesar das parciais³⁸ e completas³⁹ ressalvas doutrinárias acerca deste entendimento, nossa posição é reforçada pela redação atual do artigo 211.º, que exige que o agente seja

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; CUNHA, Conceição Ferreira. Violência depois da subtracção..., p. 197. Embora bastante semelhante ao entendimento por nós adotado, DIAS e CUNHA (2000, p. 197) compreendem que o artigo 211.º não pode abarcar o flagrante delito propriamente dito (ou seja, o momento em que o agente “ainda

surpreendido em “flagrante delito de furto”. Neste sentido, a lei processual penal portuguesa⁴⁰ vigente refere que o início da situação de flagrância não é condicionado pela consumação do delito, pois a modalidade “propriamente dita” assume a hipótese do sujeito que ainda está cometendo o crime (SILVA, 2011, p. 324), o que reforça a já mencionada interpretação de que o elemento “conservar” do artigo 211.º é dirigido aos casos em que a consumação do furto antecedente se encontra pendente.

Como nota complementar, imperioso destacar que nem a efetiva conservação ou não restituição da coisa, nem a adoção de comportamento impeditivo por parte da vítima ou terceiro que surpreende o agente em flagrante são elementos imprescindíveis para a consumação do delito de “violência depois da subtração”. Entendimento também adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça⁴¹, a “violência depois da subtração” é consumada com o simples emprego de meios violentos, dirigidos para a manutenção da *res furtiva* (DIAS; CUNHA, 200, p. 199).

Finalmente, a fim de coadunar os pormenores até então tratados, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.06.2009⁴² representa importante marco. Julgou-se o seguinte fato: o “agente A” adentrou em uma vivenda durante o período da madrugada, tendo agarrado coisa que sabia não ser sua, a fim de subtraí-la. Logo em seguida, ainda dentro da residência, foi surpreendido em flagrante delito de furto pela “vítima B”. Visando eliminar eventual oposição do proprietário e conservar a posse da *res furtiva*, o “agente A” agrediu a “vítima B” com um “bibelot” de madeira e com diversos socos na face. Contudo, restou infrutífera sua tentativa de fuga, de modo que foi capturado pela polícia.

Do que se extrai da supracitada decisão, compreende-se que o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal de Justiça é integralmente harmonizado com aquele que

está a subtrair”), pois a violência empregada neste momento visa efetuar a subtração, e não assegurar a manutenção da posse da *res furtiva*.

³⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal...*, p. 830. ALBUQUERQUE (2015, p. 830), assim como GARCIA e RIO (2015, p. 886), compreendem que a conduta do agente somente pode ser enquadrada no artigo 211.º quando o tipo ilícito antecedente já estiver consumado.

⁴⁰ PORTUGAL. *Código de Processo Penal de 1987*. Artigo 256.º, n.º 1, primeira parte. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em 12.12.2018. “1 - É flagrante delito todo o crime que se está cometendo [...]”.

⁴¹ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 07P803...* “[...] não decorre a necessidade de que o terceiro, o qual surpreende o agente, tenha de assumir uma conduta impeditiva da conservação dos objetos subtraídos na posse deste último”.

⁴² PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 1246/08.9PASNT.L1*. Relator Pires da Graça, Lisboa, 18 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018.

buscamos defender ao logo do presente estudo, especialmente acerca dos seguintes fatores de enquadramento da conduta no artigo 211.º do Código Penal português:

(i) – é suficiente que o agente tenha agarrado a *res furtiva*, não sendo imprescindível a consumação do delito de furto; (ii) – basta que vítima ou terceiro surpreendam o agente em flagrante delito de furto, independente de manifestarem alguma ação direcionada a obstar a subtração; (iii) – o agente faz uso dos meios descritos no artigo 210.º do Código Penal português visando a conservação/não restituição⁴³ da coisa (e não a subtração), de modo que o tipo ilícito antecedente somente pode ser um furto, e jamais um roubo; e (iv) – o insucesso da fuga e/ou da manutenção da *res furtiva* não impedem a consumação do crime de violência depois da subtração, que se dá no emprego da violência.

3.3.2 A delimitação máxima

Conforme já exposto, verifica-se pela delimitação máxima do artigo 211.º do Código Penal português se a conduta do agente será enquadrada no crime de “violência depois da subtração” ou se irá configurar concurso efetivo entre o furto e a agressão subsequente. Ademais, por estar limitada com a cessação da situação de flagrância, tal delimitação apresenta caráter espaciotemporal, nos termos do artigo 256.º do Código de Processo Penal português.

O flagrante delito⁴⁴ é doutrinariamente subdividido em três espécies distintas: (i) – o “propriamente dito” representa a atualidade do crime, ou seja, o delito que se está a cometer, e que conforme exposto, é relevante para a delimitação mínima do artigo 211.º; (ii) – o “quase flagrante delito” ocorre quando o agente é surpreendido tão logo encerre os atos executórios, isto é, quando acabou de cometer o crime e ainda se encontra no local da infração; e (iii) – por fim, na “presunção de flagrante”, o agente é, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa, ou encontrado em posse de objetos ou sinais que demonstrem claramente que acabou de cometer ou participar do crime, sendo esta última classificação a que nos importa neste momento do estudo (SILVA, 2011, p. 324).

⁴³ *Idem*. Entenderam os julgadores que ao agredir a vítima, o arguido “visava, designadamente, manter consigo o monitor, e com o objetivo de eliminar a previsível oposição do dono da casa e encetar a fuga para a rua”.

⁴⁴ PORTUGAL. *Código de Processo Penal de 1987...* Artigo 256.º, n.º 1 e 2.

Apesar de concordarmos com DIAS e COSTA (2000, p. 50) quando refere que não existe e tampouco deve haver medida certa e exata de tempo mínimo de domínio de fato sobre a coisa, que caracterize a consumação do furto ou a posterior cessação da situação de flagrância, compreendemos que a interrupção da condição de flagrante delito é verificada com a conjugação de elementos temporais e geográficos do caso concreto, devendo o agente ter se afastado do local do cometimento do crime, e que por um significativo período de tempo não seja perseguido ou encontrado com objetos ou sinais que demonstrem sua participação no crime.

Deste modo, na esteira do raciocínio construído no presente trabalho, apresentam-se quatro enquadramentos distintos em relação a condutas similares:

- (i) – Caso o agente fizer uso dos meios violentos descritos no artigo 210.º antes de deslocar e exercer algum controle de fato sobre o bem (*amotio*), estará cometendo o crime de “roubo próprio”.
- (ii) – Se o agente usar algum dos meios violentos do artigo 210.º entre o início da subtração/deslocamento da coisa (*amotio*) e a consumação do delito, comete o crime previsto no artigo 211.º, na modalidade “conservar”;
- (iii) – Ainda, se o agente subtrair a coisa e consumir o delito de furto (por exemplo, distanciar-se do local e retira o bem da esfera de vigilância da vítima), mas ainda se encontrar em situação de flagrância (especificamente o “quase flagrante” e a “presunção de flagrante”) quando usar os meios violentos do artigo 210.º contra a vítima ou terceiro, comete o delito de “violência depois da subtração”, na modalidade “não restituir”;
- (iv) – Por fim, estando o agente nas mesmas circunstâncias do “exemplo (iii)” e agir da forma lá descrita, porém quando já cessada a situação de flagrância, verifica-se o concurso efetivo entre os delitos de furto e do ato violento posterior.

Portanto, conclui-se que a “violência depois da subtração” é um delito que encontra delimitações espaciotemporais de enquadramento entre o início da subtração/deslocamento da coisa (*amotio*) e a cessação da situação de flagrante, de modo que os atos violentos praticados antes ou depois deste recorte podem configurar, respectivamente, o delito de “roubo próprio” ou concurso efetivo de crimes (PEREIRA; LAFAYETTE, 2008, p. 566).

3.3.3 A exceção do homicídio doloso

Como derradeira nota, imperioso destacar uma exceção de grande relevância prática em relação as duas delimitações e quatro situações expostas acima: a questão dos meios violentos empregados e sua relação com o homicídio doloso.

Resta-nos inequívoco a esta altura do estudo que a consumação da “violência depois da subtração”, além da finalidade de conservar ou não restituir os bens subtraídos e da situação de flagrância, depende do emprego dos meios descritos no artigo 210.º.

Ainda, salienta-se que com a vigência do atual Código Penal português, o latrocínio foi excluído do âmbito material do “roubo próprio”⁴⁵, de modo que este crime somente apresenta relação de consunção entre o furto (simples ou qualificado, tentado ou consumado) e os delitos de coação, ameaça, ofensa corporal (simples ou grave) e homicídio negligente (DIAS; CUNHA, 200, p. 177-178 e 191).

Deste modo, ainda que em flagrante delito e dirigindo sua atuação para garantir a manutenção da posse da *res furtiva*, caso o meio violento eleito pelo agente for o homicídio doloso, consumado ou tentado, não haverá unidade de ação, e consequentemente não há como se enquadrar sua conduta no artigo 211.º do Código Penal português.

Portanto, concluindo-se que o crime de “violência depois da subtração” jamais será observado após atentado doloso contra a vida da vítima ou terceiro, o que se verifica no caso em tela será o concurso efetivo entre os crimes de furto (tentado ou consumado) e homicídio doloso (também tentado ou consumado).

Conforme Acórdão de 16.10.2008⁴⁶, o Supremo Tribunal de Justiça demonstrou ser compartilhar deste entendimento ao julgar o seguinte fato: os arguidos, em meio a execução de um crime de furto qualificado, foram surpreendidos em flagrante delito pela vítima, de modo que um dos agentes, a fim de garantir a conservação dos bens subtraídos, efetuou dois disparos de arma de fogo na direção do ofendido, causando-lhe diversas lesões.

⁴⁵ Figura até então presente no art. 433.º do Código Penal português de 1886.

⁴⁶ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 08P2811*. Relator Santos Carvalho, Lisboa, 16 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018.

Entenderam os magistrados que com a ação supracitada, os arguidos tencionavam a morte da vítima, o que não se concretizou por circunstâncias alheias à sua vontade. Além disso, por não haver nenhum meio previsto no artigo 210.º que corresponda com a conduta perpetrada, os julgadores corretamente decidiram que não se trata de “violência depois da subtração”, e sim de concurso efetivo entre furto qualificado e homicídio tentado (GARCIA; RIO, 2015, p. 936).

4 CONCLUSÃO

Buscou-se através do presente estudo elucidar alguns dos pontos doutrinários mais controversos sobre o crime de “violência depois da subtração”, nomeadamente a questão do tipo ilícito antecedente e da delimitação espaciotemporal de enquadramento da conduta. Para tanto, além de elencar os principais posicionamentos doutrinários, tencionamos rebater posições contrárias e expor de modo crítico e fundamentado a nossa concepção sobre tais questões, valendo-nos de entendimentos já consolidados pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Dito isto, não obstante as particularidades que podem aparecer nos casos concretos, onde devem ser observadas as delimitações espaciotemporais do artigo 211.º e os preceitos básicos do concurso de crimes, especificamente se a(s) conduta(s) global(is) do agente preenche(m) a pluralidade de sentidos sociais de ilicitude, ou se há entre elas uma relação de consunção, especialidade ou subsidiariedade, conclui-se que além de ser cometido somente na sequência de um delito de furto, a “violência depois da subtração” criminaliza o agente que emprega algum dos meios violentos previstos no artigo 210.º para conservar ou não restituir a coisa subtraída, bastando a mera utilização destes para a consumação do delito, independentemente da manutenção da posse da *res furtiva*.

Não obstante a isso, elucidou-se que a delimitação espaciotemporal do “roubo impróprio” vai desde o momento em que o agente desloca e exerce algum controle de fato sobre a coisa, até a cessação da situação de flagrante delito de furto. Caso o emprego dos meios violentos extrapole estes momentos, haverá respectivamente o crime de “roubo próprio”, ou o concurso efetivo entre o furto e a violência desencadeada posteriormente.

Destaca-se ainda que a ameaça, violência ou colocação em estado de impossibilidade de resistência desencadeada contra o ofendido ou terceiro (que também figura como possível vítima do delito, ainda que não seja o proprietário ou detentor da coisa) jamais poderá

configurar atentado doloso contra sua vida, pois este meio extrapola os limites previstos no artigo 210.º, desta forma, configurando concurso efetivo entre o furto e o homicídio doloso (tentado ou consumado).

Como nota final, embora seja uma criação relativamente recente do legislador português, a “violência depois da subtração” é um tema carecedor de maior aprofundamento técnico e acadêmico, especialmente porque é um tipo penal que protege múltiplos bens jurídicos e possui uma limítrofe relação com outros delitos, podendo gerar consequências diversas na situação fática. Além disso, a interpretação e aplicação do delito em questão apresenta intrínsecas conexões com temas da parte geral do direito penal, tais como o concurso de crimes e o princípio da legalidade.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.

ALEGRE, Carlos. Crimes Contra o Patrimônio – Notas ao Código Penal. In: *Cadernos da Revista do Ministério Público*, n.º 3. Editorial Minerva, Lisboa, 1988.

BARREIROS, José António. *Crimes contra o patrimônio*. Universidade Lusíada, Lisboa, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. Editora Saraiva, São Paulo, 2011.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Tomo 1º*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1967.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral. Tomo I*. Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

_____; COSTA, José de Faria. Furto – art. 203.º. In: *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Coimbra Editora. Coimbra. 2000.

_____; CUNHA, Conceição Ferreira. Roubo – art. 210.º e Violência depois da subtração – art. 211.º. In: *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Coimbra Editora. Coimbra. 2000.

GARCIA, M. Miguez. *O Direito Penal Passo a Passo. Vol. II*. Almedina, Coimbra, 2011.

_____; RIO, J. M. Castela. *Código Penal Parte geral e especial*. Almedina, Coimbra, 2015.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português*. Almedina. Coimbra, 2005.

- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Vol. III. Impetus, Niterói, 2015.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VII. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1955.
- MATTA, José Caeiro da. *Direito Criminal Português: Volume I*. F. França Amado Editor, Coimbra, 1911.
- PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre. *Código Penal Comentado e Anotado*. Quid Juris, Lisboa, 2008.
- PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 042987. Relator Guerra Pires, Lisboa, 15 de abril de 1993. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018.
- PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 06P2430. Relator Sousa Fonte, Lisboa, 02 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018.
- PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 07P803. Relator Soreto de Barros, Lisboa, 02 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018.
- PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 08P2811. Relator Santos Carvalho, Lisboa, 16 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018.
- PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 1246/08.9PASNT.L1. Relator Pires da Graça, Lisboa, 18 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018.
- PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n.º 970/08.0PEOER.L1-9. Relator Abrunhosa de Carvalho, Lisboa, 22 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12.12.2018.
- PORTUGAL. Código de Processo Penal de 1987. Artigo 256.º, n.º 1, primeira parte. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em 12.12.2018.
- PORTUGAL. Código Penal de 1852. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf>>. Acesso em 12.12.2018.

PORTUGAL. Código Penal de 1886. Disponível em:
<<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>>. Acesso em 12.12.2018.

PORTUGAL. Código Penal de 1982. Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nverso=6&so_miolo=>>. Acesso em 12.12.2018.

PORTUGAL. Código Penal de 1982, versão consolidada posterior a 1995. Disponível em:
<<http://www.codigopenal.pt/>>. Acesso em 12.12.2018.

PORTUGAL. “Nova Reforma Penal” de 1884. Artigo 432.º. Disponível em:
<<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1272.pdf>>. Acesso em 12.12.2018.

PORTUGAL. Ordenações Afonsinas. Livro Quinto. Título CX. “Do que he ferido, ou roubado de noite aas deshoras”. Disponível em:
<<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l5pg372.htm>>. Acesso em 12.12.2018.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Livro Quinto. Título CXXXVIII. Das pessoas que são escusas de haver penal vil. Disponível em:
<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>. Acesso em 12.12.2018.

PORTUGAL. Ordenações Manuelinas. Livro Quinto. Título LXXVI. “Do homem que he ferido de noite”. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l5p109.htm>>. Acesso em 12.12.2018.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal. Vol. II*. Editora Babel, Lisboa, 2011.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO E DIREITO PENAL: TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO E POSSÍVEIS RESPOSTAS PENAIS

Gender Violence and Criminal Law: Typification of Femicide and Possible Criminal Answers

LUIZA ANGÉLICA MENDES MESQUITA

Mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: O presente artigo visa descobrir se a tipificação do femicídio/feminicídio é via legítima para a prevenção e erradicação da violência de gênero. Sabe-se que a violência contra a mulher é histórica e estrutural atrelada à sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal. Foi para dar resposta à essa realidade que se insurgiram diversas convenções internacionais. Diante de tais avanços, vários países latino-americanos passaram a realizar reformas para adequar suas legislações aos padrões internacionais de direitos humanos. Nessa toada, deu-se a tipificação do femicídio/feminicídio em diversos países o que pode ser questionado pelo simbolismo penal. Portanto, a partir do estudo comparado e de uma perspectiva crítica – uma análise da tipificação no contexto latino-americano – à luz do Garantismo Penal e do Direito Penal Mínimo busca-se confirmar se essa é ou não uma alternativa legítima e racional em termos de política criminal.

Palavras-chave: Violência de Gênero. Feminicídio. Direito Penal Mínimo. Misoginia. Simbolismo Penal.

Abstract: This article aims to provide if the typification of femicide/feminicide is the legitimate way to prevent and eradicate gender violence. As it is known violence against women is historical and structural, it is related to women's subordinated position in the patriarchal sociocultural order. There is a standard of control and oppression that leads to discrimination, exploration and creation of stereotypes which are passed on between generations and reproduced in a reiterated and multifaceted way in public and private places. In order to react to this situation, many international conventions were created and therefrom, a series of legal reforms were done by Latin-American countries. Thus, the typification of femicide/feminicide occurred in many countries and this must be questioned by the Crime and Punishment Symbolism. Therefore, from a comparative study and from a critical perspective based on a Minimal Criminal Law it is intended to disclose if this is the legitimate way to prevent and eradicate gender violence.

Keywords: Gender Violence. Femicide. Minimal Criminal Law. Misogyny. Crime Symbolism.

1 INTRODUÇÃO

A tipificação do feminicídio, no Brasil, ocorreu por meio da Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. A iniciativa legislativa foi proposta pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher, criada para investigar possíveis omissões do Estado frente à aplicação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006).

A violência contra a mulher por razões de gênero é estrutural e histórica pela sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal. Desta forma, menções e comparações históricas são difíceis de serem feitas haja visto que grande parte das experiências sofridas pelas mulheres não foram documentadas. Ademais, a simples menção de acontecimentos históricos globais seria superficial e esbarraria em um apego enciclopédico para validar o que se pretende defender uma vez que faltariam referências específicas aos contextos históricos e culturais.

Contudo, ainda assim, salienta-se que cada região com suas comunidades tem sua própria história de misoginia e resistência que devem ser conhecidas em prol da luta contra a violência de gênero.

Deste modo, inicia-se o presente trabalho delineando um breve panorama histórico social da violência de gênero bem como seus reflexos nos aspectos legislativos, e por fim, as respostas insurgentes contra essa realidade.

Destarte, conforme será exposto no segundo capítulo, almejando a desconstrução desses cenários, no final do século XX, foram celebradas diversas convenções internacionais buscando medidas e elaborando leis no âmbito interno dos países, especialmente, latino-americanos. Inicialmente, houve a descriminalização de delitos como o adultério, rapto e a sedução. Após, foram editadas leis específicas visando coibir atos de violência contra a mulher no contexto familiar, a exemplo, a Lei Maria da Penha. E finalmente, chegaram as iniciativas e debates sobre a tipificação do femicídio/feminicídio.

Muitos países latinos, como Bolívia, Chile, Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Peru e outros, passaram a justificar a tipificação do feminicídio/femicídio com base na necessidade de visibilizar tais práticas.

Com isso, o termo “feminicídio/femicídio”, até então pouco difundido no Brasil, passou a ser objeto de estudo da Comissão Parlamentar enquanto opção político-criminal. A discussão acerca da tipificação chegou tardiamente no país se comparada ao restante da

América Latina. É na esteira de seus vizinhos latino-americanos e pressionada por uma série de recomendações internacionais, que a Comissão Parlamentar apresentou, em 2013, o Projeto de Lei nº 8.305/2014 para incluir no Código Penal a qualificadora de feminicídio.

Será, portanto, analisado o processo legislativo da tipificação do feminicídio no Brasil desde o uso e apropriação do termo até uma abordagem comparativa dos movimentos tipificadores latino-americanos no terceiro capítulo.

Por fim, busca-se descobrir se a alternativa da tipificação seria legítima à luz dos preceitos do Direito Penal Mínimo e do garantismo penal ou se se trataria de um movimento que ocorreu visando unicamente a aplicação do Direito Penal simbólico sob a ótica do populismo penal patriarcal e implicando um expansionismo ao já inchado Código Penal. Ademais, investiga-se se os resultados dos esforços latino-americanos de combate à violência contra a mulher geraram a diminuição, manutenção ou o crescimento desta.

Tal exame será pautado com base na perspectiva sociológica e histórica, preferencialmente brasileira e por oras latino-americanas, e também a partir das previsões legais e dados estatísticos dos países latino-americanos (Secretaria de Transparência¹, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)², Mapa da Violência contra Mulheres³ e outros órgãos).

No que diz respeito aos métodos, vislumbra-se uma análise sob viés da teoria crítica sustentada pelos fundamentos do direito penal mínimo. Volta-se à compreensão da violência de gênero de modo qualitativo e inserida em uma realidade histórico-social misógina para proposição de alternativas viáveis, adequadas e efetivas em busca da real prevenção e erradicação desta, no sentido de negar medidas que só reforcem o modelo falho brasileiro de tutela penal enquanto sistema em crise⁴.

¹ SECRETARIA DE TRANSPARÊNCIA – SENADO FEDERAL. *Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*, 2013. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf >. Acesso em janeiro de 2017.

² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA – SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Série Pensando o Direito, nº 52, 2015. Disponível em: < http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2015/08/MJ_VCMaspraticasinstitucionais.pdf >. Acesso em janeiro de 2017.

³ WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015 – Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília, 1ª edição, 2015. Disponível em: < http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf >. Acesso em janeiro de 2017.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul e BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43 – 78.

2 BREVE PANORAMA HISTÓRICO DA MISOGINIA NO BRASIL

Como a violência de gênero é fundada em questões históricas atreladas à ordem sociocultural patriarcal cumpre expor o panorama da misoginia no Brasil para uma melhor compreensão desta realidade

Contudo, no que tange especificamente às abordagens e comparações históricas que se pretende fazer, vale relembrar a ressalva feita por Jill Radford e Diana Russell⁵: “Comparações históricas são difíceis de serem feitas uma vez que grande parte das experiências das mulheres está escondida da história. Similarmente, tais constatações genéricas são impossíveis para validar o que se pretende, pois lhes faltam referências específicas dos contextos históricos e culturais”.

Deste modo, o que se vislumbra é um esboço dos principais acontecimentos históricos e legais para contextualizar a misoginia no Brasil a partir da colonização europeia. Isso porque anteriormente tem-se contextos tribais muito específicos, com diversas organizações sociais e também diferentes modelos e meios de colonização do território latino-americano.

Quanto ao momento da colonização, vale pontuar somente a ocupação depredadora dos corpos femininos, no caso, de índias e negras africanas escravizadas⁶. Inicialmente, as índias foram as primeiras mulheres encontradas e exploradas pelos homens brancos tendo sido usadas para as aventuras sexuais dos colonizadores⁷. Posteriormente, no Brasil sedimentou-se a mão de obra escrava africana. As funções das mulheres negras escravizadas dentro da ordem capitalista incipiente eram de produzir bens, prestar serviços e não raramente desempenhar papel de cunho sexual, aos senhores (especialmente as mulatas), e maternal, aos filhos dos senhores, ao passo que o papel da mulher branca era para a procriação de descendentes brancos e puros para dar continuidade à família⁸. Havia um ambiente fortemente patriarcal permeado por um grande controle masculino.

⁵ RADFORD, Jill e RUSSEL, Diana. *Femicide: The Politics of Women Killing*. Tradução livre. New York: Twayne Publishers, 1992, p. 25.

⁶ SEGATO, Rita. *Femigenocídio y feminicídio: una propuesta de tipificación*. Revista Herramienta, n. 49, 2011.

⁷ RAMINELLI, Ronald. *Eva Tupinambá*. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das mulheres no Brasil*. 10. Ed. São Paulo: Contexto, 2017, p. 11 – 44.

⁸ SOUZA, Márcio Ferreira de. Gilberto Freyre e a Representação Feminina na “Introdução à História da Sociedade Patriarcal no Brasil”. *Revista Sociais e Humanas*. Santa Maria, v. 24, n. 02, jul./dez.2011, p. 88 – 100. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/2858> >. Acesso em março de 2017.

Após a vinda da Corte Portuguesa para o Rio de Janeiro, em 1808, surgiram algumas poucas oportunidades de instrução laica para as mulheres. As senhoras portuguesas, francesas e algumas alemãs foram responsáveis por ampliar timidamente o horizonte intelectual da mulher que vivia no Brasil. Quando se fortaleceu uma burguesia no país, instaurou-se uma nova mentalidade que reorganizou a vida doméstica de modo que a mulher da elite passou a marcar presença em eventos da vida social. Todavia, ainda cumprindo papéis de esposas, mães e mulheres modelares⁹.

No início do século XX, com a crescente industrialização, as mulheres adentraram o mercado de trabalho ocupando posições de operárias, secretárias e professoras. No entanto, este trabalho era muito mais uma forma de complementação da renda familiar do que um meio para emancipação econômica ou realização profissional da mulher¹⁰. Somente neste período o Movimento Feminista no Brasil se tornou visível com a luta pelo direito ao voto feminino. O voto feminino só foi conquistado em 1932, quando do Código Eleitoral Provisório (Decreto 21.076, de 24 de fevereiro de 1932).

Ainda assim havia claras distinções entre funções desempenhadas por homens e por mulheres no âmbito público. No espaço privado permanecia a submissão e esforços femininos como necessários para um casamento de sucesso de modo que a maternidade e a vida doméstica eram como vocações e marcas de feminilidade¹¹.

Em meados do século XX, houve um crescimento da participação feminina no mercado de trabalho, especialmente no setor de serviços, comércios e serviços públicos, o que demandou uma maior escolaridade das mulheres. A partir da década de 1960, em razão da revolução sexual; da desvalorização da virgindade enquanto moeda de troca; do primeiro marco histórico da liberação civil da mulher por meio do Estatuto de Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962)¹², do maior ingresso de mulheres no mercado de trabalho e etc., o papel da mulher na sociedade brasileira começou a ser lentamente ressignificado.

⁹ D'INCAO, Maria. *Mulher e família burguesa*. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das mulheres no Brasil*. 10. Ed. São Paulo: Contexto, 2017, p. 223 – 240.

¹⁰ RAGO, Margareth. *Trabalho Feminino e Sexualidade*. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das mulheres no Brasil*. 10. Ed. São Paulo: Contexto, 2017, p. 578 – 606.

¹¹ BASSANEZI, Carla. *Mulheres dos Anos Dourados*. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das mulheres no Brasil*. 10. Ed. São Paulo: Contexto, 2017, p. 607 – 639.

¹² O Estatuto de Mulher Casada consagrou o princípio do livre exercício da profissão da mulher casada permitindo que esta ingressasse livremente no mercado de trabalho.

No século XXI, ainda que implicitamente, permanecem as barreiras que dificultam a plena participação e ocupação da maioria das mulheres no espaço público vez que muitas são incumbidas unicamente pelos cuidados da vida doméstica.

2.1 Reflexos do machismo nas legislações brasileiras

Conforme se sabe, a produção jurídico-legal encontra esteio na realidade social. Assim sendo, diante de um cenário nitidamente machista, a legislação brasileira só foi um reflexo disto, auxiliando a perpetuar a violência de gênero.

O Direito brasileiro, em especial o Direito Penal, cumpre papel histórico de perpetuação de violência e estigmas quanto às mulheres, tratando-as, na maioria das vezes, como vítimas. Ao analisar a seleção vitimizante do poder punitivo, Zaffaroni expõe que as mulheres têm uma grande vulnerabilidade à vitimização, sendo vitimizadas em medida igual ou superior aos homens¹³. A dominação da mulher é cultural e o sistema penal não faz mais que reforçá-la¹⁴.

No início do percurso histórico-legal brasileiro, destacam-se as Ordenações Filipinas¹⁵ em que se permitia a morte da mulher em adultério e também do amante caso este tivesse posição social inferior ao do marido. Havia a previsão da virgindade como moeda de troca – o estupro voluntário de mulher virgem tinha como pena o casamento, caso fosse impossível, o ofensor seria obrigado a restituir o dote e se não pudesse pagar, seria açoitado¹⁶. Posteriormente, no âmbito penal, o Código Penal Imperial (Lei de 16 de dezembro de 1830) inseriu o conceito de mulher honesta e desonesta (prostituta, solteira não virgem) para diferenciar as penas de estupro.

O Código Penal de 1940 manteve várias dessas figuras moralistas, tais como a “legítima defesa da honra” (para justificar lesões ou até mesmo a morte de mulheres adúlteras

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul e BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 53 – 56.

¹⁴ RADFORD, Jill e RUSSEL, Diana. *Femicide: The Politics of Women Killing*. Tradução livre. New York: Twayne Publishers, 1992, p. 225 – 300.

¹⁵ As Ordenações Filipinas resultaram da reforma feita por Felipe II da Espanha (Felipe I de Portugal) ao Código Manuelino durante o período da União Ibérica. No Brasil, ficou vigente até a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro, em 1916.

¹⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes sexuais: reflexões críticas*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. 1ed. São Paulo: Liber Ars, 2014, p. 325 – 338.

pelo marido) ou ainda o entendimento do consagrado penalista brasileiro Nelson Hungria¹⁷ de que a mulher casada não poderia ser estuprada pelo próprio marido uma vez que o sexo se trataria de um débito conjugal.

Somente mais recentemente, em âmbito penal, com as reformas do Código Penal em 2005, 2008 e 2009 foram superados entendimentos e conceitos tais como “mulher honesta”, bem como a união das figuras do estupro e atentado violento ao pudor, ou ainda a revogação dos crimes de rapto e sedução de mulher honesta e das causas de extinção de punibilidade por meio do casamento com a vítima (incisos VII e VIII do art. 107).

Resta nítido que o Direito (Penal) nunca se preocupou com a proteção das mulheres, mas sim em legitimar uma posição de submissão feminina nos espaços públicos e domésticos, também em proteger a instituição familiar e perpetuar o pátrio poder.

2.2 Respostas históricas e os movimentos feministas: a insurgência da voz feminina

O feminismo, como movimento social e político, defende a igualdade de direitos entre homens e mulheres, sem hierarquia de gênero, trazendo as reivindicações das mulheres para o debate público. Realiza-se um estudo cronológico do movimento feminista por ondas ou fases com algumas variações temporais de acordo com a autora e com o país que se estuda.

Cumprе mencionar que, no século XVIII, houve algumas iniciativas pontuais pleiteando a defesa da mulher e o combate à discriminação. Pretendia-se defender o papel das mulheres na sociedade enquanto cidadãs por meio do acesso à educação no contexto das revoluções burguesas. Atacavam-se as diferenças discriminatórias entre homens e mulheres pelas suas simples condições de gênero. Mulheres como Olympe de Gouges e Rose Lacombe, encabeçaram protestos durante a Revolução Francesa¹⁸.

Em meados do século XIX, as postulações relacionadas aos direitos das mulheres começaram a acontecer de forma mais organizada pela criação de entidades coletivas. Deste modo, só se pode falar em uma primeira onda do movimento feminista quando da busca pelo direito ao voto e educação por meio das sufragistas (ou *suffragettes*) que eram mulheres

¹⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, t. VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 125-6.

¹⁸ GERHARD, Ute. Sobre a liberdade, igualdade e dignidade das mulheres: o direito “diferente” de Olympe de Gouges. In: BONACCHI, Gabriela; GROPPi, Angela (Orgs). *O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995, p. 52-3.

brancas de classe média¹⁹. Essa luta foi dura, tendo algumas sufragistas sido presas e torturadas por se manifestarem publicamente. Os primeiros países a reconhecerem o direito ao voto às mulheres foram Nova Zelândia (1893), Austrália (1902) e Finlândia (1906).

Após alcançar as aspirações sufragistas, chegou-se a segunda onda do feminismo na segunda metade do século XX. Trata-se de um momento de maior publicização da violência contra a mulher visando políticas públicas e enfrentamentos jurídico-legais.

Por fim, da década de 90 até agora, tem-se a terceira fase em que se reivindica as distinções entre as próprias mulheres. Neste sentido, são levantadas críticas dentro do próprio movimento feminista demonstrando que o discurso universal às mulheres seria excludente pois as opressões atingem as mulheres de modos diferentes. Busca-se desconstruir a categoria de “mulher” enquanto sujeito coletivo uno para reivindicar as especificidades das diversas mulheres e suas diversas demandas²⁰.

Já no Brasil, é possível observar também tais fases, mas em momentos temporais tardios. A primeira onda do feminismo brasileiro ocorreu tão somente no início do século XX devido à luta pelo direito ao voto feminino que se iniciou em 1910, com a fundação do Partido Republicano Feminino, no Rio de Janeiro, por Leolinda Daltro. Este direito só foi conquistado em 1932, quando do Código Eleitoral Provisório (Decreto 21.076 de 1932), e contemplado na Constituição Brasileira de 1934.

Posteriormente, em sua segunda onda, o movimento feminista brasileiro ocupou-se da exposição da violência contra a mulher no espaço público, exigindo por parte do Estado políticas públicas. Com isso, em 1960, eram reivindicados abrigo, assistência jurídica especial à população feminina e atendimento policial. Somente na década de oitenta, os movimentos de mulheres e das feministas começaram a desenvolver ações para visibilizar a violência contra as mulheres, a importância do seu combate e os efeitos dessa violência sobre as mulheres. Surgiu o SOS-Mulher, entidade autônoma voltada ao atendimento jurídico, social e psicológico de mulheres vítimas de violência. Em 1985, foram implementadas as Delegacias Especializadas no Atendimento a Mulheres (DEAM) alterando-se o caráter dos atendimentos

¹⁹ ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: abril Cultural/Brasiliense, 1981, p. 44 – 46.

²⁰ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 179 – 183.

de militante para profissional²¹. Em 1986, foi criado o Centro de Orientação Jurídica (COJE) para orientar juridicamente as mulheres informando-as sobre seus direitos e encaminhando-as para a tomada das medidas legais em caso de violência. Posteriormente, foi criado o Centro de Convivência de Mulheres Vítimas de Violência Doméstica (COMVIDA), primeiro abrigo do país para mulheres em situação de risco em local sigiloso.

Contudo, ainda havia dificuldades para o combate da violência às mulheres no âmbito doméstico. Assim, para corresponder os anseios oriundos, sobretudo, do movimento feminista criou-se a Lei Maria da Penha em 7 de agosto de 2006. A aprovação da Lei nº 11.340/06 figura como importante inovação legislativa.

Por fim, a terceira onda do feminismo brasileiro teve início na década de 90. Começou-se a discutir os paradigmas estabelecidos anteriormente de modo a colocar em discussão a micropolítica e especificidades de cada grupo de mulher. Foi nesta época que o feminismo negro ganhou força no Brasil. Neste sentido, vale relembrar a duplicidade de certas demandas do movimento feminista que Vera Regina Pereira de Andrade²² já havia afirmado: “A referência do movimento de mulheres ou feminista não significa afirmar que ele seja monolítico, porque naturalmente não fala uma só voz. O feminismo brasileiro se insere num processo de dupla via e, portanto, ambíguo.”

Resta nítido, a partir do que foi brevemente exposto, que o movimento das mulheres e das feministas teve e tem um papel importante para a insurgência de uma agenda política e legal um pouco mais atenta às questões da mulher.

3 AVANÇOS NO CENÁRIO INTERNACIONAL: PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Considerando a violência de gênero como presente em diversos países, é inegável que as medidas tomadas no cenário internacional e ainda no âmbito interno de outros países influenciam e influenciaram o Brasil.

²¹ SANTOS, Cecília MacDowell. *Da delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha. Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado*. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 89, 2010, p. 153 – 170.

²² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x Cidadania mínima: códigos de violência na Era da globalização*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 102.

A comunidade internacional, a partir da década de 70, passou a reconhecer a necessidade de um tratamento diferenciado à problemática do gênero. Em 1979, as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o primeiro documento internacional de direitos humanos que aborda exclusivamente a violência contra a mulher e que foi ratificado pelo Brasil em 1984.

Contudo, somente com a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, em 1993, tal pauta foi assumida como prioritária no contexto da proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. Depois disso, vale mencionar ainda as Declarações e Programas de Ações decorrentes das principais conferências internacionais das Nações Unidas (Viena/93, Cairo/94 e Beijing/95).

A nível regional, ou seja, interamericano, havia previsões anteriores apenas acerca dos direitos humanos de modo que o primeiro instrumento específico para fazer frente à violência de gênero se deu em 1994 quando a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) que foi ratificada pelo Brasil em 1995.

Diante dessas medidas, diversas reformas foram feitas no âmbito interno de países da América Latina e do Caribe visando adequar suas legislações aos padrões internacionais de direitos humanos. Em uma primeira onda de reformas, houve a descriminalização de delitos com vistas a corrigir a institucionalização da discriminação contra a mulher. Na segunda onda foram editadas leis específicas com o objetivo de coibir atos de violência contra a mulher dentro da família, assegurando-lhe assistência e medidas protetivas e também foi regulamentada a atuação do Estado na prevenção, no atendimento das vítimas e na persecução dos responsáveis.

No entanto, ainda assim a violência de gênero persistiu. Deu-se, portanto, a busca por um enfoque mais integral e que garantisse a prevenção, punição e erradicação de todos os tipos de violência contra a mulher.

Neste cenário, muitos países latino-americanos passaram a tipificar a figura do feminicídio/femicídio sob a justificativa de que a incorporação de um tipo penal específico contribuiria para transformações culturais importantes e ainda possibilitaria conhecer quem são as vítimas, seus agressores, os contextos das agressões e os crimes denunciados com maior frequência.

3.1 Convenções internacionais

Inicialmente, cumpre esclarecer que as medidas tomadas no plano internacional servem como marcos para influenciar, ou no máximo, pressionar os Estados nacionais. Isso porque se reconhece a incapacidade e inefetividade do direito internacional público para executar suas convenções e declarações de modo coercitivo no âmbito dos direitos humanos²³. Deste modo, aceitando o papel limitado, porém influente das disposições internacionais é que se considera importante expor como diversas convenções internacionais corroboraram para a tipificação do feminicídio em diversos países, especialmente, no Brasil.

Nesse sentido, o feminicídio tem como marcos normativos, na esfera internacional, especificamente, a CEDAW, ratificada pelo Brasil em 1984, com o enfoque de eliminar qualquer forma de discriminação e garantir a igualdade, e a chamada “Convenção de Belém do Pará”, ratificada pelo Brasil em 1995, definindo a violência contra a mulher como qualquer ato baseado no gênero, que cause morte ou dano físico, sexual ou psicológico.

A CEDAW possui considerações e disposições mais abstratas visando afirmar a igualdade de direitos do homem e da mulher e delimitar o que seria a “discriminação contra a mulher”. E ainda determinações que demonstram a necessidade de alterações dos comportamentos tanto da população civil quanto do próprio Estado enquanto ente administrativo, legislativo e executivo.²⁴ No entanto, apesar de tais importantes previsões, a CEDAW não aborda especificamente as formas de violência contra a mulher.

Já a “Convenção de Belém do Pará” versa mais especificamente sobre a questão da violência contra a mulher e em seu artigo 1º delimita que será entendida por violência contra a mulher: “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

²³ Sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados leciona Celso Albuquerque de Mello em: MELLO, Celso Albuquerque de. *Direito Internacional Público*. Vol. I; Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2004, p. 138 – 140.

²⁴ Em seu artigo 2º, a CEDAW estipula que os Estados Partes promovam políticas destinadas a eliminar a discriminação contra a mulher por meio de “legislação apropriada” (artigo 2º, *a* da CEDAW), “medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis” (artigo 2º, *b*), “proteção jurídica dos direitos da mulher..., por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas” (artigo 2º, *c*), “abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher” (artigo 2º, *d*) e também derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituíam discriminação contra a mulher (artigo 2º, *f* e artigo 2º, *g* que traz essa previsão especificamente quanto às disposições legais penais).

Há algumas previsões que endossam as anteriores da CEDAW e outras inovadoras e/ou mais específicas que as anteriores. O artigo 8 como um todo traz medidas específicas e prevê programas. Ressaltam-se disposições como “modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher” (artigo 8, *b*) que, claramente, extrapolam a mera produção legal ou uma atuação restrita ao espaço do judiciário. Nesse sentido, também os artigos 8, *e* e *g* pretendem o uso de programas educacionais e dos meios de comunicação visando a conscientização para a questão da violência contra a mulher.

Deste modo, foi sob influência desse contexto que as discussões sobre formas de combate, erradicação e prevenção da violência de gênero se avolumaram e desembocaram em inovações legislativas em vários países.

3.2 Lei Maria da Penha: o pioneirismo brasileiro

Diante da conjuntura exposta, o movimento feminista no Brasil conseguiu conquistas importantes, no entanto, a consolidação dessas conquistas veio somente por meio da Lei Maria da Penha²⁵ em 2006 (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006).

A Lei Maria da Penha é considerada pelas Nações Unidas como um exemplo de legislação efetiva para o tratamento da violência doméstica contra mulheres por diversos motivos dentre eles: o acolhimento no corpo da Lei dos tratados internacionais de direitos humanos das mulheres; a conceituação da violência contra mulheres como uma violência de gênero e a perspectiva de tratamento integral (medidas assistenciais, de prevenção e de contenção da violência).

²⁵ Maria da Penha Maia Fernandes, mulher que dá nome à lei, foi vítima de duas tentativas de homicídio por seu ex-marido, em 1983. A primeira agressão foi um tiro que a deixou paraplégica; já na segunda recebeu uma descarga elétrica durante o banho. Em 2002, após 19 anos da prática do crime, o seu ex-marido passou 2 anos preso. O caso tomou tamanho repercussão que chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) que acatou, pela primeira vez, a denúncia de um crime de violência doméstica.

Além disso, a Lei definiu verdadeira mudança conceitual e operacional no entendimento do tratamento das violências contra mulheres no Brasil de modo que se criou um sistema jurídico autônomo regido por regras próprias de interpretação, de aplicação e de execução²⁶. Diferentemente da expectativa tradicional dos atores do campo jurídico-penal, foi estabelecido um catálogo extenso de medidas de natureza extrapenal²⁷ que amplia a tutela para o problema da violência contra mulheres e, ao mesmo tempo, transcende os limitados horizontes estabelecidos pela dogmática jurídica.

Com isso, é nítido que a Lei Maria da Penha apresenta grandes méritos no que diz respeito às medidas de prevenção e de proteção da mulher. Por outro lado, várias críticas podem ser feitas, principalmente no campo penal e processual penal.

Inicialmente, toda a lei apresenta uma grande carga simbólica e por isso alguns dos seus artigos são dispensáveis. Os principais exemplos são os artigos 2º e 3º, que só repetem os direitos e garantias fundamentais já consagrados na Constituição Federal brasileira²⁸.

Além disso, há uma restrição da tutela da lei apenas para as mulheres cis e a exclusão da aplicabilidade às mulheres trans. Somente recentemente, tem prevalecido entendimento jurisprudencial pela aplicabilidade da Lei às mulheres trans.

Há que se criticar ainda o próprio nome da Lei uma vez que ao dar o nome de Maria da Penha, passou-se a associar todos os casos de violência doméstica contra a mulher aos crimes cometidos contra Maria da Penha, enquanto na realidade a grande monta dos crimes

²⁶ No aspecto jurídico merecem menções as inovações no que tange: a) a não utilização da expressão “vítima”, mas sim “mulheres em situação de violência doméstica” sob o argumento de que a primeira forma de adjetificação colocaria as mulheres na posição de “objeto” da violência, sem autonomia (ou com autonomia reduzida) e no lugar de um não-sujeito de direitos; b) a previsão de a companheira ser processada nos casos de relações homoafetivas (artigo 5º, parágrafo único da Lei “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”); c) inovação nas medidas cautelares de proteção havendo duas espécies de medidas, voltadas à ofendida (artigo 23) e ao agressor (artigo 22); d) criação dos juizados de violência doméstica e familiar com competência cível e penal. Esta previsão é, inegavelmente, no campo jurídico uma das maiores inovações da Lei. A demanda surgiu a partir de problemas concretos enfrentados pelas mulheres diante das burocracias do judiciário.

²⁷ Destacam-se, nesse sentido: a) programas de longo prazo como planejamento das políticas públicas, promoção de pesquisas e estatísticas, controle de publicidade sexista; b) medidas emergenciais como a criação de cadastro de programas assistenciais governamentais nos quais as mulheres em situação de violência doméstica tenham prioridade de assistência e c) as medidas de proteção ou contenção da violência como criação de programas de atendimento ou proteção, fornecimento de assistência judiciária gratuita, possibilidade de atendimento por equipe multidisciplinar.

²⁸ MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 53.

contra a mulher tende a ser de baixa lesividade²⁹. Sabe-se que ao nomear uma lei com nome de pessoa há um caráter de homenagem, porém, por outro lado, há a perda da impessoalidade.

Cumpra expor também o caráter punitivista da Lei Maria da Penha ao vedar em seu artigo 41 a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995) aos crimes que envolvam violência doméstica e familiar. Essa disposição veio para evitar que os incidentes de violência doméstica continuassem sendo, majoritariamente, reduzidos ao pagamento de cestas básicas e sem a fixação de medidas protetivas como eram anteriormente. No entanto, mais eficiente seria somente restringir as possibilidades de penas alternativas como fez o artigo 17 em que o juiz não pode aplicar a pena pecuniária, sendo, todavia, possível a aplicação de outras penas restritivas de direito.

No mesmo sentido e igualmente recrudescedor é o artigo 42 que acrescentou o inciso IV ao artigo 313 do Código de Processo Penal possibilitando a prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar contra mulher. Tal ampliação da prisão preventiva ocorreu com a intenção de garantir a execução das medidas protetivas.

Além disso, a Lei acabou por objetificar a vítima no âmbito processual em seu artigo 16. Sob a justificativa de proteção, marginalizou-se a capacidade de escolha da mulher, tratando-a como um sujeito indefeso, incapaz de tomar suas próprias decisões. Através desse procedimento, a vítima passa a ser considerada um acicate processual, como um instrumento para mobilizar o aparato de controle e para justificar o poder punitivo estatal.³⁰

Superadas as críticas no âmbito jurídico material e processual penal, estudos empíricos recentes promovidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada – IPEA acerca dos efeitos da Lei avaliaram que esta cumpriu papel relevante para conter a violência de gênero, ainda que sua efetividade não tenha se dado de maneira uniforme em todo o país uma vez que sua eficácia depende da institucionalização de vários serviços protetivos nas localidades, o que ocorreu de forma desigual no território brasileiro³¹.

²⁹ MEDEIROS, Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros e MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Entre a "renúncia" e a intervenção penal no crime de violência doméstica contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/31d22c3f1cf8a05b14eb8226f0ae7cad.pdf>>. Acesso em abril de 2017.

³⁰ Nas palavras de Marília Montenegro, promove-se a "coisificação da vítima" in MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 75.

³¹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA – IPEA. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha*. Brasília, 2015. Disponível em: <

O estudo se deu a partir da construção de um modelo de diferenças em diferenças, em que os homicídios contra mulheres que ocorreram dentro das residências foram confrontados com aqueles que acometeram os homens. É oportuno justificar que em face da indisponibilidade de dados sobre violência não letal contra a mulher, a pesquisa foi construída com base na análise de homicídios e de homicídios perpetrados dentro das residências, que seria o que mais se aproxima do fenômeno da violência doméstica³².

A evolução da taxa de homicídios para o Brasil no período entre 2000 e 2011 é apresentada nos gráficos 1 e 2, considerando todos os homicídios e apenas homicídios em residência, respectivamente.

GRÁFICO 1
Taxa de homicídio – Brasil (2000-2011)
(Por 100 mil habitantes)

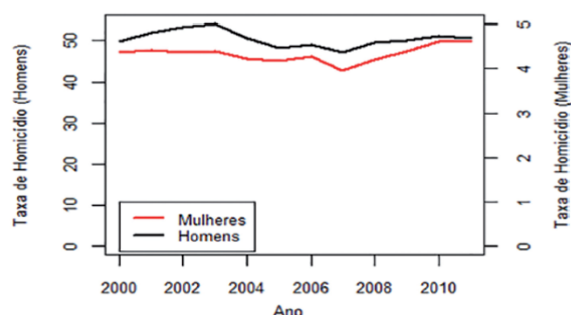
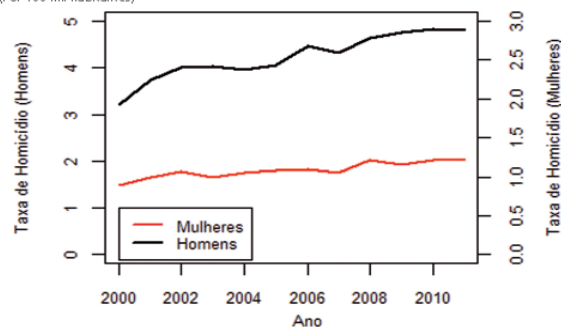


GRÁFICO 2
Taxa de homicídios ocorridos em residência – Brasil (2000-2011)
(Por 100 mil habitantes)



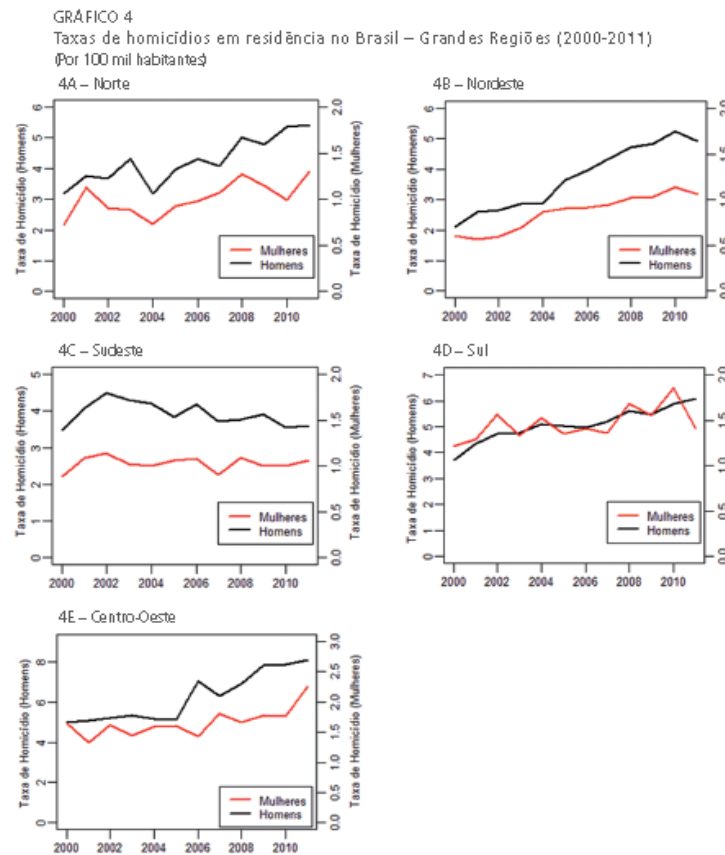
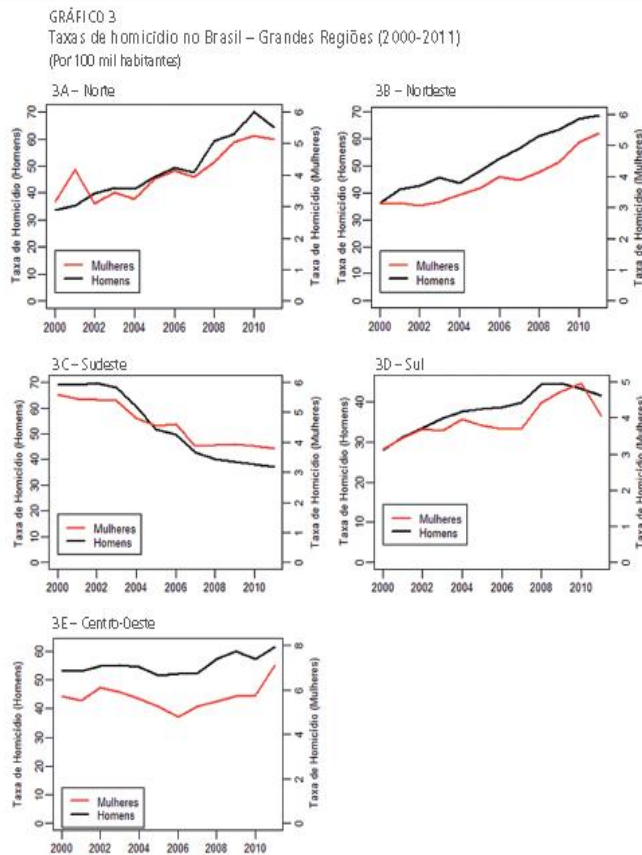
Fonte: Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM). Elaboração: Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia do Ipea (Diest).

Ao observar apenas os homicídios dentro da residência, cujos incidentes se aproximam mais do fenômeno da violência doméstica, percebe-se, claramente, um aumento na diferença entre as taxas de homens e mulheres após 2006 (gráfico 2). A partir disso, seria possível imaginar que a Lei não surtiu efeitos significativos para fazer reduzir a taxa de homicídios de mulheres no Brasil. Contudo, os gráficos com dados agregados para o Brasil são insuficientes para sustentar tal afirmação, sobretudo tendo em vista as especificidades regionais e diferenças socioeconômicas que existem em um país com dimensões continentais.

http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/publicacoes/Pesquisa_IPEA_%20Efetividade_Lei_Maria_da_Penha.pdf >. Acesso em abril de 2017.

³² SOARES, B. M. *Enfrentando a violência contra a mulher*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/enfrentando-a-violencia-contra-a-mulher-orientacoes-praticas-para-profissionais-e-voluntarios> >. Acesso em abril de 2017.

De fato, ao desagregar a informação por Grandes Regiões, é possível compreender melhor a situação (gráfico 3). Já no gráfico 4 em que se analisam as taxas de homicídio que ocorreram dentro das residências, nota-se mais nitidamente o aumento na diferença de homicídios entre homens e mulheres a partir de 2006, sobretudo no Nordeste, Norte e Centro-Oeste.



Fonte: SIM. Elaboração: Diest/Ipea.

Portanto, o estudo conclui que a despeito da Lei Maria da Penha ser de âmbito nacional, seus efeitos não ocorreram de forma heterogênea no território brasileiro uma vez que nos locais aonde a sociedade e o poder público não se mobilizaram para implementar delegacias de mulheres, juizados especiais, casas de abrigo etc., a crença dos residentes não mudou substancialmente no que se refere ao aumento da probabilidade de punição³³.

³³ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha*. Brasília, 2015, p.33. Disponível em: http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/publicacoes/Pesquisa_IPEA_%20Efetividade_Lei_Maria_da_Penha.pdf. Acesso em abril de 2017.

Por fim, após todas essas considerações, vale salientar a importância da Lei Maria da Penha como marco legal pioneiro na luta contra a violência de gênero mesmo com todas suas falhas legais, jurídicas e instrumentais.

4 FEMICÍDIO E FEMINICÍDIO

A primeira aparição do termo “femicídio” foi no livro “*A Satirical View of London*”, de John Corry³⁴, em 1801, para fazer referência ao assassinato contra uma mulher. Não obstante, somente em 1976 o termo foi retomado e ressignificado por Diana Russell no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas.

Nesta ocasião não foi dado um conceito específico para o termo. Isso foi feito posteriormente, em 1992, juntamente com Jill Radford, quando da publicação do livro “*Femicide: the politics of woman killing*”³⁵ em que se definiu o “femicídio” como “assassinato de mulheres por homens, embasados no ódio, desprezo, prazer enquanto uma forma de violência sexista/sexual”³⁶. Deste modo, trata-se de um *continuum* de violência contra as mulheres em suas mais variadas formas – como estupro, tortura, agressão física e sexual, mutilação genital, homossexualidade forçada, esterilização forçada, maternidade forçada (pela criminalização do aborto), etc. – que resultem em morte³⁷.

O femicídio aparece, então, como o extremo de um padrão sistemático de violência, universal e estrutural, fundamentado no poder patriarcal das sociedades ocidentais. Nesse sentido, cumpre esclarecer que a produção das autoras se direcionava à uma tentativa de incluir a temática de violência de gênero na agenda feminista, científica e social. Com isso, mesmo a obra contendo uma parte destinada ao sistema de justiça³⁸ não se buscava a criação de uma definição jurídica de aplicabilidade prática, mas somente a acusação de um sistema de justiça perpetuador da violência de gênero. A partir da análise de alguns casos de femicídio,

³⁴ Trata-se de uma obra com contos e ensaios para satirizar os habitantes de Londres, sendo eles intitulados: "A Comparison of the English, Scotch and Irish now resident in London", "Germans", "Spaniards, Dutchmen, Jews", "A Female Education", "Historians and Tourists", "Cosmetics", "Quack Doctors", and "Seduction".

³⁵ O livro foi publicado por Jill Radford e Diana Russell, mas contém uma coletânea de artigos de diversas outras autoras, dentre elas, Jane Caputi que, costumeiramente, também é apontada como uma das primeiras conceituadoras do termo “femicídio”.

³⁶ RADFORD, Jill e RUSSEL, Diana. *Femicide: The Politics of Women Killing*. New York: Twayne Publishers, 1992, p. 3.

³⁷ Ibid., p. 13 – 15.

³⁸ Ibid., p. 225 – 289.

tenta-se denunciar que a lei penal migra a responsabilização do homem – autor da violência – para a mulher assinada, por meio de estratégias defensivas que culpabilizam³⁹ a vítima e suas atitudes por meio da justificativa da “provocação da vítima”⁴⁰.

A introdução do debate acerca do femicídio e da sua melhor conceituação só se deu no início dos anos 2000 na América Latina. Em 2001, quando do acontecimento do “Caso Gonzáles e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México” na Cidade Juarez, posteriormente julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH)⁴¹, a deputada federal e antropóloga mexicana Marcela Lagarde começou a estudar o tema.

O caso envolveu a morte de três jovens mulheres e trabalhadoras no setor de empresas maquiladoras da Cidade Juarez: Laura Berenice Ramos Monárrez, Claudia Ivette González e Esmeralda Herrera Montreal. Elas foram dadas como desaparecidas e dias depois seus corpos foram encontrados em um campo de algodão. Tanto a gravidade da situação quanto a responsabilização do Estado mexicano, por meio da decisão da CtIDH, fizeram com que o caso se tornasse paradigmático.

Desta feita, inserida nesse contexto, Lagarde apresentou à academia o termo “feminicídio”⁴² sob a justificativa de que este termo incluiria um cenário de impunidade e convivência estatal. Portanto, para que ocorra o feminicídio devem concorrer a omissão, a negligência e a convivência das autoridades do estado, que não garantiram segurança para a vida das mulheres. Assim, Lagarde introduziu um elemento político na conceituação, isto é, a responsabilidade do estado na produção das mortes de mulheres.

De acordo com a feminista, o feminicídio não é apenas uma violência exercida por homens contra mulheres, mas por homens em posição de supremacia social, sexual, jurídica, econômica, política: “A violência de gênero é a violência misógina contra as mulheres pelo fato de serem mulheres, situadas em relações de desigualdade de gênero: opressão, exclusão,

³⁹ Ibid., p. 253 – 266.

⁴⁰ Ibid., p. 267 – 288.

⁴¹ CORTE INTERAMERICA DE DIREITOS HUMANOS – CtIDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf >. Acesso em julho de 2017.

⁴² LAGARDE, Marcela y de los Ríos. *Del femicidio al feminicidio. Desde el jardín de Freud*, Bogotá, n. 6, 2006, p. 216 – 225.

subordinação, discriminação, exploração e marginalização. [...] As modalidades de violência de gênero são: familiar, na comunidade, institucional e feminicida.”⁴³

Para a autora, o termo “femicídio”, como foi delineado pela tradição estadunidense, tratar-se-ia de uma mera oposição ao homicídio de homens. Seria, então, insuficiente para explicar a realidade que envolve os assassinatos de mulheres na América Latina, uma vez que se concentraria em casos individuais, ignorando a perspectiva política subjacente⁴⁴.

Cumprе expor que embora existam tais diferenças conceituais, em geral, as duas expressões são tomadas como sinônimos pelas legislações latino-americanas e na literatura feminista. Em regra, os países anglo saxões adotam femicídio enquanto os países latino-americanos adotam feminicídio.

4.1 O movimento de tipificação nos países latino-americanos

Conforme abordado no segundo capítulo, para se compreender o movimento de tipificação do feminicídio deve-se atentar a um panorama internacional histórico amplo de conquistas legislativas. É neste cenário que se insere a paradigmática decisão da CtIDH⁴⁵. Essa se tornou um marco por reconhecer não só o termo, mas ainda a responsabilização do Estado mexicano pela total ausência de medidas de proteção às vítimas e pela falta de políticas públicas de prevenção dos crimes.

Posteriormente à condenação, passaram a ser estruturais na discussão do feminicídio a inclusão do papel estatal. Deste modo, ocorreu não só a apropriação jurídica do conceito anteriormente sociológico, mas ainda um movimento de tipificação sob a justificativa do combate à violência de gênero e à impunidade.

Concomitantemente ao desenvolvimento da jurisprudência internacional, dois textos devem ser ressaltados: no âmbito global, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, adotada em 1993 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e no âmbito latino-

⁴³ Ibid., p. 221.

⁴⁴ LAGARDE, Marcela y de Los Ríos. Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. *Ankulegi Antropologia Elkarte*. Donostia: 2008, p. 216.

⁴⁵ Houve ainda mais cinco casos relacionados à violência de gênero na CtIDH: Miguel Castro Castro vs. Perú, de novembro de 2006; Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala, de 24 de novembro de 2009; Fernández Ortega y otros vs. México, de 30 de agosto de 2010; Rosendo Cantú y outra vs. México, de 31 de agosto de 2010; e Gelman vs. Uruguay, de fevereiro de 2011.

americano, a Convenção de Belém do Pará, de caráter vinculante para os Estados que a ratificaram. Mediante tais documentos, os Estados se comprometeram a aplicar uma série de medidas destinadas a prevenir, erradicar, investigar e punir a violência contra mulheres.

A maior parte dos países latino americanos já havia passado pela dita segunda onda⁴⁶, qual seja, de produção normativa sobre o tema da violência doméstica. Contudo, com a expansão das discussões e regulamentações, as leis foram progressivamente substituídas por outras que atribuem maior papel ao Direito Penal. Isso porque, houve recomendações expressas e específicas⁴⁷ para os Estados da região no sentido da adoção de políticas públicas, melhoria do judiciário no acolhimento e recepção de mulheres vítimas, e, claramente, a criminalização do feminicídio⁴⁸. À luz disso, os países latino-americanos são expoentes no movimento de tipificação: “Em concordância com os instrumentos internacionais aprovados, os países da América Latina e Caribe, tem aprovado leis que desenvolvem os princípios contidos nas normas internacionais sobre proteção e promoção dos direitos das mulheres.”⁴⁹

Dezesseis países latino-americanos já incluíram o feminicídio em seus respectivos códigos penais⁵⁰ sem qualquer homogeneidade nas opções de políticas-criminais isso porque não há consenso acerca da definição do que seria uma conduta antijurídica capaz de privar o

⁴⁶ Na região latino-americana, a partir dos anos noventa, reformas legais foram aprovadas tipificando a violência contra as mulheres, em especial doméstica e familiar: na Argentina (2009), Bolívia (1995), Brasil (2006), Chile (2005), Colômbia (2008), Costa Rica (2007), Equador (1995), El Salvador (2010), Guatemala (2008), Honduras (1997), México (2007), Nicarágua (2012), Panamá (2013), Paraguai (2000), Peru (1997), etc.

⁴⁷ ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Modelo de protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio)*. Escritório Regional para a América Central do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH). Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf>. Acesso em julho de 2017.

⁴⁸ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS SECRETARÍA TÉCNICA (IIDH). *Situación y análisis del femicidio en la Región Centroamericana*. 2006. Disponível em: <<http://www.cawn.org/espanol/publicaciones/documentos/otras/Femicidio%20oficial.pdf>>. Acesso em julho de 2017.

⁴⁹ VILCHEZ, Ana Garida. *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*. ONU: Secretariado Geral das Nações Unidas – Una-te para o fim da violência contra as mulheres. Tradução livre. Panamá 2012, p. 10. Disponível em: <http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf>. Acesso em julho de 2017.

⁵⁰ Colômbia (2006 – incorporou enquanto agravante do homicídio), México (2007 por meio de leis estaduais), Costa Rica (2007 - Lei nº 8.589), Guatemala (2008 – Decreto nº 22), Chile (2010 - Código Penal do Chile), El Salvador (2010 - Decreto nº 520), Nicarágua (2012 – Lei nº 779 – Lei Integral contra a Violência das Mulheres), Argentina (2012), Peru (2013 - Código Penal do Peru), Bolívia (2013 - Lei nº 348), Honduras (2013), Panamá (2013 – Lei nº 82), República Dominicana (2014 – Lei nº 550), Equador (2014), Venezuela (2014), Brasil (2015 – Lei nº 13.104).

direito à vida das mulheres por seu gênero. Deste modo, tem-se incipiente doutrina penal para orientar as iniciativas de tipificação do feminicídio.

Atualmente, predominam três opções de política-criminal na América Latina: as que criam um tipo penal específico ao crime de feminicídio tal qual na Bolívia; as que incorporam hipóteses de agravamento da pena do crime de homicídio como na Colômbia, Venezuela e Argentina e as que modificam o delito de parricídio no Peru e Chile, inserindo novos sujeitos ativos (ex-cônjuge e ex-convivente)⁵¹.

Em âmbito de dogmática penal, tampouco há consenso entre os diversos elementos constitutivos do tipo; o sujeito ativo também quanto aos elementos objetivos do tipo e às modalidades de cometimento. São múltiplas as estratégias legais adotadas. Até a própria definição do delito é heterogênea: algumas legislações o definem como a morte “no marco das relações desiguais de poder entre homens e mulheres”, outras como a morte de mulheres “pela sua condição de mulher”, mortes baseadas em “motivos de ódio ou menosprezo por sua condição de mulher”, morte “por razões de gênero” ou mortes “por motivo de ódio de gênero ou de orientação sexual, identidade de gênero ou sua expressão.”⁵²

4.2 O movimento de tipificação brasileiro e suas fases⁵³

No cenário brasileiro, o contexto de violência de gênero não foi diverso. De acordo com o Sistema de Informações de Mortalidade (SIM), entre 1980 e 2013, 106.039 mulheres

⁵¹ ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Modelo de protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio)*. Escritório Regional para a América Central do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH). Brasil, 2014, p. 169 – 172. Disponível em: < http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf>. Acesso em julho de 2017.

⁵² ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Modelo de protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio)*. Escritório Regional para a América Central do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH). Brasil, 2014, p. 159. Disponível em: < http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf>. Acesso em julho de 2017.

⁵³ Este tópico teve como base, sobretudo, as referências e informações contidas no Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito pela Universidade de São Paulo de Júlia Lambert Gomes Ferraz, posteriormente publicado na Revista Fórum de Ciências Criminais (FERRAZ, Julia Lambert Gomes. *Violência de Gênero e Direito Penal: análise da racionalidade da tipificação do feminicídio no Brasil*. Revista Fórum de Ciências Criminais, v. 05, 2016, p. 241-272).

foram vítimas de homicídio. O número de mulheres vítimas saltou de 1.353 em 1980 para 4.762 em 2013 (aumento de 25%)⁵⁴.

Seguindo também as ondas de reformas legais e medidas públicas, o Brasil passou, inicialmente, pela descriminalização de delitos, posteriormente pela edição da Lei Maria da Penha, em 2006. Contudo, mesmo que em um primeiro momento (2007) tenha havido queda expressiva na taxa nacional⁵⁵ de homicídio de mulheres – de 4,2 para 3,9 por 100 mil mulheres – essa voltou a crescer⁵⁶. Em 2015⁵⁷, com a taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil, num grupo de 83 países com dados homogêneos, fornecidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), ocupava a 5ª posição. Somente El Salvador, Colômbia, Guatemala e a Federação Russa ostentavam taxas superiores.

Para fazer frente a tais números alarmantes e crescentes, em 2012 foi criada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher (“CPMIVCM”), “com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”⁵⁸. Esta gerou a proposta legislativa que culminou na sanção da Lei do Feminicídio (Lei nº Lei 13.104/2015).

Inicialmente, a CPMIVCM, sob a presidência da Deputada Federal Jô Moraes (PCdoB/MG) e relatoria da Senadora Ana Rita Esgário (PT/ES)⁵⁹, visava questionar a

⁵⁴ WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015 – Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília, 1ª edição, 2015, p. 11. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em julho de 2017.

⁵⁵ Cumpre esclarecer que se optou pelo uso da taxa nacional de homicídios para fins de contextualizar o cenário brasileiro, mas a partir da vigência da Lei Maria da Penha, houve unidades da federação em que foram registradas quedas nas taxas (Rondônia, Espírito Santo, Pernambuco, São Paulo e Rio de Janeiro) devido à circunstâncias e políticas públicas locais que facilitaram a melhor institucionalização e implementação das diretrizes previstas na lei. Como exposto no capítulo 2, diante da dimensão brasileira é difícil precisar uma tendência nacional sem desconsiderar determinadas oscilações locais.

⁵⁶ WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015 – Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília, 1ª edição, 2015, p. 13. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em julho de 2017.

⁵⁷ Ibid., p. 27.

⁵⁸ SENADO FEDERAL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a situação da violência contra a mulher no Brasil*. Julho de 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&tp=1>>. Acesso em julho de 2017.

⁵⁹ Dezesete estados brasileiros e o Distrito Federal foram visitados a fim de verificar se haveria omissão por parte do poder público na aplicação dos instrumentos instituídos pela Lei Maria da Penha. A CPMIVCM foi composta por onze Senadores, onze Deputados Federais e igual número de suplentes. Houve a investigação da situação nos dez estados brasileiros mais violentos para as mulheres – nos termos do Mapa da Violência: Homicídios de Mulheres (2012) – e nos quatro estados mais populosos. Também foram efetuadas – em virtude da aprovação de requerimentos de seus integrantes – visitas aos Estados do Amazonas, do Ceará e de Roraima,

permanência dos altos índices de homicídios de mulheres tendo em vista a vigência da Lei Maria da Penha desde 2006 para, então, apontar as possíveis saídas e soluções. Após todo o trabalho, concluiu-se pela expedição de recomendações a diversos órgãos públicos (dentre os quais: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Conselho Nacional de Justiça e outros) bem como a apresentação de treze Projetos de Leis (“PL”) e um Projeto de Resolução do Congresso Nacional.

Dentre estes projetos havia o PL nº 292, de 2013, que propunha a tipificação do crime de feminicídio. Somente a partir desse momento, o debate acerca da tipificação do feminicídio tomou maior proporção pública e acadêmica no Brasil. Contudo, tendo em vista o lapso de apenas 4 anos da apresentação do PL, promulgação da Lei nº13.104/15 e o presente momento há pouca produção quantitativa e empírica acerca dos resultados obtidos após a inclusão do feminicídio no Código Penal brasileiro. Portanto, pauta-se a análise da tipificação do feminicídio no contexto brasileiro, majoritariamente, pelo estudo de seu processo legislativo – dividido em três fases: pré-legislativa, legislativa e pós e sanção presidencial – bem como pelas produções acadêmicas qualitativas.

A fase pré-legislativa se trata da formação de uma demanda gerada pela insatisfação social devido ao descompasso entre a lei e a realidade social que culmina, muitas vezes, na apresentação de um projeto de lei perante o legislativo⁶⁰. *In casu*, a insatisfação social perante à violência de gênero foi gerada por anos (desde a década de 90) até atingir seu ápice a partir de 2010 com a exploração midiática de casos brasileiros emblemáticos. Já em 1992 houve, no Congresso Nacional, uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para “investigar a questão da violência contra a mulher”. E, mais recentemente, em 2013, a CPI do Tráfico de Pessoas, no Senado Federal⁶¹. No início do século XXI a questão da violência de gênero se fez muito presente pela Lei Maria da Penha.

não programadas no Plano de Trabalho. A metodologia de trabalho utilizada baseou-se na inquirição de autoridades públicas e especialistas no tema, além da realização de 24 audiências públicas e diligências aos serviços públicos que compõem a rede de atendimento à mulher em situação de violência. Informações obtidas in: SENADO FEDERAL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a situação da violência contra a mulher no Brasil*. Julho de 2013, p.10 – 11. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&tp=1>>. Acesso em julho de 2017.

⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

⁶¹ SENADO FEDERAL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a situação da violência contra a mulher no Brasil*. Julho de 2013, p.18. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&tp=1>>. Acesso em julho de 2017.

Quando da permanência dos alarmantes números de mulheres vítimas em conjunto com a intensa exploração midiática de casos emblemáticos, a discussão se avolumou e gerou a CPMIVCM em 2012. A constatação dos dados veio por meio do Mapa da Violência – Homicídios de Mulheres de 2012 e dos casos abordados no bojo do relatório final da Comissão⁶². Como exposto, a proposta da tipificação do feminicídio foi um dos encaminhamentos do Relatório Final da CPMIVCM⁶³.

O PL do feminicídio foi formalmente apresentado ao Senado Federal no dia 15 de julho de 2013, dando origem ao PLS nº 292/2013. Sob análise da Comissão de Constituição e Justiça (“CCJ”), a Senadora Ana Rita Esgário foi designada relatora e apresentou parecer favorável em setembro de 2013. Contudo, logo em seguida deixou de compor a CCJ tendo seu relatório desconsiderado. A Senadora Gleisi Hoffmann (PT/PR) assumiu a relatoria e, em março de 2014, apresentou relatório favorável⁶⁴ com emenda substitutiva para aperfeiçoar a técnica legislativa.

O Senador Aloysio Nunes (PSDB/SP) apresentou a Emenda nº 01 visando ampliar as circunstâncias qualificadoras do homicídio, de forma a incluir motivações “por preconceito de raça, cor, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, deficiência, condição de vulnerabilidade social, religião, procedência regional ou nacional” e também o feminicídio sob a justificativa da tutela penal de um rol mais extenso de discriminações⁶⁵. Na mesma sessão, Hoffmann apresentou parecer contrário e o substitutivo elaborado pela relatora foi aprovado pela CCJ retornando ao plenário do Senado Federal⁶⁶.

⁶² Foram analisados os casos Eliza Samúdio, Christina Gabrielsen, Sandra Gomide, Leni Floriano da Silva, Denise Quioca, Adenise Cristina Santos Leão, o caso do estupro coletivo da cidade de Queimadas e o caso D.C.S.

⁶³ Além deste, houve ainda a proposta de outros doze Projetos de Lei e um projeto de resolução do Congresso Nacional. No entanto, após mais de 4 anos, somente dois PLs se transformaram em norma jurídica: o PL nº 8305/2014 (do feminicídio), em 2015, e o PL nº 6595/13 em março de 2017. O PL nº 6295/13 culminou em 30 de março de 2017 na publicação da Lei Ordinária 13.427/2017 sob sanção do Presidente Michel Temer.

⁶⁴ No que tange ao conteúdo da proposta, Hoffmann justificou: “No Brasil, entre os anos 2000 e 2010, 4,3 mil mulheres foram assassinadas, sendo essa uma tendência em toda a América Latina”. Por fim, ressaltou que diversos países já tipificaram o feminicídio com o fim de inibir a impunidade.

⁶⁵ SENADO FEDERAL. *Senado Notícias*. Inclusão de crime de feminicídio no Código Penal passa na CCJ, 2014. Disponível em: < <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/04/02/inclusao-de-crime-de-feminicidio-no-codigo-penal-passa-na-ccj> >. Acesso em julho de 2017.

⁶⁶ No plenário do Senado, a proposta foi aprovada e emendada pela Emenda nº 02 da Senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB/AM) que visava melhorar a descrição do feminicídio contida no parágrafo 7º e o acréscimo de três hipóteses de aumento de pena: quando o delito se der durante a gestação ou no estado puerperal; quando perpetrado contra pessoa menor de 14 anos, maior de sessenta ou com deficiência; ou se ocorrer na presença de ascendentes ou descendentes da vítima.

Em dezembro de 2014, foi enviada à Câmara dos Deputados, a redação final para revisão. O PLS nº 292/13, agora PL nº 8.305/2014, passou a ter caráter de urgência em fevereiro de 2015. No mês seguinte, em sessão plenária, o PL foi levado a discussão e devido à proximidade do Dia Internacional da Mulher, a bancada feminina queria aprovar o projeto no mesmo dia e encaminhá-lo à sanção presidencial.

Inicialmente, a Deputada Federal Maria do Rosário (PT/RS) ressaltou a proximidade com o dia 8 de março enquanto data simbólica na luta das mulheres. Em seguida, o Deputado Federal Evandro Gussi (PV/SP) sustentou⁶⁷ a inconstitucionalidade do PL sob argumento de que este feriria o princípio da igualdade ao tutelar de forma desigual a morte de homens e mulheres retomando discussão semelhante àquela quando da Lei Maria da Penha⁶⁸. A Deputada rebateu os argumentos dizendo que o novo tipo penal se tratava de hipótese restrita à morte de mulheres em condições cruéis relacionadas às condições de gênero. Juntou-se à defesa do PL o Deputado Federal Edmilson Rodrigues (PSOL/PA) se referindo ao conceito de igualdade material que justificaria a tipificação⁶⁹.

O então Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, rodeado pela bancada feminina anunciou haver um acordo quanto à Emenda de Redação do PL, e orientou os parlamentares favoráveis à aprovação a permanecerem na sessão. O PL foi aprovado sob grande alvoroço⁷⁰.

Deste modo, o PL nº 8.305/2013 foi aprovado na mesma tarde em que entrou em pauta no Plenário da Câmara, após discussão que durou cerca de 35 minutos no final do expediente, no dia 3 de março de 2015, às vésperas do Dia Internacional da Mulher.

Em 8 de março de 2015, cinco dias após a aprovação do PL nº 8.305/2013 pelo Plenário da Câmara, a então Presidente da República Dilma Rousseff fez um pronunciamento em rede nacional⁷¹, no qual anunciou que sancionaria a Lei do Feminicídio no dia seguinte.

⁶⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Arquivo Sonoro*. Plenário – Sessão Deliberativa do dia 03/03/2015 às 14h29min03s e 18h30min48s. Disponível em: < <http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=51527> >. Acesso em julho de 2017.

⁶⁸ Somente em 2012, quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4424 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a constitucionalidade da Lei foi formalmente declarada.

⁶⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Arquivo Sonoro*. Plenário – Sessão Deliberativa do dia 03/03/2015 das 18h34min04secs à 18h47min26secs. Disponível em: < <http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=51527> >. Acesso em julho de 2017.

⁷⁰ Ibid., das 18h50min31s às 19h43min.

⁷¹ ROUSSEFF, Dilma. *Pronunciamento à Nação da Presidente da República, por ocasião do Dia Internacional da Mulher*, 2015. Disponível em: < <http://www2.planalto.gov.br/centrais-de-conteudos/audios/audio-do->

No entanto, grande parte do pronunciamento versava sobre a crise política e econômica sob a qual o país estava e está passando. Deste modo, a reação do público durante a transmissão das janelas das casas e apartamentos ficou conhecida como “panelaço”: “Meus queridos brasileiros e, muito especialmente, minhas queridas brasileiras: hoje é o Dia Internacional da Mulher. [...] Pela primeira vez na história, o Brasil ao enfrentar uma crise econômica internacional não sofreu uma quebra financeira e cambial.”

Somente no final do vídeo, a ex-presidente, mencionou sobre a nova lei: “[...] Minhas amigas mulheres homenageadas neste dia: por último, quero anunciar um novo passo no fortalecimento da justiça, em favor de nós, mulheres brasileiras. Vou sancionar, amanhã, a Lei do Femicídio que transforma em crime hediondo, o assassinato de mulheres decorrente de violência doméstica ou discriminação de gênero. Com isso, este odioso crime terá penas bem mais duras. Esta medida faz parte da política de tolerância zero em relação à violência contra a mulher brasileira. [...]”

Com isso, no dia 9 de março de 2015, o projeto de autoria inicial da CPMICVM recebeu a sanção presidencial e entrou em vigor sob forma da Lei nº 13.104/2015.

5 BASES PARA UM DISCURSO DE RESISTÊNCIA OU ACEITAÇÃO À TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO NO BRASIL

A análise que se pretende realizar neste último capítulo perpassa pelos preceitos do Direito Penal Mínimo e do garantismo penal para a melhor compreensão e aplicação da dogmática. Elege-se, portanto, o consagrado Claus Roxin⁷² para balizar os fundamentos do Direito Penal e o grande Juarez Cirino dos Santos⁷³ para frear e redelimitar este. Busca-se compreender o que seria o Direito Penal simbólico⁷⁴ e como esse opera, sobretudo, em uma

[pronunciamento-a-nacao-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-por-ocasio-do-dia-internacional-da-mulher-15min18s-1](#)>. Acesso em julho de 2017.

⁷² ROXIN, Claus. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et all. *Derecho penal: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoria del delito*. Madrid: Civitas, 1997.

⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte geral*. Curitiba, PR: ICPC, 6ª ed., 2014.

⁷⁴ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

sociedade pós-moderna sob os impulsos do desenfreado expansionismo penal abordado pelo Professor Doutor Luciano Anderson de Souza⁷⁵.

Conforme o cenário descrito nos capítulos anteriores, faz-se necessário pontuar que é inegável a existência da violência de gênero enquanto problema sistemático. Contudo, o que se questiona é: quais são as ferramentas legítimas ou eficazes para a superação da violência que atinge de modo distinto as mulheres e ocorre essencialmente no cenário familiar?

Há, nos extremos, quem aponte e defenda que tal caminho se daria pela tipificação do feminicídio enquanto forma simbólica de refrear a violência contra mulheres⁷⁶. Em sentido oposto, há a corrente que entende que o maior rigor punitivo como método de solução de um problema intrínseco ao seio social seria uma aposta equivocada⁷⁷.

Propõe-se, então, a resposta para tal questionamento por meio da análise dos quatro subtópicos seguintes.

5.1 O resultado da tipificação nos países latino-americanos e no Brasil

Apesar da tipificação do feminicídio já ter ocorrido em dezesseis países latino-americanos, desde 2006, há poucas produções científicas e estatísticas para verificar os resultados numéricos e a eficiência da lei penal na busca da redução da violência de gênero. Dos poucos resultados e especulações a que se tem acesso, não há bases suficientes para se defender a tipificação do feminicídio enquanto alternativa que promova a redução de casos de violência de gênero.

Muito pelo contrário, na Guatemala, por exemplo, apesar da lei contra o feminicídio ter sido aprovada em 2008, a taxa de impunidade é bastante alta. O país vive um incremento da violência homicida desde o começo do século XXI, tendo sido considerado um dos países mais violentos do mundo oficialmente em paz⁷⁸. Há dados que apontam que 98% dos casos de

⁷⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

⁷⁶ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Sobre o feminicídio*. Boletim IBCCRIM, v. 270, 2015, p. 4 – 5.

⁷⁷ BELLOQUE, Garcia Jualiana. *Feminicídio: o equívoco do pretense Direito Penal emancipador*. Boletim IBCCRIM, v. 270, 2015, p. 3 – 4.

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *Informe estadístico da violência na Guatemala*. Disponível em: <http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/national_activities/informe_estadistico_violencia_guatemala.pdf>. Acesso em julho de 2017.

feminicídio não são solucionados pela justiça⁷⁹ em razão de problemas econômicos e estruturais existentes no país.

No Brasil, diante da recente tipificação, não há ainda fontes mínimas para analisar e precisar os efeitos da lei⁸⁰. Conforme reportagem veiculada pela Rádio Câmara⁸¹, em março de 2016: “Um ano após a sanção da chamada Lei do Feminicídio, os resultados concretos da nova legislação ainda não podem ser medidos, já que não há estatísticas nacionais recentes sobre o assunto. Mas especialistas são unânimes em apontar que o Brasil precisa continuar avançando nas políticas de combate aos homicídios femininos. Apesar da aprovação da Lei Maria da Penha em 2006, entre 2007 e 2013 as taxas de homicídio feminino no País cresceram 23%, sendo as mulheres negras as vítimas preferenciais. Os dados [...] colocam o Brasil no quinto lugar entre os países que mais matam mulheres no mundo. Treze assassinatos diários de mulheres foram cometidos em 2013, sendo sete feminicídios.”

Neste sentido, desde quando o Brasil começou a adotar tal problemático incremento legislativo⁸² enquanto forma de combate à violência de gênero, houve apenas aumento do número de mortes, e não declínio, a despeito das condenações.

5.2 Direito Penal emancipador e simbolismo penal

Para além da (in)efetividade do novo tipo penal, deve se discutir também a que se destina uma lei penal ou até mesmo Direito Penal. Roxin leciona que o Direito Penal se destina a proteção subsidiária de bens jurídicos, mas que, essa proteção não se realiza somente pelo Direito Penal dado que ele é mais um instrumento que visa cooperar com todo o

⁷⁹ MELO, Adriana Ramos de. *Feminicídio – uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil*. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/ADRIANARAMOSDEMELLO_FEMICIDIO.pdf >. Acesso em julho de 2017.

⁸⁰ Todos os mapas e pesquisas ainda utilizam como base os dados de 2015.

⁸¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Rádio Câmara*. Após um ano da Lei do Feminicídio, ainda não há estatísticas nacionais recentes sobre o assunto, março de 2016. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/504847-APOS-UM-ANO-DA-LEI-DO-FEMINICIDIO,-AINDA-NAO-HA-ESTATISTICAS-NACIONAIS-RECENTES-SOBRE-O-ASSUNTO.html> >. Acesso em julho de 2017.

⁸² SOUZA, Luciano Anderson de; BARROS, Paula Pécora de. *Questões controversas com relação à lei do feminicídio (Lei n. 13.104/2015)*. Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 111, 2016, p. 263-279.

ordenamento jurídico e deve ser usado enquanto *ultima ratio* quando todas as outras medidas protetoras anteriores falharem⁸³.

Juarez Cirino dos Santos aponta os objetivos declarados e reais do Direito Penal⁸⁴. Este se diz destinar à proteção subsidiária de certos bens jurídicos determinados pelo ordenamento jurídico em respeito à *ultima ratio* e à fragmentariedade sob a ideia de neutralidade do sistema punitivo em que se asseguraria a convivência em sociedade.

Contudo, observa-se que isso fica restrito somente a um plano formal vez que: “[...] através das definições legais de crimes e de penas, o legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas, incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentrada na área da criminalidade patrimonial comum, característica das classes e categorias sociais subalternas[...]”⁸⁵

Deste modo, haveria uma face oculta do Direito Penal, em que sua função real seria para o exercício do controle social enquanto forma de manutenção do *status quo*, interesses e necessidades de grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social.

A partir disso, poderia se questionar até que ponto a tipificação do feminicídio no Brasil se alinharia a esse objetivo oculto do Direito Penal ou, ainda, se ela desrespeita os objetivos declarados posto que se tutela um bem jurídico relevante – a vida de mulheres. Não há dúvidas que a proteção da vida humana é realizada pelo Direito Penal supostamente enquanto o mais importante bem jurídico. Neste ponto, a tipificação do feminicídio, ao proteger a vida, não traz qualquer problema. Ocorre que, o seu uso enquanto forma de qualificar o tipo penal corresponde à anseios simbólicos que extrapolam os limites permitidos do Direito Penal e se aproximam às funções ocultas ditas por Cirino dos Santos.

Cumpra esclarecer que o conceito de simbolismo penal aqui adotado foi o exposto por Hassemer⁸⁶: “Não há um conceito preciso de “simbólico” e “legislação simbólica”. Existe um acordo global que direciona para o fenómeno do Direito simbólico: trata-se de uma oposição entre “realidade” a “aparência”, entre “manifesto” e “latente”, entre o “verdadeiramente

⁸³ ROXIN, Claus. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et all. *Derecho penal: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoria del delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 49 – 67.

⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte geral*. Curitiba, PR: ICPC, 6ª ed., 2014, p. 423 – 463.

⁸⁵ Ibid., p. 11.

⁸⁶ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. Tradução livre. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

desejado” e o “realmente aplicado”. “Simbólico” associa-se com engano, tanto em sentido transitivo quanto em sentido reflexivo. “Simbólico” em sentido crítico é, por conseguinte, um Direito penal no qual as funções latentes predominam sobre as manifestas [...] O Direito penal simbólico ocorre de diversas formas: por meio de um Direito penal que está menos orientado à proteção do bem jurídico do que para os efeitos políticos mais amplos como a satisfação de uma “necessidade de ação”. Trata-se de um fenômeno da crise da política criminal orientado às consequências que converte o Direito penal em um instrumento político tutelador de bens jurídicos universais e delitos de perigo abstrato.”

Destarte, a expressão “direito penal simbólico” é entendida como o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos, desconsiderando as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais.

Neste sentido, grande parte das demandas que apoiam a tipificação do feminicídio baseiam-se predominantemente na publicização da violência de gênero, além da declaração oficial de que tais comportamentos misóginos e de disseminação da desigualdade de gênero são socialmente inaceitáveis. Não obstante, apesar de parecer se tutelar uma demanda minoritária que desnaturaria as funções ocultas do Direito Penal, acaba-se por apoiar o caráter simbólico do poder punitivo. Leis simbólicas não tocam nas origens, nas estruturas e nos mecanismos produtores de qualquer problema social⁸⁷. Ao criminalizar uma conduta, justificada em prol das minorias oprimidas, reduz-se a complexidade das questões, relegando ao direito penal uma tutela de fachada, ou ainda, um mecanismo de populismo político penal. Trata-se, assim, de um movimento de “neocriminalização” que utiliza o mesmo sistema que se destina a manutenção do *status quo* para movimentos politicamente alternativos em prol da proteção de minorias por meio do simbolismo inerente à punição⁸⁸.

Para além das funções ocultas, o sistema penal é ineficaz para proteger as mulheres pois não previne novas violências tampouco modifica a sociedade. O sistema penal duplica a

⁸⁷ “Enquanto os direitos humanos assinalam um programa realizador de igualdade de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 89).

⁸⁸ SOUZA, Luciano Anderson de e FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Feminicídio: primeiras observações*. Boletim IBCCRIM, v. 269, 2015, p. 3 – 4.

vitimização feminina porque além de vitimadas pela violência de gênero, as mulheres o são pela violência institucional que reproduz a violência estrutural das relações sociais.

Portanto, a tipificação do feminicídio enquanto lei penal simbólica que promove as funções latentes em detrimento das funções manifestas não só inatinge o combate efetivo à violência de gênero, mas ainda contraria os princípios do Direito Penal.

5.3 (In)compatibilidade com o Direito Penal Mínimo – expansionismo penal⁸⁹

O feminicídio como está posto insere-se em uma política criminal claramente expansionista. Entende-se por expansionismo penal a tipificação de novas condutas, como tipos penais de perigo abstrato, tipos abertos, normas penais em branco ou ainda nascidos das complexas demandas sociais.

Por outro lado, um posicionamento minimalista balizado pelas teorias minimalistas seria aquele que enxerga a necessidade de atuação mínima do Direito Penal, de *ultima ratio*. Há, no entanto, diversas teorias para conduzir a isso, quais sejam: o abolicionismo penal⁹⁰; a teoria ressocializadora e a proposta garantista⁹¹ defendida e estudada por Alessandro Baratta,

⁸⁹ Utiliza-se como base o conceito de expansionismo penal delimitado e abordado pelo Professor Doutor Luciano Anderson de Souza em sede da obra oriunda de sua dissertação de mestrado, e posteriormente publicada in SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. v. 1. Oportunamente, esclarece-se que, diversamente do que defende esta pesquisadora, o professor entende que a tipificação do feminicídio não se enquadraria como expansionismo penal, mas sim como uma devida expansão do Direito Penal Mínimo.

⁹⁰ “A tese abolicionista, em síntese, é a sugestão mais radical de limitação da atuação das instâncias criminais na medida em que se baseia em uma ideia de total negação do Direito Penal, pretendendo-se sua substituição por outros meios, jurídicos ou não, de solução de controvérsias anteriormente tuteladas por este grave meio de controle.” (Ibid., p. 73).

⁹¹ “Assim é que, por exemplo, Francesco Baratta tenha propugnado pelo reconhecimento dos direitos humanos fundamentais e da realização da justiça social como formas de imposição de limites ao Direito Penal. Este ramo do saber jurídico entra em rota na busca de penas privativas de liberdade mais proporcionais, o que pressupõe a eliminação de penas privativas de liberdade excessivamente curtas, que seriam substituídas por formas alternativas de penalização, bem como a renúncia a penas desproporcionais por sua excessiva duração, chegando-se a conclusão que penas mais restritivas no eixo temporal produziriam melhores resultados que penas longas, cuja percepção pessoal do apenado seria negativa e tolhedora de perspectivas. (...) As penas privativas de liberdade só seriam, desse modo, recomendadas em hipóteses nas quais se visasse impedir ou dificultar o que Luigi Ferrajoli chamou de ‘violência social informal’, que nada mais é do que estabelecer a garantia de que as penas apresentem uma dupla função de prevenção: de um lado procura-se prevenir o cometimento do ilícito valorado penalmente e, de outro lado, busca-se garantir a prevenção do cometimento da violência não legitimada proporcionada pela aplicação de penas privadas, arbitrárias e desproporcionais.” (SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. v. 1, p. 77 – 78).

Luigi Ferrajoli e Winfried Hassemer e aqui utilizada para analisar a racionalidade da tipificação do feminicídio enquanto caminho legítimo.

À luz dos princípios do Direito Penal mínimo expostos por Baratta⁹² conclui-se não ser possível conciliar a tipificação do feminicídio com o Garantismo Penal. Para ele Direito Penal Mínimo seria, em sentido negativo, a limitação da intervenção penal, e, em sentido positivo, a definição do objeto a ser tutelado. Tais parâmetros pautam-se pelo conhecimento do descompasso entre as funções ocultas e reais do sistema penal.

O consagrado professor italiano fixa diversos princípios que ajudam a compreender o Direito Penal Mínimo, dentre eles: I – princípios de limitação formal (princípio da legalidade; princípio da taxatividade; princípio da irretroatividade e outros); II – princípios de limitação funcional (princípio da resposta não contingente; princípio da proporcionalidade; princípio da idoneidade; princípio da subsidiariedade; princípio da proporcionalidade concreta ou da adequação do custo social; princípio de implementação administrativa da lei; princípio do respeito pelas autonomias culturais e princípio do primado da vítima); III – princípios de limitação pessoal ou de limitação da responsabilidade penal (princípio da imputação pessoal ou do princípio da personalidade; princípio da responsabilidade pelo fato; princípio da exigibilidade social do comportamento conforme a lei); IV – princípios extrassistemáticos de descriminalização (princípio da não-intervenção útil; princípio da privatização dos conflitos; princípio da politização dos conflitos e princípio da preservação das garantias formais); V – princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais.

In casu, diante da tipificação do feminicídio, verifica-se a violação de diversos desses princípios como explicitado a seguir.

O princípio da resposta não contingente enxerga a lei penal como um ato solene de resposta aos problemas sociais por meio de um longo e aprofundado debate legislativo e ampla discussão pública. Não obstante a existência da CPMICVM, sabe-se que durante a fase legislativa, o projeto de lei foi aprovado a toque de caixa após uma rasa e restrita discussão no plenário da Câmara dos Deputados.

Em atenção ao princípio da idoneidade o legislador deveria realizar um atento estudo dos efeitos socialmente úteis da pena em que somente após controle empírico baseado na

⁹² BARATTA, Alessandro. *Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*. Doctrina penal. Buenos Aires, ano 10, 1987, p. 623 – 650.

análise dos efeitos de normas similares em outros ordenamentos, de normas análogas do mesmo ordenamento e em métodos atendíveis de prognose sociológica, aparece provado ou altamente provável algum efeito útil. Ocorre que no feminicídio isso não foi observado, as poucas pesquisas empíricas e comparativas demonstram a ineficiência deste caminho.

Apesar de se tutelar um bem jurídico relevante, qual seja, a vida, não se aplicou o princípio da subsidiariedade ao tutelá-lo de forma mais gravosa por se tratar da vida da mulher. Este princípio prevê que uma pena só pode ser cominada quando não houver outros modos não penais de intervenção.

Para além das delimitações principiológicas estipuladas por Baratta, há que se falar na tipificação do feminicídio como medida com claro cunho de populismo penal⁹³ que usa da comoção e do sentimento de medo a fim de se obter o apoio popular, para a imposição de medidas punitivas mais rígidas.

Ressalta-se que não se pretende negar a relevância do bem jurídico vida humana tampouco o crescente e lamentável cenário de violência contra as mulheres. O que se critica é a tipificação enquanto resposta populista e simbólica que fere o minimalismo penal vez que pautada por um claro expansionismo legal.

Em contrapartida, há quem defenda que não se trata de violação ao Direito Penal Mínimo haja visto que a morte de mulheres por razões de gênero já era considerada pela doutrina e jurisprudência como motivo torpe, de modo que a criação do feminicídio teria apenas destacado na legislação uma situação de vulnerabilidade e lhe dado visibilidade. Ocorre que, conforme os argumentos supra expostos, a mudança legislativa acabou por impor, *in concreto*, penas mais severas sob a falha justificativa do valor simbólico.

5.4 Por uma política criminal racional em matéria de penas: a alternativa à tipificação

Diante das falhas e irracionalidades apontadas em relação à resposta legislativa para a violência de gênero situada no contexto pós-moderno⁹⁴, pretende-se indicar alternativas à

⁹³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª edição. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 87.

⁹⁴ "...adotando-se critérios verdadeiramente inadequados, o legislador e os operadores do Direito não encontram soluções eficazes para a criminalidade atual, simplesmente expedindo-se simbolicamente normas

tipificação. Observa-se que o Direito, não só Penal, se vê envolvido no enfrentamento de novas demandas antes inexistentes, tais quais, a tutela do meio ambiente, do consumidor, da ordem econômica, tributária e previdenciária, das demandas minoritárias, dos crimes de perigo e o legislador, a todo tempo, diante dessa “criminalidade moderna”⁹⁵ confere respostas automáticas e pouco efetivas. O imediatismo das construções legislativas, o abuso do simbolismo e a falta de técnica levam ao erigimento de um Direito Penal de emergência, que gera a deslegitimação deste para o equacionamento dos novos interesses sociais.

Neste sentido, expõe-se uma primeira alternativa: “A proposta de HASSEMER, por sua vez, diante da criminalidade moderna, é o estabelecimento de um ‘Direito de Intervenção’ (*Interventionsrecht*), situado entre o Direito Administrativo ou Civil e o Direito Penal. Desta forma, haveria mitigação do Direito Penal tradicional a um núcleo básico de tutela a lesões individuais, libertando-o das exigências da modernização. As novas complexidades seriam então regidas por um Direito menos rigoroso tanto em termos de aplicação como em intensidade sancionatória.”⁹⁶

Defende-se aqui a observância do princípio da intervenção mínima à luz do Direito Penal Mínimo e do Garantismo Penal vez que já há uma proteção ao bem jurídico vida e a busca pela resposta específica ao contexto da violência de gênero não se mostra racional tampouco eficiente⁹⁷.

É de se notar ainda o caráter fragmentário do Direito Penal que dita outras formas de intervenção não penais, que, *in casu*, poderiam ser mais eficientes, tais como o controle civil ou administrativo. Fora do âmbito jurídico, são exemplos o uso dos meios de comunicação de massa com suas funções informativas e educativas ou a promoção de políticas educacionais e

criminalizadoras, o que, por sua vez, na prática, acarreta uma deslegitimidade do Direito Penal (...) e a completa sensação social de insegurança, criando-se uma sociedade do medo.” (SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. v. 1, p. 21).

⁹⁵ “Estruturado para a proteção de certos e determinados bens jurídicos de titularidade determinada ou ao menos determinável, o Direito Penal tem se defrontado, atualmente, com o clamor social e a aparente necessidade de proteção de bens jurídicos que não se coadunam com os clássicos esquemas de proteção, dada, por exemplo, e dentre outros fatores que adiante serão explicitados, a indeterminação de seus titulares, dando-se, assim, voz aos gestores da moral coletiva, representados pelas associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos, de bairro, pacifistas ou, de forma mais generalizada, a toda sorte de organizações não-governamentais que se arvorem o direito de defender determinado bem coletivo (...)” (Ibid., p. 53-4).

⁹⁶ Ibid., p. 28.

⁹⁷ “Todavia, a solução simplista é logo desmascarada, pois a ineficácia das novéis regras demonstra-se na incapacidade de redução dos índices de criminalidade. Com isso, o sistema legal deslegitima-se perante o seio coletivo. Num círculo vicioso, aumenta-se ainda mais a sensação social de insegurança.” (Ibid., p. 154).

conscientizadoras acerca do lamentável cenário existente de violência de gênero no sentido de criar novas gerações minimamente conscientizadas.

De modo semelhante, Alessandro Baratta aponta a necessidade de aplicação do princípio geral de prevenção como uma política fundamental para uma estratégia de controle social⁹⁸. Trata-se de deslocar a ênfase das formas de controle repressivo para as formas de controle preventivo, pois o sistema penal não é apto para proporcionar a defesa mais eficaz dos direitos, pelo fato de que sua intervenção está limitada à formulação de respostas sintomáticas aos conflitos. Ademais, o sistema penal está unicamente em condições de responder às ações puníveis de indivíduos.

Soma-se à busca por uma resposta alternativa o princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais que dita que⁹⁹: “Nenhuma mudança democrática na política do controle social pode ser realizada se os sujeitos de necessidades e direitos humanos não conseguem passar de serem sujeitos passivos de um tratamento institucional e burocrático a serem sujeitos ativos na definição dos conflitos de que formam parte e na construção das formas e dos instrumentos de intervenção institucional e comunitária idôneos para resolvê-los, segundo suas próprias necessidades reais.”

Com isso, sustenta-se que uma política criminal racional perpassa por uma política de contenção da violência punitiva inserida na mínima intervenção penal e pela possibilidade de utilizar alternativamente outros instrumentos diversos da tipificação penal, quais sejam, outras searas do Direito ou ainda espaços extrajurídicos.

6 CONCLUSÕES

Após a contextualização do panorama histórico de misoginia no Brasil atrelado aos reflexos do machismo nas produções legislativas expôs-se a reação por parte do movimento feminista no âmbito internacional e interno. Notou-se a fortificação e expansão das demandas feministas em suas ondas e a forma como isso, em conjunto com outros fatores, culminou nos avanços de produções internacionais em busca da proteção às mulheres.

⁹⁸ BARATTA, Alessandro. *Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*. Doctrina penal. Buenos Aires, ano 10, 1987, p. 623 – 650.

⁹⁹ Ibid., p. 623 – 650.

A partir da década de 1970, iniciou-se um tratamento diferenciado à problemática do gênero em cenário internacional com a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1979). No entanto, somente no final do século XX ocorreu efetivamente a produção de convenções voltadas para o tema que geraram encaminhamentos em âmbito interno, quais sejam: a Declaração sobre todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1993) e a Convenção de Belém do Pará (OEA, 1994).

Foi nessa toada que, em 2006, surgiu a Lei Maria da Penha. Para além do seu claro pioneirismo internacional, a Lei simbolizou uma enorme conquista às mulheres. Criou-se um sistema autônomo para a tratativa da violência doméstica que transcendeu os horizontes estabelecidos pela dogmática penal. Não obstante, expôs-se também as facetas negativas e inefetivas da Lei que já completou mais de 10 anos.

Diante deste percurso, chegou-se à abordagem do conceito de femicídio e feminicídio para estudar propriamente sua apropriação na América Latina e os movimentos de tipificação. A somatória de um panorama histórico social de discriminação e violência de gênero em conjunto com o crescente debate do tema em cenário internacional e os paradigmáticos casos internacionais e nacionais findaram por positivar o femicídio/feminicídio em diversas legislações latino-americanas, e inclusive, na brasileira.

Deu-se especial atenção ao “Caso Gonzáles e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México” pela sua marcante posição enquanto introdutor do conceito de “feminicídio” de Marcela Lagarde e também pela responsabilização do estado pelas mortes de mulheres. Neste momento começou a ocorrer o movimento de tipificação do feminicídio em países latino-americanos seguindo as mais diversas opções de política criminais.

Ao mesmo tempo, no Brasil, houve desde a década de 90 uma movimentação pré-legislativa pela inclusão das discussões de violência de gênero em Comissões Parlamentares, por meio da Lei Maria da Penha e pela divulgação da mídia de escabrosos casos. Não tardou para que o PLS nº 292/13 oriundo da CPMIVCM chegasse ao Senado Federal.

Após parcas e rasas discussões, o PL foi analisado na CCJ e aprovado no Senado Federal se tornando o PL nº 8.305/2014. Em pauta no plenário da Câmara dos Deputados na tarde do dia 3 de março de 2015, às vésperas do Dia Internacional da Mulher e após 35 minutos de discussão, foi aprovado e enviado para a sanção presidencial. Com isso, a Presidente da República Dilma Rousseff pronunciou-se em meio à crise política e informou a sanção da Lei nº 13.104/2015.

Ante tal contexto, propôs-se a análise da tipificação do feminicídio no Brasil balizado pelo Direito Penal Mínimo e garantismo penal em conjunto com a comparação dos resultados deste movimento. Concluiu-se que:

- i. A heterogeneidade legislativa latino-americana e a insuficiência de informações consolidadas até o momento não permitem uma avaliação ampla e segura. Contudo, ainda assim, das poucas informações existentes, aponta-se, tal qual a Lei Maria da Penha, para uma ineficiência no combate à violência de gênero;
- ii. Da forma como foi posto, sobretudo no Brasil, o feminicídio ampara-se em um fracassado simbolismo penal que desrespeita os paradigmas do minimalismo penal adotados por Alessandro Baratta e que somente serve para corresponder aos anseios e demandas sociais. Trata-se de escolha claramente expansionista para a devida publicização da violência de gênero, que, porém, servirá somente às funções ocultas do Direito Penal;
- iii. À luz da análise da racionalidade legislativa, da comparação com os países latino-americanos, do Direito Penal Mínimo e do Garantismo Penal, uma política criminal racional perpassa pela alternativa à tipificação. Não se pretende negar, contudo, o panorama histórico de machismo intimamente relacionado com uma sociedade patriarcal;
- iv. A intervenção penal é instrumento falho. Assinala-se em prol da possibilidade do uso de instrumentos diversos, tais como, outras searas do Direito, mas, sobretudo, espaços extrajurídicos como meios de comunicação, educação, políticas públicas e outros.

7 REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1981.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x Cidadania mínima: códigos de violência na Era da globalização*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*. Doctrina penal. Buenos Aires, ano 10, 1987, p. 623 – 650.

BELLOQUE, Garcia Jualiana. *Feminicídio: o equívoco do pretense Direito Penal emancipador*. Boletim IBCCRIM, v. 270, 2015, p. 3 – 4.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Arquivo Sonoro*. Plenário – Sessão Deliberativa do dia 03/03/2015. Disponível em: <
<http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=51527> >. Acesso em julho de 2017.

_____. *Rádio Câmara*. Após um ano da Lei do Feminicídio, ainda não há estatísticas nacionais recentes sobre o assunto, março de 2016. Disponível em: <
<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/504847-APOS-UM-ANO-DA-LEI-DO-FEMINICÍDIO,-AINDA-NAO-HA-ESTATISTICAS-NACIONAIS-RECENTES-SOBRE-O-ASSUNTO.html> >. Acesso em julho de 2017.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Sobre o feminicídio*. Boletim IBCCRIM, v. 270, 2015, p. 4 – 5.

CORTE INTERAMERICA DE DIREITOS HUMANOS – CtIDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: <
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf >. Acesso em julho de 2017.

DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das mulheres no Brasil*. 10. Ed. São Paulo: Contexto, 2017.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Julia Lambert Gomes. *Violência de Gênero e Direito Penal: análise da racionalidade da tipificação do feminicídio no Brasil*. Revista Fórum de Ciências Criminais, v. 05, 2016, p. 241-272.

GERHARD, Ute. Sobre a liberdade, igualdade e dignidade das mulheres: o direito “diferente” de Olympe de Gouges. In: BONACCHI, Gabriela; groppi, Angela (Orgs). *O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, t. VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA (IPEA) – SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/publicacoes/Pesquisa_IPEA_%20Efetividade_Lei_Maria_da_Penha.pdf>. Acesso em abril de 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA (IPEA) – SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Série Pensando o Direito, nº 52, 2015. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2015/08/MJ_VCMeaspraticasinstitucionais.pdf>. Acesso em janeiro de 2017.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS SECRETARÍA TÉCNICA (IIDH). *Situación y análisis del femicidio en la Región Centroamericana*. 2006. Disponível em: <<http://www.cawn.org/espanol/publicaciones/documentos/otras/Femicidio%20oficial.pdf>> . Acesso em julho de 2017.

LAGARDE, Marcela y de los Ríos. Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. *Ankulegi Antropologia Elkartea*. Donostia: 2008.

_____. Del femicidio al feminicídio. *Desde el jardín de Freud*, Bogotá, n. 6, 2006.

MEDEIROS, Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros e MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Entre a “renúncia” e a intervenção penal no crime de violência doméstica contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/31d22c3f1cf8a05b14eb8226f0ae7cad.pdf>>. Acesso em abril de 2017.

MELO, Adriana Ramos de. *Feminicídio – uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil*. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/ADRIANARAMOSDEMELLO_FEMICIDIO.pdf >. Acesso em julho de 2017.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Modelo de protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio)*. Escritório Regional para a América Central do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH). Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf>.

Acesso em julho de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *Informe estadístico da violência na Guatemala*. Disponível em:

<http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/national_activities/informe_estadistico_violencia_guatemala.pdf>. Acesso em julho de 2017.

RADFORD, Jill e RUSSEL, Diana. *Femicide: The Politics of Women Killing*. New York: Twayne Publishers, 1992.

ROUSSEF, Dilma. *Pronunciamento à Nação da Presidente da República, por ocasião do Dia Internacional da Mulher*, 2015. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/centrais-de-conteudos/audios/audio-do-pronunciamento-a-nacao-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-por-ocasio-do-dia-internacional-da-mulher-15min18s-1>>. Acesso em julho de 2017.

ROXIN, Claus. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et all. *Derecho penal: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoria del delito*. Madrid: Civitas, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª edição. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SANTOS, Cecília MacDowell. *Da delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha*. Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº89, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte geral*. Curitiba, PR: ICPC, 6ª ed, 2014.

SECRETARIA DE TRANSPARÊNCIA – SENADO FEDERAL. *Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf>. Acesso em janeiro de 2017.

SEGATO, Rita. Femenicídio y feminicídio: una propuesta de tipificación. *Revista Herramienta*, n. 49, 2011.

SENADO FEDERAL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a situação da violência contra a mulher no Brasil*. Julho de 2013. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&tp=1>>. Acesso em julho de 2017.

_____. *Senado Notícias*. Inclusão de crime de feminicídio no Código Penal passa na CCJ, 2014. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/04/02/inclusao-de-crime-de-feminicidio-no-codigo-penal-passa-na-ccj>>. Acesso em julho de 2017.

SOARES, Bárbara M. *Enfrentando a violência contra a mulher*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/enfrentando-a-violencia-contra-a-mulher-orientacoes-praticas-para-profissionais-e-voluntarios>>. Acesso em abril de 2017.

SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes sexuais: reflexões críticas. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel. (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. 1ed. São Paulo: Liber Ars, v. 1, 2014.

_____. *Expansão do direito penal e globalização*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, v. 1, 2007.

SOUZA, Luciano Anderson de; BARROS, Paula Pécora de. *Questões controversas com relação à lei do feminicídio (Lei n. 13.104/2015)*. Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 111, 2016, p. 263-279.

SOUZA, Luciano Anderson de e FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Feminicídio: primeiras observações*. Boletim IBCCRIM, v. 269, 2015, p. 3 – 4.

SOUZA, Márcio Ferreira de. Gilberto Freyre e a Representação Feminina na “Introdução à História da Sociedade Patriarcal no Brasil”. *Revista Sociais e Humanas*. Santa Maria, v. 24, n. 02, jul/dez 2011, p. 88 – 100. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/sociais/humanas/article/view/2858>>. Acesso em março de 2017.

VILCHEZ, Ana Garida. *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*. ONU: Secretariado Geral das Nações Unidas – Una-te para o fim da violência contra as mulheres. Tradução livre. Panamá 2012, p. 10. Disponível em: <http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf>. Acesso em julho de 2017.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012: Homicídio de Mulheres no Brasil*. 2012. Disponível em

<http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015 – Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília, 1ª edição, 2015. Disponível em: <

http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em janeiro de 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011

FATORES DE RISCO ASSOCIADOS AO ATO INFRACIONAL NA ADOLESCÊNCIA: REVISÃO DE LITERATURA BRASILEIRA

Risk Factors Associated With Infrafractional Act in Adolescence - Revision of Brazilian Literature

SUELEN CRISTIE MARIANO *ET AL.*¹

Estudante da graduação de Psicologia na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Resumo: Um ato infracional é definido como violação de normas sociais praticados por indivíduos na sociedade. Com base nesta visão, o presente artigo baseou-se nos fatores de risco que estão associados à efetuação de um ato infracional na adolescência, período de desenvolvimento e mudanças físicas e emocionais, onde aspectos da infância entram em conflito com o mundo adulto. Foi realizada uma revisão de literatura de trabalhos científicos produzidos do ano 2000 a 2016, nas bases de dados LILACS (Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde), CAPES/MEC (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior/Ministério da Educação e Cultura) e SciELO (Scientific Eletronic Library Online) com as palavras chave “adolescentes infratores” e “adolescentes em conflito com a lei”, com o objetivo de elencar os principais fatores de risco expostos pela literatura científica como associados à incidência e reincidência em atos infracionais cometidos por adolescentes. Os 42 trabalhos científicos selecionados foram tratados com base na Análise de Conteúdo, o que resultou em nove categorias de fatores de risco. Através da análise, foi constatado que a efetivação e a reincidência de um ato infracional são multifatoriais, uma vez que os fatores de risco se sobrepõem e coexistem.

Palavras-chave: Adolescentes em conflito com a lei, fatores de risco, incidência e reincidência.

Abstract: An infraction act is defined as the violation of social norms practiced by individuals in society. Based on this view, the present article was based on the risk factors that are associated with the accomplishment of an infrafractional act in the adolescence, period of development and physical and emotional changes, where aspects of childhood conflict with the adult world. Was performed a literature review of scientific works produced from the year 2000 to 2016 was carried out in the LILACS (Latin American and Caribbean Center for Health Sciences Information) databases, CAPES / MEC (Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel / Ministry of Education and Culture) and SciELO (Scientific Electronic Library Online) with the key words “teenage offenders” and “adolescents in conflict with the law”, in

¹ Contato principal para correspondência. Demais autores: Patrick Ronan Sant' Anna, Julyana Trombetta Siqueira, Jade Jensen da Rocha, Bruna Sanches, Tatiany Honorio Porto

order to list the main risk factors exposed in the scientific literature as associated to the incidence and recidivism in infractions committed by adolescents. The 42 selected scientific works were treated based on Content Analysis, which resulted in nine categories of risk factors. Through of the analysis, it was found that the incidence and recurrence of an infraction act are multifactorial, once the risk factors overlap and coexist.

Keywords: Adolescents in conflict with the law, risk factors, incidence and recidivism.

1 INTRODUÇÃO

A adolescência é uma fase do desenvolvimento, caracterizado por mudanças tanto físicas como comportamentais, compreendida entre os 12 e os 18 anos de idade (ECA, 2002). É um período que perpassa a construção da identidade e a percepção de mudanças corporais. Fundamentalmente é a transição entre a puberdade e a adultez, marcado pela confusão de papéis, em que as obrigações e tendências da infância entram em choque com as do mundo adulto, ocorrendo às desilusões entre os ideais construídos e a realidade em si. As concepções morais internas construídas pelo indivíduo entram em conflito com as concepções reais do mundo e as transgressões de regras podem surgir como uma forma de externalizar essa rebeldia (ABERASTURY & KNOBEL, 1981).

O ato infracional pode ser entendido como todo e qualquer tipo de comportamento de um cidadão que transgrida as regras e normas sociais, que são descritos como crime ou contravenção penal. É considerada uma violação da moral constituída pela sociedade. De acordo com Aquino (2012) o ato infracional é o ato condenável, de desrespeito às leis, à ordem pública, aos direitos dos cidadãos ou ao patrimônio. No caso de ato infracional cometido por criança (até 12 anos), aplicam-se as medidas de proteção, enquanto o ato infracional cometido por adolescente deve ser apurado pela Delegacia da Criança e do Adolescente a quem cabe encaminhar o caso ao Promotor de Justiça que poderá aplicar uma dentre as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90.

O ECA regulamenta medidas, adotadas e aplicadas no caso de comprovação de conflito com a lei. Essas medidas socioeducativas têm como objetivo trabalhar com os adolescentes a responsabilização dos seus atos e assim reinseri-los no convívio social. De acordo com o ECA, as medidas que devem ser cumpridas são atribuídas conforme a

característica criminal e pela condenação de um juiz. As medidas aplicadas poderão ser: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; e internação em estabelecimento exclusivo para adolescentes. Sendo que, em alguns casos, poderão também ser cumuladas medidas protetivas, como requisição de tratamento médico, psicológico, psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento de abuso no uso de álcool e toxicômanos, abrigo em entidades e colocação em famílias substitutas (BRASIL, 2012).

Sobre o comportamento antissocial, Patterson, Reid e Dishion (2002), afirmam que este é o resultado de uma conduta aprendida e mantida pelas consequências obtidas. No modelo de coerção, formulado pelos autores, eles explicam que o comportamento antissocial segue uma trajetória de desenvolvimento, que contempla fatores “naturais”, que são: pais antissociais, avós inábeis, pais usuários de droga, estressores socioambientais e temperamento da criança, e quatro estágios, que se relacionam com o ambiente de interação do indivíduo. O primeiro estágio, de treinamento básico, abrange o contexto familiar, caracterizado por práticas parentais inadequadas e disciplina pobre, que reforçam a baixa autoestima e a ação de comportamentos manipulativos. O segundo, o ambiente escolar, é marcado por uma rejeição dos companheiros e dos pais, caso haja uma persistência do comportamento aprendido, resultando em prejuízos acadêmicos e humor deprimido. No terceiro estágio predomina a afiliação com pares desviantes, decorrente da rejeição dos pares convencionais e do sentimento de exclusão social, o que predispõe o envolvimento com “ganges”, uso de drogas e delinquência. Quando estes comportamentos prevalecem sendo reforçados até a idade adulta, ocorre o quarto e último estágio, marcado por relacionamentos e vida profissional instáveis, e com elevada probabilidade de ocorrência de detenções, risco de desenvolvimento de transtornos mentais e isolamento social.

Segundo um levantamento realizado pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) em 2012, 108.554 adolescentes estavam em cumprimento de medidas socioeducativas em todo o território brasileiro, o qual se refere ao conjunto de todas as medidas privativas de liberdade, as não privativas de liberdade e as internações provisórias, destes, 95% correspondiam ao sexo masculino e 5% ao sexo feminino. Conforme o perfil dos adolescentes que cumpriram medida de restrição de liberdade em 2011, 57% não frequentava

a escola antes da medida, 86% não concluíram o ensino fundamental, 75% eram usuários de drogas e 72 % tinham idade entre 16 e 18 anos (BRASIL, 2013).

Para Gauer, Vasconsellos e Davoglio (2012), são diversos os fatores que podem levar um adolescente a cometer um ato infracional, porém, nem todos os adolescentes que crescem em circunstâncias de vulnerabilidade, transgridem a lei e/ou adotam condutas violentas. Essa é a visão que foi utilizada no presente trabalho, pois fatores de risco são aqui definidos como as características que contribuem para expor o indivíduo a situações de vulnerabilidade, e que, portanto, podem de certa forma prever o desenvolvimento do comportamento antissocial, porém, não são determinantes, ou seja, não é nossa intenção a criação de preconceitos e estigmas com os adolescentes que vivem em tais situações.

Muitos são os trabalhos e investigações científicas no contexto brasileiro que citam alguns tipos específicos de fatores de risco relacionado ao ato infracional, ou simplesmente, reconhecem seu caráter complexo e produto de inúmeros fatores, sem se referir a estes. No entanto, são poucos os estudos voltados a uma sistematização de todos estes fatores, de modo que oriente as circunstâncias pontuais em que se deve investir em estudos e programas voltados a prevenção do comportamento infracional. Neste sentido, o objetivo do presente trabalho é realizar uma revisão de literatura com base em dados de trabalhos científicos realizados no Brasil, a fim de elencar os principais fatores de risco expostos pelos trabalhos como associados à incidência e reincidência em atos infracionais cometidos por adolescentes.

2 METODOLOGIA

Os estudos apresentados neste artigo de revisão de literatura foram baseados em trabalhos científicos da base de dados LILACS (Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde), CAPES/MEC (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior/Ministério da Educação e Cultura) e SciELO (Scientific Electronic Library Online), sendo utilizadas as seguintes palavras chaves para busca: “adolescentes infratores” e “adolescentes em conflito com a lei”, sendo a busca refinada com trabalhos realizados no Brasil no período de 2000 a 2016. Na base de dados CAPES, foram encontrados 110 resultados com os descritores “adolescentes infratores” e 109 com os descritores “adolescentes em conflito com a lei”. Na base de dados LILACS foram encontrados 91 resultados com os descritores “adolescentes infratores” e 80 com os descritores “adolescentes

em conflito com a lei". E por último, na base de dados SciELO, foram encontrados 30 resultados com os descritores "adolescentes infratores" e 60 com os descritores "adolescentes em conflito com a lei", totalizando assim 480 trabalhos científicos encontrados como resultado das buscas.

Através da leitura dos resumos dos 480 trabalhos científicos encontrados, foram selecionados como materiais a serem analisados para a revisão, 20 artigos científicos, 12 dissertações de mestrado, 09 teses de doutorado e uma monografia, totalizando assim 42 trabalhos científicos.

Os trabalhos científicos que não foram utilizados na pesquisa foram excluídos pelos seguintes critérios: temas e fatores divergentes do objetivo proposto; estudos realizados em outros países; estudos para validação de testes e escalas; trabalhos publicados antes do ano 2000; e trabalhos que aparecem mais de uma vez nas pesquisas nas bases de dados.

Após a seleção, foi realizada a leitura dos materiais com a finalidade de coletar as principais informações sobre os fatores de riscos expostos que podem levar um adolescente a cometer um ato infracional, assim como sua reincidência, ou seja, o conteúdo dos trabalhos científicos. Dessa forma, os trabalhos selecionados foram analisados mediante análise de conteúdo. Segundo Bardin (2011) a análise de conteúdo é um conjunto de técnicas de análise das comunicações que visam obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo dos dados coletados, indicadores que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção destas mensagens. Esse procedimento visa organizar em categorias as informações contidas nos dados, classificando-as por temas, para posterior demonstração gráfica e/ou estatística e articulação e interpretação com teorias e produções científicas existentes. Dessa forma, a interpretação se deu com a articulação das produções científicas entre si, uma vez que os dados se tratam do que foi encontrado em trabalhos científicos.

As categorias dos fatores de risco foram elaboradas de acordo com os dados encontrados nas análises dos materiais, além disso, os trabalhos foram agrupados de acordo com o conteúdo dos dados, sendo que muitos trabalhos foram classificados em mais de uma categoria, uma vez que a grande maioria não abordava um único fator de risco.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os trabalhos científicos coletados foram classificados e analisados com base nos fatores biopsicossociais citados como possíveis variáveis relacionadas aos atos infracionais cometidos por adolescentes, com o propósito de realçar cada um dos respectivos fatores presentes nos conteúdos literários. Foram assim, extraídas nove categorias de eventos relacionados aos fatores de risco expostos nos materiais analisados, sendo que essas categorias estão descritas a seguir:

- *Contexto familiar:* Inclui fatores relacionados à estrutura familiar, como pais separados/divorciados, famílias monoparentais, estilos parentais apresentados como inadequados (negligência, permissividade ou autoridade excessiva), família com muitos filhos, apego/afeto insuficiente, violência familiar e/ou doméstica entre os genitores e familiares próximos com histórico de transgressões e uso de drogas.
- *Contexto socioeconômico:* Inclui baixa escolaridade, dificuldades escolares, situação socioeconômica desfavorável/precária e entrada precoce no mundo do trabalho.
- *Envolvimento com drogas lícitas e ilícitas:* Inclui o consumo frequente ou moderado, ou ainda a dependência de drogas como álcool, cocaína, maconha, crack, inalantes e fármacos proibidos, e envolvimento com o tráfico de drogas.
- *Psicopatologias:* Inclui a prevalência de comportamentos antissociais devido presença de Transtorno de Conduta e/ou Transtorno de Personalidade Antissocial, Transtorno Desafiador Opositivo, Transtornos de Ansiedade, Transtorno Depressivo e Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade.
- *Influência de grupos:* Inclui relacionamento com pares “desviantes” e “más companhias”, amizade com quem apresenta comportamentos antissociais, o envolvimento com “gangues” e o convite e a pressão do grupo de pares.
- *Sistema socioeducativo:* Específico da reincidência. Inclui desestrutura ou ineficácia do sistema socioeducativo, despreparo de profissionais que atuam no sistema de medidas socioeducativas e inadequação na sua aplicação.
- *Distúrbios do desenvolvimento psíquico-individual:* Inclui fatores biológicos e psicológicos relacionados ao desenvolvimento, como déficit intelectual, influência de aspectos gestacionais e temperamentais.

- *Exposição à violência*: Inclui agressões físicas, agressões psicológicas, brigas e maus tratos.
- *Má formação cerebral*: Inclui experiências intrauterinas e dos primeiros anos da infância que podem acarretar em lesões e malformação encefálica e síndrome do álcool fetal.

A tabela 1 diz respeito ao número de trabalhos acadêmicos (teses, monografias, artigos e dissertações) que reúnem os mesmos fatores de risco encontrados na revisão. A primeira coluna contempla a categorização geral de elementos selecionados, a segunda apresenta quantidade de trabalhos que abordavam as respectivas temáticas, enquanto a terceira apresenta o nome dos autores dos trabalhos científicos.

Fatores de Risco	Nº de Materiais	Autores	
Contexto familiar.	28	• Feijó (2001). • Silva (2002). • Saes (2003). • Campista (2004). • Pacheco (2004). • Chrispim (2005). • Gallo e Williams (2005). • Saliba (2006). • Branco, Wagner e Demarchi (2008). • Silva, Farias, Silares e Arantes (2008). • Branco e Wagner (2009). • Lasaretto (2009). • Passamani e Rosa (2009). • Santos (2010). • Rocha (2011). • Rodrigues (2011).	• Teixeira (2011). • Brambilla (2012). • Silva (2012). • Maruschi, Estevão e Bazon (2012). • Nardi e Dell'Aglio (2012). • Silveira, Maruschi e Bazon (2012). • Zappe e Dias (2012). • Maruschi, Estevão e Bazon (2014). • Nardi, Jahn e Dell'Aglio (2014). • Silva e Bazon (2014). • Tomasi e Macedo (2015). • Pereira, Zambalde, Lambert, Costa, Machado e Botti (2016).
Contexto socioeconômico.	23	• Feijó (2001). • Silva (2002). • Pacheco (2004). • Chrispim (2005).	• Teixeira (2011). • Brambilla (2012). • Silva (2012). • Maruschi, Estevão e Bazon

		• Gallo e Williams (2005). • Saliba (2006). • Toledo (2006). • Toledo (2007). • Branco, Wagner e Demarchi (2008). • Branco e Wagner (2009). • Lasaretto (2009). • Barros (2011). • Rocha (2011).	(2012). • Silva, Rossi, Chimin Junior e Ornat (2012). • Silveira, Maruschi e Bazon (2012). • Zappe e Dias (2012). • Bazon, Silva e Ferrari (2013). • Maruschi, Estevão e Bazon (2014). • Silva e Bazon (2014).
Envolvimento com drogas lícitas e ilícitas.	22	• Feijó (2001). • Silva (2002). • Pacheco (2004). • Chrispim (2005). • Gallo e Williams (2005). • Branco, Wagner e Demarchi (2008). • Silva, Farias, Silvaes e Arantes (2008). • Branco e Wagner (2009). • Lasaretto (2009). • Lühring (2010). • Andrade, Assumpção Junior, Teixeira e Fonseca (2011) • Barros (2011).	• Jurubeba (2011). • Pulcinelli (2011). • Rocha (2011). • Brambilla (2012). • Maruschi, Estevão e Bazon (2012). • Silveira, Maruschi e Bazon (2012). • Maruschi, Estevão e Bazon (2014). • Nardi, Jahn e Dell’Aglia (2014). • Komatsu e Bazon (2015). • Pereira, Zambalde, Lambert, Costa, Machado e Botti (2016).
Psicopatologias	13	• Silva (2002). • Saes (2003). • Pacheco (2004). • Gallo e Williams (2005). • Schmitt, Pinto, Gomes, Quevedo e Stein (2006). • Lühring (2010). • Andrade, Assumpção Junior, Teixeira e Fonseca (2011).	• Barros (2011). • Rocha (2011). • Rodrigues (2011). • Maruschi, Estevão e Bazon (2012). • Silveira, Maruschi e Bazon (2012). • Maruschi, Estevão e Bazon (2014).
Influência de grupos.	13	• Feijó (2001). • Silva (2002). • Pacheco (2004). • Gallo e Williams (2005).	• Maruschi, Estevão e Bazon (2012). • Silva, Rossi, Chimin Junior e Ornat (2012).

		• Branco, Wagner e Demarchi (2008). • Branco e Wagner (2009). • Lasaretto (2009). • Teixeira (2011).	• Silveira, Maruschi e Bazon (2012). • Maruschi, Estevão e Bazon (2014). • Komatsu e Bazon (2015).
Sistema socioeducativo.	09	• Feijó (2001). • Chrispim (2005). • Saliba (2006). • Toledo (2006). • Dias (2007).	• Branco e Wagner (2009). • Passamani e Rosa (2009). • Pulcinelli (2011). • Teixeira (2011).
Distúrbios do desenvolvimento psíquico-individual.	08	• Feijó (2001). • Silva (2002). • Saes (2003). • Santos (2010). • Barros (2011).	• Rodrigues (2011). • Monte (2012). • Silveira, Maruschi e Bazon (2012).
Exposição à violência.	08	• Feijó (2001). • Silva (2002). • Saes (2003). • Gallo e Williams (2005).	• Silva, Farias, Silvaes e Arantes (2008). • Passamani e Rosa (2009). • Rocha (2011). • Teixeira (2011).
Má formação cerebral.	02	• Feijó (2001).	• Momino (2005).

Tabela 1: Frequência de materiais (teses, artigos, dissertações e monografias) em cada categoria de fatores de risco para o ato infracional na adolescência e a relação dos autores que abordam a temática.

Uma melhor visualização das categorias e da incidência de trabalhos em cada uma delas pode ser averiguada na figura 1.

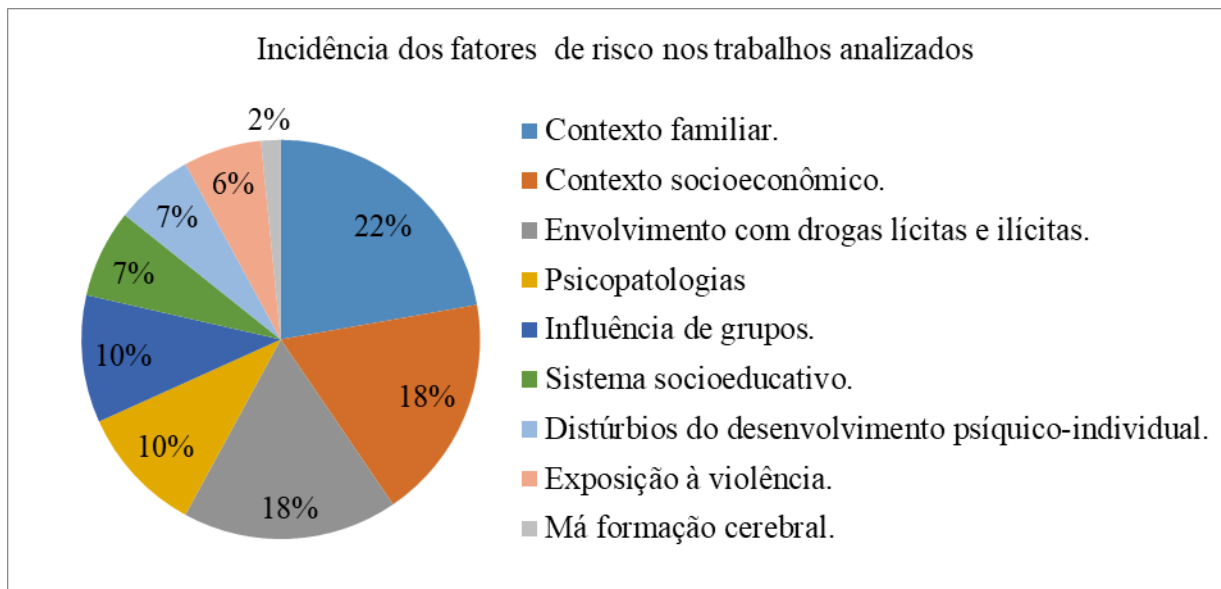


Figura 1: Incidência das categorias de fatores de risco para o ato infracional.

A categoria com maior índice de trabalhos é a correspondente ao contexto familiar, sendo que dos 42 trabalhos acadêmicos analisados, 28 traziam algo relacionado com o contexto familiar. A falta do genitor é um dos fatores de risco mais citados. Diversos autores (FEIJÓ, 2001; SILVA, 2002; CAMPISTA, 2004; CHRISPIM, 2005; ROCHA, 2011; MARUSCHI, ESTEVÃO & BAZON, 2012) comentam que quando o pai não impõe limites e é ausente no estabelecimento da ordem e da conduta moral, ele pode provocar no filho os sentimentos de abandono, rejeição e solidão. Problemas com a autoridade paterna podem ser deslocados para atitudes violentas contra a sociedade em geral e podem dar origem a condutas antissociais e violentas como uma forma de extravasar e também de atrair a atenção para algo que não é dito.

Chripim (2005) argumenta que filhos de pais separados também possuem considerável incidência em atos infracionais, pois o fenômeno em geral pode vir acompanhado tanto de superproteção das mães ou avós como forma de compensar os cuidados ao filho visto como vítima, ou ausência de cuidados, devido ao acúmulo de funções ao único genitor, o que ocasiona a omissão na imposição de regras e proibições. A mesma autora diz que o maior problema não é só a ausência física do pai, mas também que as mães não incluem a valorização do pai em seu discurso, para que estes possam cumprir o seu papel mesmo simbolicamente, ao contrário, costumam denegrir sua imagem.

Assim, também ocorre em famílias monoparentais onde normalmente a figura de autoridade centra-se na mãe, que precisa exercer múltiplos papéis dentro do contexto familiar, além de cumprir jornadas duplas de trabalho para aumentar a renda familiar, o que contribui para a supervisão e relações de afeto para com os filhos, insuficientes ou quase nulas. A situação se assemelha quando um mesmo genitor necessita cuidar de uma grande quantidade de filhos, diluindo a atenção entre eles (FEIJÓ, 2001; BRANCO, WAGNER E DEMARCHI, 2008; SILVA, FARIAS, SILVARES & ARANTES, 2008; NARDI & DELL'AGLIO, 2012; ZAPPE & DIAS, 2012; NARDI, JAHN & DELL'AGLIO, 2014).

Por outro lado, Silva (2012) com base em sua pesquisa comparando um grupo de adolescentes que cometeram atos infracionais com outro grupo de adolescentes que não cometeram, argumenta que os pais dos que infligiram à lei possuem escolaridade e renda mais baixa em comparação ao outro grupo, além de históricos de passagem pela polícia. Porém, com relação à estrutura familiar, como famílias monoparentais, pais divorciados, pai ausente e número de irmãos, não encontraram diferenças significativas, o que não corrobora com a grande maioria dos dados encontrados nessa revisão. Segundo o autor, a família não é o único fator envolvido na incidência criminal, mas sua influência está na falta de uma supervisão adequada e da falta de uma reação frente ao ato, como se não se importassem com o comportamento dos seus filhos.

Feijó (2001), Saes (2003), Pacheco (2004) e Passamani e Rosa (2009) expõem a influência dos estilos parentais nas ações infracionais cometidos por adolescentes. Para os autores, pais permissivos são afetuosos, mas não tem autoridade. Os pais negligentes não monitoram os comportamentos do filho e nem apoiam nenhum interesse deste. Esses dois estilos parentais são os que mais influenciam aumentando o risco do ato infracional dos filhos, pois em ambas não há a imposição de limites.

Feijó (2001), Branco *et. al.* (2008), Branco e Wagner (2009), Santos (2010), Silva (2012), Maruschi *et. al.* (2012), Zappe e Dias (2012) e Pereira *et. al.* (2016) destacam a falta de apego seguro e ausência de afetividade materna nos adolescentes que cometeram um ato infracional com seus cuidadores, além da falta de apoio familiar para atividades socialmente aceitas, como participação em grupo de jovens, atividades esportivas e atividades culturais. Gallo e Williams (2005) abordam que a violência na família, o abandono, negligência e punições severas por parte dos pais são considerados fatores de risco. Além de que,

adolescentes com vínculos pouco afetivos com a família, têm maior chance de se envolverem em atos infracionais.

Baseados na Teoria do Apego descrita por Bowlby (1989), uma figura de apego se caracteriza pela disponibilidade para oferecer respostas à criança, proporcionando um sentimento de segurança que é fortificador da relação parental. De acordo com o autor, o relacionamento da criança com os pais é instaurado por um conjunto de sinais inatos do bebê, que demandam proximidade. Com o passar do tempo, um genuíno vínculo afetivo se desenvolve, garantido pelas capacidades cognitivas e emocionais da criança, assim como pela consistência dos procedimentos de cuidado, pela sensibilidade e responsividade dos cuidadores. Por isso, um dos pressupostos básicos da Teoria do Apego é de que as primeiras relações de apego, estabelecidas na infância, afetam o estilo de apego do indivíduo ao longo de sua vida (BOWLBY, 1989).

Com a teoria descrita acima, os artigos caracterizam o apego como o nível de afeição psicológica atribuído as pessoas no vínculo social do adolescente. Esse apego é construído por meio da comunicação entre os membros da família, permitindo dessa forma uma percepção mais ampla dos pais com relação aos seus filhos e a possível identificação afetiva destes com as figuras parentais (LE BLANC, 1992 *apud* SILVA, 2012). Le Blanc (1997) *apud* Silva (2012) também descreve que o apego familiar é avaliado pelo nível e qualidade da comunicação e com base nos sentimentos de rejeição ou aceitação do adolescente em seu contexto familiar. O apego parental também se estabelece através da monitoria e supervisão dos pais em relação aos comportamentos dos filhos (DENG & ROOSA, 2007 *apud* SILVA, 2012).

As condutas de violência podem ter suas origens na influência de familiares próximos, que sejam autores de atos infracionais, numa relação, onde a família transmite estes costumes e valores (CHRISPIM, 2005; LASARETTO, 2009; SILVA, 2012; TOMASI & MACEDO, 2015; PEREIRA, ZAMBALDE, LAMBERT, COSTA, MACHADO & BOTTI, 2016). Autores identificaram que grande parte das famílias dos adolescentes que cometem ato infracional apresentava problemas conjugais de brigas com agressões físicas e psicológicas, associadas quase sempre ao uso de álcool e drogas (FEIJÓ, 2001; SAES, 2003; PACHECO, 2004; LASARETTO, 2009; SILVEIRA, MARUSCHI, & BAZON, 2012; ZAPPE & DIAS, 2012).

Mesmo com a maioria dos trabalhos citando o contexto familiar como um fator de risco, vale destacar que a família desempenha um papel de extrema importância para o desenvolvimento do adolescente, pois ela funciona como um sistema aberto, no sentido de suas trocas com o meio, cujos membros têm contato direto, laços emocionais e uma história compartilhada. Portanto, a família sustenta uma base para que haja a proteção necessária para o desenvolvimento do adolescente enquanto indivíduos e grupos, podendo conviver com os desafios das mudanças e transições, ou seja, ela não pode ser vista somente como um fator de risco, mas também de proteção (MINUCHIN, COLAPINTO & MINUCHIN, 1999).

A segunda categoria com mais incidência nos trabalhos é a relacionada ao contexto socioeconômico, onde foram obtidos 23 trabalhos. Gallo e Williams (2005), Toledo (2006), Branco e Wagner (2009), Teixeira (2011), Silveira *et. al.* (2012), Maruschi, Estevão e Bazon (2014) e Bazon, Silva e Ferrari (2013) argumentam que o fracasso acadêmico, pouco comprometimento com a escola, abandono prematuro desta, condições escolares/institucionais desfavoráveis, assim como fracasso no emprego, são condições que contribuiriam para o ato infracional. Em contrapartida, bom desempenho acadêmico/investimento na escolaridade, bom relacionamento com os professores, oportunidades de envolvimento em programas pró-sociais na escola, recompensa pelo envolvimento nessas atividades, ambiente e condições escolares favoráveis são fatores de proteção.

Barros (2011) discute que o contexto em que o adolescente está inserido influencia diretamente em seu desenvolvimento moral. Para Silva e Bazon (2014) e Bazon, Silva e Ferrari (2013) a escola é um importante ambiente de socialização e promoção do desenvolvimento de condutas pró-sociais. O baixo desempenho, problemas na interação com professores e pares, bem como a evasão escolar, denotam desadaptação à escola, podendo dar indícios de um desinteresse e desvinculação, que constitui um risco para o envolvimento com atos infracionais. Os adolescentes que cometem atos infracionais apresentam menos compromissos em atividades pró-sociais (como as escolares), pois podem possuir dificuldade em internalizar regras e normas, baixa estimulação de valores sociais, como o desrespeito por professores e colegas, além de não estruturar sua rotina.

Por outro lado, Teixeira (2011) e Silva, Rossi, Chimin Junior e Ornat (2012) citam que o consumismo da sociedade capitalista propicia que os adolescentes desejem muitos produtos, e quando não possuem condições para adquiri-los, podem acabar cometendo alguma infração,

como roubos ou tráfico de drogas, para obtê-los. Pacheco (2004) mostra a precariedade socioeconômica como um dos principais fatores para cometimento da primeira infração. Saliba (2006) completa, citando também a dificuldade do emprego, quando o jovem cometeu algum ato infracional, como fator de reincidência, pois o ocorrido acaba marcando o adolescente com o estigma da delinquência.

Toledo (2007) apresenta o ato infracional como um fenômeno que extrapola o âmbito da consciência individual. Para os autores, os atos infracionais são respostas adaptativas a um meio social, que apresenta questões de desigualdade. Os jovens que cometem infrações se veem então em uma categoria de subalternos, com dificuldades de integração no meio social na qual, diante das dificuldades econômicas, são forçados à evasão escolar, a entrada precoce no mundo do trabalho e ao cometimento de atos infracionais, como o envolvimento com tráfico de drogas.

Outros 22 trabalhos categorizados se referem ao envolvimento com drogas lícitas e ilícitas. Grande influência das drogas para a prática do ato infracional, além de o consumo ser uma infração em si, aparece nos trabalhos de Silva (2002), Gallo e Williams (2005), Branco *et. al.* (2008), Branco e Wagner (2009), Rocha (2011), Silveira *et. al.* (2012), Maruschi *et. al.* (2014) e Pereira *et. al.* (2016). Pacheco (2004) salientam o mesmo indicador quando se trata da efetivação da primeira infração. Maruschi *et. al.* (2012), assim como Feijó (2001) também citam que o uso de drogas apresenta relação com a reincidência. Jurubeba (2011) acentua que os adolescentes sob efeitos do uso de drogas podem ser levados a se envolver em atividades ilícitas, decorrentes principalmente da redução da inibição.

O envolvimento com drogas também é relacionado ao tráfico, que atua como recurso para a compra, tanto da substância, como de objetos que lhe proporcionem *status* entre os pares (FEIJÓ, 2001; CHRISPIM, 2005; SILVA *et. al.*, 2008; LASARETTO, 2009; PULCINELLI, 2011). Brambilla (2012) cita que é através do tráfico que alguns adolescentes de baixa renda vislumbram a possibilidade de ascensão financeira, ofertando ganhos em curto prazo muito maiores das possibilidades de remuneração no mercado de trabalho formal. Além do retorno financeiro imediato, é o tráfico de drogas que oferece poder aos adolescentes, que passam a ser encarados como figuras de autoridade nas comunidades onde residem. Komatsu e Bazon (2015) argumentam que o ato infracional mais praticado pelos adolescentes do sexo masculino que respondem judicialmente por seus atos é o tráfico de drogas, que envolve

contato com grupos organizados criminalmente, que funciona como importante fator de risco ao engajamento infracional.

Sobre os efeitos que as drogas surtem no sujeito, Chrispim (2005) afirma que o uso de drogas lícitas e ilícitas afeta o usuário tanto biologicamente como psicologicamente, produzindo tanto efeitos psíquicos e corporais de extremo prazer como de intenso sofrimento, podendo alterar condutas individuais e desencadear atos de violência. Barros (2011) salienta as drogas como sendo um dos fatores que exercem influências pontuais no comportamento moral. Lühring (2010) afirma que o uso de drogas atua como um facilitador para condutas violentas, principalmente quando relacionado a um quadro de dependência, em que a necessidade compulsiva de uso pode fazer o usuário ultrapassar barreiras morais.

Todos os autores que citam as drogas (lícitas ou ilícitas) como fator de risco para o ato infracional, a trazem como associada a diversos outros fatores, e não como um componente solo para o cometimento do ato infracional, tais como baixa escolaridade, baixa remuneração do mercado de trabalho, falta de apoio familiar, comunidade violenta e envolvimento com gangues (FEIJÓ, 2001; NARDI *et. al.*, 2014).

A quarta categoria, com 16 trabalhos, corresponde ao comportamento antissocial e o ato infracional relacionado a psicopatologias. Sobre o Transtorno de Conduta e o Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS), Pacheco (2004), Silva (2002) e Rodrigues (2011) ressaltam que a maioria dos jovens que cometem um ato infracional apresentam esses transtornos. O Transtorno de Conduta se caracteriza pela tendência persistente de comportamentos antissociais, violação de normas sociais ou direitos individuais, que vem atrelado a uma ausência de sofrimento psíquico ou constrangimento das atitudes praticadas, já o TPAS caracteriza-se por um padrão global de desrespeito e violação dos direitos sociais, que em alguns casos pode ser decorrente de um Transtorno de Conduta resistente, e que somente pode ser diagnosticado após os 18 anos.

Além disso, estes adolescentes em geral apresentam comportamentos caracterizados pela busca do prazer, fraco controle dos impulsos, baixa autoestima, agressividade e insensibilidade, o que é típico dos transtornos (MARUSCHI *et. al.*, 2012; SILVEIRA *et. al.*, 2012; Maruschi *et. al.*, 2014). No estudo de Andrade, Assumpção Junior, Teixeira e Fonseca (2011) é observado que o transtorno de conduta se refere significativamente ao maior abuso/dependência de álcool, e de drogas ilícitas de adolescentes do sexo feminino, quando comparadas com as jovens que não apresentavam esse transtorno. Saes (2003), Lühring

(2010) e Maruschi *et. al.* (2012) sugerem que para a prática de condutas violentas e delituosas é necessário que o indivíduo apresente um potencial que seja estimulado, no caso, traços de psicopatia, que estão intimamente correlacionados a comportamentos antissociais, como uso de drogas, que é um facilitador para a violência.

Como tendência antissocial, Pacheco (2004), Barros (2011) e Rocha (2011) destacam que os comportamentos antissociais de adolescentes que transgridem as leis são padrões adquiridos na infância que adquirem uma função na relação do indivíduo com o ambiente social, sendo que a efetividade desse comportamento está relacionada principalmente com as características da interação familiar e na dificuldade de aquisição de habilidades sociais.

Schmitt, Pinto, Gomes, Quevedo e Stein (2006) identificaram que os adolescentes que cometeram atos infracionais contra a vida e apresentavam reincidência, possuíam maior frequência de características psicopáticas e de transtornos de personalidade ou possuíam histórico de psicopatologia familiar em comparação com os que não cometem ou não reincidem. Saes (2003), Pacheco (2004) e Barros (2011) pontuam que um dos fatores para a incidência criminal são as disfunções na socialização, relacionadas ao Transtorno de Personalidade Antissocial, os quais influenciam nas escolhas morais. Todos os autores concordam que o transtorno pode ser decorrente de uma interação familiar que prejudica o desenvolvimento da moralidade.

Gallo e Williams (2005) pontuam a confusão que se faz com os termos comportamento antissocial e transtorno de personalidade antissocial, pois este último é um diagnóstico exclusivo para adultos. Este fato também foi encontrado no presente estudo, pois diversos trabalhos científicos aqui analisados expõem os adolescentes que cometeram um ato infracional, como sujeitos com personalidade antissocial. Para isso, os autores enfatizam que o termo correto seria comportamento antissocial, já que um comportamento é algo pontual, um ato, e um transtorno de personalidade, algo que faz parte do sujeito. Dentro dos transtornos, os autores comentam que os mais prevalentes em adolescentes autores de infrações seriam o Transtorno de Conduta e o Transtorno Desafiador Opositor.

Silva (2002), Pacheco (2004) Andrade *et. al.* (2011) apresentam como outros fatores para o ato delituoso o Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade, Transtorno Desafiador Opositor (caracteriza-se por um padrão de comportamento desafiador e desobediente para com as figuras de autoridade.), Transtornos de Ansiedade, Transtorno Depressivo e casos de autoestima rebaixada ou seu oposto, inflada.

A quinta categoria diz respeito à influência dos grupos e pares no comportamento infracional. Dos materiais incluídos nessa revisão, 13 deles abordam esse tema, com o foco voltado para o relacionamento com pares “desviantes”, isto é, amizade com pessoas que apresentam também comportamentos antissociais, envolvimento com “gangues”, o convite para práticas ilegais e a pressão do grupo de pares para sua efetivação (FEIJÓ, 2001; SILVA, 2002; PACHECO, 2004; GALLO & WILLIAMS, 2005; BRANCO *et. al.*, 2008; BRANCO & WAGNER, 2009; LASARETTO, 2009; MARUSCHI *et. al.*, 2012; SILVA *et. al.*, 2012; SILVEIRA *et. al.*, 2012).

Como a adolescência é marcada pelo desenvolvimento da identidade e por relações grupais, os pares nesta fase do desenvolvimento constituem o foco da transmissão de valores ao indivíduo, que muitas vezes podem estar relacionados ao comportamento antissocial. Quando este fator está presente, a ética de controle e o *status* social, que é a posição privilegiada dentro de um grupo ou par, passam a estar relacionados ao poder de ser violento. Em outras palavras, este comportamento passa a ser considerado como sinal de coragem e valentia, onde a “maldade” valoriza o indivíduo (LASARETTO, 2009).

Assim, a efetuação da conduta infracional exigida pelos pares oferece recompensa e aceitação, e a escolha contrária a isto pode gerar rejeição pelos colegas, isolamento e agressão, humilhação e até morte quando a exigência é obrigatória. O relacionamento com pares influentes, conforme afirmado por Silveira *et. al.* (2012), pode funcionar como um modelo, em que há uma “imitação” de atitudes, mas também, na grande maioria, como um “auxílio complementar”, em que os adolescentes que infringem a lei envolvem-se com outros que também a fazem, num relacionamento identificatório, ou seja, por crenças, atitudes e padrões de ação semelhantes.

Em um estudo comparativo entre comportamento delituoso de adolescentes do sexo masculino que respondem judicialmente e de adolescentes que frequentam regularmente a escola, Komatsu e Bazon (2015) identificaram que os adolescentes em cumprimento de medida fazem uso de drogas de maneira mais frequente que o grupo de escolares, como também tem maior preferência por drogas que são ilegais, o que pode contribuir para que eles circulem em contextos que podem os levar a uma socialização criminal. Lasaretto (2009), Maruschi *et. al.* (2012) e Maruschi *et. al.* (2014) afirmam que o relacionamento com pares influentes, normalmente antissociais, contribui da mesma forma, para a reincidência ao ato

criminal. Teixeira (2011) pontua ainda outro fator relacionado a grupos: a motivação dos atos infracionais para um *status* de poder e por vingança.

A sexta categoria se reporta aos casos exclusivamente de reincidência e diz respeito à correlação entre problemas no sistema socioeducativo, como a desestrutura ou ineficácia do sistema socioeducativo, o despreparo de profissionais que atuam no sistema de medidas socioeducativas e a inadequação da sua aplicação. Nove trabalhos abordavam esta temática. Feijó (2001) coloca como fator de risco para a reincidência infracional a má estruturação dos “internatos”, nos quais, muitas vezes, propiciam a associação entre adolescentes que estão tendo sua primeira passagem com outros reincidentes ou com histórico de atos infracionais mais graves, podendo ser um fator de risco para a reincidência, uma vez que a grande maioria dos adolescentes comete atos infracionais por influências. Teixeira (2011) argumenta que a reincidência também ocorre porque há um grande despreparo entre os profissionais que lidam com esses jovens. Passamani e Rosa (2009) destacam o espaço físico dos internatos como insuficiente e inadequado para atender à demanda dos adolescentes.

Dias (2007) e Pulcinelli (2011) trazem como falha a privação de liberdade que está prevista na medida socioeducativa de internação, pois apesar da tentativa de serem abordados assuntos como valores e princípios, segundo os Direitos Humanos, há uma contradição, pois os próprios estabelecimentos educacionais utilizam métodos de contenção repressiva. Saliba (2006), Chrispim (2005), Toledo (2006) e Branco e Wagner (2009) destacam que as estratégias utilizadas nas medidas socioeducativas não fazem com que os adolescentes reflitam criticamente, mas somente transmite normas e valores do que é correto ou não, normal ou louco, o que torna a medida ineficaz na reeducação e ressocialização, uma vez que não incentiva a busca do adolescente a tornar-se único e autoconsciente de suas ações.

Na sétima categoria, que corresponde a distúrbios do desenvolvimento psíquico-individual, incluindo fatores biológicos e psicológicos relacionados ao desenvolvimento como déficit intelectual, influência de aspectos gestacionais e temperamentais nas condutas infracionais cometidas por adolescentes, sendo encontrados em oito dos trabalhos analisados. Rodrigues (2011) argumentam que o desenvolvimento psíquico é um fator importante para que o indivíduo tenha uma conduta delituosa ou não. Para Silva (2002), um dos fatores para a incidência infracional seria o modo como o adolescente enfrenta as situações estressantes e a forma que percebe a si mesmo no contexto social que está inserido.

Aspectos relacionados a déficits intelectuais também podem provocar persistência de comportamentos antissociais, agressivos e transtorno de conduta. Barros (2011) estipula que o nível intelectual é um fator importante na maturidade moral e resposta emocional, deste modo, os baixos níveis intelectuais podem estar associados com atos ilícitos, juntamente com outros fatores. Para Monte (2012), adolescentes em conflito com a lei possuem baixos índices de empatia e de julgamento moral e esses índices variam de acordo com a gravidade do ato.

Os trabalhos de Feijó (2001), Saes (2003) e Silveira *et. al.* (2012) colocam como fator de risco, problemas decorridos no desenvolvimento infantil, como falhas na maternagem e violência domiciliar, o que pode resultar em prejuízos nas áreas emocionais do desenvolvimento, facilitando a ocorrência futura de comportamentos antissociais. Santos (2010) enfatiza que fatores relacionados ao período gestacional ou após o parto e o comportamento materno, podem comprometer o desenvolvimento e influenciar na adoção de condutas infracionais pelos adolescentes, como baixa escolaridade materna, consciência da gravidez reduzida, menor preocupação com a realização correta do pré-natal, pensamento frequente na prática do aborto, falta de apoio do parceiro, consumo de álcool e cigarro, histórico de agressão psicológica e ansiedade. Segundo os autores estes fatores influenciam no cuidado e desenvolvimento cerebral da criança.

A oitava categoria corresponde ao histórico de exposição à violência, tendo esta uma influência marcante no desenvolvimento humano, podendo contribuir para o aparecimento de condutas transgressoras. Oito dos trabalhos analisados apresentavam este assunto, enfatizando as agressões tanto físicas como psicológicas (FEIJÓ, 2001; SILVA, 2002; SAES, 2003; GALLO & WILLIAMS, 2005; SILVA *et. al.*, 2008; PASSAMANI & ROSA, 2009; ROCHA, 2011; TEIXEIRA, 2011).

A violência, de acordo com Feijó (2001) e Silva *et. al.* (2008) muitas vezes iniciada na infância pelos próprios familiares, além de propiciar na criança um clima de medo, ameaça e amedronto, e a crença de um mundo excêntrico e hostil, também a priva de estimulação essencial, reprime seu desenvolvimento emocional e intelectual e conduz negativamente a socialização. O que pode estimular e levar ao engajamento no comportamento violento, que passa a ser encarado como prática habitual. Para Passamani e Rosa (2009) e Saes (2003), o contato com a violência faz com que o adolescente atue no mundo da mesma forma que o vivenciou, levando-o, em alguns casos, a persistir no ato.

A nona e última categoria, com dois trabalhos, diz respeito às más formações cerebrais que possuem origem nas experiências vivenciadas ainda na vida intra-uterina e nos primeiros anos da infância, e que atuam como variáveis preditivas ao comportamento mais impulsivo, reativo e violento, típico de atos infracionais. Feijó (2001) afirma que adolescentes com má formação cerebral possuem uma predisposição que acarreta em dificuldades no controle de impulso e agressividade, o que pode contribuir para a efetuação de um ato infracional.

Segundo Momino (2005) a Síndrome do Álcoolismo Fetal (SAF), isto é, o agrupamento de más formações que podem estar presentes em bebês devido ao efeito da ingestão de álcool na gestação, pode gerar várias consequências não apenas em nível de saúde mental, mas também comportamental, o que pode contribuir para o abandono escolar prematuro, presença de comportamento sexual de risco, consumo de drogas e tendência ao comportamento antissocial e criminal.

Expostos os resultados e a articulação entre os conteúdos dos trabalhos científicos selecionados, percebe-se que algumas categorias correspondem a fatores biológicos, como a de má formação cerebral e a de distúrbios do desenvolvimento, outras de fatores psicológicos como os próprios distúrbios do desenvolvimento e a de psicopatologias, e grande parte das categorias estão relacionadas a fatores sociais como de contexto familiar, contexto socioeconômico, envolvimento com drogas, influência de grupos, exposição à violência e o sistema socioeducativo deficitário. Esses dados evidenciam que não se pode aplicar apenas um fator para um adolescente cometer um ato infracional, ainda mais levando em consideração a variedade e os graus de gravidade dos atos infracionais e das medidas socioeducativas que são abordados nos trabalhos. Dessa forma, fica evidente como muitas das categorias estão inter-relacionadas e possuem uma diferenciação bastante tênue, pois os sujeitos envolvidos em atos infracionais raramente apresentam apenas um dos fatores listados acima, como também não devemos considerar apenas esses fatores de risco, mas também os fatores de proteção presentes em cada caso.

4 CONCLUSÃO

Compreende-se que não existe uma causa ou circunstância que seja responsável pelo ato delituoso, sendo este o resultado de uma série de variáveis. Assim, no presente estudo, foram feitas apenas investigações sucintas das principais circunstâncias descritas pela

literatura, que delineiam uma possível explicação do ato, e, portanto, oferecem certo grau de previsibilidade (sujeita a erros), que podem servir de objetivo para nortear estudos e projetos voltados a prevenção de tais comportamentos.

Não se pode esquecer que apesar deste artigo enfatizar apenas os fatores de risco que podem levar os adolescentes a transgredirem a lei, também existem, em contraposição, fatores protetivos. Sendo assim, o determinismo da argumentação de que jovens que vivem nas situações de risco inevitavelmente cometerão infrações, um fato errôneo, que pode vir a contribuir para disseminação de preconceitos. Ambos os fatores devem ser pesquisados para que possíveis intervenções sejam feitas pelo setor público e pela sociedade como um todo.

Embora os fatores de risco, tenham aqui sido divididos em categorias para facilitar a compreensão do fenômeno, na realidade em grande parte deles podemos observar uma interação, como por exemplo, as questões envolvendo o contexto familiar, que pode ter relação direta com a exposição à violência, com o contexto socioeconômico e o envolvimento com drogas, assim como o desenvolvimento de psicopatologias e de distúrbios do desenvolvimento.

Através da análise dos materiais foram encontrados vários elementos que podem contribuir para a incidência e reincidência do adolescente no ato infracional, mas esses adolescentes não devem ser vistos como um subproduto destas variáveis sociais, históricas, psicológicas e biológicas, como se não tivessem possibilidades de modificar seu comportamento e subjetividade, sem a alteração e/ou reestrutura do sistema que os envolvem. Fatores protetivos como a resiliência, apoio de organizações sociais e atividades esportivas e culturais podem ajudar esses jovens a superar as condições lhe impostas, passando a serem sujeitos ativos e agentes de mudanças, principalmente de sua própria história. Outro fator é que o desenvolvimento da moral é consequência da forma de como o indivíduo interpreta as experiências que lhe são transmitidas, por esse motivo, em um determinado contexto de risco, nem todos os indivíduos apresentarão um ato infracional. Diante de uma situação de risco o indivíduo continua a apresentar possibilidades para sair dessa situação.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Mauricio. *Adolescência normal*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.

ANDRADE, Renata Candido de; JUNIOR ASSUMPÇÃO, Francisco; TEIXEIRA, Ivan Abdalla; FONSECA, Vilma Aparecida da Silva. Prevalência de transtornos psiquiátricos em jovens infratores na cidade do Rio de Janeiro (RJ, Brasil). Estudo de gênero e relação com a gravidade do delito. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 4, p. 2179-2188, abr. 2011.

AQUINO, Leonardo Gomes de. Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas sócio-educativas. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XV, n. 99, abr. 2012.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Edições 70. 2011.

BARROS, Daniel Martins de. *Correlação entre grau de psicopatia, nível de julgamento moral e resposta psicofisiológica em jovens infratores*. 2011. 159 f. Tese (Doutorado em Ciências), Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2011.

BAZON, Marina Rezende; SILVA, Jorge Luiz da; FERRARI, Renata Martins. Trajetórias Escolares de Adolescentes em Conflito com a Lei. *Educação em Revista*, Belo Horizonte, v. 29, n. 02, p. 175-199, jun. 2013.

BOWLBY, John. *Uma base segura: Aplicações clínicas da teoria do apego*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

BRAMBILLA, Beatriz Borges. *Percepção do suporte familiar de adolescentes em conflito com a lei*. 2012. 94 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia da Saúde), Faculdade de Saúde da Universidade Metodista de São Paulo, São Bernardo do Campo, 2012.

BRANCO, Bianca de Moraes; WAGNER, Adriana. Os adolescentes infratores e o empobrecimento da rede social quando do retorno à comunidade. *Ciência & Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 557-566, abr. 2009.

BRANCO, Bianca de Moraes; WAGNER, Adriana; DEMARCHI, Karina Adriani. Adolescentes infratores: Rede social e funcionamento familiar. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 21, n. 1, p. 125-132. 2008.

BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Levantamento anual dos/as adolescentes em cumprimento de medida socioeducativo - 2012*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013.

CAMPISTA, Valesca do Rosário. Adolescentes fora da lei: O desejo e(m) cena. *Vértices*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 117-130, mai/ago. 2004.

CHRISPIM, Lélia Machado. *"Meninos que mataram": Promoção de uma reintegração social saudável*. 2005. 208 f. Dissertação (Mestrado em Educação em Saúde), Centro de Ciências da Saúde da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2005.

DIAS, Francisco Carlos da Silva. *Educar e punir. Um estudo sobre educação no contexto da internação do adolescente autor de ato infracional: Dilemas contemporâneos*. 2007. 202 f. Tese (Doutorado), Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

FEIJÓ, Maria Cristina de Carvalho. *Raízes da violência: A importância da família na formação da percepção, da motivação e da atribuição de causalidade de adolescentes infratores e de seus irmãos não infratores*. 2001. 239 f. Tese (Doutorado em Ciências na área de Saúde Pública), Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2001.

GALLO, Alex Eduardo; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Adolescentes em conflito com a lei: uma revisão dos fatores de risco para a conduta infracional. *Psicologia: Teoria e Prática*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 81-95, jun. 2005.

GAUER, Gabriel José; VASCONSELLOS, Silvio José Lemos; DAVOGLIO, Tércia Rita. *Adolescente em conflito: Violência, Funcionamento Antissocial e Traços de Psicopatia*. 1ª Ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012.

JURUBEBA, Jozelita Maria Marinho de Sá. *Implementação de um programa de ressocialização para adolescentes usuários de drogas em liberdade assistida no município de Serra Talhada - PE*. 2011. 33 f. Monografia (Especialização em Gestão de Sistema e Serviços de Saúde), Departamento de Saúde Coletiva, Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife, 2011.

KOMATSU, André Viella; BAZON, Marina Rezende. Caracterização de adolescentes do sexo masculino em relação a comportamentos antissociais. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, São Paulo, v, 13, n. 2, p. 725-735, out. 2015.

LASARETTO, Lucilaine Nunes. *Tribos de adolescentes em situação de medida sócioeducativa: um estudo analítico-descritivo (2006-2007)*. 2009. 136 f. Dissertação

(Mestrado em Educação Escolar.), Faculdade de Ciências e Letras de Araraquara, Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2009.

LÜHRING, Guinter Santana. *Avaliação de traços de psicopatia e abuso de drogas em uma amostra de adolescentes em conflito com a lei*. 2010. 68 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

MARUSCHI, Maria Cristina; ESTEVÃO, Ruth; BAZON, Marina Rezende. Risco de persistência na conduta infracional em adolescentes: Estudo exploratório. *Estudos de Psicologia*, Campinas, v. 29, Supl.1, p. 679-687, out/dez. 2012.

MARUSCHI, Maria Cristina; ESTEVÃO, Ruth; BAZON, Marina Rezende. Conduta infracional na adolescência: fatores associados e risco de reincidência. *Arquivos brasileiros de psicologia*, Rio de Janeiro, v. 66, n. 2, p. 82-99, mar. 2014.

MINUCHIN, Patricia; COLAPINTO, Jorge; MINUCHIN, Salvador. *Trabalhando com famílias pobres*. Porto Alegre: Artes Médicas 1999.

MOMINO, Wakana. *Exposição materna ao álcool e incidência de sinais característicos da Síndrome do Álcool Fetal em adolescentes infratores e em escolares de Porto Alegre*. 2005. 100 f. Tese (Doutorado em Ciências), Programa de Pós-graduação em Genética e Biologia Molecular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

MONTE, Franciela Félix de Carvalho. *Valores humanos, julgamento moral, empatia e atos infracionais cometidos por adolescentes*. 2012. 130 f. Dissertação (Mestrado), Pós-graduação em Psicologia, Universidade federal de Pernambuco, Recife, 2012.

NARDI, Ferdanda Ludke. & DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Adolescentes em Conflito com a Lei: Percepções sobre a Família. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 28, n. 2, p. 181-191, abr/jun. 2012.

NARDI, Ferdanda Ludke; JAHN, Guilherme Machado; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Perfil de adolescentes em privação de liberdade: eventos estressores, uso de drogas e expectativas de futuro. *Psicologia em Revista*, Belo Horizonte, v. 20, n. 1, p. 116-137, 2014.

PACHECO, Janaína Thaís Barbosa. *A construção do comportamento antissocial em adolescentes autores de atos infracionais: Uma análise a partir das práticas educativas e dos estilos parentais*. 2004. 120 f. Tese (Doutorado em Psicologia do Desenvolvimento), Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

PASSAMANI, Maria Emília; ROSA, Edinete Maria Conhecendo um programa de liberdade assistida pela percepção de seus operadores. *Psicologia Ciência e Profissão*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 330-345, jun. 2009.

PATTERSON, Gerald; REID, John, DISHION; Thomas. *Antisocial boys: comportamento antissocial*. Santo André: ESETec Editores Associados, 2002.

PEREIRA, Camila Corrêa Matias; ZAMBALDE, Carine Gabriele Silva; LAMBERTL, Cecília Canquerini; COSTA, Poliane Moreira; MACHADO, Jacqueline Simone de Almeida; BOTTI, Nadja Cristiane Lappann. Características pessoais e familiares entre adolescentes infratores. *Revista de Enfermagem do Centro Oeste Mineiro*, Chanadour Divinópolis, v. 6, n. 2, p. 2212-2222, mai/ago. 2016.

PULCINELLI, Evaldo Paulo de Souza. *O processo de inclusão social do adolescente em conflito com a lei no município de Ariquemes - Rondônia*. 2011. 76 f. Dissertação (Mestrado em Teologia), Faculdades EST, Escola Superior de Teologia, São Leopoldo, 2011.

ROCHA, Maria Helena. *Trajetória do crime: Caminhos e descaminhos de jovens infratores - Belo Horizonte (Região metropolitana de Belo Horizonte/RMBL)*. 2011. 231 f. Tese (Doutorado em Sociologia), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

RODRIGUES, Juliana dos Santos *Adolescência e transtorno de conduta: Estudo do funcionamento psíquico e da percepção da figura paterna de adolescentes infratores*. 2011. 110 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia da Saúde), Faculdade de Saúde da Universidade Metodista de São Paulo, São Bernardo do Campo, 2011.

SAES, Danuza Sgobbi. *Adolescentes infratores: Um estudo compreensivo*. 2003. 191 f. Dissertação (Mestrado), Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

SALIBA, Maurício Gonçalves. *A educação como disfarce e vigilância: Análise das estratégias de aplicação de medidas socioeducativas a jovens infratores*. 2006. 175 f. Tese (Doutorado em Educação), Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, 2006, Marília, 2006.

SANTOS, Flavio Roberto de Carvalho. *A formação do temperamento, da fecundação ao desmame e o comportamento infrator na adolescência*. 2010. 190 f. Tese (Doutorado), Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

SCHMITT, Ricardo; PINTO, Thais P.; GOMES, Karin M.; QUEVEDO, João; STEIN, Airton. Personalidade psicopática em uma amostra de adolescentes infratores brasileiros. *Revista de Psiquiatria Clínica*, São Paulo, v. 33, n. 6, p. 297-303, jun. 2006.

SILVA, Débora Frizzo Macagnan da. *O desenvolvimento das trajetórias do comportamento delinquente em adolescentes infratores*. 2002. 113 f. Tese (Doutorado em Psicologia do Desenvolvimento), Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

SILVA, Jorge Luiz. *A regulação da conduta delituosa pela família: um estudo comparativo entre adolescentes judicializados e não judicializados no contexto brasileiro*. 2012. 130 f. Dissertação (Mestrado em Ciências), Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SILVA, Joseli Maria; ROSSI, Rodrigo; CHIMIN JUNIOR, Alides Baptista; ORNAT, Marcio Jose. Espaço, masculinidades e adolescentes em conflito com a lei. *Geo UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 23, p. 136-166, jan/jun. 2012.

SILVA, Luiz da Silva. Marina; BAZON, Marina Rezende. Educação escolar e conduta infracional em adolescentes: revisão integrativa da literatura. *Estudos de Psicologia*, Natal, v. 19, n. 4, p. 278-287, out/dez. 2014.

SILVA, Maria Delfina Farias Dias Tavares da; FARIAS, Maria Aznar; SILVARES, Edwiges Ferreira de Mattos; ARANTES, Mariana Castro. Adversidade familiar e problemas comportamentais entre adolescentes infratores e não infratores. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 13, n. 4, p. 791-798, Out./Dec. 2008.

SILVEIRA, Maria Angélica de Souza da; MARUSCHI, Maria Cristina; BAZON, Marina Rezende. Riscos e proteção para o engajamento de adolescentes em práticas de atos infracionais. *Journal of Human Growth and Development (Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano)*, São Paulo, v. 22, n 3, p. 348-357, set. 2012.

TEIXEIRA, Valfredo Alves. *A Violência Juvenil na cidade de Sousa – Paraíba (2000 - 2009)*. 2011. 101 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia), Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2011.

TOLEDO, Alex Fabiano de. *Adolescência e subalternidade: o ato infracional como mediação com o mundo*. 2007. 2012 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

TOLEDO, George Wilton. *A delinquência juvenil no Estado de São Paulo: característica, frequência, evolução e tendências observadas entre os anos de 1950, 1960, 1979, 1985, 1995, 2000, 2001 e 2002*. 2006. 118 f. Dissertação (Mestrado em Ciências), Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2006.

TOMASI, Laura Oliveira Tomasi; MACEDO, Mônica Medeiros Kother. Adolescência em conflito com a lei: A intensidade da história de vida em ato. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 31, n. 1, p. 53-63, jan/mar. 2015.

ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. Violência e fragilidades nas relações familiares: Refletindo sobre a situação de adolescentes em conflito com a lei. *Estudos de Psicologia*, Natal, v. 17, n. 3, p. 389-395, set/dez. 2012.

O DOLO EVENTUAL DOS ATORES PROCESSUAIS EM DECISÕES PENAIS ARBITRÁRIAS

The Responsibility of Procedural Actors in Arbitrary Criminal Decisions

CHRISTOPHER ABREU RAVAGNANI ET AL.¹

Mestre em Direito pela UNESP - Universidade
Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Professor
de Direito na Faculdade Dr. Francisco Maeda

Resumo: O presente artigo busca analisar a problemática das fundamentações tácitas (?) concordantes em matéria penal, bem como a eventual responsabilidade dos atores processuais por sua prática, utilizando-se a metodologia teórico-dedutiva. Argumentaremos sobre a relevância das fundamentações constitucionalmente adequadas, a fim de assegurar a imparcialidade da decisão, dado que é arbitrário/ilegítimo transferir o ônus da motivação a sujeito processual diverso.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Arbitrariedade; Dolo eventual.

Abstract: This paper intends to analyze the problematic of tacit foundations in criminal matters, as well as the possible responsibilities of procedural actors for their practice, through the theoretical-deductive methodology. We will argue about the relevance of the constitutionally adequate grounds, in order to ensure the impartiality of the decision, since it is arbitrary/illegitimate to transfer the burden of motivation to a diverse procedural subject.

Keywords: Judicial power; Arbitrariness; Reponsability

1 INTRODUÇÃO

O sistema penal, conforme bem expõe Maria Lucia Karam, não alivia as dores de quem sofre perdas causadas por indivíduos que eventualmente desrespeitam e agridem seus semelhantes, ao contrário, o sistema penal manipula essas dores para viabilizar e legitimar o

¹ Contato principal para correspondência. Demais autores: Luíza Guimarães Campos Batista Gomes, Bruno Humberto Neves

danoso poder punitivo.² O sistema penal manipula sofrimentos para criar sofrimentos, de modo que os desejos de vingança não trazem paz de espírito, apenas são autodestrutivos.³

Neste sentido, segundo Michel Foucault, o direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade, contudo, ele se encontra recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível.⁴

Vera Malaguti Batista ao analisar o processo de prisionalização nos Estados Unidos, Europa e Brasil, questiona o motivo de a grande massa carcerária estar composta pela juventude negra, isto é, a juventude latino-americana, e agora, com essa nova onda, a juventude árabe. Isso se dá pela criação de uma mentalidade punitiva, de uma cultura punitiva, que vai ser resolvida através da pena, diminuindo a maioridade penal, aumentando o tempo de prisão e escondendo o tempo todo que o sistema penal é uma máquina de seletividade.⁵

Em termos internacionais, o Brasil é o terceiro país no mundo com maior número de pessoas presas (726.712 presos), superando no ano de 2016 a Rússia (646.085 presos), ficando apenas atrás dos Estados Unidos (2.145.100 presos) e a China (1.649.804 presos).⁶ A análise do perfil carcerário aponta para uma maioria de jovens (55,00% da população privada de liberdade tem até 29 anos), composta pelo maioria de negros (64% da população presa), e para uma população com precário acesso à educação (apenas 9,5% concluíram o ensino médio, enquanto a média nacional gira em torno de 32%, bem como de 1% dos presos possuem graduação), sendo que não há ao menos um indício de que o encarceramento desse enorme contingente de pessoas estejam produzindo qualquer resultado positivo na redução da criminalidade, pelo contrário a violência apenas aumenta.⁷

Neste cenário, conforme Salo de Carvalho, não é apenas o Poder Legislativo, que atendendo à demanda criminalizadora, o único responsável pelos altos índices de prisionalização, o Poder Judiciário, ao menos durante as últimas duas décadas, tem aderido ao

² KARAM, Maria Lucia. Psicologia e sistema prisional. **Revista EPOS**. Rio de Janeiro, vol. 2, nº 2, p. 13, jul/dez. 2011.

³ Ibid.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 111.

⁵ BATISTA, Vera Malaguti. A criminalização da juventude popular no Brasil: histórias e memórias de luta na cidade do Rio de Janeiro. **Boletim do Instituto de Saúde**, v. 44, p. 21, 2008.

⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Há 726.712 pessoas presas no Brasil*. Brasília, DF, 2017, [s/p].

⁷ Ibid.

populismo punitivo e abdicado de ser um filtro constitucional à demanda criminalizadora, num verdadeiro “decisionismo populista”.⁸

Em estudo realizado sobre adolescentes presos com drogas no Rio de Janeiro, segundo Batista, quando um menino branco e de classe média entra no sistema penal, com uma quantidade de drogas, fará jus a um tratamento fora do sistema, a saber, psicológico, contudo, quando é um menino negro e favelado, com a mesma quantidade de droga, o destino será no estereótipo criminalizante.⁹ Desse modo, “o que está em jogo não são as drogas em si, mas o controle social desta parcela específica da juventude popular brasileira.”¹⁰ O fortalecimento desse discurso punitivo no Brasil está, segundo Luciana Boiteux, na militarização do “combate” às drogas, na violência policial, no aumento de penas e principalmente na imposição em massa da pena de prisão.¹¹

Consolidou-se, assim, seletivamente, como alerta Vera Regina Pereira de Andrade, uma identificação dos estereótipos de criminalidade dos baixos estratos sociais, predominantemente recortada pela seletividade de gênero e racial, numa sociedade cada vez mais comandada pelo poder do espetáculo midiático.¹²

Neste sentido, conforme as lições de Eugenio Raúl Zaffaroni, nas últimas décadas, houve uma transformação regressiva bastante notável no campo da chamada política criminal, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas, passou-se a discutir a expansão do poder punitivo, com o qual o tema do inimigo da sociedade veio ao primeiro plano de discussão.¹³

Não obstante, nunca se prendeu tanto em *terrae brasilis*, conquanto o índice de criminalidade aumenta a cada dia, bem como a taxa de reincidência, demonstrando que a expansão (a qualquer custo) do poder punitivo, não soluciona o problema da violência, mas

⁸ CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 648, jul./dez. 2015.

⁹ BATISTA, Vera Malaguti. A criminalização da juventude popular no Brasil: histórias e memórias de luta na cidade do Rio de Janeiro. **Boletim do Instituto de Saúde**, v. 44, p. 21, 2008.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ BOITEUX, Luciana. Brasil: Reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 21, p. 4, 2015.

¹² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A mudança do paradigma repressivo em segurança pública: reflexões criminológicas críticas em torno da proposta da 1º Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 67, p. 340, 2013.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires, 2006, p. 3.

reproduz ainda mais violência no sistema carcerário.¹⁴ (RAVAGNANI; NEVES; ITO, 2017, p. 120).

A partir dessas considerações, visa-se tratar do paradigma punitivo através do “decisionismo populista”¹⁵ do Poder Judiciário, sobretudo a prática corriqueira de se adotar como razão de decidir (fundamentação tácita?) o conteúdo de pronunciamentos do órgão do Ministério Público, mediante uma abordagem de caráter crítico.

A hipótese¹⁶ do trabalho é que após 30 anos da entrada em vigor da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais, máxime o direito à liberdade, continuam a serem desrespeitados em *terrae brasilis*, sendo referida prática realizada até mesmo pelo Poder Judiciário, que deveria zelar pela sua efetividade. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo¹⁷ de pesquisa.

Desse modo, mediante estudo de caso, o objetivo do trabalho é testar, empiricamente¹⁸, através dos dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal a hipótese da inefetividade do direito humano à liberdade, de modo que a hipótese formulada¹⁹ seja corroborada ou negada.

No tocante às técnicas²⁰ de pesquisa, será utilizada pesquisa documental nos portais dos tribunais superiores, bem como pesquisa bibliográfica.

¹⁴ RAVAGNANI, Christopher Abreu.; NEVES, Bruno Humberto.; ITO, Josielly Lima. Pena de prisão: cerceamento da liberdade ou perda da dignidade humana?. **Revista Jurídica Unigran**. Dourados, vol. 19, n. 38, p. 120, jul./dez. 2017.

¹⁵ Expressão de Salo de Carvalho (Ibid).

¹⁶ “A hipótese é uma resposta a uma pergunta, mas que ainda não foi testada. Portanto, é sempre uma afirmativa. Quando é testada, sua corroboração ou sua negação se transformam na conclusão.” (VOLPATO, Gilson Luiz. **Ciência: da filosofia à publicação**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013. p. 95).

¹⁷ “O método dedutivo consiste na elaboração de ideias (teses, hipóteses etc.) com a posterior coleta de dados para teste dessas conjecturas. No método indutivo preconizamos o contrário. Estabelecido determinado tema, coletamos dados e, posteriormente, abstraímos desses dados generalizações possíveis.” (Ibid., p. 218).

¹⁸ “O maior pressuposto do método científico é que cada ideia sobre o mundo natural seja sustentada por fatos que podemos constatar objetivamente nesse mundo. Ou seja, buscar contrapor ideias a fatos observáveis.” (Ibid. p. 58).

¹⁹ “Para que seja uma hipótese científica, ela deve ter condições de ser negada. Ou seja, é necessário que alguma condição derivada da hipótese possa negá-la caso ocorra. Se isso não existir, ela não é científica.” Ibid., p. 95.

²⁰ “Os meios específicos utilizados para coleta dos dados são as técnicas. Assim, há técnicas para coleta de sangue, para determinação dos níveis de açúcar no sangue, para definição das relações filogenéticas entre espécies, para análise estatística de dados, para conhecermos a opinião das pessoas sobre determinado tema etc.” (Ibid).

2 FUNDAMENTAÇÃO TÁCITA CONCORDANTE (?)

Em 20 de fevereiro de 2016, Tião Medonho²¹, um jovem negro e periférico – fazendo *jus* ao paradigma criminológico do *Labeling Approach*²² –, intercedeu em favor de Juninho Seboso, seu familiar, a fim de evitar que o mesmo fosse preso “em flagrante” por uma “delação anônima” de tráfico de drogas. Consta dos autos originários, que Tião Medonho teria resistido à prisão em razão de suposto “desacato”²³ cometido em detrimento dos agentes policiais que tentavam prender seu parente.

Tião Medonho, imbuído do espírito de liberdade, direito natural comum ao ser humano médio – inclusive aos pobres –, tentou fugir dos policiais e, durante o percurso, atirou um pedaço de granito em um dos agentes logrando êxito em sua empreitada fugitiva.

Tião Medonho fora denunciado pelo Ministério Público por supostamente ter cometido uma tentativa de homicídio associado ao crime de resistência injustificada à prisão e teve sua prisão preventiva decretada pelo Juiz de Primeiro Grau em virtude de sua “concordância” com o pedido que fora formulado pelo *Parquet* Estadual, que, por sua vez, “concordava” com a representação feita pelo Delegado presidente do inquérito policial.

Essa narrativa poderia ser oriunda de uma questão aberta da prova de penal, referente à segunda fase do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, seguida, obviamente do comando: “Você é o (a) Advogado (a) constituído (a) nos autos, pontue todos os aspectos de nulidade, bem como, toda a matéria de defesa que poderá ser alegada por Tião Medonho.”; Contudo, para nossa (in)felicidade, o trecho acima explorado é o resumo fidedigno dos fatos ocorridos no curso de uma ação penal (real).

²¹ Preservou-se os nomes das partes em virtude do Processo n. 0000044-73.2016.8.26.0611, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ituverava-SP, estar tramitando em segredo de justiça.

²² Para os autores do *labelling* a conduta desviante é o resultado de uma reação social e o delinquente apenas se destingue do homem comum devido à estigmatização que sofre. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 298).

²³ Acerca do tema, interessante decisão foi prolatada recentemente pelo STJ (REsp 1.640.084/SP), reconhecendo a incompatibilidade do tipo penal previsto pelo art. 331, do CP, com o ordenamento jurídico *supralegal* referendado pelo Brasil (Pacto de San José da Costa Rica). Na referida decisão, o Relator do recurso, Ministro Ribeiro Dantas, decidiu-se pelo esvaziamento da tipificação dada pelo art. 331, do CP, tendo em vista o seu caráter repressivo (no tocante à liberdade de pensamento e expressão), bem como, sua desarmonia com a legislação adotada no Brasil. Esta decisão, sem sombra de dúvidas, representa importante avanço do Estado Democrático de Direitos, notadamente no que diz respeito ao reconhecimento do caráter hereditário fascista do Código Penal que, ao contrário do que ocorreu em outros países da América-Latina, pós abertura democrática, não foi reeditado.

Tião Medonho teve sua prisão preventiva decretada porque o Magistrado “concordava” com o Ministério Público que, como já dito, “concordava” com a representação formulada pelo Delegado; (...) Dava até um poema do Drummond.

É dizer, a linha sucessória da *potentia puniendi* estatal²⁴ simplesmente “concorda” com o que “vem de lá”, sem que subsista qualquer análise crítica daquilo que fora requerido, seja pela Autoridade Policial, seja pelos representantes do Ministério Público. É interessante notar que este último, que deveria agir como o “fiscal da Lei” em todo (e qualquer) procedimento e/ou processo criminal, se nega a cumprir essa sua função, mas, regozija-se ao desempenhar a “persecução penal” do “inimigo” – (Prevaricam?). Não importa (...).

No caso em comento, o “drama” não teve fim aí, instado a se manifestar por meio de *Habeas Corpus*²⁵ impetrado pela defesa do Paciente²⁶, o Tribunal de Justiça também legitimou a decisão do Magistrado de Primeiro Grau, mas, não sem antes inovar na decisão do acórdão, o que obviamente é inadmissível em via recursal, principalmente em detrimento do acusado.²⁷

Ou seja, o quarto na linha sucessória punitiva (ou punitivista) Estatal não se debruçou às especificidades do caso concreto, deixando de lado as garantias fundamentais de Tião Medonho – dentre elas, a necessária fundamentação das decisões – promovendo verdadeira inovação no acórdão em seu prejuízo, suscitando uma imaginária “gravidade” abstrata do delito.

Ao agir desta forma, o Tribunal de Segunda Instância não só ratificou a equivocada decisão de primeiro grau, como ensejou novo constrangimento ilegal ao Paciente. “Brilhou” duas vezes: a primeira ao fornecer elementos de convicção que não tinham qualquer nexo de

²⁴ Sem adentrar no mérito das (necessárias) discussões que possam ser feitas a respeito das funções (declaradas ou não) da pena e, portanto, do próprio Direito Penal, faz-se necessário esclarecer que dentro de uma concepção dissuasória, o Estado apropria-se do “direito a reparação” que o indivíduo (vítima) possui, visando mitigar toda e qualquer chance de implementação de uma vingança privada. Desta forma, não há a “transferência temporária” da legitimidade do direito de ação, mas sim uma assunção desse direito por parte do Estado. Sendo assim, pode-se dizer que o Estado não possui um *jus puniendi*, propriamente dito, mas sim, um *potentia puniendi* que precisa (e deve) ser contido, dentro da ótica garantista de um Estado Democrático de Direitos. (RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. **Por uma teoria do processo penal**, Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 18).

²⁵ O Habeas Corpus tramitou na 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o número: HC 2099398-27.2016.8.26.0000. (TJSP, HC nº 2099398-27.2016.8.26.0000, relator Louri Barbiero, DJe de 19-06-2016).

²⁶ Àquele que sofre constrangimento ilegal.

²⁷ Existem àqueles que defendem que a inovação poderá ocorrer em sede de segundo grau, caso ela sirva ao benefício do réu, haja vista que a lógica normativa penal do sistema brasileiro baseia-se no brocado do *in dubio pro reo*, ainda que na prática tal premissa tenha sido praticamente esvaziada em prol do *in dubio pro societate* ou, como Alexandre Morais da Rosa e Salah Hassan Khaled Junior (2015) brilhantemente definem: *in dubio pro hell*.

causalidade com a denúncia oferecida; a segunda ao confirmar uma decisão carecedora de qualquer sustentação (preventiva decretada em ritmo de “concordância”). Aliás, a convicção e a ausência de fundamentos idôneos parecem estar intimamente ligadas nesse nosso “novo” Estado Democrático de Direitos.²⁸

Consabido, o art. 93, IX, da Constituição da República de 88 – livro quase em desuso nesses “novos” tempos –, estipula que é direito fundamental de todo cidadão obter do Poder Judiciário decisões fundamentadas, sob pena de nulidade.

Em matéria criminal, não é necessário empreender um grande esforço hermenêutico para perceber que, em virtude da “proteção integral” aos princípios do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CR/88), a ausência de fundamentação idônea culminará – inevitável e invariavelmente – na nulidade absoluta da decisão.²⁹ E diferente disso não poderia ser, haja vista que, em que pese seu enfraquecimento, ainda estamos inseridos no contexto de uma República, onde o respeito aos direitos individuais do acusado prevalecem sob o poder punitivo (e desmedido) do Estado.

Assim, sob a égide constitucional de um Estado Democrático de Direitos, a fundamentação das decisões releva, no mínimo, a boa educação processual, no sentido de cumprimento às regras do jogo.³⁰

Pois bem. Ao dizermos que todos os “representantes legítimos” do poder punitivo Estatal “concordaram” com o que fora exposto por seu predecessor, não se trata de uma

²⁸ Haja vista a garantia constitucional plúrima de Direitos.

²⁹ À luz do escólio de Aury Lopes Junior, a motivação das decisões judiciais constitui garantia fundamental inerente à avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova dos autos. Serve como controle de eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. O poder (*potentia puniendi*) somente está legitimado quando calcado no saber judicial, de modo que não mais se legitima em si mesmo. Nesse contexto, a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial, de maneira que a fundamentação não deve estar presente apenas na “sentença”, mas também em todas as decisões interlocutórias. (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 101).

³⁰ Assim ensina Amilton Bueno de Carvalho para quem: a motivação das decisões é um sonho enquanto possibilidade de garantia: um – do saber sobre o não-saber, como diminuição do poder pelo poder; dois – do cidadão em relação ao arbítrio judicante: receber respostas às indagações expostas no decorrer do feito. Em outras palavras, ciência de que o “porquê” está acima do simples “é assim”- este como consequência e não como causa; três – da corte superior em relação à inferior: possibilidade do cidadão demonstrar a falibilidade do saber que funda a decisão da qual se recorre; quatro – mas acima de tudo, porque é compromisso social – neste momento sublime da “novela”, o juiz sela seu compromisso com a sociedade: “o mundo deve saber das opções do juiz ao julgar”, ou seja, todos, absolutamente todos, têm o direito de saber porque o Estado-julgador tomou determinada opção! O não-enfrentamento caracteriza totalitarismo judicante ou, no mínimo, uma espécie de falta de educação processual. (CARVALHO, Amilton Bueno. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 65).

brincadeira retórica, mas sim, da transcrição *ipsis litteris* do que consta nos autos, precisamente, em três linhas.³¹

Não, meu caro leitor, você não entendeu errado. O(s) Magistrado(s)³² decretaram e mantiveram (inovando a fundamentação no segundo grau), a prisão preventiva de Tião Medonho em uma decisão que se baseia em três linhas, na “concordância” com a denúncia oferecida pelo Ministério Público, que “concordava” com a representação requestada pela Autoridade Policial.

C'est fini (?). Ainda não.

Tendo em vista a morosidade de tramitação dos Recursos Ordinários³³ junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), a defesa de Tião Medonho impetrou simultaneamente a este, um *Habeas Corpus*³⁴ substitutivo, na esperança de que por um dos dois recursos o desvalido teria acesso a uma visão mais ampla do céu, em caráter liminar.

Não bastasse a sucessão de “eventos” narrados até aqui, o STJ recebeu o *Habeas Corpus*, negando a concessão da ordem liminar, na sequência, julgou improvido o Recurso Ordinário e – para finalizar com chave de ouro –, no julgamento do mérito do H.C.³⁵, concedeu a ordem liberatória.

Vamos repetir: por uma questão estratégica (do que seria menos trágico para Tião Medonho que já estava preso há algum tempo por força de uma decisão “concordante”) a defesa optou por interpor um Recurso Ordinário e impetrar um H.C. simultaneamente no STJ.

O STJ recebeu e distribuiu primeiramente o H.C., negando a concessão da ordem liberatória em sede liminar; Posteriormente, recebeu, distribuiu e julgou improvido o Recurso Ordinário, mantendo a prisão preventiva de Tião Medonho, por entender estarem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva (art. 312, CPP); Um mês depois, ao julgar o mérito daquele H.C., o mesmo Ministro (prevenção) entendeu restar configurado o constrangimento ilegal do relento, tendo em vista que a decisão que decretou a prisão

³¹ Decisão de prisão preventiva exarada no Processo n. 0000044-73.2016.8.26.0611, pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ituverava-SP.

³² De quem se espera imparcialidade, criteriosidade e fundamentação, conforme termos do Código de Ética da Magistratura, Código de Processo Penal e Constituição Federal.

³³ O Recurso Ordinário Constitucional tramitou na 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob o número: RHC nº 75891. (STJ, RHC nº 75891, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 13-09-2016).

³⁴ O Habeas Corpus tramitou na 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob o número: HC 364684. (STJ, HC nº 364684, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 02-12-2016).

³⁵ A decisão ocorreu no HC 364684, tramitado perante a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. (STJ, HC nº 364684, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 02-12-2016).

preventiva não se encontrava minimamente fundamentada, ao passo que a “gravidade” *in abstracto* do crime não serviria como motivação idônea à decretação da segregação cautelar, razão pela qual, entendia pela concessão da ordem liberatória.³⁶

O que aconteceu em um mês no STJ para que a mesma prisão preventiva deixasse de ser devida e passasse a ser arbitrária? (...) essa é a pergunta que não quer calar.

Interessante notar ainda, que segundo a fundamentação inserida em ambos os acórdãos, a liminar do H.C. não foi concedida por não estar configurado o constrangimento ilegal do Paciente e, no mérito, a ordem do *writ* foi concedida em virtude de restar configurado o constrangimento ilegal do pobre coitado (?).³⁷ Inusitado isso! No mínimo.

O funcionamento da justiça penal, portanto, conforme Alessandro Baratta é altamente seletivo, seja no que diz respeito à proteção outorgada aos bens, seja no que concerne ao recrutamento da clientela do sistema (a denominada população criminal).³⁸ Todo ele está dirigido, segundo Baratta, quase que exclusivamente, contra as denominadas classes populares como o evidencia a composição social da população carcerária, apesar de que os comportamentos socialmente negativos estão distribuídos em todos os extratos sociais, bem como que as violações mais graves aos direitos humanos ocorrem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes, organismos estatais e organizações econômicas privadas.³⁹ A construção desses perfis pertencentes a “grupos de risco” viabiliza que esses indivíduos sejam neutralizados pelo maior período possível a partir da aplicação da pena privativa de liberdade, eis que são facilmente identificados e classificados pelos agentes do sistema punitivo.⁴⁰

Tião Medonho compõe a parcela de brasileiros inserida no “contexto lombrosiano” da cartilha punitivista dos nossos agentes estatais, e não nos referimos aqui somente aos policiais que efetuaram a prisão ilegal do desafortunado, mas, principalmente, aos membros do Poder Judiciário que por seis vezes tiveram a oportunidade de: relaxar, revogar, liberar e conceder

³⁶ Paradigma citado na decisão: HC 126.815, tramitado perante a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. (STF, HC nº 126.815, relator Ministro Marco Aurelio, DJe 28-08-2015).

³⁷ A decisão ocorreu no HC 364684, tramitado perante a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. (STJ, HC nº 364684, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 02-12-2016).

³⁸ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Criminología y Sistema Penal**, p. 301, 2004.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2050, 2017.

alvará de soltura ao acusado; E, a despeito de terem sido devidamente provocados a se debruçarem sob os autos pelos advogados de defesa do acusado, em momento algum, cumpriram o seu dever republicano de preservar a liberdade do sujeito, ainda que litigante em processo criminal (art. 5º LXVI, da CR/88).⁴¹

O objetivo do presente trabalho não é expor, *ipsis litteris*, as decisões exaradas no curso do processo, mas sim alertar e chamar atenção para fatos que são tomados no nosso cotidiano como “corriqueiros”. Tudo que fora narrado até aqui é comum no dia-a-dia da advocacia. Mas deveria ser? Criou-se uma cultura de fé na punição sem freios pelo Estado? Em troca de quê? Ou para quem?

3 O DOLO EVENTUAL DAS DECISÕES PENAS ARBITRÁRIAS

No Estado Democrático de Direitos a liberdade é a regra e a prisão deve ser adotada como a *ultima ratio* do poder punitivo Estatal. Não basta denunciar o acusado por um fato do qual se presume sê-lo inocente? Tem que prender o desgraçado na masmorra até o dia que alguém se toque do absurdo? Onde (ou para quem) está o compromisso do Poder Judiciário com o cumprimento da Lei? Com a Justiça? A Lei é meramente punitivista ou ela possui um viés garantista que por vezes é negado ao sujeito litigante em processo penal?

Sob a ótica da Teoria Finalista⁴² tem-se por dolosa a ação praticada deliberadamente pelo sujeito com o intuito de ofender um bem jurídico penalmente tutelado pelo Estado.⁴³ Em

⁴¹ A Constituição não trata apenas dos meios; cuida também dos fins, que, exatamente, caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente: o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais, previstos no artigo 3º da nossa Constituição, que encarna a obrigação da construção de um estado social. E nisso reside o papel transformador do direito e do Estado, assim como a necessidade da rediscussão das condições para a compreensão do fenômeno representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. A efetividade da Constituição é, pois, agenda obrigatória de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira, que, em mais de cinco séculos de existência, produziu pouca democracia e muita miséria, fatores geradores de violências institucionais (veja-se a repressão produzida pelos aparelhos do Estado) e sociais (veja-se o grau exacerbado da criminalidade). (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 36).

⁴² Adotada em nosso ordenamento jurídico penal (art. 18, I, II, do Código Penal).

⁴³ A Teoria do Bem-Jurídico, idealizada por Johann Michael Franz Birnbaum no século XIX e difundida doutrinariamente por Franz von Liszt, serviram de base para o Funcionalismo Teológico defendido por Claus Roxin. O Funcionalismo Teológico busca estabelecer de maneira racional quais as funções (declaradas ou não) da pena. Dentre as funções clássicas, especial destaque merece ser dado à Proteção do Bem-Jurídico Penalmente Tutelado pelo Estado. Juarez Tavares, em pensamento alinhado ao de Roxin, preconiza que o Bem-Jurídico cumpre a função de proteção da pessoa humana (objetivo final de proteção de toda e qualquer ordem jurídica).

direção oposta, será considerada culposa a ação comissiva ou omissiva que produz o resultado lesivo – ao bem jurídico –, que não era pretendido pelo agente do delito. Ou seja, o que diferencia uma ação comissiva ou não, entre culposa ou dolosa, é a consciência da ilicitude do fato, aliada à vontade de produzi-lo.

O dolo eventual caracteriza-se pela ação que não busca o resultado ofensivo em sua essência, mas, assume o risco de ocasioná-lo em virtude da potencial consciência da ilicitude do fato por parte do agente e, por via de consequência lógica, do seu potencial resultado (lesão a bem jurídico penalmente tutelado).

A contribuição mais importante da Teoria do Bem Jurídico talvez tenha sido para a modificação do olhar/interpretação que magistrado deve ter ao analisar o fato ocorrido no caso penal e a conduta típica prevista pela Lei (Funcionalismo Teológico). Aliado ao chamado Funcionalismo Teológico de Claus Roxin, se encontra o Funcionalismo Sistemico defendido por Gunter Jakobs, cujas premissas teóricas defendem que a pena não possui a função de proteger bens jurídicos individuais, mas, sim, de legitimar o sistema penal em si mesmo (repercutindo na prevenção geral positiva/negativa).⁴⁴

Com efeito, salientamos que, conforme o nosso entendimento, a Teoria do Funcionalismo Teológico protege não só bens-jurídicos penalmente tutelados, como amplamente aceito pela doutrina majoritária, mas, também, àqueles que se encontram difundidos normativamente seja pela legislação constitucional ou infraconstitucional, pois, se a intenção final é proteger a dignidade da pessoa humana em uma concepção valorativa, não se pode ignorar a presença de bens-jurídicos relevantes nos demais instrumentos normativos não-penais.

Nesse sentido, é um valor e não um dever propriamente dito, que delimita a norma penal. (ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Trad. da 2ª. edição alemã: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia e Javier de Vicente Remsal. Madrid: Civitas, 1997, Apud Ana Elisa Liberatore. S. O Rendimiento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, 2009, p. 56).

⁴⁴ O Funcionalismo Sistemico estabelece que a pena aplicada ao agente do delito, possui a função de autoafirmar a validade do sistema jurídico penal, de maneira que, repercute na sociedade também como prevenção geral negativa, a fim de suprimir os efeitos que a violação da norma acarreta para o reconhecimento do sistema. Ou seja, nessa concepção, não há apreciação dos elementos intrínsecos do delito, pois, a ofensa ao tipo penal – ainda que mínima –, por si só, justifica a imposição de uma penalidade ao sujeito. (JAKOBS, Gunther. **Derecho penal; parte geral - fundamentos y teoria de la imputación**. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid; Marcial Pons, 1995, Apud FERREIRA JR., Luís Geraldo. *Teorias da Pena. A Legitimação do Direito de Punir*, [s/p].

Assim, compreende-se que a fundamentação das decisões, restritivas de direitos (e liberdades), figura como garantia ao litigante em processo penal, haja vista que impõe aos atores jurídicos a obrigatoriedade de expor racionalmente todos os pormenores utilizados para fins de imputação penal.⁴⁵ Logo, na ausência de uma fundamentação satisfatória, não há legitimidade na punição imposta pelo Estado e, por certo, há a quebra da proposta teórica do Funcionalismo Teológico e Sistêmico de uma vez só, pois, se nem o próprio Estado – refletido por seus agentes públicos – respeita as “regras do jogo” quem irá respeitar? Não há legitimidade para a punição individual ou geral e, de igual sorte, o “sistema” não se afirma e não funciona.

Levando-se em consideração, então, que os agentes públicos estatais estão infringindo bens-jurídicos – constitucionalmente previstos⁴⁶ – ao formularem requerimentos ou prolatarem decisões desprovidas de sustentação e, se isso, dentro da concepção sistêmica de Jakobs nega vigência ao texto normativo, algo precisa ser revisto, pois, este sistema não exerce sequer a sua função primária (se autoafirmar nas ações de seus agentes). O contrário disso significa assumir a arbitrariedade sistêmica.

Faz-se necessário criar um tipo penal então? Será que esta é a única abordagem possível de educação penal a ser implementada pelo Estado? É necessário que a atuação dos Magistrados e Promotores de Justiça esteja limitada por um tipo penal que preveja a arbitrariedade cometida? Ou, a incidência desta arbitrariedade se inicia no momento em que a ordem constitucional vigente é destituída de sua força normativa?

É – realmente – necessária a criação de um tipo penal ilustrativo do que vem a ser o “abuso de autoridade”? A nossa Constituição e o Código de Processo Penal, por si só, já não definiram a importância do respeito à dignidade da pessoa humana processada criminalmente? Onde está a interpretação extensiva – que ordinariamente é utilizada pela magistratura – no momento de compor uma leitura sistêmica do Direito?

Até quando vamos assistir aos equívocos, diários e sucessivos, que são cometidos pelos membros do Poder Judiciário e achar que isso é comum?⁴⁷ Um problema específico do

⁴⁵ Pois, somente isto legitimará o *potentia puniendi* estatal refletido nas decisões judiciais.

⁴⁶ Dignidade da Pessoa Humana, Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa (bens jurídicos penal-constitucional).

⁴⁷ Nesse ponto, importante citar o desdobramento do Habeas Corpus nº 502561440.2018.4.04.0000/PR interposto no plantão judiciário do TRF-4, em favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no dia 08 de julho de 2018. A medida liminar foi concedida pelo Desembargador Rogério Favreto, sendo que após a

Tribunal de Justiça daqui ou dali? Culpa do estagiário, culpa do assessor, culpa do delegado, culpa do promotor, culpa do juiz, culpa do defensor, culpa do ministro, culpa do desembargador (...) e de quem é o dolo?

De quem é o dolo pela relativização do princípio da presunção de inocência?⁴⁸

Ora, se, age com dolo eventual àquele que por ação voluntária assume o risco de infringir o bem-jurídico de outrem, protegido por Lei, não estaria o Poder Judiciário dolosamente negando vigência ao sistema normativo brasileiro? Ou, pelo menos, assumindo o risco de fazê-lo ao prolatar decisões desprovidas de sustentação/fundamentação?

De quem é o dolo por decisões fundamentadas em três linhas? De quem é o dolo por interceptações telefônicas ilegalmente realizadas? De quem é o dolo por informações sigilosas processuais aparecerem estampadas em jornalecos midiáticos? De quem é o dolo pelas prisões arbitrárias que são realizadas diariamente no nosso Brasil latifundiário? De quem é o dolo pelo recrudescimento das leis penais no Brasil, como a única resposta possível ao aumento dos índices de violência (se é que aumentam)? Somos de fato o país da “impunidade”?⁴⁹ De quem é o dolo por esta “guerra CQC à corrupção”? De quem é o dolo pela subversão de todos os princípios republicanos em prol de uma imaginária “proteção coletiva”? De quem é o dolo por estarmos ferrando (dia e noite) pobres e negros nas masmorras? Foram os grilhões substituídos por algemas? Foram as provas substituídas por convicção?

Estamos legitimando o que exatamente? O fim da vingança privada cometida pelo indivíduo ou, o início da vingança privada cometida pelos agentes estatais? Ora, a barreira normativa que foi imposta pela Legislação (fundamentação racional nas decisões) é a única garantia que o sujeito possui frente às convicções pessoais dos agentes estatais.

comunicação a Superintendência da Polícia Federal para o cumprimento do alvará de soltura, o Juiz de primeiro grau Sérgio Moro (cujas jurisdição já havia sido exaurida, bem como estava em férias em Portugal) se manifestou e “recomendou” o não cumprimento. Um juiz em férias? Depois o Desembargador Gebran Neto (futuro relator) se manifestou (antes de receber o HC) e determinou que não fosse cumprida a decisão do Desembargador plantonista. Por fim, o Desembargador Presidente do TRF-4 Carlos Flores recebe um pedido de “conflito positivo” e decide que o plantonista não poderia ter decidido. E tudo isso em pleno domingo? Fato inusitado.

⁴⁸ Neste sentido, Heloisa Estellita pontua que: concorde-se ou não com a escolha constitucional acerca do momento a partir do qual pode ser executada a pena, o respeito à legalidade democrática é pressuposto essencial da divisão de poderes que caracteriza o Estado de Direito. Se há necessidade de revisão das normas constitucionais ou infraconstitucionais isso é tarefa que cumpre ao órgão constitucionalmente competente, o Congresso Nacional. (ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 726, mai./ago. 2018).

⁴⁹ Com a 3ª maior população carcerária do mundo, com aproximadamente 730 mil presos atualmente. (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil**. Brasília, DF, 2017, [s/p]).

Obviamente que é necessário frisar a “missão impossível” que isso representa. É que, partindo-se do pressuposto de que os agentes estatais (Magistrados e Representantes do Ministério Público) devem, obrigatoriamente, agir com probidade, imparcialidade, criteriosidade e racionalidade, nos parece que aos mencionados agentes é delegada uma função impraticável de ser desempenhada. A dicotomia existente entre o “livre-arbítrio” (livre-convencimento?) e o determinismo (inconsciente do sujeito) não permite que a “atitude” tomada por aqueles seja desprovida de caráter moral/íntimo, ainda que eles não tenham sequer a consciência disso.⁵⁰

Sendo assim, o “poder atuar de outro modo” nada mais é do que uma ilusão e, dentro da ótica garantista de preservação da dignidade da pessoa humana, nos parece que a única forma (indeterminista) de promover a equidade dessas forças é, justamente, fornecer elementos normativos que devam ser obrigatoriamente seguidos em sede de ponderação. Ou seja, as regras de Processo Penal não possuem uma função meramente formal, mas, sobretudo equalizadora, daquilo que representa a imprevisibilidade das ações humanas do inconsciente. Logo, uma decisão desprovida de fundamento ou, baseada em moralismos, é, sem dúvida alguma, uma ação irracional do ponto de vista jurídico material e ilegal do ponto de vista formal.

Aos agentes estatais, portanto, não é dado despir-se da sua condição humana, em prol de uma moral e, em detrimento de todas as regras que estão impostas normativamente – justamente – para impedir a manifestação do pensamento irracional. Tem sido assim?⁵¹

Ao que nos parece, os operadores do direito⁵² repetem o mantra da *persecutio criminis* sem nenhuma preocupação com o fato de que o sujeito (autor de um crime) se encontra apartado do tipo penal infringido (crime), ou, ainda, que suas ações precisam ser baseadas em instrumentos constituídos de maneira racional.

⁵⁰ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade**, Salvador: Jus podivum, 2010, p. 359.

⁵¹ Neste sentido, conforme Fayet e Poll: o processo, assim, passa a ter ares inquisitoriais; o magistrado, por sua vez, passa a “perseguir a colheita da prova” de forma que toda decisão é tomada tendo em vista a condenação do acusado, o que acaba por violar, consequentemente, a garantia da imparcialidade e do julgamento justo. (FAYET, Fábio Agne; POLL, Roberta Eggert. Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 654, mai./ago. 2018).

⁵² Normalmente não utilizaríamos essa expressão, notadamente em virtude de seu sentido semântico robótico, mas, para o caso, ela se adéqua perfeitamente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que momento, a legitimidade do Estado deixou de ser para processar/julgar o sujeito e passou a ser de perseguição/subjugação? Aos agentes estatais, é dado desconhecer a Lei? Aplicar tão somente o que for interessante ao resultado pretendido e negar vigência à norma que proíba esta ação (...) ora, agir deliberadamente, com potencial consciência da ilicitude do fato, assumindo o risco de infringir bens-jurídicos tutelados normativamente, não é agir com dolo eventual?

O agente estatal que age com parcialidade, negando vigência à Lei Federal e à própria Constituição, não age com potencial conhecimento da ilicitude do fato (sua ação)? Se, é dever do juiz agir com prudência e imparcialidade, fundamentando todas as suas decisões, este agente estatal já não está obrigado a respeitar a dignidade humana de outrem? Os preceitos normativos valem para quê, senão para impedir isto?

Como é possível acreditar que um dia cumpriremos as promessas do Estado Democrático de Direito, se sofremos ataques diários ao texto constitucional gerando um enfraquecimento feroz do constitucionalismo e, ao que parece, a única resposta possível é a criação de um novo tipo penal.

Portanto, a hipótese da pesquisa é corroborada, demonstrando que o direito à liberdade se torna descartável, sendo que referida prática alcança até mesmo o Poder Judiciário, justamente o órgão que deveria zelar pela efetivação dos direitos fundamentais, verificando-se, assim, o resgate do agente acusador-julgador, figura típica do período inquisitivo.

De quem é a culpa? E de quem é o dolo?

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A mudança do paradigma repressivo em segurança pública: reflexões criminológicas críticas em torno da proposta da 1º Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 67, p. 335-356, 2013. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p335>

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Criminología y Sistema Penal**, p. 299-333, 2004. Disponível em:

<<https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/baratta-alessandro-principios-de-derecho-penal-minimo.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BATISTA, Vera Malaguti. A criminalização da juventude popular no Brasil: histórias e memórias de luta na cidade do Rio de Janeiro. **Boletim do Instituto de Saúde**, v. 44, p. 19-22, 2008. Disponível em: <<http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/n44/n44a06.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BOITEUX, Luciana. Brasil: Reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 21, p. 1-6, 2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95772/brasil_reflexoes_criticas_boiteux.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2018.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, pp. 623 - 652, jul./dez. 2015. <https://doi.org/10.12818/p.0304-2340.2015v67p623>

ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 709-730, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.141>

FAYET, Fábio Agne; POLL, Roberta Eggert. Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 645-667, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.143>

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

JAKOBS, Gunther. Derecho penal; parte geral - fundamentos y teoria de la imputación. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid; Marcial Pons, 1995, Apud, Luís Geraldo. **Teorias da Pena - A Legitimação do Direito de Punir**.

Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4663>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

KARAM, Maria Lucia. Psicologia e sistema prisional. **Revista EPOS**. Rio de Janeiro, vol. 2, nº 2, p. 1-17, jul/dez. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 jun. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**, Salvador: Jus podivum, 2010.

RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. **Por uma teoria do processo penal**, Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

RAVAGNANI, Christopher Abreu.; NEVES, Bruno Humberto.; ITO, Josielly Lima. Pena de prisão: cerceamento da liberdade ou perda da dignidade humana?. **Revista Jurídica Unigran**. Dourados, vol. 19, n. 38, p. 111-123, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_atual/artigos/artigo07.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2018.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **In dubio pro hell I: profanando o sistema penal**, Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Trad. da 2ª. edição alemã: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia e Javier de Vicente Remsal. Madrid: Civitas, 1997, Apud, Ana Elisa Liberatore. S. O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, 1º maio-agosto de 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

VOLPATO, Gilson Luiz. **Ciência: da filosofia à publicação**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2043-2073, 2017. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/22314>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires, 2006.
Disponível em: <<http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Zaffa03.pdf>>. Acesso em:
14 jun. 2018.

BEM JURÍDICO, AUTONOMIA E DROGAS: UM ENSAIO PARA UMA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DOS TIPOS PENAIIS DE TÓXICOS

Legal Good, Autonomy and Drugs: an Essay to a Teleological Interpretation of Criminal Types of Toxic

RODRIGO JOSÉ DOS SANTOS AMARAL

Mestrando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela mesma instituição.

Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes - UCAM.

Resumo: Recorrendo a valores de ordem constitucional, traça-se parâmetros para a avaliação de legitimidade de um bem jurídico. Após, é feito um exame das condições que legitimam o paternalismo penal em um Estado que respeita liberdades individuais. Com isto, analisa-se a legitimidade da saúde pública como bem jurídico declarado. Feita essa aferição, passa-se à verificação das consequências dogmáticas no que tange à interpretação dos tipos penais da Lei 11.343/2006.

Palavras-chave: Saúde Pública. Dogmática Penal. Bem Jurídico.

Abstract: This essay uses constitutional values to reach parameters of legitimacy of the concept of legal good. It is essential to evaluate how the criminal paternalism is legitimized in a State which respects individual freedoms. With the proper parameters determined it is necessary to analyze public health as a legal good. The next stage is to verify the dogmatic consequences as regards the interpretation of the criminal types of the Law nº 11.343/2006.

Keywords: Public Health. Criminal Dogmatic. Legal Good.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo se dedica à figura da saúde pública como bem jurídico e ao escrutínio dos tipos penais em que se declara a tutela do citado bem. Para isso, será necessário fazer um exame dos fundamentos do direito penal: por que o Estado deve lançar mão da resposta penal para a proteção de bens jurídicos? É preciso examinar a saúde pública como um bem jurídico: é justificável a tutela dessa figura?

Também é necessário lembrar certas escolhas políticas que devem guiar a dogmática jurídica, por terem sido consagradas na Constituição de 1988: o respeito às liberdades

individuais, não se limitando à liberdade de locomoção. Trata-se de mais: as liberdades de pensamento, religião ou outras crenças de qualquer natureza; de buscar a própria felicidade, de ter os próprios valores e de realizar aquilo que for concretamente possível, desde que não interferindo em esferas de liberdade alheias. Isso não significa somente que o Estado deve se abster de intervir injustificadamente no âmbito de liberdade de um indivíduo. É mais: o respeito ao ser humano obriga que o fim de toda política estatal seja o próprio ser humano. Isso significa que ninguém pode ser instrumentalizado que o Estado tem o dever de fundamentar satisfatoriamente uma privação de liberdade.

O capítulo 2 é dedicado à figura conceitual do bem jurídico: será feita uma análise dos principais pontos a favor (2.1) e contra (2.2). Após, traçar-se-á os parâmetros que nortearão o conceito de bem jurídico neste estudo (2.3). No capítulo 3, serão feitas reflexões acerca dos limites da intervenção estatal à liberdade individual, o que será de central importância tanto para a avaliação de legitimidade do tipo penal, como na construção da melhor forma de interpretá-lo. Realizar-se-ão curtas observações sobre a disponibilidade de um bem jurídico (3.1). Também serão feitos breves apontamentos sobre a teoria da imputação objetiva e o princípio da autorresponsabilidade (3.2). Por fim, serão expostos os limites de legitimidade do paternalismo jurídico em âmbito penal (3.3). No capítulo 4 será realizada a avaliação da figura da saúde pública como bem jurídico (4.1 e 4.2). Após, será avaliada uma proposta específica sobre a substituição da saúde pública por um “controle estatal do comércio de tóxicos” (4.3). Ao final, passa-se à análise dos crimes da Lei 11.343/2006 (conhecida como “Lei de Drogas”), propondo-se um caminho para uma interpretação teleológica de tais tipos (5).

2 UM PANORAMA SOBRE AS TEORIAS DO BEM JURÍDICO NO DEBATE ACERCA DO CONCEITO MATERIAL DE DELITO

A figura da proteção a bens jurídicos¹ possui duas facetas no direito penal: a função *político-criminal* ou *transcendente* e a função *dogmática* ou *imanente*². Esta diz respeito à

¹ Quanto à terminologia do princípio, é válido observar as considerações de Luís Greco: “anote-se que a doutrina alemã costuma falar em proteção de bens jurídicos, enquanto a doutrina anglo-saxã fala em princípio da lesão ou lesividade, *harm principle*, a italiana fala principalmente em princípio de ofensividade ou lesividade, e a espanhola parece usar indistintamente as três formulações, ao lado de uma quarta, o princípio da exclusiva

utilidade da noção de bem jurídico atingido para fins de interpretação dos tipos penais, bem como os demais institutos da ciência penal, como, por exemplo, a dogmática do erro. Aquela possui o condão de realizar um controle de legitimidade da intervenção penal. Ou seja, determina que, para ser considerada passível de tutela penal, a conduta que se pretende combater deve lesionar ou causar risco de lesão a um bem jurídico penalmente relevante, tratando-se de importante ferramenta para o controle e racionalização do poder estatal de proibir condutas por meio da ameaça penal.

Assim, a norma penal teria a finalidade de proteger um interesse jurídico fundamental contra lesões ou risco de lesões, sendo vedada a criação de delitos proibindo meras infrações de obrigações ou deveres, hipótese esta que caracterizaria uma inaceitável e excessiva intervenção estatal³. Tal princípio, portanto, serve como parâmetro para determinar em quais hipóteses o Estado está autorizado a processar e punir penalmente um indivíduo. Em âmbito jurídico-penal, são irrelevantes as condutas consideradas exclusivamente imorais⁴.

proteção a bens jurídicos, situação similar à que começa a se delinear entre nós.”. GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção a bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, Cuiabá, ano 2, n. 3, p. 250, 2007.

² O binômio “imanente/transcendente” foi criado por Hassemer em sua famosa monografia, intitulada, em tradução livre, “Teoria e Sociologia dos Delitos”. Cf. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004, p. 92.

³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 73.

⁴ Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias: “função do direito penal só pode ser, num estado democrático pluralista e laico, a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal, não a decisão de controvérsias morais, o reforço de normas morais ou, em suma a tutela de qualquer moral.”. DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 251; Vale citar também as palavras de Paulo de Sousa Mendes: “Aceitar a complexa relação da pluralidade objetiva dos valores morais com a integridade de uma comunidade liberal dos cidadãos em que o republicanismo e o multiculturalismo se completam um ao outro, fechando a porta ao relativismo moral, é o desafio do nosso tempo.”. MENDES, Paulo de Sousa. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 667; Um argumento contundente, que pode ser considerado uma síntese entre as colocações feitas acima, de Figueiredo Dias e Sousa Mendes, é realizado por Luís Greco: “Para essa perspectiva, o que interessa em primeira linha não é nem que a proteção da moral pelo direito penal seja de reduzida eficácia, nem que ela produza poucos benefícios, e sim a sua incompatibilidade com o respeito pela autonomia dos cidadãos. Em certas esferas, ainda que bem reduzidas, o cidadão é soberano absoluto. Principalmente no que diz respeito a questões referentes à chamada ‘boa vida’, qualquer intervenção estatal significará um desrespeito a essa autonomia, entendida aqui grosseiramente como o direito de viver segundo seu próprio plano de vida e sua própria ideia de uma ‘boa vida’.”. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, p. 165-185, 2010b, p. 178; Cf. também GRECO, Luís. Breves reflexões..., p. 260;

É importante ressaltar o caráter subsidiário que deve guiar a tutela penal. Isso significa que uma pena só pode ser cominada quando não foi possível realizar uma proteção do bem através de meios menos gravosos. E isso possui uma razão: a desnecessidade da tutela penal diante da existência de um recurso menos gravoso ao cidadão⁵. Pode-se observar em tal pensamento a influência do princípio da proporcionalidade, pelo vetor *necessidade*: o direito penal só entra em cena de forma proporcional quando for o meio menos incisivo possível para solução do problema⁶. Nesse contexto, existem aqueles que observam que nem sempre a opção pela tutela penal será a opção mais grave no caso concreto⁷.

Poder-se-ia arguir também que a deficiência do argumento da proporcionalidade reside na sua inexatidão. Por trás do princípio da proporcionalidade reside uma ponderação que não oferece à dogmática um critério seguro de resolução de casos. Disso resultaria uma grande margem para arbitrariedades e, como consequência disso, uma inevitável insegurança jurídica. Entretanto, a essa crítica é possível argumentar o seguinte: o princípio da *ultima ratio* constitui um critério de orientação legislativa e, como tal, não pode traçar um rol fechado do que é ou não é legítimo ao legislador tutelar penalmente. Caso contrário, estaria maculada a tripartição de Poderes. Portanto, tal ponderação de interesses é funcional ao Estado

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 525.

⁵ Roxin defende que é possível fazer a fundamentação dessa colocação a partir da teoria do contrato social: “O recuo do direito penal para trás de outros mecanismos de regulamentação pode também ser explicado com base no modelo iluminista de contrato social. Os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de punir somente na medida em que tal seja indispensável para garantir uma convivência livre e pacífica. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada.”. ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 33.

⁶ “O exame de necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos*. 4ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 122.

⁷ Nesse sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 9-37, 2005, p. 21-32; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e novo direito penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 121-123. Por todos, cf. GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 58-59.

democrático de Direito⁸. Na verdade, deve-se realizar um controle acerca do que se pretende proteger⁹ e da extensão dessa proteção¹⁰.

Do disposto até o momento, pode-se concluir que só é legítima a intervenção penal do Estado de forma subsidiária¹¹ e em relação aos fatos que lesionem ou causem perigo a bens jurídicos. Nos itens 1.1 e 1.2 deste capítulo, far-se-á um resumo compilado dos argumentos contra e a favor da figura do bem jurídico. Ainda é preciso ressaltar que, no presente estudo, optou-se por não se adotar critérios classificatórios acerca das diferentes teorias. Para o que se propõe este trabalho, convém observar os argumentos contra e a favor da utilização da figura do bem jurídico, sendo desnecessário realizar qualquer tipo de classificação.

2.1 Argumentos em defesa de teorias do bem jurídico

A pena é potencialmente o meio mais grave e violento de intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo. Com isso, em um Estado de Direito, onde a figura da dignidade da pessoa humana encontra-se entre os princípios reitores de sua fundação, o recurso à pena não pode ser usado de forma indiscriminada. Não basta somente a proteção subsidiária de bens jurídicos. Precisa-se ir além: a figura do bem jurídico necessita de substância, de conteúdo. E tal conteúdo tem que ser forte o bastante para justificar uma grave ameaça ao âmbito de liberdade do cidadão. Caso contrário, será uma tarefa árdua justificar a tutela penal à luz da dignidade humana¹².

⁸ Hirsch oferece outro argumento: “Talvez se possa objetar que também os princípios da proporcionalidade, subsidiariedade e *ultima ratio* permitem uma valoração diferente. Sem embargo, eles conduzem a decisões racionais, se se os leva a sério. Frente a estas observações, deve ser comprovado pelo legislador se o objeto da regulação não pode ser alcançado já por outro caminho menos incisivo.”. Tradução livre. HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico*. In: CEREZO MIR, José (org). *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madri: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 378.

⁹ Vide *infra*, item 1.3.

¹⁰ Vide *infra*, cap. 2.

¹¹ Vale conferir a definição de Assis Toledo: “Do ângulo penalístico, portanto, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais.”. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 17.

¹² Para Hassemer: “À violação de bens jurídicos como elemento fundamentador do merecimento de pena contrapõem-se princípios que atuam no sentido de uma limitação da punibilidade, os quais eu reúno sob a concepção da ‘formalização da justiça penal’. Dentre eles há que se mencionar especialmente os seguintes: subsidiariedade (o recurso ao Direito Penal só pode ter lugar, quando nenhum outro meio puder solucionar adequadamente o conflito); danosidade social (o conflito tem que atingir “todos nós” e não somente o autor e a vítima); tolerância, humanidade, respeito da dignidade humana (uma ameaça penal, não importa a forma, não

Atualmente, há duas correntes a favor de uma teoria do bem jurídico: (i) a da teoria dualista de bem jurídico, que afirmam que bens individuais e coletivos são autônomos entre si, tendo seus defensores, entre outros, em Schünemann¹³ e Hefendehl¹⁴; e (ii) a da teoria monista-pessoal, onde o ponto de partida são os interesses pessoais e que bens coletivos só são legítimos na medida em que sejam referíveis a indivíduos, que tem seus maiores defensores vindos da chamada Escola de Frankfurt cujo principal nome é Hassemer¹⁵, e que é seguida também, entre outros, por Ulfrid Neumann¹⁶. Pode-se dizer, de qualquer forma, que as doutrinas do bem jurídico da atualidade possuem a figura da pessoa humana como fim, apesar de ser possível encontrar referências à necessidade de um “dano social”¹⁷. Fundamenta-se a necessidade de apoio ao conceito de bem jurídico a partir de diversos argumentos, que serão listados a seguir.

O argumento do contrato social: para Roxin, os limites de legitimidade da tutela penal estatal encontram-se nas próprias finalidades do direito penal. Para o autor, partindo-se da ideia de contrato social surgida no Iluminismo, cabe ao direito penal a garantia, de forma subsidiária, de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre as pessoas¹⁸. Roxin sintetiza

pode atentar contra os fundamentos de nossa cultura jurídica).”. HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 13; Roxin assevera que “Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica. Também o fato de que a dignidade humana e a igualdade devam ser protegidas é um resultado do pensamento iluminista, segundo o qual dignidade humana e igualdade compõem condições essenciais da liberdade individual.”. ROXIN, Claus. *Que comportamentos...*, loc. cit.

¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal...* op. cit., p. 23-27.

¹⁴ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 69-94; Idem. Uma teoria social do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120, 2010.

¹⁵ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais...; Idem. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 37-46, 2013.

¹⁶ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico...; Idem. “Alternativas: nenhuma”. Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 116, p. 97-110, 2015.

¹⁷ É o que faz, por exemplo, Schünemann: “pode-se desenvolver, por meio de considerações jusracionalistas, um conceito de crime que não está sob a disposição do legislador e que é definido através da ideia do dano social infligido sobre bens naturais ou socialmente criados dos membros da sociedade.”. SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal...*, p. 14.

¹⁸ Nas palavras de Roxin: “Penso que o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas.”. ROXIN, Claus. *Que comportamentos...*, op. cit., p. 32. Similarmente, COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual*. 1ª ed. 1ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996, p. 15: “A finalidade primacial de um direito penal que arranque do facto é a de proteger os bens jurídico-penais que a

a ideia sob a rubrica da “proteção subsidiária de bens jurídicos”, afirmando que o direito penal realiza tal proteção através da pretensão de prevenção de futuras lesões e como *ultima ratio* da política pública. Vale observar que o autor rechaça o conceito idealista de bem jurídico: os objetos tutelados pelo Direito penal são reais, e não valores de existência meramente ideal¹⁹. O Estado tutela bens jurídicos e não meros direitos ou interesses. Além disso, tal proteção será somente subsidiária e fragmentária, não cabendo ao Direito penal o alcance amplo e irrestrito de todas as possíveis lesões a bens jurídicos.

Schünemann²⁰ entende que o direito penal de um Estado democrático e liberal deve encontrar um limite de legitimidade, que reside na exata medida da necessidade da tutela penal para a garantia do livre desenvolvimento dos indivíduos dentro do Estado. O autor ressalta que bem jurídico não pode ser um interesse qualquer, “mas apenas um interesse urgente de convivência que pode ser protegido pelo direito penal”²¹. Para Schünemann essa questão é tão central que ele afirma que a teoria de legitimação do direito penal está ancorada em condições suprapositivas baseadas numa ideia tácita de Estado democrático e liberal, não importando se está expressamente consagrada ou não na Constituição²².

O autor fundamenta esse posicionamento em três pontos: (i) o princípio deriva-se da concepção de contrato social, sustentando que está pressuposta em qualquer Constituição; (ii) que desprezar o conceito de bem jurídico dá abertura para a utilização do direito penal para fins políticos aleatórios, como ocorreu na Alemanha nazista; e (iii) a utilização do direito penal precisa necessariamente pressupor um incremento qualitativo na sua urgência e necessidade, se comparada com outras limitações de garantias fundamentais²³. Este último ponto é fundamentado pelo autor alemão por meio de três vias: (i) o princípio *nullum crimen*

comunidade socialmente organizada considera como essenciais à sua manutenção e desenvolvimento, bem como aqueles que levam à livre expressão e expansão da personalidade humana.”.

¹⁹ Nas palavras de Roxin: “Se alguém me surra, é evidente que meu interesse em minha integridade física permanece inalterado. Ela mesma, porém, não. Em última análise, tanto a teoria da lesão a direito, quanto a da lesão a interesses são insuficientes, porque os objetos de proteção do Direito Penal não têm existência meramente ideal, mas são reais, devendo-se, pela mesma razão, recusar o chamado conceito idealista de bem jurídico”. ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 266.

²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal... op. cit.

²¹ Ibidem, p. 18.

²² Ibidem, p. 14.

²³ Ibidem, p. 15-16.

sine lege, consagrado na Lei Fundamental alemã²⁴, já pressupõe um aumento no standard de legitimação no que tange ao aspecto formal da norma penal; (ii) a pena está ligada tendencialmente à lesão ou até mesmo à destruição da existência social do apenado, motivo pelo qual há uma necessidade de incremento não apenas quantitativo, mas também qualitativo nos critérios de aferição de legitimidade da tutela penal; e (iii) o reproche ético-social, de natureza desonrosa, a que sofre o apenado, pressupõe de forma objetiva um comportamento errôneo de maior gravidade²⁵.

O argumento da proporcionalidade: pode-se argumentar que este argumento está diretamente ligado às construções baseadas no contrato social, o que não deixaria de ser verdade. Entretanto, é possível arguir a necessidade de aferição de legitimidade da tutela penal por questões de proporcionalidade sem recorrer a uma teoria do contrato social. Kindhäuser²⁶, por exemplo, afirma que entre pena e bem jurídico há uma relação indireta. A proteção de bens jurídicos, para o autor, é a finalidade da criação da norma, mas não da aplicação da pena²⁷. O autor sustenta que o fundamento da norma e, portanto, o conteúdo do bem jurídico reside na figura humana²⁸ e que a norma penal deve atender a uma ideia de proporcionalidade entre o ato punível e a pena correspondente²⁹. Em suma: para o autor, o direito penal retribui a culpabilidade de forma imediata e protege bens jurídicos de forma mediata.

O argumento constitucional: trata-se de uma variante do argumento da proporcionalidade, ancorando-se na Carta Magna. Pode-se observar uma dupla função no recurso à Constituição: (i) a de fundamentar a figura do bem jurídico e (ii) a de conferir uma

²⁴ Também consta como garantia fundamental na Constituição do Brasil, por intermédio de seu artigo 5º, XXXIX e XL, o que torna o argumento do autor aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro.

²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal... op. cit., p. 16.

²⁶ KINDHÄUSER, Ürs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, p. 85-95, 2012.

²⁷ “Por meio da ideia de proteção a bens jurídicos são justificadas as normas de comportamento, as quais podem se dirigir a todos indistintamente ou a círculos específicos de destinatários; elas determinam quais formas de comportamento *sub specie* proteção de bens jurídicos são erradas e, portanto, proibidas, vale dizer, quais são corretas e, portanto, impostas.”. Ibidem, p. 87.

²⁸ “Normas que são a expressão do princípio da coexistência de liberdade universal oferecem a cada um não apenas a vantagem de determinar-se livremente, desde que não se interfira na esfera de liberdade dos demais membros da comunidade jurídica, senão que constituem também, ao mesmo tempo, as condições elementares de autoproteção nas relações entre os seres humanos.”. Ibidem, p. 92.

²⁹ “Satisfazem o princípio da utilidade distributiva, antes de mais nada e sem restrições, as normas que expressam renúncia de liberdade em prol da liberdade mesma.”. Ibidem, p. 91-92.

forma a tal figura. Ferrajoli³⁰ pondera que, sendo a liberdade pessoal um bem constitucional da mais alta importância, não seria lógico intervir nesse bem em nome da proteção de um valor que não seja igualmente constitucional. Em sentido similar, Amaral Rodrigues³¹ aponta que a Constituição impõe que o direito penal limite-se a tutelar interesses ou direitos protegidos constitucionalmente.

Também a favor de uma teoria do bem jurídico, entre outros, Figueiredo Dias³², Polaino Navarrete³³, Muñoz Conde e García Arán³⁴. No Brasil, as teorias do bem jurídico são aceitas por doutrina amplamente majoritária, exemplificando-se, entre outros, Greco³⁵, Bechara³⁶, Silveira³⁷, Régis Prado³⁸, Tavares³⁹ e Bitencourt⁴⁰.

2.2 Críticas à função político-criminal do bem jurídico

A função político-criminal do bem jurídico não está livre de críticas. Abaixo, serão listados os principais argumentos contra a figura do bem jurídico, sem pretensões de esgotamento.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 380.

³¹ RODRIGUES, Joana Amaral. A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 2, p. 167-213, 2013, p. 171-172.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit.

³³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Proteção de bens jurídicos e confirmação da vigência da norma: duas funções excludentes? In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 109-127.

³⁴ “Assim, bens jurídicos são aqueles pressupostos que a pessoa necessita para sua autorrealização e desenvolvimento de sua personalidade na vida social.”. Tradução livre. Grifos no original. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8ª ed. rev. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 59.

³⁵ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade... op. cit.; Idem. Tem futuro... op. cit.

³⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 352-385.

³⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 129-147.

³⁸ “O Estado é apenas um meio para o fim que constitui o homem. O homem – sua personalidade – se situa no centro de toda ordem e atividade estatal, cumprindo ao poder público garantir e proteger sua dignidade.”. PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 136.

³⁹ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 23ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 44-50.

O argumento da proteção da vigência da norma: na realidade, não se trata só de um argumento contra o bem jurídico, mas a base do chamado funcionalismo sistêmico. Jakobs⁴¹ sustenta que, na realidade, o direito penal não protege bens jurídicos. O autor fundamenta tal posicionamento em dois aspectos distintos. O primeiro deles consiste na oposição à teoria individual-monista⁴² do bem jurídico, ou seja, nas teorias que sustentam que os bens jurídicos devem se referir a um indivíduo concretamente. Jakobs⁴³ critica o recurso à teoria do contrato social, bem como aponta que existem bens sociais que são “irrenunciáveis para a subsistência da sociedade”⁴⁴. Entretanto, é importante ressaltar que o professor alemão não sustenta uma aceitação acrítica de qualquer valor como digno de proteção penal, pois ele afirma que se deve justificar por que o valor em questão precisa da tutela penal⁴⁵.

Por outro lado, o autor, partindo da teoria dos sistemas de Luhmann, sustenta dois pontos: (i) a sociedade é comunicação; e (ii) a vigência das normas é pressuposto da existência real de uma sociedade. Para Jakobs⁴⁶, o crime é o questionamento da norma, é “a manifestação de falta de respeito ao Direito.”. Para o autor, com o acontecimento do delito, a teia comunicativa na sociedade sofre uma lesão e o meio adequado para o restabelecimento da vigência da norma para os cidadãos ocorre por intermédio da pena. Em outras palavras, “Crime e pena se encontram no mesmo plano: o crime é negação da estrutura da sociedade, a pena marginaliza essa negação e é, portanto, confirmação da estrutura.”⁴⁷. Com isso, conclui o autor, com clara inspiração em Hegel⁴⁸, que a “teoria do Direito Penal como proteção da vigência da norma confirma-se especialmente na teoria dos fins da pena: o fato é lesão à vigência da norma; a pena é a eliminação dessa lesão.”⁴⁹. Vale ressaltar que o próprio autor

⁴¹ JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 93-107.

⁴² Ibidem, p. 98.

⁴³ Ibidem, p. 98-101.

⁴⁴ Ibidem, p. 102.

⁴⁵ Ibidem, p. 102.

⁴⁶ JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência a norma? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 230.

⁴⁷ Ibidem, p. 231.

⁴⁸ No mesmo sentido, POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. cit., p. 119. O próprio Jakobs admite isso: “Em Hegel a teoria absoluta recebe uma configuração que em pouco se diferencia da prevenção geral positiva aqui representada.” (tradução livre). JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. cor. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 22-23.

⁴⁹ Grifos no original. JAKOBS, Günther. O que é protegido... op. cit., p. 232.

assevera que a vigência da norma não constitui um fim em si mesmo, sendo de interesse das pessoas o estabelecimento de um ordenamento jurídico que viabilize a liberdade e o bem-estar de seus integrantes⁵⁰.

O argumento da ineficácia: outra crítica baseia-se no seguinte questionamento: o direito penal não seria um instrumento inidôneo para a dita missão de proteção a bens jurídicos? Jakobs responde a essa pergunta de forma positiva, afirmando que o direito penal seria incapaz de proteger bens jurídicos, tendo em vista que bens são naturalmente lesionados, que isso é um dado que faz parte do mundo sensível (vide a morte por causas naturais ou o perecimento de um objeto com o tempo)⁵¹. Além disso, desde uma perspectiva normativo-funcionalista, diz-se que não há sentido na afirmação do direito penal como protetor de bens jurídicos, tendo em vista que “dito ordenamento põe em marcha seu mecanismo de proteção uma vez que o bem já haja sido lesionado ou colocado em perigo, talvez de maneira irreparável”⁵².

O argumento da incerteza: outro grupo de críticas diz respeito às faltas de precisão e clareza da noção de bem jurídico⁵³. Esse é o motivo que leva Stratenwerth⁵⁴ a afirmar que “uma definição abrangente e material do bem jurídico é a quadratura do círculo.”. Similar é a crítica de Frisch⁵⁵, quando este afirma que a ideia de bem jurídico dá azo a qualquer construção, de modo que o conceito não oferece precisão suficiente. Em razão da decisão do

⁵⁰ Idem. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. 1ª ed. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 2003, p. 54.

⁵¹ “Seres humanos morrem por causa dos defeitos que seus órgãos acabam apresentando em idade avançada, ou por causa de graves doenças; máquinas desgastam-se por seu uso e se tornam imprestáveis, o solo semeado e cuidado é destruído pelo temporal ou por uma enchente etc. Haverá em todos esses casos lesões a bens jurídicos, de modo que o passado significa um gigantesco arsenal de bens jurídicos lesionados, e o presente uma constante lesão desses bens?”. Idem. *O que é protegido...* op. cit., p. 209.

⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. cit., p. 120.

⁵³ Rudolphi observa que “Apesar de seus 130 anos de história, no entanto – sua utilização frequente apenas causará confusão –, pertence a aqueles conceitos que, sem prejuízo dos esforços neste sentido, todavia apresentam uma considerável falta de clareza”. Tradução livre. RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In: *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Buenos Aires, ano 4, p. 329-347, 1975, p. 329.

⁵⁴ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 145.

⁵⁵ “a noção de bem jurídico permite construir qualquer coisa, de maneira que a adoção deste conceito não oferece ao Direito penal nenhum contorno preciso, nem pode protegê-lo em face uma ampliação (talvez) desmesurada.” (tradução livre). FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués i Vallès, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez e Jesús-Maria Silva Sánchez. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 195.

BGH (*Bundesgerichtshof*) que declarou a constitucionalidade do crime de incesto na Alemanha⁵⁶, também Stuckenberg faz críticas à indefinição⁵⁷ do conceito de bem jurídico que foi desenvolvido até o momento. Stratenwerth⁵⁸ defende que se estenda a tutela penal para determinados casos em que este não visualiza um bem jurídico protegido, mas que são socialmente considerados tabus, como seriam os casos do incesto, da perturbação da paz dos mortos e da crueldade com animais⁵⁹.

Renzikowski⁶⁰ sustenta que a falta de clareza no estabelecimento dos pressupostos em que interesses fáticos seriam penalmente relevantes esvazia o poder de controle de legitimidade sobre a atividade legiferante em relação à produção bens jurídicos. Também Hirsch constrói seu argumento a partir da falta de clareza⁶¹ do conceito de bem jurídico, asseverando que tal conceito não é anterior ao sistema⁶² e que, por conseguinte, a ideia de lesão de bens jurídicos não seria um meio adequado para aferir a legitimidade da intervenção penal. Para o autor, o meio mais adequado para a realização desse controle deve ser realizado pelos princípios da proporcionalidade, subsidiariedade e *ultima ratio*, pois estes ofereceriam um critério determinado para a crítica da atividade legislativa em matéria penal⁶³.

⁵⁶ O BGH corresponde ao nosso STJ. A decisão causou grande repercussão na Alemanha, sendo reprovada pela maioria dos defensores da teoria do bem jurídico. Sobre isto, cf. ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15-01, p. 1-27, 2013; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 3-14, 2014.

⁵⁷ “Existem várias objeções bem conhecidas em relação ao conceito de “bem jurídico” como uma teoria de política criminal que apresentarei de forma sucinta. Uma das principais críticas aponta para a imprecisão da *Rechtsgutslehre* e sua incapacidade de definir com clareza o que é um *Rechtsgut* [bem jurídico]. Esta imprecisão é o sintoma de uma falha em seus fundamentos – e a razão é esta: o conceito de “bem jurídico” é uma expressão puramente formal do resultado de um juízo de valor realizado pelo direito positivo de que algo é protegido pela lei e, portanto, considerado digno de tal proteção.”. Ibidem, p. 7.

⁵⁸ STRATENWERTH, Günter. Op. cit., p. 144-148.

⁵⁹ Quanto à crueldade com animais, para um argumento a favor de sua tutela penal com base na teoria do contrato social, cf. GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In: *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 3, p. 47-59, 2010a.

⁶⁰ RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal In: RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetivo e do domínio do fato*. Org. e trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 39.

⁶¹ HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., p. 377.

⁶² “A respeito do conceito *a priori* de bem jurídico se chegou à conclusão de que, segundo a opinião unânime, ele não existe.”. Tradução livre. Ibidem, p. 379.

⁶³ “Assim, se a pena não está permitida porque a evitação ou contenção das ações em questão pode ser obtida também com meios menos intensos ou sem medidas estatais, então não há legitimação alguma para apenar.”. Tradução livre. Ibidem, p. 378.

O argumento da necessidade de apoio na Constituição: Amelung⁶⁴, por sua vez, entende que a função crítica ao sistema da figura do bem jurídico seria decorrente de uma série de erros e falácias históricas. O autor também critica as concepções personalistas de bem jurídico, aludindo ao exemplo da proteção de animais. Para ele, cabe ao legislador, respeitando os limites constitucionais, determinar o que é ou não útil sob o prisma jurídico-penal. Stuckenberg aponta a falta de um fundamento convincente na Constituição, além de defender que o motivo de o Direito penal só tutelar bens jurídicos ainda carece de melhores fundamentações⁶⁵.

O argumento do caráter antiliberal do conceito: Renzikowski⁶⁶ sustenta que um conceito de bem jurídico baseado nos valores de uma sociedade liberal e que compatibilize poder punitivo estatal e garantias individuais não é possível a partir da teoria das normas⁶⁷. O que significa, segundo o autor, que o conceito de direito subjetivo é que deveria assumir a tarefa que a doutrina dominante confere à figura do bem jurídico⁶⁸.

Para o professor alemão, o conceito de bem jurídico só possibilita um pensamento em termos de dano, o que estaria incorreto, pois a mera ocorrência de lesão ainda não fundamenta a responsabilidade de alguém. Enquanto isso, o conceito de direito subjetivo como uma relação tríplice entre dois sujeitos de direito e um contexto fático permitiria o desvio do foco da lesão e o redirecionamento para o acontecimento como tal⁶⁹. Além disso, assevera que o conceito de direito subjetivo se adequa melhor à concepção liberal-individualista adotada pela Constituição alemã⁷⁰. Para o autor, a ideia de direito subjetivo, ao contrário do conceito de bem jurídico, teria ainda mais uma vantagem: fundado na ideia de contrato social, seria um rol

⁶⁴ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 149-206.

⁶⁵ “Dita teoria também deveria ser capaz de explicar por que o direito penal deve proteger apenas “bens jurídicos” – um pressuposto que está – não só para mim – longe de ser óbvio.”. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Loc. cit.

⁶⁶ RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas..., p. 21-55.

⁶⁷ Ibidem, p. 39-40.

⁶⁸ Ibidem, p. 40.

⁶⁹ Ibidem, p. 35.

⁷⁰ Ibidem, p. 32-34. O autor argumenta baseando-se nos valores da dignidade humana, dos direitos humanos e das garantias fundamentais, também presentes na Carta Magna brasileira.

de valores preexistentes ao sistema jurídico e somente juridicamente reconhecidos, conferindo-lhes um maior potencial crítico⁷¹.

A maior limitação do conceito de bem jurídico, para o professor alemão, residiria no fato de que o ordenamento jurídico não levaria em conta interesses individuais. Pelo contrário, o ordenamento somente conferiria esferas de liberdade juridicamente garantidas em que os cidadãos teriam amplo espaço para viver de acordo com suas respectivas vontades e objetivos. A estes espaços de liberdade, deu-se o nome de “direitos subjetivos”, que não seriam os interesses em si, e sim o meio para a perseguição de tais interesses⁷².

2.3 Os parâmetros norteadores do conceito de bem jurídico neste trabalho

Antes de se estabelecer quais parâmetros devem guiar a figura do bem jurídico, é preciso enfrentar as críticas observadas no item anterior.

Primeiramente, ao posicionamento de Jakobs. Ao afirmar que o direito penal não protege bens jurídicos recorrendo aos fatos naturais que lesam bens, o autor deixa implícito que a resposta penal só poderia proteger bens jurídicos caso fosse possível prevenir qualquer tipo de lesão, inclusive as provenientes de causas naturais, o que é evidentemente absurdo. O Direito destina-se a regular as relações entre seres humanos, sendo obviamente irrelevantes os eventos não provocados por pessoas (como, por exemplo, fatos naturais ou gerados por animais). Além disso, o professor alemão aparentemente ignora a característica fragmentária do direito penal. Não é qualquer tipo de lesão, tampouco qualquer bem que adquire relevância penal, o que é determinado pela norma penal⁷³. Afinal, ao direito penal não cabe a total proteção de bens jurídicos, e sim a tutela de forma subsidiária⁷⁴. Também não procede a objeção de que o direito penal não chega a tempo de proteger o bem jurídico, pois não cabe ao

⁷¹ “Em compasso com a tradição que fundamenta o direito e a sociedade na teoria do contrato social, que vai de Locke a Kant, funda-se a ordem jurídica no reconhecimento recíproco de indivíduos como pessoas dotadas de autodeterminação. Direitos subjetivos não são, assim, os resultados de benesses com as quais o soberano agracia os seus subordinados. Eles não são criados originariamente pelo Estado, senão que são conceitualmente preexistentes e juridicamente reconhecidos.”. Ibidem, p. 32.

⁷² Idem. Fundamentação da norma e imputação – fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetivo e do domínio do fato*. Org. e trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 102.

⁷³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. cit., p. 121.

⁷⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal...

direito penal restaurar o bem já lesionado, e sim visar a prevenção de lesões ou exposições a perigo futuros⁷⁵. Críticas ao funcionalismo sistêmico extrapolariam o âmbito temático deste estudo, optando-se, assim, por não se fazer tal abordagem.

Contra os argumentos sobre a incerteza do conceito de bem jurídico, recorre-se primeiramente a um ponto já mencionado no presente estudo: assim como no caso da proporcionalidade, um conceito fechado de bem jurídico não seria funcional à luz da Tripartição de Poderes. Uma resposta mais contundente é oferecida por Schünemann⁷⁶: tal crítica exige o implausível, que seria uma espécie de definição classificatória, o que já está ultrapassado na moderna filosofia da linguagem. Com isso, a proteção de bens jurídicos nada mais é do que “uma diretriz normativa carecedora, mas também passível de concretização.”⁷⁷. Concretamente, isso significa que a ideia de bem jurídico não deve ser necessariamente abandonada somente pelo fato de que ainda não há uma maior concretude ao termo. Em vez disso, pode-se buscar o aprimoramento da teoria.

A proposta de Stratenwerth de relativização do conceito de bem jurídico retira do jurista um importante instrumento de controle de legitimidade da intervenção penal. E isso porque o citado autor nega a validade da teoria do bem jurídico, mas não fornece outro instrumento de controle da produção legiferante em matéria penal, chegando a propor que até meros tabus morais sejam legitimados. Ignorar a teoria do bem jurídico foi o que motivou o BGH a declarar a constitucionalidade do crime de incesto na Alemanha. O direito penal, como instrumento de potente intervenção estatal na esfera de liberdade individual, precisa ter limites de legitimidade que justifiquem o especial impacto que o Estado causa no apenado.

É de se concordar com Hirsch quando este diz que a proporcionalidade e a subsidiariedade servem como critérios legítimos para verificar a conveniência da intervenção penal. Além disso, concorda-se parcialmente com o autor quando este afirma não existir uma definição de bem jurídico prévio ao sistema jurídico. Apesar dessa assertiva não estar de todo incorreta, ela parece ignorar o fato de que existem direitos do indivíduo que o Estado não concede, e sim reconhece. De qualquer forma, tal reconhecimento realmente é necessário para que o bem se torne jurídico. Entretanto, não se pode acompanhar o autor nas suas conclusões

⁷⁵ “não é que o direito penal chegue demasiado tarde, senão que chega *quando pode chegar e não pode chegar antes*.” (grifos no original). POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. cit., p. 123.

⁷⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal... op. cit., p. 17-18.

⁷⁷ Ibidem, p. 17.

acerca do tema. Primeiramente, pois como já foi dito acima, um conceito fechado de bem jurídico não seria funcional. Em segundo lugar, já é possível dizer, no mínimo, valores que *não* constituem um bem jurídico legítimo, como será exposto abaixo⁷⁸.

Além disso, não se entende por que o autor abandona o conceito de bem jurídico crítico ao sistema em prol da proporcionalidade e subsidiariedade. Primeiramente, a proporcionalidade e a subsidiariedade carregam a mesma incerteza que a proteção a bens jurídicos. Em segundo lugar, subsidiariedade, proporcionalidade e proteção a bens jurídicos não são excludentes entre si. Pelo contrário: se utilizados de forma conjunta, respeitando-se os princípios penais e constitucionais, servem de instrumento idôneo para o controle de legitimidade da intervenção penal⁷⁹. A análise da legitimidade do bem jurídico declarado será sempre precedente à aferição dos critérios de proporcionalidade, subsidiariedade e *ultima ratio*.

O posicionamento de Amelung tem o ponto positivo de reconhecer na Constituição a principal fonte para o juízo de legitimidade da resposta penal, não pode ser subscrita. Entretanto, o autor parece pressupor erroneamente que o legislador sempre fará a análise de legitimidade jurídico-constitucional adequada, o que não pode ser assegurado a ponto de se dispensar os instrumentos de crítica à atividade legiferante. Em um país constitucionalista, como são Brasil e Alemanha, o legislador está vinculado aos limites traçados na Carta Magna⁸⁰. E tal limite deve ser averiguado por meio de instrumentos de aferição de legitimidade.

Pode-se observar que a argumentação de Renzikowski – a favor da dispensa da ideia de bem jurídico, com o uso do conceito de direito subjetivo – aproxima-se fortemente de uma concepção naturalista de direito individual, o que tem a vantagem metodológica de se servir de um objeto crítico anterior ao próprio sistema jurídico. Entretanto, são possíveis algumas objeções. A primeira delas reside na seguinte questão: esses espaços juridicamente garantidos que correspondem ao conceito de direito subjetivo aparentam referirem-se justamente àqueles interesses juridicamente protegidos que correspondem à ideia de bem jurídico. Pode-se arguir que, na realidade, a ideia de direito subjetivo teria a vantagem de ser mais estrita que a de bem

⁷⁸ Vide *infra*, cap. 3.

⁷⁹ De acordo, NEUMANN, Ulfried. “Alternativas...”, p. 106.

⁸⁰ Sobre isso, cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 87-102.

jurídico. Ocorre que esta pode ser uma faca de dois gumes: um conceito estrito de direito subjetivo teria dificuldades em reconhecer valores referentes a bens jurídicos coletivos que ninguém questiona, como a administração pública ou a segurança da moeda. Para contornar essa questão, os defensores clássicos da teoria da lesão a direitos defendiam que o próprio Estado era detentor de direitos subjetivos merecedores de proteção penal, sustentando, inclusive, o caráter central dos direitos subjetivos do Estado, pois seriam condições para a realização dos direitos individuais⁸¹.

Além disso, essa vantagem metodológica do conceito de direito subjetivo não elimina o fato de que um valor só é juridicamente existente no momento em que é inserido no ordenamento jurídico. Em outras palavras, não importa se se considera um valor preexistente ao sistema se este não estiver tutelado na norma. A vida só é tutelada penalmente através do art. 121, CP a partir do momento em que tal tipo esteja dentro do ordenamento jurídico. Vale lembrar que o princípio da legalidade penal impediria uma eventual aplicação retroativa da norma penal incriminadora. A vida é um valor preexistente ao sistema, mas só possui relevância penal a partir do momento e na medida em que existem tipos penais que a tutelam. Além disso, ressalte-se que existem bens jurídicos coletivos legítimos, referentes, por exemplo, à estrutura do Estado, que não fazem parte de um direito subjetivo anterior ao sistema, e sim que surgem a partir da existência do sistema.

Sobre o conceito aqui adotado, cabe observar que qualquer tomada de decisão definitiva exigiria uma maior pesquisa e reflexão sobre o assunto, cujo tempo e espaço necessários não estão disponíveis nesta sede. Por isto, tomar-se-á um posicionamento de caráter heurístico, para que assim seja possível desenvolver o tema a que se propõe. Pode-se perguntar se não seria no mínimo imprudente dissertar sobre um instituto em que não se tem um posicionamento devidamente consolidado. Apesar de ser uma legítima questão, não é o caso neste estudo, pois, em que pese uma falta de posicionamento definitivo acerca da construção de uma teoria do bem jurídico, existem controles de legitimidade que já são possíveis de se fazer. São os casos de flagrante inconstitucionalidade⁸² do que se pretende

⁸¹ Esse fato de caráter histórico é observado por GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. 1ª ed. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 259-260.

⁸² É de se concordar com Amelung quando ele afirma que o legislador deve agir nos limites da Constituição. A questão é que nem sempre a contradição com o texto constitucional será óbvia. Além disso, pode ser que o problema de legitimidade não seja por contrariar a Lei Fundamental, e sim por declarar um bem jurídico

tutelar ou falta de compatibilidade do bem jurídico tutelado com a própria realidade. Em suma, repete-se aqui o que já foi dito acima: nesta sede, trata-se mais de se aferir o que não é ou não pode ser bem jurídico do que propriamente criar um conceito que abarque todas as possibilidades existentes.

O primeiro critério a ser apresentado, portanto, é constitucional. O bem protegido não só precisa não colidir com princípios constitucionais, mas também *ser* ou *decorrer* de valores consagrados na Lei Fundamental. Em última instância, através do Direito penal o Estado ameaça uma garantia constitucional de natureza fundamental do indivíduo: a liberdade. Por uma questão de análise objetiva de proporcionalidade, não pode ser facultado ao Estado ameaçar uma garantia fundamental se o valor envolvido não justificar a gravidade dessa resposta⁸³. Entretanto, a mera referência à Constituição ainda não delimita o que deve se considerar como bem jurídico, tendo em vista que até o caráter federal do Colégio Pedro II está determinado na Carta Magna⁸⁴.

O segundo parâmetro a ser traçado é a vedação da tutela penal exclusivamente de um valor moral. Explica-se o motivo: em uma sociedade democrática e plural, não existem razões para o Estado pretender impor um tipo de pensamento aos seus cidadãos. E essa questão torna-se ainda mais grave quando a ameaça reside em última instância no cerceamento da liberdade do indivíduo. Observe-se que o problema não reside no fato de haver valores morais em questão. No homicídio, existe, em regra, um claro tabu de matar⁸⁵ e, portanto, um valor

inexistente. AMELUNG, Knut, Op. cit. No mesmo sentido, RODRIGUES, Joana Amaral. Op. cit., p. 171, que afirma que “Os limites à intervenção do direito penal ficam particularmente bem evidenciados se atentarmos na conexão entre o direito penal e a Constituição, já que encontramos nesta uma fonte legitimadora, mas também limitadora, daquele.”.

⁸³ No mesmo sentido, assevera Ferrajoli: “Seria ilógico, no entanto, entender que admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional.”. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 380. Também RODRIGUES, Joana Amaral. Op. cit., p. 171-172, que afirma que o direito penal deve, “por imposição constitucional limitar-se ao *necessário* para *salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*.” (grifos no original).

⁸⁴ Exemplo dado por GRECO, Luís. Breves reflexões... op. cit., p. 254.

⁸⁵ Tal tabu, diga-se, tem um relevante papel na cultura ocidental. Pode-se observar isso quando Roxin, referindo-se à eutanásia, assevera: “De que maneira se poderá tomar posição a respeito disso? As propostas acima apresentadas não possuem, na Alemanha de hoje, chances concretas de serem reconhecidas, pois médicos, juristas e teólogos, e também associações influentes, como a Deutsche Hospizstiftung, consideram a eutanásia ativa simplesmente indiscutível. O dever de curar do médico, o *tabu do homicídio*, medos difusos de que se vá longe demais e a lembrança do chamado programa de eutanásia, da época nazista — que, por sinal, se referia a fatos completamente distintos —, constituem barreiras muito fortes a que se dê tal passo.” (grifo nosso). ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 228.

moral. O que ocorre é que também há um bem jurídico – a vida humana – envolvido. Portanto, o problema não é a tutela penal de um fato considerado imoral, e sim a tutela de um fato que somente é imoral e que não causa alguma lesão que justifique a intervenção penal. Lembre-se que a pluralidade religiosa e a liberdade de pensamento e autodeterminação são cláusulas constitucionais.

Como demonstrou Schünemann, a fundamentação da tutela penal exige um salto qualitativo, tendo em vista a especial violência advinda dos efeitos da pena: a eliminação do convívio social e o alto grau de reproche ético-social. Tendo em vista essa resposta qualificada, deve caber ao Estado o recurso à tutela penal somente nos casos em que, como primeiro afirmou Roxin, forem essenciais para a manutenção de uma sociedade que garanta ao cidadão as condições necessárias para o seu livre desenvolvimento. Se não for possível vislumbrar esse grau de importância no objeto que se visa proteger, deve-se buscar meios menos violentos para a solução do problema. Nessa linha de raciocínio, deve-se ter em vista a proposta de Souza Santos⁸⁶ de relacionar o conceito de bem jurídico com a noção de liberdade substantiva, que tem relação com o âmbito de oportunidades reais disponíveis para alguém exercer o que lhe aprouver. Para o autor, o bem jurídico merecedor de tutela penal é aquele que serve à liberdade substantiva de seu titular. Com isso, em Souza Santos bens jurídicos são dados que conferem ao seu titular âmbitos de oportunidade reais para que ele realize o que tem razão para tal, em conformidade com o ordenamento constitucional vigente.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES DA INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL SOBRE A LIBERDADE INDIVIDUAL

Questões paternalistas envolvem alguns dos tipos penais cujo bem jurídico declarado é a saúde pública, especialmente nos casos da Lei de Drogas. Portanto, faz-se necessária uma análise de tal instituto sob a ótica dos princípios que regem o Direito penal, a fim de viabilizar as pretensões do presente estudo. Cabe esclarecer que não se pretende esgotar o tema, mas tão somente dedicar alguns apontamentos, na medida em que for necessário para este trabalho.

⁸⁶ SANTOS, Humberto Souza. Os animais superiores podem ser titulares de bens jurídicos? In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (orgs.). *Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da Lei 9.605/98*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 327-328.

Um tema de grande complexidade não pode ser esgotado num simples tópico, tarefa que exigiria, no mínimo, um trabalho inteiro⁸⁷.

Primeiramente, deve-se esclarecer do que se trata a ideia de paternalismo, termo que é controvertido, alvo de divergências doutrinárias. Alega-se o caráter fragmentário do conceito, tendo em vista que não há um rol exaustivo de elementos necessários para a sua estável aplicação⁸⁸. Em linhas gerais, a melhor definição do tema é de Gerald Dworkin⁸⁹: “paternalismo é a interferência de um Estado ou de um indivíduo em outra pessoa, contra a vontade desta, e defendida ou motivada pela alegação que a pessoa intervencionada ficará melhor ou protegida de lesão”. Martinelli⁹⁰ observa que “o termo representa um tipo de comportamento de um superior sobre seu inferior, como o pai agindo sobre o comportamento do filho.”. Vale observar que para uma ação ser considerada paternalista, é necessário que haja uma violação à autonomia da pessoa⁹¹.

John Stuart Mill, em suas reflexões acerca das liberdades individuais, defendia que ao Estado não é legítimo intervir indiscriminadamente no âmbito de liberdade dos cidadãos. O filósofo anglo-saxão sustentava que o Estado não pode proibir um indivíduo de praticar condutas, mesmo que essa prática venha a prejudicar seu bem-estar físico e moral⁹², pois os indivíduos possuem o direito inalienável de perseguir sua felicidade à sua própria maneira, desde que não se cause danos a terceiros⁹³. É verdade que ele se utilizou de argumentos de índole consequencialista, cuja natureza dificilmente ensejará conclusões universais⁹⁴.

⁸⁷ Para uma abordagem mais completa do tema, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. 1ª ed. São Paulo: LiberArs, 2015.

⁸⁸ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. A vueltas con el paternalismo jurídico. In: *Derechos y libertades: revista del filosofía del derecho y derechos humanos*, Madri, n. 15, p. 211-256, 2006, p. 220.

⁸⁹ Tradução livre do seguinte trecho: “Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm.”. DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>> Acesso em: 07 nov. 2017.

⁹⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico...*, p. 85.

⁹¹ DWORKIN, Gerald. Paternalismo: algumas novas reflexões. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, n. 7, p. 71-80, 2012, p. 74.

⁹² MILL, John Stuart. *On Liberty*. Londres: Peguin, 2010, p. 21; no mesmo sentido, Ramiro Avilés afirma: “O texto que encabeça este trabalho contém uma ferrenha defesa de um princípio que deveria ser básico em todo Estado de Direito: só quando existir dano a terceiras pessoas está justificada a imposição coativa de uma conduta que restrinja a liberdade de ação.”. Tradução livre. RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. Op. cit., p. 212.

⁹³ Mill, John Stuart. Op. cit., p. 21.

⁹⁴ Cf. GRECO, Luís. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, n. 7, p. 81-92, 2012.

Portanto, ver-se-á que o paternalismo muitas vezes deverá ser deslegitimado em razão de fundamentos de ordem deontológica.

Mill idealizou o princípio do dano (*harm principle*)⁹⁵ para proteger as liberdades individuais. Segundo tal, a única hipótese de interferência do Estado na esfera da liberdade individual seria a de prevenir danos aos direitos de terceiros. Portanto, ações consentidas pelas partes, em regra, não constituem lesões. Entretanto, tal princípio não é absoluto, pois permite exceções. O próprio Mill⁹⁶ assevera que aqueles que não têm condições de realizar escolhas responsáveis devem ser tutelados paternalisticamente. Esta concepção é especialmente importante num Estado que respeita a autonomia individual e a consequente liberdade que uma pessoa deve ter para escolher qual é a melhor forma de viver a própria vida, desde que esta não invada a esfera de liberdade de terceiros.

Portanto, o Estado precisa justificar quando interferir na esfera de liberdade de um indivíduo, contra a sua vontade, para o seu próprio bem e quando este não está lesando a terceiros. E qual seria essa justificativa? A resposta já foi dada acima: quando o indivíduo que sofre a intervenção não estiver em condições de plena responsabilidade. Após o exposto, uma pergunta se torna obrigatória: em que circunstâncias um ordenamento jurídico que respeita as liberdades individuais deve considerar que uma pessoa não possui condições de escolher responsabilmente?

Em sede penal, o paternalismo se manifesta nas hipóteses de incriminação de autolesões ou de ações a despeito do consentimento do ofendido (heterolesões consentidas ou participação em autolesão de terceiro). O problema de tal configuração é o desrespeito ao princípio contido no brocardo latino *volenti non fit injuria*, ou seja: “para aquele que consente não há lesão”⁹⁷. Portanto, o problema está na colisão entre a conduta paternalista e os princípios da autorresponsabilidade e da proteção a bens jurídicos.

Se a liberdade é um bem fundamental na vida do cidadão e o direito penal deve agir na medida em que uma atitude lese um bem jurídico alheio, colocando em xeque o exercício da

⁹⁵ “Em síntese, o *harm principle* indica que o comportamento reprovável pelo direito penal, necessariamente, deve representar um prejuízo tangível considerável a um interesse socialmente relevante.”. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 115, p. 255-290, 2015, p. 257.

⁹⁶ Mill, John Stuart. Op. cit., p. 17-18.

⁹⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Op. cit., p. 262.

autonomia individual, a questão que se impõe é: de que modo uma tipificação paternalista visa garantir a autonomia do indivíduo? Ou: em que medida paternalismo e autonomia individual colidem entre si? Além disso, pode-se justificar o paternalismo por meio de algum interesse social?⁹⁸

3.1 Sobre a disponibilidade de bens jurídicos

Outra distinção que se faz necessária é aquela que consiste entre o bem disponível e bem indisponível. Este último é “aquele do qual seu titular não tem o direito de desistir ou alienar.”⁹⁹. E, portanto, bem disponível é o oposto, ou seja, aquele que seu titular tem o direito de desistir ou alienar. O que se fez foi distinguir as definições de disponibilidade e indisponibilidade. Agora, outra questão se torna imperativa: o que o ordenamento jurídico considera disponível e indisponível? Há divergência doutrinária quanto a essa resposta. O ponto mais pacífico se refere aos bens jurídicos coletivos, o que ocorre por uma razão simples: não se pode dispor de algo que pertence à coletividade¹⁰⁰. Ou seja, um indivíduo A não pode dispor do meio ambiente, tendo em vista que ele não é o único a usufruir de tal bem. A polêmica reside nos bens jurídicos individuais.

Minahim¹⁰¹ defende que é indisponível tudo o que for “essencial à natureza humana e que constitui condição de vida humana digna”. A citada autora, partindo de pressupostos diversos dos adotados no presente trabalho, entende que o fato de um bem jurídico ser individual não significa que este seja de interesse estritamente de seu portador. Para ela, além da dimensão individual de bem jurídico, há que se atentar também para a “sua dimensão coletiva, qual seja, o valor que o grupo confere àquele Estado, bem ou interesse.”¹⁰². A crítica a essa concepção é clara: trata-se de uma ideia antiliberal, que tolhe a liberdade humana sempre que se apontar uma “dimensão coletiva” de um bem individual. É preciso observar que essa sobreposição de um interesse difuso sobre os interesses individuais era uma das

⁹⁸ Veja-se que Feinberg observa que sempre há alguma razão de interesse pública envolvida, mesmo que em grau reduzido. FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1986, p. 22.

⁹⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico...*, p. 209.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, Martinelli observa que “ninguém pode abrir mão da proteção de algo que não é exclusivamente seu.”. *Ibidem*, p. 211.

¹⁰¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. In: *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, n. 9, p. 274-288, 2008, p. 282.

¹⁰² *Ibidem*.

características marcantes dos autoritarismos que protagonizaram a Segunda Guerra Mundial¹⁰³.

Por outro lado, Martinelli¹⁰⁴ sustenta que um bem é indisponível quando “sua ausência impedir o exercício da autonomia individual.”. O autor constrói a sua tese com a seguinte questão: pode um indivíduo usar da sua autonomia para deixar de ser autônomo? Um exemplo simbólico seria o caso hipotético de um contrato de escravidão voluntária. Conclui o autor que a resposta a tal pergunta “só pode ser negativa.”¹⁰⁵. Observe-se que nem sempre uma lesão a determinado bem tirará do portador do bem a sua autonomia, motivo que leva o autor a concluir que “não há bens absolutamente indisponíveis: a indisponibilidade varia de acordo com a autonomia individual em seu conceito histórico.”¹⁰⁶. Além disso, Martinelli¹⁰⁷ defende que a perda de autonomia que tornaria o bem indisponível deve ser imediata à lesão do bem, e que buscar em efeitos remotos a justificativa para uma criminalização “retira a legitimidade da norma penal.”.

3.2 A teoria da imputação objetiva e o princípio da autorresponsabilidade

Uma construção que pode ser intitulada antipaternalista é encontrada na teoria da imputação objetiva¹⁰⁸, em que vige o princípio da autorresponsabilidade: heterocolocações em perigo consentidas em determinadas circunstâncias ou participações em autocolocação em perigo alheia não estão no âmbito do risco proibido, desde que o consentimento seja responsabilmente realizado¹⁰⁹. É verdade que Roxin¹¹⁰ utiliza um *argumentum a maiore ad minus*, ou seja, quem pode o mais, deve poder o menos, pois na Alemanha não se pune a participação em suicídio, ao contrário do que ocorre no Brasil. Portanto, o argumento utilizado pelo professor alemão não pode ser transportado para o ordenamento jurídico

¹⁰³ A título exemplificativo, veja-se que no Nacional-Socialismo alemão dispensou-se um conceito liberal de bem-jurídico em favor de noções coletivistas de “lesão do dever”, “traição” contra a Nação ou “atuação contrária à cosmovisão nacional-socialista alemã”. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto...* op. cit., p. 236-237.

¹⁰⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico...*, p. 211.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 212.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Por todos, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 70-79.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 38, p. 11-31, 2002, p. 15-16.

¹¹⁰ *Ibidem*.

brasileiro. De qualquer forma, como observa Greco¹¹¹, esse argumento possui um problema: “ele só exclui a possibilidade de punir a participação culposa em uma autocolocação em perigo, e não a possibilidade de que se trate de verdadeira autoria.”.

Nos casos da participação em autocolocação em perigo alheia, o fundamento reside no respeito à autonomia individual. Se uma pessoa decide responsabilmente pela prática de uma atividade perigosa ou lesiva para si mesma, trata-se de uma conduta irrelevante penalmente¹¹². E, se o fato principal não é punível, tampouco poderia ser a sua mera participação. Entretanto, ressalte-se que o mesmo não pode ser dito se a pessoa que se lesiona não o faz responsabilmente. Nesses casos, há punibilidade de quem participa, em regra a título de autoria.

Já nas hipóteses de heterocolocação em perigo consentida a questão muda de figura. Há uma diferença entre contribuir para um fato alheio e ser o autor do fato. Se nos casos de participação em autocolocação em perigo alheia o domínio do fato é do próprio lesado, o mesmo não pode ser dito na heterocolocação em perigo consentida. Tendo em vista isso, podem ser encontrados na doutrina diversos parâmetros para fundamentar a exclusão da tipicidade¹¹³ nesses casos. O critério que mais convence até o momento parece ser o de Roxin¹¹⁴: excluir a imputação quando o caso concreto de heterocolocação em perigo possa equivaler a uma autocolocação em perigo. E isto ocorre quando duas exigências forem preenchidas: (i) o dano surgir necessariamente da ação e do risco que foram consentidos e (ii) a vítima ter o mesmo controle sobre o fato que o autor.

Portanto, também a teoria imputação objetiva visa respeitar a autonomia individual: se o fim da norma deve ser a garantia da autodeterminação de um indivíduo, tudo que não interfira na esfera jurídica de liberdade alheia não pode ser penalmente relevante. Caso contrário, o próprio Estado estaria fazendo o que deveria combater: uma não justificada intervenção na esfera jurídica de liberdade do cidadão.

¹¹¹ GRECO, Luís. Um panorama..., 2014, p. 73-74.

¹¹² “O Direito Penal não é o meio apropriado para proteger bens, interesses ou valores de comportamentos criados pelo próprio titular, desde que este titular atue por livre determinação e autorresponsabilidade e tenha pleno conhecimento do risco.”. BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 199.

¹¹³ Cf. Ibidem, p. 77-79.

¹¹⁴ Cf. ROXIN, Claus. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 563-586.

3.3 Um conceito de paternalismo penal adequado ao respeito à autonomia individual

Ao se pretender legitimar normas paternalistas no âmbito jurídico-penal, deve-se considerar todos os princípios que regem um direito penal liberal de matriz romano-germânica. Aqui se sustenta que a resposta penal só pode encontrar legitimação se esta objetivar a manutenção de uma sociedade em que os indivíduos possam conviver pacificamente e assim possam desenvolver a sua autonomia de forma livre¹¹⁵. E isto se faz através da tutela de bens jurídicos, como já defendido nesta sede¹¹⁶. E para buscar este objetivo, o Estado deve coibir condutas que lesem a bens jurídicos de terceiros. Em âmbito penal, é irracional proibir condutas estritamente autolesivas, entendendo que essa lesão deve ser imediata.

Tal irracionalidade é sustentada a partir da própria *ratio* do direito penal: para garantir o exercício da liberdade substantiva, a norma penal deve visar a proibição de condutas que lesem o exercício da autodeterminação, o que só pode ser feito por um terceiro. Para explicar de forma mais clara: não faz sentido uma pessoa ser vítima de si mesma ou, em termos técnicos, figurar tanto no polo ativo quanto no passivo de uma conduta típica. Todos devem ser livres para agir, na medida em que não interferirem na esfera de liberdade de terceiros. A criminalização de autolesão consistiria na punição de um indivíduo por exercer sua autonomia em nome da manutenção de sua própria capacidade de autodeterminação. Parece inviável fugir dessa contradição.

A tipificação de uma conduta meramente autolesiva deve ser considerada inconstitucional, pois consiste na violação de um núcleo imponderável de liberdade de um indivíduo. A autolesão não viola um bem jurídico de terceiro e faz parte da esfera jurídica privada do indivíduo. Pode-se observar, como consequências da criminalização de uma autolesão, a violação do direito à autodeterminação do indivíduo. A autonomia é um valor central para a realização humana, o que levou Feinberg¹¹⁷ a sustentar que aquela – que engloba

¹¹⁵ Apesar de construções por vezes muito diferentes, é o que boa parte da doutrina defende. Pode-se exemplificar JAKOBS, Günther. Sobre la normativización..., loc. cit.; ROXIN, Claus. Que comportamientos..., passim. No Brasil, MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico..., passim.

¹¹⁶ Vide *supra*, item 1.3.

¹¹⁷ FEINBERG, Joel. Op. cit., p. 31.

responsabilidade, autoestima e dignidade pessoal – não é uma mera condição, mas algo que se aspira como um ideal.

Com a exclusão de condutas somente autolesivas do alcance do Estado em âmbito jurídico-penal, resta a análise das heterolesões consentidas e das participações em autolesão de terceiro. Seguindo o princípio segundo o qual todos devem ter a sua autonomia respeitada, o paternalismo penal será justificado e necessário quando a pessoa protegida não tiver plenas capacidades de responsabilidade. E quais seriam essas hipóteses? Nos casos de fraude, coação ou em que a pessoa não seja considerada mentalmente capaz, seja por imaturidade, seja por enfermidade ou deficiência mental. Um exemplo de paternalismo desta natureza é o já citado artigo 217-A do Código Penal, que tipifica o estupro de vulnerável.

Entretanto, ainda há mais uma hipótese em que o paternalismo penal pode ser legitimamente utilizado: nos casos em que o resultado do fato for a perda de autonomia do sujeito lesado¹¹⁸. Ninguém pode consentir para uma ação que resulte na perda de sua autonomia. Seria algo simplesmente paradoxal. É o caso, por exemplo, do crime de redução a condição análoga à de escravo, contido no artigo 149 do Código Penal. Ninguém pode ser reduzido à condição de escravo, nem mesmo se consentir a isto.

4 O BEM JURÍDICO TUTELADO NOS CRIMES DE DROGAS

A lei 11.343/2006, por meio dos seus artigos 28 e 33 a 39¹¹⁹, e o Código Penal, nos artigos do Capítulo III do seu Título VIII, tipificam as condutas que têm como bem jurídico protegido primariamente a figura da saúde pública. Entretanto, a mera declaração de um bem jurídico protegido só atende, *prima facie*, às exigências dogmáticas de tutela de um bem. Resta a análise do bem jurídico sob a ótica da política criminal. Portanto, a primeira etapa a ser realizada é a análise do conceito de saúde pública.

¹¹⁸ Como pode ser observado supra, item 2.3, isso é sustentado por João Paulo Martinelli. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico..., p. 212.

¹¹⁹ MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, *passim*.

4.1 O conceito de saúde pública

Como o nome sugere, trata-se de um bem jurídico costumeiramente classificado como supraindividual¹²⁰. Contudo, uma construção conceitual concreta encontra certas dificuldades. Esta pode ser a soma das saúdes individuais de todos os integrantes da sociedade, o sistema público de saúde, o conjunto de regras sanitárias e de higiene¹²¹ ou o estranho conceito da evitação “de uma prática social perigosa para a comunidade pela deterioração que se pode causar na população”¹²².

A primeira dúvida que se mostra é acerca dessa pluralidade de significados. Um bem jurídico precisa ter um conteúdo certo e delimitado, em razão do princípio do *nullum crimen sine lege*. Pode-se afirmar que a certeza conceitual de um bem jurídico constitui um imperativo hipotético de sua função dogmática ou imanente. E isto se deve a um motivo simples: se o bem jurídico serve de parâmetro para a interpretação de um tipo legal, deve se ter a certeza do objeto tutelado pela norma.

Das quatro definições acima expostas, a segunda e a terceira apresentam, *prima facie*, o mesmo vício: a instrumentalização do homem. Ao afirmar que o sistema de saúde ou um conjunto de regras se sobrepõem à saúde individual, coloca-se o homem como meio da norma, e não como fim. Pode-se afirmar que tanto o sistema quanto as regras existem para servir ao homem e que, portanto, o homem seria o fim da norma, no final das contas. Entretanto, existem problemas em tal construção, tendo em vista que estar-se-ia buscando efeitos remotos para o preenchimento do significado do bem jurídico.

No que tange ao sistema de saúde, este é um elemento que faz parte do bem jurídico “administração pública”. Portanto, o sistema de saúde estará legitimamente tutelado por todos

¹²⁰ No mesmo sentido, GIULIANI, Emília Merlini. A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de medicamentos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 124, p. 17-35, 2016.

¹²¹ Nas palavras de Augusto Silva Dias: “Já a saúde pública possui uma pluralidade de significados que têm concitado os esforços de clarificação da doutrina: assim, a saúde pública pode ser entendida i. como soma das saúdes individuais; ii. como complexo de condições de vida e de organização de processos sociais e económicos que garante a saúde da generalidade dos indivíduos; iii. como conjunto de regras sanitárias e de higiene pessoal”. DIAS, Augusto Silva. A saúde humana como bem jurídico-penal e os crimes contra a saúde no direito português. In: *Anatomia do crime: revista de ciências jurídico-criminais*, Lisboa, n. 1, p. 115-125, 2015, p. 117.

¹²² Em tradução livre de CARVALHO, José Theodoro Corrêa de. *Tráfico de drogas: prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 55.

os tipos penais que possuem como valor a administração pública. Os crimes que possuem a saúde pública como bem declaradamente tutelado fazem menção, como será visto abaixo¹²³, a condutas que possuem potencialidade lesiva a saúdes individuais em larga escala. Se o sistema de saúde tem como fim tratar o homem, tem que estar apto a realizar tal tarefa¹²⁴. Criar tipos penais que tenham potencialidade lesiva à saúde do ser humano devem ter o próprio como referência. O mesmo se diga quanto às normas de higiene. E quanto a estas, um adendo: o homem, responsável, capaz e consciente, deve ter a liberdade de escolher não seguir tais normas. Se mero dever não é punível, o bem jurídico também não pode significar somente um dever¹²⁵.

O estranho conceito de “perigo para a comunidade pela deterioração que se pode causar na população” parece um recurso retórico que declara uma forma diversa e mais abstrata de construir um conceito análogo à tradicional soma das saúdes individuais, sem admitir que se trata disto, motivo pelo qual considerar-se-á tais definições como sinônimas, e são estas que passarão pela análise de legitimidade por meio dos parâmetros traçados por Hefendehl¹²⁶.

4.2 A aferição de legitimidade da saúde pública como bem jurídico

Não é suficiente limitar-se a declarar que se trata de algo que se refere à coletividade. É necessário demonstrar como isso se manifesta. A fim de se evitar uma fraude de etiquetas, é preciso criar critérios de aferição de legitimidade de bens individuais. O risco de uma aceitação acrítica de qualquer bem coletivo declarado é este tende a ser mais conveniente, pois dispensa a relevância do consentimento e justifica melhor delitos na modalidade de perigo, bem como a cominação de penas mais severas¹²⁷. Com isto, o princípio do bem jurídico perderia o seu caráter crítico.

¹²³ Vide infra, capítulo 3.

¹²⁴ Ademais, observe-se o observado por Luís Greco: “Ainda que majoritariamente não admiremos o ‘maconheiro’, ainda que ele onere nosso sistema de saúde – isso não autoriza a utilização do direito penal contra a posse de tóxicos, mas no máximo uma certa recusa a medidas assistenciais.”. GRECO, Luís. *Tem futuro...*, p. 178.

¹²⁵ Nas palavras de Luís Greco: “A proibição deve proteger um bem jurídico, o que significa que seu conteúdo não pode esgotar-se na mera violação de um dever, pelo dever.”. Idem. *Breves reflexões...*, p. 260.

¹²⁶ Vide supra, item 1.4.

¹²⁷ Nesse sentido, GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella. *Responsabilidade e pena no Estado*

Veja-se que, adotando-se os critérios elaborados por Hefendehl – a não exclusão no usufruto, a não rivalidade no consumo e a não distributividade entre os titulares¹²⁸ –, observa-se que a saúde pública não constitui um valor sustentável. E isto decorre do fato que tal conceito não preenche o requisito da não distributividade. Explica-se: se a saúde pública consiste na soma das saúdes individuais, isto significa que é um valor divisível, e tal divisão resulta nas integridades físicas individuais¹²⁹. O próprio desenvolvedor de tais requisitos afirma isto¹³⁰.

Greco¹³¹ também desenvolveu critérios para a aferição de bens coletivos, propondo um sistema mais completo de aferição das condições necessárias para um bem jurídico coletivo, que consiste em três regras de *caráter negativo* – sustentando que tais requisitos são necessários, mas não suficientes para um bem coletivo –, que são: o *teste da circularidade*, o *teste da distributividade* (ou *divisibilidade*) e o *teste da não especificidade*.

O *teste da circularidade* determina que o fato de um dispositivo penal não ser legítimo sem um bem coletivo não é razão suficiente para se postular um bem dessa categoria¹³². Por outro lado, do *teste da distributividade* (ou *divisibilidade*) conclui-se que arguir que um número indeterminado de pessoas possui interesse em um bem não é em si suficiente para se postular tal bem como coletivo¹³³. Por fim, do *teste da não especificidade* decorre que não é possível postular um bem coletivo nas hipóteses onde a afetação desse bem acarreta necessariamente na afetação simultânea de um bem individual¹³⁴. Esse sistema de três

democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 434.

¹²⁸ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 83.

¹²⁹ No mesmo sentido, COSTA, Helena Regina Lobo da. Op. cit., p. 792: “a saúde pública não se apresenta, em tal acepção, como um bem indivisível, característica fundamental dos bens jurídicos coletivos”. Também GRECO, Luís. Princípio da ofensividade..., 2004, p. 115: “Já o bem jurídico saúde pública, por exemplo, nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo.”.

¹³⁰ Afirmando que “existem casos especiais que se encontram num ponto intermediário entre bens jurídicos individuais e coletivos, como por ex. a saúde pública no Direito Penal de tóxicos, a chamada segurança no trânsito, nos delitos de circulação, ou a segurança pública/o monopólio estatal do exercício da força, no Direito de Armas. Em tais casos, devem ser eliminados os bens jurídicos apenas aparentemente coletivos, para por às claras as condições de legitimidade da proteção de bens jurídicos individuais, que é o que está realmente ocorrendo.”. HEFENDEHL, Roland. Op. cit., p. 86.

¹³¹ GRECO, Luís. Existem critérios..., op. cit., p. 446.

¹³² Idem. Ibidem, p. 441.

¹³³ Idem. Ibidem, p. 443.

¹³⁴ Idem. Ibidem, p. 446.

regras proposto tem a vantagem de não se limitar a argumentos ontológicos, respondendo-se também a questões normativas e, com isso, não sendo suscetível de refutações por meio de observações estritamente ontológicas, sendo, até o momento, o melhor instrumento para aferição de possibilidade de postulação de bens coletivos.

Primeiramente, a saúde pública não passa no *teste da especificidade*. Todos os delitos da Lei de Drogas afetam um bem individual – a saúde individual ou integridade física, se se preferir o termo adotado pelo Código Penal e, em última instância, a própria vida –, de modo que não há como sustentar a afetação de um suposto bem coletivo. Em segundo lugar, uma hipotética arguição de que o bem jurídico coletivo faria a criminalização fugir das críticas ao seu paternalismo injustificado fica prejudicada pelo *teste da circularidade*. E, por fim, ancorar-se na mera soma dos bens jurídicos individuais encontra óbice no *teste da não distributividade*. O próprio Greco¹³⁵ conclui isso.

Portanto, conclui-se que todos os tipos penais em que se declara a tutela da saúde pública devem ser interpretados à luz da integridade física individual¹³⁶.

4.3 O “controle estatal do comércio de tóxicos” como bem jurídico?

Antes de se adentrar na análise dogmática dos tipos penais utilizando como valor tutelado a integridade física, uma proposta merece análise. Schünemann¹³⁷ propôs a legitimidade de um bem jurídico intermediário, que consistiria no “controle estatal do comércio de tóxicos”, como forma de se conter os abusos decorrentes de uma análise paternalista do tipo que tutela o tráfico de entorpecentes. Concorde-se que há a necessidade de neutralizar os abusos decorrentes da interpretação dos tipos penais utilizando-se a saúde

¹³⁵ “Tampouco a saúde pública, dos delitos de tóxico do Direito alemão e brasileiro, passa no teste da não especificidade. A afirmação de que sem a saúde pública ter-se-ia um paternalismo injustificável é excluída pelo teste da circularidade. E as dimensões do bem que superam o teste da divisibilidade não superam o teste final, uma vez que elas jamais são diretamente atacáveis, mas apenas em conjunto, pelo menos com um perigo abstrato para bens individuais.”. Ibidem, p. 447.

¹³⁶ Um número cada vez mais crescente de autores tem criticado essa construção conceitual de saúde pública, defendendo que o que se tutela, de fato, é um bem jurídico individual. Por exemplo, SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal... op. cit., p. 26, que afirma que a saúde pública “na verdade é composta da soma das saúdes de cada cidadão individual”. No Brasil, por exemplo, COSTA, Helena Regina Lobo da. Op. cit., p. 792; GIULIANI, Emília Merlini. Op. cit., p. 27-31.

¹³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponte de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 63-64.

pública como valor pendular. Se se está de acordo com as premissas, faz-se necessário refletir acerca da proposta.

Primeiramente, cabe ressaltar que tal proposta se refere especificamente aos crimes contidos na Lei de Drogas. Apontar isso significa elucidar que Schünemann não propôs uma substituição total da saúde pública pelo “controle estatal do comércio de tóxicos”, tendo em vista que os tipos contidos no Capítulo III do Título VIII do CP/1940 também têm a saúde pública como bem jurídico declarado.

O primeiro grande problema de tal proposição é o que está implícito nela. Explica-se: tornar o “controle estatal do comércio de tóxicos” um bem jurídico-penal é afirmar que somente o Estado possui a capacidade de definir o que é adequado ao cidadão consumir ou não. Ou seja: tal proposta não se afasta do paternalismo já denunciado neste trabalho. Além disso, por questões de ordem deontológica, é politicamente mais indicado assumir o que verdadeiramente se tutela em tais tipos penais: a saúde do usuário ou, se se preferir o termo empregado no CP/1940, a sua integridade física. Poder-se-ia arguir que, caso tal proposta fosse recepcionada, estar-se-ia punindo mera desobediência, não se fugindo verdadeiramente dos problemas que já se apresentam com a saúde pública. Ressalta-se que o próprio Schünemann assevera que a saúde pública “na verdade é composta da soma das saúdes de cada cidadão individual”¹³⁸.

Portanto, propõe-se que todos os tipos penais que declaradamente tutelem a chamada saúde pública sejam interpretados à luz do que realmente se trata: a saúde individual ou integridade física do cidadão.

5 UM ENSAIO PARA UMA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DOS CRIMES DE DROGAS À LUZ DA TUTELA DA SAÚDE INDIVIDUAL

Feitos todos os apontamentos preliminares em favor da desconstrução do conceito de saúde pública, torna-se um imperativo a proposição de uma hermenêutica dos tipos penais à luz do bem jurídico que realmente tutelam: a integridade física ou saúde individual. Serão analisados os tipos penais contidos na Lei 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas. São

¹³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal... op. cit., p. 26.

eles: a posse de droga para consumo pessoal (artigo 28), o tráfico de drogas (artigo 33) e os tipos contidos entre os artigos 34 e 38 da citada lei, que serão analisados abaixo.

5.1 A posse de drogas para uso pessoal

O primeiro dos tipos a ser analisado é também o que mais tem gerado discussões no meio jurídico: a posse de droga para uso pessoal. A discussão ganhou tamanha proporção que chegou até a apreciação de sua constitucionalidade pelo STF (Supremo Tribunal Federal), através do Recurso Extraordinário n. 635.659, que possui repercussão geral. O Ministro Luís Roberto Barroso declarou, tanto no referido recurso, quanto no HC 143.798 MC/SP, que existem três razões jurídicas a favor da descriminalização: “(i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.”¹³⁹, enquanto o Ministro Gilmar Mendes, relator do citado recurso extraordinário, declarou que “A criminalização da posse de drogas *‘para consumo pessoal’* afeta o direito do livre desenvolvimento de personalidade em suas diversas manifestações.”¹⁴⁰.

Parte da doutrina, considerando a saúde pública como bem jurídico protegido, entende de forma diversa. Para Marcão¹⁴¹, por exemplo, o motivo da tutela penal do porte de drogas para uso próprio reside no “perigo social que a conduta representa”. Como se pode observar, tal argumentação entra em colisão com os valores defendidos no presente estudo. O recurso a um bem jurídico coletivo aparente foi utilizado para fugir do que realmente se tutela: a saúde individual. O tal perigo social alegado, além de indemonstrado, configuraria, no máximo, um efeito remoto do uso de drogas, não servindo como argumento suficiente para a tutela penal contida no artigo 28 da Lei de Drogas.

Tendo em vista que o bem tutelado é a integridade física do próprio usuário, fica evidente que se trata da proibição penal de uma autolesão. Portanto, o tipo penal da posse de

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 143.798 MC/SP. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-barroso-importacao-semente-maconha1.pdf>> Acesso em 01 jan. 2017.

¹⁴⁰ Grifos no original. Idem. *Recurso extraordinário* nº 635.659. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>> Acesso em 01 jan. 2017.

¹⁴¹ MARCÃO, Renato. Op. cit., p. 54.

drogas para uso próprio constitui uma figura inconstitucional¹⁴². Por não violar um bem jurídico de terceiro, a tutela penal de mera autolesão constitui uma violação do direito à autodeterminação do indivíduo. Tendo em vista a ideia do Estado como instrumento em favor do indivíduo, o poder estatal deve respeitar liberdades individuais. Assim, observe-se que a autolesão ou autocolocação em perigo fazem parte do âmbito da esfera privada do indivíduo que é inalcançável pela tutela penal. Cabe observar que o artigo 5º, X da Constituição determina a inviolabilidade da intimidade e da vida privada do indivíduo, bem como a liberdade de consciência está garantida no inciso VI do mesmo dispositivo constitucional, de modo que cabe ao Estado não intervir na escolha do cidadão na medida em que este não ultrapasse a sua esfera de liberdade.

Como argumento adicional, cabe observar também o desrespeito ao princípio constitucional da proibição do excesso. Aqui, poder-se-ia observar duas vias: a primeira seria analisar sob o prisma da adequação: partindo-se de uma concepção segundo a qual cabe ao Estado, por meio do direito penal, garantir o exercício da liberdade humana em sua amplitude, a proibição jurídico-penal de ato meramente autolesivo não seria adequada ao fim pretendido, pois não há liberdade de autodeterminação posta em perigo. Na hipótese de não se recepcionar a tese da inadequação, ainda seria possível sustentar a violação à proporcionalidade em sentido estrito: os ganhos hipotéticos de tal proibição não superariam os seus efeitos, principalmente pelo potencial lesivo e pelo reproche desonroso que é inerente à proibição penal.

Por fim, o argumento da despenalização não é suficiente para mudar a inconstitucionalidade da proibição jurídico-penal de um ato autolesivo. Para isso, basta arguir que a ausência de pena privativa de liberdade em nada muda o reproche ético-social que advém de uma condenação penal.

5.2 O tráfico de drogas

Primeiramente, é necessária a leitura da extensa quantidade de verbos deste tipo penal, contido no art. 33 da Lei de Drogas: “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar,

¹⁴² Classificando o tipo como “ilegítimo”, MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. In: *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 2, p. 13-24, 2009.

adquirir, vender, expor a venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente”. Além disso, a conduta deve ser realizada “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Existe um sério problema desse tipo penal em relação ao princípio da culpabilidade pelo fato. A pena prevista para o tipo em questão varia entre 5 e 15 anos de reclusão. Pena maior que a do homicídio culposo (1 a 3 anos), da lesão corporal de natureza grave (1 a 5 anos ou 2 a 8 anos, dependendo do resultado) e da lesão corporal seguida de morte (4 a 12 anos), para ficar só nesses exemplos. O que causa perplexidade é que, sob o ponto de vista da proteção a bens jurídicos, de todas as condutas citadas, o próprio tráfico de drogas é o único tipo que não tutela a efetiva lesão do bem jurídico. Já em 2003, na vigência da antiga lei de tóxicos, Luís Greco já havia identificado o motivo: “(n)ão se trata de um tipo que descreve uma conduta proibida, mas de um tipo de autor, se bem que camuflado por trás das várias e várias ações mencionadas.”¹⁴³. Não se trata de punir pela gravidade do delito, e sim de punir gravemente a figura do traficante.

Feitas as devidas observações preliminares, é o momento de conferir como a doutrina tradicional interpreta o tipo. Mais uma vez, entende-se que o bem jurídico tutelado é a saúde pública¹⁴⁴. Afirma-se ser um crime permanente, onde a mera prática de qualquer dos verbos já configura a sua consumação¹⁴⁵. Pode-se observar como a opinião dominante peca ao confundir a simples realização do verbo com o perigo abstrato, não se exigindo sequer a aferição *ex ante* do risco criado. Além disso, há certa dúvida jurisprudencial acerca da possibilidade da modalidade tentada¹⁴⁶. Diz-se que se trata de uma lei penal em branco¹⁴⁷.

Da opinião dominante, discorda-se quase que integralmente. O ponto de partida é o bem jurídico: tutela-se a saúde individual ou integridade física, e não a saúde pública. Além disso, o termo “droga” constitui um elemento normativo do tipo, e não um elemento em

¹⁴³ Grifos do original. GRECO, Luís. Tipos de autor e lei de tóxicos ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 226-238, 2003, p. 229.

¹⁴⁴ Por todos, cf. MARCÃO, Renato, op. cit., p. 94, que, apesar de afirmar a saúde pública como bem jurídico tutelado, aduz que a lei objetiva “evitar o dano para a saúde que o uso de drogas causa.”

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 98-99.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 112-113.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 105.

branco¹⁴⁸. E isto ocorre porque, em que pese o termo “droga” ter seu significado em uma norma extrapenal, ele possui conotação idônea para integrar o conteúdo de significação do tipo penal. Por outro lado, o termo “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” constitui um elemento em branco¹⁴⁹, tendo em vista que se refere a um dever decorrente de uma proibição extrapenal, cujo significado extrapola o tipo penal em questão.

Por constituir um caso de participação em autocolocação em perigo de terceiro, deve-se dividir a análise do tipo penal em duas constelações de casos: (i) nas hipóteses onde a droga em questão ameaça seriamente a capacidade de autodeterminação do indivíduo e (ii) os casos onde essa séria ameaça inexistente. Primeiramente, deve-se esclarecer o que constitui uma ameaça séria para a capacidade de autodeterminação de alguém. O posicionamento que mais respeita a liberdade individual e que deve ser utilizado no caso é o que afirma que “ameaça séria” significa alta probabilidade de causar dependência química em um único uso. Aqui não é possível afirmar taxativamente quais substâncias possuem esse potencial, cabendo à ciência especializada essa aferição. O certo é que tal exame deve ser feito a partir do homem médio, tendo em vista que cada organismo pode reagir à droga de forma diferente e o princípio do *nullum crimen* exige que o conteúdo da proibição seja determinado. Portanto, deve se aferir quais substâncias provavelmente causariam dependência em um único uso num homem médio.

Com isso, é o momento de analisar como o tipo deve ser interpretado segundo cada grupo de casos. O primeiro grupo, o das substâncias que ameaçam seriamente a autodeterminação do indivíduo, deve ser interpretado de forma mais abrangente, sem considerar a vontade do usuário em nenhuma hipótese. Como já foi afirmado, o ordenamento jurídico não deve tolerar que uma pessoa use de sua autonomia para perdê-la. Seria quase que paradoxal: o consentimento responsável geraria a incapacidade de consentir responsabilmente. Essa interpretação é simples para os verbos “vender”, “expor a venda”, “oferecer”, “prescrever”, “ministrar”, “entregar a consumo” e “fornecer”, tendo em vista que são, sob o ponto de vista da proteção ao bem jurídico tutelado, os verbos que constituiriam atos aptos a gerar lesão ou perigo ao bem jurídico tutelado.

¹⁴⁸ No mesmo sentido, HORTA, Frederico. Op. cit., p. 110.

¹⁴⁹ No mesmo sentido, GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014, p. 31.

Para os casos da segunda constelação, a de drogas que não geram grande perigo à autodeterminação do usuário, a teoria da imputação objetiva traz a solução: se puder ser aplicado o princípio da autorresponsabilidade, o fato será materialmente atípico. Se o usuário não puder ser considerado responsável no caso concreto, seja pelo critério etário, seja por debilidade mental, dependência química, ou até mesmo mediante fraude ou qualquer outro critério de exclusão de responsabilidade¹⁵⁰, dever-se-á afirmar a tipicidade da conduta.

Todos os outros verbos contidos no tipo seriam mais adequados como atos preparatórios ou a título de participação e, portanto, entram naquela categoria de delitos que Wohlers¹⁵¹ denominou como “delitos de preparação”. Portanto, essa classe de delitos precisa de uma especial fundamentação¹⁵². Para a situação específica de crimes que envolvem a lei de drogas, pode-se arguir o potencial lesivo que a substância representa para a capacidade de autodeterminação do cidadão. Portanto, tais verbos só podem ser aplicados no primeiro grupo de casos. Na segunda constelação, trata-se o manuseio de produtos que já *prima facie* não agredem a capacidade de autodeterminação de alguém, em que a esfera do punível só reside nos casos em que a vítima não seja responsável. Portanto, não se vislumbra, para o segundo grupo de casos, legitimidade nos delitos de preparação, devendo-se sempre interpretar a conduta em questão como materialmente atípica.

Restam ainda as análises dos parágrafos do citado artigo 33. O seu parágrafo 1º possui três incisos, nos quais quem os realiza incorre nas mesmas penas determinadas no caput. O inciso I possui os mesmos verbos que o caput do artigo, com a diferença de que devem ser realizados em relação a “matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”, em vez da “droga” mencionada no caput. Portanto, tudo que foi dito no caput também vale para este inciso.

Já o inciso II faz menção a quem “semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em

¹⁵⁰ No mesmo sentido, GRECO, Luís. Princípio da ofensividade... op. cit., p. 114: “Primeiramente, vemos a criticabilidade da proibição, que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular. E com isso *abrimos as portas para uma interpretação teleológica restritiva do tipo*: este tipo só deverá aplicar-se caso a vontade do titular do bem jurídico seja juridicamente irrelevante, por estar viciada em erro, por ser ele doente mental, menor, louco ou inculpável por qualquer outro motivo” (grifos no original).

¹⁵¹ “Tratam-se de modalidades de comportamento cujo potencial de risco reside no fato de, ou o próprio autor, ou outra pessoa, poderem praticar uma conduta conectada ao resultado do comportamento prévio em questão.”. WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Trad. Alaor Leite. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 90, p. 87-107, 2011, p. 103.

¹⁵² Conforme exposto *supra*, item 1.5.

matéria-prima para a preparação de drogas”. O inciso III, por sua vez, prevê pena a quem “utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente” para o tráfico de drogas. Ambos os incisos são delitos de preparação, devendo ter o mesmo tratamento dado aos verbos do mesmo grupo contidos no *caput*.

Os parágrafos segundo e terceiro mencionam, respectivamente, quem “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga” e “oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem” e devem ser interpretados da mesma forma que foi proposta para os verbos do *caput* do artigo.

Com o exposto, torna-se evidente que, de *lege ferenda*, é necessária uma reestruturação do tipo penal do tráfico de drogas. Conviria separar, à luz da integridade física individual, os delitos de conduta concretamente perigosa dos delitos de preparação, oferecendo uma melhor clareza conceitual ao intérprete da norma. Além disso, seria útil que a própria autoridade administrativa competente fizesse uma divisão pormenorizada de grupos de substâncias proibidas com base no seu potencial lesivo à capacidade de autodeterminação de um indivíduo.

5.3 Os demais tipos

Os demais tipos penais estão contidos entre os artigos 34 e 39 da lei de drogas. Os tipos dos artigos 34, 35, 36, 37 e 39 constituem delitos de preparação e devem ser interpretados da mesma forma que foi exposta no item anterior. Ou seja: deve-se adotar uma interpretação restritiva, sendo somente puníveis as hipóteses em que esteja comprovado o envolvimento de substâncias com alto potencial lesivo à autodeterminação do indivíduo.

Já o artigo 38 é destinado para quem “Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Por se tratar de um delito de conduta concretamente perigosa, deve-se analisar se a droga em questão era idônea, a menos num juízo *ex ante* ao fato, para prejudicar a saúde da (suposta) vítima. É importante observar que se trata de um crime culposo. Se for realizado de forma dolosa, a subsunção correta ao fato é a do artigo 33 da mesma lei. Vale também observar que se trata de crime próprio, só podendo ser realizado

por profissional que tenha a incumbência legal de prescrever ou ministrar drogas a seus pacientes¹⁵³.

6 CONCLUSÃO

Chega-se ao fim do presente estudo. Cabe, a título de conclusão, um panorama do resultado das reflexões tidas nesta investigação:

- 1- A figura do bem jurídico exerce uma função indispensável de racionalização e contenção do poder punitivo estatal. Não se pode admitir a intervenção estatal de forma abusiva na esfera de liberdade de um indivíduo. Isso significa que deve haver uma fundamentação para a intervenção jurídico-penal que justifique o potencial lesivo de seu emprego;
- 2- Não basta a mera declaração de um bem jurídico para a conclusão de sua legitimidade. Primeiramente, deve-se aferir se o bem jurídico possui legitimidade constitucional e necessidade penal. No caso dos bens jurídicos coletivos, é preciso avaliar se tal bem realmente existe ou se é meramente aparente;
- 3- Deve-se considerar sempre inconstitucional a proibição jurídico-penal de um ato autolesivo ou de autocolocação em perigo. Isto se dá em razão da falta de fundamentos que superem a grande contradição que existe em apenar um indivíduo por este estar lesando exclusivamente a si mesmo, em nome da proteção do bem jurídico desta mesma pessoa. Isso fere o direito à autodeterminação individual e o princípio da proporcionalidade;
- 4- Nos casos das participações em autolesões ou autocolocações em perigo, o paternalismo penal encontra justificação em duas constelações de casos: (i) quando a pessoa lesada não possui responsabilidade plena para consentir ou (ii) nos casos em que o resultado do consentimento acarreta na perda de autonomia individual;
- 5- As heterocolocações em perigo consentidas devem receber o mesmo tratamento das participações em autocolocação em perigo, na medida em que aquelas possam ser consideradas equivalentes a estas;

¹⁵³ No mesmo sentido, MARCÃO, Renato. Op. cit., p. 201.

- 6- A saúde pública não atende aos requisitos básicos que configuram um bem jurídico coletivo. Portanto, trata-se de um bem aparente. Na verdade, o que se tutela é o conjunto de integridades físicas (ou saúdes individuais) ou, potencialmente, de vidas de vários integrantes da sociedade;
- 7- A interpretação dos tipos penais em que se declara a saúde pública como bem jurídico tutelado deve ser feita à luz do que se visa proteger, que é um bem jurídico individual, sendo este normalmente a integridade física (ou saúde individual), ou, potencialmente, a vida;
- 8- A solução para os casos onde a pena cominada seja desproporcionalmente alta em relação à gravidade abstrata da conduta descrita no tipo penal é o emprego de uma interpretação restritiva, de forma que só condutas cujo desvalor possa justificar a pena cominada sejam subsumidas.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 149-206.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos*. 4ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 23ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143.798 MC/SP. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-barroso-importacao-semente-maconha1.pdf>> Acesso em 07 nov. 2017.

_____. _____. Recurso extraordinário nº 635.659. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>> Acesso em 07 nov. 2017.

BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, José Theodoro Corrêa de. *Tráfico de drogas: prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual*. 1ª ed. 1ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996.

DIAS, Augusto Silva. A saúde humana como bem jurídico-penal e os crimes contra a saúde no direito português. In: *Anatomia do crime: revista de ciências jurídico-criminais*, Lisboa, n. 1, p. 115-125, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>> Acesso em: 07 nov. 2017.

_____. Paternalismo: algumas novas reflexões. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v.4, n. 7, p. 71-80, 2012.

FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués i Vallès, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez e Jesús-Maria Silva Sánchez. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 193-280.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? In: *Doxa*, Alicante, n. 5, p. 155-173, 1988.

GIULIANI, Emília Merlini. A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção,

adulteração ou alteração de medicamentos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 124, 2016. p. 17-35.

GRECO, Luís. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 4, n. 7, p. 81-92, 2012.

_____. Breves reflexões sobre os princípios da proteção a bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, Cuiabá, ano 2, n. 3, p. 249-275, 2007.

_____. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella. *Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 433-463.

_____. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. 1ª ed. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.

_____. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004.

_____. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In: *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 3, p. 47-59, 2010a.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 165-185, 2010b.

_____. Tipos de autor e lei de tóxicos ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 226-238, 2003.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-46, 2013.

_____. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9-22.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís;

TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 69-94.

_____. Uma teoria social do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120, 2010.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. In: CEREZO MIR, José (org). *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madri: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 371-387.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 93-107.

_____. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. cor. Madri: Marcial Pons, 1997.

_____. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência a norma? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 207-232.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. 1ª ed. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 2003.

KINDHÄUSER, Ürs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 85-95, 2012.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. 1ª ed. São Paulo: LiberArs, 2015.

_____. Paternalismo na lei de drogas. In: *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 2, p. 13-24, 2009.

_____; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 255-290, 2015.

MENDES, Paulo de Sousa. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 661-668.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Londres: Peguin, 2010.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. In: *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 274-288, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8ª ed. rev. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

NEUMANN, Ulfrid. “Alternativas: nenhuma”. Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 116, p. 97-110, 2015.

_____. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 519-532.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Proteção de bens jurídicos e confirmação da vigência da norma: duas funções excludentes? In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 109-127.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. A vueltas con el paternalismo jurídico. In: *Derechos y libertades: revista del filosofía del derecho y derechos humanos*, Madri, n. 15, p. 211-256, 2006.

REALE JR, Miguel (coord.). *Código penal comentado*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Org. e trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

RODRIGUES, Joana Amaral. A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 23, p. 167-213, 2013.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 11-31, 2002.

_____. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15-01, p. 1-27, 2013.

_____. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 563-586.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 233-275.

RUDOPHLI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien juridico. In: *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Buenos Aires, ano 4, p. 329-347, 1975.

SANTOS, Humberto Souza. Os animais superiores podem ser titulares de bens jurídicos? In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (orgs.). *Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da Lei 9.605/98*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 317-335.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 91-111.

_____. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, 2005.

_____. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponte de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 23-68.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 129-147.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e novo direito penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 105-145.

_____; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 129-148.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 3-14, 2014.

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función em derecho penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Trad. Alaor Leite. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 90, p. 87-107, 2011.

CRÍTICAS AO DIREITO PENAL JUVENIL

Criticism of the Juvenile Criminal Law

LUIS FERNANDO DE FRANÇA ROMÃO

Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Pós-graduando em Ciências Criminais e Segurança Pública na Faculdade de Direito da UERJ. Pós-graduado em Direito Especial da Criança e do Adolescente pela Faculdade de Direito da UERJ. Bacharel em Direito, com ênfase em Estado e Sociedade, pela PUC-Rio. Advogado.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo sistematizar as críticas dirigidas ao Direito Penal Juvenil através do método dogmático analítico conceitual, utilizando-se, pois, os conceitos doutrinários tanto do Direito Penal quanto do Direito da Criança e do Adolescente, analisando como eles se relacionam. Após a exposição dos principais fundamentos e referenciais teóricos do Direito Penal Juvenil, as críticas são divididas em dois planos: ideológico e metodológico-científico. Com esse resultado didático de distinção dos planos críticos, conclui-se, pelo enfoque metodológico-científico, que é um equívoco classificar as conexões envolvendo o Direito Penal e uma parte do Direito da Criança e do Adolescente, notadamente a que se refere aos atos infracionais e às medidas socioeducativas, em um microsistema, como sendo um Direito Penal Juvenil.

Palavras-chave: Direito Penal Juvenil; microsistema dos direitos da criança e do adolescente; atos infracionais; medidas socioeducativas.

Abstract: This article aims to systematize the criticisms directed at Juvenile Criminal Law through the conceptual analytic dogmatic method, using the doctrinal concepts of both the Criminal Law and the Law of the Child and the Adolescent, analyzing how they are relating. After the presentation of the main foundations and theoretical references of Juvenile Criminal Law, the criticisms are divided into two levels: ideological and methodological-scientific. With this didactical result of distinguishing critical levels, it is concluded by the methodological-scientific approach that it is a misnomer to rank the connections involving the Criminal Law and a part of the Law of the Child and the Adolescent, especially that which refers to the infractions acts and to the socioeducatives measures, in a microsystem, as being a Juvenile Criminal Law.

Keywords: Juvenile Criminal Law; microsystem of the law of the child and the adolescent; infractions acts; socioeducatives measures.

1 INTRODUÇÃO

Desde a introdução da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, é possível verificar significativas conexões dessa legislação com o Direito Penal, disso resultando uma corrente doutrinária que defende a formação de um Direito Penal Juvenil.

O primeiro e mais importante ponto de conexão com o Direito Penal é a inimputabilidade. Compreendida, pois, como capacidade de culpabilidade, na hipótese de menores de dezoito anos adotou-se, por razões de política criminal, o critério biológico fixado tanto na Constituição de 1988¹ quanto no Código Penal².

Ademais, ato infracional é o segundo mais relevante ponto de conexão do Direito da Criança e do Adolescente com o Direito Penal, tendo-se adotado na legislação especial um conceito por equiparação a partir do artigo 103 da Lei nº 8.069/1990, ao dispor que se considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Dessa maneira, a equiparação conceitual legal de ato infracional com infração penal reverbera em vários outros elementos e conceitos, como no elemento subjetivo dolo ou culpa, ressaltando Guilherme de Souza Nucci que se deve buscar, tal como é feito na análise da infração penal, o elemento subjetivo do ato infracional, mas guardadas as devidas proporções, de modo que o ato infracional há de ser doloso ou culposo para o fato ser relevante para fins de medida socioeducativa.³

O princípio da insignificância também recebe aplicação na Justiça da Infância e da Juventude. No âmbito da Justiça Criminal tal princípio é considerado causa excludente de tipicidade material e ocasiona a absolvição do réu quando há mínima lesividade ao bem jurídico tutelado e, entre outros fatores, as condições pessoais do infrator forem favoráveis a não punição da conduta, como primariedade e bons antecedentes. Assim, nos atos infracionais considerados insignificantes também incide o referido princípio.

¹ Constituição de 1988, Art. 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

² Código Penal, Art. 27: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

³ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*: em busca da constituição federal das crianças e dos adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 355: “[...] se o adulto agindo sem dolo ou culpa, não é punido, com muito mais razão, o menor de 18 anos também não pode sofrer qualquer restrição”.

Além disso, as teorias acerca do tempo do crime possuem relevância para a configuração do ato infracional. O Estatuto da Criança e do Adolescente previu que para efeitos de sua aplicação deve ser considerada a idade do adolescente à “data do fato”⁴, ocorre que “o fato” pode ser tanto a ação, a omissão e/ou o resultado da conduta. Por isso, há conexão com o Direito Penal para adoção da teoria da atividade, reputando-se praticado o ato infracional no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado, sendo, inclusive, a teoria mais benéfica para o adolescente.

Pela prática de atos infracionais incidirão as medidas socioeducativas, configurando-se como uma resposta do Estado à conduta infracional, tendo por objetivo a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional por ele praticado, incentivando a sua reparação, sempre que possível, bem como a integração social do adolescente por meio do cumprimento de plano individual de atendimento por ocasião da execução da medida socioeducativa que lhe for aplicada pela Justiça especializada, e, ainda, a desaprovação da conduta infracional, como dispõe a Lei nº 12.594/2012.

Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento segundo o qual “a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas” (Súmula 338, STJ). A aplicação do instituto próprio da estrutura penal ao Direito da Criança e do Adolescente tem gerado posicionamentos diversos nos tribunais superiores quanto ao parâmetro e ao modo de se computar a prescrição, havendo julgados em que o tribunal utiliza como base de cálculo da prescrição das medidas socioeducativas a pena máxima cominada em abstrato ao tipo penal correspondente ao ato infracional praticado pelo adolescente⁵, enquanto outras decisões levam em conta o máximo em abstrato para a mais severa medida socioeducativa que é a internação pelo prazo de três anos, prevista na Lei nº 8.069/1990.⁶

A inter-relação entre Código Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente mais emblemática se verifica na previsão na lei estatutária de crimes em espécies, tendo a Lei nº 8.069/1990 criado no ordenamento jurídico brasileiro tipos penais incriminadores visando proteger a criança e o adolescente, configurando-se, sob o ponto de vista do Direito Penal, como uma lei penal extravagante, por prever tipos penais fora da estrutura codificada, isto é,

⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 104, parágrafo único: “Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato”.

⁵ STF, 2ª Turma, HC 88.788, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 22 abr. 2008, DJe 26 jun. 2008.

⁶ STJ, 6ª Turma, HC 236.349/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 5 mar. 2013, DJe 13 mar. 2013.

ao invés de a lei especial infantojuvenil alterar o Código Penal para nele criar novos tipos incriminadores, o fez dentro do próprio Estatuto, ressaltando a necessária relação subsidiária entre a lei especial e o Código.⁷

Esses pontos de conexão entre o Direito da Criança e do Adolescente e o Direito Penal serviram de subsídio para uma corrente envolvendo doutrinadores defendendo a formação de um Direito Penal Juvenil. Por outro lado, diversas críticas também lhes foram direcionadas. Dessa forma, será feita a seguir uma exposição dos principais fundamentos e referenciais teóricos do Direito Penal Juvenil e, após isso, as críticas serão sistematizadas e divididas em dois planos: ideológico e metodológico-científico para, a partir deste, apresentar-se as conclusões considerando um equívoco o Direito Penal Juvenil e defendendo a tese do microsistema de direitos da criança e do adolescente com conexões com o Direito Penal, sem relação de subordinação entre norma geral e norma especial.

2 Principais fundamentos e referenciais teóricos do Direito Penal Juvenil

O Direito Penal Juvenil, quanto à origem, segundo João Batista Costa Saraiva, não seria obra de invenção doutrinária, mas estaria ínsito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente e, segundo o autor, isso seria decorrente de uma efetiva operação hermenêutica.⁸

Ademais, diz-se que o fundamento primeiro do Direito Penal Juvenil é o sistema de responsabilização especial juvenil, frisando-se, neste caso, a existência de natureza penal das medidas socioeducativas. Nesta perspectiva, Sérgio Salomão Shecaira destaca que a referência das medidas socioeducativas é sempre a da pena, de maneira que a advertência corresponde a uma punição que encontra parâmetros na admoestação da suspensão condicional da pena; a obrigação de reparação do dano tem relação com a prestação pecuniária assemelhando-se com as condicionantes para concessão da suspensão condicional da pena e do livramento condicional; a prestação de serviços à comunidade é similar em tudo com a modalidade de pena restritiva de direitos; a liberdade assistida é um parâmetro legal

⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 225: “Este Capítulo dispõe sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal”. Art. 226: “Aplicam-se aos crimes definidos nesta Lei as normas da Parte Geral do Código Penal e quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal”.

⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 102.

aproximado da suspensão condicional da pena; o regime de semiliberdade é uma perspectiva juvenil do sistema progressivo das penas privativas de liberdade; e a internação é o principal eufemismo para as penas privativas de liberdade.⁹

Soma-se a esta visão também Antonio Fernando do Amaral e Silva, para quem, embora as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente possuam caráter predominantemente pedagógico, elas pertenceriam ao gênero das penas, não passando, pois, de sanções impostas aos jovens.¹⁰

Nesse mesmo sentido, Karyna Batista Sposato defende que, com relação à intensidade e à extensão das consequências previstas com a prática da infração penal, a medida socioeducativa teria “evidente natureza penal”, representando, com isso, o exercício do poder coercitivo do Estado e implicando uma limitação ou restrição de direitos e, ainda, sob a perspectiva estrutural qualitativa, não haveria diferenciação das penas, cumprindo igual papel de controle social e “possuindo iguais finalidades e idêntico conteúdo”.¹¹

Com efeito, segundo a autora, haveria uma relação do Direito Penal Juvenil ou Direito Penal de Adolescentes com uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes, cujos elementos seriam a definição do Direito Penal Juvenil, o conceito de ato infracional, a natureza da medida socioeducativa, a inimputabilidade penal etária ou imputabilidade penal *sui generis* dos adolescentes e as dimensões de uma culpabilidade específica dos menores de dezoito anos.¹²

Observa-se ainda como fundamento para a formação do Direito Penal Juvenil o reconhecimento pelos tribunais superiores da aplicação do instituto da prescrição às medidas socioeducativas, notadamente com a edição da súmula 338 pelo Superior Tribunal de Justiça. Segundo Sérgio Salomão Shecaira, isso seria “o exemplo mais característico da importância da adoção de padrões penais” no Direito da Criança e do Adolescente.¹³

⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 192-193.

¹⁰ AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 58.

¹¹ SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66-67.

¹² *Ibid.*, p. 137.

¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 195.

Quanto à configuração jurídica, defende o autor que o Direito Penal Juvenil seria uma área do Direito Penal, ou subsistema penal, ou, ainda, um ramo do Direito Penal:

[...] Entre as inúmeras *áreas do Direito Penal*, pouquíssimas foram – e são – tão abandonadas quanto o Direito Penal Juvenil. [...] as normas que regulam a responsabilidade penal dos menores pertencem ao Direito Penal por contemplarem situações nas quais se impõem consequências jurídico-penais aos autores da infração. A intervenção do *ius puniendi* nasce única e exclusivamente da existência de um fato definido pelo ordenamento penal como sendo criminoso, quando cometido por pessoa entre 12 e 18 anos. Os procedimentos processuais criados por esse *subsistema penal* devem obedecer aos direitos fundamentais e às garantias processuais das pessoas envolvidas com o processo, não cabendo qualquer dúvida da adoção de um sistema de garantias que deve observar o devido processo legal, com direito a um julgamento justo, com duplo grau de jurisdição, etc. [...] a dualidade da identificação entre ato infracional e crime ou contravenção não passa de um eufemismo, que na essência permite ainda mais compreender o estudo do tema como de um *ramo do Direito Penal*.¹⁴ (*grifo nosso*)

Ainda nesse diapasão, Karyna Batista Sposato, com referência a Higuera Guimerá, assinala que o Direito Penal Juvenil é uma ciência dogmático-jurídica, constituindo-se, segundo a autora, em um setor especializado da dogmática penal, através de um sistema de direito positivo juvenil com a missão de interpretação dos preceitos penais.¹⁵

Com efeito, seus principais autores enfrentaram as resistências encontradas para o maior desenvolvimento e aceitação do Direito Penal Juvenil no Brasil e não pouparam críticas aos que lhe rejeitaram adesão, por supostamente seus opositores terem abandonado os conceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, por serem apegados aos antigos dogmas do menorismo ou serem abolicionistas penais.¹⁶

Chega-se a afirmar, inclusive, que parte da doutrina brasileira seria atrasada por resistir a aceitação da existência de um Direito Penal Juvenil. Para Karyna Sposato, a negação da índole penal das medidas socioeducativas e, por consequência, do suposto modelo de responsabilidade penal juvenil desenhado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para

¹⁴ *Ibid.*, p. 13, 139 e 172.

¹⁵ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 142.

¹⁶ SARAIVA, João Batista Costa. *Op. cit.*, p. 105: “A não admissão de um sistema penal juvenil, de natureza sancionatória, significa o apego aos antigos dogmas do menorismo, que não reconhecia no ‘menor’ a condição de sujeito. Ou significa um discurso de abolicionismo penal. Na questão do menorismo o discurso tem sido de operação com os dispositivos do Estatuto, porém com a lógica da Doutrina da Situação Irregular. Na outra hipótese será o imaginar ingênuo de que apenas o debate sociológico poderá equacionar a questão da responsabilidade juvenil”.

administrar os delitos praticados na adolescência, tem favorecido interpretações demagógicas da legislação e por isso se evoca, segundo a autora, a indeterminação do prazo de duração das medidas e o descabimento de regras e princípios processuais penais, de modo que tudo isso configuraria um “neomenorismo” fundado em uma pretensa proteção, mas com ausência de limites para a intervenção socioeducativa.¹⁷

Não obstante, Sérgio Salomão Shecaira reconhece, em uma espécie de autocrítica, que o Direito Penal Juvenil, todavia, parte de uma premissa paradoxal, pois a responsabilização do adolescente é sustentada exatamente com base no instrumental do Direito Penal, quando é o próprio Direito Penal que nega a imputabilidade penal a crianças e adolescentes.¹⁸

3 SISTEMATIZAÇÃO DAS CRÍTICAS AO DIREITO PENAL JUVENIL

As críticas com refutação ou resistência doutrinária à existência de um Direito Penal Juvenil podem ser divididas em dois planos: ideológico e metodológico-científico.

3.1 Plano ideológico

No plano ideológico, as críticas ao Direito Penal Juvenil envolvem uma resistência ao discurso do garantismo, pois supostamente sem as garantias do Direito Penal, a responsabilização dos adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais seria discricionária. Salientam Alexandre de Moraes da Rosa e Ana Christina Brito Lopes que não se precisa aproximar o Direito Infracional do Direito Penal para aquele se tornar garantista, pois enquanto se mantiver a perspectiva pedagógica das medidas socioeducativas, notadamente a reforma subjetiva do sujeito adolescente, nada mudará e, portanto, segundo os autores, só haverá um “garantismo sério” quando a resposta estatal consubstanciada na medida socioeducativa for agnóstica.¹⁹

Ainda no que se refere à crítica ao garantismo do Direito Penal Juvenil, no plano da refutação sob a ótica ideológica, Mário Luiz Ramidoff ressalta que o garantismo admite a repressão-punição, pois possui um viés formal, de modo que se houver a observação das

¹⁷ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 127.

¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 159.

¹⁹ ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. XXXIII-XLIII.

regras do jogo, isto é, do devido processo legal, contemplando a ampla defesa e o contraditório, legítimo se tornará o sancionamento jurídico-penal, vez que observadas as normas procedimentais.

Além disso, tendo em vista o seu caráter estritamente penal, o Direito Penal Juvenil estaria vinculado à possibilidade de sancionamento repressivo-punitivo, mas isso entraria em colisão com as garantias constitucionais dos adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais, uma vez que tais garantias não têm origem na dogmática jurídico-penal e sim na doutrina da proteção integral, como destaca Mário Luiz Ramidoff:

[...] o pretendido reconhecimento de um suposto direito penal juvenil insofismavelmente é vinculado, teórico-pragmaticamente, à possibilidade de sancionamento repressivo-punitivo. As garantias constitucionais, as quais por integração principiológica devem estar presentes em todos os âmbitos jurídico-normativos, por certo, não têm origem na dogmática jurídico-penal, mas, sim, nos avanços civilizatórios e humanitários decorrentes de opções políticas; como é, por exemplo, a doutrina da proteção integral.²⁰

Assim, ainda segundo o referido autor, o modelo penal garantista do Direito Penal Juvenil seria contraditório, não havendo como sustentar a minimização da incidência do Direito Penal geral, porque na verdade propõe, com isso, a ampliação de atuação do Direito Penal estendendo-o ao Direito da Criança e do Adolescente. Diz Mário Ramidoff que essa lógica desenvolvida não se afigura razoável teórica, pragmática, discursiva e ou argumentativamente.²¹

A inspiração penal do sistema de responsabilização do adolescente envolvido na prática de ato infracional, segundo Carlos Nicodemos, além de um “erro de lógica científica”, seria “uma opção política do Estado, a partir de uma estratégia repressora de contenção dos grupos socioeconomicamente excluídos”, pois ao tomar por referencial o sistema penal para o campo juvenil, essencialmente traria toda a carga histórica de punição, com sacrifícios e dor do delinquente responsabilizado e, ao não haver preocupação com a promoção de uma cisão

²⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente: teoria jurídica da proteção integral*. Curitiba: Vicentina, 2008, p. 359.

²¹ *Ibid.*, p. 366.

entre sistema penal para adultos e o sistema de controle juvenil, estar-se-ia, com essa fusão, desencadeando uma estratégia repressora.²²

3.2 Plano metodológico-científico

Acentua Paulo Afonso Garrido de Paula que as consequências jurídicas decorrentes dos atos infracionais não podem se encaixar nas vetustas categorias das penas, sanções e interditos, pois, com isso, ignora-se as especificidades do direito infantojuvenil, de modo que é um grave equívoco destacar uma parte do Direito da Criança e do Adolescente e qualificá-la como Direito Penal Juvenil.

Um dos mais graves equívocos foi destacar parte do Direito da Criança e do Adolescente, aquela que trata da responsabilização do menor de 18 anos de idade em razão da prática de conduta descrita como crime ou contravenção penal, e qualificá-la como Direito Penal Juvenil. No fundo, embora reconheça as qualidades dos seus mais ardorosos defensores, é porque ainda não enxergam além das penas, das sanções e dos interditos. Estão presos às lições de um velho Direito, que o percebia somente como Público ou Privado, Civil ou Penal, e que tinha nas penas, nas sanções e nos interditos as únicas ordens de respostas possíveis, inimagináveis e socialmente eficazes no combate ao descumprimento das normas jurídicas.²³

Ademais, as medidas protetivas e socioeducativas, segundo Paulo Afonso Garrido de Paula, estão inseridas em sistema diverso do civil e do penal, com consequências específicas e próprias de um ramo autônomo que é o Direito da Criança e do Adolescente, que se distingue por seus princípios próprios orientadores do sistema de responsabilização dos adolescentes. E mesmo que a pena e a medida socioeducativa possam privar a liberdade, esta, por força da Constituição, subordina-se aos princípios infantojuvenis, não justificando a existência de um Direito Penal Juvenil.

Acentua ainda o autor que o garantismo penal não transforma o Direito da Criança e do Adolescente em Direito Penal, pois a inimputabilidade prevista constitucionalmente buscou exatamente excluir as consequências jurídicas de natureza penal aos menores de

²² NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 65.

²³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 33.

dezoito anos, isto é, o que se objetiva constitucionalmente é a não incidência do Direito Penal para crimes e contravenções penais cometidos por adolescentes.

Um sistema diverso não prescinde da incorporação das conquistas e resultados positivos de outros, mais antigos. O Direito da Criança e do Adolescente foi buscar no chamado garantismo penal, concepção indicativa do conjunto de garantias materiais e processuais que limitam a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo e que projetam uma intervenção estatal estritamente regrada, inspiração para o estabelecimento de seus pilares que, juntados a outros, especiais, determinam a criação de algo novo. Isto não o transforma em Direito Penal, vez que suas bases são diversas, seus postulados são distintos, sua esfera de incidência outra. Apenas indica que também objetivou um sistema limitador da arbitrariedade do Estado e de respeito às liberdades individuais que, temperado pelos seus escopos próprios, redundou em algo que se confunde com o Direito Penal, mesmo porque, caracterizado este pela incidência de penas, confrontar-se-ia com a garantia de que menores de dezoito anos de idade são inimputáveis, ficando sujeitos a normas residentes em diploma especial (CF, art. 228). Aliás, é bom que se diga que inimputabilidade tem na Constituição da República o sentido de exclusão das consequências jurídicas de natureza penal, prescrevendo a não aplicação do Direito Penal quando se verificar a prática de crimes ou contravenções penais por menores de dezoito anos de idade.²⁴

No mesmo ponto de vista, Guilherme de Souza Nucci compreende como incompatível com os propósitos da Constituição e da Lei nº 8.069/1990 “cuidarmos de um direito penal juvenil ou direito punitivo infantojuvenil (e similares)”, por conta da autonomia científica do Direito da Criança e do Adolescente que, como nota o autor, “jamais se poderá considerar este relevante ramo autônomo como subespécie do Direito Penal, seja para fins científicos, seja para finalidades práticas”.²⁵

Com efeito, o princípio da intervenção mínima, como um dos princípios básicos do Direito Penal, segundo Nilo Batista, com referências a Bricola e a Muñoz Conde, relaciona-se com duas características: a fragmentariedade e a subsidiariedade. A fragmentariedade se opõe à visão onicompreensiva da tutela penal e impõe uma seleção, seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensa. Já a subsidiariedade do Direito Penal, que pressupõe a fragmentariedade, deriva da ideia que a sua intervenção se dá unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito. Cabendo, pois, ao texto constitucional, além das funções de fundamento e controle, a

²⁴ *Ibid.*, p. 35.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 6.

seleção das situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal, chamando-se a isso de “imposição constitucional de tutela penal”.²⁶

Tendo o texto constitucional expressamente afastado a imputabilidade aos menores de dezoito anos de idade, afastou-se a incidência do Direito Penal às condutas infracionais cometidas por crianças e adolescentes, mas determinando-se a sujeição às normas da legislação especial. A Constituição da República fragmentou a aplicação do Direito Penal e dimensionou a responsabilização no campo do Direito da Criança e do Adolescente. Advogar pela extensão do Direito Penal às situações de responsabilização socioeducativa, através de um Direito Penal Juvenil, é fazer uma releitura equivocada da Constituição e ainda subverter o princípio da intervenção mínima.

Decerto que o Direito Penal Juvenil ou qualquer outra denominação que se lhe dê visando subordinar o sistema de responsabilização de adolescentes envolvidos em prática de atos infracionais ao Direito Penal não se coaduna com os fundamentos do Direito da Criança e do Adolescente, desde a sua constitucionalização em 1988.²⁷ Parte do Direito infantojuvenil não virou Direito Penal Juvenil. A compreensão do fenômeno passa por considerar as dinâmicas conexões entre as estruturas normativas – Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Penal – apontadas na Introdução do presente artigo, como naturais de um intersistema, isto é, descarta-se a relação de subsistemas, pois não há relação de subordinação entre as normas gerais (Código Penal) e especiais (Lei nº 8.069/1990), mas ocorrendo relação entre sistemas de regras definidas de acordo com seus conteúdos. É a dinâmica do microsistema dos direitos da criança e do adolescente:

A nova lógica de setor das leis especiais conserva a unidade do sistema jurídico, mas com uma pluralidade de microsistemas, em que cada um destes é dotado de uma lógica peculiar e de elementos propulsores do seu próprio desenvolvimento, razão pela qual não se fala em subsistema, pois norma geral e norma especial não se dispõem nessa relação de subordinação, de modo que dão lugar a um intersistema, uma vez que os sistemas de regras se desenvolvem de acordo com seus conteúdos. Dessa maneira, o *microsistema dos direitos da criança e do adolescente* possui conexões com outras estruturas normativas, irradiando valores do seu núcleo às suas extremidades

²⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 83-88.

²⁷ Cf. ROMÃO, Luis Fernando de França. *A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Almedina, 2016.

[...] sempre tendo essas conexões o objetivo de promover uma adequação valorativa para concretizar a proteção integral à infância e à adolescência.²⁸

Não se faz necessário expandir o Direito Penal sobre outro ramo do Direito a pretexto de levar os princípios e as garantias para proteger o adolescente imputável, pois os ramos de Direito, apesar de autônomos, comunicam-se para cumprir uma função protetiva sistêmica, sem um pretender ser o outro.

O Direito da Criança e do Adolescente possui princípios que são gerais, orgânicos, materiais, substantivos, próprios e exclusivos (proteção integral e superior interesse da criança), assim como também possui princípios especiais, setoriais, regentes de determinadas relações ou situações fáticas específicas (entre outros, os princípios constitucionais relacionados à aplicação de medida privativa da liberdade, previstos no art. 227, § 3º, inciso V, e também princípios regentes da execução das medidas socioeducativas, dispostos pela Lei nº 12.594/2012), principiologia esta que interage dentro de uma estrutura dinâmica composta ainda por institutos e instituições próprias, além de uma justiça especializada.²⁹

Ao se defender a existência de um Direito Penal Juvenil corre-se o risco de transformar o sistema socioeducativo, consequência da aplicação e execução daquele suposto direito material, em um sistema prisional juvenil, quando que o diferencial mais marcante é – ou deveria ser – justamente a realização de ações socioeducativas intrinsecamente às medidas aplicadas pela Justiça, sem as quais poderá haver um sistema prisional juvenil, embrionário do sistema prisional geral.

4 CONCLUSÃO

As conexões envolvendo Direito da Criança e do Adolescente e Direito Penal subsidiaram a formação de uma corrente doutrinária que defende a existência de um Direito Penal Juvenil, advogando a natureza penal das medidas socioeducativas e do sistema de responsabilização dos adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais, previstos na Lei nº 8.069/1990 a partir do comando constitucional.

²⁸ ROMÃO, Luis Fernando de França. *Microsistema dos direitos da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 168.

²⁹ Cf. *Ibid.*, p. 52 e ss.

Com efeito, as críticas de diversos autores ao Direito Penal Juvenil podem ser divididas, para melhor sistematização e estudo, em dois planos: ideológico e metodológico-científico.

No plano ideológico, posicionam-se as críticas ao garantismo. De um lado, critica-se a perspectiva pedagógica das medidas socioeducativas, defendendo-se que estas devem ser agnósticas. Da mesma forma, critica-se a inspiração penal do sistema de responsabilização dos adolescentes como uma estratégia repressora de contenção de grupos socioeconomicamente excluídos. Por outro lado, questiona-se o sancionamento repressivo-punitivo do caráter estritamente penal do Direito Penal Juvenil e o conflito com as garantias constitucionais dos adolescentes infratores que não têm origem na dogmática penal, mas na proteção integral da criança e do adolescente.

No plano metodológico-científico, critica-se o equívoco de se destacar uma parte do Direito da Criança e do Adolescente e qualificá-la como Direito Penal Juvenil. Vislumbra-se o Direito Infantojuvenil como um ramo autônomo que não pode ser considerado subespécie do Direito Penal. A defesa do Direito Penal Juvenil contraria o princípio da intervenção mínima, considerando as características da fragmentariedade e da subsidiariedade. A extensão do Direito Penal à responsabilização socioeducativa subverte o sentido e o alcance da constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente, notadamente da norma do artigo 228.

Não há relação de subordinação entre norma geral (Código Penal) e norma especial (Estatuto da Criança e do Adolescente). Nem parte do Direito da Criança e do Adolescente virou Direito Penal. Não se trata de relação entre sistema e subsistema, mas de interação dinâmica entre sistemas de regras definidas de acordo com seus conteúdos que se conectam a partir da estruturação de um microsistema dos direitos da criança e do adolescente, com principiologia própria, institutos e instituições peculiares e uma justiça especializada, não se subordinando primariamente e diretamente a princípios e regras gerais do Código Penal, mas apenas subsidiariamente, e mesmo assim para melhor atender aos destinatários da legislação especial, quando convier para cumprir a proteção integral e o superior interesse da criança.

A partir da sistematização das críticas envolvendo o Direito Penal Juvenil objetivou-se apresentar o estado da arte com a controvérsia do tema e, ainda, agregar uma contribuição de releitura e compreensão do fenômeno envolvendo a inter-relação entre Direito da Criança e do Adolescente (norma especial) e o Direito Penal (norma geral).

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: em busca da constituição federal das crianças e dos adolescentes*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente: teoria jurídica da proteção integral*. Curitiba: Vicentina, 2008.

ROMÃO, Luis Fernando de França. *A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Almedina, 2016.

ROMÃO, Luis Fernando de França. *Microsistema dos direitos da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESENHA

As Misérias do Processo Penal - Francesco Carnelutti¹

LUCIANO DO NASCIMENTO COSTA

Advogado formado no Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Bacharel Interdisciplinar em Humanidades com ênfase em Estudos Jurídicos pelo Instituto de Humanidades, Artes e Ciências da Universidade Federal da Bahia. Integrante permanente do Grupo de Pesquisa, Controle de Constitucionalidade da Universidade Federal da Bahia.

A obra *Misérias do Processo Penal*, escrita pelo italiano Francesco Carnelutti, tem como finalidade, de acordo com o referido por Danieli Veleza Moura, analisar todas as fases do processo penal, efetuando-se uma crítica às funções do Ministério Público, do advogado e do juiz. Nesse contexto, Carnelutti faz referência à teatralidade com que os Tribunais do Júri são tratados, considerando-se também a influência da mídia no processo.

De acordo com João Gabriel Faria, Carnelutti procurou, com essa pesquisa, efetuar uma avaliação social e filosófica do instituto do processo penal, alegando que existe uma dramatização por trás das formalidades e dos ditames legais.

No primeiro capítulo do livro, denominado de *A Toga*, Carnelutti transmite ao leitor a ideia que é passada às pessoas no momento de atuação de um operador do direito, o qual está vestido de uma forma solene, que simboliza toda a formalidade do momento. Nesse sentido, existe um pensamento de que a toga transmite que é de união.

Ainda conforme João Gabriel, quando da audiência do processo penal, estão togados o juiz, que é um representante do Estado e que irá desenvolver a função judicante, o promotor de justiça, que é um representante da justiça pública e que zela pelo interesse social, e o advogado, que tem como função lutar pelo direito da pessoa que está colocada em uma situação de desvantagem processual. Nesse contexto, a toga, ao mesmo tempo em que os une, os diferencia das demais pessoas em virtude de sua autoridade.

¹ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Campinas, Editora: Servanda, 2013

Carnelutti afirma que o juiz, a fim de ser distinguido do promotor, do defensor, dos serventuários da justiça e do advogado de defesa, precisa estar togado previamente, o que lhe dá um significado de autoridade, conforme referido por Joanine Maria dos Santos Silva.

Assim, conforme Valdemir Bezerra da Silva Carnelutti faz uma comparação da toga com os uniformes militares, que possuem divisões e graus distintos de autoridade, do mesmo modo que os sacerdotes usam vestimentas que lhes dão autoridade para o exercício religioso. Desse modo, a toga acaba aproximando os magistrados e os advogados em detrimento dos leigos.

Como referido por Roberta Caldas Góes, Carnelutti aduziu que a utilização de toga transmite uma formalidade ao processo penal, o que, por diversas vezes, é desprezado pelos próprios operadores do direito que não consideram como necessária a disciplina, o que, invariavelmente, causa prejuízo à civilização de uma maneira geral.

Em suma, Carnelutti quis propor que o uso da toga, conforme Valdemir Bezerra da Silva, une os operadores do direito a favor da justiça, dividindo-os das pessoas leigas, além de ser um parâmetro não usual em virtude do descaso de grande parte dos profissionais na execução de suas tarefas e de ser utilizada como uma veste formal e solene, o que contribui para que aqueles que gostam da fama e dos noticiários desenvolvidos em razão de um espetáculo.

O segundo capítulo, chamado de O Preso, conforme João Gabriel, refere-se à distinção entre a solenidade encontrada nos operadores do direito e a pessoa do réu, o qual é, na maioria das vezes, algemado e escoltado, passando para as pessoas um sentimento de desgosto. Isso possibilita uma reflexão, para Carnelutti, tendo em vista o princípio da co-culpabilidade do Estado. Esse princípio traz à lume a possibilidade de o Estado ter uma parte da culpa a respeito dos atos criminosos praticados, tendo em vista que a Constituição Federal garante a todos os cidadãos os instrumentos essenciais para que as pessoas desenvolvam a sua própria natureza humana e sejam incluídas no contexto social. Assim, quando o Estado não desempenha a sua função com propriedade, ele passa a ser culpado também pela ocorrência de crimes.

Nesse contexto, afirma Carnelutti, conforme Joanine Silva, que o preso não pode ser tratado como se fosse um animal selvagem e nem como se fosse uma autoridade, mas deve ser tratado como um ser humano simplesmente.

Como referido por Valdemir Bezerra, Carnelutti afirma que cada pessoa tem uma maneira de sentir e de externar o sentimento de forma distinta, pois isso é uma condição da imperfeição do ser humano. Menciona o autor que o prisioneiro é o mais pobre, uma vez que há algo de humano até na pessoa mais violenta possível. Nesse contexto, a espada e a balança configuram-se como elementos representativos do Direito, sendo assim também consideradas as algemas, pois elas demonstram valores ocultos do homem.

Carnelutti alega que todas as pessoas são iguais, não devendo o mal ser guerreado com o mal, pois apenas o amor vence qualquer coisa. Além disso, em virtude de suas próprias imperfeições, as pessoas não são capazes de diferenciar os homens bons daqueles que são maus. Toda pessoa tem, portanto, dentro de si o germe do bem, mesmo que essa pessoa seja delinquente, o qual, em razão de seu próprio egoísmo, comete delito. As algemas, portanto, sendo símbolo do Direito, demonstra a natureza humana, o que faz com que o Direito exponha a realidade humana.

O terceiro capítulo, chamado de O Advogado, o qual, por meio do seu trabalho, é mais do que um simples prestador de serviços ao preso, sendo, em muitos casos, a única pessoa que está efetivamente ao lado dele, de modo a oferecer uma esperança de liberdade, conforme João Gabriel.

Como mencionado por Joanine Silva, Carnelutti relembra nesse capítulo o seu exercício de advocacia criminalística, observando-se que a amizade com o preso é obtida por meio da experiência e dos longos anos de prática. Assim, o advogado seria uma pessoa que está junto do preso na escada forense, conseguindo uma fama “humilhante” de ser um advogado criminalista.

Refere Valdemir Bezerra que Carnelutti menciona que a palavra advogado acaba soando como um pedido de ajuda do preso, pois é a ele que se suplica, em um primeiro momento, a amizade, principalmente em razão das situações a que está submetido o cliente. Todavia, a própria sociedade, em grande parte dos casos, acaba repulsando o acusado principalmente se for a hipótese de um crime hediondo. Nesse panorama, apenas o advogado pode estar junto do acusado no último degrau da escada, sendo essa uma profissão que é alvo de empatia.

Também afirma Carnelutti que o maior dos advogados tem a consciência de que não pode enfrentar o menor dos juízes, pois ele está submetido ao juízo de uma pessoa, mesmo quando não exista motivo algum para subjugar a causa àquele que está mais capacitado para

julgar. Mesmo assim a recompensa é elevada quando o calor passa a incendiar a alma do acusado e do advogado.

Ademais, Carnelutti também refere que o advogado necessita conhecer o seu próprio cliente, de modo arraigado, recuperando a sua história de vida, em um trabalho de muita dedicação e paciência, para melhor conhecer o íntimo do acusado.

No quarto capítulo, denominado O Juiz e as Partes, Carnelutti menciona que existe uma distância grande entre as partes e o juiz, como bem referido por João Gabriel. Aliás, sob o prisma da hierarquia, Carnelutti põe o juiz em uma posição superior ao das partes, pois o juiz preside o processo, sendo, portanto, investido de função jurisdicional para impor a decisão do Estado, que deve zelar pela ordem pública e pelo interesse social. Ademais, refere João Gabriel que existe um local onde as partes são expostas na audiência, principalmente no processo penal enquanto ocorre o Tribunal do Júri.

Carnelutti faz uma crítica nesse capítulo, segundo Joanine Silva, acerca do papel do juiz e de sua principal função de decidir sobre a vida das pessoas, sendo essa uma responsabilidade muito grande. Assim, um juiz possui mais pureza quando maior aptidão possui para decidir.

Contudo, menciona o jurista italiano que o juiz também é um homem comum e, por esse motivo, também é uma parte, situando-se numa circunstância contraditória, sendo um ser humano e um ser sobre-humano, conforme Valdemir Bezerra. Assim, para impedir que o magistrado incida em uma injustiça, utiliza-se o princípio do colegiado, o que minimiza a possibilidade de ocorrência de uma decisão errônea.

Mesmo assim, entende Carnelutti que a justiça humana é, invariavelmente, parcial, pois o próprio ser humano é um ser limitado. Desse modo, a fim de solucionar esse problema, é preciso minimizar a parcialidade, o que implica em uma atividade de conscientização do juiz de suas limitações. O juiz necessita ter conhecimentos a respeito de Psicologia, de Sociologia, de Antropologia, além de conhecimentos específicos de Direito.

Como mencionado por Danieli Veleza Moura, o juiz colegiado está mais distante do que o juiz singular sobre o verdadeiro papel do magistrado, com a intenção de que o colégio obtenha a unidade, havendo um acordo entre os juízes singulares.

No capítulo cinco, chamado Da Parcialidade do Defensor, para que se compreenda a tese de Carnelutti, é necessário, segundo João Gabriel, que se tenha um conhecimento a respeito dos princípios do livre convencimento do juiz, consoante o qual o magistrado deve

julgar conforme a sua própria consciência, e da persuasão racional do juiz, segundo o qual o magistrado pode decidir de acordo com o seu livre convencimento, desde que esteja bem fundamentada a decisão.

Segundo Joanine Silva, é feita uma crítica acerca da parcialidade do Defensor Público, pois o juiz apenas pode tomar decisões depois de verificar as considerações dos advogados das partes, os quais apresentam as suas argumentações parciais.

Conforme Carnelutti, depois de verificadas as razões mencionadas pelo promotor e pelo advogado, o juiz deverá alcançar um conhecimento mais próximo da verdade. Assim, o acusador e o defensor configuram-se como dois argumentadores, colocando o juiz em uma situação de dúvida, consoante exposto por Valdemir Bezerra. Em suma, sendo o processo penal um palco para a conflituosidade dos dramas humanos, ele possui os personagens próprios, sendo o defensor aquele que ajuda o magistrado a decidir de modo seguro e o acusador aquele que demonstra os elementos que podem exterminar com as dúvidas do juiz sobre o caso concreto.

Conforme Roberta Góes, o defensor atua no processo penal como um argumentador parcial, devendo haver a parcialidade do defensor para que seja alcançada uma imparcialidade do magistrado. Por outro lado, o acusador figura como o raciocinador imparcial, efetuando um contraditório.

Na realidade, o que se procura no processo penal, inicialmente, é verificar se determinado fato efetivamente ocorreu ou então não ocorreu, a fim de que se observe se o acusado é culpado ou inocente. Para tanto, é necessário reconstruir a história ocorrida com o acusado por meio das provas colhidas. O acolhimento de provas, por conseguinte, é uma etapa muito complicada, uma vez que as pessoas que cometem crime tentam destruí-las.

Outra questão enfrentada por Carnelutti, como referido por Roberta Góes, em relação ao processo penal, é o problema da aplicação da pena e a sua consequente finalidade. Existe um questionamento a respeito de seu objetivo, se seria o de repreender ou o de prevenir os crimes, determinando-se as consequências da prática de fatos determinados. Portanto, a balança que representa a justiça inevitavelmente passa do juiz para o legislador. Contudo, o legislador acaba limitando a atividade do juiz quando é estabelecida uma pena máxima e uma pena mínima para o tipo penal.

Depois de feita uma restauração da história do acusado, é aplicada a lei pelo juiz, que decide pela condenação ou pela absolvição, sendo esta, em muitos casos, a causa de

injustiças. O acusado, em muitos casos, é exposto perante toda a sociedade, não havendo reparação de danos.

O processo não termina quando o juiz profere a sua sentença, acabando, na hipótese de absolvição, com a coisa julgada, fazendo-se uma crítica quanto a esse instituto. Contudo, o processo não acaba quando há decisão condenatória. Apenas há a verdadeira condenação quando existe o trânsito em julgado.

Para Cernelutti, a sentença seria uma falácia na hipótese de o juiz pronunciar a culpa ou a inocência de uma pessoa, mesmo não tendo certeza de qualquer uma das hipóteses, o que faz do processo penal um caminho sem saída, pois há uma fraqueza da justiça. Contudo, o erro da decisão judicial não deve ser imputada à imperícia, à imprudência ou à negligência, mas sim à própria limitação do ser humano, sendo o processo penal, assim, um instrumento que evidencia a humilhação de um homem ao ser levado perante o juiz, ao ser interrogado, ao ser detido, ao ser arrancado da sociedade e da família e ao ser prejudicado.

Assim, destaca Cernelutti que a humanidade, a unidade e a civilização são os únicos instrumentos capazes de capacitar o homem a viver em paz, que se caracteriza como um ideal a ser alcançado por qualquer pessoa. Toda pessoa possui, dentro de si mesma, elementos bons e ruins, mas, em razão da identificação pejorativa, os problemas acabam vindo de fora, sendo maior a psicose quanto maior for a projeção da pessoa.

BIBLIOGRAFIA

FARIA, João Gabriel Fraga de Oliveira. **Interpretação das lições de Cernelutti em “As misérias do processo penal”:** uma breve resenha. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35437/interpretacao-das-lico-es-de-cernelutti-em-as-miserias-do-processo-penal-uma-breve-resenha>>.

GÓES, Roberta Caldas Moreira. **As Misérias do Processo Penal – Uma visão Cerneluttiana.** Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xwFQWODytywJ:www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_junho2004/disc04.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>.

MOURA, Danieli Veleda. **As misérias do processo penal (resenha)**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6367&revista_caderno=23>.

SILVA, Joanine Maria dos Santos. **Resenha crítica da obra “Misérias do Processo Penal”, de Francesco Cernelutti**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/resenha-critica-da-obra-miserias-do-processo-penal-de-francesco-cernelutti-por-joanine-maria-dos-santos-silva/>>.

SILVA, Valdemir Bezerra da. **Resenha do livro As Misérias do Processo Penal de Francesco Cernelutti**. Disponível em: <<http://direitoeresumos.blogspot.com.br/2013/05/resenha-do-livro-as-miserias-do.html>>.