

# CRIMES DE GUERRA E JUSTIÇA MILITAR: CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRESSÃO NACIONAL DAS VIOLAÇÕES GRAVES DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO PELA JURISDIÇÃO CASTRENSE

WAR CRIMES AND MILITARY JUSTICE:  
CONSIDERATIONS ON THE REPRESSION  
OF SERIOUS VIOLATIONS OF  
INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW  
BY THE MILITARY JURISDICTION

**Najla Nassif Palma**

Promotora de Justiça Militar

Mestre em Direito Internacional Humanitário pela Universidade de Genebra

**RESUMO:** O Direito Internacional Humanitário não se posiciona quanto à escolha dos Estados no que diz respeito às jurisdições competentes para processar e julgar os crimes de guerra. O comando destacado dos tratados humanitários é a obrigação da implementação legislativa pelos Estados que devem respeitar as garantias judiciárias mínimas internacionalmente reconhecidas ao processar e julgar criminosos de guerra. Neste contexto, as justiças militares, pelas suas

características de especialidade, celeridade e mobilidade, podem ter um papel muito importante na eficácia da prestação jurisdicional. Os crimes de guerra, ainda que possam também ser praticados por agentes não estatais, são, em sua essência, crimes de natureza militar. O Brasil vivencia uma defasagem normativa no que tange aos crimes de guerra sendo importante, necessária e urgente a aprovação do projeto de lei que internaliza os crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma.

**PALAVRAS-CHAVES:** Crimes de guerra. Justiça Militar. Direito Internacional Humanitário.

**ABSTRACT:** The International Humanitarian Law does not take up position on the choice of States regarding the competent jurisdictions to prosecute and judge war crimes. The command deducted from the Humanitarian Treaties consists on the commitment of legislative implementation by the States, that shall respect the minimum judicial guarantees internationally granted to prosecute and judge war criminals. In this context, the Military Tribunals, due to its expertise, swiftness, and mobility, may play an important role in the efficiency of the judicial assistance. Even though war crimes may also be committed by non-state actors, they are essentially crimes of military nature. Brazil experiences a regulatory gap as regards war crimes, being important, necessary and urgent the approval of a bill that internalizes the international crimes foreseen in the Rome Statute.

**KEYWORDS:** War crimes – Military justice – International humanitarian law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O Direito Internacional Humanitário e a escolha estatal da jurisdição competente para crimes de guerra – 3. Garantias judiciárias mínimas enunciadas pelo Direito Internacional Humanitário – 4. Panorama histórico da persecução dos crimes de guerra – 5. Uma breve reflexão sobre as Jurisdições Militares – 6. Crime de guerra: um crime de natureza militar – 7. O *déficit* legislativo no Brasil – 8. Considerações finais – 9. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A guerra sempre foi, e continua sendo, uma realidade. Na história da humanidade, os séculos de guerra superam, e muito, os séculos de paz. Daí a importância e a necessidade de se disciplinarem juridicamente os conflitos armados na tentativa de “humanizar” os seus efeitos devastadores, protegendo-se quem não participa ou não participa mais das hostilidades e restringindo-se meios e métodos de combate. Este é o nobre, ambicioso e desafiador objetivo do Direito Internacional Humanitário (DIH), também conhecido como Direito Internacional dos Conflitos Armados<sup>1</sup>, ou Direito da Guerra (*ius in bello*). As graves violações deste ramo do Direito Internacional são consideradas crimes de guerra<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Por ordem de antiguidade, três expressões foram cunhadas para designar este ramo do Direito Internacional: Direito da Guerra, ou Leis de Guerra”, “Direito Internacional dos Conflitos Armados” e “Direito Internacional Humanitário”. A nomenclatura Direito da Guerra reinou soberana por muito tempo, tendo sido abandonada após a Segunda Grande Guerra pois, com a assinatura da Carta das Nações Unidas (ONU), em 1945, a guerra - estatuto jurídico complexo que exige o *animus belligerendi* - passou a ser proibida como escolha política de conduta internacional e a expressão, que parecia sugerir a permanência de uma conduta proibida, caiu em desuso. Embora o termo “direito (ou leis) da guerra” tenha caído em desuso, a expressão latina *ius in bello* (direito na guerra, direito durante a guerra) permanece atual, sendo frequentemente utilizada pela doutrina como sinônimo do DIH e, sobretudo, em distinção à expressão *ius ad bellum* (direito à guerra ou direito de fazer a guerra) que designa outro ramo do Direito Internacional, qual seja, o Direito ao Uso da Força. As Convenções de Genebra de 1949 acrescentaram a expressão “conflitos armados” para estender a proteção jurídica às vítimas de confrontos que não poderiam ser tecnicamente classificados como guerras e esta foi a certidão de nascimento da expressão Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA). Já a terminologia Direito Internacional Humanitário (DIH) foi primeiramente utilizada no âmbito do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), nos anos 50, sendo que passou a ser a expressão preferida da doutrina e atualmente tende a ser dominante. As três expressões podem ser consideradas equivalentes, e a escolha de uma ou de outra dependerá essencialmente do costume e do público. Constata-se que as organizações internacionais, as universidades ou ainda alguns Estados preferem a terminologia Direito Internacional Humanitário ou Direito Humanitário, enquanto no seio das Forças Armadas utiliza-se, com mais frequência, as expressões Direito da Guerra ou Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA).

<sup>2</sup> Conferir art. 85 (5) do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949 e norma 156 do Estudo sobre o Direito Internacional Humanitário Consuetudinário, CICV, 2005.

Para um adimplemento completo e eficaz das obrigações internacionais advindas dos tratados de DIH, em especial as Convenções de Genebra de 1949 e seus respectivos Protocolos Adicionais de 1977<sup>3</sup>, os Estados Soberanos devem adaptar seus direitos penais e processuais internos, assim como todo seu sistema judiciário, a fim de se tornarem aptos a processar e julgar os supostos criminosos de guerra.

O desafio de conciliar a independência e a imparcialidade dos órgãos de persecução criminal e o necessário conhecimento sobre as especificidades da vida militar pode resumir toda a problemática da repressão nacional dos crimes de guerra<sup>4</sup>.

Longe de ter a pretensão de abordar o assunto em toda sua profundidade, este artigo tem o objetivo de fomentar a reflexão sobre a seguinte questão: qual o papel que a jurisdição militar pode exercer na repressão das violações graves ao Direito Internacional Humanitário?

Nas linhas que se seguem, em um primeiro momento, será examinada a posição do DIH em face da escolha estatal das jurisdições competentes para processar e julgar criminosos de guerra. Nesse contexto, serão verificadas as disposições convencionais existentes, as garantias judiciárias mínimas enunciadas e as origens da incriminação dos crimes de guerra.

Posteriormente, algumas breves considerações serão feitas sobre as jurisdições militares, abordando sua natureza, competência, vantagens e inconvenientes. Uma reflexão sobre a natureza militar dos crimes de guerra será

---

<sup>3</sup> Existe também um Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 2005 que cria o cristal vermelho como símbolo protegido.

<sup>4</sup> Conferir André Andries «Les travaux du Congrès d'Athènes (mai 1997) de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre (SIDMDG) en matière de répression nationale des violations du DIH» in *CICR* (éd), *Répression nationale des violations du droit international humanitaire (systèmes romano-germaniques)*, Genebra, CICR, 1997, p. 62-63.

inaugurada. Por fim, um diagnóstico da legislação brasileira no que tange às graves violações do DIH será apresentado.

## 2 O DIREITO INTERNAICONAL HUMANITÁRIO E A ESCOLHA ESTATAL DA JURISDIÇÃO COMPETENTE PARA CRIMES DE GUERRA

Inicialmente, poder-se-ia questionar se existem referências expressas às instâncias judiciárias militares ou ordinárias nos principais tratados do DIH. Duas disposições específicas sobre os tribunais militares são encontradas nas Convenções de Genebra de 1949: uma concernente aos prisioneiros de guerra e outra relativa aos territórios ocupados.

Segundo o art. 84 da III Convenção de Genebra de 1949 (IIICG), um prisioneiro de guerra só pode ser julgado por tribunais militares, a não ser que as leis em vigor no Estado que o mantêm em cativeiro (Potência Detentora) expressamente permitam que os tribunais civis julguem um membro das suas forças armadas pela mesma infração de que é acusado o prisioneiro de guerra. O mesmo artigo estabelece que o tribunal deverá ser independente e imparcial e que os direitos e meios de defesa deverão ser assegurados.

Também a IV Convenção de Genebra de 1949 (IV CG), em seu art. 66 refere os tribunais militares dispondo que o Estado que ocupou o território (Potência Ocupante) poderá, em caso de infração das disposições penais por ela promulgadas<sup>5</sup>, relegar os acusados aos seus tribunais militares, não políticos

<sup>5</sup> O art. 64 da IV Convenção de Genebra que trata do regime de proteção dos territórios ocupados dispõe que:

“A legislação penal do território ocupado continuará em vigor, salvo na medida em que possa ser revogada ou suspensa pela Potência ocupante, se esta legislação constituir uma ameaça para a segurança desta Potência ou um obstáculo à aplicação da presente Convenção. Sob reserva desta última consideração e da necessidade de garantir a administração efectiva e da

e regularmente constituídos, com a condição de os mesmos tribunais estarem situados no território ocupado. Os tribunais de recurso funcionarão, de preferência, no país ocupado.

Estes dispositivos fomentam alguns questionamentos: Por que as indicações de tribunais militares nestas ocasiões? O julgamento por tribunais militares, nas circunstâncias acima enunciadas, é uma obrigação ou uma faculdade dos Estados? Estas referências expressas aos tribunais militares significam que em todas as outras referências, diretas ou indiretas, às instâncias judiciárias<sup>6</sup> os redatores das Convenções de Genebra de 1949 quiseram indicar tribunais civis? As referências citadas dizem respeito a crimes de guerra ou a outras categorias de crimes submetidas a tribunais militares?

Os comentários<sup>7</sup> ao art. 84 da III CG não trazem muitos esclarecimentos sobre os motivos que determinaram a inclusão das referências às instâncias

---

justiça, os tribunais do território ocupado continuarão a funcionar para todas as infrações previstas por esta legislação.

A Potência ocupante poderá contudo submeter a população do território ocupado às disposições que são indispensáveis para lhe permitir desempenhar as suas obrigações derivadas da presente Convenção e garantir a administração regular do território, assim como a segurança quer da Potência ocupante, quer dos membros e dos bens das forças ou da administração da ocupação, assim como dos estabelecimentos e linhas de comunicação utilizadas por ela.

<sup>6</sup> Um exemplo de referência direta a um tribunal vem consignado no segundo parágrafo do art. 5º da III Convenção de Genebra, que assim dispõe: Se existirem dúvidas na inclusão em qualquer das categorias do artigo 4.º de pessoas que tenham cometido atos de beligerância e que caírem nas mãos do inimigo, estas pessoas beneficiarão da proteção da presente Convenção, aguardando que o seu estatuto seja fixado por um tribunal competente.

Outro exemplo pode ser encontrado em trecho do art. 146 da IV Convenção de Genebra: «Cada Alta Parte contratante terá a obrigação de procurar as pessoas acusadas de terem cometido ou de ordenado quaisquer infrações graves e entregá-las aos seus próprios tribunais, sem atender à nacionalidade. Poderá também, se o preferir e de harmonia com as determinações da sua própria legislação, enviá-las para julgamento a uma outra Parte contratante interessada, desde que esta Parte contratante tenha produzido contra as pessoas referidas suficientes provas de acusação.

<sup>7</sup> Os Comentários às Convenções de Genebra foram elaborados pelos redatores daqueles tratados internacionais para retratar as discussões mantidas sobre cada dispositivo e estão disponíveis em: (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO?OpenView>). Acesso em 08 de dezembro de 2015.

judiciárias militares, limitando-se a registrar que, em tempos de guerra, os tribunais militares têm suas competências aumentadas e são eles que julgam as infrações às leis militares às quais são submetidos os prisioneiros de guerra.

Já os comentários ao art. 66 da IV CG relembram que a Potência Ocupante poderá submeter os habitantes do território ocupado às disposições que lhe pareçam necessárias para assegurar sua própria segurança, para viabilizar a aplicação da referida Convenção e para implementar a regular administração do território<sup>8</sup>. Desta feita, embora a legislação vigente no território ocupado deva ser respeitada pela Potência Ocupante, esta poderá, excepcionalmente, promulgar leis penais<sup>9</sup>. E para sancionar as violações a esta legislação penal excepcional, à Potência Ocupante é reconhecido o direito de submeter os transgressores a seus próprios tribunais militares. O limitado Poder Legislativo do Ocupante, portanto, é reforçado por um Poder Judiciário concebido para suprir, se for o caso, as deficiências dos tribunais locais.

De qualquer sorte, ambos os artigos se preocupam com uma questão essencial, qual seja, o respeito às garantias judiciárias fundamentais pelos tribunais militares, dentre as quais, a de um tribunal imparcial e independente.

---

<sup>8</sup> Esta possibilidade vem expressa no art. 64 da IV CG: A legislação penal do território ocupado continuará em vigor, salvo na medida em que possa ser revogada ou suspensa pela Potência ocupante, se esta legislação constituir uma ameaça para a segurança desta Potência ou um obstáculo à aplicação da presente Convenção. Sob reserva desta última consideração e da necessidade de garantir a administração efectiva e da justiça, os tribunais do território ocupado continuarão a funcionar para todas as infrações previstas por esta legislação. A Potência ocupante poderá contudo submeter a população do território ocupado às disposições que são indispensáveis para lhe permitir desempenhar as suas obrigações derivadas da presente Convenção e garantir a administração regular do território, assim como a segurança quer da Potência ocupante, quer dos membros e dos bens das forças ou da administração da ocupação, assim como dos estabelecimentos e linhas de comunicação, assim como dos estabelecimentos e linhas de comunicação utilizadas por ela.

<sup>9</sup> Dispõe o art. 65 da IV CG: As disposições penais promulgadas pela Potência ocupante não entrarão em vigor senão depois de terem sido publicadas e levadas ao conhecimento da população, na sua própria língua. Estas disposições penais não podem ter efeito retroativo.

Embora a primeira parte do art. 84 da III CG pareça ter um comando imperativo, a ressalva aos tribunais civis imediatamente apresentada deixa claro que o dispositivo visa a garantir a igualdade de tratamento entre o prisioneiro de guerra e o militar/combatente das Forças Armadas do Estado que o detém (Potência Detentora)<sup>10</sup>. Se existe Justiça Militar no Estado, e se um membro das Forças Armadas da Potência Detentora, ao praticar determinado crime, seria a ela submetido, então os tribunais militares deverão também ser a instância judiciária competente para processar e julgar um prisioneiro de guerra pelo mesmo fato.

No que concerne à natureza dos demais tribunais referidos nas Convenções de Genebra de 1949, não há indicativos de que o intuito dos redatores foi sugerir instâncias civis. Aliás, a expressão «tribunais civis» somente aparece no art. 84 da III CG em contraposição à expressão «tribunais militares».

Para refletir sobre as categorias de crimes que poderiam ser submetidas aos tribunais militares, é preciso evocar outros artigos das Convenções de Genebra de 1949. O art. 82 da III CG prevê que os prisioneiros de guerra serão submetidos ao ordenamento jurídico em vigor nas Forças Armadas da Potência Detentora, estando esta autorizada a tomar medidas judiciais cabíveis em caso de infrações. Já nos territórios ocupados, o art. 70 da IV CG indica que a Potência Ocupante poderá processar e julgar pessoas protegidas por infrações às leis e costumes de guerra praticadas, inclusive, antes da ocupação.

Sob a égide destes dispositivos convencionais pode-se concluir que não há restrições do DIH quanto à possibilidade de tribunais militares julgarem hipóteses de crimes de guerra.

---

<sup>10</sup> Conferir também neste sentido o art. 102 da III CG que assim dispõe: Qualquer sentença contra um prisioneiro de guerra somente é válida quando for proferida pelos mesmos tribunais e segundo os mesmos procedimentos a que estão submetidos os membros das Forças Armadas da Potência Detentora e se as disposições do presente capítulo tiverem sido observadas.

Com efeito, o DIH não se posiciona quanto à escolha dos Estados no que diz respeito às jurisdições competentes para processar e julgar violações graves às Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais. O comando destacado dos tratados humanitários é a obrigação da implementação legislativa pelos Estados<sup>11</sup>. A definição do ato delitivo, a forma e local de sua integração na ordem jurídica nacional<sup>12</sup>, assim como as jurisdições competentes e os procedimentos são deixados ao livre arbítrio dos Estados.

Contudo, ao referir expressamente tribunais militares nos casos de prisioneiros de guerra e territórios ocupados, o DIH reconhece que, nestas circunstâncias excepcionais de conflitos armados, a jurisdição militar tem um papel importante, sobretudo considerando a sua peculiar característica de mobilidade. Em regra, nos direitos internos, somente os tribunais militares têm previsão normativa de deslocamento para o teatro das operações militares em território estrangeiro.

Ainda nesta ótica da necessidade de um tribunal no local dos fatos, poder-se-ia até cogitar de uma deportação ou transferência ilegal<sup>13</sup> na hipótese de deslocamento de um prisioneiro de guerra, ou de um civil, para ser processado e julgado no território da Potência Detentora, ou da Potência Ocupante, por eventual crime cometido no teatro das operações. Portanto, a submissão destes casos a tribunais militares estabelecidos nos campos de prisioneiros de guerra ou nos territórios ocupados evitaria quaisquer alegações de violação dos tratados de DIH.

---

<sup>11</sup> Conferir neste sentido os arts. 49, 50, 129 e 146 respectivamente, da I, II, III e IV Convenções de Genebra de 1949.

<sup>12</sup> Conferir «Technique d'incorporation de la sanction dans la législation pénale» dos Serviços de Consultoria em DIH do CICV.

<sup>13</sup> Segundo o art. 8º, 2, “a”, vii e “b”, viii do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, constituem crimes de guerra a deportação ou transferência ilegais de pessoas protegidas ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território.

Apesar dos tratados de DIH respeitarem a escolha estatal da jurisdição competente para processar e julgar os crimes de guerra, o legislador nacional deverá sempre considerar que estes crimes podem ser cometidos tanto por militares como por civis; que os supostos criminosos de guerra podem ser processados tanto em tempo de paz como em tempo de guerra; e que a apuração destes crimes pode implicar investigações em território estrangeiro ou recurso à cooperação judiciária internacional<sup>14</sup>.

### 3 GARANTIAS JUDICIÁRIAS MÍNIMAS ENUNCIADAS PELO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Os Estados são livres para escolher as regras que aplicarão em matéria de repressão dos crimes de guerra, contudo isto não significa que esta latitude é incondicional. O DIH impõe algumas condições que os processos e julgamentos nacionais devem satisfazer. Estas exigências convencionais são as garantias judiciárias mínimas que, não por acaso, em grande parte correspondem àquelas enunciadas pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Analisando as quatro Convenções de Genebra de 1949 (CG I, II, III e IV), os seus respectivos Protocolos Adicionais de 1977 (PAI e PAII) – coração normativo do DIH – e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998 (ER), infere-se que o direito nacional deve reconhecer as seguintes garantias<sup>15</sup>

- a) a responsabilidade penal individual (PAI: art. 75, par. 4 (b) – PAII: art. 6, par 2 (b) - ER: art. 25);
- b) o princípio *nullum crimen et nulla poena sine lege* (CG III: art. 99, par.

<sup>14</sup> Considerações enunciadas no documento intitulado «Procédure pénale» dos Serviços de Consultoria em DIH do CICV

<sup>15</sup> Garantias judiciárias e respectivas disposições convencionais enunciadas no documento intitulado «Procédure pénale» dos Serviços de Consultoria em DIH do CICV.

- 1 – PA I: art. 75, par. 4 (c) – PA II: art.6, par. 2 (c) – ER: art. 22, par. 1, et 23);
- c) o princípio *non bis in idem* (CG III: art. 86 – CG IV: art. 117, par. 3 – PA I: art. 75, par. 4 (h) - PA II : art. 6, par. 2 (a) - ER: art. 20)
- d) o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial em tempo razoável (CG III: art. 84, par. 2 – PA I: art. 75, par. 4, – PA II: art. 6, par. 2 – ER: art. 67, par. 1 et 67, par. 1 (c));
- e) o direito de ser informado sobre a infração imputada (CG III: art. 104, par. 2 – CG IV: art. 71, par. 2 – PA I: art. 75 par. 4 (a) – PA II: art. 6, par. 2 (a) – ER: art. 67, par. 1 (a));
- f) os direitos e meios de defesa (CG III: art. 99 et 105 – CG IV: art. 72 et 74 – PA I: art. 75, par. 4 (a) et (g) – PA II: art. 6, par. 2 (a) – ER: art. 67, par. 1 (b), (d), (e) et (f));
- g) a presunção de inocência (PA I: art. 75 par. 4 (d) – PA II: art. 6, par. 2 (d) – ER: art. 66)
- h) o direito de estar presente em seu julgamento (PA I: art. 75 par. 4 (e) – PA II: art. 6, par. 2 (e) – ER: art. 67, par. 1 (d));
- i) o direito de não testemunhar contra si mesmo ou confessar culpa (PA I: art. 75 par. 4 (f) – PA II: art. 6, par. 2 (e) – ER: art. 67, par. 1 (g));
- j) o direito ao pronunciamento público do julgamento (PA I: art. 75 par. 4 (i) - ER: art. 76, par. 4);
- k) o direito de recurso (CG III: art. 106 – CG IV: art. 73 – PA I: art. 75 par. 4 (j) - PA II: art. 6, par. 3).

As garantias do devido processo legal são tão importantes que o seu desrespeito poderá deflagrar a atuação complementar do Tribunal Penal Internacional (TPI). Desta feita, se um crime de guerra for suficientemente grave, e o Estado não submeter o autor a um tribunal imparcial e independente, correrá o risco de atestar internacionalmente a falência da administração de sua justiça. Neste

sentido, o TPI atua como um fiscal do cumprimento das obrigações dos Estados de adequadamente processar e julgar autores de crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra<sup>16</sup>.

#### 4 PANORAMA HISTÓRICO DA PERSECUÇÃO DOS CRIMES DE GUERRA

O estudo de algumas fontes históricas do DIH nos revela o seguinte panorama que evidencia uma intrínseca relação entre a persecução dos crimes de guerra e os tribunais castrenses.

O Código de Francis Lieber de 1863<sup>17</sup>, que era um manual de instruções destinados aos exércitos dos Estados Unidos da América, dispunha em seu art. 12 que, em caso de infrações individuais as leis e costumes de guerra, a lei marcial era aplicada, sempre que possível, por tribunais militares.

O acordo entre a Grã-Bretanha, o Estado Livre d'Orange e a República Sul Africana, referente à rendição dos Boers assinada em Pretoria, em 1902, prescrevia no art. 4º de seu anexo que o atos contrários às leis e costumes da guerra seriam julgados por uma corte marcial imediatamente após o fim das hostilidades<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> O crime de agressão, crime internacional também enunciado no art. 5º do ER, somente foi definido durante uma conferência de revisão ocorrida em 2010 em Uganda. Não obstante, a competência do TPI nestas hipóteses está condicionada à existência de 30 ratificações deste ato de revisão e após uma decisão da própria Corte a ser tomada em 2017.

<sup>17</sup> Instrução de 1863 para os exércitos em campanha dos Estados Unidos da America (Código Lieber), *Revista Internacional da Cruz Vermelha*, 1953, pp.401-409, 476-482, 974-980

<sup>18</sup> PARRY, C.(ed), *The Consolidated Treaty Series 1648-1918*, Oceana Publ, vol. 191, p.232.

O art. 28 da Convenção de Genebra de 1906 para a melhora da sorte dos feridos e doentes nas forças armadas em campanha<sup>19</sup> previa que os governos signatários deveriam se empenhar a tomar, ou propor a seus legisladores que tomassem, em caso de insuficiência de seus direitos penais militares, as medidas necessárias para reprimir, em tempo de guerra, os atos individuais de pilhagem, de mau tratamento dos feridos e doentes das forças armadas e para punir, com a usurpação das insígnias militares, o uso abusivo da bandeira e do brasão da Cruz Vermelha por militares e particulares não protegidos.

O tratado de Versalhes de 1919 também citou a jurisdição militar. No art. 228 restou consignado que o governo alemão reconhecia às Potências aliadas e associadas a liberdade de processar perante seus tribunais militares as pessoas acusadas de terem cometido atos contrários às leis e costumes de guerra.

Finalmente, pode-se evocar os Tribunais Militares Internacionais (TMI) de Nuremberg e do Extremo Oriente que, como suas próprias denominações indicam, tinham natureza militar. O estatuto do primeiro constava do anexo do Acordo de Londres de 08/08/1945<sup>20</sup> e o estatuto do segundo acompanhava um ato especial do Comandante Supremo das Forças Aliadas no Extremo Oriente de 19/01/1946<sup>21</sup>.

---

**5****UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE AS JURISDIÇÕES MILITARES**

---

Não é de hoje que a justiça militar é objeto de debate no seio das sociedades. A relação entre a espada e a balança é um paradoxo que assombra

---

<sup>19</sup> Atos da Conferência de Revisão reunidos em Genebra de 11 de junho a 6 de julho de 1906, Genebra, 1906, pp.277-293

<sup>20</sup> RTNU, vol.82, p.279

<sup>21</sup> Reproduzido em francês in Glaser, S. *Droit International pénal conventionnel*, vol I, Bruxelles, Bruylant, 1970, p.225.

os espíritos dos juristas há muito tempo. Segundo as críticas, a independência e a imparcialidade dos tribunais seria incompatível com a eficácia e a presteza da repressão no meio militar, a manutenção da disciplina castrense, assim como a salvaguarda dos segredos da defesa nacional.

Embora não se referisse aos tribunais militares, e sim ao direito castrense, Emilio Pardo Aspe, magistrado da Suprema Corte de Justiça do México sintetizou esta inquietação no final da primeira metade do século passado: “O direito militar, para o paisano, é semelhante a uma cidadela erguida em lindeiros da Idade Média, abaluartada de enigmas, assediada por secular exigência de legitimação”.

Talvez este debate encontre solo mais fértil nos países que vivenciam uma construção ou uma reconstrução democrática. Algumas democracias têm a tendência de perceber os tribunais militares como um dos braços do antigo regime repressor e nutrem a necessidade de reafirmar que todo o processo político democrático é fundamentalmente civil e laico, e não militar e religioso. Assim, as discussões sobre a competência, independência e mesmo a composição dos tribunais castrenses foram misturadas às considerações políticas, jurídicas, éticas e históricas, podendo favorecer, por vezes, um ambiente de descrédito com relação às jurisdições castrenses. Fato é que a história dos tribunais militares é absolutamente ligada à história da construção de todos os países, que, em grande parte, é obra de militares.

Não é o escopo deste trabalho discutir a legitimidade e a legalidade das justiças militares sob a ótica do Direito Internacional. Contudo, uma realidade é incontestável: apesar das críticas no cenário internacional, a justiça militar permanece em numerosos países, e mesmo nos Estados que recentemente se tornaram independentes, foram criadas instâncias militares para processar e julgar suas forças armadas.

Mesmo aqueles que defendem a extinção das justiças militares admitem que estas cortes especializadas seriam importantes em tempos de guerra, época

verdadeiramente excepcional nas quais as sociedades toleram até que parte de seus direitos sejam derogados em nome de um bem maior, a segurança (ou em alguns casos a sobrevivência) do próprio Estado.

As razões que justificam uma jurisdição militar separada estão diretamente ligadas às especificidades da vida militar que, contrariamente a vida civil, é fundada em dois pilares: a hierarquia e a disciplina. Os tribunais militares encontram sua origem na preocupação em manter a disciplina militar.

Outra questão que parece útil de assinalar sobre a natureza dos tribunais militares é a distinção entre as jurisdições permanentes e os tribunais especiais ou de exceção. A justiça militar não é necessariamente uma justiça de exceção sempre criticável, criada após o cometimento das infrações. Convém notar que os tribunais de exceção estão excluídos na maioria dos países que possuem jurisdições militares separadas.

Tem-se a propensão de vincular a justiça militar a um único critério de competência – o *status* do sujeito ativo do delito – segundo o qual a jurisdição é definida pela condição de militar do infrator. Em outras palavras, uma justiça que julga militares.

Contudo, embora este aspecto seja definitivamente importante, a prática dos Estados nos mostra que não há uniformidade no que tange às regras de competência. Com efeito, outros critérios para a caracterização, exclusivos ou combinados, podem também definir a competência dos tribunais militares nacionais. Por exemplo, a natureza da infração, o local dos fatos, o *status* da vítima ou a circunstância de tempo de guerra ou de paz no momento da infração.

Feitas algumas considerações sobre as instâncias judiciárias militares, interessa agora pontuar as eventuais vantagens e inconvenientes deste sistema jurídico especializado na investigação, processo e julgamento das graves violações do DIH.

A jurisdição competente para os crimes de guerra deve ser ao mesmo tempo independente e eficaz. Para tanto, são necessários meios de conhecer rapidamente, diretamente e efetivamente o fato e suas circunstâncias que, nestes casos, se desenrolam na zona de operações militares. É por isso que uma proximidade com o meio militar se revela indispensável. Em verdade, não existe outra maneira de assegurar uma apreciação consequente da legalidade das operações, assim como facilitar uma produção eficiente das provas.

Ainda que não haja dúvidas de que um agente não estatal também possa cometer um crime de guerra, somente um conhecimento especializado sobre as circunstâncias que cercam o universo bélico poderá trazer necessários aportes para uma investigação adequada e um julgamento justo dos responsáveis por crimes de guerra.

Muitas vezes os crimes de guerra ocorrem longe do território nacional e será necessário o deslocamento dos órgãos de persecução penal para se efetivar a prestação da tutela jurisdicional. Neste contexto, reitera-se que a mobilidade deve ser também sublinhada como uma característica positiva das jurisdições militares que costumam ser as únicas com previsão legal, estrutura e experiência de desdobramento para o local das hostilidades em território estrangeiro.

A celeridade processual e os efeitos na disciplina militar são também vantagens importantes. A familiaridade dos investigadores e dos tribunais militares com as normas do Direito Internacional Humanitário é um outro aspecto a ser acentuado. Aliás, são as próprias Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais que exigem a difusão do DIH, sobretudo no seio das instituições militares<sup>22</sup>. Também existe a previsão convencional de assessores

---

<sup>22</sup> Cf. artigos 47/48/127/144 respectivamente da I, II, II e IV Convenções de Genebra de

jurídicos especializados em DIH para aconselhar os comandantes militares<sup>23</sup>. Estas obrigações internacionais devem ser cumpridas pelos Estados desde os tempos de paz.

Entre os inconvenientes de se processar e julgar crimes de guerra por jurisdições militares, costumam ser citados: a eventual falta de imparcialidade e independência, como por exemplo o risco das instâncias judiciárias militares se tornarem uma justiça de casta e o risco de subordinação ao poder executivo. O não respeito às garantias judiciárias mínimas, o segredo militar e um orçamento limitado são, por vezes, também pontuados como obstáculos a uma boa administração da justiça por tribunais militares.

Como visto, a grande questão relativa às justiças militares no ambiente internacional não orbita nas razões que justificam a sua existência como jurisdição especializada, e sim na preocupação com o respeito às garantias judiciárias internacionalmente reconhecidas, das quais se destaca o direito a um tribunal imparcial e independente.

Desta feita, sob a égide do Direito Internacional, compete ao Estado que escolher manter ou criar uma jurisdição militar, formular estatutos jurídicos que permitam uma atuação qualificada e independente dos seus quadros, além de prever em suas normas todas as garantias do devido processo legal.

Imperioso também registrar que, em estudo da extinta Subcomissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a

---

1949 e artigos 83/19 respectivamente dos I e II Protocolos Adicionais de 1977.

<sup>23</sup> Conferir o art. 82 do Protocolo Adicional I de 1977.

administração da justiça por tribunais militares<sup>24</sup>, são evidenciados indicativos da pertinência entre a temática do DIH e as jurisdições castrenses.

Segundo o princípio de número 2 do aludido estudo, os tribunais militares deveriam aplicar, em qualquer caso, as normas e procedimentos reconhecidos no âmbito internacional em garantia de um juízo imparcial, incluídas as normas do Direito Internacional Humanitário.

Já o princípio de número 4, denominado de «aplicação do Direito Internacional Humanitário» dispõe que, em período de conflitos armados, os princípios do Direito Humanitário, em particular as disposições da Convenção de Genebra sobre prisioneiros de guerra, aplicam-se plenamente aos órgãos judiciais militares.

---

## 6 CRIME DE GUERRA: UM CRIME DE NATUREZA MILITAR

---

Apesar dos argumentos já apresentados sobre a validade e as vantagens da jurisdição militar na persecução dos crimes de guerra, é preciso ir além e refletir sobre a própria natureza desta espécie de crime internacional.

Os crimes de guerra constituem as violações graves ao Direito Internacional Humanitário que limita o uso da violência em conflitos armados e

---

<sup>24</sup> Conferir E/CN.4/2006/58, de 13 de janeiro de 2006. Este estudo sobre a administração da Justiça por tribunais militares elaborou princípios e recomendações para os Estados e foi presidido por Emanuel Decaux.

são a mais antiga das categorias de crimes internacionais. Foi sob esta imputação que se deram os primeiros julgamentos penais internacionais<sup>25</sup>.

A definição de crimes de guerra constou, com elementos diferenciados, no estatuto do Tribunal de Nuremberg de 1945 (art. 6º, b), nas Convenções de Genebra de 1949 (arts. Art. 50 – CG I, art. 51 – CG II, art. 130 – CG III, art.147 – CG IV), nos estatutos dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia (art. 3º) e para Ruanda (art. 4º) e no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 8º). Contudo, a existência de um conflito armado e o nexo do delito com este conflito são pré-requisitos comuns a todas as definições.

Uma grande inovação ocorreu no estatuto do TPI *ad hoc* para Ruanda em que, pela primeira vez, foi expressamente reconhecida a categoria de crimes de guerra no âmbito de um conflito armado não-internacional. A jurisprudência do TPI *ad hoc* para a antiga Iugoslávia também se pronunciou neste sentido, mas foi criticada pelo fato de a hipótese não constar no estatuto do tribunal.

O Estatuto de Roma que criou o TPI, tratado internacional mais moderno e mais técnico do Direito Internacional Penal, reconheceu expressamente crimes de guerra em conflitos armados internacionais (CAI) e em conflitos armados não internacionais (CANI). Da sua sistemática, deflui-se que foram estabelecidas quatro categorias de crimes de guerra, conforme as fontes de DIH.

---

<sup>25</sup> O primeiro julgamento que a doutrina aponta é o de Peter Von Hagenbach, ocorrido na Alemanha, em 1474. Ao acusado, que tinha sido nomeado Governador da cidade de Breisach pelo Duque Charles de Borgonha, foi imputado o fato de, mesmo não sendo o momento de hostilidades, ter autorizado suas tropas a estuprar, matar civis inocentes e pilhar propriedades. O Duque Charles de Borgonha tinha sido derrotado por uma aliança composta pela França, Áustria e forças do Alto Reno que organizaram o julgamento. Embora o acusado tenha alegado que cumpria ordens superiores, foi condenado e executado por ter violado “leis Divinas e Humanas”.

A primeira categoria enumerada no art. 8º do ER corresponde às violações graves às Convenções de Genebra de 1949, que configuram o denominado Direito de Genebra<sup>26</sup>, fundado sobre a noção de pessoa protegida que é o sujeito passivo desta modalidade de crime.

Esta categoria de crimes de guerra diz respeito a CAI e podemos citar como exemplos as seguintes condutas contra pessoas protegidas: homicídio doloso; tortura ou outros tratamentos desumanos; ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga; privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade e tomada de reféns.

A segunda categoria se refere às leis e costumes de guerra também no contexto de um CAI, parte do *ius in bello* chamada de Direito de Haia<sup>27</sup> que é

---

<sup>26</sup> O chamado “Direito de Genebra” constitui a vertente essencialmente humanitária do DIH, cuja base é o princípio da humanidade, que visa à proteção das pessoas que não participam das hostilidades ou estão fora de combate por motivo de ferimentos, doenças, naufrágios ou detenção pelo inimigo. O início do desenvolvimento deste ramo do *ius in bello* remonta à primeira Convenção de Genebra, de 1864, e encontra seu ápice nas Convenções de Genebra de 1949.

<sup>27</sup> Convencionou-se chamar a vertente mais antiga do DIH de Direito de Haia porque o início da codificação da matéria se deu naquela cidade holandesa, como testemunham as duas Conferências Internacionais da Paz, de 1899 e 1907. Esta vertente do DIH baseia-se no princípio da limitação e objetiva regulamentar a condução das hostilidades restringindo meios e métodos de combate e proibindo o uso de determinadas armas.

fundada no princípio da limitação dos meios e métodos de combate. Nesta hipótese, não se exige que a vítima seja uma pessoa protegida, uma vez que o foco de proteção recai sobre os próprios combatentes.

São alguns exemplos desta categoria de crimes de guerra: dirigir intencionalmente ataques à população civil; dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares; lançar intencionalmente um ataque, sabendo que causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa; atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas; utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves; dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares; matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo; declarar que não será dado quartel; destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões sejam imperativamente determinadas pelas necessidades da guerra; declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga; utilizar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares; provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra.

Além das normas já consagradas pelo direito costumeiro, o ER trouxe algumas inovações, como a proteção de missões humanitárias e de missões de paz e a proibição de danos ao meio ambiente. Incluiu-se ainda a conduta de transferir para os territórios ocupados parte da população da potência ocupante. Os crimes de natureza sexual também experimentaram uma considerável evolução e inseriu-se como crime o recrutamento ou alistamento de crianças menores de 15 anos. Também está tipificado o uso de algumas armas proibidas.

A terceira categoria de crimes de guerra diz respeito aos conflitos armados não internacionais (CANI) contemplados pelo art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra. Os sujeitos passivos são as pessoas protegidas, assim consideradas aquelas que não tomam parte das hostilidades. São proibidos: atos de violência contra a vida e contra a pessoa; ultrajes à dignidade da pessoa; a tomada de reféns; as condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis.

Por fim, a última categoria de crimes de guerra prevista no ER elenca hipóteses ocorridas em CANI. Este item representa uma grande inovação do Direito Internacional Penal ainda não contemplada pelas normas costumeiras. Mesmo que em menor extensão, tentou-se garantir proteção assemelhada àquela decorrente da alínea “b” do item 2 do art. 8º que trata da limitação de meios e métodos de combate em conflitos armados internacionais cujos exemplos de condutas criminosas foram acima mencionados.

Após estas considerações sobre os crimes de guerra, impende analisar o que são crimes militares.

Em verdade, cada Estado tem um critério para definição de crime militar e, sob a ótica do Direito Internacional convencional, não existe uma conceituação preestabelecida. Diferentes sistemas penais militares criminalizam diferentes tipos de comportamento ilegal, daí a dificuldade de serem definidos parâmetros internacionais.

Em linhas gerais, um crime tipicamente militar pode ser definido como uma grave violação contra a capacidade, prontidão para o combate, hierarquia, disciplina e eficiência das Forças Armadas. O nexu da conduta praticada com o ofício específico da função militar costuma ser um denominador comum.

O já mencionado estudo da ONU sobre a administração da justiça por tribunais militares apresenta uma percepção acerca dos crimes militares ao enunciar que a competência dos órgãos judiciais militares deveria estar limitada às infrações cometidas dentro do âmbito estritamente castrense pelo pessoal militar<sup>28</sup>.

Quanto ao aspecto objetivo das considerações acima enunciadas – infrações cometidas no âmbito estritamente militar – parece que a intenção foi referir o universo militar, sua zona de atividade especializada, seu campo de atuação diferenciado. Em breve análise, esta especificidade da vida e do ambiente militar é o que justifica a existência de um direito penal militar autônomo, mas não plenamente independente, do direito penal comum.

Já no que tange ao aspecto subjetivo da percepção do estudo da ONU sobre o que seria um crime militar – infrações cometidas pelo pessoal militar – a

---

<sup>28</sup> Conferir princípios nr. 8 e 20 em E/CN.4/2006/58, de 13 de janeiro de 2006. Este estudo sobre a administração da Justiça por tribunais militares elaborou princípios e recomendações para os Estados e foi presidido por Emanuel Decaux.

prática dos Estados evidencia que a condição de militar do sujeito ativo é um elemento importante, mas não determinante, da competência das jurisdições castrenses ou mesmo da conceituação de crime militar.

Sob a égide do direito comparado, crimes militares podem incluir, mas não se limitam a condutas como: evitar o serviço militar, ausência desautorizada, deserção, traição, insubordinação, homicídio e crimes cometidos em tempos de guerra, tais como entregar-se ao inimigo ou violar gravemente o Direito Internacional Humanitário<sup>29</sup>.

Um levantamento sobre a Justiça Militar na América Latina<sup>30</sup> destacou a existência de categorias de crimes militares na região, conforme o bem jurídico tutelado:

- a) crimes contra o poder do Estado (traição, espionagem, sabotagem, conspiração);
- b) crimes contra os princípios de obediência à ordem e não deliberação (rebelião, sedição, motim, sublevação);
- c) crimes contra a manutenção da disciplina (deserção, insubordinação, abuso de autoridade, desobediência, abandono de posto);
- d) crimes que representam ultraje à instituição militar (crimes contra a simbologia militar ou nacional, uso indevido de uniforme, afronta à autoridade de sentinela);
- e) crimes contra o Direito Internacional Humanitário que começam a ser tipificados em alguns códigos de justiça militar da região;

---

<sup>29</sup> Vashakmadze, Mindia, Guidebook, Understanding Military Justice, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), 2010.

<sup>30</sup> Rial, J. *La justicia militar: entre la reforma y la permanencia*. - 1a ed. - Buenos Aires: RESDAL, 2010.

f) crimes especiais que se dividem em crimes contra a vida e a integridade física (homicídio, lesões corporais), crimes contra a propriedade (furto, roubo, estelionato) e crimes contra a administração pública (fraude, desfalque, falsificação).

Talvez o seguinte silogismo simplista possa inaugurar a reflexão: o DIH regulamenta os conflitos armados e limita o uso da força; o preparo para uso da força em combate, na defesa do Estado, define a ocupação profissional dos militares; logo, o DIH impõe regras que afetam diretamente o ofício castrense e, portanto, violar gravemente o DIH, outrora denominado Direito da Guerra, representa cometer um crime de natureza militar.

É evidente que nem todo o combatente<sup>31</sup> é um militar e que cada vez mais agentes não estatais se engajam em conflitos armados e violam as regras do DIH durante os afrontamentos armados. Contudo, mesmo que o grave desvio em combate seja perpetrado por um civil, tal circunstância não tem o condão de desnaturar a essência militar/bélica do crime praticado.

Vale lembrar que a vertente do DIH baseada no princípio da limitação, que restringe meios e métodos de combate – o chamado Direito de Haia – é especificamente endereçada ao combatente (militar ou não), dispondo sobretudo o que ele não pode fazer durante os afrontamentos armados.

---

<sup>31</sup> Segundo o art. 4.o da CG III existem três categorias de combatentes regulares: 1) membros das Forças Armadas; 2) milícias, corpos de voluntários e movimentos de resistência desde respeitadas algumas condições; 3) levantamento em massa que se corresponde à população de um território não ocupado que, à aproximação do inimigo, pega espontaneamente em armas, para combater as tropas de invasão, sem ter tido tempo de se organizar em força armada regular, desde que transporte as armas à vista e respeite as leis e costumes da guerra.

Poder-se-ia, ainda, cogitar que o respeito ao *ius in bello* necessariamente comprometeria o êxito militar em combate, uma vez que restringe o uso da força nos conflitos armados. Contudo, se conseguirmos aceitar a filosofia do DIH e crer que é possível ganhar uma guerra respeitando as normas que regulamentam as hostilidades, então afastaremos esta equivocada percepção de que o direito atrapalha a batalha e compreenderemos, com mais facilidade, a essência militar dos crimes de guerra.

Na realidade, o DIH é um valor ético a ser respeitado durante os conflitos armados e os crimes de guerra são o mais grave erro funcional que um profissional da guerra pode cometer.

O respeito ao DIH decorre de obrigações internacionais assumidas pelos Estados e pode trazer mais legitimidade para uma operação militar.

Conforme já visto, constituem crimes de guerra, por exemplo, a destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária.

Também é considerada uma grave violação do DIH, lançar intencionalmente um ataque, sabendo que isto causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa.

Necessidade militar concreta ou vantagem militar concreta e direta esperada em momentos de conflitos armados são elementos normativos de natureza estritamente castrense.

Ademais, nuances relativas à responsabilidade de comando ou ao uso da força no teatro das operações de guerra podem não ser facilmente interpretadas e compreendidas fora de uma perspectiva familiarizada com o *ethos* militar.

## 7

## O DÉFICIT LEGISLATIVO NO BRASIL

Embora o Brasil tenha demonstrado um compromisso internacional ao se vincular à maioria dos tratados de Direito Internacional Humanitário, por meio dos quais se obriga a criminalizar condutas na legislação nacional, verdade é que impera um *déficit* legislativo no ordenamento jurídico pátrio.

O Brasil assinou o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional em 07/02/2000, o Congresso Nacional aprovou-o em 06/06/2002, através do Decreto Legislativo 112 e, após apresentação do instrumento de ratificação em 14/06/2002, o Estatuto de Roma passou a ter vigência no Brasil em 01/09/2002<sup>32</sup>. No plano interno, o tratado foi promulgado em 25/09/2002 por meio do Decreto nº 4.388.

---

<sup>32</sup> Este decurso de tempo entre a ratificação e a entrada em vigor para o Brasil ocorreu em virtude do disposto no art. 126 do Estatuto de Roma que dispõe que o tratado entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas. O artigo ainda acrescenta que em relação ao Estado que ratifique, aceite ou aprove o Estatuto, ou a ele adira após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão, o Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do respectivo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão.

Ocorre que, para não perder a oportunidade de demonstrar uma posição firme perante a comunidade internacional, o país ratificou o ER sem operar mudanças constitucionais ou legislativas necessárias. Embora a emenda constitucional 45/2004 tenha inserido na Constituição Federal norma que dispõe que o Brasil se submete ao tribunal penal internacional ao qual tenha manifestado adesão, ainda não há uma lei de implementação do TPI no ordenamento jurídico interno.

Segundo exigências constitucionais decorrentes da compreensão estrita do princípio da legalidade dos delitos e das penas, quando se tratar de incriminação de condutas, é imprescindível a aprovação de uma lei interna descrevendo os tipos penais. Os crimes de guerra previstos no ER não encontram plena equivalência no direito pátrio, não obstante o Brasil seja, desde 1957, parte das Convenções de Genebra de 1949, por meio das quais se obrigou a incriminar as graves violações do *ius in bello* em seu direito interno.

O país conhece uma categoria de crimes chamada “crimes militares em tempo de guerra” que compõe o Livro II do Código Penal Militar (CPM). Apesar desta terminologia análoga, os atos incriminados pelo direito penal militar brasileiro não coincidem com o que se entende por crimes de guerra a luz do direito internacional. Em verdade, os crimes militares em tempo de guerra visam proteger a eficiência da força e não restringir meios e métodos de combate ou proteger quem não participa das hostilidades.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Cf. STEINER, S., BADARÓ, G., MOURA, M-T, DAL MASO JARDIM, T. “Relatório elaborado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)”, in : AMBOS, K., MALARINO, E. (éd.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina Y España*, Bonn, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 2003, note 81, p. 131.

Algumas condutas previstas no art. 8º do ER que dispõe sobre os crimes de guerra, com esforço interpretativo, poderão encontrar tipos penais aproximados na legislação penal brasileira, embora o princípio da taxatividade, corolário do princípio da legalidade dos delitos e das penas, possa restar comprometido. São exemplos de crimes nacionais que poderiam abarcar determinados crimes de guerra: o homicídio, a tortura, as lesões corporais, o dano, o furto, o roubo, a extorsão, o saque, o sequestro e o cárcere privado e os crimes sexuais.

No entanto, outras condutas previstas no art. 8º do ER precisariam de uma manobra jurídica para serem subsumidas a tipos penais de direito interno, metodologia que é vedada pelo direito penal<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> São exemplos de crimes de guerra que evidenciam a defasagem da legislação brasileira face ao direito internacional: o ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga; privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade; lançar intencionalmente um ataque, sabendo que isto causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa; atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves; a transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território; declarar que não será dado quartel; declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga; obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra; utilizar veneno ou armas envenenadas; utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido,

Com o objetivo de colmatar estas lacunas legislativas, tramita no Congresso Nacional um projeto de lei<sup>35</sup> que dispõe sobre o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do TPI, além de instituir normas processuais específicas e dispor sobre a cooperação com o TPI.

O projeto foi elaborado por um Grupo de Trabalho composto de juristas de vários segmentos com uma linguagem e estrutura típicas da ordem jurídica brasileira, tornando mais inteligível ao operador do direito nacional as disposições do Estatuto de Roma. O projeto é constituído de 131 artigos divididos em oito títulos.

Os crimes de guerra foram tratados no título IV que foi dividido em três capítulos: disposições gerais, conflitos armados de caráter internacional e conflitos armados de caráter não-internacional. O texto classificou os crimes de guerra unicamente com relação aos tipos de conflitos armados, ou seja, em duas categorias, o que parece simplificar a sistematização complexa retida pelo Estatuto de Roma, que utilizou os instrumentos internacionais do DIH e o direito consuetudinário como critérios de classificação. O projeto traz inovações no direito interno, como por exemplo, a inclusão do conceito de conflito armado internacional, que prescinde da declaração formal de guerra, e a referência ao conflito armado interno<sup>36</sup>.

---

material ou dispositivo análogo; utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobrem totalmente o interior ou possuem incisões; utilizar armas, projéteis; materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados.

<sup>35</sup> Projeto de Lei nr.4038/2008, apensado ao PL 301/2007, cuja tramitação na Câmara dos Deputados está disponível em [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747).

<sup>36</sup> Conferir art. 38 do PL 4038/2008.

A competência da Justiça Militar da União para processar e julgar crimes internacionais foi calorosamente debatida no referido Grupo de Trabalho. Interessante registrar que, a convite do GT, também participaram militares das Forças Armadas em algumas discussões, os quais trouxeram aportes importantes no que tange à definição de crimes de guerra e quanto ao funcionamento da Justiça Militar em teatros de operações<sup>37</sup>.

Decidiu-se pela inclusão da Justiça Militar como instância judiciária competente para processar e julgar os crimes de guerra e outros crimes internacionais em determinadas circunstâncias. Contribuíram para esta conclusão o fato da Justiça Militar da União ser uma justiça especializada que integra o Poder Judiciário e ter uma composição mista, de juízes civis e militares, além de sua peculiar característica de mobilidade<sup>38</sup>.

E como a Justiça Militar da União só julga crimes militares, para operacionalizar a competência dessa instância judiciária especializada, o projeto considerou os crimes de guerra – violações graves aos DIH – como crimes de natureza militar, acrescentando o art. 10-A ao Código Penal Militar Brasileiro, com a seguinte redação do *caput*:

art. 10-A. São também crimes militares, sujeitos à lei brasileira, ainda que cometidos fora do território nacional, os crimes de guerra, qualquer que seja o seu agente, e os crimes de genocídio, contra a humanidade e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, quando praticados por militar ou combatente.

---

<sup>37</sup> Cf. LORANDI, A. (Coordenadora), *Tribunal Penal Internacional – Implementação do Estatuto de Roma no Brasil*, Brasília, Ministério Público Militar, 2007, pág. 17

<sup>38</sup> Cf. LORANDI, A. (Coordenadora), *Tribunal Penal Internacional – Implementação do Estatuto de Roma no Brasil*, Brasília, Ministério Público Militar, 2007, pág. 80

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As justiças militares podem ter um papel muito importante no que concerne à investigação, processo e julgamento das graves violações do Direito Internacional Humanitário, sobretudo no aspecto da eficácia da prestação jurisdicional.

No contexto da neutralidade do DIH quanto à escolha das jurisdições competentes, a jurisdição militar se revela uma opção válida, desde que as garantias judiciárias mínimas sejam respeitadas, dentre as quais, a de um tribunal imparcial e independente. Para uma efetiva e eficaz investigação e repressão desta modalidade de crime, uma expertise militar é fundamental. Condenar, de plano, a justiça militar representa negligenciar as consideráveis vantagens que só uma justiça especializada, célere e móvel pode oferecer.

O DIH representa um imperativo ético na arte da guerra e a guerra é o mister dos militares. Desta feita, os crimes de guerra, ainda que possam também ser praticados por agentes não estatais, são crimes de natureza militar, uma vez que constituem as graves violações das normas internacionais que devem ser respeitadas em conflitos armados.

O Brasil assumiu obrigações internacionais ao se vincular aos principais tratados de DIH e tem o dever de cumpri-las. Além disso, tropas nacionais participam de missões de Paz da ONU<sup>39</sup> e faz parte da Estratégia Nacional de

---

<sup>39</sup> Embora não sejam considerados tecnicamente combatentes, os integrantes de uma missão de manutenção da paz devem respeitar os princípios e normas do Direito Internacional Humanitário (DIH) quando engajados no combate, em legítima defesa da missão ou se estritamente necessário para o cumprimento do mandato. Nestas excepcionais hipóteses

Defesa incrementar o adestramento e a participação das Forças Armadas em operações internacionais<sup>40</sup>. Ainda que remota a probabilidade, a defasagem da legislação penal brasileira pode ensejar uma possibilidade normativa de existência de um caso no Tribunal Penal Internacional, circunstância que atestaria a falência da administração da Justiça brasileira.

Considerando que o Brasil busca se destacar com mais protagonismo no cenário internacional, importante, necessária e urgente se mostra a aprovação do projeto de lei que internaliza os crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma, dentre eles os crimes de guerra. Assim, o país demonstrará que cumpre seus compromissos internacionais assumidos por tratados e ratificará, no seu ordenamento jurídico, que os valores do Direito Humanitário norteiam o treinamento e o emprego de suas Forças Armadas.

---

## 9 REFERÊNCIAS

---

### I – Livros

AMBOS, K.; MALARINO, E. (éd.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina Y España*, Bonn, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 2003.

---

de uso da força, se houver grave violação do DIH, poderemos estar diante de um crime de guerra praticado por um *peacekeeper*.

<sup>40</sup> Cf. Estratégia Nacional de Defesa aprovada pelo Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008 do Presidente da República.

ANDREU-GUZMÁN, F. *Military jurisdiction and international law, Military courts and gross human rights violations* ( vol 1), Genève: Interational Commission of Jurists, 2004.

CASSESE; GAETA; JONES; (eds), *The Rome statute of International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX ROUGE (éd), *Punishing Violations of International Humanitarian Law at the National Level, A Guide for Common Law States*, Genève: CICR, 2001.

COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX ROUGE (éd), *Répression nationale des violations du droit international humanitaire* (systèmes romano-germaniques), Genève: CICR, 1997.

DAVID, E. *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles: Bruylant, 2002.

LA ROSA, A.M., *Dictionnaire de Droit International Pénal*, Termes choisis, Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

LAMBERT ABDELGAWAD, E (Dir.), *Juridictions Militaires et Tribunaux d'Exception em mutation: perspectives comparées et internationales*, Paris: Agence universitaire de la Francophonie, 2007.

LORANDI, A. (Coordenadora), *Tribunal Penal Internacional – Implementação do Estatuto de Roma no Brasil*, Brasília: Ministério Público Militar, 2007.

NOLTE, G. (Ed.), *European Military Law Systems*, Berlin: De Gruyter Recht, 2003.

RANT, J. W. *Courts-martials, discipline, and the criminal process in the Armed Services*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2003.

RIAL, J., *La justicia militar: entre la reforma y la permanencia*. - 1a ed. - Buenos Aires: RESDAL, 2010.

SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE, Recueil du XI Congrès International – Edinburgh, 1988: *La mise en oeuvre du Droit International Humanitaire au niveau national, spécialement eu égard au développement de la guerre moderne*, Bruxelles, 1989.

SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE, *Recueil du XIV Congrès International – Athenes*, 1997: *Investigation et poursuite des violations du droit des conflits armés*, Bruxelles, 1999.

SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE, *Recueil du Séminaire concernant la juridiction militaire – Rhodes*, 2001

SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE, *Recueil du XVI Congrès International – Rome*, 2003: *Compatibilité des systèmes juridiques nationaux avec le statut de la Cour Pénale Internationale Permanente*, Bruxelles, 2003.

VASHAKMADZE, M., *Guidebook, Understanding Military Justice*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), 2010.

## II – Artigos

HENZELIN, M., «La compétence universelle et l'application du droit international pénal en matière de conflits armés. La situation en Suisse (affaire Niyonteze)», in: BURGORGUE-LARSEN, L. (dir), *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 155-174

MUNDIS D. A., «The Use of Military Commissions to Prosecute Individuals Accused of Terrorist Acts», *AJIL*, vol. 96, 2002, pp. 320-328.

SASSOLI, M. «Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international», *RSDIE*, 2002, vol 12, pp. 151-178

SASSOLI M., «La guerre contre le terrorisme, le droit international humanitaire et le statut des prisonniers de guerre», *Annuaire canadien de Droit international*, 2001, pp. 211-252.

SCHABAS, W. «National courts finally begin to prosecute genocide, the “crime of crimes”», *JICJ*, 2003, vol 1, pp. 39-63

SLAUGHTER A-M., «Secret Trial by Military Commission Is Not Justice», *International Herald Tribune*, 19 November 2001.

STEINER, S., BADARÓ, G., MOURA, M-T, DAL MASO JARDIM, T. “Relatório elaborado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)”, *in*: AMBOS, K., MALARINO, E. (éd.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina Y España*, Bonn, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 2003.

### III. Documentos oficiais

Acordo de Londres de 8 de outubro de 1945, RTNU, vol.82, p.279.

Acordo entre a Grã-Bretanha, o Estado Livre d`Orange e a República Sul Africana concernente a rendição dos Boers, assinado à Pretoria, em 1902, PARRY, C.(ed), *The Consolidated Treaty Series 1648-1918*, Oceana Publ, vol. 191, p.232.

CICV, «Procédure pénale», Serviço Consultivo em Direito Internacional Humanitário.

CICV, «Technique d`incorporation de la sanction dans la législation pénale», Serviço Consultivo em Direito Internacional Humanitário.

Convenção americana relativa aos direitos humanos, RTNU, vol MCXLIV, p. 183.

Convenção de Genebra de 1906 para a melhoria da sorte dos feridos e doentes nas Forças Armadas em campanha, Actes de la Conférence de Révision, reunidos em Genebra de 11 de junho a 6 de julho de 1906, Genebra, 1906, pp.277-293.

Convenção (I) de Genebra para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos das forças armadas em campanha, 12 de agosto de 1949, *Atos da Conferência diplomática de Genebra de 1949*, vol I, Berna, Departamento Político Federal, pp. 205-224.

Convenção (II) de Genebra para a melhoria da sorte dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar, 12 de agosto de 1949, *Atos da Conferência diplomática de Genebra de 1949*, vol I, Berna, Departamento Político Federal, pp. 225-242.

Convenção (III) de Genebra relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra, 12 de agosto de 1949, *Atos da Conferência diplomática de Genebra de 1949*, vol I, Berna, Departamento Político Federal, pp. 243-293.

Convenção (IV) de Genebra relativa a proteção das pessoas civis em tempos de guerra, 12 de agosto de 1949, *Atos da Conferência diplomática de Genebra de 1949*, vol I, Berna, Departamento Político Federal, pp. 294-335.

Comitê dos Direitos Humanos, Observação Geral 13, Artigo 14 (21ª sessão, 1984), Compilação dos comentários gerais e Remendações gerais adotadas pelos órgãos dos tratados, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994).

E/CN.4/2006/58, de 13 de janeiro de 2006, Projeto de Princípios sobre a Administração da Justiça por Tribunais Militares.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, Doc. NU A/CONF.183/9, 17 de julho de 1998.

Instrução de 1863 para os exércitos em campanha dos Estados Unidos da América (Código Lieber), *Revista Internacional da Cruz Vermelha*, 1953, pp.401-409, 476-482, 974-980.

Proclamação especial do Comandante Supremo das Forças Aliadas no Extremo-Oriente, feita em Tóquio, em 19 de janeiro de 1946, Reproduzido em francês in Glaser, S. *Droit International pénal conventionnel*, vol I, Bruxelles, Bruylant, 1970, p.225.

Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo a proteção de vítimas de conflitos armados internacionais (Protocolo I), 8 de junho de 1977, *Os Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*, Genebra, CICV, 1977, pp.91-103. pp.3-89.

Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo a proteção de vítimas de conflitos armados não internacionais (Protocolo II), 8 de junho de 1977, *Os Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*, Genebra, CICV, 1977, pp.91-103.

