

ESCOLA DE GUERRA NAVAL

CC (T) Angelica Karina de Azevedo Caúla e Silva

O DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS ARMADOS NOS
CONFLITOS DO PÓS-GUERRA FRIA:
MEDIDAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA E O ANDAMENTO DA
ADEQUAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rio de Janeiro

2015

CC (T) Angelica Karina de Azevedo Caúla e Silva

O DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS ARMADOS NOS
CONFLITOS DO PÓS-GUERRA FRIA:
MEDIDAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA E O ANDAMENTO DA
ADEQUAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada à Escola de Guerra Naval, como requisito parcial para a conclusão do Curso Superior.

Orientador: Capitão-de-Fragata (RM1)
Cláudio Luiz de Lima Martins

Rio de Janeiro
Escola de Guerra Naval
2015

AGRADECIMENTOS

Ao meu esposo Caúla e aos meus filhos Léo e Analu pela compreensão, confiança e amor incondicional.

Aos meus pais, Angela e Paz, pela base sólida, amor, e dedicação que me ensinaram o que é importante na vida.

Ao meu orientador Capitão-de-Fragata (RM1) Cláudio Luiz de Lima Martins, pelas valiosas lições e orientação segura ao longo dessa jornada.

Ao Diretor-Geral do Pessoal da Marinha, Almirante-de-Esquadra Ilques Barbosa Junior, por ter proporcionado condições para que este trabalho pudesse ser realizado.

Ao Chefe de Gabinete, Capitão-de-Mar-e-Guerra Américo, e a toda a tripulação da Diretoria-Geral do Pessoal da Marinha, pela solidariedade e incentivo.

À Capitão-de-Mar-e-Guerra (T) Izabel Cristina da Frota Braga Sotomayor, pela revisão do texto.

Ao Capitão-de-Fragata Serafim, pela bibliografia que contribuiu nas primeiras pesquisas.

Aos amigos Capitão-de-Fragata (T) Yeda, Capitão-Tenente (T) Ricardo, Primeiro-Tenente (T) Raquel e Primeiro-Sargento (AD) Fátima, pela amizade, companheirismo e compreensão que tanto auxiliaram durante toda a empreitada.

Ao Capitão-de-Corveta (T) Rogers, pela preciosa ajuda na formatação desse trabalho.

À amiga Capitão-de Corveta (T) Elizabeth, pelo apoio em todos os momentos.

Aos companheiros de jornada Capitão-de-Corveta (IM) Lelles e Capitão-de-Corveta (T) Débora pelo constante incentivo.

À amiga Primeiro-Tenente (T) Janaína, pelo apoio e material que contribuíram para a realização desse trabalho.

No momento atual não há saída: a guerra é um fato e o que podemos fazer é apenas humanizá-la.

(MELLO, 1997, p. 126).

Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a infalibilidade destas [...] A certeza de um castigo, ainda que moderado, causará sempre a impressão maior do que o temor de outro mais terrível, mas associado à esperança de impunidade [...].

(BECCARIA, 1979, p. 78).

RESUMO

Esta monografia examina o andamento das medidas de implementação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro, apontando as providências legislativas que ainda se fazem necessárias. A fim de permitir uma melhor compreensão do tema, são apontadas as normas que estabelecem o Direito Internacional dos Conflitos Armados atualmente em vigor e os mecanismos que asseguram o seu cumprimento, entre os quais está inserido o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma. São verificados os princípios norteadores da relação do Tratado em estudo com as jurisdições dos Estados-Partes e com Direito Penal Liberal, indicando-se as medidas legislativas já adotadas, inclusive na Constituição Federal, e aquelas que demandam aprovação. São apontadas as possíveis consequências vislumbradas diante da inércia do legislador pátrio, não apenas para o Estado brasileiro, mas também para os seus nacionais. A linha mestra do trabalho leva em conta a importância do Estatuto de Roma e do Tribunal Penal Internacional para a efetividade do Direito Internacional dos Conflitos Armados aplicável aos conflitos contemporâneos, por meio da responsabilização penal individual. Foi empreendida uma análise, sob o olhar normativo e dogmático, a respeito das providências que o Estado brasileiro precisa adotar para contribuir nesse intento, sem desconsiderar as garantias do Direito Penal, asseguradas pelo texto constitucional.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Conflitos Armados. Direito Humanitário. Estatuto de Roma. Tribunal Penal Internacional. Responsabilização Penal Internacional. Genocídio. Crimes contra a Humanidade. Crimes de Guerra. Crime de Agressão. Responsabilidade de Comando.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF -	Constituição Federal de 1988
CICV -	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CIJ -	Corte Internacional de Justiça
CP -	Código Penal comum
CPM -	Código Penal Militar
CSNU -	Conselho de Segurança das Nações Unidas
DICA -	Direito Internacional dos Conflitos Armados
DIH -	Direito Internacional Humanitário
EC -	Emenda Constitucional
ER -	Estatuto de Roma
ONU -	Organização das Nações Unidas
PL -	Projeto de Lei da Câmara dos Deputados
PLS -	Projeto de Lei do Senado Federal
TPI -	Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 O ESTATUTO DE ROMA E A EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS ARMADOS NOS CONFLITOS CONTEMPORÂNEOS....	8
2.1 As normas sobre o Direito Internacional dos Conflitos Armados e os conflitos contemporâneos.....	8
2.2 Organização das Nações Unidas: o Conselho de Segurança e a Corte Internacional de Justiça.....	10
2.3 O Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional: a responsabilização penal individual pelas graves violações às normas de Direito Internacional dos Conflitos Armados.	11
3 O ESTATUTO DE ROMA E AS JURISDIÇÕES NACIONAIS DOS ESTADOS.....	12
3.1 Os princípios da jurisdição universal e da complementaridade.....	12
3.2 Os crimes previstos no Estatuto de Roma sujeitos ao julgamento pelo Tribunal Penal Internacional.....	13
3.3 Estatuto de Roma e os princípios do Direito Penal Liberal: o princípio da legalidade ou da reserva legal.....	17
4 MEDIDAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA NO DIREITO BRASILEIRO.....	18
4.1 A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 e a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.....	19
4.2 A necessidade de aprovação de lei ordinária para a incorporação das normas de natureza penal no âmbito interno.....	20
4.3 As consequências para o Estado brasileiro em decorrência da lacuna existente.....	23
5 CONCLUSÃO.....	25
REFERÊNCIAS.....	27

1 INTRODUÇÃO

As guerras são um fenômeno constante na história da humanidade (MELLO, 1997, p. 67) e carregam consigo o sofrimento não apenas dos combatentes, mas também daqueles que, mesmo fora do combate, acabam por suportar suas consequências. Após a Segunda Guerra Mundial, na qual houve a perda de milhões de vidas, a comunidade internacional se mobilizou para celebrar documentos internacionais nos quais fossem sistematizadas normas que definissem de modo mais objetivo e com maior abrangência, a limitação do uso da força nos conflitos armados (CINELLI, 2010, p. 11).

Além dos esforços para a sistematização e observância do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), foram adotadas medidas para responsabilizar, na esfera penal, os agentes causadores das graves violações à tais normas, que passaram a ser considerados crimes cuja punição interessa a toda a comunidade internacional (GORAIEB, 2012, p. 54-56). Embora a responsabilização penal individual dos beligerantes já tenha sido buscada antes da Segunda Guerra Mundial, é com a aprovação do Estatuto de Roma (ER), em 1998, que ela atinge certo grau de organização e aperfeiçoamento, com o estabelecimento de regras bem definidas, e a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) (PEREIRA, 2010, p. 64-65; 94-95).

Adotando princípios do direito penal e processual penal, e privilegiando a jurisdição interna dos Estados (TAQUARY, 2011, p. 105-180), o ER estabeleceu para os Estados-Partes algumas obrigações no que tange à adequação do direito interno em relação às suas disposições (JANKOV, 2009, p. 266). O presente trabalho pretende verificar o andamento das medidas de implementação do ER no ordenamento jurídico brasileiro, apontando as normas que já foram expedidas e indicando se ainda há necessidade de aprovação de alguma proposta legislativa. Serão abordadas, ainda, eventuais consequências para o Estado brasileiro em decorrência da lacuna por ventura existente.

A metodologia utilizada para a realização do trabalho é a pesquisa bibliográfica na literatura especializada, bem como a pesquisa documental no ER e na legislação interna sobre o tema. A seguir, é empreendida a análise dos dados obtidos, a fim de verificar se a legislação interna produzida até então foi capaz de atender aos preceitos estabelecidos no Tratado em questão.

Para atingir tal objetivo, inicialmente, na segunda seção é analisada a relação entre o ER e a efetividade do DICA nos conflitos contemporâneos, apontando-se as normas atualmente em vigor, os instrumentos e mecanismos que visam assegurar o seu cumprimento,

e como o ER pode contribuir nesse intento.

A seguir, na terceira seção é analisada a relação entre o ER e as jurisdições nacionais dos Estados-Membros, apontando-se os crimes punidos pelo Estatuto, bem como alguns princípios que regulam a relação do TPI com os Estados e com o Direito Penal Liberal.

A quarta seção verifica como anda a implementação do ER no direito brasileiro, apontando as medidas já adotadas, as providências que ainda se fazem necessárias, bem como as possíveis consequências decorrentes da lacuna por ventura existente.

A quinta seção sintetiza as conclusões do trabalho, em especial, aquelas que evidenciam a importância do ER no sistema de repressão às violações do DICA; as obrigações dos Estados-Partes para que o Tratado venha a atingir o seu objetivo; e as medidas que o Estado brasileiro ainda precisa adotar para cumprir o seu papel nesse processo.

Espera-se, ao final, que a pesquisa possa contribuir para o aperfeiçoamento das normas que visam adequar o direito interno ao ER, colaborando, em última análise, para a efetividade do DICA aplicável aos conflitos contemporâneos.

2 O ESTATUTO DE ROMA E A EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS ARMADOS NOS CONFLITOS CONTEMPORÂNEOS

Neste capítulo, serão apontados os principais documentos internacionais que dispõem sobre o DICA¹, indicando-se como o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) e a Corte Internacional de Justiça (CIJ) contribuem para a sua observância pelos Estados, e qual a contribuição do ER e do TPI nesse intento.

2.1 As normas sobre o Direito Internacional dos Conflitos Armados e os conflitos contemporâneos

O DICA² está positivado em uma série de Tratados, que tiveram ampla aceitação dos Estados, e deram origem ao Direito de Genebra, ao Direito de Haia e ao Direito de Nova York, conforme aponta Swinarski (1996, p. 7-8), distinção que não se mantém nos dias atuais

¹ No presente trabalho opta-se pela expressão direito internacional dos conflitos armados (DICA), que “envolve área do direito internacional dedicada à regulação do limite durante as hostilidades do uso de certos meios e métodos de guerra, bem como o resguardo de certos bens e zelo humanitário com pessoas protegidas, como feridos, enfermos, prisioneiros de guerra, internados civis, civis e subcategorias”, conforme ressalta Jardim (2006, p. 19). Ele também é “chamado de direito da guerra, direito dos conflitos armados, direito humanitário dos conflitos armados, direito humanitário, ou (...) direito internacional humanitário” (JARDIM, 2006, p. 20).

² Este conjunto de normas que regula o comportamento do Estado em caso de conflito armado, e apresenta duas vertentes: a proteção das vítimas de conflitos armados, de um lado e a limitação dos meios e métodos de combate, de outro, é conhecido como *jus in bello* (direito aplicável na guerra) (SWINARSKI, 1996, p. 8).

(MELLO, 1997, p. 137).

Swinarski (1996, p. 10) afirma que atualmente, o núcleo do DICA em vigor são as quatro convenções de Genebra, aprovadas em 1949, e os instrumentos adicionais às referidas Convenções, que foram aprovados em 1977, quais sejam os Protocolos Adicionais I e II, que ampliaram e aperfeiçoaram as anteriores³.

Conforme esclarece Swinarski (1996, p. 10), a primeira Convenção de Genebra, de 1949, regula a proteção aos feridos e aos doentes em caso de conflito armado internacional em terra; a segunda se destina a proteger os doentes, feridos e náufragos em caso de conflito internacional no mar; a terceira regula o tratamento e o estatuto devidos aos prisioneiros de guerra, e a quarta protege os civis nos territórios ocupados e os estrangeiros no território do Estado beligerante. Quanto aos protocolos adicionais, o Protocolo Adicional I teve como objetivo completar e desenvolver dispositivos das Convenções de Genebra aplicáveis no caso de conflito armado internacional, sendo também desenvolvidas e completadas determinadas regras do Direito de Haia a respeito dos métodos e dos meios para a condução das hostilidades. E o Protocolo Adicional II desenvolveu e completou as regras aplicáveis em caso de conflito armado não internacional.

Mello (1997, p. 154) ressalta que o DICA se aplica nos casos de conflitos sem caráter internacional e naqueles com caráter internacional, definidos nas Convenções de Genebra de 1949 e nos Protocolos Adicionais de 1977: “conflitos armados internacionais entre Estados (art. 2º das Convenções de 1949 e art. 1º, §3º do Protocolo I); guerra de libertação nacional (art. 1º, §4º do Protocolo I); e conflitos armados sem caráter internacional” (art. 3º das Convenções de 1949 e art. 1º do Protocolo II) (MELLO 1997, p. 154).

O desafio que se impõe hoje ao DICA é o de tentar acompanhar a mudança das feições dos conflitos armados contemporâneos, as “novas guerras” (CINELLI, 2011, p. 134), que apresentam características distintas da “noção tradicional de guerra entre Estados-nação” (CINELLI, 2011, p. 135) e “contribuíram para modificar a dinâmica tradicional das hostilidades bélicas” (CINELLI, 2011, p. 137).

Além da existência de um sistema normativo, para que as normas de DICA sejam cumpridas pelos Estados, sobretudo diante das particularidades dos novos conflitos⁴, se faz necessário que haja instrumentos para assegurá-las, como se verá a seguir.

³ Além desses, há inúmeros tratados que estabelecem regras de DICA, sendo que o Brasil se comprometeu com muitos deles, como aponta Jardim (2006, p. 23-27).

⁴ Na década de 70, o término da Guerra Fria e a globalização estimularam o surgimento de conflitos regionais, com acentuados traços nacionalistas, étnicos ou religiosos, estabelecendo o ponto de partida de uma nova ordem internacional (GORAIEB, 2012, p. 144).

2.2 Organização das Nações Unidas: o Conselho de Segurança e a Corte Internacional de Justiça

Embora uma primeira tentativa de renúncia ao uso da força nas relações internacionais tenha sido realizada pelo Pacto de Briand-Kellog, de 1928 (MELLO, 1997, p. 118), foi com a adoção da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), que foram introduzidos limites legais ao emprego da força pelos Estados, conforme aponta Byers (2007, p. 13), nos termos do seu art. 2, § 3 e § 4⁵. Além disso, ela visou estabelecer um arcabouço institucional que permitisse fazer valer essas normas (BYERS, 2007, p. 18).

No entanto, segundo a Carta da ONU, a vedação ao uso da força pelos Estados admite exceções em apenas duas situações: no caso de legítima defesa, ou mediante autorização do CSNU, conforme preveem o seu art. 51 e o seu Capítulo VII, respectivamente (BYERS, 2007, p. 18).

O CSNU é um órgão executivo constituído por quinze países, que poderá autorizar o emprego da força em reação à ameaças e violações da paz internacional, desde que adote resolução nesse sentido (BYERS, 2007, p. 18). Tal atribuição foi ampliada nos últimos anos, e mais recentemente, houve um movimento por parte do Conselho no sentido de incorporar as crises humanitárias internas em determinados países ao conceito de “ameaças à paz e à segurança internacionais” (BYERS, 2007, p. 39).

É importante ressaltar que as tropas multilaterais constituídas pela ONU para operações de paz deverão também observar o DICA. Nesse sentido, Mello (1997, p. 120) registra que embora a ONU não se considere obrigada pelas normas que compõem o núcleo do DICA, documentos do Secretário-Geral (os mandatos) falam em atendimento dos “princípios e espírito das regras do direito internacional humanitário” (MELLO, 1997, p. 120).

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o principal órgão judiciário da ONU, destinado a julgar apenas disputas entre os Estados-Nação, excluídos de sua jurisdição os indivíduos (BYERS, 2007, p. 180). Em caso de descumprimento por uma das partes das obrigações decorrentes de sentença da Corte, a outra parte poderá recorrer ao CSNU, que poderá, se julgar necessário, fazer recomendações ou decidir sobre medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença, conforme estabelece o art. 94, § 2, da Carta.

Tratam-se de importantes instrumentos e mecanismos para fazer valer as regras do DICA, de modo coercitivo com o uso da força após Resolução do CSNU, caso julgado

⁵ Após a Carta da ONU, o conjunto de normas conhecido como *jus ad bellum* (direito à guerra), que visava regulamentar a guerra lícita, referindo-se aos procedimentos para o uso da força e visando suprimir das relações internacionais o uso abusivo da guerra, praticamente desaparece, conforme aponta Swinarski (1996, p. 8).

necessário, ou viabilizando a solução pacífica dos conflitos, por meio das decisões da CIJ.

Não obstante, ao longo da história, a comunidade internacional percebeu que a responsabilização dos Estados é insuficiente para fazer cessar as graves violações às normas do DICA, sendo necessária a responsabilização penal individual dos agentes violadores (GORAIEB, 2012, p. 142-143).

2.3 O Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional: a responsabilização penal individual pelas graves violações às normas de Direito Internacional dos Conflitos Armados

Goraieb (2012, p. 143) ressalta que, desde 1947, a ONU tem adotado medidas para a criação de uma Corte Penal Internacional permanente para julgar os crimes contra a humanidade. Depois muitas tentativas, dificultadas pelo período da Guerra Fria, em 1994, é criado pela Assembleia Geral da ONU um comitê *ad hoc*, aberto a todos os Estados-Membros, e em 1995, é nomeado um Comitê Preparatório para uma Corte Criminal Internacional, o qual apresenta o Estatuto do TPI, submetido à Conferência de Roma, e aprovado em 17 de julho de 1998 (GORAIEB, 2012, p. 146).

A criação do TPI fortalece a responsabilização penal individual pelas graves violações ao DICA, agora definidas claramente como crimes. A instituição de uma corte penal permanente soluciona críticas que vinham sendo dirigidas contra os tribunais *ad hoc*, pela violação à certos princípios do Direito Penal e Processual Penal que a sua constituição posterior aos conflitos cujos crimes pretendiam julgar representava (TAQUARY, 2011, p. 124). Ademais, ao definir os crimes que visa punir, e prever as respectivas sanções, o Estatuto transmite à comunidade internacional a mensagem de que tais condutas não ficarão impunes, e que os seus responsáveis serão julgados e punidos, onde quer que se encontrem, contribuindo, desse modo, para a efetividade das normas do DICA de modo geral.

Sobre a importância de que seja prevista e imposta uma sanção pelo descumprimento das normas do DICA na ótica do indivíduo, vale transcrever o pensamento de Mello (1997, p. 417), ao tratar das fragilidades do art. 86 do Protocolo I de 1977:

Há ainda uma outra questão: é que sem uma ameaça de sanção os indivíduos se sentirão mais livres para violar, por exemplo, o Protocolo I. Considerar que a prática da infração acarretará a responsabilidade civil do Estado é desconhecer a psicologia de indivíduo que vê o Estado como algo longínquo, informe e que nada diz em relação a ele. Acresce ainda que o grande interesse da norma jurídica em geral e, em especial do direito humanitário, não é reprimir mas evitar que a norma seja violada. A sanção tem por finalidade não a sua própria aplicação, mas evitar a violação. É o ideal do Direito jamais ter que aplicar uma sanção (MELLO, 1997, p. 417).

3 O ESTATUTO DE ROMA E AS JURISDIÇÕES NACIONAIS DOS ESTADOS

O ER representou o aperfeiçoamento e a organização de uma justiça internacional penal de modo permanente, avançando no caminho em busca da efetividade das normas do DICA. Para o seu êxito, é preciso que os Estados também cumpram o seu papel nesse processo, como se verá a seguir.

3.1 Os princípios da jurisdição universal e da complementaridade

De acordo com Jankov (2009, p. 237), o ER não adotou expressamente o princípio da jurisdição universal, como fundamento da competência dos Estados para processar e julgar os crimes nele descritos, limitando-se a afirmar, em seu preâmbulo, que “é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais”, e que “o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais” (JANKOV, 2009, p. 237). No entanto, sustenta que um grande número de ratificações do ER permitirá “o exercício da jurisdição universal por meio convencional, buscando a coordenação do exercício das jurisdições estatais, exercido, portanto, de maneira derivada⁶” (JANKOV, 2009, p. 238).

No que tange aos Estados-Partes, vale ressaltar que o art. 86 do ER estabelece a obrigação geral de cooperação com o TPI, no inquérito e no processo contra os crimes da competência da Corte Internacional. Para tal, é necessário que os Estados adequem seu ordenamento jurídico interno, conforme prevê o art. 88 do Estatuto. Em caso de não cooperação, o art. 87, § 7 do ER prevê que o TPI poderá levar a questão à Assembleia dos Estados-Partes, ou ao CSNU, quando este tiver submetido o fato ao Tribunal (JANKOV, 2009, p. 266-267).

O princípio da complementaridade está previsto no preâmbulo, e no art. 1º, e 15 a 19 do ER, e estabelece que o TPI possui caráter excepcional e complementar, estando a sua jurisdição limitada “aos crimes de extrema gravidade nele definidos”, sendo admissível apenas “nos casos em que se verifique claramente a incapacidade ou a falta de disposição dos

⁶ Para a autora, o princípio da universalidade absoluta “se apresenta na forma do direito primário de cada Estado de julgar ofensas internacionais, independentemente da localização do acusado, bem como a jurisdição secundária”, a qual prefere “denominar derivada, baseada no direito convencional ou consuetudinário que impõe ao Estado uma obrigação, em geral na forma *aut dedere aut judicare*” (JANKOV, 2009, p. 140). Tal obrigação decorre do exercício de jurisdição universal, e consiste no dever imposto a um Estado, onde se encontra o suposto autor de um crime, de extraditar ou de processar e julgar, e representa parte essencial do sistema de competência e cooperação em matéria penal. O objetivo desse dever, como esclarece a autora, é evitar a impunidade e possibilitar que os indivíduos responsáveis por crimes especialmente graves sejam levados à justiça, havendo, desse modo, uma jurisdição penal para processá-los e puni-los (JANKOV, 2009, p. 181).

Estados em processar os responsáveis” (GORAIEB, 2012, p. 150-151).

De acordo com o art. 17 do ER, o TPI não poderá exercer a sua jurisdição em relação à determinado crime quando: uma corte nacional se declarar competente para julgá-lo conforme a legislação nacional; no caso de o delito estar sendo investigado e processado por autoridades de um Estado, e elas terem decidido, de modo correto, não processar a pessoa investigada; se o delito não for considerado grave o suficiente para justificar a atuação do tribunal; e se a pessoa acusada já tiver sido julgada por outro tribunal pelos mesmos crimes alegados, tendo sido tal julgamento justo e adequado (JANKOV, 2009, p. 256).

Por outro lado, de acordo com o art. 20 do ER, o TPI poderá exercer sua jurisdição se: o Estado não puder ou não quiser conduzir, de modo adequado, a investigação ou o processo, ou, se a sua decisão de não processar o suposto autor do delito for resultado de sua ausência de vontade de proceder criminalmente, ou de sua impossibilidade real de fazê-lo; ou ainda, o caso for grave o suficiente para justificar a intervenção posterior do Tribunal (JANKOV, 2009, p. 256)⁷.

Assim, observa-se ser fundamental a adequação do ordenamento jurídico interno para que o Estado-Parte possa cumprir as obrigações assumidas na celebração do ER.

3.2 Os crimes previstos no Estatuto de Roma sujeitos ao julgamento pelo Tribunal Penal Internacional

O ER prevê, no seu art. 5º, que o TPI tem competência para julgar quatro tipos de crimes, quais sejam: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão, sendo que a definição deste último foi adiada para um momento posterior, conforme prevê o art. 5º, § 2, haja vista não ter sido possível um acordo entre os Estados durante a sua elaboração (JANKOV, 2009, p. 60). Essa definição ocorreu na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, realizada em Campala, em 2010, na qual foram aprovadas, ainda, as condições para o exercício da jurisdição do TPI (CARDOSO, 2012, p. 148).

O crime de agressão foi definido como planejar, preparar, dar início ou executar, a “pessoa em posição efetiva para exercer controle ou dirigir a ação política ou militar de um

⁷ Objetivamente, e sem considerar eventuais aspectos políticos envolvidos, como alerta Jankov (2009, p. 256) os termos do art. 17 § 2 do ER indicam que será considerado que o Estado não tem vontade de agir em determinado caso quando se verificar uma ou mais das situações que aponta. Tais situações, em suma, dizem respeito à instauração do processo com o objetivo de evitar que a pessoa seja responsabilizada pelos delitos previstos no ER, à demora injustificada no processo, que se revele incompatível com a intenção de processá-la, e à ausência de independência ou de imparcialidade na condução do processo (BRASIL, 2002). Outrossim, para se verificar se o Estado é incapaz de agir em determinado caso, o art. 17 § 3 estabelece que a Corte observará se, por colapso total ou substancial dos seus órgãos judiciais, deixará de ter condições de fazer comparecer o acusado, ou de reunir os meios de prova e depoimentos necessários, ou por outros motivos, não terá meios de levar o processo a seu termo. (BRASIL, 2002).

Estado” (...) “um ato de agressão o qual, pelo seu caráter, gravidade e escala, constitui violação manifesta da Carta das Nações Unidas” (CARDOSO, 2012, p. 149). Não obstante, a jurisdição do TPI para o crime de agressão depende de nova decisão dos Estados-Partes, a ser tomada a partir de janeiro de 2017 (CARDOSO, 2012, p. 149). Ademais, quaisquer atos de revisão do ER dependem de aprovação do Congresso Nacional, conforme estabelece o Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, que promulgou o ER (CARDOSO, 2012, p. 150).

O crime de genocídio vem tipificado no art. 6º do ER, num dispositivo que praticamente reproduz o art. 2º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, demonstrando a “codificação de norma consuetudinária internacional” (JANKOV, 2009, p. 60). Observa-se, ainda, que o tipo penal exige o elemento subjetivo, que é a intenção “de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, sendo tal elemento o que o diferencia dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra (JANKOV, 2009, p. 61).

No direito brasileiro, o crime de genocídio está previsto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, com uma definição bem semelhante àquela prevista na Convenção de 1948, e no ER, e que abarca as cinco condutas nele previstas. Também está previsto nos art. 208, art. 401 e art. 402 do Código Penal Militar (CPM), o primeiro, como crime militar em tempo de paz, e o segundo e o terceiro, como crimes militares em tempo de guerra. Jardim (2006, p. 108) aponta que, se comparados os crimes previstos no CPM e no Código Penal comum (CP), o genocídio é o único no qual se pode constatar razoável coincidência de definições, com aquela prevista na Convenção de 1948, que veio a ser reproduzida no ER⁸.

Os crimes contra a humanidade estão previstos no art. 7º do ER que exigem quatro requisitos para a sua caracterização: o primeiro deles é que o crime deve ser praticado como parte de um “ataque, generalizado ou sistemático”; o segundo é que ele seja cometido contra uma população civil, resultando daí uma distinção com os crimes de guerra, que podem ser dirigidos contra combatentes ou civis, e consistir num ataque não militar; o terceiro é que eles sejam praticados “de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a perseguição política desta”; e o quarto é que se tenha “conhecimento desse ataque”, o que implica em uma intenção específica, mais suave do que a exigida no crime de genocídio (JANKOV, 2009, p. 61).

⁸ Foram excluídos da definição do crime genocídio os grupos sexuais, políticos e culturais, sob a alegação de que é grande a dificuldade para a definição de tais grupos, conforme alerta Taquary (2011, p. 271). As condutas do crime de genocídio, praticadas contra esses grupos, poderão constituir crime contra a humanidade, previsto no art. 7, § 1, alínea “h” do ER, conforme esclarece Jankov (2009, p. 61).

O direito brasileiro não possui norma penal tipificando os crimes contra a humanidade, nos termos previstos no ER, embora algumas das condutas praticadas estejam previstas como crimes comuns e também como crimes militares, quando praticadas sem os requisitos previstos no art. 7º acima mencionados, como o homicídio, a tortura, a redução a condição análoga à de escravo e o estupro. Não obstante, não havendo previsão específica do direito interno em relação a intenção de participar de um ataque generalizado contra uma população civil, tais delitos não caracterizam um crime contra a humanidade nos termos previstos no ER (JAPIASSÚ, 2004, p. 242).

Os crimes de guerra estão previstos no art. 8º do ER, que os define como sendo as violações graves às Convenções de Genebra de 1949 (art. 8, § 2, alínea a), e outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional (art. 8, § 2, alínea b), enumerando as condutas assim consideradas, definidas com base nos costumes “extraídos ou adaptados da Convenção de Genebra, do Protocolo I e dos Regulamentos de Haia, de 1907” (GORAIEB, 2012, p. 298).

Foram incorporados, ainda, atos praticados em conflitos armados de caráter não-internacional, considerados como as violações graves do art. 3º, comum às Convenções de Genebra, “e outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados de caráter não internacional, inclusive o recrutamento e alistamento de crianças menores de 15 anos em forças armadas, ou grupos engajados em hostilidades” (GORAIEB, 2012, p. 298). Ademais, foram adotados dispositivos que delimitam de modo preciso “o âmbito de aplicação do Tribunal e resguardam o direito dos Estados de manter a ordem interna e defender a soberania e a unidade do país” (GORAIEB, 2012, p. 298).

O TPI somente vai atuar quando os crimes tenham sido cometidos “como parte de um plano ou de uma política de grande escala (...) envolvendo um certo nível de organização e responsabilidade de cometimento de fato (não necessariamente relativa a um Estado)”, o que exclui da definição dos crimes de guerra, para efeitos do ER, certas condutas quando praticadas isoladamente, sem a aprovação do alto comando (GORAIEB, 2012, p. 298).

Quanto ao direito brasileiro, é importante mencionar a distinção entre a noção de conflito armado nas normas internas e aquela do DICA (JARDIM, 2006, p. 105). Não há, no ordenamento jurídico interno, norma definindo o que seriam os crimes de guerra com disposições idênticas às do ER. O que existe é a definição dos crimes militares em tempo de guerra, previstos no CPM, mas que não correspondem aos crimes de guerra previstos no ER. Nesse sentido, Jardim (2006, p. 105) aponta que houve pouca mudança na legislação brasileira, em termos de DICA, desde o Código Penal da Armada, de 1891, não tendo sido

incorporadas as normas internacionais do Século XX na definição de tipos penais.

O autor ressalta, ainda, que a noção de conflito armado no Direito interno, para efeito de aplicação do Direito Penal Militar, está atrelada ao formalismo (JARDIM, 2006, p. 105), estabelecendo o art. 15 do CPM, que o tempo de guerra, para fins de aplicação daquela norma, “começa com a declaração ou o reconhecimento do estado de guerra, ou com o decreto de mobilização se nele estiver compreendido aquele reconhecimento; e termina quando ordenada a cessação das hostilidades” (BRASIL, 1969)⁹.

O autor esclarece que nenhum dos dois conceitos está adequado às Convenções de Genebra de 1949, e seus Protocolos Adicionais, sendo rara a declaração formal de guerra nas relações internacionais. Assim, se o Brasil vier a empregar o uso da força com fundamento na legítima defesa, ou com autorização do CSNU, sem a declaração formal de guerra, os crimes militares eventualmente cometidos só poderão ser considerados crimes militares em tempo de paz, haja vista o teor do art. 15 do CPM (JARDIM, 2006, p. 106).

Tal situação contraria os preceitos do DICA, que também deve ser aplicado em qualquer outra hipótese de conflito armado entre dois ou mais Estados, “ainda que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas, e em qualquer situação de ocupação total ou parcial do território de um Estado, mesmo na ausência de resistência militar” (JARDIM, 2006, p. 106). Além dessas hipóteses, serão aplicáveis as normas do DICA “nas situações em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas, no exercício do direito dos povos à autodeterminação”, conforme prevê o art. 1º, § 4º do Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra; e nos conflitos internos, num sentido amplo, conforme conceito previsto no art. 1º do Protocolo II às Convenções de Genebra de 1949, e no art. 8º, § 2, alíneas “c” e “d” do ER (JARDIM, 2006, p. 107).

Jardim (2006, p. 109-117) realiza uma comparação entre os crimes previstos no DICA e aqueles previstos no CP, na legislação penal extravagante e no CPM, apontando condutas que se aproximam, embora não correspondam exatamente, aos crimes de guerra previstos no ER. Em vários delitos analisados, o autor afirma que a definição dos tipos penais no ordenamento jurídico brasileiro leva em conta não fins humanitários, mas sim o interesse militar (JARDIM, 2006, p. 105-107; 110; 112; e 114)¹⁰.

⁹ Esclarece o autor que tal dispositivo deve ser interpretado à luz do art. 84, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988 (CF), o qual “menciona as faculdades de o Presidente, autorizado pelo Congresso Nacional, declarar guerra no caso de agressão estrangeira ou decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional” (JARDIM, 2006, p. 105).

¹⁰ O autor registra que uma comparação entre o DICA e as normas do direito brasileiro revela contradições e lacunas. Em certas situações, chega a ser mesmo contrária ao DICA, como no caso do art. 395 do CPM (evasão de prisioneiro), que “pune a evasão, bem sucedida, em que o prisioneiro volte a tomar armas contra o Brasil ou Estado aliado, com pena mínima de 20 anos e máxima de morte” (JARDIM, 2006, p. 108).

Outros crimes previstos no ER são a responsabilidade de comando, prevista no art. 28, e os crimes contra a administração da justiça do TPI, previstos no art. 70, ambos do ER. Quanto aos últimos, são encontrados apenas tipos penais aproximados nos Capítulo III do Título XI da Parte Especial do CP e Título VIII, do Livro I, da Parte Especial do CPM, que tratam dos crimes contra a administração da justiça comum e militar, respectivamente.

No entanto, o mesmo não ocorre em relação à responsabilidade de comando, que consiste em um crime omissivo próprio sem equivalentes no Direito Penal Militar brasileiro, conforme aponta Pereira (2010, p. 24-27)¹¹. O autor afirma tratar-se de crime próprio, que tem como sujeito ativo o Comandante, o qual por meio de “comportamento negativo, viola o dever de agir consistente em não controlar adequadamente os subordinados” (PEREIRA, 2010, p. 157-158). Essa falta de controle tem como consequência o cometimento dos crimes previstos no ER pelos seus comandados (PEREIRA, 2010, p. 158).

3.3 Estatuto de Roma e os princípios do Direito Penal Liberal: o princípio da legalidade ou da reserva legal

O ER, seguindo o ordenamento jurídico de vários Estados que participaram de sua elaboração, adotou alguns princípios do Direito Penal Liberal, bem como do Direito Processual Penal contemporâneo, de modo implícito ou explícito, conforme aponta Taquary (2011, p. 105-180). No que se refere ao presente trabalho, interessa especialmente o princípio da legalidade ou da reserva legal e seus desdobramentos, previstos nos art. 22, 23 e 24 do ER, que serão estudados nessa seção.

No que tange à concepção atual do princípio da legalidade, Toledo (1994, p. 22) ressalta que está atrelada à “função de garantia da lei penal” (TOLEDO, 1994, p. 22), que provoca o seu desdobramento em quatro outros subprincípios: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (proibição de leis retroativas fundamentem ou agravem a punibilidade); *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (proibição do uso da analogia em prejuízo do acusado como fundamento ou para agravar a punibilidade); *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (proibição do uso do direito consuetudinário como fundamento ou para agravar a punibilidade); e *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (na proibição de leis penais indeterminadas). Todos esses quatro subprincípios estão presentes nas disposições do ER, conforme ressalta Goraieb (2012, p. 164).

No direito brasileiro, o princípio da legalidade como garantia da lei penal está previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da CF, que prescreve que “não há crime sem lei anterior

¹¹ Em sentido contrário, considerando o crime como omissivo impróprio, cf. Boiteux (2007, p. 105).

que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). De acordo com os preceitos constitucionais, “o princípio da legalidade significa que a única fonte produtora de lei penal no sistema brasileiro são os órgãos constitucionalmente habilitados e a única lei penal é a formalmente deles emanada” (ZAFFARONI, 2003, p. 203). Aí estão incluídos os subprincípios da *lex scripta* e da *lex stricta*, estabelecendo o art. 22, inciso I da CF que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal. Logo, os crimes deverão estar definidos em lei ordinária federal, sendo vedada, ainda, pelo art. 62, § 1º, alínea b, da CF, a edição de medida provisória para dispor sobre matéria penal (ZAFFARONI, 2003, p. 203-204).

O subprincípio da *lex certa* diz respeito à taxatividade da lei penal, a qual exige a “descrição da conduta humana, que constitui o tipo, com todos os seus requisitos e suas circunstâncias, bem como no quantitativo das penas a serem aplicadas, se privativa de liberdade ou apenas restritivas de direito, ou de multa” (TAQUARY, 2011, p. 122).

O último subprincípio é o da *lex praevia*, também chamado de irretroatividade da lei penal, e está previsto no art. 5º, inciso XL da CF, o qual estabelece que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988). Segundo tal princípio, a lei penal somente pode ser aplicável à fatos que ocorreram após sua vigência, admitindo-se, excepcionalmente, o efeito retroativo da lei penal mais benigna, que deverá ser aplicada ao acusado (ZAFFARONI, 2003, p. 213) ¹².

Verificados a importância do ER para a efetividade das normas do DICA no Século XXI, e a sua relação com a jurisdição dos Estados, cumpre agora analisar se as medidas de implementação do Estatuto no direito brasileiro têm sido realizadas a contento.

4 MEDIDAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA NO DIREITO BRASILEIRO

Nesse capítulo será verificado o andamento das medidas para a adequação do ordenamento jurídico interno, apontando-se aquelas que ainda precisam ser realizadas e as consequências que podem decorrer da omissão do Estado brasileiro.

¹² A irretroatividade da lei penal está prevista no art. 24 do ER e passou a constituir um dos fundamentos do sistema penal internacional, visando evitar as críticas sofridas nos julgamentos realizados pelos Tribunais de Nuremberg, de Tóquio, e pelos Tribunais *ad hoc*, criados após os conflitos nos quais foram praticados os crimes que visavam reprimir (TAQUARY, 2011, p. 124).

4.1 A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 e a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional

O ER foi assinado pelo Brasil em 07 de fevereiro de 2000, e ratificado em 20 de junho de 2002. Em 1º de julho de 2002, o ER entrou oficialmente em vigor, conforme a regra prevista no seu art. 125. E, no Brasil, foi promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 (GORAIEB, 2012, p. 150).

No que tange ao presente trabalho, cumpre mencionar duas importantes alterações na CF realizadas pela Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (EC nº 45/2004): ela alterou o §3º e inseriu o §4º no art. 5º da CF, modificando o processo de incorporação de certa categoria de tratados no direito brasileiro.

Quanto à redação do §3º, seu teor prevê que aqueles tratados e convenções internacionais dispondo “sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 2004).

Jardim (2006, p. 85) esclarece que “a recepção constitucional de tratado sobre direitos humanos” já era reconhecida pelo §2º da CF, ganhando, com a EC nº 45/2004, procedimento próprio para a sua aprovação no Congresso Nacional, igual ao de proposta de Emenda à Constituição (JARDIM, 2006, p. 85). Nesse sentido, Taquary (2011, p. 227) ressalta que a CF “autorizou a incorporação automática dos Tratados que tenham conteúdo de direitos humanos” (TAQUARY, 2011, p. 227), dentre os quais estaria inserido o ER, motivo pelo qual não seria necessária a sua reprodução formal (TAQUARY, 232-233). No entanto, reconhece que esse entendimento não é o majoritário (TAQUARY, 2011, p. 230).

Não obstante, cumpre lembrar que embora as normas do ER tenham por escopo a proteção ao Direito Humanitário, e em última análise, os Direitos Humanos de modo geral (TAQUARY, 2010, p. 246), algumas delas possuem natureza penal, as quais no sistema jurídico brasileiro, exigem procedimentos formais de aprovação (PEREIRA, 2011, p. 95). Ademais, o ER foi aprovado no Congresso Nacional pelo Decreto-Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, antes, portanto, da EC nº 45/2004, quando ainda não era exigido o procedimento específico previsto no atual § 3º do art. 5º da CF, o que lhes confere *status* de norma infraconstitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2012, p. 148).

Assim, uma primeira medida para a implementação do ER em nosso ordenamento jurídico que se vislumbra como necessária seria no próprio texto constitucional, a fim de que ficasse claro que os tratados de direitos humanos assinados, aderidos, ratificados e

promulgados antes da EC nº 45/2004¹³, têm *status* de EC, não necessitando de nova aprovação legislativa, pelo procedimento previsto no §3º do art. 5º da CF, conforme observa Jardim (2006, p. 87)¹⁴. Tal medida seria útil para solucionar controvérsias doutrinárias acerca de alguns institutos previstos no ER, como a pena de prisão perpétua, a questão das imunidades, e a entrega de nacionais ao TPI, mencionados por Taquary (2011, p. 268-269; 275; e 278). Não obstante, no que tange aos crimes, considera-se, ainda assim, necessária a tipificação por meio do processo legislativo próprio previsto na CF para a produção de norma penal.

A outra alteração levada a efeito pela EC nº 45/2004 foi a do §4º inserido no art. 5º da CF, o qual dispõe expressamente que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (BRASIL, 2004). Tal dispositivo demonstra de forma clara, no texto constitucional, a aceitação, pelo Brasil, da jurisdição do TPI (JARDIM, 2006, p. 39).

Se é pequena a sugestão de alteração no texto constitucional, o mesmo não ocorre no que se refere à legislação infraconstitucional, conforme será assinalado na próxima seção.

4.2 A necessidade de aprovação de lei ordinária para a incorporação das normas de natureza penal no âmbito interno

Viu-se, na seção 3.1, que o ER adotou o princípio da jurisdição universal na sua vertente de universalidade derivada, segundo a qual os Estados-Partes devem extraditar ou processar e julgar as pessoas acusadas de praticarem os crimes nele definidos; e que, segundo o princípio da complementaridade, a jurisdição do TPI só incidirá quando o Estado-Parte não for capaz, ou não tiver disposição de julgar os responsáveis pelas condutas nele descritas. Verificou-se, ainda, que os Estados-Partes assumiram expressamente a obrigação de adequar os seus ordenamentos jurídicos internos às disposições do Estatuto.

Outrossim, foi estudado na seção 3.2, que à exceção do crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, os crimes contra a administração da justiça do TPI e a responsabilidade de comando não encontram definição do ordenamento interno, nos termos em que estão previstos no ER, havendo, no máximo, condutas que se aproximam na legislação penal comum (CP e legislação penal extravagante) e na legislação especial

¹³ Este é o caso da maior parte dos tratados referentes à matéria, conforme aponta Jardim (2006, p. 85).

¹⁴ Pode-se argumentar que tal medida consista, na prática, em uma EC sem observância do rito previsto no art. 60, § 2º da CF. No entanto, entende-se que ela se justifica porque o § 2º do art. 5º da CF já recepcionava, antes da EC nº 45/2008, os tratados como normas de natureza materialmente constitucionais, muito embora este não seja o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme aponta JARDIM (2006, p. 87). Além disso, sustenta-se que a aprovação da EC proposta, seguindo o rito previsto para tal espécie normativa, e fazendo menção expressa a esses documentos internacionais anteriores, seria suficiente para solucionar a questão.

(CPM), sendo insuficientes as normas existentes, que estão em descompasso com o DICA.

Desse modo, considerando que as disposições do ER contêm normas de natureza penal, bem como o significado do princípio da legalidade no direito brasileiro, que exige reserva de lei elaborada de acordo com o processo legislativo previsto na CF para a definição dos tipos penais, como se viu na seção 3.3, entende-se ser necessária, para a implementação do ER no ordenamento interno, a aprovação de lei ordinária definindo os crimes nele previstos, conforme sustenta Jardim (2006, p. 119), bem como estabelecendo as demais normas que tratam da sua aplicação e das medidas de cooperação com a Corte.

Nesse sentido, inicialmente se considera necessária, e mais provável de ser atingida a médio prazo, a aprovação de lei ordinária definindo todos os crimes previstos no ER, bem como estabelecendo as regras para a cooperação penal nele previstas, a fim de que seja atendido, no plano interno, o princípio da legalidade, conforme exige a CF. Tal lei ordinária deverá prever, ainda, dispositivo assinalando que os crimes nela definidos serão considerados crimes militares, caso sejam praticados nas circunstâncias do art. 9º do CPM, ainda que não previstos naquele Código.¹⁵

Em um momento posterior, como medida de longo prazo visando aperfeiçoar o direito interno, seguindo a opinião de Jardim (2006, p. 133-134), considera-se necessário rever todo o CP e o CPM, o que também seria realizado por meio de leis ordinárias, alterando cada um dos referidos diplomas, a fim de que sejam incorporadas as disposições dos tratados internacionais que tratam dos Direitos Humanos e do DICA, em especial, as Convenções de Genebra de 1949 e os respectivos Protocolos Adicionais de 1977. Nesse sentido, conforme foi apontado na seção 3.2, Jardim (2006, p. 50; 108) afirma que a legislação brasileira está desatualizada, incompleta, e em certos temas, contrária ao DICA, levando em conta a necessidade militar em detrimento dos limites humanitários. Há, portanto, um longo caminho a percorrer para a atualização das normas internas que compõem o sistema penal.

Nessa segunda fase, faz-se necessário rever, conforme aponta Jardim (2006, p. 118-119), as disposições referentes à jurisdição universal para o processo e julgamento dos crimes previstos no ER, devendo ser alterado o art. 7º do CP, que acaba por restringir muito a jurisdição brasileira em relação aos delitos praticados no estrangeiro, salvo em relação ao crime de genocídio.

Outra alteração que se considera necessária no CPM refere-se à definição do tempo de guerra, prevista no art. 15 do CPM e que é levada em conta para a caracterização

¹⁵ Isso porque, de acordo com o referido dispositivo, os crimes somente serão considerados militares caso estejam previstos apenas naquele Código, ou de modo semelhante naquela norma, e na legislação penal comum, e sejam praticados nas circunstâncias que enumera.

dos crimes militares em tempo de guerra, conforme aponta Jardim (2006, p. 105-106). Nesse sentido, além da declaração formal de guerra, prevista na CF, deveriam ser incluídas as outras hipóteses previstas no ER, das definições de conflito armado internacional e conflito armado não internacional, inclusive no seu sentido negativo, deixando claro não serão considerados conflitos armados “situações de perturbação e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante”, conforme prevê o art. 8º, § 2, alínea f do ER (BRASIL, 2002).

A fim de atender tais demandas, atualmente há dois Projetos de Lei tramitando no Congresso Nacional definindo os crimes e estabelecendo as normas previstas no ER, quais sejam: um Substitutivo, de autoria do Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, aos Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PL) nº 301/2007, de autoria do Deputado Dr. Rosinha e PL nº 4.038/2008, de autoria do Poder Executivo, apensado ao primeiro; e o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236/2012, de autoria do Senador José Sarney.

O primeiro é um projeto que traz numa lei específica, todas as disposições sobre o ER, ao passo que o segundo se constitui num projeto de novo Código Penal brasileiro, introduzindo, na parte especial, a definição dos crimes previstos no ER.

Dentre os Projetos analisados, embora nenhum deles tenha consolidado todas as alterações julgadas necessárias, considera-se que o Substitutivo aos PL nº 301/2007 e PL nº 4.038/2008 é aquele que melhor atende às demandas de médio prazo, reproduzindo as disposições do ER, adaptando-as ao ordenamento jurídico interno, e realizando alterações no art. 7º do CP para ampliar a jurisdição universal para os demais crimes previstos no ER, além do genocídio. Além disso, ele propõe a alteração do CPM, a fim de sejam considerados crimes militares, sujeitos à lei brasileira, ainda que cometidos fora do território nacional, os crimes de guerra, qualquer que seja o seu agente, e os crimes de genocídio, contra a humanidade e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, quando praticados por militar ou combatente, nacional, estrangeiro ou apátrida, nas situações descritas no inciso II do art. 9º do CPM, embora condicione a jurisdição brasileira a certos requisitos (BRASIL, 2008a).

Já no que tange ao PLS nº 236/2012, embora se reconheça o esforço da Comissão que o elaborou, para incluir no novo CP todos os delitos constantes em leis penais extravagantes e em tratados internacionais com os quais o Brasil se comprometeu, entre eles os crimes de genocídio, contra a humanidade e crimes de guerra (Títulos XVI e XVII do Livro I da Parte Especial do CP proposto), e que ele tenha efetivamente aplicado o princípio da jurisdição universal em relação aos delitos que o Brasil se comprometeu a reprimir por

documentos internacionais no art. 7º do PLS (BRASIL, 2012), considera-se que, por si, só, não será suficiente para implementar o ER, haja vista que subsistirá a lacuna em relação à tipificação dos crimes contra a administração da justiça do TPI e da responsabilidade de comando, e no que tange às normas para a cooperação penal. Ademais, não propõe nenhuma das alterações ao CPM julgadas necessárias.

Observa-se que embora o Poder Executivo e representantes do Poder Legislativo tenham tentado apresentar propostas legislativas para a implementação do ER, faltou a este último a agilidade necessária para que o documento internacional efetivamente tivesse suas disposições incorporadas ao Direito brasileiro.¹⁶

4.3 As consequências para o Estado brasileiro em decorrência da lacuna existente

Como se viu na seção 3.1, o art. 88 do ER impõe aos Estados-Partes a adequação do seu direito interno às normas do Estatuto. Jankov (2009, p. 271) ressalta que um Estado não poderá se valer da legislação interna para não cumprir as obrigações internacionais, e que estará violando o tratado se suas autoridades deixarem de executar um mandado ou fornecer evidências alegando que a legislação nacional não admite tal forma de cooperação. (JANKOV, 2009, p. 271). Lembra, enfim, que caso um Estado não atenda ao pedido de cooperação com o TPI, o art. 87, §7 do ER estabelece que o Tribunal poderá elaborar um relatório e remeter a questão à Assembleia dos Estados-Partes ou ao CSNU, quando o fato tiver sido levado ao Tribunal por este Conselho (JANKOV, 2009, p. 271).

Outrossim, na seção 2.2, foi observado que a ONU pode, por meio do CSNU, e da CIJ, adotar medidas contra os Estados que venham a descumprir obrigações internacionais assumidas por Tratados. Desse modo, no presente trabalho sustenta-se que o Brasil poderia sofrer medidas por parte do CSNU, ou ser levado à CIJ, caso se recusasse a cooperar com o TPI, alegando impossibilidade em função de sua desatualizada legislação interna.

Por outro lado, analisando-se a questão sob a perspectiva da responsabilização penal individual, embora o Brasil seja um Estado de tradição pacífica, conforme estabelece a Estratégia Nacional de Defesa (BRASIL, 2008b), vem participando de modo significativo de operações de paz da ONU, desde 1947, enviando contingentes que tem aumentado ao longo

¹⁶ Embora o foco do presente trabalho seja apontar as medidas de natureza jurídica necessárias para a implementação do ER no Direito brasileiro, cumpre ressaltar que outras têm sido adotadas pelo Poder Executivo para fazê-lo. Nesse sentido, há publicação do Ministério da Defesa (BRASIL, 2011) e da Marinha do Brasil (BRASIL, 2009), determinando o cumprimento das normas do DICA, e referindo-se expressamente ao TPI e aos crimes sob sua jurisdição, inclusive a responsabilidade de comando. Ademais, atualmente, o conteúdo do DICA faz parte dos currículos de todas as escolas militares, conforme observa Cinelli (2011, p. 23).

dos anos (BEIRÃO, 2008, p. 71-80). E conforme se viu na seção 2.1, as normas de DICA aplicam-se às referidas operações (MELLO, 1997, p. 120).

Assim, na hipótese de um brasileiro, civil ou militar, ser acusado de praticar um dos delitos previstos no ER ainda não tipificados pelo Direito Penal brasileiro, poderia ocorrer de ele ser processado e julgado pela justiça brasileira, enquadrado em um dos tipos penais de aproximação previstos na legislação penal comum ou especial, conforme apontado na seção 3.2; ou deixar de ser julgado por se tratar de conduta atípica perante o direito interno.

No primeiro caso, embora seja menos provável que o TPI venha a admitir um novo processo para apurar a conduta, em virtude das disposições do art. 20 § 3 do ER, existe, ainda que ínfima, a possibilidade de a Corte considerar que o julgamento não tenha sido adequado, por ter tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do TPI (art. 20, § 3, alínea a do ER).

Também na segunda hipótese, não sendo levado a julgamento por ausência de tipo penal definindo a conduta no Direito pátrio (conduta atípica), o TPI pode admitir um processo para apurar a conduta, alegando que o Brasil tenha deixado de proceder contra o investigado por não ter vontade de fazê-lo, nos termos do art. 17, § 1, alínea b, e § 2, alínea a, do ER. Em ambos os casos, o indivíduo brasileiro sobre o qual recaíssem as acusações ficaria sujeito à jurisdição do TPI. Esta última hipótese se afigura mais provável em relação à responsabilização dos comandantes militares pelo crime omissivo próprio previsto no art. 28, do ER (a responsabilidade de comando) para o qual não há, conforme assinalado na seção 3.2, equivalentes do Direito Penal Militar brasileiro.

Cumprе ressaltar que são hipóteses bastante improváveis, conforme afirmam Beirão (2008, p. 120-125)¹⁷ e Nascimento (2012, p. 22-26), haja vista o escopo das operações de paz, o registro histórico do comportamento dos representantes brasileiros em tais operações, bem como as disposições dos documentos específicos que as regem, que visam preservar a jurisdição penal dos integrantes em seus países de origem. Não obstante, são hipóteses possíveis, alertando o Estado brasileiro que o não cumprimento de suas obrigações em relação à aprovação das normas para a implementação do ER pode trazer consequências indesejáveis tanto na perspectiva estatal, quanto na esfera individual de seus nacionais.

¹⁷ Cumprе ressaltar que o autor tenta desconstruir essa possibilidade em seu trabalho, mas mesmo assim, reconhece como plausível, em tese, a imputação dos militares brasileiros nas condutas previstas para os crimes contra a humanidade, embora na prática, defenda a improbabilidade da ocorrência, desde que o Brasil realize o julgamento enquadrando-os nos delitos previstos em sua legislação interna. (BEIRÃO, 2008, p. 119-120).

5 CONCLUSÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional celebrou documentos internacionais que consolidaram normas definindo de modo mais objetivo e abrangente, a limitação do uso da força nos conflitos armados. Tais normas deram origem ao DICA atualmente em vigor, cujo núcleo consiste nas quatro Convenções de Genebra de 1949, e nos respectivos Protocolos Adicionais I e II, de 1977.

A renúncia ao uso da força pelos Estados, concretizada na Carta da ONU, admite exceção apenas nas situações da legítima defesa, ou mediante autorização do CSNU. Ao lado deste órgão, a CIJ, órgão judiciário, decide os conflitos entre os Estados-nação. Ambos contribuem para a efetividade do DICA, assegurando o seu cumprimento por meios coercitivos, quando necessário, ou pela viabilização da solução pacífica dos conflitos e da responsabilização dos Estados, em caso de descumprimento.

A celebração do ER, e a criação do TPI, surge com o propósito de responsabilizar individualmente, na esfera penal, os agentes causadores das graves violações às normas do DICA, atendendo à demanda da comunidade internacional para evitar a impunidade de tais criminosos, contribuindo, assim, para a efetividade dessas normas.

O ER adota o princípio da jurisdição universal na sua vertente derivada, e o princípio da complementaridade, estabelecendo uma série de obrigações para os Estados-Partes no que se refere à adequação do seu ordenamento jurídico interno, notadamente em relação à previsão dos crimes nele definidos, e nas regras de cooperação penal com a Corte.

Os crimes previstos no ER são o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, o crime de agressão, os crimes contra a administração da justiça do TPI e a responsabilidade de comando. Somente o primeiro encontra correspondente no Direito brasileiro. Quanto aos demais, há apenas condutas aproximadas na legislação penal comum e na legislação penal especial, constatando-se que o ordenamento jurídico brasileiro não incorporou as normas do DICA atualmente em vigor. Nesse sentido, a concepção de conflito armado no direito interno não coincide com aquela prevista no DICA. Outrossim, a concepção do princípio da legalidade no direito brasileiro exige a previsão dos crimes do ER em lei ordinária federal, espécie normativa prevista na CF como fonte da lei penal, não sendo suficiente a promulgação do ER.

Visando adotar as medidas para a implementação do ER, foi realizada pelo legislador brasileiro a aprovação da EC nº 45/2004 que deferiu *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados por procedimento específico nela previsto, e

demonstrou a aceitação do Estado brasileiro à jurisdição do TPI. Tal medida, por si só, não foi considerada suficiente, julgando-se necessária a alteração do texto constitucional para esclarecer que os tratados dessa categoria têm natureza de norma constitucional, ainda que assinados, ratificados, aderidos e promulgados antes da EC nº 45/2004.

A análise empreendida demonstra que ainda se faz necessário, para a implementação do ER, a aprovação de lei ordinária, definido todos os crimes previstos no ER, e estabelecendo as regras para a cooperação penal nele previstas. A norma deverá prever, ainda, disposições alterando o CP, para ampliar a jurisdição universal para os demais crimes definidos no ER, além do genocídio. Ademais, é necessária alteração no CPM, estabelecendo que os crimes nela previstos serão considerados crimes militares em certas circunstâncias.

Como medida de longo prazo, vislumbra-se a necessidade de revisão de toda a legislação penal comum e especial, a fim de que sejam incorporados os preceitos do DICA em vigor, inclusive no que se refere à concepção de conflito armado, para efeito da aplicação da lei penal militar em tempo de guerra.

Atualmente, há duas propostas legislativas tramitando no Congresso Nacional para a adoção de tais medidas. Não obstante, nenhuma delas consolida todas as alterações julgadas necessárias. Por outro lado, também não houve aprovação de lei ordinária nesse sentido, após a promulgação do ER, em 2002.

A omissão do Estado brasileiro na adoção das medidas julgadas necessárias poderá trazer consequências desfavoráveis na esfera internacional, mediante a responsabilização estatal perante a CIJ, ou ainda, sujeitando o Brasil a medidas do CSNU. Outra decorrência dessa lacuna pode ser a submissão de brasileiros, civis ou militares, designados em operações de paz da ONU, à jurisdição do TPI.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, 116p.

BEIRÃO, André Panno. *Aspectos político-legais e legal-militares da participação brasileira em Operações de Manutenção da Paz da ONU, pós-1988*. 2008. 180f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

BOITEUX, Luciana. Os princípios penais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional à luz do direito brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). *Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado*. Rio de Janeiro: 2007, p. 91-114.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 301/2007. Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. *Portal da Câmara dos Deputados*. 2007. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343615&ord=1>>. Acesso em 19 jul. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.038/2008. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. *Portal da Câmara dos Deputados*. 2008a. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747>> Acesso em 19 jul. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. *Coleção de Leis da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, v. 008, p. 171, 31 dez. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 09 jul.2015.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 09 jul. 2015.

BRASIL. Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008. Aprova a Estratégia Nacional de Defesa e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2008b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Decreto/D6703.htm>. Acesso em: 28 jul. 2015

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 28 jul. 2015.

BRASIL. Estado-Maior da Armada. *EMA-135*: Manual de direito internacional aplicado às operações navais. Brasília, DF, 2009.

BRASIL. Ministério da Defesa. *MD-34-M-03*: Manual de emprego do direito internacional dos conflitos armados (DICA) nas Forças Armadas. Brasília, DF, 2011. Disponível em <http://www.defesa.gov.br/arquivos/File/legislacao/emcfa/publicacoes/md34_m_03_dica_1ae_d2011.pdf>. Acesso em 22 jul. 2015.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236/2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. *Portal atividade legislativa*. 2012. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em 19 jul. 2015.

BYERS, Michael. *A lei da guerra*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007, 263p.

CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012. 176 p. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/986-Tribunal_Penal_Internacional_CONCEITOS.pdf>. Acesso em 11 ago. 2015.

CINELLI, Carlos Frederico. *Direito internacional humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. Curitiba: Juruá, 2011, 312p.

GORAIEB, Elizabeth. *Tribunal Penal Internacional: trajetórias legais em busca de justiça*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, 579p.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, 310p.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, 389p.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. *O Brasil e o direito internacional dos conflitos armados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: Renovar, 2006, v.1, 654p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, 500p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, 1592 p.

NASCIMENTO, Janáina Soares Prazeres. *O Brasil e as missões de paz da ONU: da autorização à punição*. 2012. 58f. Monografia (Especialização) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Direito Internacional Penal: a responsabilidade de comando no Estatuto de Roma e sua implementação no Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2010, 316p.

SWINARSKI, Chritopher. *Introdução ao direito internacional humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996, 41p.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Tribunal Penal Internacional & a Emenda Constitucional 45/04*. Curitiba: Juruá, 2011, 304p.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, 362p.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: teoria geral do direito penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1, 660 p.