

Antonio Carlos Gomes Facuri

**O ESTATUTO DE ROMA PARA O TRIBUNAL PENAL  
INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DAS NORMAS  
INTERNACIONAIS DE DIREITO HUMANITÁRIO NOS CONFLITOS ARMADOS E  
SEU REFLEXO NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO**

Monografia apresentada como exigência final do  
curso de Direito Internacional dos Conflitos  
Armados

**Orientadora : Professora Loussia Mousse Felix**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

## SUMÁRIO

Apresentação.....	3
Capítulo I – Os Conflitos Armados.....	5
I.1. Conflitos Internacionais e Não Internacionais.....	6
Capítulo II – A Manutenção da Paz.....	10
II.1. Mecanismos para a Elevação da Paz.....	11
II.2. Meios de Solução Pacífica das Controvérsias.....	14
II.3. Uso da Força Militar para Segurança Coletiva.....	17
II.4. Tratados do Direito Internacional Humanitário.....	18
II.5. Os Meios de Proteção e o <i>Jus in Bellum e ad Bellum</i> .....	23
Capítulo III – A Responsabilidade Estatal.....	26
Capítulo IV- A Importância do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional.....	30
IV.1. A Resolução nº 1422/2002 da ONU e a Sua Incompatibilidade Com a Regra de Não Imunidade do Estatuto de Roma.....	34
Capítulo V- A Competência Jurisdicional do Tribunal Penal Internacional.....	44
Capítulo VI- A Necessidade de Adaptar a Legislação Interna Aos Preceitos do Estatuto/ O Anteprojeto de Lei Encaminhado ao Congresso Nacional.....	48
VI.1. O Estatuto de Roma Como Mecanismo Estimulador da Necessidade de se Alterar o Código Penal Militar.....	49
Conclusão .....	55
Referências Bibliográficas .....	63

## APRESENTAÇÃO

O presente trabalho, elaborado como exigência para a titulação na especialização do curso de Direito Internacional dos Conflitos Armados, da Universidade de Brasília, em convênio com a Universidade Ruhr de Bochum, consiste, além de um resumo do conteúdo do curso no que tange aos conflitos armados, normas internacionais de direito humanitário e dos mecanismos de manutenção e de elevação da paz, numa abordagem acerca do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998, assinado pelo Brasil em 07 de fevereiro de 2000, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 112, de 06 de junho de 2002 e promulgado pelo Decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002. O Tribunal, como é cediço, circunscreve-se num novel instrumento internacional de fomentação e proteção dos direitos humanos.

Sabe-se que o grande problema da repressão a crimes contra a pessoa humana em sede de Direito Internacional, sempre foi a falta de sanções efetivas que pudessem punir os seus responsáveis, levando von Jhering por exemplo a asseverar que norma sem sanção é como fogo que não queima. É igualmente certo que em situações extremas foram criados Tribunais *ad hoc* para evitar a impunidade, sobretudo nos casos de crimes de guerra, como por exemplo o Tribunal de Nuremberg e os atuais Tribunais criados para julgar os crimes de guerra cometidos na ex-Iugoslávia e em Rwanda. Entretanto, sabemos que tais Tribunais não deixam de ser de exceção, além de ferirem um dos princípios basilares do Direito Penal, qual seja o da irretroatividade da Lei penal.

Com efeito, considerando que nem sempre os mecanismos de manutenção e elevação da paz – instrumentos ideais para a solução das controvérsias - são eficazes no sentido de evitar-se os conflitos armados, que tantas vidas humanas ceifam, deve o direito internacional pelo menos buscar evitar os excessos no caso da inevitabilidade do conflito.

Assim, o TPI fora resultado de lenta evolução que vem passando a internacionalização dos sistemas de proteção aos direitos fundamentais, que reclamava uma

resposta punitiva internacional, sistematizada, com vistas a superar regras de imunidade dos agentes estatais e de aplicação de pena, por intermédio de mecanismos supranacionais independentes, desvinculados dos mecanismos internos de cada Estado.

Dessa forma, verifica-se a necessidade de adaptar a legislação brasileira ao Estatuto de Roma do TPI, com o fito de possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Brasil.

Nesse diapasão, fora criado um Grupo de Trabalho, instituído pela Portaria nº 1036, de 2001, que encaminhara Anteprojeto de Lei, definindo o crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da Justiça do Tribunal Penal Internacional, dispondo ainda sobre a cooperação judiciária com o TPI.

Além de implementar o Estatuto de Roma, o projeto propõe o cumprimento de antigas obrigações internacionais no sentido de o Brasil punir as mais graves ofensas à pessoa humana, tais como as previstas nas quatro Convenções de Genebra de 1949.

O anteprojeto de lei preconiza em seu art. 15 que se aplica o Código Penal Brasileiro aos civis e o Código Penal Militar aos militares, no que não contrariarem a referida Lei.

Acontece que os dois Códigos Penais são diferentes em vários aspectos, com institutos similares tratados tanto de forma mais benéfica como mais severa pelo CPM ou vice-versa, o que sempre gerou grave contradição na repressão penal, contrariando a intenção do legislador, expressa no item 1º da Exposição de Motivos do CPM, em dar o máximo de unidade às leis substantivas penais brasileiras, evitando a adoção de duas doutrinas para o tratamento dos mesmos temas, a fim de se estabelecer perfeita aplicação das nossas leis penais em todo o território nacional.

Com a adesão do Brasil ao Estatuto e a possibilidade de militares e civis praticarem em concurso de agentes crimes previstos no Estatuto no Roma e serem punidos de forma diferente pelo mesmo fato, conforme demonstrar-se-á ao longo do trabalho, entendemos que o TPI, na verdade, além de tornar efetiva as sanções internacionais em caso de ofensa às normas internacionais de direito humano, estimulará o legislador pátrio a dar tratamento igual ao CPM e CPB, naquilo que não contrariar os princípios regedores do Direito Penal Militar, único caso em que se justifica a diferença de tratamento.

## **CAPÍTULO I**

### **OS CONFLITOS ARMADOS:**

As guerras remontam aos primeiros momentos do homem na terra, sendo uma sólida tradição da humanidade, arraigada no imaginário dos homens. Como bem observa Norbert Elias, o ser humano as utilizam não-só para dirimir as suas questões, como para saciar suas ambições e necessidades.

Celso Bubeneck assevera que os conflitos evoluíram, da guerra sem limites da Antigüidade, passando pela guerra chamada justa da idade média (na visão de Santo Agostinho) e da guerra como manifestação de arte, como na era moderna, onde os exércitos buscam – ou pelo menos deveriam buscar - um máximo de prisioneiros para permitir resgates.

Do século XVII, em Grotius, um dos precursores do Direito Internacional, recomendando moderação no combate e nas conquistas, procurando amenizar os saques e o trato com a população civil; ou de Hobbes, a propugnar a busca da paz antes de qualquer atitude, os conflitos chegaram aos nossos tempos com uma ação cujo poder devastador é capaz de dizimar a raça humana.

Com efeito, a palavra guerra foi substituída a partir de 1949 (Convenção de Genebra) por conflito armado, sendo hodiernamente usada tal denominação.

Impossível dissociar-se o tema central abordado do direito internacional dos conflitos armados, onde vemos que no passado, a guerra tinha que ser formalmente declarada. Assim, um determinado Estado litigante declarava que iria usar as suas tropas e que iria praticar o direito internacional humanitário. Acontece que muitos Estados não queriam aplicar tal direito, razão pela qual mandavam as tropas porém não diziam que se tratava de guerra (alegavam por exemplo atividades de fronteira, policiamento etc.). Um dos motivos era que em se declarando guerra, teria que se cumprir regras de direito interno, como por exemplo proibição de navios navegarem etc., o que causava impacto na economia do país, já que

limitava o comércio. No Reino Unido, inclusive, houve uma regra que obrigava ao Estado pagar indenização ao empresário prejudicado pela guerra.

Outro inconveniente reputado por alguns países, era o fato de que em se declarando guerra, estaria reconhecendo o outro Estado beligerante como Estado, o que dependendo da motivação do conflito poderia não ser conveniente.

Ademais, o Direito Humanitário visa proteger civis, prisioneiros, feridos etc, e o que os Estados faziam era contornar o problema.

Portanto, houve necessidade de se trocar o termo guerra por conflito armado, que pode ser de caráter internacional ou de cunho não internacional.

### **I.1 Os Conflitos Internacionais e Não Internacionais :**

Os conflitos internacionais já tinham normatização no século XIX, sendo que a distinção não é feita pelos Estados, obedecendo, pois, a critérios objetivos, sendo um conflito clássico entre dois e mais Estados, regulado pelo direito internacional humanitário e cujo conceito encontra-se no art. 2º da Convenção de Genebra – alusivo a altas partes contratantes que só podem ser Estados. Insta observar que mesmo um Estado não reconhecendo um estado de guerra, as normas são aplicadas.

Assim reza o art. 2º comum às quatro Convenções de Genebra:

Além das disposições que devem entrar em vigor desde o tempo de paz, a presente Convenção aplicar-se-á em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que possa surgir entre duas ou mais das Altas Partes contratantes, mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas.

A Convenção aplicar-se-á igualmente em todos os casos de ocupação total ou parcial do território de uma Alta Parte contratante, mesmo que esta ocupação não encontre qualquer resistência militar.

Se uma das Potências co conflito não for parte na presente Convenção, as potências que nela são Partes manter-se-ão, no entanto, ligadas pela referida Convenção nas suas relações recíprocas. Além disso, elas ficarão ligadas por esta Convenção à referida Potência, se esta aceitar e aplicar as suas disposições.

Em suma, os conflitos internacionais são aqueles em que dois ou mais Estados entraram em conflito usando armas e aqueles em que o povo se insurgiu contra um poder colonial, ocupação estrangeira ou crimes racistas. Estão sujeitos a uma extensa gama de regras, incluindo às preconizadas nas quatro Convenções de Genebra e no Protocolo Adicional I.

Já o conflito não internacional é atípico, não significando interno, civil ou regional, e sim que não é internacional, ou seja, o critério é *a contrario sensu*. Ele é regulado no artigo 3º comum às quatro convenções (*common article 3*), conhecido como uma mini convenção, porquanto é um capítulo inteiro dentro de uma convenção, e o capítulo trata do conflito não internacional.<sup>1</sup>

Eis a redação do seu *caput* :

No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada, pelo menos, a aplicar as seguintes disposições...

Conforme assinala Calçado Trindade<sup>2</sup>:

A adoção do artigo 3 comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, contendo padrões mínimos de proteção em caso de conflito armado não internacional também contribui para a aproximação entre ao direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos em razão de seu amplo âmbito acarretando a aplicação das normas humanitárias igualmente nas relações entre o Estado e as pessoas sob sua jurisdição...

Este artigo tem que ser analisado por um critério intensificador, que consiste em analisar a intensidade (por exemplo ataque terrorista por si só não cabe - comentário do Comitê Internacional da Cruz Vermelha – CICV). Ressalte-se que o grupo terrorista até pode ser incluído no art. 3º, desde que seja organizado, tiver comando e algum controle territorial.

O Protocolo Adicional II , adotado a 8 de junho de 1977 fora o 1º caso em que toda uma convenção foi dedicada a um conflito não internacional. Entretanto, fizeram critérios tão rigorosos que quase não se aplica.

O artigo 1º trata do âmbito de aplicação material :

1 - O presente protocolo, que desenvolve e completa o artigo 3, comum às Convenções de 12 de agosto de 1949, sem modificar as suas condições de aplicação atuais, aplica-se a todos os conflitos armados que não estão cobertos pelo artigo 1 do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (protocolo I), e que se desenrolem em território de uma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre uma parte do seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente protocolo.

<sup>1</sup> O anteprojeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional, instituído pela Portaria 1036, de 2001, define no art. 43 o conflito armado internacional e no art. 44 o conflito armado não internacional

<sup>2</sup> In As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana, IDDH, SanJosé Costa Rica/Brasília, 1996,pp. 39

2- O presente Protocolo não se aplica às situações de tensão e de perturbação internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos, que não são considerados como conflitos armados.

Formas de consideração : primeiro, não é um patamar tão alto quanto os conflitos internacionais. Este patamar define que a convenção não é aplicável em tensões internas, como distúrbios, atos de violência ou similares, onde em princípio entra os ataques terroristas, que normalmente são isolados.

A outra forma é a luz do art. 1º, do Protocolo nº I, que preconiza :

- 1-.....
- 2 -.....
- 3- O presente protocolo, que completa as Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 para a proteção das vítimas de guerra, aplica-se nas situações previstas pelo artigo 2º comum a estas Convenções.
- 4- Nas situações mencionadas no número precedente estão incluídos os conflitos armados 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, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração relativa aos princípios do Direito Internacional respeitante às relações amigáveis e à cooperação entre os Estados nos termos da Carta das Nações Unidas.

Quanto aos grupos de oposição armada, é necessária a ocorrência de alguns pressupostos: Comando sustentável ; controle de uma parte de um território que deve ser um pouco mais que a parte de uma cidade; o grupo tem que ter o poder de responder com operações militares concentradas e sustentadas (capacidade de concentração de forças) e, finalmente, o grupo tem que ter a capacidade de implementar o protocolo, punindo quem o violar, conquanto normalmente o comando do grupo alegar quem assinou o protocolo foi o Governo e não os representantes do grupo.

O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, no julgamento do famoso caso Tadic, decidiu através da Câmara de Recursos, que para considerar a existência de um conflito armado deve envolver recurso à força armada entre Estados ou à violência armada prolongada entre autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos no território de um Estado. A prova concentra-se em dois aspectos de um conflito: a intensidade do conflito e a organização das partes no conflito. Em um conflito armado de caráter interno ou misto, estes critérios estreitamente relacionados somente são utilizados para diferenciar um conflito armado de banditismo, das insurreições desorganizadas e passageiras ou de atividades terroristas, que não estão submetidas ao direito internacional humanitário.

Existe também a chamada insurreição em massa – *levee en masse*. Este grupo já estava previsto em Haia, ocorrendo quando um país é invadido e civis pegam em armas contra as invasões (exemplo atual do Iraque). Muitas vezes eram criados nas zonas de guerra, sem tempo de estabelecer uma cadeia de comando, sendo que o Direito Internacional exige a obrigação de carregar armas ostensivamente e zelar pela aplicação do Direito Internacional Humanitário.

Existe uma zona cinzenta entre os chamados conflitos mistos, que a imprensa impropriamente chama de internacionalizado, pois não existe tal expressão, porquanto a convenção só conhece conflitos internacionais e não internacionais. Tal situação ocorrera na antiga Iugoslávia, em que a Corte teve que se decidir.

Reitera-se que o termo conflito armado apareceu pela primeira vez na Convenção de Genebra de 1949. Até aquela época, porém, o conceito de operação de paz (e sua manutenção) não existia, sendo que no capítulo seguinte será abordada a importância dos mecanismos de manutenção e elevação da paz, além dos meios de solução pacífica das controvérsias.

Por derradeiro, hoje o Direito Internacional considera três modos de classificação dos conflitos, quais sejam a classificação feita pelas próprias partes em conflito (critério lógico); a cargo de órgãos da comunidade internacional, como a ONU e a OEA; figurando também o CICV como guardião dos princípios humanitários a tarefa de classificar os conflitos.

## CAPÍTULO II

### **A MANUTENÇÃO DA PAZ:**

Considerando ser impossível a proposta que o grego Aristófanes sugeriu em uma de suas tragédias, “a greve do sexo”- onde as mulheres gregas, cansadas das guerras sem fim, resolveram unidas a única atitude para que os homens parassem de guerrear – é necessário mecanismos concretos e efetivos para a manutenção da paz e conciliação entre os povos, evitando-se a saída extrema dos conflitos armados, que matam milhares de vidas, não só de combatentes, mais inocentes civis.

Nesse diapasão foram as palavras de Kofi Annan<sup>3</sup>:

As vítimas dos conflitos de hoje não são meramente anônimas, mas literalmente incontáveis (...) A terrível verdade é que os civis não estão apenas ficando ‘presos no fogo cruzado’. Eles não são vítimas acidentais ou ‘danos colaterais’ conforme o eufemismo atual os define. Eles são freqüentemente almejados deliberadamente.

Destarte, a cada século que se passou, a guerra ceifou cada vez mais vidas humanas<sup>4</sup>: No século XVIII, morreram 5,5 milhões de pessoas; no século XIX 16 milhões; na I Guerra Mundial 38 milhões. Na II Grande Guerra 60 milhões; entre 1949 e 1995 24 milhões. Em suma, 38.000 por mês em cerca de 100 conflitos. Saliente-se que esses números não estão computadas as vítimas do recente conflito no Iraque, em que até o dia 03/04/2003 (a guerra oficialmente terminou em 1º de maio e até hoje causa vítimas) computava-se 677 civis Iraquianos mortos e 5036 feridos.

Comungamos assim com Austregésilo Athayde<sup>5</sup> quando dissera que o século XX :

---

<sup>3</sup> Secretário Geral das Nações Unidas –Maio de 1999

<sup>4</sup> Fonte : Défense nationale, p. 2107, Exceto para a I guerra mundial : Source Quid 1997, Editions Robert Laffont, p. 797)

<sup>5</sup> Austregésilo Athayde e Daisaku Ikeda, Direitos Humanos no Século XXI, Record, Rio de Janeiro, 2000,p.187.

foi um século de guerras e de opressão dos direitos humanos nunca antes visto na história da humanidade. Um cientista chegou até a denomina-lo de 'século de meganocídio, fazendo alusão aos graves problemas que ameaçam a subsistência da humanidade, tais como as armas nucleares e o agravamento global do meio ambiente.

Outrossim, além do fato de um considerável número de conflitos terem irrompido desde 1945, novos tipos de conflitos surgiram, como guerras de liberação nacional e guerrilhas e o avanço tecnológico resultou em diversas armas com alto potencial bélico.

Durante os anos 90, estimou-se que a população civil representou 80 por cento de todas as vítimas de conflitos armados.

### **II.1 Mecanismos para a Elevação da Paz:**

Dessa forma , o ideal é buscar-se mecanismos aptos à elevação da paz, na esteira de raciocínio de Bobbio<sup>6</sup> :

É preciso dar-se conta de que, no que concerne ao problema da paz, encontramos hoje diante de uma mudança: pudemos até agora colocar o valor da paz numa balança que contém na outra extremidade outros valores, como a justiça, a liberdade, a honra. Mas a partir do momento em que a guerra pode significar a catástrofe atômica, não existe mais a possibilidade de se colocar uma alternativa à paz.(...) a paz hoje interessa aos homens enquanto homens, parte do gênero humano, ameaçados por uma sinistra disputa de poder....

Dunant bem descreveu os horrores da guerra na sua obra lembranças de Solferino, referente a Batalha de mesmo nome e que deu início à criação da Cruz Vermelha, conforme leciona Gérard Peytrignet<sup>7</sup>:

No ano de 1859, no campo de batalha de Solferino, ao norte da Itália, onde as tropas francesas acabavam de triunfar sobre o exército austríaco, Dunant se encheu de indignação e de piedade com a visão de centos de soldados feridos e abandonados. A partir deste momento, a sua vida mudou de rumo; ajudado por mulheres das aldeias vizinhas, decidiu-se, em seguida, a organizar os socorros. Mas logo, pensando no futuro, teve uma visão que o levou à criação da Cruz Vermelha e deu nascimento ao direito humanitário moderno.

Hoje, o mecanismo considerado mais eficaz (embora nem sempre o seja) para a manutenção da paz, evitando-se ataques indiscriminados, é a proibição de iniciar operações bélicas contra Estado, ainda que represente ameaça à paz e à segurança internacional, sem a autorização expressa do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

<sup>6</sup> In Diário de um século. Rio de Janeiro:Campus,1998, pp.207

<sup>7</sup> op. cit., pp.129

O problema é a falta de sanções efetivas em caso de descumprimento desse preceito, que na verdade só serve para os Estados mais fracos, não atingindo na prática os poderosos, como ocorreu recentemente no último conflito do Golfo Pérsico e que dispensa comentários. Nessa esteira de raciocínio, tem-se que a falta de normas cogentes torna inaplicável essa limitação do *jus ad bellum*.

Hugo Grócio<sup>8</sup>, em inspiração filosófica, fez a seguinte observação referente às restrições quanto ao direito de matar na guerra :

Mesmo quando a justiça não exige que poupemos a vida dos homens na guerra, com freqüência isso é apropriado à bondade, à moderação, à magnanimidade... por conseguinte, um inimigo que considera não o que as leis humanas permitem, mas sim o que é seu dever, o que é justo e pio, poupará sangue hostil; e jamais infligirá morte, exceto para evitar morte ou males como a morte, ou para punir crimes que são capitais em merecimento. E mesmo àqueles que o mereceram, ele perdoará tudo, ou pelo menos a punição capital, seja por humanidade ou por alguma outra causa plausível...  
...Se a justiça não exige, pelo menos a misericórdia pede que não empreendamos, salvo por importantes causas que zelem pela segurança de muitos, coisa alguma que possa envolver, na destruição, pessoas inocentes...

Entretanto, sabemos que a realidade é bem diferente, sendo o pensamento de Grócio, embora no plano do ideal, inaplicável. Na verdade, deve haver mecanismos efetivos para que o Direito Penal Internacional tenha um caráter verdadeiramente preventivo, até mais do que retributivo, na esteira do conceito hodierno das penas, o que infelizmente nunca ocorrera.

Antes da Carta das Nações, existia a Liga das Nações, cujo objetivo principal era procurar a paz e a segurança internacionais. Ela não eliminava a guerra, mas estabelecia certas obrigações no sentido de o Estado só recorrer à guerra em última instância.

A liga acabou não vingando e o motivo relevante para o seu insucesso é o fato de que a mesma estabelecia igualdade de interesses entre as nações e certas nações tinham interesse particular na guerra e achavam que sobrepujavam aos demais.

Como exemplo concreto da vulnerabilidade da Liga citamos que uma das causas da Segunda Guerra Mundial foi a incapacidade da Liga das Nações de evitar a prática de agressões por determinados Estados, como a Itália que invadiu a Albissínia e o Japão que invadiu a Manchúria, sem que a Liga pudesse impedir.

No que tange à manutenção da paz, verificamos que a Carta das Nações Unidas não contém nenhuma declaração específica, textual, acerca do tema.

---

<sup>8</sup> in Os Grandes Filósofos do Direito, org. Clarence Morris, Martins Fontes, São Paulo, 2002, pp.100

Destarte, a idéia original da manutenção de paz é de utilizar força neutra e levemente armada, seguindo a cessação de hostilidades armadas, não durante, mas após, e com aceite do Estado onde as Forças serão utilizadas. O objetivo é desencorajar o reinício de um conflito militar.

Dessa forma, alguns procedimentos devem ser respeitados, quais sejam : uso da força somente em caso de autodefesa, neutralidade, contingente voluntário, armamento leve e aceite (concordância) do Estado onde serão utilizadas as forças.

Importante também ressaltar as diversas fases que nortearam o conceito de manutenção de paz. Inicialmente, somente militares compunham as forças de paz. Na 2ª geração do conceito passou a haver emprego de militar e civil em união multifuncionais – não só militares mais também eleitorais. Na 3ª geração já se verifica 7 pontos, a saber : emprego preventivo (tradicional da 1ª guerra); força de paz providenciando desmobilização/desarmamento; limpeza de campo minado (conscientização), supervisionar eleições (ou dar suporte às supervisões); assistência humanitária e, finalmente, ambiente seguro – principalmente quanto à assistência humanitária.

A tarefa principal que deve ser desenvolvida com o fito de prevenir conflitos e manter a paz é procurar que as partes hostis cheguem a um acordo por meios pacíficos. Nesse passo, o Capítulo VI da Carta apresenta uma lista completa dos meios de resolução pacífica de conflitos, sendo que tais meios foram alargados no seguimento de várias decisões adotadas pela Assembléia Geral, incluindo a Declaração de Manila sobre a solução pacífica de diferendos internacionais, de 1982, e a Declaração de 1988 sobre a prevenção e eliminação de situações que possam ameaçar a paz e a segurança internacionais e sobre o papel das Nações Unidas neste domínio.

A proibição pelo Direito Internacional da ameaça ou o uso da força (*jus Logus*) é hoje considerada uma supernorma, numa forma de constitucionalização do direito internacional.

## II.2 Meios de Solução Pacífica das Controvérsias:

A solução pacífica das controvérsias é, sem dúvida, o caminho das pedras para evitar-se a medida extrema do combate. É por intermédio de normas costumeiras que se tenta a solução pacífica dos conflitos.

É uma obrigação de comportamento e não de resultado, ou seja, exige-se apenas que os Estados busquem os meios para o acordo e não que cheguem necessariamente a um acordo<sup>9</sup>.

A solução das controvérsias pode dar-se por meios diplomáticos, políticos e judiciais.

O meio político não é obrigatório, a não ser que tenha se chegado a uma solução, e os Estados acordem entre si fazendo tratados ou outro meio de acordo (neste caso há um documento obrigatório impondo um resultado).

Os meios diplomáticos estão previstos no artigo 33, § 1º, da Carta da ONU – negociação, inquérito, arbitragem, etc...

Na negociação ou entendimento direto, a característica é a ausência de terceiros, sendo o meio mais utilizado entre os Estados. O problema é que a parte mais forte normalmente sai favorecida.

Outro meio, conhecido como *bons officios*, também pode ser utilizado. Sua característica é a existência de uma terceira parte com função de estimular a solução, normalmente exercida por um chefe de Estado.

Existe também o sistema de consultas (*vg*, OEA) circunscrevendo-se numa negociação programada – os chanceleres se reúnem em determinada data ou em certa circunstância para solucionar as controvérsias.

Já as comissões de inquérito têm como função averiguar fatos sem contudo fazerem juízo de valor.

A conciliação envolve elementos de inquérito e também de mediação (a mediação existe quando aparece um terceiro que vai propor solução de controvérsias entre os dois). A solução poderá ocorrer por intermédio da Assembléia-Geral da ONU, sendo tal função, porém, tão-somente recomendatória.

---

<sup>9</sup> Certos tratados podem obrigar que os Estados cheguem obrigatoriamente a um acordo, como ocorreu em 1996 no caso da ameaça ou uso de armas nucleares, ocasião em que fora dada uma opinião consultiva por parte da Corte Internacional de Justiça.

Os meios judiciais já são obrigatórios, e as suas decisões têm que ser fundamentadas.

Existe também a arbitragem, sendo que a 1ª vez em que a arbitragem fora introduzida como mecanismo de solução de controvérsia ocorrera no tratado Jay, no final do século XVIII, conquanto muitos entenderem que tenha começado no caso Alabama, onde supostamente a Inglaterra teria violado a neutralidade.

A arbitragem nunca é feita pelos Estados, mas por pessoas, embora algumas vezes tenha sido feita por chefes de Estado, como no infeliz exemplo do caso Brasil x Guiana Inglesa, em que o Rei da Itália na época, arbitrou de forma para muitos parcial em favor da Inglaterra. Atualmente é feita por técnicos, *experts* no assunto a ser arbitrado.

A principal diferença com os meios judiciários circunscreve-se no fato de ter a arbitragem um caráter *ad hoc* para um caso específico, enquanto os Tribunais têm caráter permanente.

Existe a Corte Permanente de Arbitragem, criada na 1ª conferência de paz da Haia (1899), sendo que 99% dos árbitros não são escolhidos dente a Corte Permanente.

O tratado em que as partes estabelecem todo o procedimento da arbitragem se chama compromisso arbitral, devendo conter: descrição do litígio, regra de direito aplicável, nomeação dos árbitros ou do árbitro ou estabelecer pelo menos como será a escolha, prazos e regras de procedimento e, por fim, definição da obrigação dos Estados para cumprirem a decisão arbitral.

A rigor não existe recurso, apenas pedido de interpretação (ainda assim devendo estar previsto no compromisso) em caso de ambigüidade ou imprecisão da decisão, existindo também a possibilidade de nulidade, neste caso quando verificar-se falta grave ou abuso de autoridade por parte de algum árbitro. A nulidade, ao contrário do pedido de interpretação, não precisa estar prevista no compromisso arbitral.

Outra possibilidade é a revisão, no caso em que o fato ensejador da ação do Tribunal não era factível. Assim como o pedido de interpretação, a revisão tem que estar prevista no compromisso.

A vantagem da arbitragem é que ela é flexível, barata e discreta.

Há possibilidade de atores que não sejam os Estados, podendo ser por exemplo indivíduos contra Estados.

Os meios judiciários, como o próprio nome indica, ocorrem por intermédio dos Tribunais Internacionais, sendo que o mais antigo Tribunal efetivo foi a Corte Permanente Centro Americana, que durou muito pouco (menos de 10 anos). Por isso é considerado como

primeiro grande Tribunal a Corte Permanente de Justiça Internacional, que por seu turno foi sucedida pela Corte Internacional de Justiça, inclusive funcionando na mesma sede e assumindo a jurisprudência da Corte anterior.

A CIJ possui hoje 15 juizes, todos de nacionalidades diferentes, sendo o Brasil representado por Francisco Rezek. As eleições dos membros, tanto para a Assembléia-Geral quanto para o Conselho de Segurança são por maioria absoluta, sendo 5 vagas reservadas para membros representantes dos países que compõem o Conselho Permanente da ONU, com mandato de 9 anos e reeleição sem limite.

O 1º tratado referente à solução de conflitos ocorreu no séc.XVI, com o término da guerra religiosa na Europa (1646) – paz de Westphalia.

Com a Carta das Nações Unidas (1945), as controvérsias só podem ser resolvidas por meios pacíficos, proibindo a guerra como meio lícito para solução, na linha do anterior pacto Briand Kelloy, cuja fraqueza não vingou.

A Carta também atribui à Assembléia Geral, tal como ao Conselho de Segurança e ao Secretário-Geral, um importante papel na manutenção da paz e da segurança internacionais. A mediação e a negociação podem ser empreendidas por uma pessoa designada pelo Conselho de Segurança, pela Assembléia Geral ou pelo Secretário-Geral. As nações têm uma longa história de recurso aos serviços de eminentes estadistas para facilitar os processos de paz. A experiência e o prestígio pessoal desses estadistas pode encorajar as partes a iniciar negociações sérias.

O Tribunal Internacional de Justiça também é um mecanismo para restabelecimento da paz, inclusive, o número de casos inscritos na agenda de trabalho do TIJ tem vindo a aumentar, mas ele continua ainda a ser insuficientemente utilizado para resolver conflitos por meios pacíficos.

### II.3 Uso da Força Militar Para Segurança Coletiva :

No que atine ao uso da força militar, o conceito de segurança coletiva consagrado na Carta da ONU exige quando os meios pacíficos não resultam, se recorra às medidas previstas no Capítulo VII, desde que o Conselho de Segurança assim o decida, para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais em face de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão. Até agora, o Conselho de Segurança não fez uso da mais coerciva dessas medidas, qual seja a intervenção militar prevista no Artigo 42. Na situação que surgiu entre o Iraque e o Kuwait, o Conselho preferiu autorizar os Estados Membros a tomarem medidas em seu nome.

O art. 42 da Carta da ONU autoriza o Conselho de Segurança a pôr em marcha ações militares para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Porém, essas ações só devem ser desencadeadas depois de se terem esgotado todos os meios pacíficos. A possibilidade de recorrer a elas é essencial para a credibilidade das Nações Unidas como garantes da segurança internacional.

Os dois caso atualmente previstos para o uso da força é o que legitima defesa individual ou coletiva, e o uso pela ONU nos casos de forças para atingir à paz.

As forças da ONU são compostas pelos seus conhecidos soldados da paz, que usam os inconfundíveis capacetes azuis. São enviados pelo Conselho de Segurança, com a finalidade de ajudar a aplicação dos acordos de paz, vigiar o cessar-fogo, patrulhar zonas desmilitarizadas, criar zonas tampão entre as forças adversárias e suspender os combates, enquanto os negociadores procuram encontrar soluções pacíficas para as controvérsias.

Impende salientar que a ONU não possui um exército, sendo os Estados membros que, voluntariamente, fornecem soldados e equipamentos para cada operação de manutenção da paz, recebendo por isso uma compensação do orçamento especial destinado a esse fim.

Desde 1948, houve 49 operações de manutenção da paz das Nações Unidas. Atualmente estão em curso 14. Trinta e seis operações foram criadas pelo Conselho de Segurança, entre 1988 – ano em que foi concedido o Premio Nobel da Paz às operações de manutenção da paz – e junho de 1999.

Acentue-se que não é o Secretário-Geral que cria e define as missões de manutenção de paz e sim o Conselho de Segurança, por intermédio dos 15 Estados membros, sendo que os cinco membros permanentes do Conselho podem vetar qualquer decisão sobre operações de manutenção da paz.

## II.4 Tratados do Direito Internacional Humanitário:

### Tratados sobre a proteção de vítimas de guerra

<p>Convenção para a melhoria das condições dos feridos e doentes das forças armadas em campo de batalha</p> <p>(Primeira Convenção de Genebra)</p> <p><i>Genebra, 12 de agosto de 1949</i></p>	<p>Protege combatentes feridos e doentes, o pessoal que lhes dá assistência, os imóveis nos quais estão abrigados e os equipamentos utilizados para seu benefício. Regulamenta o uso dos emblemas da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho.</p>
<p>Convenção para a melhoria das condições dos feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar.</p> <p>(Segunda Convenção de Genebra)</p> <p><i>Genebra, 12 de agosto de 1949</i></p>	<p>Estende a proteção a combatentes náufragos e regulamenta as condições sob as quais podem ser assistidos.</p>
<p>Convenção relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra</p> <p>(Terceira Convenção de Genebra)</p> <p><i>Genebra, 12 de agosto de 1949</i></p>	<p>Protege os membros das forças armadas que foram feitos prisioneiros. Estipula os regulamentos que regem o seu tratamento e estabelece os direitos e obrigações do poder detentor.</p>
<p>Convenção relativa à proteção de civis em tempos de guerra</p> <p>(Quarta Convenção de Genebra)</p> <p><i>Genebra, 12 de agosto de 1949</i></p>	<p>Estabelece os regulamentos que regem a proteção da população civil, em especial o tratamento de civis em território ocupado, aqueles privados de sua liberdade e a ocupação em geral.</p>
<p>Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção de vítimas de conflitos armados internacionais.</p> <p>(Protocolo I)</p> <p><i>8 de junho de 1977</i></p>	<p>Aumenta a proteção estendida aos civis e limita os meios e métodos de guerra.</p>
<p>Protocolo Adicional às Convenções de</p>	<p>Contém as garantias fundamentais</p>

---

<p>Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção de vítimas de conflitos armados não internacionais (Protocolo II) <i>8 de junho de 1977</i></p>	<p>para pessoas que não estejam tomando parte nas hostilidades durante um conflito armado não internacional, estipula os regulamentos relativos à proteção de civis e dos objetos e instalações essenciais à sua sobrevivência.</p>
---	---

---

**Convenções de Genebra de 1949 para a proteção de vítimas e guerra: 188**

**Estados**

- Primeira Convenção: *feridos e doentes das forças armadas no campo de batalha*
- Segunda Convenção: *feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar*
- Terceira Convenção: *prisioneiros de guerra*
- Quarta Convenção: *civis*

Os Estados devem aderir às quatro Convenções de Genebra conjuntamente.

**Protocolos de 1977 adicionais às Convenções de Genebra:**

Protocolo I: <i>conflitos armados internacionais</i>	<b>150 Estados</b>
Protocolo II: <i>conflitos armados não internacionais</i>	<b>144 Estados</b>
Declaração de acordo com o Artigo 90 do Protocolo I: <i>competência da Comissão Internacional de Levantamento de Dados</i>	<b>53 Estados</b>

**Tratados restringindo o uso ou proibindo certas armas**

---

<p>Convenção sobre a proibição ou restrições ao uso de certas armas convencionais que podem ser julgadas excessivamente prejudiciais ou ter efeitos indiscriminados</p>	<p>Estabelece a estrutura para os protocolos proibindo o uso de certas armas.</p>
---	---

*Genebra, 10 de outubro de 1980*

---

<p>Protocolo sobre fragmentos não</p>	<p>Proíbe o uso de armas que causem</p>
---------------------------------------	---

---

detectáveis (Protocolo I)	ferimentos por fragmentos que não podem ser detectados por raios X.
<i>Genebra, 10 de outubro de 1980</i>	
Protocolo sobre a proibição ou restrições ao uso de minas, armadilhas camufladas e outros dispositivos (Protocolo II)	Proíbe o uso de minas, armadilhas camufladas e outros dispositivos contra a população civil e restringe seu uso contra alvo militares. A emenda do Protocolo estende ainda mais a proibição desses dispositivos e estende sua abrangência para os conflitos internos.
<i>Genebra, 10 de outubro de 1980</i> <i>Alterado em 3 de maio de 1996</i>	
Protocolo sobre a proibição ou restrições ao uso de armas incendiárias (Protocolo III)	Proíbe o uso de armas incendiárias contra civis e objetos civis e restringe o seu uso contra alvos militares.
<i>Genebra, 10 de outubro de 1980</i>	
Protocolo sobre armas a laser que causem cegueira (Protocolo IV)	Proíbe o uso de armas a laser projetadas especificamente para causar cegueira permanente.
<i>Genebra, 13 de outubro de 1995</i>	
Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção, estoque e utilização de armas químicas e sobre a sua destruição	Bane as armas químicas.
<i>Paris, 13 de janeiro de 1993</i>	
Convenção sobre a proibição do uso, estoque, produção e transferência de minas anti-pessoal e sua destruição.	Bane as minas anti-pessoal.
<i>Ottawa, 3-4 de dezembro de 1997</i>	

Também chamado de tratado de Ottawa, a Convenção banindo as minas anti-pessoal entrou em vigência em 1º de março de 1999, após os requeridos 40 Estados a terem ratificado em setembro de 1998. Esta é a primeira vez que uma arma amplamente utilizada foi banida por um tratado do direito internacional humanitário.

### Países que ratificaram o tratado de Ottawa até 30 de junho de 1999

África do Sul	Espanha	Níger
Alemanha	Etiópia	Niue
Andorra	Fiji	Nova Zelândia
Antígua e Barbuda	França	Noruega
Austrália	Granada	Países Baixos
Bahamas	Guatemala	Panamá
Barbados	Guiné	Paraguai
Bélgica	Honduras	Peru
Belize	Hungria	Portugal
Benin	Ilhas Salomão	Reino Unido
Bolívia	Islândia	Samoa
Bósnia-Herzegovina	Irlanda	San Marino
Brasil	Itália	Santa Lúcia
Bulgária	Jamaica	São Cristóvão e Nevis
Burkina Faso	Japão	Senegal
Canadá	Jordão	Suazilândia
Catar	Lesoto	Suécia
Chade	Luxemburgo	Suíça
Costa Rica	Malásia	Tailândia
Croácia	Mali	Macedônia
Dinamarca	Iêmen	Trinidad e Tobago
Djibuti	Ilhas Maurício	Turcomênia
Dominica	México	Uganda
El Salvador	Mônaco	Vaticano
Equador	Moçambique	Venezuela
Eslováquia	Namíbia	Zimbábue
Eslovênia	Nicarágua	(81 Estados)

### Tratados sobre a proteção de certos objetos

Convenção para a proteção da propriedade cultural em caso de conflito armado	Protege monumentos arquitetônicos, artísticos ou históricos e outras propriedades culturais.
<i>Haia, 14 de maio de 1954</i>	

Protocolo para a proteção da propriedade cultural em caso de conflito armado <i>Haia, 14 de maio de 1954</i>	Dispõe sobre a prevenção à exportação da propriedade cultural de um território ocupado e sobre a salvaguarda e devolução de tal propriedade.
Segundo Protocolo para a proteção da propriedade cultural em caso de conflito armado <i>Haia, 26 de março de 1999</i>	Aumenta a proteção da propriedade cultural, fortalece a repressão a violações e aplica-se também a conflitos internos.
Convenção sobre a proibição ao uso militar ou outros usos hostis de técnicas de modificação ambiental <i>Genebra, 10 de dezembro de 1976</i>	Proíbe o uso militar ou qualquer outro uso hostil, como arma de guerra, de técnicas de modificação ambiental ou geofísica que tenham efeitos amplos, duradouros ou severos.

### **Tratado sobre jurisdição internacional**

Estatuto do Tribunal Internacional Criminal (ainda não está em vigor) <i>Roma, 17 de julho de 1998</i>	Estabelece um tribunal internacional criminal permanente com jurisdição sobre o crime de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e sobre o crime de agressão, uma vez que esteja definido.
---	--

### **II.5 Os Meios de Proteção e o *Jus in bellum* e *ad bellum*:**

O direito internacional humanitário proíbe os métodos e meios de guerra:

- que almejem pessoas que não estão tomando parte na luta.

Métodos e meios de guerra que por exemplo não façam distinção entre combatentes e pessoas protegidas, como o bombardeio indiscriminado, estão portanto proibidos.

- que causem ferimentos desnecessários. Por exemplo, o direito humanitário proíbe o uso de armas cujo efeito seria excessivo em relação à vantagem militar esperada, como balas explosivas cujo objetivo é causar ferimentos que não podem ser tratados.

- que causem danos permanentes ao meio ambiente. O uso de armas biológicas e químicas e de minas terrestres antipessoal está portanto proibido.

Portanto, é proibido o uso de:

- armas que não façam discriminação entre alvos militares e não-militares, entre combatentes e pessoas protegidas (o tratado recente banindo minas terrestres anti-pessoal é um bom exemplo);

- armamentos , projéteis e outros materiais de natureza tal que causem ferimentos desnecessários a pessoal inimigo, ou seja, que causem sofrimento que poderia ser evitado se o objetivo almejado fosse alcançado causando um menor grau de sofrimento;

- projéteis luminosos ou inflamáveis, balas que se espalham ou explodem dentro do corpo (balas dum dum), veneno e armamentos venenosos;

- armamentos cujo efeito principal é ferir através de fragmentos que no corpo humano não sejam detectados por raios X;

- armadilhas camufladas e armas incendiárias;

- métodos e meios de guerra que intencionalmente causem ou que se espera que causem danos em larga escala, em longo prazo ou severos ao meio ambiente.

Cumprе trazer à colação, por oportuno, os ensinamentos de Cançado Trindade<sup>10</sup>:

Com efeito, às duas celebradas vertentes do ‘direito de Genebra (voltado em particular ao respeito e proteção das vítimas de guerra em mãos inimigas) e do ‘direito de Haia’ (atinentе à condução da guerra propriamente dita e aos ‘métodos e meios’ de guerra ou de combate permissíveis-*temperamenta in bello*), há hoje quem acrescente uma terceira vertente, mais recente, a do direito de Nova York, a abranger os esforços e realizações das Nações Unidas nesta área. o ponto de partida desta corrente residiria na Convenção de Teerã sobre Direitos Humanos de 1968 (resolução XXIII), seguida de uma série de resoluções da Assembléia Gral das

<sup>10</sup> In Introdução Ao Direito Internacional Humanitário, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Brasília, 1996, pp. 11

Nações Unidas e outros órgãos principais (sobre os temas dos movimentos de libertação nacional e das possíveis proibições ou restrições ao uso de determinadas armas convencionais), com destaque para a resolução da AG. 2444 (XXIII), de 1968 (que marcou um novo interesse, no âmbito da ONU, pela matéria). Kalshoven identifica, com efeito, a partir da adoção da resolução 2444, a aceleração de um movimento de confluência entre as três correntes (Genebra, Haia, Nova York), a formarem um movimento único, englobando as preocupações com a proteção das vítimas de guerra, as regras de combate, e a proteção internacional dos direitos humanos nos conflitos armados.

Por seu turno, a Convenção de Genebra de 1949, retomando a noção de jurisdição universal, já estipulara que os Estados estariam obrigados a perseguir criminalmente pessoas violadoras do direito humanitário internacional ou pelo menos entregá-las a outro Estado para a punição penal, nos seguintes termos :

*Shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts...(or) hand such persons over for trial to another high contracting party.*

Não se pode olvidar da importante distinção entre o *jus in bello* – direito na guerra - do *jus ad bellum* – direito da guerra, ou seja, enquanto o *jus in bello* ocorre numa situação posterior à instauração do conflito, o *jus ad bellum* é aplicado antes do uso da força.

Tal diferença é relevante eis que o direito internacional humanitário não depende de legitimidade ou não do ataque.

No *jus in bello* não se perquiri sobre a legalidade do ataque do ponto de vista do direito humanitário, pois o agressor deve ser tratado humanamente, independente de qualquer coisa.

Os *jus in bello* e *ad bellum* são dois corpos distintos. Mas há uma interseção. O *jus in bello*, como já dito, independe da legitimidade do ataque para aplicação do direito internacional humanitário. Assim, mesmo que exista o direito da guerra – *jus ad bellum* - não se deve olvidar do *jus in bello*, porquanto a aplicação do direito humanitário deve sempre acontecer.

Nesse sentido, o Protocolo I, Artigo 35, alude que “em qualquer conflito armado, os direitos das partes no conflito de escolher métodos e meios de guerra não é ilimitado”.

Porém, como punir estas e/ou outras violações ?

O problema é que não existia sanções no direito internacional humanitário, apenas represálias, que num dado momento acertadamente passaram a ser também proibidas

(vários países se insurgiram contra a cláusula de reserva de represálias), sendo que no capítulo seguinte será tratado acerca da responsabilidade estatal.

### CAPÍTULO III

#### A RESPONSABILIDADE ESTATAL:

No campo da responsabilidade estatal, verificamos a existência da *Classical Law of delicti basic rule* (1928), que remete a uma lei clássica de delito – Alemanha, onde fora determinado pagamento. Os primeiros 4 artigos são regras básicas, conferindo que um ato danoso de Estado implica em responsabilidade daquele Estado. Existe um art. (3º) que define ato danoso, como sendo ação ou omissão que constitui quebra de obrigação. Já o art. 4º define a hierarquia de atos, não podendo o Estado escusar-se de obedecer a certas obrigações assumidas, com base no seu direito interno.

O grande problema é a atribuição de responsabilidade pelos atos, já que a lei contém regras abstratas, surgindo ainda a dúvida de quais normas devem ser aplicadas, internacionais ou internas.

Outro inconveniente é que a lei não faz distinção entre delitos cíveis e criminais e, como é cediço do ponto de vista penal, delito é amplamente definido.

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, estabelecida pela Carta das Nações Unidas, também não soluciona o problema, pois além de não prever crimes, tem uma atividade na prática meramente consultiva.

Especificamente ao uso da força, antes, não havia nenhuma regra sobre direito humanitário. Evoluiu-se para alguns tratados isolados, em que alguns países comprometeram-se a não usar a força. Destarte, historicamente não encontramos regras sobre o uso da força, embora tenha havido algumas tentativas, vg: a doutrina da guerra justa, que voltou a ser discutida nos dias atuais. Ela Repousa-se em doutrinadores espanhóis por motivações religiosas (séc. XV e XVI). Na época não havia outras regras.

A doutrina da guerra justa é baseada numa causa justa, evidentemente determinada por aqueles que queriam ir à guerra como último remédio.

Nesse sentido, Grócio<sup>11</sup>:

...Uma causa justa de guerra é o dano cometido contra nós, e nada mais. Agostinho diz : a injustiça (isto é, o dano) da parte adversa torna uma guerra justa...

A maioria dos autores mencionam três causas justas de guerra; a defesa, a recuperação de propriedade e a punição de injustiça...

Tal é o sentimento natural de justiça entre as nações...

Por conseguinte, a primeira causa de uma guerra justa é um dano ainda não cometido que ameaça o corpo e os bens.

Depois apareceram alguns princípios, como o da Proporcionalidade, circunscrito na indagação se a destruição é excessiva em relação ao ganho militar, usado basicamente para os métodos e resultados pretendidos. Doutrina de 400 anos, agora discutida em vários ciclos.

Após surgiu o princípio da neutralidade, aplicado dentro do debate político, no sentido de se querer ou não ir à guerra. A neutralidade foi regulamentada pela Convenção de Haia/1907- O Estado neutro tinha alguma obrigação em relação ao Estado em conflito, vg: proibição de uso do seu território.

Hoje, podemos citar os seguintes princípios:

Princípio da necessidade: Efetivamente se precisa alvejar o objeto ? O Protocolo Adicional nº I preconiza que não pode alvejar qualquer coisa, só um alvo militar. Tem que se provar que ganhará uma vantagem militar e definitiva e não apenas potencial.

Princípio da Vantagem Antecipada: Em relação a um ato específico ou a uma série de atos. A indagação se é a curto ou a longo prazo não tem resposta, pois nem os protocolos e nem os comentários dirimem a dúvida e na verdade as FFAA pensam em curtíssimo prazo.

Proibição de Ataques Indiscriminados: Não se pode bombardear indiscriminadamente toda a área, só alvo militar específico. Por exemplo, são proibidos os chamados “tapetes de bombas”, muito usados no Vietnã e na 2ª Grande Guerra.

Proporcionalidade : Com já dito acima, é um dos mais antigos princípios, estando hoje incluído na proibição de ataques indiscriminados – art. 51 nº 04 do PI. O princípio estatuído no art. 51, nº 05 do PI, considera também os ataques indiscriminados, repetindo o conceito de definitivo e antecipação. Este princípio remete às seguintes perguntas: É um alvo militar ? Há vantagem militar definitiva ? É um ataque indiscriminado ? A destruição é excessiva em relação ao ganho militar?

Assim, para iniciar um ataque tem que obedecer aos 4 princípios :

---

<sup>11</sup> Op.Cit. PP. 85

1. Militari target
2. Principle of necessity “definitive military advantage”
3. Indiscriminale attack are probited
4. Principle of proportionality

Em suma, as operações militares devem ser realizadas poupando os civis e os bens civis. Antes de se iniciar um ataque, medidas de precaução devem ser verificadas, sendo que tal preceito deve ser obedecido não pelos soldados de campo, e sim pelos oficiais que dirigem as operações, sempre respeitando as premissas de alvo militar, meios e métodos para evitar danos colaterais e a perda de vida de civis.

Antes de adentrar ao tema seguinte, cabe recapitular que no século passado houve guerras em quase todos os continentes, razão pela qual idealizou-se a Liga das Nações Unidas para entender o que se tinha em mente ao final da 1ª guerra mundial.

Além dos motivos alhures expostos, tal pacto não funcionou em virtude de sua exagerada abertura, como por exemplo o disposto no seu art. 11 que alude a possibilidade de o Estado ir à guerra depois de três meses após decisão da arbitragem, ou seja, nada obstante a idéia de abolir a guerra, a obrigação dos Estados-Membros eram limitadas.

Estabeleceu ainda a Liga um sistema onde se algum Estado violasse as obrigações, haveria a possibilidade de excluí-lo.

Depois veio o pacto Kellei-Briond (1928), circunscrito num documento adicional apresentado por vários Estados, com a finalidade de superar a deficiência da Liga das Nações. Tal pacto continha em seu art. 1º uma regulação clara e decisiva no sentido de se condenar o uso da guerra.

Após surgiu a já comentada Carta das Nações Unidas (1945), declarada em São Francisco dia 26 de junho de 1945, que em linhas gerais assegurava que a força armada não seria usada, a não ser no interesse comum., estabelecendo o tratado duas exceções quanto à proibição do uso da força, quais sejam o direito de autodefesa – *self defense* e a auto defesa coletiva (art. 51).

Estabeleceu ainda a Carta medidas de segurança coletiva, preconizadas nos artigos 39 e seguintes .

Regras de países vitoriosos : Permitem que forças vitoriosas da guerra exerçam forças contra países sucumbentes (ex Alemanha e Japão após a 2ª guerra) sem precisar obedecer as regras. Alguns entendem que já estão em desuso.

Duas resoluções importantes :

1ª - Declaração sobre relações amistosas – reafirma a proibição geral do uso da força.

2ª Resolução sobre agressão – Lista incidentes os quais a Assembléia Geral definiu como agressão (invasão, bombardeio, ataque por forças terrestres, marinhas e aéreas). Inclui a remessa de um Estado por outro Estado de armamento para grupos de guerrilha, ou qualquer outro grupo armado.

O grande problema é o desequilíbrio de forças, que impede efetivas sanções contra os países violadores do pacto.

A título de ilustração, a guerra do golfo pérsico de 1991 terminou com uma resolução do Conselho de Segurança da ONU, que exigiu do Iraque o desarmamento. Os EUA numa das justificativas para voltar a atacar o Iraque doze anos depois, interpretou que a resolução significava apenas um cessar fogo (no cessar fogo, ao contrário do armistício e do tratado de paz permanece o espírito de beligerância). Percebe-se em clarividência solar que deveria ter uma limitação temporal, inexistente no direito positivo internacional, o que é uma falha. Outro argumento dos EUA fora a autodefesa preventiva (consubstanciada nas supostas armas proibidas armazenadas por Sadam e que poderiam ser usadas contra a América). O problema é a subjetividade dessa interpretação, deixando uma espécie de espada de Dâmocles para os países menos poderosos. Por fim, não podemos nos esquecer que o Conselho de Segurança não autorizou formalmente o ataque, desprestigiando a Carta e conferindo às normas nela estatuídas um caráter inócuo.

Tal receio ganha ainda mais reforço com a edição nos EUA, um ano após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, da Lei traçando os novos rumos de política de segurança nacional, onde surgiu a *preemptive action* (ação preventiva). Neste caso, a chamada *self defense* da Carta das Nações, circunscrita numa ação de legítima defesa preventiva ou coletiva, porém com base em hipóteses efetivas e concretas de perigo, fora sobrepujada pelo conceito de ataque preventivo, criado pelos EUA e nem sempre baseado em provas inequívocas da ameaça

## CAPÍTULO IV

### A IMPORTÂNCIA DO ESTATUTO DE ROMA PARA O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL:

Pelo que se depreende de tudo o que foi dito em linhas retro, verificamos a importância do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998, assinado pelo Brasil em 07 de fevereiro de 2000, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002.

Destarte, o TPI fora resultado de lenta evolução que vem passando a internacionalização dos sistemas de proteção aos direitos fundamentais, que reclamava uma resposta punitiva internacional, sistematizada, com vistas a superar regras de imunidade dos agentes estatais e de aplicação de pena, por intermédio de mecanismos supranacionais independentes, desvinculados dos mecanismos internos de cada Estado. Daí o preâmbulo do Estatuto de Roma na sua versão original em espanhol:

*Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento,  
Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,  
Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,  
Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,  
Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,  
Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,  
Reafirmando los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de*

*cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,*

*Destacando, en este contexto, que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado-parte a intervenir en una situación de conflicto armado en los asuntos internos de otro Estado.*

*Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacinal en su conjunto,*

*Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales,*

*Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradela.*

Aqui não se pode perder de vista que desde o ponto inicial está fixada a razão de ser da Corte Penal Internacional, não apenas nos prolegômenos do texto, mas em seu articulado. Assim, já o art. 1º declara:

*Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia ternacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.*

Malgrado alguns países, entre eles, os EUA, tenham se recusado a avalizar o novel Tribunal, com o argumento principal que ele pode se tornar um instrumento para perseguições políticas, a verdade é que o TPI circunscreve-se num importante passo adiante para os direitos humanos.

É cediço que a grande dificuldade para a eficácia de leis internacionais, como já dito acima, sempre foi a falta de normas cogentes. Nesse passo, como bem asseverou Von Jhering, “norma sem sanção é como fogo que não queima”.

A necessidade de solucionar o problema, conjugada com a construção do direito penal internacional segundo o princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de sua vertente internacional culminou com o surgimento do Tribunal Penal Internacional.

Com efeito, conforme disse <sup>12</sup>Navanethem Pillay, “a mera existência de uma corte, e a possibilidade de se poder processar os criminosos deve, espera-se, inibir novos crimes de guerra e contra a humanidade, genocídios e outras violações dos direitos humanos”.

---

<sup>12</sup> Um dos novos magistrados do TPI

No mesmo diapasão são as palavras de Paul Tavernier<sup>13</sup>:

*Durante más de 45 años, dicha comunidad, representada por la ONU, se ha esforzado por sacar enseñanzas de Nuremberg para establecer una jurisdicción penal internacional permanente, elaborando un código penal internacional. Pero estos esfuerzos fueron vanos y los debates de la comisión de derecho internacional, encargada de redactar un código de los crímenes contra lapaz y la seguridad internacionales de la humaidad, así como el estatuto de el tribunal penal internacional, llegaron a un punto muerto, del cual costó muchísimo salir, para gran desesperación de los juristas y de algunos idelalistas.*

O art. 5º do Estatuto alude aos crimes de competência do Tribunal:

Art. 5º Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão;

2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Destarte, o Estatuto do Tribunal reconhece a competência do Tribunal em relação a crimes de guerra cometidos durante conflitos armados internacionais e não internacionais, sendo que o art. 8º define os crimes de guerra abrangidos pelo Estatuto:

Art. 8º. Crimes de Guerra

1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crimes de guerra”:

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente :

.....

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

.....

c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que qa seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:

.....

<sup>13</sup> In Revista Internacional de La Cruz Roja, nº 144, pp. 645

Urge esclarecer que o Estatuto contém um anexo, qual seja um diploma à parte (documento ICC-ASP/1/3), onde estão os elementos constitutivos dos crimes previstos no Estatuto. Na prática funciona como auxílio ao Tribunal na interpretação e aplicação dos crimes tipificados no Estatuto de Roma, como bem se denota no nº 1 da introdução geral :

*De conformidad con el artículo 9, los siguientes elementos de los crímenes ayudarán a la corte a interpretar y a aplicar los artículos 6,7 y 8 en forma compatible con el Estatuto. Serán aplicables a los elementos de los crímenes las disposiciones del Estatuto, incluyendo el artículo 21, y los principios generales enunciados en la parte III.*

Insta ainda salientar que diferentemente do Tribunal Internacional de Justiça, cuja jurisdição está limitada aos Estados, o TPI poderá acusar indivíduos. Outrossim, ao contrário do que ocorre nos Tribunais para crimes de guerra cometidos em Ruanda e na antiga Iugoslávia, sua jurisdição não será limitada a tempo ou lugar. Portanto, o TPI circunscreve-se no primeiro diploma usado para todos os indivíduos, impondo-lhes a obrigação de respeitar a lei em situações de conflito.

Como bem assinala Sylvia Steiner<sup>14</sup>:

A criação do Tribunal Penal Internacional, pela assinatura do Tratado de Roma em julho de 1998, abre uma nova perspectiva para os estudiosos do direito penal, em face das peculiaridades que assume um instrumento de persecução com institutos diversos daqueles com que se opera a justiça penal no âmbito de cada estado soberano. A partir da Segunda Grande Guerra, e mais especificamente com a aprovação dos estatutos do Tribunal de Nuremberg, o conceito de aprovação dos estatutos do Tribunal de Nuremberg, o conceito de responsabilidade subjetiva pela prática de crimes contra a humanidade inaugurou um novo sistema de justiça penal, pelo qual os agentes do próprio Estado, ainda que agindo sob o permissivo de suas leis nacionais, poderiam ser responsabilizados pela prática de crimes cujos resultados transcenderiam as fronteiras desse mesmo Estado, vindo a atingir bens jurídicos cuja proteção interessa a toda a comunidade internacional. Por essa nova visão, crimes como os de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, não podem mais ser vistos como atos de afronta às legislações penais internas, de exclusivo interesse de cada Estado.

Portanto, os bons ventos da boa esperança trouxa a resposta punitiva internacional, com o advento do Estatuto de Roma, superando-se, pois, as regras de imunidade dos agentes estatais e de aplicação de pena, além de outras formas de impunidade, por intermédio de mecanismos supranacionais, independentes dos sistemas domésticos dos Estados de alguma forma envolvidos.

---

<sup>14</sup> Juíza do Tribunal representante do Brasil, em artigo extraído do site do IBCCRIM

A responsabilidade penal é individual, prevendo-se a figura do autor ou partícipe (art. 25), sendo que os arts. 27 e 28 felizmente elidem as malfadadas imunidades de chefes de Estado ou outras autoridades que exerçam cargos oficiais.

Assim reza o art. 27, *verbis* :

Art. 27. Irrelevância da qualidade oficial

1. “O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.
2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

Já o art. 28 alude a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos, encerrando um sistema de responsabilidade de comando.

Aliás, estes dois dispositivos, ao lado do argumento de perseguição política, foram os principais motivos alegados pelos EUA para não subscrever o pacto. Na verdade, os EUA propuseram aderir ao Estatuto com a ressalva de não serem aplicadas as cláusulas de responsabilidade de Comando aos seus oficiais ou dirigentes políticos, o que evidentemente não foi aceito, até porque o Estatuto proíbe a adesão com reservas (art. 120).

#### **IV.1 A Resolução nº 1422/2002 da ONU e a Sua Incompatibilidade Com a Regra de Não Imunidade do Estatuto de Roma :**

A Resolução nº 1422/2002, adotada pelo Conselho de Segurança da ONU em sua 4752ª Sessão, realizada em 12 de julho de 2002 (conhecido como “o dia negro”), surpreendentemente mitigando a responsabilidade de Comando nos casos de missões de paz da ONU, criou duas classes de sociedades no Direito Penal Internacional: de um lado, os Estados que submetem seus cidadãos em missão de paz pela ONU à jurisdição penal internacional; de outro, aqueles Estados que reclamam imunidade em relação a essa jurisdição.

Eis a redação da Resolução:

O Conselho de Segurança Tomando nota da entrada em vigor em 1º de julho de 2002, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, feito em Roma em 17 de julho de 1998 (o Estatuto de Roma),

Destacando a importância que têm para a paz e para a segurança internacional as operações da Organização das Nações Unidas, Observando que nem todos os Estados são signatários do Estatuto de Roma, Observando que todos os Estados signatários do Estatuto de Roma optaram por aceitar sua jurisdição, de acordo com o Estatuto e, em especial, com o princípio da complementaridade, Observando que os Estados não signatários do Estatuto de Roma continuarão desempenhando suas responsabilidades no âmbito de suas jurisdições nacionais em relação aos crimes internacionais, Determinando que as operações estabelecidas e autorizadas pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas desenvolvem-se para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais, Determinando também que é de interesse da paz e da segurança internacionais conceder facilidades aos Estados-membros para que possam contribuir com as operações estabelecidas e autorizadas pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, Atuando com arrimo no Capítulo VII da Carta da Organização das Nações Unidas,

- 1.Requer: conforme o disposto no artigo 16 do Estatuto de Roma, que o Tribunal Penal Internacional – se surgir um caso envolvendo ações ou omissões relacionadas com operações estabelecidas e autorizadas pela Organização das Nações Unidas, em que tenham participado oficiais ou ex-oficiais, pessoal ou antigo pessoal de qualquer Estado colaborador não signatário do Estatuto de Roma -, não inicie nem prossiga, durante um período de doze meses a partir de 1º de julho de 2002, investigações ou processo de qualquer caso dessa índole, exceto se o Conselho de Segurança adotar uma decisão em contrário;
- 2.Expressa a intenção de renovar a petição do parágrafo 1º, sob as mesmas condições, no dia 1º de julho de cada ano, por outros doze meses, durante o período em que se fizer necessário;
- 3.Decide que os Estados-membros não tomarão qualquer medida que não estiver em harmonia com o parágrafo 1º, e suas obrigações de caráter internacional;
- 4.Decide seguir ocupando-se do assunto.

A Resolução evidentemente fora ferozmente atacada pelos internacionalistas, tendo por exemplo Kai Ambos feito as seguintes críticas <sup>15</sup>:

Havia um princípio que rezava que todos os homens são iguais perante a lei. ‘Esta é uma conquista da Revolução Francesa, com sua exigência por *égalité*’, que é hoje incorporada nos tratados internacionais de direitos humanos e no direito constitucional nacional, inclusive na constituição norte-americana. Esse princípio, desde a Resolução nº 1422 do Conselho de segurança da ONU, de 12 de julho, parece não mais se aplicar, ao menos ao direito penal internacional. O princípio atualmente reza que ‘todos são iguais perante a lei, exceto se forem cidadãos dos EUA’. Que aquele princípio tenha perdido vigor também para países não adeptos do TPI – sobretudo para China, Rússia e Índia -, não torna as coisas melhores. Esses países são felizes beneficiários da iniciativa americana...;

...o prejuízo para o Direito Internacional e o prejuízo político causados pela Resolução de 12 de julho não são ainda previsíveis, já que apenas teve início. Contudo, é evidente desde logo que a Resolução nº 1422 criou duas classes de sociedades no Direito Penal Internacional: de um lado, os Estados que submetem seus cidadãos em missão de paz pela ONU à jurisdição penal

<sup>15</sup> Boletim IBCCRIM ano 10, nº 119, outubro/2002, pp. 3

internacional; de outro, aqueles Estados que reclamam imunidade em relação a essa jurisdição...;  
 ...o dia 12 de julho não é somente um dia negro para o Direito Penal Internacional. É também um dia negro para a Europa e sua capacidade de impor seus ideais e valores comuns. É uma desilusão para todos aqueles que acreditam na unidade e na solidariedade européia contra a superpotência EUA. Esse dia marca o fim da inocência do Direito Penal em face da política do poder.

De qualquer forma, nada obstante alguns países ainda se mostrarem arredios em aceitar a jurisdição do TPI, não deixa de ser um grande passo na repressão das barbáries alhures cometidas em situações de guerra, evitando a impunidade de comandantes militares a até de governantes que porventura venham a praticar crimes de guerra, contra a humanidade, de genocídio e agressão armada, passando tais bens jurídicos a serem tutelados não-só na esfera doméstica dos Estados, mais num plano internacional, corroborando, assim, o disposto na Resolução 32/130 da Assembléia Geral das Nações Unidas e na Declaração de Viena de 1993, no sentido de que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Flávia Piovesan citada por Maurício Antonio Ribeiro Lopes<sup>16</sup> :

No cenário atual fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado ao Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta para duas importantes conseqüências: (1) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional quando os direitos humanos forem violados; (2) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Conquanto alguns entenderem que a multiplicação desenfreada de Tribunais internacionais ameaça a unidade do próprio direito internacional, o certo é que as cortes internacionais exercem grande influência no comportamento dos Estados, contribuindo sobremaneira para o desenvolvimento e unificação das regras de Direito Internacional.

Nesse ponto, comungamos com Wladimir Brito<sup>17</sup> para quem “só uma justiça internacional permanente e funcionalmente dotada de relativa independência da vontade dos Estados poderá efetivamente assegurar a defesa da humanidade”.

<sup>16</sup> op. cit pp. 344

<sup>17</sup> extraído do ensaio Tribunal Penal Internacional Uma Garantia Jurisdicional Para a Proteção dos Direitos da Pessoa Humana

O mesmo raciocínio é exposto por Jonathan Charney, citado por George Galindo<sup>18</sup>:

O argumento principal de charney é que, embora muitos afirmem que a multiplicação de tribunais pode ser prejudicial para o Direito Internacional, ela pode contribuir para a expansão e aplicação do Direito Internacional. Os Tribunais podem proporcionar oportunidade para desenvolver o direito, sem diminuir a sua legitimidade.

Em suma, após a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem (Resolução nº 217A/III de 10 de dezembro de 1948) e a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Resolução da Assembléia Geral nº 260-A), a humanidade ficou dotada de dois importantes instrumentos de defesa dos direitos da pessoa humana, tanto a nível individual como coletivo. Entretanto, ainda existia uma lacuna, porquanto faltava criar uma instituição internacional apta a julgar crimes internacionais previamente tipificados num Estatuto, vazio este agora preenchido com a criação do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, inovador instrumento de prevenção e punição.

#### **Eis os países que aderiram ao Estatuto :**

PAÍS	DATA DE ADESÃO	DATA DE RATIFICAÇÃO
Afeganistão		10/02/2003
Albânia	18/07/1998	31/01/2003
Argélia	28/12/2000	
Andorra	18/07/1998	30/04/2001
Angola	07/10/1998	
Antigua e Barbuda	23/10/1998	18/06/2001
Argentina	08/01/1999	08/02/2001
Armênia	01/10/1999	
Austrália	09/12/1998	01/07/2002
Áustria	07/10/1998	28/12/2000
Bahamas	29/12/2000	
Bahrain	11/12/2000	
Bangladesh	16/09/1999	
Barbados	08/09/2000	10/12/2002
Bélgica	10/09/1998	28/06/2000
Belize	05/04/2000	05/04/2000
Benin	24/09/1999	22/01/2002
Bolívia	17/07/1998	27/06/2002
Bósnia e Herzegovina	17/07/2000	11/04/2002
Botswana	08/09/2000	08/09/2000
Brasil	07/02/2000	20/06/2002
Bulgária	11/02/1999	11/04/2002
Burkina Faso	30/11/1998	
Burundi	13/01/1999	
Cambódia	23/10/2000	11/04/2002
Camarões	17/07/1998	
Canadá	18/12/1998	07/07/2000

<sup>18</sup> Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 33, Outubro-dezembro de 2000, pp.18

Cabo Verde	28/12/2000	
República Central Africana	07/12/1999	03/10/2001
Chade	20/10/1999	
Chile	11/09/1998	
Colômbia	10/12/1998	05/08/2002
Comoros	22/09/2000	
Congo	17/07/1998	
Costa Rica	07/10/1998	07/06/2001
Cote d'Ivoire	30/11/1998	
Croácia	12/10/1998	21/05/2001
Chipre	15/10/1998	07/03/2002
República Tcheca	13/04/1999	
Repúbl. Democr. do Congo	08/09/2000	11/04/2002
Dinamarca	25/09/1998	21/06/2001
Djibouti	07/10/1998	05/11/2002
Dominica		12/02/2001
República Dominicana	08/09/2000	
Equador	07/10/1998	05/02/2002
Egito	26/12/2000	
Eritrea	07/10/1998	
Estônia	27/12/1999	30/01/2002
Fiji	29/11/1999	29/11/1999
Finlândia	07/10/1998	29/12/2000
França	18/07/1998	09/06/2000
Gabão	22/12/1998	20/09/2000
Gâmbia	04/12/1998	28/06/2002
Geórgia	18/07/1998	05/09/2003
Alemanha	10/12/1998	11/12/2000
Gana	18/07/1998	20/12/1999
Grécia	18/07/1998	15/05/2002
Guiné	07/09/2000	14/07/2003
Guiné-Bissau	12/09/2000	
Guiana	28/12/2000	
Haiti	26/02/1999	
Honduras	07/10/1998	01/07/2002
Hungria	15/01/1999	30/11/2001
Islândia	26/08/1998	25/05/2000
Irã	31/12/2000	
Irlanda	07/10/1998	11/04/2002
Israel	31/12/2000	
Itália	18/07/1998	26/07/1999
Jamaica	08/09/2000	
Jordânia	07/10/1998	11/04/2002
Quênia	11/08/1999	
Kuwait	08/09/2000	
Kyrgyzstan	08/12/1998	
Latvia	22/04/1999	28/06/2002
Lesoto	30/11/1998	06/09/2000
Libéria	17/07/1998	
Liechtenstein	18/07/1998	02/10/2001
Lituânia	10/12/1998	12/05/2003
Luxemburgo	13/10/1998	08/09/2000
Madagascar	18/07/1998	
Malawi	02/03/1999	19/09/2002
Mali	17/07/1998	16/08/2000
Malta	17/07/1998	29/11/2002
Ilhas Marshall	06/09/2000	07/12/2000
Maurício	11/11/1998	05/03/2002
México	07/09/2000	
Mônaco	18/07/1998	

Mongólia	29/12/2000	11/04/2002
Marrocos	08/09/2000	
Moçambique	28/12/2000	
Namíbia	27/10/1998	25/06/2002
Nauru	13/12/2000	12/11/2001
Holanda	18/07/1998	17/07/2001
Nova Zelândia	07/10/1998	07/09/2000
Niger	17/07/1998	11/04/2002
Nigéria	01/06/2000	27/09/2001
Noruega	28/08/1998	16/02/2000
Oman	20/12/2000	
Panamá	18/07/1998	21/03/2002
Paraguai	07/10/1998	14/05/2001
Peru	07/12/2000	10/11/2001
Filipinas	28/12/2000	
Polónia	09/04/1999	12/11/2001
Portugal	07/10/1998	05/02/2002
Coréia	08/03/2000	13/11/2002
Moldova	08/09/2000	
Romênia	07/07/1999	11/04/2002
Rússia	13/09/2000	
Santa Lúcia	27/08/1999	
São Vicente e Grenadines		03/12/2002
Samoa	17/07/1998	16/09/2002
San Marino	18/07/1998	13/05/1999
São Tomé e Príncipe	28/12/2000	
Senegal	18/07/1998	02/02/1999
Sérvia e Montenegro	19/12/2000	06/09/2001
Seicheles	28/12/2000	
Serra Leoa	17/10/1998	15/09/2000
Eslováquia	23/12/1998	11/04/2002
Eslovênia	07/10/1998	31/12/2001
Ilhas Salomão	03/12/1998	
África do Sul	17/07/1998	27/11/2000
Espanha	18/07/1998	24/10/2000
Sudão	08/09/2000	
Suécia	07/10/1998	28/06/2001
Suíça	18/07/1998	12/10/2001
Síria	29/11/2000	
Tadjiquistão	30/11/1998	05/05/2000
Tailândia	02/10/2000	
Macedônia	07/10/1998	06/03/2002
Timor Leste		06/09/2002
Trinidad e Tobago	23/03/1999	06/04/1999
Uganda	17/03/1999	14/06/2002
Ucrânia	20/01/2000	
Emirados Árabes	27/11/2000	
Grã-Bretanha e Irlanda	30/11/1998	04/10/2001
Tanzânia	29/12/2000	20/08/2002
Estados Unidos	31/12/2000	
Uruguai	19/12/2000	28/06/2002
Usbequistão	29/12/2000	
Venezuela	14/10/1998	07/06/2000
Iêmen	28/12/2000	
Zâmbia	17/07/1998	13/11/2002
Zimbábue	17/07/1998	

Segue um quadro comparativo entre as normas preconizadas no Estatuto e as infrações graves previstas nas quatro convenções de Genebra de 1949, do Protocolo adicional I de 1977 e das infrações aplicadas em conflitos armados internacionais e não internacionais:

<b>INFRAÇÕES GRAVES DAS CONVENÇÕES DE GENEBRA</b>	<b>ESTATUTO DA CORTE PENAL INTERNACIONAL</b>
homicídio intencional	matar intencionalmente (art. 8º (2) (a) (I))
tortura e tratamentos desumanos, incluindo experimentos biológicos (CGI art. 50, CGII art.51, CGIII art. 130 e CGIV art. 147)	submeter a tortura ou a outros tratamentos desumanos, incluindo os experimentos biológicos (art. 8º (2) (a) (II))
Destruição e apropriação de bens, não justificadas por necessidades militares e realizadas em grande escala, de modo ilícito e arbitrário (CGI art. 50,CGII art. 51 e CGIV art. 147)	Destruir bens e apropriar-se deles de maneira não justificada por necessidades militares, em grande escala, ilícita e arbitrariamente  (art. 8º(2) (a) (IV) )
Obrigar um prisioneiro de guerra (ou uma pessoa protegida) a servir nas forças armadas da potência inimiga	Obrigar um prisioneiro de guerra ou outra pessoa protegida a prestar serviço nas forças de uma potencia inimiga (art. 8º(2) (a) (v) )
Privar um prisioneiro de guerra (ou uma pessoa protegida) do seu direito a ser julgado legítima e imparcialmente segundo as prescrições da presente Convenção (CGIII art. 130 y CGIV art. 147)	Provar deliberadamente um prisioneiro de guerra ou outra pessoa de seus direitos a um juízo justo e imparcial (art. 8º (2) (a) (VI))_
Deportação e traslado ilegal	Submeter a deportação, transferência e confinamento ilegais (art. 8º (2) (a) (VII))
Tomada de reféns (CGIV)	
<b>INFRAÇÕES GRAVES DO PROTOCOLO ADICIONAL I DE 1977</b>	<b>ESTATUTO DA CORTE PENAL INTERNACIONAL</b>
Lançar um ataque indiscriminado, que atinja a população civil ou bens de caráter civil, sabendo que esse ataque causará perdas de vidas humanas, ferimentos em pessoas civis ou danos em bens de caráter civil, que sejam excessivos nos termos do art. 57, nº 2, alínea a),III) – (PA I art. 85, nº 3, b)	Lançar um ataque intencional, sabendo que incidentalmente causará perdas de vidas, lesões em civis ou danos a bens de caráter civil ou danos extensos, duradouros e graves ao meio ambiente que sejam claramente excessivos em relação à vantagem militar geral, concreta e direta prevista (art. 8º, 2, b, IV)
Submeter a população ou pessoas civis a um ataque (PAI, art. 85, 3, a)	Dirigir intencionalmente ataques contra a população civil enquanto tal ou contra civis que não participem diretamente das hostilidades (art. 8º, 2, b, I)

Lançar um ataque contra obras ou instalações contendo forças perigosas, sabendo que esse ataque causará perdas de vidas humanas, ferimentos em pessoas civis ou danos em bens de caráter civil, que sejam excessivos nos termos do art. 57,2,a,III)	
Lançar um ataque a localidades não defendidas ou zonas desmilitarizadas (PAI art. 85 (3))	Atacar ou bombardear, pó qualquer meio, cidades, aldeias, povoados ou prédios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares (art. 8º, 2,b, V)
Lançar um ataque a uma pessoa sabendo que ela está fora de combate (PAI art.85(3))	Causar a morte ou lesões a um inimigo que tenha deposto as armas ou que, por não ter meios para defender-se, tenha se rendido à discricção (art. 8º,2,b,VI)
Utilizar perfidamente, em violação do art. 37, o sinal distintivo da Cruz Vermelha, ou do Crescente Vermelho ou outros sinais protetores reconhecidos pelas Convenções e pelo presente Protocolo (PAI, 3, f)	Utilizar de modo indevido a bandeira branca, a bandeira ou as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nacos Unidas, bem como os emblemas previstos nas Convenções de Genebra, e causar assim a morte ou lesões graves (art. 8º,2, b,VII)
O fato de dirigir ataques contra monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto claramente reconhecidos, que constituam patrimônio cultural ou espiritual dos povos e aos quais uma proteção especial foi concedida em virtude de acordo especial, por exemplo no âmbito de uma organização internacional competente, provocando assim a sua destruição em grande escala, quando não existe qualquer prova de violação pela parte adversa do art. 53, b, e os monumentos históricos, obras de arte e lugares de culto em questão não estejam situados na proximidade imediata dos objetivos militares (PAI art. 85, 4, d)	Os ataques dirigidos intencionalmente contra prédios dedicados ao culto religioso, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupam doentes e feridos, sempre que não sejam objetivos militares (art. 85,2,b,IX)
A saúde e a integridade física ou mental das pessoas em poder de parte adversa, internadas, detidas ou de qualquer outra forma privadas de liberdade em virtude de uma situação mencionada pelo artigo 1, não devem ser comprometidas por nenhum ato ou omissão injustificados. Em conseqüência, é proibido submeter as pessoas referidas no presente artigo a um ato médico que não seja motivado pelo seu estado de saúde e que não seja conforme à normas médicas geralmente reconhecidas e que a parte responsável do ato aplicaria, em circunstâncias médicas análogas, aos próprios nacionais no gozo da	Submeter indivíduos que estejam em poder de uma parte adversária a mutilações físicas ou a experiências médicas e científicas de qualquer tipo que não sejam justificadas em razão de um tratamento médico, dental ou hospitalar, nem sejam levadas a cabo em seu interesse e que causem a morte ou ponham gravemente em perigo a saúde de tal indivíduo ou indivíduos (art. 8º, 2,b, X)

sua liberdade (PAI 85 art.11)	
<b>VIOLAÇÕES GRAVES DAS LEIS APLICÁVEIS AOS CONFLITOS ARMADOS</b>	<b>ESTATUTO DA CORTE PENAL INTERNACIONAL</b>
Perfidia (PAI art. 37(1))	Matar ou ferir de modo traiçoeiro indivíduos pertencentes à nação ou ao exército inimigo (art. 8º, 2, b, XI)
Declarar que não se dará quartel (PAI art. 40)	Declarar que não se dará quartel (art. 8º, 2,b,XII)
Empregar armas envenenadas ou armas que causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários (CG art121 e 123)	utilizar veneno ou armas envenenadas (art. 8º (2) (b) (XVII)  utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou similares ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo (8º, 2,b, XVIII)  empregar armas, projéteis, materiais e métodos de guerra que, por sua própria natureza, causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou produzam efeitos indiscriminados em violação ao direito internacional os conflitos armados, desde que essas armas ou esses projéteis, materiais ou métodos de guerra sejam objeto de uma proibição completa e estejam incluídos em um anexo do presente estatuto, em virtude ed uma emenda aprovada em conformidade com as disposições que, sobre o particular, figuram nos artigos 121 e 123 (art. 8º, 2, b, XX)
Cometer ultrajes contra a dignidade da pessoa, em particular tratamentos humilhantes e degradantes (art. 4º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Rwanda)	Cometer ultrajes contra a dignidade da pessoa, em particular tratamentos humilhantes e degradantes (art. 8º, 2, b, XI)
Nenhuma pessoa protegida poderá ser utilizada para proteger, mediante sua presença, certos pontos ou certas regiões contra as operações militares (CGIV art. 28)	Utilizar a presença de civis e outras pessoas protegidas para que fiquem imunes às operações militares determinados pontos, zonas ou forças militares (art. 8º, 2,b,XXIII)
Não será objeto de ataque o pessoal sanitário, edifícios, material, unidades e veículos sanitários participantes em uma missão de manutenção de paz ou de assistência humanitária ( CGI art. 19, 20,24, 20,24 e 35, CGIV art. 18, 20,22, PAI art. 12,18,21,22 e 24)	Dirigir intencionalmente ataques contra prédios, materiais, unidades e veículos médicos e contra pessoal que esteja utilizando emblemas previstos nas Convenções de Genebra, e acordo com o direito internacional (art. 8º,2,b,XXIV)
É proibido utilizar, contra os civis, a fome	Provocar intencionalmente a inanição da

como método de guerra (PA I, art. 54, 1)	população civil como método de fazer a guerra, privando-a dos bens indispensáveis para a sua sobrevivência, inclusive por meio da obstrução intencional da chegada de suprimentos de socorro, de acordo com as Convenções de Genebra (art. 8º,2,b,XXV)
As partes no conflito tomarão todas as medidas possíveis na prática para que as crianças de menos de 15 anos não participem diretamente nas hostilidades, abstendo-se nomeadamente de os recrutar para as suas forças armadas. Quando incorporarem pessoas de mais de 15 anos mas de menos de 18 anos, as partes no conflito esforçar-se-ão por dar a prioridade aos mais velhos. PA I, art. 77,2	Recrutar ou alistar crianças menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-las para participar ativamente das hostilidades (art. 8º, 2,b, XXVI)

Cumprido aludir que o art. 10 do Estatuto de Roma reza que “nenhuma parte deverá ser interpretada de forma a limitar ou prejudicar outras normas estabelecidas ou em desenvolvimento no direito internacional para os propósitos desse Estatuto”. Como bem pondera Lyal Sunga : “Tal norma procura assegurar que a legislação internacional permanece intocada pelo Estatuto, deixando aos Tribunais *ad hoc*, criados ou por criar, a liberdade de não se considerar limitados pelas disposições de Roma”.

André de Carvalho Ramos acrescenta<sup>19</sup>:

Visto a semelhança do Estatuto de Roma com outras convenções internacionais de direitos humanos, observo que a atividade maior do Tribunal e do Ministério Público criados por esta citada Convenção é a investigação e punição de responsáveis por violações de direitos humanos.  
Esta atividade de investigação e punição é hoje consagrada por vários textos internacionais de direitos humanos como sendo uma das fórmulas possíveis de reparação (tal qual a *restitutio in integrum*, a compensação financeira e outras formas de reparação às violações de direitos humanos).

<sup>19</sup> In Tribunal Penal Internacional, Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (org), RT, 2000, pp256

## CAPÍTULO V

### A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DO TRIBUNAL PENAL

#### INTERNACIONAL:

O Tribunal Penal Internacional tem eficácia indireta, porquanto a sua jurisdição é complementar<sup>20</sup>, ou seja, quem exerce a eficácia direta são os Estados, que detêm a força. Exemplo dessa assertiva é o fato de o Estatuto de Roma prever que no caso de mandado de prisão expedido pelo TPI, os Tribunais superiores devem analisar a legalidade da prisão, inclusive a competência do TPI, salientando-se que em caso de o TPI observar que eventual absolvição fora uma farsa, poderá reabrir a causa, desta feita a ser analisado pelo Tribunal. É dizer, o TPI tem um efeito colateral maior que a própria efetividade.

O Estatuto de Roma não só criou Tribunal em jurisdição, como também consolidou crimes, sendo que os Estados partes obrigam-se a criar legislação (o Brasil por exemplo não tem crimes contra a humanidade), aliás, o Brasil tem sido criticado por causa de seus padrões de direitos humanos. Só recentemente o Brasil aderiu à Corte Interamericana de Direitos Humanos (que julga Estados e não pessoas).

No que atine a implementação do Estatuto e conflitos porventura existentes com a Constituição brasileira, inicialmente, urge aduzir que o TPI é um tratado internacional de direitos humanos, e a Constituição Federal assegura o respeito e supremacia dos direitos humanos, além de combater a violação de direitos fundamentais, conforme a inteligência do art. 5º, inc. XLI. Da mesma forma, a Carta Fundamental consagrou o Ministério Público e também o poder judiciário, com a indeclinável incumbência de zelar pela observância dos direitos humanos, consoante o art. 127 e seguintes da Constituição da República. Ademais, a prevalência dos direitos humanos é um princípio norteador das relações internacionais, na forma do art. 4º, inc.II, da Constituição da República, inferindo-se que há indisfarçável relação de pertinência lógica entre os dispositivos do TPI e a nossa Carta Política.

Entrementes, existe posicionamento, capitaneado pelo entendimento da maioria do STF, que os tratados internacionais não podem violar a normatividade

---

<sup>20</sup> nos casos de crimes contra a Administração da justiça do Tribunal, ocorre uma inversão ao princípio da complementariedade, porquanto nestes casos compete primariamente ao TPI julgar

constitucional, nem mesmo conter ou delimitar a abrangência normativa destas mesmas normas<sup>21</sup>.

Isto porque o STF atribui ao tratado incorporado internamente status de mera lei ordinária. Assim, além de hierarquicamente inferior à Constituição, não há prevalência automática dos atos internacionais mesmo em face da lei ordinária, entendendo o excelso pretório que na ocorrência de conflito entre tais normas, deve ser resolvida pela aplicação do critério cronológico (prevalecendo a normatividade posterior) ou pela aplicação do princípio da especialidade.

Destarte, o STF emprestou uma interpretação restritiva à redação do art. 5º, § 2º, da CF, que preconiza que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Conforme leciona André de Carvalho Ramos:<sup>22</sup>

Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal comparou a Constituição brasileira com a Argentina, que, depois da reforma de 1994, consagrou expressamente a hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos. Para a Corte Suprema brasileira, a diferença entre as duas Constituições demonstra que, quando o constituinte almeja estabelecer um status normativo diferenciado aos tratados de direitos humanos, ele assim o faz expressamente.

Outra corrente, chefiada por Cançado Trindade<sup>23</sup>, alternativa ao entendimento do STF, entende que a Constituição da República incorporou automaticamente as normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nessa esteira de raciocínio, não se pode legitimamente esperar que as disposições convencionais devam se subordinar às soluções de direito constitucional ou de direito público interno.

Existem algumas teorias sobre o tema, como o monismo com prevalência do direito interno, monismo com prevalência do direito internacional, monismo de Kelsen, Lauterpachte Verdross e o dualismo, dividido em dualismo de Triepel e de Anzilotti, merecendo a citação da síntese de George Rodrigo Bandeira Galindo<sup>24</sup>:

Disto se retira que, no âmbito da formulação de teorias, é bastante difícil fugir da querela entre monistas e dualistas. Se, de fato, a questão é hoje tratada sob outro enfoque, mais prático, a análise das teorias cumpre um papel metalingüístico

<sup>21</sup> Veja-se a respeito HC 77.631-SC/1998; Adin 1480-3/1996; RE 80.004/77; RE109173/SP; HC 77631 e HC 73.044-2.

<sup>22</sup> Opus citatum pp. 261

<sup>23</sup> In “A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos”. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, vol. 46, nº 182, p. 27-54, jul/dez 1993.

<sup>24</sup> In Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira, Del Rey, 2002, pp. 72

significativo, tanto para mostrar quão falho pode ser o discurso jurídico-internacional como para tentar reconstruí-lo sem reproduzir, implicitamente, incoerências.

Já Carvalho Ramos,<sup>25</sup> entende que:

o Brasil, apesar de ter votado favoravelmente ao texto do projeto do Estatuto do Tribunal Penal Internacional em julho de 1998, manifestou, através de declaração de voto, sua preocupação com o fato da Constituição brasileira proibir a extradição de nacionais e também proibir penas de caráter perpétuo, que foram aceitas pelo estatuto.

Acrescentamos que além do dever de o Estado entregar o seu nacional (*surrender*) e do instituto da prisão perpétua, o TPI também prevê que todos os crimes serão imprescritíveis, também em dissonância com a Carta Política vigente (que só prevê imprescritibilidade para alguns crimes).

Sylvia Steiner<sup>26</sup> contribui sobremaneira com o tema ao comentar sobre a previsão da prisão perpétua pelo Estatuto:

O Artigo 77 do Estatuto prevê que a Corte poderá impor aos condenados pena de reclusão, por um determinado período que não pode exceder a trinta anos, ou pena de prisão perpétua, quando assim o justificarem a extrema gravidade do crime e as circunstâncias pessoais do condenado. Prevê, ainda, a aplicação cumulativa e facultativa de pena de multa, e de perda dos bens adquiridos com o produto do crime.

Em nosso meio, grande é o debate sobre a compatibilidade de tal previsão estatutária com a disposição constitucional inscrita no art. 5º, inc.XLVII, 'a', que proíbe a prisão perpétua. Se tal previsão constitucional aplica-se ou não aos delitos internacionais, ou às decisões proferidas por Cortes internacionais, é matéria a exigir o mais sensato exame. Afinal, é também princípio inscrito no texto constitucional o de que o país se rege, no plano internacional, pela prevalência dos direitos humanos. Cogitar-se da hipótese de que a vedação constitucional dirige-se apenas ao legislador interno, não impedindo assim a submissão do país e de seus nacionais às previsões de uma Corte supranacional, não é de ser afastado de plano. As normas de direito penal da Constituição regulam o sistema punitivo interno. Dão a exata medida do que o constituinte vê como justa retribuição. Não se projeta, assim, para outros sistemas penais aos quais o país se vincule por força de compromissos internacionais. Nesse sentido vem se posicionando a Suprema Corte, deferindo a extradição de pessoas para Estados requerentes onde está prevista a pena de prisão perpétua. Ademais, nossa Constituição prevê pena de morte para crimes militares cometidos em tempo de guerra. Essa disposição deixa entrever que, para crimes de maior gravidade, pode-se aplicar pena muito mais grave que a prevista no Estatuto do TPI, que contém inclusive figuras penais semelhantes às previstas em nosso Código Penal Militar, e para as quais pode-se aplicar a pena capital.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes<sup>27</sup> assinala com muita propriedade:

---

<sup>25</sup> Idem ibidem, p. 267

<sup>26</sup> O Tribunal Penal Internacional, publicado no site do IBCCRIM

<sup>27</sup> idem ibidem pp. 325

... o mesmo papel cumprem os tratados internacionais nas suas mais diversas áreas de competência, uma vez que cumprem o papel de super-constituições metodológica e politicamente limitadas no tempo e no espaço a determinados âmbitos de interesses, o que em essência não deixa de ser um papel atualmente representado pelas próprias constituições como pretende que seja Canotilho na edição mais recente de sua obra já tornada clássica.

De qualquer sorte, a adesão do Brasil ao Tratado contribuirá com o processo político interno de democratização, inaugurado com a Constituição da República de 1988 que reza em seu art. 4º:

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios :

- I- .....
- II- prevalência dos direitos humanos;
- III-.....
- IV- .....
- V-.....
- VI-defesa da paz;
- VII- solução pacífica dos conflitos;
- VIII-.....
- IX- cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X-.....

Ora, para que tais princípios não sejam reduzidos a simples desejos do legislador constituinte originário, é preciso que lhes reconheça a força normativa que merecem e se busque adequar o ordenamento jurídico interno à nova realidade internacional, na medida em que a saída para uma humanidade mais feliz e justa é a busca irrestrita e indeclinável dos objetivos supradescritos, também encontrados no Estatuto de Roma.

## CAPÍTULO VI

### A NECESSIDADE DE ADAPTAR A LEGISLAÇÃO INTERNA AOS PRECEITOS DO ESTATUTO/ O ANTEPROJETO DE LEI ENCAMINHADO AO CONGRESSO NACIONAL:

Outrossim, conforme exposto alhures, a Jurisdição do TPI é informada pelo princípio da complementariedade, *id est*, subsidiária à jurisdição dos Estados, respeitando, pois, a primazia da jurisdição interna dos Estados subscritores. A ressalva é a hipótese de o julgamento local tiver sido realizado para a obtenção de impunidade dos autores dos crimes contra os direitos humanos, ou se a persecução criminal, seja *judicium* (fase processual) ou *extra judicium* (fase investigativa) estiver sendo feita com delongas ou parcialidade, hipótese em que haverá conflito positivo entre a jurisdição do TPI e a do Estado parte. Nesta hipótese, consoante o Estatuto de Roma, é o próprio Tribunal Internacional que julga tal conflito, facultando ao Estado apresentar razões perante o TPI.

Com efeito, a característica *jus cogens* dos tratados de Direitos Humanos reforça o seu escopo constitucional, vinculando os estados partes aos seus preceitos, na esteira de raciocínio da chamada teoria dos três círculos, circunscrita nas obrigações *erga omnes*, normas *jus cogens* e crimes internacionais.

Isto porque alguns direitos humanos possuem um caráter supraconstitucional, não podendo o ordenamento jurídico dispor de forma diferente e nem os Tribunais lhes dar interpretação restritiva e, para evitar antinomias entre as normas ou mesmo recorrer-se à jurisprudência para a interpretação das mesmas, o Estado Parte deve adequar seu ordenamento jurídico aos ditames dos tratados, *in casu*, o Estatuto de Roma.

Assim, impende salientar que numa primeira abordagem, se verifica a necessidade de adaptar a legislação brasileira ao Estatuto de Roma do TPI, com o fito de possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Brasil.

Nesse diapasão, fora criado um Grupo de Trabalho, instituído pela Portaria nº1036, de 2001, que encaminhara Anteprojeto de Lei, definindo o crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da Justiça do Tribunal Penal Internacional, dispondo ainda sobre a cooperação judiciária com o TPI.

Além de implementar o Estatuto de Roma, o projeto propõe o cumprimento de antigas obrigações internacionais no sentido de o Brasil punir as mais graves ofensas à pessoa humana, tais como as previstas nas quatro Convenções de Genebra de 1949.

Como bem assinala Tarciso Dal Maso Jardim (Coordenador do grupo de trabalho), o anteprojeto preenche antiga lacuna no ordenamento interno, pois, por exemplo, tipifica violações graves ao direito internacional humanitário que contavam em tratados há muito ratificados pelo Brasil, como o chamado direito de Genebra e seus Protocolos Adicionais de 1977.

Dessa forma, tem-se que o Estatuto na verdade não criou crimes internacionais, mas recepcionou àqueles que já eram definidos no cenário internacional.

O anteprojeto ao mesmo tempo amplia o rol de crimes definidos como militares, fora do Código Penal Militar, criados em virtude das graves violações aos tratados sobre conflitos armados, igualmente antigos compromissos assumidos pelo Brasil e que já deveriam integrar o direito substantivo militar pátrio.

#### **VI.1 O Estatuto de Roma Como Mecanismo Estimulador da Necessidade de se Alterar o Código Penal Militar:**

O anteprojeto de lei preconiza em seu art. 15 que se aplica o Código Penal Brasileiro aos civis e o Código Penal Militar aos militares, no que não contrariarem a referida Lei.

Acontece que os dois Estatutos Repressivos são diferentes em vários aspectos, com institutos similares tratados tanto de forma mais benéfica como mais severa pelo CPM ou vice-versa.

Com efeito, Conquanto publicados no mesmo Diário Oficial da União de 21.10.1969, o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1000/69) entrou em vigor a 1º/1/1970 e o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 1002/69), após ter sua *vacatio legis* prorrogada por 9 anos, acabou sendo revogado pela Lei 6578, de 11.10.1978, sem ter entrado em vigor, contrariando a intenção do legislador penal, expressa no item 1º da Exposição de Motivos do CPM, em dar o máximo de unidade às leis substantivas penais brasileiras, evitando a adoção de duas doutrinas para o tratamento dos mesmos temas, a fim de se estabelecer perfeita aplicação das nossas leis penais em todo o território nacional.

As diferenças de tratamento observadas entre os dois Estatutos Repressivos em alguns institutos, ganhou especial colorido com o advento da Lei nº 7.209, de 11.7.1984,

que modificou a parte geral do Código Penal Comum sem, contudo, alterar o Código Penal Militar.

Acentue-se que em algumas situações deve mesmo ser dado tratamento diverso, em virtude do caráter especial do Direito Penal Militar, consistente, segundo Manzini<sup>28</sup>, “no complexo de normas jurídicas, destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais das instituições militares, cujo principal é a defesa da pátria, qualificando uma ordem jurídica militar dentro do âmbito da ordem jurídica geral do Estado”.

Vê-se, pois, que o direito penal castrense é um complemento do direito comum, apenas apresentando um corpo autônomo de princípios, com espírito, corpo e diretrizes peculiares, salientando-se que alguns países sequer possuem um *Codex* Penal Militar separado do Código Penal comum, prevendo este último dispositivos atinentes aos crimes militares, além de normas gerais relativas aos mesmos, como é o caso da Suécia, Hungria, ex-Tchecoslováquia, Iugoslávia, România, ex-República Democrática Alemã e ex-República Socialista Federativa Soviética da Rússia.

Conquanto os princípios regedores do direito militar tutelarem em especial determinados bem jurídicos, como a autoridade, disciplina e hierarquia (sustentáculos necessários para a operacionalidade das Forças Armadas e, como corolário lógico, garantidores da própria soberania), o que confere de forma irremissível, em certos casos, tratamento diferenciado entre os códigos, como a não aplicação do *sursis* em alguns crimes (deserção, violência contra superior, uso indevido de uniforme etc), a verdade é que surge a dúvida se diversos dispositivos dos indigitados Diplomas Legais restaram diferenciados por omissão legislativa, a quando da reforma penal de 1984, que olvidou da Justiça Militar, ou se ocorreu o que os alemães chamam de silêncio eloqüente, traduzido na omissão proposital do legislador, neste caso, devendo se considerar que as hipóteses contempladas pelo CPM seriam as únicas possíveis, não se admitindo sequer a analogia com o CPB, ainda que *in bonam partem*, em virtude do caráter especial que é conferido à legislação penal castrense.

Nada obstante os rígidos princípios de hierarquia e disciplina militar, proclamada esta última a alma das Forças Armadas, na célebre frase do testamento político de 1752 de Frederico, o Grande<sup>29</sup>: “*Cette discipline fait l’âme des ar’mées, tant qu’elle est em vigueur, elle soutiens lês empires*”, o que mais do que nunca aprisiona o aplicador da lei penal castrense aos ditames legais, sem zonas hermenêuticas muito extensas, não se pode esquecer,

---

<sup>28</sup> Jorge Alberto Romeiro, *Curso de Direito Penal Militar*, Saraiva, 1994, p.1, citando Vincenzo Manzini *in Diritto Penale Militare*, Padova, 1932, p. 1

<sup>29</sup> Eberhard Schmidt, *apud* Jorge Romeiro, op. Cit. P-10

contudo, que tal ramo do direito também se aplica aos civis, que não se submetem aos susomencionados princípios. São os chamados crimes acidentalmente militares, ou seja, intrinsecamente de natureza comum (furto, roubo, homicídio, estelionato etc.) mas que se tornam militares em razão de alguma circunstância, sendo que alguns preferem chamá-los de crimes impropriamente militares.

Dessa forma, surge a insuperável dúvida se seria correto a aplicação mais rigorosa de um Código, em detrimento da equidade. Será que a reforma penal realmente esqueceu propositalmente dos crimes militares ou ocorreu inescusável omissão do legislador?

O assunto é importante e merece reflexão, sobretudo considerando-se que enquanto o direito civil é o da segurança, o penal é o direito da justiça, devendo ser aplicado não com maior ou menor rigor, mais de forma sobretudo justa.

Acentue-se que a tensão dialética retromencionada é importante para se refletir sobre o tema, mormente em se considerando a absoluta falta de trabalhos aprofundados, com o risco de inaceitáveis contradições na repressão criminal, não nos parecendo justo aplicar leis diferentes para co-autores de crimes idênticos, impondo punições diversas para situações iguais.

E nem se diga que as respectivas Leis Instrumentais (CPP e CPPM) já prevêm a solução, como o CPPM por exemplo, que preconiza a exceção ao *simultaneus processus* nos casos de concurso entre a jurisdição militar e comum (inteligência do art. 102, “a”, do referido Digesto Processual) porquanto tal dispositivo diz respeito à circunstância de ocorrer crimes não previstos no Código Penal Militar ou, embora previsto, não se subsuma a nenhuma hipótese elencada no art. 9º do mesmo *codex*, que como é cediço se circunscreve na mola propulsora da fixação de competência da Justiça Castrense.

A título de ilustração, imaginemos um médico militar que pratique um aborto em local sujeito à administração militar em que resulte por negligência médica morte na paciente. Neste caso, deveria ser processado por homicídio na Justiça Castrense e por aborto na Justiça Comum, tendo em vista que o CPM não prevê o crime de aborto. Outra hipótese é um militar e um civil praticarem em concurso lesões corporais num militar em lugar não sujeito à administração militar. Neste exemplo, o militar seria processado na Justiça Castrense e o civil na Justiça Comum, pois embora o CPM também tipifique o crime de lesão corporal, no caso do civil o fato não se amoldaria ao art. 9º do CPM. Estes são alguns exemplos em que deve ocorrer a separação de processo e jurisdição.

Agora, no caso do exercício da jurisdição primária pelo Brasil em crimes previstos no Estatuto de Roma para o TPI a situação é diametralmente diferente, pois os

agentes em concurso estariam sujeitos à mesma norma, qual seja o próprio TPI. Daí a impossibilidade de aplicar-se leis diferentes para situações iguais.

As diferenças de tratamento observadas entre os dois estatutos repressivos em alguns institutos, ganhou especial colorido com o advento da Lei n. 7209, de 11.7.1984, que modificou a parte geral do Código Penal Comum sem, contudo, alterar o Código Penal Militar, como por exemplo, a introdução do § 2º ao art. 29 do CPB, chamado desvio quantitativo subjetivo ou participação dolosamente distinta (também olvidada para o CPM), o que inviabilizaria, *vg*, a correta aplicação do concurso de agentes, no caso de co-autoria ou participação de civis e militares, nos crimes previstos no TPI.

Destarte, imaginemos uma hipótese em tempo de guerra, em que um grupo de civis e militares combinem a prática de um saque a um aglomerado populacional ou um local, neste caso, subsumindo suas condutas ao art. 8º, 2, “c”, V, do Estatuto de Roma, e art. 71 da lei que define os crimes de guerra no âmbito interno (caso o anteprojeto seja aprovado), e ainda o disposto no documento ICC-ASP/1/3, anexo ao Estatuto de Roma, conhecido como elementos do crime. Ainda hipoteticamente, enquanto alguns civis e também militares permanecem fora do local dando cobertura, outros nele penetram e além do saque, acabam por cometer outros crimes, não previsíveis pelos partícipes que aguardavam do lado de fora.

Nesse exemplo clássico da doutrina nacional para exemplificar a participação dolosamente distinta, os civis que não cometeram os outros crimes teriam uma pena menor, pois estariam sujeitos ao Código Penal Comum, que prevê o desvio subjetivo ou a participação dolosamente distinta (acrescido pela reforma de 1984). Já os militares que tiveram a mesma conduta dos civis, ou seja, participaram do crime tão-só com o dolo do saque sem, contudo, praticar os outros crimes, teriam uma pena muito maior em relação aos civis, pois estariam sujeitos ao Código Penal Militar, que não prevê a participação dolosamente distinta, ou seja, conquanto o CPM também prever a punição “na medida de sua culpabilidade”, a dosimetria da pena guardaria os limites da pena cominada ao crime mais grave, em virtude da teoria unitária, não podendo ficar aquém do mínimo legal desse crime. Já os civis que tiveram a mesma conduta, incorreriam no crime menos grave, com as penas evidentemente muito menores das que seriam aplicadas aos militares.

Ora, qual a pertinência lógica em se usar um critério exegeta para o civil, e não aplicar a mesma hermenêutica para o militar da ativa?

No mesmo sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>30</sup> :

Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar : é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guardam relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

*Pari passu* <sup>31</sup>:

Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte : Se o tratamento diverso outorgado a uns for ‘justificável’, por existir uma ‘correlação lógica’ entre o ‘fator de discrimen’ tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.

.....  
É sempre possível desigualar entre categorias de pessoas desde que haja uma razão prestante, aceitável, que não brigue com os valores consagrados no Texto Constitucional; isto é, que não implique em exaltar desvalores, como em seguida melhor se dirá.

Logo, existindo a relação de pertinência lógica referida, os não abrangidos pela regra carecerão de possibilidade de reclamarem em seu prol o tratamento deferido a outros e que não lhes foi outorgado.

Inversamente, inexistindo uma relação de pertinência (tal como indicada) os não abrangidos pela regra poderão invocar em seu favor a necessidade de atender-se ao preceito igualitário.”

Adverte-se que o exemplo supramencionado é apenas uma das diversas contradições na repressão penal, que podem surgir caso não se iguale os dois códigos Penais.

Portanto, a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma, indubitavelmente, chamará o legislador à razão, no sentido de se alterar o Código Penal Militar, já anacrônico em relação ao Código Penal Comum, mormente após a reforma penal de 1984, reitera-se, não se sabendo se por inescusável omissão do legislador ou propositalmente (numa aplicação da fórmula alemã do silêncio eloqüente), neste último caso em virtude dos especiais princípios regedores do Direito Penal Militar, na nossa opinião, contudo, insuficientes para a diferença de tratamento, sobretudo nos crimes intrinsecamente de natureza comum, ou seja, os chamados crimes impropriamente militares.

<sup>30</sup> In Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, Malheiros, 3ª edição

<sup>31</sup> in Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas, publicado na Revista Trimestral de Direito Público nº 01/1993; Ed. Malheiros, págs. 81/82.

**CONCLUSÃO :**

De Tudo o que foi dito em linhas retro acerca das normas internacionais de direito humanitário, mecanismos de manutenção e elevação da paz e a necessidade de sanções efetivas no âmbito do Direito Internacional com vistas a prevenir e punir as infrações graves contra a pessoa humana, ressaltando a importância do Tribunal Penal Internacional, podemos fazer a seguinte síntese:

O estranho fascínio que as guerras exercem sobre o homem, se não pode ser elidido, eis que infelizmente é inerente à raça humana, deve pelo menos ser mitigado por mecanismos de prevenção e manutenção da paz. Vale dizer, considerando ser impossível a proposta que Aristófanes fez na famosa tragédia grega “a greve do sexo”, é necessário instrumentos concretos e efetivos para a manutenção da paz e conciliação entre os povos, evitando-se a extremada saída bélica para a solução das controvérsias.

Destarte, a cada século a guerra ceifou cada vez mais vidas humanas numa lamentável progressão numérica. No século XVIII morreram 5,5 milhões; no século XIX 16 milhões e no último mais de 100 milhões – por isso a denominação século do meganocídio.

Ainda no século XIX, após a batalha de Solferino, ocorrida ao norte da Itália, onde as tropas francesas triunfaram sobre o Exército Austríaco, iniciou-se as ações humanitárias, com a criação da Cruz Vermelha por Duanant, que se encheu de indignação e de piedade com a visão de centenas de soldados feridos e abandonados, nascendo, assim, o direito humanitário moderno.

Em 1949, foram criadas as chamadas Convenções de Genebra, circunscritas em normas de proteção de vítimas de guerra, sendo a 1ª Convenção para feridos e doentes das forças armadas no campo de batalha; a 2ª para feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar; a 3ª para prisioneiros de guerra e a quarta para os civis.

O chamado Direito de Genebra também substituiu a palavra guerra por conflitos armados (abrangendo assim uma gama maior de protegidos) que podem ser internacionais ou não internacionais.

O conflito internacional é um conflito clássico entre dois e mais Estados, cujo conceito encontra-se no art 2º da Convenção, alusivo a altas partes contratantes, podendo se dar também na hipótese de o povo insurgir-se contra um poder colonial, ocupação estrangeira ou crimes racistas.

O conflito não internacional é regulado no art. 3º comum às quatro convenções, não significando interno, civil ou regional, e sim que não é internacional, ou seja, o critério é *a contrario sensu*, sendo que existe uma zona cinzenta entre os chamados conflitos

mistos, impropriamente denominado pela imprensa como internacionalizados – diz-se que é impróprio pois a convenção só conhece conflitos internacionais e não internacionais.

O 1º tratado para solução de conflitos apareceu ainda no século XVI, com o término da guerra religiosa na Europa (1646), conhecido como paz de Westphalia. No entanto, foi a partir da Batalha de Solferino que começou a conscientização de que o ideal era buscar-se mecanismos para a manutenção e elevação da paz.

Com o intuito de entender o que se tinha em mente ao final da 1ª guerra mundial, idealizou-se a Liga das Nações, que acabou por não vingar em virtude de sua exagerada abertura, sendo o principal motivo do seu insucesso o estabelecimento de igualdade de interesses entre as nações e algumas delas tinham interesse particular na guerra e achavam que sobrepujavam aos demais.

Depois veio o pacto Kellei-Briond (1928), circunscrito num documento adicional apresentado por vários Estados, visando superar a deficiência da Liga das Nações. Este Pacto continha em seu art. 1º uma regulação clara e decisiva no sentido de se condenar o uso da guerra.

Após surgiu a Carta das Nações Unidas (1945), declarada em São Francisco dia 26 de junho de 1945, que em linhas gerais assegurava que a força armada não seria usada, a não ser no interesse comum, com duas exceções quanto à proibição da beligerância, quais sejam o direito de autodefesa – *self defense* (art. 51), que pode ser preventiva ou coletiva.

O grande problema é que a proibição de ataque sem a autorização do Conselho de Segurança não funciona na prática. O exemplo concreto dessa assertiva fora a última invasão dos EUA ao Iraque e que dispensa comentários.

O problema ganhou contornos ainda mais graves com a Lei editada nos EUA, traçando novos rumos de política de segurança naquele país, onde se prevê a *preemptive action* (ação preventiva), nem sempre baseada em provas inequívocas da ameaça, ao contrário da *self defense* da Carta das Nações, que exige provas indisfarçáveis do perigo.

Como a proibição de iniciar operação bélicas sem a autorização do Conselho de Segurança se revela na prática inócua, funcionando apenas para os menos poderosos, o ideal é buscar-se a manutenção da paz como diretriz indeclinável dos governantes e não apenas como proibição de ataque.

Nesse passo, verifica-se que a Carta das Nações não contém nenhuma declaração específica sobre o tema, sendo que a idéia original da manutenção de paz é utilizar força neutra e levemente armada, seguindo a cessação de hostilidades, não durante, mas após

o conflito e com a aceitação do Estado onde serão utilizadas as forças, tudo com o fito de desencorajar o reinício dos combates.

O conceito de manutenção de paz teve diversas fases. Inicialmente, somente militares compunham as forças de paz. Na 2ª geração do conceito passou a haver emprego de militar e civil em união multifuncionais – não só militares mais também eleitorais. Na 3ª geração já se verifica 7 pontos: emprego preventivo (tradicional da 1ª guerra); força de paz providenciando desmobilização/desarmamento; limpeza de campo minado (conscientização), supervisionar eleições (ou dar suporte às supervisões); assistência humanitária e, finalmente, ambiente seguro – principalmente quanto à assistência humanitária.

Entretanto, o caminho das pedras para evitar-se a medida extrema do combate é, sem dúvida, a solução pacífica das controvérsias. É por intermédio de normas costumeiras que se tenta a solução pacífica dos conflitos.

É uma obrigação de comportamento e não de resultado, ou seja, exige-se apenas que os Estados busquem os meios para o acordo e não que cheguem necessariamente a um acordo.

Certos tratados podem obrigar que os Estados cheguem obrigatoriamente a um acordo, como ocorreu em 1996 no caso da ameaça ou uso de armas nucleares, ocasião em que fora dada uma opinião consultiva por parte da Corte Internacional de Justiça.

A solução das controvérsias também pode dar-se por meios diplomáticos, políticos e judiciais.

O meio político não é obrigatório, a não ser que tenha se chegado a uma solução, e os Estados acordem entre si fazendo tratados ou outro meio de acordo (neste caso há um documento obrigatório impondo um resultado).

Os meios diplomáticos estão previstos no artigo 33, § 1º, da Carta da ONU – negociação, inquérito, arbitragem, etc...

Os meios judiciários, como o próprio nome indica, ocorrem por intermédio dos Tribunais Internacionais, sendo que o mais antigo Tribunal efetivo foi a Corte Permanente Centro Americana, que durou muito pouco (menos de 10 anos). Por isso é considerado como primeiro grande Tribunal a Corte Permanente de Justiça Internacional, que por seu turno foi sucedida pela Corte Internacional de Justiça, inclusive funcionando na mesma sede e assumindo a jurisprudência da Corte anterior.

Quanto aos tratados do Direito Internacional Humanitário, destacam-se os tratados sobre a proteção de vítimas de guerra, condensados nas quatro Convenções de Genebra e respectivos Protocolos adicionais, tratados restringindo ou proibindo o uso de

certas armas, onde o mais importante é o tratado de Ottawa, que entrou em vigor em 1º de março de 1999, Convenção que bane as minas antipessoal, sendo a 1ª vez que uma arma amplamente utilizada foi banida por um tratado do direito internacional humanitário.

No campo da responsabilidade estatal, verifica-se a existência da *Classical Law of delicti basic rule* (1928), que remete a uma lei clássica de delito – Alemanha, onde fora determinado pagamento, não podendo o Estado escusar-se de obedecer a certas obrigações assumidas, com base no seu direito interno.

O grande problema era a atribuição de responsabilidade pelos atos, já que a lei continha regras abstratas, surgindo ainda à dúvida de quais normas deveriam ser aplicadas, internacionais ou internas.

Outro inconveniente era que a lei não fazia distinção entre delitos cíveis e criminais e, como é cediço do ponto de vista penal, delito sempre foi amplamente definido.

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, estabelecida pela Carta das Nações Unidas, também não soluciona o problema, pois além de não prever crimes, tem uma atividade na prática meramente consultiva.

Especificamente ao uso da força, antes, não havia nenhuma regra sobre direito humanitário. Evoluiu-se para alguns tratados isolados, em que alguns países comprometeram-se a não usar a força. Destarte, historicamente não encontramos regras sobre o uso da força. Houve algumas tentativas, vg: a doutrina da guerra justa, que voltou a ser discutida nos dias atuais. Repousa-se em doutrinadores espanhóis por motivações religiosas (séc. XV e XVI), pois na época não havia outras regras.

É certo que o Conselho de Segurança criou duas resoluções importantes, quais sejam a declaração sobre relações amistosas – reafirma a proibição geral do uso da força e a Resolução sobre agressão – Lista incidentes os quais a Assembléia Geral definiu como agressão (invasão, bombardeio, ataque por forças terrestres, marinhas e aéreas). Inclui a remessa de um Estado por outro Estado de armamento para grupos de guerrilha, ou qualquer outro grupo armado.

Entrementes, o grande problema é o desequilíbrio de forças, que impede efetivas sanções contra os países violadores do pacto, figurando como exemplo incontestado a invasão dos EUA e Inglaterra ao Iraque.

Daí a importância do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998, assinado pelo Brasil em 07 de fevereiro de 2000, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002.

O Tribunal Penal Internacional fora resultado de lenta evolução que vem passando a internacionalização dos sistemas de proteção aos direitos fundamentais, que reclamava uma resposta punitiva internacional, sistematizada, com vistas a superar regras de imunidade dos agentes estatais e de aplicação de pena, por intermédio de mecanismos supranacionais independentes, desvinculados dos mecanismos internos de cada Estado.

Malgrado alguns países, entre eles, os EUA, tenham se recusado a avalizar o novel Tribunal, com o argumento principal que ele pode se tornar um instrumento para perseguições políticas, a verdade é que o TPI circunscreve-se num importante passo adiante para os direitos humanos.

A dificuldade para a eficácia de leis internacionais sempre foi a falta de normas cogentes. Levando por exemplo Von Jhering a asseverar que “norma sem sanção é como fogo que não queima”.

A necessidade de solucionar esse problema, conjugada com a construção do direito penal internacional segundo o princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de sua vertente internacional culminou com o surgimento do Tribunal Penal Internacional.

Diferentemente do Tribunal Internacional de Justiça, cuja jurisdição está limitada aos Estados, o TPI poderá acusar indivíduos, sendo que a sua jurisdição, ao contrário do que ocorre nos Tribunais para crimes de guerra cometidos em Ruanda e na antiga Iugoslávia, não será limitada a tempo ou lugar.

O Estatuto de Roma também prevê a responsabilidade de governantes e comandantes militares, proibindo-se a adesão com reservas, sendo este aliás o principal motivo alegado pelos EUA para não aderir ao pacto.

Entrementes, a Resolução nº 1422/2002 da ONU constitui um retrocesso ao princípio da proibição de imunidade, porquanto criou duas classes de sociedades do Direito Penal Internacional: de um lado os Estados que submetem seus cidadãos e comandantes em missões de paz pela ONU à jurisdição penal internacional; e de outro privilegiados Estados que não aceitam essa jurisdição, o que fez com o dia 12 de julho de 2002 (data da Resolução) ficasse conhecido como o “dia negro”.

De qualquer sorte, conquanto alguns países ainda se mostrarem arredios em aceitar a jurisdição do TPI, não deixa de ser um grande passo na repressão as barbáries alhures cometidas em situações de guerra, evitando a impunidade de comandantes militares a

até de governantes que porventura venham a praticar crimes de guerra, contra a humanidade, de genocídio e agressão armada, passando tais bens jurídicos a serem tutelados não-só na esfera doméstica dos Estados, mais num plano internacional, corroborando, assim, o disposto na Resolução 32/130 da Assembléia Geral das Nações Unidas e na Declaração de Viena de 1993, no sentido de que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

O Tribunal Penal Internacional tem eficácia indireta, porquanto a sua jurisdição é complementar, ou seja, quem exerce a eficácia direta são os Estados, que detém a força. Exemplo dessa assertiva é o fato de o Estatuto de Roma prever que no caso de mandado de prisão expedido pelo TPI, os Tribunais superiores devem analisar a legalidade da prisão, inclusive a competência do TPI, salientando-se que em caso de o TPI observar que eventual absolvição fora uma farsa, poderá reabrir a causa, desta feita a ser analisado pelo Tribunal. É dizer, o TPI tem um efeito colateral maior que a própria efetividade.

No que atine a implementação do Estatuto e conflitos porventura existentes com a Constituição brasileira, tem-se que o TPI é um tratado internacional de direitos humanos, e a Constituição Federal assegura o respeito e supremacia dos direitos humanos, além de combater a violação de direitos fundamentais, conforme a inteligência do art. 5º, inc. XLI. Da mesma forma, a Carta Fundamental consagrou o Ministério Público e também o poder judiciário, com a indeclinável incumbência de zelar pela observância dos direitos humanos, consoante o art. 127 e seguintes da Constituição da República. Ademais, a prevalência dos direitos humanos é um princípio norteador das relações internacionais, na forma do art. 4º, inc.II, da CF, inferindo-se que há inequívoca relação de pertinência lógica entre os dispositivos do TPI e a nossa Carta Política.

Em suma, a adesão do Brasil ao Tratado contribuirá com o processo político interno de democratização, inaugurado com a Constituição da República de 1988 que reza em seu art. 4º, dentre outros princípios, a observação da prevalência dos direitos humanos, da defesa da paz, da solução pacífica dos conflitos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

A Jurisdição do TPI é informada pelo princípio da complementariedade, subsidiária à jurisdição dos Estados, respeitando a primazia da jurisdição interna dos Estados subscritores, ressalvando-se a hipótese de o julgamento local tiver sido realizado para a obtenção de impunidade dos autores dos crimes contra os direitos humanos, ou se a persecução criminal estiver sendo feita com delongas ou parcialidade, havendo neste caso conflito positivo entre a jurisdição do TPI e a do Estado parte, sendo o próprio Tribunal

Internacional que julga tal conflito, facultando ao estado apresentar razões perante o TPI. A outra exceção é nos casos de crimes contra a administração da justiça do Tribunal, hipótese em que o Tribunal passa a exercer primariamente a jurisdição.

Assim, é necessário adaptar a legislação brasileira ao Estatuto de Roma do TPI, com a finalidade de possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Brasil, tendo sido criado um Grupo de Trabalho, instituído pela Portaria nº1036, de 2001, que encaminhara Anteprojeto de Lei, definindo o crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da Justiça do Tribunal Penal Internacional, dispondo ainda sobre a cooperação judiciária com o TPI.

O anteprojeto de lei preconiza em seu art. 15 que se aplica o Código Penal Brasileiro aos civis e o Código Penal Militar aos militares, no que não contrariarem a referida Lei.

Acontece que os dois Códigos Penais são diferentes em vários aspectos, com institutos similares tratados tanto de forma mais benéfica como mais severa pelo CPM ou vice-versa.

As diferenças de tratamento observadas entre os dois Códigos em alguns institutos, ganhou especial colorido com o advento da Lei n. 7209, de 11.7.1984, que modificou a parte geral do Código Penal Comum sem, contudo, alterar o Código Penal Militar, como por exemplo, a introdução do § 2º ao art. 29 do CPB, chamado desvio quantitativo subjetivo ou participação dolosamente distinta (também olvidada para o CPM), o que inviabilizaria, *vg*, a correta aplicação do concurso de agentes, no caso de co-autoria ou participação de civis e militares, nos crimes previstos no TPI.

A título de ilustração, imaginemos uma hipótese em tempo de guerra, em que um grupo de civis e militares combinem a prática de uma saque a um aglomerado populacional ou um local, neste caso, subsumindo suas condutas ao art. 8º, 2, “c”, V, do Estatuto de Roma, e art. 71 da lei que define os crimes de guerra no âmbito interno (caso o anteprojeto seja aprovado), e ainda o disposto no documento ICC-ASP/1/3, anexo ao Estatuto de Roma, conhecido como elementos do crime. Ainda hipoteticamente, enquanto alguns civis e também militares permanecem fora do local dando cobertura, outros nele penetram e além do saque, acabam por cometer outros crimes, não previsíveis pelos partícipes que aguardavam do lado de fora.

Nesse exemplo clássico da doutrina nacional para exemplificar a participação dolosamente distinta, os civis que não cometeram os outros crimes teriam uma pena menor, pois estariam sujeitos ao Código Penal Comum, que prevê o desvio subjetivo ou

a participação dolosamente distinta (acrescido pela reforma de 1984). Já os militares que tiveram a mesma conduta dos civis, ou seja, participaram do crime tão-só com o dolo do saque sem, contudo, praticar os outros crimes, teriam uma pena muito maior em relação aos civis, pois estariam sujeitos ao Código Penal Militar, que não prevê a participação dolosamente distinta, ou seja, conquanto o CPM também prever a punição “na medida de sua culpabilidade”, a dosimetria da pena guardaria os limites da pena cominada ao crime mais grave, em virtude da teoria unitária, não podendo ficar aquém do mínimo legal desse crime. Já os civis que tiveram a mesma conduta incorreriam no crime menos grave, com as penas evidentemente muito menores das que seriam aplicadas aos militares.

Ora, qual a pertinência lógica em se usar um critério exegeta para o civil, e não aplicar a mesma hermenêutica para o militar da ativa ?

Por derradeiro, temos que o advento do Estatuto de Roma Para o Tribunal Internacional não só garantirá a aplicação das normas internacionais de direito humanitário previstas em outros diplomas, como nas Convenções de Genebra, como refletirá em muito no nosso direito interno, na medida em que não-só obrigará o país a melhorar a sua política de direitos humanos, tão combatida pelos críticos internacionais, como chamará o legislador à razão no sentido de modernizar o Código Penal Militar, já anacrônico em relação ao Código Penal Brasileiro, vale dizer, possibilitará, um melhor exercício da jurisdição interna do Brasil nos casos da ocorrência de crimes internacionais e também ajudará a solucionar uma impropriedade há muito identificada porém não resolvida, que é a contradição na repressão criminal em virtude da diferença entre o CPM e o CPB.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS :**

ALMEIDA, Guilherme Assis; NADIA, Araújo (coord). O Direito Internacional dos Refugiados, Renovar, 2001.

ATHAYDE, Austregésilo e IKEDA, Daisaku . Direitos Humanos no Século XXI, Record, Rio de Janeiro, 2000,p.187.

BRANDÃO, Adelino. Os Direitos Humanos Antologia de Textos Históricos, Landy, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs). Tribunal Penal Internacional. Revista dos Tribunais.2000.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira. Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

GOMES, Luiz Flávio (org). O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. Revista dos Tribunais, 2000.

LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar, Brasília Jurídica, 1999

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, Malheiros, 3<sup>o</sup> edição.

MORRIS, Clarence (org). Os Grandes Filósofos do Direito. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos, Renovar, 2002.

RAMOS, Beatriz Vargas. Do Concurso de Pessoas: Contribuição ao Estudo do Tema na Nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro, Del Rey, Belo Horizonte, 1996

REZEK, J.F. Direito Internacional Público. Saraiva, 9<sup>a</sup> edição, 2002

ROMEIRO, Jorge Alberto. Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral), Saraiva, 1994.

SANTIAGO, Jaime Ruiz et al (org). As três Vertentes da Proteção Internacional Da Pessoa Humana”. IIDH, 1996.

SWINARSKI, Christophe. Introdução Ao Direito Internacional Humanitário, CICV, Brasília, 1996

VIEIRA, Jair Lot. Direitos Humanos Normas e Convenções, Edipro, 2003.