

A COMPLEMENTARIEDADE DO ESTATUTO DE ROMA EM RELAÇÃO AO CÓDIGO DE GUERRA DO BRASIL

James Frade Araújo

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, DF, Brasil

Instituto Superior de Ciências Policiais, Brasília, DF, Brasil

Resumo. O presente trabalho investiga sobre a complementariedade do Estatuto de Roma em relação ao Código de Guerra do Brasil. O mundo experimentou diversos tribunais ad hoc ao longo da história em que vencedores julgavam os vencidos em guerras. O Tribunal Penal Internacional se tornou o primeiro Tribunal de alcance universal, permanente, independente, constituído para julgar crimes os crimes mais graves considerados pela humanidade, como: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crime de agressão e crime de genocídio. Essa corte tem jurisdição complementar às jurisdições dos Estados, atuando somente em razão do não julgamento ou desinteresse do Estado em punir que possa desencadear impunidades. Em 1998, o Brasil ratificou o Estatuto de Roma e a partir disso se comprometeu a internalizar e adequar o seu sistema jurídico, em prol da compatibilidade jurídica das normas domésticas com o Tratado de Roma. Com base nas legislações e doutrinas mais atuais, analisar-se-ão a complementariedade entre os dois sistemas: a jurisdição brasileira em matéria de crimes de guerra e a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. O presente trabalho analisará especificamente questões relacionadas à jurisdição militar brasileira e, por derradeiro, o princípio da complementariedade do Estatuto de Roma em relação à atuação da jurisdição primária brasileira em matéria de Crimes de Guerra.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional, Estatuto de Roma, Código de Guerra do Brasil, Crimes de Guerra, Código Penal Militar, Justiça Militar.

THE COMPLEMENTARITY OF THE ROME STATUTE IN RELATION TO THE BRAZILIAN WAR CODE

Abstract. The present work investigates on the complementarity of the Rome Statute in relation to the War Code of Brazil. The world has experienced several ad hoc tribunals throughout history where victors judged the losers in wars. The International Criminal Court became the first universal reach of Court, permanent, independent, established to try the most serious crimes: crimes considered by humanity, such as war crimes, crimes against humanity, the crime of aggression and genocide. This Court has complementary jurisdiction to the courts of the States, acting only on the grounds of non-judgment or state disinterest in punishing that can trigger impunity. In 1998, Brazil ratified the Rome Statute and from that pledged to internalize and adapt its legal system, in favor of the legal compatibility of domestic rules with the Treaty of Rome. Based on the latest laws and doctrines, will analyze the complementarity between the two systems: the Brazilian jurisdiction over war crimes and the jurisdiction of the International Criminal Court. This study specifically examine issues related to the Brazilian military jurisdiction and, last, the principle of complementarity of the Rome Statute in relation to the performance of the Brazilian primary jurisdiction over war crimes.

Key words: International Criminal Court, Rome Statute, War code of Brazil, War Crimes, Military Penal Code, Military Justice.

INTRODUÇÃO

A história da humanidade divide-se basicamente em dois grandes períodos: Tempos de Paz e Tempos de Guerra lato sensu. A temática da guerra ao mesmo tempo em que é a mais danosa à sociedade, também é uma das mais interessantes ao estudo, haja vista o grau de alcance que ela atinge na vida da humanidade.

O mundo experimentou tribunais internacionais em diversas modalidades no pós Segunda Guerra Mundial. (Nuremberg e Tóquio até os Tribunais *ad hoc* de Ruanda e ex-Iugoslávia). Esses Tribunais contribuíram para a experiência mundial almejar a consolidação de um Tribunal Penal Internacional de alcance universal, permanente, independente, imparcial (e não mais de vencedores julgando vencidos), mais humano e complementar às jurisdições nacionais em âmbito penal, julgando os crimes mais graves considerados pela humanidade como: os crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crimes de agressão e genocídio.

Em 17 de julho de 1998 com a ratificação do Estatuto de Roma por grande parte dos Estados, principalmente pelo Brasil, fez-se necessário que os países internalizassem normas

de aceitação e adequação dos seus sistemas jurídicos ao Tribunal Penal Internacional, em prol de uma afinidade jurídica entre o Estatuto de Roma com suas normas internas. Em relação ao Brasil, aprovou-se o Estatuto de Roma com o Decreto Legislativo n. 112, de 06 de junho de 2002, promulgado através do Decreto nº 4.388/2002, passando a ter vigência no Brasil em setembro de 2002.

Diante da tamanha importância do tema em Direito Internacional relacionado à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, sobretudo permanente e universal, e questões afetas aos Crimes de Guerra, inclusive relacionando-se a jurisdição brasileira e seus sistemas jurídicos nessa temática de conflitos armados, este presente trabalho buscará o estudo focado na compatibilidade do Estatuto de Roma, criador do Tribunal Penal Internacional, com o ordenamento jurídico brasileiro e sua codificação de crimes de guerra, elucidando questões afetas à internalização do Estatuto de Roma e a compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro de guerra, possibilitando ao Brasil o exercício da jurisdição primária. O foco deste trabalho evitará adentrar em questões de aparente conflito de normas entre o Estatuto de Roma e o sistema jurídico brasileiro, temas esses já tão debatidos pela doutrina nacional, tais como: pena perpétua e cumprimento de prisão até o limite de 30 anos, imprescritibilidade ou prescritibilidade dos crimes, coisa julgada ou rejuízo para evitar impunidades, entrega ou extradição de nacionais, prerrogativa de foro e imunidades ou princípio da isonomia, princípio da individualização da pena ou legalidade, interferência do Conselho de Segurança no andamento processual, dentre outros temas clássicos constantemente debatidos. Proponho trilhar um estudo diferenciado dando luz a um tema geralmente esquecido, por diversos motivos, pela doutrina brasileira, ao investigar sobre a compatibilidade e complementariedade do Estatuto de Roma com o Código de Guerra do Brasil.

No que concerne a este estudo científico, será fracionado de maneira a facilitar ao estudo e a construção de uma base teórico-jurídica, demonstrando os limites da competência da justiça militar e legislação brasileira referente aos Crimes de Guerra e, por derradeiro, analisaremos o princípio da complementariedade do Estatuto de Roma e os efeitos sobre a ausência de tipificação penal plena relativa aos crimes de guerra por parte do Estado brasileiro, gerando efeitos sobre a atuação da jurisdição primária brasileira em matéria de Crimes de Guerra.

MÉTODO

A metodologia eleita que será adotada no desenvolvimento deste trabalho será a metodologia de pesquisa qualitativa e o método dedutivo. Em relação ao procedimento de investigação científica, adotar-se-ão a pesquisa teórica e acadêmica, bem como os métodos procedimentais histórico e bibliográfico. Esta pesquisa se desenvolverá tendo como subsídios documentos, análise de doutrina e conceitos, pesquisas de legislações em vigor (no Brasil e Tratados) e propostas de Projetos de Leis, bem como bibliografias relacionadas ao tema, de modo a aprofundar os estudos relacionados com o atual Código de Guerra brasileiro, o Tratado de Roma e as relações de complementariedade entre essas legislações.

DISCUSSÃO

Visando a melhor compreensão do leitor-pesquisador, esse capítulo será dividido didaticamente nos seguintes subtítulos: a) Justiça Militar Brasileira – Limites de sua competência em matéria de crimes de guerra; b) Estudo do Princípio da complementariedade do Estatuto de Roma e os efeitos sobre a ausência de tipificação penal “plena” relativa aos crimes de guerra por parte do Estado brasileiro.

Justiça militar brasileira – limites de sua competência em matéria de crimes de guerra

A Justiça Militar é o primeiro órgão da justiça brasileira com jurisdição em todo território nacional e, além disso, é o Tribunal Superior mais antigo do Brasil. O histórico da Justiça Militar no Brasil se mistura com a própria história do Brasil.

Insta recordar, por oportuno, que a origem dos tribunais “castrenses” julgadores de combatentes e militares nos remete ao Império Romano o qual constituiu tribunais em regiões longínquas, conforme o avanço das legiões e a ampliação das fronteiras do império, especialmente em zonas de batalha de guerra e em acampamentos militares, diante da necessidade de ampliação das ações dos Pretores, que ficavam situados em Roma e ficariam impossibilitados de atuarem em campos de batalha distantes. Esses acampamentos eram denominados como “castro”, em virtude disso costumeiramente designa-se a Justiça Militar como “Castrense”, permanecendo assim até dos dias atuais como referência aos órgãos da Justiça que compõem a Justiça Militar (ASSOCIAÇÃO DOS DIPLOMADOS DA ESG-MG, 2002).

A família real ingressou em terras brasileiras em 1808. Tendo em vista esta circunstância, a colônia, que era denominada de Vice-Reino e se tornou a sede do Império da

Coroa Portuguesa (SEIXAS, 2002, p.36). Em consequência disso, a cidade do Rio de Janeiro como a nova sede da monarquia passou por uma reestruturação administrativa que trouxeram benefícios à ex-colônia (VIANNA, 1967, p.13). E, em consequência disso, houve a fundação de novas estruturas de governo, tais como: Guarda Nacional, Biblioteca Nacional, Casa da Moeda, Jardim Botânico, dentre outras. A partir da criação de um grupo militar fardado, advindo de terras portuguesas, fundado na hierarquia e disciplina, com a finalidade de proteger a Família Real, e também a partir da necessidade de ampliação dessa Guarda Real militarizada, fez-se necessária à criação de uma estrutura jurisdicional em que cuidasse das condutas desviantes e infracionais que por ventura viessem a ocorrer com este novo corpo militarizado (BARRETO, 2013). Sendo assim, criou-se, o primogênito órgão da justiça brasileira com jurisdição sobre todo Estado brasileiro e de instância superior, o Conselho Supremo Militar e de Justiça¹, pelo Alvara do Príncipe Regente, com força de lei, datado de 1º de abril de 1808, tendo como primeiro presidente o Marquês de Angela, D. José Xavier de Noronha Camões de Albuquerque de Souza Muniz, Conde e Senhor de Vila Verde (BARBOSA, 1962, p.50). Este órgão jurisdicional era composto por 15 ministros sob a estrutura de que deu origem oficialmente ao escabinato² no Brasil e acumulava duas funções: uma de característica administrativa para tratar de questões administrativas perante o governo (atos de promoção e carta-patentes, requerimento para a reforma, salário, pensão e dentre outros); e outra de natureza judiciária para julgar os membros do corpo militar e atuar como órgão de última instância criminal em processos de foro essencialmente militar (SEIXAS, 2002, p.36).

No período imperial brasileiro, mesmo com o advento de uma instituição de justiça castrense em terras brasileiras, a legislação aplicada aos militares da corte ainda era o Regulamento de Conde Lippe. Esses artigos de guerra³, criados por Conde Lippe, foram empregados pelos comandantes do Exército durante as hostilidades internas e externas enfrentadas pelo Brasil, visando à manutenção da disciplina e da hierarquia da tropa. Esse regulamento militar teve vigência no Exército brasileiro até meados de 1908, durante o

¹ O Conselho Supremo Militar e de Justiça foi assim denominado até 1891, quando passou a ser chamado de Supremo Tribunal Militar. Somente, em 1934, passou a compor o Poder Judiciário do Brasil através da Constituição de 1934.

² Escabinato é o órgão do poder judiciário composto por magistrados leigos e juizes togados (de carreira).

³ Esses dispositivos penais do artigo de guerra continham artigos bastante criticáveis, haja vista o excesso de rigor empregado e penais excessivamente cruéis, por exemplo, a uso da tortura para obtenção de provas, castigos corporais, enforcamento, pena de morte, trabalhos forçados, dentre outras.

período republicano, até o momento em que o Marechal Hermes da Fonseca, ministro de guerra, resolveu reformulá-lo (SEIXAS, 2002, p,37).

No ano de 1832, o Código de Processo Criminal fundamentou a divisão clássica entre crimes puramente militares em razão da pessoa e em razão da matéria (SEIXAS, 2002, p,37). Porém, ressalta-se que o Código Criminal Imperial do Brasil de 1830 pactuou de maneira inovadora ao legislar sobre os delitos de guerra, num contexto histórico e político em que o império objetivava a consolidação da independência e da não fragmentação do território nacional, destacando-se que neste código havia a pena perpétua e pena de trabalho forçado (BRAZIL, 1830).

O Código Penal da Armada dos Estados Unidos do Brasil, instituído por meio do decreto nº 18, foi publicado em 1891 (BRAZIL, 1891), foi ampliado para abranger ao Exército em 1899, através da Lei nº 612, bem como se estendeu também à Força Aérea Brasileira em 1941, com o advento do Decreto-Lei nº 2.961. Ulteriormente, elaborou-se um código Penal Militar aplicável às três forças armadas (SEIXAS, 2002, p,39), em 24 de janeiro de 1944, por meio do Decreto-Lei 6.227 (LOUREIRO NETO, 2004, p.21).

Resumidamente, as principais alterações legislativas na estrutura da justiça militar e nas legislações, durante o período republicano, foram as seguintes: a) o Conselho Supremo Militar e de Justiça teve esse nome até 1893, sendo alterado para Supremo Tribunal Militar, conforme Decreto Legislativo nº 149, datado de 18 de julho de 1893; b) Foi instituído o Código de Organização Judiciária e o Processo Militar, em 30 de outubro de 1920, através do decreto nº 14.450; c) Em seguida, o Decreto nº 925 de 09 de dezembro de 1938, alterou o Processo Militar e estabeleceu o Código de Justiça Militar; d) Mais recentemente, foram criados os atuais códigos Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar e a Lei de Organização Judiciária Militar, respectivamente pelos Decretos nº 1.001, 1.002 e 1.003, em 21 de outubro de 1969, durante a Revolução Militar (SEIXAS, 2002, p.40).

Somente através da Constituição de 1934⁴ (elaborada após a Revolução Constitucionalista de 1932) que a Justiça Militar, a mais antiga do Brasil, passou a integrar o Poder Judiciário (BRASIL, 1934). Esta Carta Constitucional continha dois importantes conteúdos que expuseram sobre a jurisdição castrense, tendo artigo 63, alínea “c”, disposto

⁴ A Constituição de 1934 foi uma consequência direta da Revolução Constitucionalista de 1932. Com o fim da Revolução, a questão do regime político veio à tona, forçando desta forma as eleições para a Assembleia Constituinte em maio de 1933, que aprovou a nova Constituição substituindo a Constituição de 1891 elaborada durante o período pós-monárquico de governo dos militares (BRASIL, 1934).

que “são órgãos do poder judiciário, os juízes e tribunais militares” e o art. 84 disposto que os militares e assemelhados teriam foro especial nos delitos militares, podendo ser estendido aos civis para reprimir crimes contra a segurança externa do país ou em desfavor das instituições militares.

A Constituição Federal de 1946 declarava no artigo 4º que a guerra seria o último recurso após a tentativa de outros meios para impedir o conflito, tais como o arbitramento e outros meios pacíficos de solução de conflitos. O artigo 7º previa que não haveria intervenção federal nos estados, exceto em guerra civil (conceito esse inovador para a época, referindo-se a “guerra interna”). Ou seja, a Constituição de 1946 previa dois tipos de guerra: a guerra externa clássica e a guerra interna como guerra civil (BRASIL, 1946).

Atualmente o Código de Guerra brasileiro é o Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969) que define os Crimes em tempos de Guerra e Crimes em tempos de Paz (BRASIL, 1969). No que se refere à definição de Crimes Militares em tempos de Guerra, estes são conceituados no art. 10 da parte geral deste código e na parte especial quando trata dos crimes em tempos de guerra em espécie.

Durante a elaboração do Código Penal Militar brasileiro, momento este de intensos conflitos e influências de ordem ideológica da Guerra Fria entre o sistema capitalista e o comunismo, o legislador priorizou que, para que se considerasse crime militar em período de guerra, deveria existir necessariamente uma conjuntura de beligerância vigorante no país, podendo inclusive afastar a tipicidade da conduta em virtude da ausência desse cenário de guerra. Insuficientemente, o legislador não levou em conta, durante a elaboração do nosso código de guerra, as diversas variantes de hostilidades de abrangência internacional (diferentes dos modelos tradicionais de confrontos armados, que geralmente eram antecedidas da declaração de guerra); ou Conflitos Internos com repercussão importante ou guerras civis não-internacionais. Ou seja, o art. 15 do Código Penal Militar enfatiza a importância de uma declaração ou de um reconhecimento de guerra para consolidar uma interpretação de Estado de beligerância, objetivando somente assim gerar o alcance da previsão normativa dos crimes em tempo de guerra do nosso atual código de guerra em vigor (BRASIL, 1969).

O legislador do Código Penal Militar também não levou em consideração também questões afetas à Convenção de Genebra e aos protocolos adicionais em que preveem circunstâncias atinentes à proibição da tortura, ao tratamento desumano aos vitimados do Conflito Armado interno e externo, principalmente no que se refere ao Protocolo II.

Durante o período da Guerra Fria, a União Soviética fomentava movimentos de libertação nacional, ao mesmo tempo em que boicotava o Protocolo II, pois não tinha interesse de que os confrontos armados internos (não-internacionais) sofressem regramentos e limitações. Com isso, o Estado brasileiro optou por não se tornar parte desses dois protocolos até o ano de 1992 (período após a redemocratização), enquanto houvesse grupos armados dentro do território brasileiro capitaneados por países de regime comunista que objetivavam a tomada do poder pela força e a inauguração de uma nova ordem jurídica no Brasil, pois acreditava-se que se o Brasil aderisse esses protocolos de Genebra iria assim autolimitar-se em poder debelar as guerrilhas comunistas em território brasileiro (REZEK, 2007).

Essa intenção de tomar o poder pela força e inaugurar a ordem jurídica mundial foi declarada pela tese de defesa do Marechal Hermann Goring, teórico da Alemanha nazista, quando em oitiva no Tribunal de Nuremberg. Esse marechal defendia que a “*guerra total*” tem o efeito de tornar caducas todas as normas de Direito em vigor e possibilitaria aos países vencedores do conflito armado o poder de ditar uma nova ordem jurídica mundial. Ou seja, caso os grupos de guerrilha comunistas que tentavam tomar o poder no Brasil pela força tivessem conseguido obter êxito, iriam inaugurar uma nova ordem jurídica de origem comunista no Brasil (REZEK, 2007).

Com isso, a revolução militar brasileira debelou os grupos de guerrilha marxistas que objetivavam tornar o Brasil num regime socialista. Esse conflito armado interno gerou efeitos sobre a elaboração do Código Penal Militar, pois o Brasil não havia se tornado parte dos protocolos de Genebra até aquele momento e, em consequência disso, não foi incluído no Código de Guerra do Brasil questões relacionadas a tratamento humanizado, Direitos Humanos e Direito Humanitário, pois o legislador brasileiro receava de que a adesão aos protocolos adicionais da Convenção de Genebra pudesse limitar a ação estatal em debelar movimentos que queriam tomar o poder. Sendo assim, preferiu-se apenas a normatização de regras mais relacionadas à lealdade e manutenção do combatente em batalha, ao invés de incluir também os Direitos Humanos e Humanitários (REZEK, 2007). Ao contrário disso, verifica-se que a inspiração do Estatuto de Roma, conforme o art. 21 desse tratado, é consagrar os Direitos Humanos e Humanitários como fundamentos estruturantes, essência nuclear da interpretação e de fonte do direito aplicável no Tribunal Penal Internacional (BRASIL, 2002).

A legislação brasileira de crimes de guerra, atual código penal militar, priorizou tipificar condutas delituosas de guerra dando mais ênfase para as ações voltadas à manutenção da submissão, da hierarquia e disciplina da tropa, ao invés de realçar os crimes que ofendem aos bens jurídicos tutelados pelos Direitos Humanos e Direito Humanitário, conforme os objetivos maiores do Tratado de Roma. Isso fica indubitavelmente demonstrado nos títulos dados aos capítulos do Código Penal Militar quando dos crimes em tempos de guerra: da traição; da traição imprópria; da cobardia; da espionagem; do motim e da revolta; do incitamento; da inobservância do dever militar; do crime contra a incolumidade pública (da zona de efetiva operação militar); da insubordinação e da violência; do abandono de posto; da deserção e da falta de apresentação; da liberação, evasão e amotinamento de prisioneiros; do favorecimento culposo ao inimigo; da hostilidade e da ordem arbitrária; dentre outros.

Há a previsão da pena de morte na Constituição Federal do Brasil em caso de guerra declarada, dispondo o artigo 5º, inciso XLVII e art. 84, inciso XIX, desta Carta Magna que o Presidente da República é competente privativamente para declaração de guerra (tendo a autorização do Congresso Nacional ou referendado por ele, quando a declaração de guerra ocorrer no intervalo das sessões legislativas) e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional (BRASIL 1988).

Em decorrência disso, coube ao atual Código de Guerra brasileiro (Código Penal Militar – Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969) especificar como se daria a pena de morte unicamente nos termos previsto pela Constituição. Com isso, o Código de Guerra do Brasil prevê no art. 56 a pena de morte a ser executada por fuzilamento para a maioria dos crimes militares em tempo de guerra, podendo inclusive ser imediatamente executada esta pena quando em operações de guerra. Ainda em se tratando de pena de morte, sendo este tipo de pena imposta para a maioria dos crimes militares em tempo de guerra, o Código de Processo Penal Militar prescreve nos artigos 707 e 708 as disposições a respeito do procedimento para a execução desta pena, o socorro espiritual, a data de execução e lavratura em ata (BRASIL, 1969).

O órgão do Poder Judiciário brasileiro competente para julgar os crimes militares em tempo de guerra pelos crimes de guerra é a Justiça Militar brasileira. E em matéria processual nessa temática, o Código Processual Penal Militar é o código que prevê o procedimental e ritos em se tratando de crimes em tempo de guerra. Compete à justiça militar processar e

julgar os crimes militares definidos em lei e o artigo 122 da Constituição Federal de 1988 a estrutura em: Superior Tribunal Militar, Tribunais e Juízes (BRASIL, 1988).

No que se refere à Constituição Federal brasileira de 1988, depreende-se que haverá a decretação de Estado de Sítio para que ocorra declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, conforme o art. 137, inciso II, da Carta Magna, após o Presidente da República ouvir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional e solicitar ao Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 faz 81 referências à militar no seu texto. As forças armadas são instituições regulares e permanentes, organizadas com base na disciplina e hierarquia, sob subordinação suprema do Presidente da República, destinadas principalmente à defesa da pátria, à garantia dos poderes constituídos, à garantia da lei e da ordem. Os militares, sob relação especial de sujeição, tem uma série de restrições aos seus direitos, tais como: vedação de habeas corpus em prisão disciplinar; proibição de se sindicalizarem e fazerem greves; não se filiarem a partidos políticos, enquanto em serviço ativo; impossibilidade de brasileiro não nato se tornar oficial das forças armadas; possibilidade de prisão sem ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária ou auto de prisão em flagrante, haja vista as prisões disciplinares ou crimes propriamente militares; os conscritos em serviço militar obrigatório não podem se alistar como eleitores; inaplicabilidade de alguns direitos trabalhistas consagrados em função de um regime jurídico próprio (não há hora extra, jornada de trabalho, adicional noturno, seguro desemprego ou proteção contra a despedida arbitrária, adicional periculosidade, fundo de garantia, etc.); o valor do soldo pode ser inferior ao salário mínimo, quando em serviço militar, conforme Súmula Vinculante nº 6 do Supremo Tribunal Militar; o bem jurídico vida não se sobrepõe ao bem jurídico hierarquia e disciplina; dentre outros.

Uma parcela dos operadores do direito frequentemente questiona a existência da justiça militar brasileira, haja vista elevado grau de desconhecimento do Direito Militar e do sistema que o cerca, pois raramente as universidades oferecem este conteúdo em seus currículos, com exceção das Academias Militares, pois nestas unidades militares se torna fundamental formar os militares com conhecimento a respeito das regras que os cercam (legislações internas e tratados) e, além disso, das condições excepcionais que eles se subordinam ao Estado (relação especial de sujeição) com grandes restrições aos Direitos

Fundamentais, em razão da relação diferenciada mantida com o poder público como nenhum outro agente público é submetido (MIRIAN, 2007).

Por derradeiro, vale ressaltar a importância do Superior Tribunal Militar ao país, órgão mais antigo do Judiciário brasileiro, tendo em vista suas diversas peculiaridades: o próprio Direito Militar; a justiça castrense; os bens jurídicos tutelados da hierarquia e disciplina; dentre outros. Esses bens jurídicos tutelados pelo Direito Militar são diferentes, e às vezes opostos, das características do direito comum. Os militares propriamente ditos, juízes togados e castrenses, promotores militares são essenciais para a manutenção desse direito excepcional e para o julgamento desses agentes do Estado que estão sob a relação mais especialíssima de sujeição ao Estado. Portanto, a justiça militar (Superior Tribunal Militar, os Tribunais e juízes militares) se coloca frente às questões de crimes de guerra como o órgão da justiça brasileira plenamente estruturada e competente para o julgamento e exercício da jurisdição primária em matéria de crimes de guerra.

Estudo do princípio da complementariedade do Estatuto de Roma e os efeitos sobre a ausência de tipificação penal “plena” relativa aos crimes de guerra por parte do Estado brasileiro

Cumprir registrar que a leitura deste capítulo possibilitará ao final se ter uma breve noção evolutiva no tocante às tentativas da comunidade internacional em refrear o ímpeto do ser humano em guerrear. Assim, em seguida analisaremos também brevemente sobre a construção jurídica referente às leis de guerra e, por derradeiro, averiguaremos sobre o princípio da complementariedade do Tribunal Penal Internacional em relação à jurisdição do Estado brasileiro e os efeitos no tocante à omissão jurídica da legislação doméstica em matéria de crimes de guerra, conforme as convenções internacionais e o Estatuto de Roma.

A Carta das Nações Unidas de 1945 trás em seu bojo a proibição do uso da “ameaça” ou do “uso da força” e principalmente da “guerra” em Direito Internacional. Excetuando-se a essa proibição somente seria legítimo o recurso das armas em ocasiões de legítima defesa do estado soberano diante de agressão de um Estado estrangeiro ou a possibilidade de autodeterminação dos povos em lutas por descolonização. Sendo assim, em regra, a guerra se tornou uma opção ilícita diante do Direito Internacional a partir do século XX, por meio de teses jurídicas defensoras da interdição do uso da força, restando atualmente poucas hipóteses residuais em que o uso da força seria lícito e legítimo (REZEK, 2007)..

Como é cediço, durante o período da elaboração do II Protocolo Adicional (1977) que trata de confronto armado não-internacional, o mundo vivia sob a divisão ideológica da guerra fria, bem como, concomitantemente, a União Soviética se empenhava em fomentar guerras de libertação nacionais e também estimulava o boicote ao Protocolo II, no intuito de evitar normatizações internacionais limitadoras de conflitos armados internos ou não-internacionais. Nessa época, o Brasil atravessava a Revolução Militar (ou período militar) em que se debelavam movimentos rebeldes financiados e treinados por países socialistas (ou comunistas) que objetivavam tomar o poder e implantar uma Ditadura do Proletariado no Estado brasileiro. Com isso, a legislação de guerra brasileira (Código Penal Militar) sofreu influências de modo a priorizar subjetivamente mais a lealdade e manutenção do soldado em combate, ao invés de recepcionar no arcabouço jurídico pátrio questões afetas aos Direitos Humano-Humanitário ou ao Protocolo Adicional II da Convenção de Genebra que se dedicava às questões de conflito armado interno ou não internacional (tortura, tratamento humanizado às vítimas, dentre outros). A adesão do Brasil ao Protocolo II da Convenção de Genebra somente ocorreu em 1992 após a redemocratização, pois havia o receio do governo brasileiro de que o segundo protocolo poderia limitar a liberdade do Estado em reprimir os movimentos comunistas no país (REZEK, 2007).

Insta salientar, por oportuno, que durante a segunda guerra mundial surgiu a teoria da “guerra total” defendida pelo Marechal Hermann Goring perante o Tribunal de Nuremberg, constituindo-se no fundamento jurídico e lógico da Alemanha em afastar-se dos preceitos obrigacionais expostos em leis de guerra. O marechal alemão dizia que a “guerra total” tem o efeito de tornar caduca todas as normas de Direito Internacional, fazendo com que o objetivo das nações beligerantes participantes dessa “guerra total” seja se tornarem vencedoras, pois, a posteriori, essas nações vencedoras ditariam a nova ordem jurídica mundial, ou seja, a guerra total derruba o direito existente e inaugura um novo direito conforme a vontade do vencedor, conforme se der o encerramento do conflito armado (REZEK, 2007).

Dessarte, é sobretudo importante examinarmos o conceito da “guerra total” que foi tratado pelo marechal alemão para conflito armado em âmbito internacional e refletirmos esse mesmo conceito de guerra total em âmbito de guerra civil ou não-internacional. Inaugura-se aqui o estudo conceitual de “guerra total em conflitos armados internos ou não internacionais” e contextualizaremos em relação à realidade brasileira vivenciada sob o contexto histórico e político do Regime Militar (ou Revolução Militar ou Contra-Golpe). Pois, caso houvesse a

vitória dos movimentos insurgentes-comunistas no Brasil, esse conceito de guerra total a nível doméstico seria também adotado, pois inauguraria uma nova ordem jurídica e política no país, a partir de um Poder Constituinte Originário que tem como características ser inicial (origina uma ordem jurídica inédita, constituindo-se o ponto inicial do Direito), ilimitado (o legislador não sofre as limitações do direito anterior) e incondicionado (o direito preexistente não o condicionará, pois este Poder Constituinte não se condicionará a nenhuma fórmula prefixada) (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 198).

Dessa maneira, o contexto histórico e político que o Brasil enfrentava durante a Revolução Militar e a Guerra Fria influenciaram o governo brasileiro a não se tornar partícipe dos Protocolos Adicionais da Convenção de Genebra⁵, assim como a não incluir no Código Penal Militar questões tracejadas pelos Direitos Humanos, pelo Direito Humanitário e do Protocolo II da Convenção de Genebra propriamente dita, visto que havia o receio destes documentos limitarem o poder do governo em debelar arruaças, motins, revoltas, dentre outros movimentos armados estimulados por grupos de guerrilha comunistas (REZEK, 2007).

Em seguida será tratado a respeito do Estatuto de Roma e o princípio da complementariedade em relação à atual omissão da jurisdição brasileira em tipificar algumas condutas concernentes aos crimes de guerra. O Tratado de Roma de 1998 criou o Tribunal Penal Internacional que tem jurisdição permanente em matéria criminal e dotado de personalidade jurídica. O Estado brasileiro assinou o Estatuto em 7 de fevereiro de 2000 e o parlamento brasileiro o aprovou através do Decreto Legislativo nº 112/2002, havendo o depósito do Tratado em 20 de junho de 2002 e vinculando o Brasil como estado-parte, sendo integrado ao arcabouço jurídico pátrio com o status de normatização materialmente constitucional. O artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias já declarava que o Brasil iria propor a fundação de um Tribunal Internacional relacionado aos Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2005, p. 33-36).

Nessa incorporação do Estatuto de Roma ao acervo jurídico brasileiro há questões a serem ajustadas no intuito de compatibilização das legislações internas com o tratado. Frequentemente são mencionadas questões clássicas pendentes desses ajustes, por exemplo: pena de prisão perpétua, entrega de nacionais, coisa julgada, reserva legal, imunidades e prerrogativas, dentre outros. Com isso, faz-se necessários a realização de retoques na legislação brasileira no intuito de harmonizarmos com o Tratado de Roma.

⁵ O Brasil se tornou partícipe dos Protocolos de Genebra somente em 1992.

A jurisdição do Tribunal Penal internacional não esvazia a competência dos tribunais nacionais (REZEK, 2000), no entanto ela é complementar (ou subsidiária) aos Estados, pois a estes é oportunizada a atuação da jurisdição primariamente, sobretudo apurando os crimes concomitantemente previstos no Estatuto de Roma e no arcabouço jurídico doméstico. Entretanto, as jurisdições dos Estados poderão ser substituídas pelo Tribunal Penal Internacional, sendo avocada a competência deste tribunal, quando houver omissão ou o Estado for incapaz de apurar com a devida regularidade o fato (TAQUARY, 2011, p. 178). Em concordância com o exposto, Flávia Piovesan relata este raciocínio em duas passagens (PIOVESAN, 2006, p,41).

No que concerne ao Princípio da Complementariedade, esse princípio se originou da dialética da complementariedade, oriunda do princípio da complementariedade asseverado pelo físico dinamarquês Niels Bohr, com o intuito de superar um aparente conflito entre a teoria ondulatória da luz e a teoria corpuscular e consolidar o entendimento que essas teorias aparentemente conflitantes se correlacionavam e se complementavam, sem que uma teoria reduzisse a outra (REALE, 2000). O princípio da complementariedade é mencionado no preâmbulo e no artigo primeiro do Tratado de Roma (BRASIL, 2002), o que demonstra o grau de importância desse princípio para a interpretação de todo o tratado. O Tribunal Penal Internacional terá jurisdição subsidiária e residual em relação aos Estados do local onde o fato criminoso se consumou, ou do Estado da nacionalidade do cidadão autor do crime. E, além disso, faz-se necessário que estas jurisdições primárias não tenham procedido com as devidas investigações e julgamentos relativos ao fato delituoso (TAQUARY, 2011, p. 178).

Caso o Estado que tenha competência e jurisdição sobre o fato não possa investigar o caso, por exemplo, ou não demonstre interesse em apurar e julgar de forma imparcial e com independência, ou o país que deveria investigar o fato desista de prosseguir na apuração e procedimento criminal contra o investigado ou o denunciado, daria ensejo ao Tribunal Penal Internacional arrogar-se quanto à competência. Em suma, qualquer modalidade de interferência no julgamento em que levasse a um julgamento não imparcial, desrespeitando-se o devido processo legal e garantias, não independente por parte da jurisdição primária dos Estados, podendo gerar irresponsabilidade penal, daria assim ensejo ao Tribunal Penal Internacional avocar a sua competência complementar e subsidiária quanto à possibilidade de julgar com base nos crimes previstos nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º do Estatuto de Roma (crime de agressão, crime de genocídio, crime contra a humanidade e crime de guerra) (BRASIL, 2002).

As hipóteses de admissibilidade de um caso e da vontade de agir em determinado caso por parte do Tribunal Penal Internacional estão arroladas no artigo 17 do Tratado de Roma. O artigo 20 do Tratado proíbe ao *ne bis in idem*, ou seja, a impossibilidade do Tribunal julgar novamente fatos julgados devidamente sob a égide da imparcialidade e independência dos órgãos julgadores que levaram a condenação ou absolvição (BRASIL, 2002).

Atualmente, tramita no parlamento brasileiro o Projeto de Lei nº 301/2007 (apenso Projeto de Lei nº 4.038/2008) com a finalidade de propor ao Congresso Nacional um anteprojeto de lei para suprir omissões legislativas e manter a jurisdição primária nacional em relação à punição, às condutas atentatórias à dignidade humana e à Convenção de Genebra que não foram contemplados pelo atual Código Penal Militar, pelas razões já expostas de circunstâncias da época. Bem como, esse projeto permitirá a implementação do Estatuto de Roma em plenitude de maneira a equacionar a compatibilidade da legislação pátria com o Tratado de Roma. No que tange ao anteprojeto, dentre outras especificações importantes, encontram-se normas de disposições gerais (sobre conceito de crime de guerra, conflito armado internacional e não internacional; conceito de pessoas protegidas, pessoas fora de combate, bens protegidos e bens de objetivo militar; dentre outros) e uma série de tipificações de crimes em Conflitos Armados de Caráter Internacional e ou não internacional (internos) (MAZZUOLI, 2005, p. 89-116).

Por derradeiro, a Política de Defesa Nacional do Brasil (BRASIL, 2005), tem como propósito a conscientização de todos os segmentos do povo brasileiro de que a defesa do Estado e nação é uma obrigação e dever de todos, assim como também se fundamenta na primazia da solução pacífica das controvérsias, na respeitabilidade à autodeterminação dos povos, no fortalecimento da paz e da segurança internacional. Esse instrumento também demonstra que o Brasil, após um longo período histórico, não se tornou partícipe em conflitos que afetassem o território nacional diretamente. Em consequência disso, a percepção do povo brasileiro quanto às ameaças tem sido desvanecida e distante. No entanto, mesmo que o povo brasileiro seja intrinsecamente pacifista majoritariamente, o Brasil já atuou em diversas zonas de Batalha e em Guerras Mundiais em várias partes do globo. É imperioso ressaltar que o potencial do país e o cenário político beligerante do mundo, em função de diversas disputas e antagonismos, nos sugere prudência, pois a história da humanidade é dividida basicamente em dois períodos: tempos de paz e tempos de guerra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante o exposto retromencionado, constata-se a importância que o Tribunal Penal Internacional trouxe para a comunidade internacional no que concerne a mais um mecanismo que auxilia a busca incessante da promoção da cultura de paz global, do incentivo à abstenção do uso da força de maneira ilegal (somente autorizado em legítima defesa), da responsabilização individual dos autores dos crimes previstos no Estatuto de Roma, além de constituir uma Corte de jurisdição global, permanente e independente, respeitando-se o princípio da complementariedade e oportunizando aos Estados o exercício primário da sua Soberania e consolidação dos Direitos Humanos e Humanitário.

No tocante ao contexto histórico-político vivenciado pelo Brasil durante a Revolução Militar e a Guerra Fria, estes influenciaram significativamente o legislador brasileiro durante a elaboração do Código Penal Militar (Código de Guerra do Brasil), pois havia o receio do governo brasileiro à época de que a adesão ao II Protocolo Adicional da Convenção de Genebra, que se refere a Confrontos Armados Internos ou Não Internacional, pudesse limitar a liberdade do Estado em debelar movimentos rebeldes armados que desejavam a tomada do poder. Diante desse cenário, havia o receio de uma possível “guerra total” em confronto armado interno ou não-internacional no Brasil. Essa guerra total possibilitaria a inauguração de uma nova ordem jurídica e política no país, a partir de uma nova Assembleia Constituinte por meio do Poder Constituinte Originário. Esse contexto brasileiro influenciou significativamente para que o legislador não incluísse questões atinentes ao II Protocolo Adicional da Convenção de Genebra e Direitos Humanos e Humanitário na atual codificação de guerra do Brasil e optasse naquele momento por priorizar a manutenção da lealdade e da permanência do combatente na guerra. Posteriormente ao processo de redemocratização e da dissolução dos movimentos armados no país, o Brasil se tornou Estado-Parte do II Protocolo Adicional de Genebra em 1992.

Em relação ao atual Código de Guerra brasileiro, evidenciou-se a necessidade de modernizá-lo em conformidade com o Estatuto de Roma e as Convenções de Genebra e protocolos adicionais, no intuito de torná-lo compatível com as exigências atuais de também priorizar as garantias dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário. Demonstrou-se que essa atualização do nosso Código de Guerra tem sido discutida no Parlamento brasileiro e tem o condão de ampliar o rol de tipificações dos delitos de guerra no acervo jurídico doméstico, visando à manutenção da atuação primária da justiça brasileira. Sendo assim, a jurisdição do

Tribunal Penal Internacional atuaria subsidiariamente em hipóteses excepcionais quando houvesse incapacidades ou desinteresse da jurisdição brasileira em processar e julgar os autores responsáveis, prevalecendo-se desse modo a consagração do princípio da complementariedade desta Corte em relação aos Estados soberanos.

A atuação da Justiça Militar brasileira ou castrense, a mais antiga do país, demonstra plena capacidade e competência para julgar crimes de guerra utilizando-se dos Códigos Penal Militar e Processo Penal Militar, em virtude dos agentes públicos militares estarem sob a condição de relação especial de sujeição. Com a finalidade de preencher algumas omissões de tipificação de alguns delitos de guerra e com isso preservar a atuação da jurisdição primária do Brasil, ressalva-se a necessidade atual de modernização dos atuais códigos aos preceitos estabelecidos no Estatuto de Roma.

Ressalta-se também que há uma compreensão bastante rasa de uma parcela dos operadores do direito que não compreendem a necessidade de órgãos da justiça castrense ou militar existirem para julgar agentes públicos sob relação especialíssima de sujeição ao Estado e sob a tutela de bens jurídicos diversos (hierarquia e disciplina) da legislação comum, haja vista um grande número de universidades não terem em suas grades curriculares matérias de Direito Militar ou Direito de Guerra ou Direitos Humanitários, exceto as Academias Militares em razão da necessidade de instruir esses agentes quanto às legislações internas e internacionais.

Insta salientar, por oportuno, que legislar sobre a guerra demonstra o elevado grau de maturidade que atingiu o Brasil, pois essa iniciativa apenas reforçará a cultura da paz por meio da criação de mais mecanismos de ordem preventiva (educação do povo, diplomacia, negociações, arbitragem, solução pacífica dos conflitos, entre outros) e repressiva (código de guerra, justiça militar brasileira, Tribunal Penal Internacional complementarmente, dentre outros) em face das piores e mais cruéis violações dos Direitos Humanos e Humanitários, não se contradizendo, sobretudo, com a tradição do povo brasileiro ao pacifismo. Atingindo esse estágio de maturidade social atual e com instituições democráticas fortalecidas, o país engendrará eficazmente as condições de responsabilização penal e criará as condições de robustez aos meios de solução pacífica de conflitos. A opção da guerra é a *ultima ratio* como meio de legítima defesa. O povo brasileiro não participou de conflitos que afetassem diretamente o território nacional por um longo período histórico, em virtude disso a percepção do povo brasileiro quanto a legislar para guerra e quanto às possíveis ameaças tem sido

desvanecida e distante. Entretanto, mesmo que o povo brasileiro seja intimamente pacifista, o Brasil já atuou em diversas zonas de batalha e em guerras de abrangência global em várias partes do mundo. Sendo assim, é imperioso enfatizar que o potencial do país e o cenário político beligerante do mundo, em função de diversas disputas e antagonismos, nos sugere prudência, pois a história da humanidade é dividida basicamente em dois períodos: tempos de paz e tempos de guerra.

REFERÊNCIAS

ANNAN, Kofi A. *Justice vs. Impunity*. **International Herald Tribune**, 31 maio 2010.

ASSOCIAÇÃO DOS DIPLOMADOS DA ESG-MG. *Ciclo de Estudos de Política e Estratégia. A Justiça Militar da União*. Ten.-Brig.-do-Ar Sérgio Xavier Ferolla. Ministro do Supremo Tribunal Militar, 2002.

BARBOSA, Raymundo Rodrigues. **História do Supremo Tribunal Militar**. Rio de Janeiro, 1962.

BARRETO FILHO, Jordelino Rodrigues. **A histórica justiça militar brasileira**. *Revista Águia*, Edição 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.038/2008**.

BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

BRASIL. **Código Penal Militar**. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 21 de outubro de 1946.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Estatuto de Roma**. Decreto nº 4.388 de 25 de Setembro de 2002.

BRAZIL. **Código Criminal do Império do Brasil**, de 16 de dezembro de 1830.

BRAZIL. **Código Penal para a Armada da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil**, de 7 de março de 1891.

BRAZIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824.

BRASIL. **Política de Defesa Nacional**, Decreto nº 5.484, de 30 de junho de 2005.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Direito Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. 1ª Ed. Atual com Emenda Constitucional 45/2004 – Reforma do Judiciário. São Paulo. Premier Máxima, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 198.

MIRIAN, Wimmer. **As relações de sujeição especial da Administração Pública**. Revista de Direito Público nº 18. Doutrina brasileira. Rio de Janeiro. 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Caderno de Direito Constitucional. Escola da Magistratura do Tribunal Federal da 4ª Região: 2006.

REALE, Miguel. **Experiência e Cultura**. 2ª Ed. São Paulo. Bookseller, 2000.

REZEK, Francisco. **Princípios da complementaridade e da soberania**. Revista do Centro de Estudos Judiciários. Brasília, ano IV, agosto de 2000.

REZEK, Francisco. Palestra: **As Leis da Guerra no Direito Internacional Contemporâneo**, realizada VII Seminário de Direito Militar no STM, no dia 17 de outubro de 2007.

SEIXAS, Alexandre de Magalhães. **A justiça militar no Brasil: estrutura e funções**. Dissertação de mestrado, Departamento de Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, 2002.

TAQUARY, Eneida Orbage de Brito. **Tribunal Penal Internacional & a Emenda Constitucional 45/04**, 2. ed. São Paulo: Juruá, 2011.

VIANNA, Hélio. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1967, Vol. 2, p.13.

Recebido: 14/09/2016

Revisado: 15/10/2016

Aceito: 20/11/2016

James Frade Araújo. Pós-Graduando em Direito Penal e Controle Social pelo UniCEUB em 2016. Bacharel em Direito pelo UniCEUB em 2015 e em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar de Brasília em 2007. Aprovado no Exame Nacional XVII da OAB em 2015. Oficial Militar no posto de Capitão, da Polícia Militar do Distrito Federal. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2362116745638253>. E-mail: jamesjfa17@gmail.com