

Tarciso Dal Maso Jardim
Consultor Jurídico

**COMPATIBILIDADE DO APARATO JURÍDICO
BRASILEIRO COM O DIREITO INTERNACIONAL
HUMANITÁRIO**

Abril, 2001

ÍNDICE

COMPATIBILIDADE DO APARATO JURÍDICO BRASILEIRO COM O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Introdução	4
Capítulo 1. Vinculação do Estado Brasileiro ao Direito Internacional Humanitário	5
1.1. Panorama dos tratados ratificados;	5
1.2. Gestões internas para vincular-se a outros tratados;	9
1.3. Incorporação do direito internacional humanitário no ordenamento jurídico interno.	11
Capítulo 2. Normativa brasileira em matéria de conflito armado	16
2.1. Situações de emergência	16
2.2. Proteção do emblema da Cruz Vermelha e de outros símbolos correlatos	22
2.3. Repressão penal das violações do direito internacional humanitário	24
2.4. Direito processual penal	39
2.5. Proteção de pessoas detidas	43
2.6. Identificação, definição e proteção das pessoas beneficiadas por estatuto especial nas Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais	45
2.7. Identificação, definição, localização correta e proteção dos bens e locais protegidos pelos tratados humanitários	48
2.8. A localização dos objetivos militares nas proximidades dos centros urbanos	50
2.9. Aplicação interna dos tratados internacionais sobre a limitação de armas	50
Capítulo 3. Disciplina das forças armadas e forças públicas brasileiras e o direito internacional humanitário	55
3.1. Regulamentos e manuais militares	55
3.1.1. Definição das forças armadas e das pessoas que a compõem	55
3.1.2. Comportamento dos membros das forças armadas durante o combate e a condução das hostilidades	58
3.1.3. Responsabilidades para atos contrários ao direito internacional humanitário	59
3.1.4. Deveres e responsabilidades dos chefes militares	60
3.2. Assessoria Jurídica das forças armadas	61

3.3. Forças públicas e o direito internacional humanitário	62
Capítulo 4. Mecanismos para a aplicação do direito internacional humanitário no Brasil	63
4.1. Sociedade civil	63
4.2. Organismos governamentais	65
Capítulo 5. Difusão do direito internacional humanitário e institucionalização de seu ensino no Brasil	66
5.1. Medidas oficiais de difusão do direito internacional humanitário	66
5.2. Especialização, formação profissional e universitária em direito internacional humanitário	66
Considerações Finais	67
Anexo	73

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo atender, o mais objetivamente possível, indagações do Comitê Internacional da Cruz Vermelha sobre a implementação do direito internacional humanitário no Brasil.

Dividido didaticamente em 5 capítulos, pretendemos abordar desde o modo de vinculação do Estado brasileiro ao direito internacional, passando pelo diagnóstico das normas brasileiras em matéria de conflito armado, pelas análises da disciplina das forças armadas e forças públicas brasileiras e dos mecanismos internos de aplicação do DIH, até por fim tecermos considerações sobre a difusão da matéria no Brasil (ver anexo).

As dificuldades desse trabalho foram, por paradoxal que pareça, resumir temas complexos, de um lado, e tecer considerações mais densas sobre temas que não se dispõe de informações, de outro. De qualquer maneira, cada preocupação do CICV requereria uma tese segundo um olhar especialista e, talvez, isto traga um sentimento de trabalho por cumprir ou, em outros termos, em disposição de ajudar em missões futuras, fazer novas investigações, aprofundar determinados pontos ou esclarecer possíveis dúvidas.

Capítulo 1. Vinculação do Estado Brasileiro ao Direito Internacional Humanitário

1.1. Panorama dos tratados ratificados

O Brasil possui antiga tradição de vincular-se aos tratados de direito internacional humanitário. Até o presente momento (abril, 2001) o país ratificou ou aderiu os seguintes tratados multilaterais:

Tratado	Assinatura	Ratificação	Adesão
i. Declaração de Paris sobre guerra marítima (16.4.1856)			18.3.1858
ii. Convenção de Genebra para a melhoria da sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha (22.10.1864)			30.4.1906
iii. Declaração de São Petersburgo para proscrever, em tempo de guerra, o emprego de projéteis explosivos ou inflamáveis (11.12.1868)			23.10.1869
iv. II Convenção de Haia relativa às leis e usos da guerra terrestre e seu anexo (29.7.1899)			25.2.1907
v. III Convenção de Haia para a adaptação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra de 1864 (29.7.1899)			25.2.1907
vi. Convenção de Genebra sobre o melhoramento da sorte dos doentes e feridos (6.7.1906)	6.7.1906	18.6.1907	
vii. III Convenção de Haia de 1907 relativa ao rompimento das hostilidades (18.10.1907)	18.10.1907	5.1.1914	
viii. IV Convenção de Haia relativa às leis e usos da guerra terrestre e seu anexo (18.10.1907)	18.10.1907	5.1.1914	
ix. V Convenção de Haia sobre direitos e deveres dos neutros em caso de guerra terrestre (18.10.1907)	18.10.1907	5.1.1914	
x. VI Convenção de Haia relativos a navios mercantes inimigos no início das hostilidades (18.10.1907)	18.10.1907	5.1.1914	
xi. VII Convenção de Haia relativa à transformação de navios mercantes em navios de guerra (18.10.1907)	18.10.1907	5.1.1914	
xii. VIII Convenção de Haia relativa à colocação de minas submarinas automáticas de contato (18.10.1907)	18.10.1907	5.1.1914	
xiii. IX Convenção de Haia sobre o	18.10.1907	5.1.1914	

Tratado	Assinatura	Ratificação	Adesão
bombardeamento por forças navais em tempo de guerra (18.10.1907)			
xiv. X Convenção de Haia para a adaptação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra de 1864 (18.10.1907)	18.10.1907	5.1.1914	
xv. XI Convenção de Haia relativa a certas restrições ao exercício do direito de captura na guerra marítima (18.10.1907)	18.10.1907	5.1.1914	
xvi. XIII Convenção de Haia sobre direitos e deveres dos neutros em caso de guerra marítima (18.10.1907)	18.10.1907	5.1.1914	
xvii. XIV Declaração de Haia relativa à proibição de lançar projéteis e explosivos dos balões (18.10.1907) ¹	18.10.1907	5.1.1914	
xviii. Protocolo de Genebra sobre a proibição do emprego na guerra de gases asfixiantes, tóxicos ou similares e de meios bacteriológicos de guerra (17.6.1925)	17.6.1925	28.8.1970	
xix. Convenção para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos nos exércitos em campanha (27.7.1929)	27.7.1929	23.3.1932	
xx. Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra (27.7.1929)	27.7.1929	23.3.1932	
xxi. Tratado sobre a proteção das instituições artísticas e científicas e dos monumentos históricos (Washington, 15.4.1935)	15.4.1935	5.8.1936	
xxii. Protocolo de Londres de 1936 relativo ao uso da força por parte de submarinos contra navios mercantes (22.4.1936)			31.12.1937
xxiii. Convenção para a prevenção e repressão do crime do genocídio (9.12.1948)	11.12.1948	15.4.1952	
xxiv. As quatro Convenções de Genebra de 1949 (12.10.1949)	8.12.1949	29.6.1957	
xxv. Convenção para a proteção de bens culturais em caso de conflitos armados e seu Protocolo (Haia, 14.5.1954)	31.12.54	12.9.1958	
xxvi. Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção e estocagem de armas bacteriológicas (biológicas) e à base de toxinas e sua destruição (10.4.1972)	10.4.1972	12.10.1984	
xxvii. Convenção sobre a Proibição do uso de técnicas de modificação ambiental para fins militares ou outros fins hostis	9.11.77	12.10.1984	
xxviii. Protocolos I e II às Convenções de			5.5.1992

¹ Não está em vigor.

Tratado	Assinatura	Ratificação	Adesão
Genebra de 1949 (8.6.1977)			
xxix. Convenção de 1980 sobre proibições ou restrições ao emprego de certas armas convencionais que podem ser consideradas como excessivamente lesivas ou geradoras de efeitos indiscriminados (Nova Iorque, 10.10.1980) e seus Protocolos (I, II e III)			3.10.1995
xxx. Convenção relativa aos direitos da criança (20.11.1989)	26.1.1990	24.9.1990	
xxxi. Convenção internacional sobre a proibição do desenvolvimento, produção, estocagem e uso de armas químicas e sobre a destruição das armas químicas existentes no mundo (13.1.1993)	13.1.1993	13.3.1996	
xxxii. Convenção sobre a proibição do uso, armazenamento, produção e transferência de minas antipessoal e sobre sua destruição (Ottawa, 3 de dezembro de 1997)	3.12.97	30.4.99	
xxxiii. Protocolo II à Convenção de 1980, emendado em 3 de maio de 1996, referente a minas, armadilhas e outros artefatos	3/5/96	4.10.99	
xxxiv. Protocolo IV à Convenção de 1980, relativo a armas cegantes a laser (13.10.95)	13/10/95	4.10.99	

O Brasil, conforme o quadro acima, ratificou ou aderiu aos principais tratados de direito internacional humanitário, em geral sem reservas. Importa ressaltar que ao ratificar a Convenção para a Prevenção e a Repressão do crime do genocídio, em 15 de abril de 1952, também fez objeções às reservas formuladas pela Bulgária, Filipinas, Polônia, República Socialista Soviética da Bielorrússia, República Socialista Soviética da Ucrânia, Romênia, Checoslováquia e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas². Considerou o governo brasileiro que tais reservas eram incompatíveis com o objeto e fins da Convenção, baseando-se na Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça de 28 de maio de 1951 e nas resoluções adotadas pela Sexta Sessão da Assembleia Geral em 12 de janeiro de 1952 sobre reservas a convenções

² Os países então de orientação socialista fizeram dois tipos de reservas: 1ª. Alguns não aceitavam a jurisdição obrigatória da CIJ para resolver possíveis controvérsias (art. IX), como a Polônia e a Checoslováquia (retirou esta reserva em 26 de abril de 1991); 2ª. Não aceitavam os termos do art. XII, pois consideravam que a Convenção deveria ser aplicada também nos territórios não autônomos, incluindo os Territórios sob tutela.

multilaterais³. Por fim, afirma o governo brasileiro que se reserva o direito de retirar de sua objeção as conseqüências jurídicas que julgar úteis.

No parecer da CIJ sobre reservas à Convenção sobre o Genocídio decidiu-se que um Estado que formulou e manteve reservas objetadas por outras partes na Convenção, mas não todas, pode considerar-se parte na Convenção se a reserva for compatível com o objeto e propósito da Convenção. Do contrário, esse Estado não pode se considerar parte na Convenção. Decidiu-se ainda que se uma parte na Convenção apresentar uma objeção a uma reserva, que considera incompatível com o objeto e propósito da Convenção, pode de fato considerar que o Estado que a formulou não é parte na Convenção.

O Brasil também propôs reservas na assinatura das Convenções de Genebra de 1949, mas não as manteve no momento da ratificação. As reservas eram contra os artigos 44 e 46 da Convenção relativa à proteção dos civis em tempo de guerra, pois o Brasil, em relação ao art. 44⁴, poderia negar a ação da Potência detentora e, em relação ao art. 46 (alínea 2)⁵, acreditava que o objetivo essencial era proteger pessoas e não bens materiais. O Brasil não conservou tais reservas e, ao contrário, em 23 de novembro de 1993 declarou aceitar as competências da Comissão internacional para a apuração dos fatos (art. 90 do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949)⁶.

Nota-se, com esse gesto e a partir das ratificações dos principais tratados, que o Brasil possui significativa predisposição em acatar as normas de direito internacional humanitário.

³ Supõe-se que o governo brasileiro se referia à Resolução 598 (VI), [Official Records of the General Assembly, Sixth Session, Supplement No 20 (A/2119), p.84].

⁴ O art. 44 estabelece que, ao adotar as medidas de controle prevista na Convenção, a Potência detentora não deverá tratar como estrangeiros inimigos os refugiados que não gozarem de fato da proteção de nenhum governo. A idéia de potência detentora, como sabe-se, está ligada à potência que detém o poder em um território onde há conflito armado.

⁵ A alínea 2 do art. 46 dispõe que as medidas restritivas que forem tomadas em relação aos bens das pessoas protegidas deverão cessar no mais curto prazo possível após o término das hostilidades, em conformidade com a Potência detentora.

⁶ Essa Comissão internacional tem competência para investigar fatos que possam envolver infrações ou violações graves às Convenções de Genebra e seu Protocolo I, além de poder facilitar o cumprimento desses instrumentos. Esta última função, na verdade, vai além dos bons ofícios (mencionado no art. 90, 2, c, ii) e suas características de aproximar as partes em busca da conciliação. A Comissão pode representar, em realidade, uma mediação, propondo recomendações que julgar apropriadas (ver art. 90, 5, a) e, se as partes no conflito acordarem, publicando seu relatório (ver art. 90, 5, c).

1.2. Gestões internas para vincular-se a outros tratados

A grande questão envolvendo o direito internacional humanitário no Brasil hoje é, sem dúvida, o Tribunal Penal Internacional (TPI)⁷. Apesar de potencialmente existirem outras controvérsias (como coisa julgada, foro privilegiado e imunidades), discute-se a esse respeito principalmente sobre duas contradições entre o Estatuto do TPI e a Constituição brasileira: possibilidades de entrega de nacionais para serem julgados pelo TPI e de aplicação de prisão perpétua. Apesar de o Estatuto do TPI diferenciar a *entrega* da *extradição*, algumas autoridades brasileiras, tendo em vista a Constituição Federal de 1988, que veta a extradição de brasileiros natos e de brasileiros naturalizados antes do fato criminoso (nesse último caso com a exceção dos crimes de tráfico de entorpecentes), defendem que o Brasil não pode “extraditar” os nacionais dessas categorias para o futuro Tribunal, caso fosse necessário. Consideram a entrega e a extradição como sinônimos. Contudo, é bastante clara a diferença entre os institutos, já que a extradição e suas condições estão ligadas ao fator horizontal de estranhamento entre sistemas penais estatais, sendo destinada a possibilitar a punição de um crime em território estrangeiro de uma pessoa que atentou contra aquela ordem jurídica. Já a entrega é um instituto vertical que viabiliza o julgamento internacional com a presença do acusado(a), após a falha estatal em não julgá-lo, por crimes que fazem parte das normas imperativas internacionais e, por via de consequência, todos os Estados devem reprimir. Portanto, não há estranhamento e, ao contrário, há uma falha interna, o que se reforça pelo fato de o TPI ter sido concebido pelo conjunto dos Estados. Ademais, a pena poderá ser executada no Estado que entregou o acusado(a), o que é inconcebível em caso de extradição ou, no mínimo, seria bizarro.

Outra questão problemática, sobre o TPI, é a questão da prisão perpétua. Segundo o art. 77 do Estatuto, uma pessoa condenada, por algum crime de competência do Tribunal, poderá ser reclusa por um período não superior a 30 anos (o mesmo limite será imposto em caso de cometimento de mais de um crime), como no Brasil. Todavia, em casos de extrema gravidade do crime e relevando as características pessoais do condenado, a

⁷ Ver LEE, Roy S (ed). **The International Criminal Court: the making of the Rome Statute**. Hague: Kluwer Law International, 1999; Comissão de Direitos Humanos (Câmara dos Deputados). **O Que é o Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.

reclusão poderá ser de perpetuidade. A prisão perpétua é a exceção da exceção, pois a competência do TPI sempre diz respeito a crimes graves (é uma condição de admissibilidade) e a extrema gravidade deve ser entendida como situação limite. Além de prevista para situações limites, a prisão perpétua disposta no Estatuto não é perpétua em todos os seus termos, já que o §3º, do art. 110, prevê a revisão da pena após 25 anos de cumprimento, a fim de saber se essa pode ser reduzida.

Apesar de a prisão perpétua ser prevista nessas condições e, para muitos crimes previstos na competência do Tribunal, o Brasil prever pena de morte por fuzilamento (ver Código Penal Militar, Livro II, Dos Crimes Militares em Tempo de Guerra, arts. 355-408), alguns criminalistas brasileiros acreditam que a proibição constitucional da prisão perpétua (alínea *b*, inc. XLVII, art. 5º) impede a ratificação do Estatuto. Entretanto, a Constituição deve ser interpretada sistematicamente e, no conjunto de princípios, podemos afirmar que há uma colisão e, caso alguém cometesse genocídio, crime de agressão, crimes contra a humanidade ou crimes de guerra, a ponto de ser condenado à prisão perpétua pelo TPI, haveria um enfraquecimento da impossibilidade de aplicação de prisão perpétua a nacionais (lembrem-se que o STF tem extraditado estrangeiros para cumprimento de sentenças perpétuas⁸), não somente porque aqui poderíamos ter pena de morte ao mesmo crime, não somente porque aqui não cumprimos com o dever de julgá-lo, mas também porque um dos fundamentos do Estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), um dos objetivos fundamentais do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da CF) e é regido nas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II, da CF), pela autodeterminação dos povos (art. 4º, inc. III, da CF), pela não-intervenção (art. 4º, inc. IV, da CF), pela defesa da paz (art. 4º, inc. VI, da CF) e pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, inc. IX, da CF), além de o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias afirmar que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. Ademais, é preciso lembrar que o Estatuto não alterará ou substituirá a política de penas estatais, conforme expresso no art. 80 do Estatuto, o que significa que haverá respeito pelos sistemas internos.

Em suma, o Brasil assinou o Estatuto de Roma no dia 7 de fevereiro de 2000 e, paralelo ao processo de aprovação parlamentar, discute-se proposta de emenda constitucional elaborada pelo Deputado Federal

⁸ Ver caso Russel Wayne Weisse, Extradicação nº 426. RTJ 115/969.

Nilmário Miranda sobre o mesmo objeto (PEC nº 203/2000). A proposta de emenda constitucional original tem o seguinte teor:

“A República Federativa do Brasil poderá reconhecer a jurisdição do Tribunal Penal Internacional nas condições previstas no Estatuto aprovado em Roma em 17 de julho de 1998.”

Proposta similar tramita na reforma do poder judiciário (PEC nº 92/1992 na Câmara, onde já obteve aprovação, e nº 29/2000 no Senado) que, entre outros dispositivos, propõe a alteração do art. 109, incluindo o §6º, que determinaria a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Além do Estatuto do TPI, importa afirmar que o Brasil assinou o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança, relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados, em 6 de setembro de 2000. O mesmo não fez em relação ao Segundo Protocolo relativo à Convenção para a proteção dos bens culturais em caso de conflitos armados. Deve-se alertar que as atenções geradas pelo Estatuto do TPI não devem retirar a importância da ratificação desses instrumentos. Ao contrário, são complementares na busca do aperfeiçoamento da proteção das pessoas e dos bens tutelados pelo Direito Internacional Humanitário.

Recomenda-se a pronta ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, do Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados e do Segundo Protocolo relativo à Convenção para a proteção dos bens culturais em caso de conflitos armados.

1.3. Incorporação do direito internacional humanitário no ordenamento jurídico interno

De acordo com a Constituição Federal brasileira, compete privativamente ao Presidente da República a celebração de tratados, convenções e atos internacionais⁹ (inc. VIII, art. 84), além da celebração da paz, tendo para ambos os casos a necessidade de serem referendados pelo Congresso Nacional. Ademais do referendo, pode o Presidente celebrar a paz com simples autorização do Congresso (inc. XX, art. 84 c/c inc. II, art. 49 da CF). O referendo nas hipóteses citadas, que incluem os tratados de

⁹ Tecnicamente estes termos podem envolver redundância, significando tratados. Confusão maior, contudo, estão nos regimentos internos do Congresso Nacional. O da Câmara menciona “acordos, tratados, convenções, pactos, convênios, protocolos e demais instrumentos de política internacional” (art. 151, I, j).

direito internacional humanitário, são concretizados por maioria de votos, presentes a maioria absoluta dos membros (art. 183, caput, do Reg. Int. da Câmara; art. 288, caput, do Reg. Int. do Senado)¹⁰, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, mediante decretos legislativos. Embora na técnica jurídica o referendo signifique aprovação, a prática legislativa brasileira¹¹ e, inclusive, o Regimento Interno do Senado (art. 376, alínea *c*), admitem a possibilidade de emendar o instrumento internacional, o que constitui em aberração segundo a lógica da celebração de tratados¹² e os termos constitucionais.

O art. 49, I, menciona que o Congresso Nacional resolverá definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Resolver definitivamente está associado com a idéia de referendo (inc. VIII, art. 84), o que significa aprovar ou não o tratado e, por via de consequência, jamais reabrir negociações (aliás, atitude bizarra em tratados multilaterais)¹³. Num momento posterior, há o ato discricionário, sem limites temporais, de o Presidente da República ratificar os tratados aprovados em ambas as Câmaras¹⁴. Após a ratificação, considera a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal necessário que haja a promulgação do tratado, mediante decreto presidencial, e a posterior publicação no Diário Oficial da União (DOU), a fim de que o instrumento internacional tenha efeitos internos¹⁵. Assim, resumindo o processo, o Executivo federal assina ou requer a adesão do tratado de DIH, depois deve haver a aprovação separada primeiro na Câmara e depois no Senado, só

¹⁰ Regime decorrente do silêncio constitucional (art. 47 da CF).

¹¹ O Congresso acrescentou um parágrafo ao artigo 14 do Acordo de Comércio e Pagamento entre o Brasil e a Tchecoslováquia (24 de junho de 1960), produzindo com tal ato renegociação.

¹² Quando o executivo federal submete um tratado ao Congresso Nacional, a fim de ratificá-lo ou aderi-lo, este já foi negociado, por vezes com muitos outros Estados (como são caracterizados os tratados de direito internacional humanitário), que também estão obedecendo aos trâmites internos para a ratificação e adesão. Modificar o tratado significa quebrar esse processo ou, em termos práticos, não aprovar o tratado em questão.

¹³ Em latim, *Referendus* é o particípio de *referre*, significando, literalmente, trazer ou levar de novo ou, juridicamente, submeter à aprovação o ato já praticado. De um lado, podemos admitir inclusive a aprovação ou não de reserva sugestionada pela Presidência em mensagem ao Congresso (embora no passado admitiu-se até mesmo reserva feita pelo Congresso, e.g., Convenção nº 103 da OIT – Dec. Leg. nº 20, de 30 de abril de 1965). De outro lado, pela condicionante “a encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, entre outras razões, admitimos os acordos de forma simplificada, sem aprovação congressual (ver Cachapuz, op. cit., p. 409 e seguintes).

¹⁴ O art. 52, V, atribui somente ao Senado Federal a autorização de operações externas de natureza financeira de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como (art. 52, VII) dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo, de qualquer unidade administrativa da federação, e (art. 52, VIII) dispor sobre limites e condições para concessão de garantia da União em operações de crédito externo.

¹⁵ Ver discussão sobre a Convenção nº 158 da OIT (Adin nº 1.480).

assim o Presidente pode ratificar. Entretanto, para gerar efeitos internos, após a ratificação o Presidente deve promulgar o tratado e depois publicá-lo no DOU.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, que pode controlar a constitucionalidade dos tratados, desde o Recurso Extraordinário nº 80.004 (julgado em 1º de junho de 1977) consolida o dualismo moderado (pluralismo¹⁶) na hermenêutica constitucional brasileira, cujo resultado não corresponde só em criar mecanismos de validade interna após a ratificação (i. e., a promulgação e a publicação), mas também no sentido de desprestigiar os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (negociados e ratificados pelo Executivo, bem como aprovados pelo Legislativo). Essa posição do Supremo, que não evita a responsabilidade internacional do Estado brasileiro em razão de ato judiciário, chega a ponto de determinar que os tratados possuem o mesmo *status* que a lei federal ordinária. Portanto, acima dos tratados estariam as normas constitucionais, as leis complementares e as leis federais mais recentes, considerando a data de publicação do decreto presidencial de promulgação do tratado. A agravante, contudo, é a manutenção dessa posição para todos os tipos de instrumentos internacionais, inclusive após a Constituição Federal de 1998. A atual Constituição brasileira estabelece, no §2º do art. 5º, que “Os direitos e garantias expressos nesta 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**” [grifo nosso]. Esse dispositivo recepciona, então, os tratados de direitos humanos e de direito internacional humanitário ao nível constitucional, distinguindo esses tipos de tratado dos demais. Entretanto, o controle de constitucionalidade efetivado pelo Supremo Tribunal Federal arbitrariamente despreza o §2º do art. 5º da CF, adotando hermenêutica que coloca em mesmo patamar todos os tratados, independente de sua natureza, equiparando-os à lei ordinária federal. Conforme já ressaltado, essa atitude não evita a responsabilidade internacional do Estado, podendo, ao contrário, ser justamente o ato ilícito que provoque dita responsabilidade.¹⁷

Quanto ao direito internacional humanitário, o Código Penal Militar (CPM), o Código Penal comum (CP), o Código de Processo Penal Militar

¹⁶ Alguns autores, como Verdross, consideram que o dualismo é, na realidade, um pluralismo, pois não existiriam somente duas ordens que se diferenciariam: a internacional e a interna. Existiriam, sim, de um lado, várias ordens jurídicas internas, pertinentes a cada Estado, e de outro, o direito internacional.

¹⁷ A reforma do judiciário pretende (nº 29/2000 no Senado) incluir o § 3º ao Art. 5, que possibilitaria a equivalência dos tratados a emendas constitucionais se forem aprovados em cada Casa, por dois turnos, mediante votação de três quintos dos membros.

(CPPM) e o comum (CPP) fazem referências de não exclusão e, inclusive, prevalência da norma internacional sobre a interna. A repressão das violações contra o direito internacional humanitário tem sido justamente feita por esses instrumentos, mas de forma dissonante com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. As definições previstas pelos instrumentos internacionais, com exceção do crime do genocídio, não são coincidentes com as internas, como ficará claro no próximo capítulo. Então, quais seriam os efeitos práticos da não exclusão ou da prevalência da norma internacional sobre a interna em matéria de repressão penal, considerando a concepção jurídica brasileira?

O art. 7º do CPM e o art. 5º do CP afirmam que se aplica a lei brasileira penal militar ou comum, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional ou fora dele. Entretanto, essa norma não tem sido interpretada como um reenvio à normativa internacional em matéria de repressão penal, já que no Brasil em geral a doutrina não admite que os tratados possam fornecer tipos penais, em nome do princípio da reserva legal. No máximo esses serviriam de norma de integração da lei penal. Ao contrário, tem-se interpretação daqueles dois artigos como sendo mero critério de territorialidade, para fins de aplicação da lei, e até mesmo associando-o ao princípio da reciprocidade, incompatível com os tratados de direito internacional humanitário. Nesse sentido, ver comentário de Badaró:

“O Código Penal Militar de 1969 (dec.-lei nº 1001, de 21 de outubro) adotou a teoria da territorialidade, mas ressaltou os casos estipulados em convenções e tratados, reconhecendo, assim, a prevalência da lei de outro estado, em certos casos. O que acontece em termos de reciprocidade.”¹⁸

Se essa é a interpretação sobre o Código que define as repressões e as penas, pouco efeito pode se prever em um caso concreto de conflito armado para o §1º, do art. 1º, do CPPM, e para o inc. I, do art. 1º do CPP, ao definir que em caso de divergência entre suas normas, ou outra legislação processual especial que for estritamente aplicável, e as de convenção ou tratado que o Brasil seja signatário, prevalecerão as últimas. De qualquer forma, espera-se que tal dispositivo implique na garantia de um julgamento justo, de acordo com o devido processo legal, para todas as pessoas protegidas pelo direito internacional humanitário e não seja um mecanismo de impunidade mediante tratados de cooperação penal. Essa última afirmação está justamente relacionada à idéia de que esses

¹⁸ BADARÓ, Ramagem. **Comentários ao Código Penal Militar de 1969 (Parte Geral – 1º volume)**. São Paulo: Ed. Juriscredi, 1972, p. 41.

dispositivos são associados ao princípio da territorialidade, o que significa ou a possibilidade de cooperar para que outro Estado aplique ou não aplicar a lei por questão de imunidade de jurisdição, não estando em tese direcionados a tribunais penais internacionais, pois sequer existiam na formulação dos códigos penal e processual comuns (datados de 1941). Como comentava o clássico Nelson Hungria sobre o art. 4º (atual art. 5º) do CP:

“Ressalvando a obediência ao estipulado em *convenções e tratados* ou a *regras de direito internacional*, o Código criou um temperamento à impenetrabilidade do direito interno ou à exclusividade da ordem jurídica do Estado sobre o seu território, permitindo e reconhecendo, em determinados casos, a validade da lei de outro Estado. É em obséquio à boa convivência internacional, e quase sempre sob a condição de reciprocidade, que o território do Estado se torna penetrável pelo exercício de alheia soberania.”¹⁹

Contudo, como veremos no item 2.3, já na década de 40 se aceitava a competência universal, no sentido de julgar crimes cometidos no estrangeiro em razão de o Brasil ter se obrigado a reprimir por tratado ou convenção.

Em conclusão, notamos que a Constituição Federal, os Códigos Penais militar e comum e os Códigos Penais Processuais militar e comum possuem disposições que conferem um tratamento diferenciado ao direito internacional humanitário, acima das leis ordinárias internas e, até mesmo, de recepção constitucional. Entretanto, essa normativa não tem ressonância no judiciário brasileiro. Aconselha-se, nesse sentido, que se admita de forma eficaz, permanente e consoante com o art. 5º, §2º, da CF, a inserção dos tratados de direito internacional humanitário ratificados pelo Brasil e a repressão dos crimes internacionais. Para tanto, necessita-se sensibilizar os operadores jurídicos.

¹⁹ HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, Tomo I, p. 149.

Capítulo 2. Normativa brasileira em matéria de conflito armado

2.1. Situações de emergência

No regime constitucional atual há em tese três mecanismos excepcionais que podem ser ativados em conflitos armados: intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio. São mecanismos de aplicação diversa e não circunscritos a conflitos armados, mas o que nos interessa é a análise das restrições de direitos em situação de conflitos internacionais ou internos. Antes da análise específica, cumpre lembrar que a Constituição não pode ser emendada durante a vigência destes mecanismos (§1º do art. 60).

Neste prisma, a intervenção da União nos Estados Membros da Federação, nos termos do art. 34 da CF, poderá efetivar-se para manter a integridade nacional (inc. I), repelir invasão estrangeira ou de uma unidade em outra (inc. II), pôr termo a grave comprometimento da ordem pública (inc. III), garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes das unidades da Federação (inc. IV), reorganizar as finanças da unidade da Federação em certos casos (inc. V), prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial (inc. VI) ou assegurar a observância de certos princípios constitucionais (entre os quais estão os direitos da pessoa humana, inc. VII). Nos casos previstos no inciso VII e para a execução de lei federal, a intervenção depende de procedimentos judiciais de iniciativa do Procurador-Geral da República (Ação de Inconstitucionalidade Interventiva e Ação de Executoriedade de Lei Federal, respectivamente), condicionando o decreto presidencial interventivo. Aliás, além de provocada por solicitação ou requisição²⁰, a intervenção nos casos dos incisos VI e VII do art. 34 deve reduzir o decreto ao fato de suspender a execução do ato impugnado, se tal medida for suficiente (§3º do art. 36 da CF). Esses casos, assim como os previstos nos incs. IV e V, são estranhos às contingências de um conflito armado, embora poderiam ser concorrentes a alguma insurgência, beligerância ou secessão.

²⁰ A intervenção dependerá de solicitação dos poderes executivo e legislativos coactos ou impedidos (inc. IV) e por requisição do STF (incs. IV – garantir livre exercício do judiciário local, VI - prover execução de ordem ou decisão judicial - e VII), TSE (inc. VI – prover execução de ordem ou decisão judicial) ou STJ (inc. VI). No caso de provimento de execução de ordem ou decisão judicial depende das competências do STF, TSE e STJ.

Se houvesse essa concorrência, a intervenção estaria fundada nos incisos I, II ou III do art. 34 da CF. Apesar da necessidade de o Congresso Nacional apreciá-lo em prazo de vinte e quatro horas (§1º do art. 36 c/c art. 49, IV da CF)²¹, o decreto presidencial (inc. X do art. 84) de intervenção estará somente condicionado a especificar a amplitude, o prazo e as condições de execução, podendo nomear interventor (§1º do art. 36 da CF)²². Então, de acordo com a Constituição brasileira e a natureza jurídico-política da intervenção federal, quais seriam os limites materiais dessa em conflitos armados? Em primeiro lugar, a intervenção é exceção²³, pois restringe o sagrado princípio federalista da autonomia dos Estados Membros, a fim de manter a integridade e a unidade da Federação. Segundo, essa autonomia é assegurada na (a) auto-organização (poder constituinte decorrente – ver art. 11 do ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), (b) autolegislação (poder de adotar leis - arts. 24 e 25 da CF), (c) auto-administração (poderes administrativos comuns e remanescentes – art. 23 e §1º do art. 25 da CF) e (d) autogoverno (possuir os três poderes estaduais – art. 27, 28 e 125 da CF). Terceiro, os Estados Membros, mediante as dimensões da mencionada autonomia definidas no federalismo brasileiro, jamais poderiam restringir direitos fundamentais previstos na Constituição Federal ou recepcionados por seu §2º do art. 5º. Logo, no Brasil a intervenção federal é meio inábil para estabelecer restrições aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Os outros dois mecanismos excepcionais estão no Título V da CF (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), nomeadamente o Estado de Defesa e o Estado de Sítio. Poderíamos afirmar que entre ambos há uma relação de intensidade, sem contudo significar simples justaposição. O Estado de Defesa, similar às antigas medidas de emergência (art. 155 da Emenda 1/69, com a redação da Emenda 11/78), poderá ser decretado para “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza” (art. 136, *caput*, da CF). Comparado ao Estado de Sítio, nota-se que o Estado de Defesa foi pensado para situações menos graves, pontuais e não generalizadas. O decreto

²¹ Os decretos presidenciais fundados nas hipóteses dos inc. VI e VII, do art. 34 da CF, não estão sujeitos à aprovação do Congresso, mas podem ser por ele suspensos (§3º do art. 36 c/c inc. IV do art. 49 da CF).

²² O Presidente da República, nos casos de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, deve ouvir as pronúncias do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional (incs. I do art. 90 e II do art. 91, *caput* dos arts. 136 e 137 da CF). Contudo, ambos são órgãos de consulta e, portanto, não vinculam.

²³ O próprio *caput* do art. 34 menciona que a “União **não intervirá** nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para” [grifo nosso].

presidencial que instituir o Estado de Defesa deve ser delimitado no tempo (no máximo 30 dias, prorrogáveis por igual período se persistirem as razões que justificaram sua decretação - §2º do art. 136 da CF), no espaço (deve especificar as áreas abrangidas - §1º do art. 136 da CF) e na matéria.

As medidas coercitivas possíveis no Estado de Defesa são, de um lado, a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública (inc. II, §1º, do art. 136 da CF). De outro lado, permite-se restrições aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio das associações, sigilo de correspondência e sigilo de comunicação telegráfica e telefônica (inc. I, §1º, do art. 136 da CF). O §1º, do art. 136 da CF, ao admitir tais medidas coercitivas no Estado de Defesa, não é exaustivo, pois utiliza os termos “dentre as seguintes”. Entretanto, não se pode admitir mais restrições de direitos, mas sim outros tipos de medidas coercitivas.

O regime do Estado de Defesa ainda fixa uma série de garantias contra a detenção arbitrária, tratamentos desumanos e isolamento do preso. Segundo os incs. III e IV, do §3º do art. 136 da CF, não pode haver prisão ou detenção por mais de dez dias, salvo mediante autorização judicial e sempre mantendo o preso comunicável. Os incs. I e II, do mesmo parágrafo, determinam que a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este imediatamente comunicada ao juiz competente, acompanhada de declaração do estado físico e mental do detido no momento da autuação. E que o juiz sempre poderá relaxar tal prisão, se a considerar ilegal.

Recorda-se, e isso vale também para o Estado de Sítio, que não haverá juízo ou tribunal de exceção, nem aplicação de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (incs. XXXVII e XLVII do art. 5º da CF). O Brasil ratificou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984)²⁴ e a Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura (1985)²⁵, o que significa a proibição desses tipos de tratamento em estado de guerra, ameaça de guerra, estado de sítio ou de emergência, comoção ou conflito interno, em suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou outras emergências ou calamidades públicas (art. 2º, §2º e 5º, respectivamente).

A pena de morte poderá ser aplicada em caso de guerra declarada, a ser efetivada pelo presidente da República no caso de agressão estrangeira,

²⁴ O Brasil ratificou em 28 de setembro de 1989.

²⁵ O Brasil ratificou em 20 de julho de 1989.

com a devida consulta ao Congresso Nacional (aprovação ou referendo, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas – ver art. 84, inc. XIX c/c art. 5º, inc. XLVII, *a* da CF). Além disso, ao ratificar o Protocolo à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996, o Brasil declarou que só aplicaria a pena de morte em tempo de guerra por “delitos sumamente graves de caráter militar”. Neste aspecto, o Código Penal Militar brasileiro – CPM – está em desacordo com a obrigação internacional assumida, pois prevê a pena de morte para quase todos os crimes militares em tempo de guerra, entre os quais, cobardia, abandono de posto, deserção. É verdade que na prática esses dispositivos não foram aplicados no século XX²⁶, mas a potencialidade de aplicação é em si mesma uma violação daquele tratado.

O Estado de Sítio, por sua vez, decretado pelo Presidente da República após autorização do Congresso Nacional, é definido para duas situações: 1ª comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; 2ª declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (art. 137 da CF). O decreto do estado de sítio, igualmente condicionado ao princípio da proporcionalidade, deve indicar sua duração (na primeira situação, por 30 dias prorrogáveis por igual período; na segunda, enquanto durar o conflito), as normas necessárias à sua execução, as garantias constitucionais a serem suspensas e, depois de aprovado, o executor e as áreas abrangidas (art. 138 da CF).

Nota-se que o estado de sítio é a única opção constitucional que admite a suspensão de garantias, enquanto o estado de defesa admite no máximo restrições. As restrições afetam o âmbito de proteção do direito, mas não o afastam, sequer por período determinado. Jorge Miranda, ao diferenciar os institutos, afirma que “A restrição apaga uma parcela potencial do direito; a suspensão paralisa ou impede, durante algum tempo, o seu exercício, no todo ou em parte (e, só neste caso pode, porventura, corresponder a uma restrição)”²⁷.

Quanto à especificação de possíveis suspensões e restrições no Estado de Sítio, o art. 139 da CF taxativamente fixa as seguintes medidas para a primeira hipótese (inc. I do art. 137 da CF): I. obrigação de permanência em localidade determinada; II. detenção em edifício não

²⁶ Não esquecendo as execuções arbitrárias em conflitos internos (e.g., as cometidas nos regimes militares de Getúlio Vargas e pós 1964).

²⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 1993, p. 299.

destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III. restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei²⁸; IV. suspensão da liberdade de reunião; V. busca e apreensão em domicílio; VI. intervenção nas empresas de serviços públicos e VII. requisição de bens.

Entretanto, para a segunda hipótese (declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira), nada há especificado, a não ser nos tratados, costumes, nos princípios constitucionais que regem o Brasil em suas relações internacionais (e.g. prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, defesa da paz, repúdio ao racismo – ver art. 4º) e por interpretação lógica (como fizemos em relação à pena de morte e tortura). Quanto aos tratados, além de todo o arcabouço do direito internacional humanitário, temos o art. 27 de Convenção Americana de direitos humanos – CADH, que fixa o núcleo duro dos direitos humanos (no mesmo sentido o art. 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - PIDCP). Proíbe tal dispositivo, mesmo em caso de guerra, perigo público, ou outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado, a suspensão dos seguintes direitos (segundo os termos da CADH): a. não discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social; b. direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; c. direito à vida; d. direito à integridade pessoal; e. proibição da escravidão e servidão; f. princípio da legalidade e da retroatividade; g. liberdade de consciência e de religião; h. proteção da família; i. direito ao nome; j. direitos da criança; k. direito à nacionalidade; l. direitos políticos e m. garantias necessárias para a proteção de tais direitos. O PIDCP acrescenta, como inderrogável, o direito de não ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual (art. 11).

Para os conflitos de caráter internacional (ver item 2.3.), em que está enquadrada a hipótese de Estado de Sítio em questão (inc. II do art. 137 da CF), o art. 75 do Protocolo I proíbe discriminações baseadas em raça, cor, sexo, língua, religião ou crença, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outra situação, ou qualquer outro critério análogo, devendo as partes respeitar a pessoa, a honra, as convicções e práticas religiosas de todas essas pessoas. Assim, estão proibidos para civis ou militares, em forma de ameaça ou atos, (a) os atentados contra a vida, saúde e bem-estar físico ou mental das pessoas (em particular o assassinato, tortura, castigos corporais e mutilações); (b)

²⁸ Não se inclui manifestações parlamentares nestas restrições, desde que liberadas pelas Mesas da respectiva Casa (parágrafo único do art. 139 da CF).

atentados contra a dignidade da pessoa (em particular os tratamentos humilhantes e degradantes, a prostituição forçada e qualquer forma de atentado ao pudor); (c) tomada de reféns; (d) penas coletivas. Além disso, o art. 75 do Protocolo I fixa uma série de dispositivos ligados ao devido processo legal e à administração da justiça.

O Estado de Defesa e o Estado de Sítio, previstos na Constituição Federal brasileira, com exceção da hipótese do inc. II do art. 137, fixam as garantias que podem ser restringidas ou suspensas. Ao contrário, os instrumentos internacionais fixam núcleos inderrogáveis, determinando direitos e garantias que não podem sequer ser restringidos ou suspensos. Entre os dois sistemas (positivo e negativo), destinados a garantir um padrão mínimo de direitos e garantias em situações de emergência, não há contradição, já que na Constituição brasileira não se permite restringir ou suspender o que é protegido pelos instrumentos internacionais. O problema está justamente na situação de guerra declarada ou resposta à agressão armada estrangeira (inc. II do art. 137), que silencia sobre os limites em razão da gravidade dos fatos envolvidos. Para este caso seria aconselhável, então, adotar o sistema negativo dos instrumentos internacionais, fixando o que não se pode restringir ou suspender de acordo com a proteção internacional da pessoa humana.

Em suma, há regulação constitucional para situações de emergência, cumprindo exigências do regime democrático e da proteção da pessoa humana. Entre as quais, no Brasil a Intervenção Federal é meio inábil para estabelecer restrições aos direitos fundamentais da pessoa humana; o Estado de Defesa estabelece os parâmetros do que exatamente se pode restringir, não podendo suspender direitos e admitindo outros tipos de medidas coercitivas; o Estado de Sítio é a única opção constitucional que admite a suspensão, enumerando os direitos passíveis de suspensão no caso de comoção grave ou ineficácia do Estado de Defesa, mas deixando em aberto para os casos de guerra.

Recomenda-se definir em termos normativos quais seriam as restrições e suspensões de direitos fundamentais possíveis ou não no Estado de Sítio, decretado em caso de declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (inc. II do art. 137 da CF), tornando clara a dimensão dessa situação de emergência e adequando o ordenamento interno aos tratados ratificados pelo Brasil, em especial a CADH, o PIDCP e o Protocolo I. É verdade que tais tratados possuiriam, de acordo com o STF, peso de lei federal ordinária, mas por experiência interna, seria melhor explicitar a situação. Ademais, deve-se definir o que seriam “delitos

sumamente graves de caráter militar”, a fim de restringir a possibilidade de aplicação da pena de morte em caso de guerra, de acordo com o Protocolo à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte.

2.2. Proteção do emblema da Cruz Vermelha e de outros símbolos correlatos

O Dec. 2380, de 31 de dezembro de 1910, regula o uso do emblema da Cruz Vermelha por parte das associações criadas sob a égide da lei n.º 173, de 10 de setembro de 1893. Essa normativa regulamenta as associações da Cruz Vermelha fundadas à luz das Convenções de Genebra de 22 de agosto de 1864 e de 6 de julho de 1906. O uso do sinal, segundo o Dec. 2380, somente pode ser usado pelas sociedades da Cruz Vermelha, por pessoas autorizadas por seus estatutos e, em tempo de guerra, o Governo Federal poderá permitir o emprego a particular, ou associações não individualizadas, para cumprirem o mesmo fim humanitário. Entretanto, segundo o art. 3º do Dec. 2380, o emblema da Cruz Vermelha sobre fundo branco e as palavras Cruz Vermelha ou Cruz de Genebra não poderão ser empregados, em tempo de paz ou de guerra, senão para proteger ou designar os produtos e estabelecimentos sanitários, o pessoal e o material protegidos pela Convenção de 1906. Ademais, o mesmo dispositivo proíbe o uso do emblema da Cruz Vermelha como marca de fábrica ou de comércio, incluindo imitações por associação, o que significa a desnecessidade de as semelhanças serem completas, bastando a possibilidade de erro e confusão, sempre que as diferenças só sejam desvendadas por exame atento ou confrontação. Por fim, sem prejuízo de penas militares, penas por estelionato e por abuso de confiança, o art. 4º do referido decreto tipifica, como parte do art. 355 do antigo Código Penal, as seguintes ações:

- “a) emprego ilegal do nome e do signal da Cruz Vermelha;
- b) o mesmo emprego no commercio e na industria, quer o signal seja identico, quer seja por imitação, nos termos do paragrapho único do art. 3º desta lei;
- c) o mesmo emprego do nome e do signal por pessoas que, não sendo órgãos das sociedades exclusivamente autorizadas, delles lancem mão para obter proveitos pecuniarios, fazendo appello á beneficencia publica.”

Já a lei n.º 3.960, de 20 de setembro de 1961, no parágrafo único de seu art. 1º, dispõe que em relação “ao uso dos emblemas da Cruz Vermelha” as Forças Armadas obedecerão ao estipulado nos tratados e convenções internacionais. No mesmo art. 1º determina-se que é adotado, para uso obrigatório e exclusivo de todas as entidades nacionais de saúde,

públicas ou privadas, a fim de proteger e distinguir os membros das profissões médicas e paramédicas no exercício de suas atividades, o emblema sugerido e aprovado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, representado por um bastão serpentário na cor vermelha sobre fundo branco. Essa lei tinha sido regulamentada pelo Dec. nº 966, de 7 de maio de 1962, que novamente assegurou aos serviços de saúde das Forças Armadas do País a conservação do emblema da Cruz Vermelha Internacional estipulada nos tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil (art. 1º, §1º), porém foi revogado pelo Decreto de 5 de setembro de 1991. E no Decreto nº 87.427, de 27 de setembro de 1982, que versa sobre o cerimonial da Marinha, determina-se que a bandeira da Cruz Vermelha deve ser hasteada, em tempo de guerra: a. nos acampamentos ou estabelecimentos hospitalares sempre em companhia da Bandeira Nacional, mas em mastro diferente ou adriça separada; b. no mastro principal dos navios-hospitais, em lugar da Flâmula de Comando; c. à proa das embarcações miúdas empregadas em serviços de saúde e das embarcações-hospitais de forças de desembarque.

Como avaliação dessa proteção dos emblemas da Cruz Vermelha e outros símbolos protegidos pelo direito internacional humanitário, importa constatar a antiga preocupação brasileira com as obrigações internacionais a esse respeito, apesar de mais do que dúvidas pairam sobre a repressão penal adequada do uso abusivo de tais símbolos. O antigo Código Penal foi revogado pelo Decreto-Lei nº 2.848 (atual Código Penal), de 7 de dezembro de 1940. E, por sua vez, o atual Código Penal, no que toca aos capítulos II, III e IV do Título III (Dos Crimes Contra a Propriedade Imaterial), foi revogado pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Assim, a única disposição possível de aplicação é o art. 191 da Lei nº 9.279:

“Art. 191. Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos. Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou expõe ou oferece à venda produtos assinalados com essas marcas.” [grifo nosso]

Esse tipo penal, contudo, além de não especificar o emblema da Cruz Vermelha e outros protegidos pelo DIH, o que retira em parte sua importância simbólica para o direito interno, não se reporta a situações de conflito armado. E como tampouco o direito penal militar possui disposição direta, cremos que a proteção interna dos símbolos consagrados pelo direito

internacional humanitário é insuficiente. De qualquer forma, os tratados de DIH devem ser aplicados no mínimo com força de lei federal.

Recomenda-se a criação de nova lei sobre os emblemas protegidos pelo direito internacional humanitário, regulamentando o uso, prevenindo e sancionando os abusos e determinando as autoridades competentes para autorizar o uso daqueles.

2.3. Repressão penal das violações do direito internacional humanitário

O Brasil ratificou boa parte dos tratados de direito internacional humanitário, entre os quais as quatro Convenções de Genebra e os dois Protocolos de 1977, Convenções de Haia de 1899 e 1907, Convenção de bens culturais de 1954 e Convenções sobre proibição de certas armas de 1972 (biológicas), 1980 (armas clássicas de efeito excessivo ou indiscriminado) e de 1993 (armas químicas). Sobre a recepção desses instrumentos internacionais, temos o mal compreendido §2º do art. 5º da Constituição Federal, que congrega os tratados de direitos humanos e de direito internacional humanitário ao nível constitucional, distinguindo esse tipo de tratado dos demais. Entretanto, o controle de constitucionalidade efetivado pelo Supremo Tribunal Federal despreza esse dispositivo, conforme vimos no capítulo 1.

Também foi frisado que o art. 7º do CPM, ao afirmar que se aplica a lei penal militar brasileira ao crime cometido no território nacional ou fora dele, sem prejuízo das normas de direito internacional, não tem sido interpretado como um reenvio à normativa internacional em matéria de repressão penal, já que no Brasil não se admite que os tratados possam fornecer tipos penais. Da mesma forma, não se nutre muita esperança na interpretação do §1º, do art. 1º, do Código de Processo Penal Militar, ao definir que em caso de divergência entre suas normas, ou outra legislação processual especial que for estritamente aplicável, e as de convenção ou tratado que o Brasil seja signatário, prevalecerão as últimas. As mesmas conclusões podem ser feitas, em relação aos crimes somente previstos em instrumentos internacionais, ao art. 1º, inc. I, do Código de Processo Penal comum, quando determina que o processo penal se rege por esse código em todo o território brasileiro, ressalvados os tratados, as convenções e regras de direito internacional. E ao *caput* do art. 5º do Código Penal comum, quando afirma ser aplicada a lei brasileira ao crime cometido no território

nacional, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional.

Tem-se ainda na legislação penal militar o parágrafo único do art. 395, do CPM, afirmando que na aplicação do crime de evasão de prisioneiro (“Art. 395. evadir-se prisioneiro de guerra e voltar a tomar armas contra o Brasil ou Estado aliado”) serão considerados os tratados e as convenções internacionais, aceitos pelo Brasil relativamente ao tratamento dos prisioneiros de guerra.

Esse último dispositivo revela a distância entre o direito penal militar e o direito internacional humanitário, em um contexto de ultrapassada concepção do conflito armado prevista no direito brasileiro, o que nos levará à conclusão de que pouco mudou na legislação brasileira, em matéria de direito internacional humanitário, desde o Código Penal da Armada de 1891²⁹. Apesar de as alterações terem sido significativas, com a inclusão do crime de genocídio e de crimes sexuais, não foi incorporada a normativa internacional do século XX em forma de tipos penais.

Antes de tecer comentários sobre o referido art. 395, frisa-se que a noção de conflito armado no direito brasileiro, a fim de aplicação da lei penal militar, está condicionada ao formalismo. O art. 15 do CPM define o tempo de guerra como o que começa “com a declaração ou o reconhecimento do estado de guerra, ou com o decreto de mobilização, se nele estiver compreendido aquele reconhecimento; e termina quando ordenada a cessação das hostilidades”. Esse dispositivo deve ser lido a partir do art. 84, inc. XIX, da CF que menciona as faculdades de o Presidente, autorizado ou referendado pelo Congresso Nacional, declarar guerra no caso de agressão estrangeira ou decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional.

As características do tempo de guerra no direito brasileiro dependem, então, do formalismo: (a) declaração formal de guerra por agressão estrangeira ou (b) decreto formal de mobilização nacional das forças armadas que compreenda o reconhecimento do estado de guerra. O primeiro conceito está vinculado à legítima defesa, o que está adequado aos princípios constitucionais de não-intervenção (art. 4º, inc. IV da CF) e de defesa da paz (art. 4º, inc. VI da CF) e do princípio de não agressão consagrado na Carta das Nações Unidas (art. 2º, §4º). Entretanto, está

²⁹ O Código Penal da Armada foi o primeiro instrumento penal militar da República (Dec. 18, de 7 de março de 1891).

atrelado à declaração formal, o que é raridade nas relações internacionais³⁰, ao mesmo tempo em que não contempla o conceito de conflito armado consagrado nas Convenções de Genebra de 1949, nem enquadra as operações sob a égide das Nações Unidas. Da mesma forma o segundo conceito, pelo intrínseco formalismo, não está adequado às mesmas Convenções e seus Protocolos. E, apesar de no passado ter-se admitido o tempo de guerra em guerras civis (revoltas federalistas e Revolução de 1932³¹), há doutrinadores que negam esta possibilidade sob a égide do CPM. Nesse sentido, Badaró afirma:

“Os crimes em tempo de guerra são aqueles, evidentemente, praticados durante as guerras públicas, a guerra no sentido expresso pelo Direito Internacional. Assim, não abrange aos delitos praticados durante a guerra civil, a comoção intestina, o elenco de crimes descritos na legislação penal militar, como praticados em tempo de guerra.”³²

Entretanto, o direito internacional, ou melhor, as Convenções de Genebra de 1949 devem ser aplicadas, segundo o art. 2º comum, em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que possa surgir entre duas ou mais Altas Partes contratantes, ainda que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas, e em qualquer situação de ocupação total ou parcial do território de uma Alta Parte contratante, mesmo na ausência de resistência militar. Nota-se que o art. 2º comum se sustenta pela necessidade material, e não formal, de acionar os mecanismos de proteção das pessoas e bens fornecidos pelo direito internacional humanitário. De um lado, prescinde da declaração de guerra ou do reconhecimento entre as partes em conflito do estado de guerra e, de outro lado, admite a aplicação do direito internacional humanitário em uma situação de hostilidade (no caso, ocupação estrangeira), mesmo na ausência do conflito armado propriamente dito. Esse conceito de conflito armado internacional, de acordo com o §4º do art. 1º, do Protocolo I adicional às Convenções de Genebra (doravante P.I), inclui as situações em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas, no exercício do direito dos povos à autodeterminação. Lembre-se que a autodeterminação dos povos é um princípio constitucional

³⁰ Conforme sintetiza Celso D. de Albuquerque Mello, em sua obra **Direito Constitucional Internacional** (Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994, p.232), *litteris*: “[...] a) entre 1700 e 1907 houve 140 guerras e apenas uma dezena delas começou com uma declaração; b) nos últimos 200 anos os EUA declararam guerra cinco vezes e usaram as suas forças armadas no exterior, pelo menos, 200 vezes; c) os conflitos após a 2ª Guerra Mundial, na sua maioria, iniciaram-se sem declaração de guerra”.

³¹ QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. A Justiça Militar na Revolução Paulista de 1932 In **R. Minist. Púb. Mil.**, Brasília, N.17, p. 29-46, 1999.

³² BADARÓ, Ramagem. Op. cit., p. 65.

no Brasil (art. 4º, inc. III), que o rege em suas relações internacionais, mas não há a tradução interna deste princípio para aplicação da lei penal militar em tempo de conflito armado³³.

Quanto ao conceito de conflitos armados não-internacionais, ocorridos no território de um Estado, independem de qualquer condicionante à decretação formal, de acordo com o art. 3º comum das Convenções de Genebra de 1949. O art. 3º não delimita o tipo de conflito armado, mas por exclusão seriam todos os conflitos armados de certa intensidade ocorridos no território de um Estado, excetuando a definição de conflito internacional do art. 2º comum das Convenções de Genebra e do §4º do art. 1º do P.I. O Protocolo II (doravante P.II) delimitada a definição do art. 3º comum das Convenções de Genebra, mas não a esgota. O art. 1º do P.II delimita, como não-internacionais, os conflitos armados que se desenrolam entre as forças armadas de uma Alta Parte contratante e as forças armadas dissidentes, ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comandante responsável, exerçam sobre uma parte de seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e concertadas, excluindo situações de tensão e perturbação internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos.

O fato é que o direito doméstico brasileiro acha-se profundamente defasado em relação ao atual estado do Direito Internacional Humanitário (doravante DIH). Se, por um lado, a promulgação dos tratados internacionais, publicados no D.O.U., de *per se* os transforma em parte do direito doméstico, em tese aplicáveis pelas Cortes e oponíveis ao Estado brasileiro em foro interno; por outro lado, no tocante a algumas matérias, principalmente as que exigem a legalidade estrita, problemas técnicos existem para sua disciplina e implementação contenciosa. Há de se referir, principalmente, às normas de cunho penal que, mesmo tipificadas nos tratados internacionais, exigem nova tipificação doméstica com previsão clara das sanções, da legitimação para a ação penal e, eventualmente, de formas agravadas ou atenuadas. Exemplo recente foi o crime de tortura que, apesar de previsto na Constituição Federal (art. 5º, incs. III e XLIII) e de o Brasil ter ratificado dois tratados específicos sobre a matéria³⁴, só foi

³³ Sobre a dimensão da autodeterminação no direito internacional, ver PALMISANO, Giuseppe. **Nazioni Unite e Autodeterminazione Interna: il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'ONU**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997.

³⁴ A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989, e a Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura de 1985, ratificada pelo Brasil em 20 de julho de 1989.

admitida como crime após a tipificação interna (art. 233 da Lei nº 8.069 - Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, de 13 de julho de 1990, e Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997).

E, retornando ao mencionado parágrafo único do art. 395, do CPM, sobre a evasão de prisioneiro, percebe-se a única menção aos tratados em um tipo específico para época de conflito armado, ou melhor, para a estreita definição brasileira de guerra. Essa menção é contraditória em todos os seus termos. Primeiro, porque afirma que na aplicação do art. 395 serão considerados os tratados aceitos pelo Brasil sobre o tratamento dos prisioneiros de guerra, o que aparentemente significa ignorar tais instrumentos internacionais para as demais condutas. Segundo, o art. 91 da III Convenção de Genebra (doravante G.III)³⁵, responsável pela disciplina do tratamento de prisioneiros, dispõe que o prisioneiro de guerra que, depois de ter conseguido evadir-se, for novamente capturado, não será punido por sua evasão anterior. Então o art. 395 é em si mesmo contrário ao direito internacional humanitário, principalmente porque pune a evasão bem sucedida, em que o prisioneiro volte a tomar armas contra o Brasil ou Estado aliado, com pena mínima de 20 anos e máxima de morte.

Não se pode exigir dever de fidelidade de um estrangeiro, principalmente quando luta em forças inimigas. O art. 87 da G.III determina que, ao fixar a pena, os tribunais ou as autoridades da Potência detentora deverão relevar essa ausência do dever de fidelidade, bem como o fato de que este prisioneiro está em seu poder por circunstâncias alheias à própria vontade. Estes dois fatores devem ser relevados, também, na aplicação da pena de morte, de acordo com o art. 100 da G.III. Sobre este tema, merece também questionamento o crime de traição imprópria (art. 362 do CPM), que também pode implicar na pena de morte e envolve a idéia de que o estrangeiro deve ter fidelidade com o Brasil em distintas situações (ver arts. 356, incs. I, primeira parte, II, III e IV, 357 a 361 do CPM).

Assim, se comparados os tipos do CPM e do CP com os definidos pelo direito internacional humanitário, verifica-se substancial lacuna. Somente no tocante ao crime de genocídio (arts. 208, 401 e 402 do CPM e Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956) é que se pode constatar razoável coincidência de definições, conferindo com os termos da Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 1948. Esses dispositivos referem-se ao crime militar do genocídio em tempo de paz (art. 208 do

³⁵ Ratificada pelo Brasil desde 29 de junho de 1957. Portanto, anterior ao CPM (1969).

CPM) e em tempo de guerra (art. 401 e 402 do CPM), além do genocídio como crime comum (Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956). No tocante aos demais tipos, há dispersa e parcial coincidência entre a descrição internacional e a doméstica.

É um dever das Altas Partes contratantes, segundo as quatro Convenções de Genebra e P.I.³⁶, tomar medidas legislativas para fixar sanções penais para pessoas que cometam ou dêem ordens para que se cometa uma das **infrações graves** previstas nestes instrumentos (art. 50 da G.I, art. 51 da G.II, art. 130 da G.III, art. 147 da G.IV, arts. 11, 85 e 86 do P.I).

Por infrações graves entendem-se os seguintes atos contra pessoas ou bens protegidos pelos respectivos instrumentos:

1º grupo - homicídio intencional, a tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o fato de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou atentar gravemente contra a integridade física ou a saúde (art. 50 da G.I, art. 51 da G.II, art. 130 da G.III, art. 147 da G.IV).

Como crimes militares em tempo de paz, definidos no CPM, tem-se o arrebatamento de preso ou internado, a fim de maltratá-lo (art. 181), homicídio (art. 205), lesão corporal (art. 209), maus-tratos de pessoa sob autoridade, para o fim de educação, instrução, tratamento ou custódia (art. 213). Em tempo de guerra, definidos no CPM, tem-se o crime de praticar homicídio e lesão corporal em presença do inimigo (arts. 400 e 403, respectivamente). No Código Penal comum (doravante CP) o homicídio é tipificado no art. 121, a lesão corporal no art. 129, expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente no art. 132, maus-tratos de pessoa sob autoridade, guarda ou vigilância no art. 136. Ademais, a lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997, tipificou o crime de tortura, admitindo inclusive o julgamento de torturas cometidas fora do território nacional, quando a vítima é brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

2º grupo - a destruição e a apropriação de bens, não justificadas por necessidades militares e executadas em grande escala, de forma ilícita e arbitrária (art. 50 da G.I, art. 51 da G.II e art. 147 da G.IV).

³⁶ Ver art. 49 da G.I, art. 50 da G.II, art. 129. da G.III, art. 146 da G.IV, art. 86 do P. I.

Como crime militar em tempo de paz, definidos no CPM, tem-se o furto (arts. 240 e 241), o roubo (art. 242) e o dano (art. 259). Em tempo de guerra, definidos no CPM, tem-se o furto (art. 404), o roubo (art. 405), o saque (art. 406) e o dano (art. 383-5). A concepção de dano em tempo de guerra, contudo, está condicionada ao benefício do inimigo, ou ao fato de comprometer ou poder comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares, ou atentar de qualquer forma contra a segurança externa do país. Segundo o CPM, então, a caracterização do dano não é fundada em motivos humanitários, sendo a destruição permitida, desde que não ofenda o interesse militar nos termos mencionados. Tendo em mente que as infrações graves em questão destinam-se a proteger principalmente edifícios, transportes e materiais sanitários inimigos, está-se diante uma contradição. Já como crime comum, definidos no CP, há o furto (art. 155), o roubo (art. 157) e o dano (art. 163).

3º grupo - obrigar um prisioneiro de guerra ou civil a servir nas forças armadas da Potência Inimiga (art. 130 da G.III e art. 147 da G.IV).

Não há dispositivo similar na legislação penal militar brasileira. De forma aproximada poderíamos apontar, como crime em tempo de paz, o constrangimento ilegal (art. 222 do CPM) ou abuso de autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965), associado à legislação do serviço militar, que não permite convocação ou voluntariado estrangeiro, mas somente de brasileiros natos, por opção ou naturalizados (ver Lei nº 4.375/64 e Dec. 57.654/66). No CP também há o constrangimento ilegal (art. 146).

4º grupo - privar uma pessoa protegida de seu direito de ser julgada regular e imparcialmente (art. 130 da G.III, art. 147 da G.IV, art. 85, §4, alínea e do P.I).

A Constituição Federal proíbe o juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, inc. XXXVII) e garante o devido processo legal no art. 5º, mas no caput desse artigo restringe-se tal garantia aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, o que só é corrigido pelo princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (inc. II do art. 4º da CF), pela concepção de Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF) e pelos tratados de direitos humanos e humanitários ratificados. Diante o CPM, quem negar o acesso à justiça para qualquer pessoa ou admiti-la negligenciando as regras do devido processo legal, poderia ser enquadrado no crime de constrangimento ilegal (art. 222 - CPM), de

seqüestro ou cárcere privado (art. 225 - CPM), em caso de execução arbitrária, de homicídio (art. 205) e vários crimes contra a administração da justiça militar (e.g., coação – art. 342; comunicação falsa de crime – art. 344). Diante o CP, no constrangimento ilegal (art. 146), seqüestro ou cárcere privado (art. 148), em caso de execução arbitrária, de homicídio (art. 121) e vários crimes contra a administração da justiça (e.g., coação no curso do processo – art. 344, exercício arbitrário ou abuso de poder – art. 350). Ou abuso de autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965).

5º grupo - deportação ou transferências ilegais, detenção ilegal, tomada de reféns (arts. 49 e 147 da G.IV, art. 85, §4º, alínea *a* do P. I).

Poderiam ser enquadrados ou no crime de constrangimento ilegal (art. 222 do CPM; art. 146 - CP), de seqüestro ou cárcere privado (art. 225 – CPM; art. 148 - CP) ou abuso de autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965). Entretanto, em especial sobre deportação e transferências ilegais, as regras não são claras, principalmente porque a legislação brasileira sobre deportação e expulsão é prevista para tempo de paz³⁷ e, por via de consequência, são restritas a entrada e estada de estrangeiro no território brasileiro e não prevêem cuidados especiais para situações de conflito armado, tampouco para tratamento da população de um território ocupado. Ademais, pode-se, no Estado de sítio previsto no inc. I do art. 137 da CF³⁸, obrigar a permanência em localidade determinada e, no Estado de sítio previsto no inc. II do art. 137 da CF³⁹, nada há especificado sobre as possíveis limitações dos direitos fundamentais.

6º grupo - demora injustificada no repatriamento dos prisioneiros de guerra ou dos civis, práticas de *apartheid* ou outras práticas desumanas e degradantes baseadas na discriminação racial, dirigir ataques contra monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto protegidos (art. 85, §4º do P. I).

Primeiro, não há dispositivo de repressão penal sobre repatriamento, ressaltando a boa legislação interna sobre refugiados (ver Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997). Segundo, o racismo é crime no Brasil (inc. XLII do art. 5º da CF; Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990); promover o bem de todos sem discriminação de

³⁷ Como, por exemplo, a Lei nº 6.815, de 19.8.1980 e o Decreto nº 86.715, de 10.12.1981.

³⁸ Possível para comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o Estado de Defesa.

³⁹ Possível para declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

qualquer espécie é um dos objetivos fundamentais da República (inc. IV do art. 3º da CF); o repúdio ao racismo um princípio a reger nossas relações internacionais (inc. VIII do art. 4º da CF) e, de forma específica, não se permite tortura em razão de discriminação racial ou religiosa (alínea c, inc. I, art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997). Por fim, nada há de específico sobre dirigir ataques contra monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto protegidos. O mais próximo, enquanto repressão penal, seria o crime do dano, previsto no art. 259 do CPM para tempo de paz, que seria “destruir, inutilizar, deteriorar ou fazer desaparecer coisa alheia”. Entretanto, como já mencionado, em tempo de guerra este crime é vinculado a interesses militares (art. 383 do CPM), entre os quais não figuram o zelo pelos bens culturais. Como crime civil específico, tem-se a Lei nº 3.924/61 sobre destruição e mutilação de monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei nº 7.347/85 sobre a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis para a propositura de ação civil pública, responsabilizando por danos causados, entre outros, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; além do crime de destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico (art. 165 do CP). De qualquer modo, não estão de forma satisfatória tipificadas as violações expressas no Protocolo I, sequer as previstas na Convenção de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflitos armados ou em seus Protocolos.

7º grupo - também são infrações graves qualquer ato ou omissão voluntária que ponha gravemente em perigo a saúde ou a integridade física ou mental de qualquer pessoa em poder de uma Parte, que não seja aquela da qual depende (internadas, detidas ou privadas da liberdade de outra forma), e que submeta as pessoas a ato médico que não seja motivado por seu estado de saúde e que não esteja de acordo com as normas médicas geralmente aceitas para nacionais em liberdade, como mutilações físicas, experiências médicas ou científicas, extração de tecidos ou órgãos para transplante (art. 11 do P.I).

Não há um tipo específico com esse teor para conflitos armados, mas a Lei. nº 9.434, de 3 de fevereiro de 1997 e o Dec. nº 2.268, de 30 de junho de 1997, regulam a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos, científicos e humanitários, proibindo arbitrariedades. Poderia, nesse caso, também haver a classificação no crime de lesão (art. 209/403 do CPM; art. 129 do CP).

8º grupo - Nos termos do art. 85 do P.I, igualmente são infrações graves os seguintes atos, cometidos intencionalmente e que causem a morte ou constituam atentados graves à integridade física ou à saúde: submeter a população civil ou civis a um ataque; lançar ataque indiscriminado, que atinja a população civil ou bens de caráter civil, ou contra obras ou instalações contendo forças perigosas, sabendo que causarão perdas de vidas humanas, ferimentos em civis ou danos em bens de caráter civil e que sejam excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta esperada; submeter a um ataque localidades não defendidas ou zonas desmilitarizadas; submeter uma pessoa a um ataque sabendo que ela está fora do combate; usar perfidamente o emblema distintivo da cruz vermelha ou outros sinais protetores reconhecidos pelas Convenções de Genebra e pelo P.I.

Sobre esse conjunto de infrações graves não há nenhum tipo penal na legislação brasileira. Poderiam, dependendo do caso, serem considerados como homicídio, lesão corporal ou dano, enquanto crimes em tempo de paz previstos no CPM ou no CP. A legislação penal militar para o tempo de guerra, contudo, admite o homicídio “em presença do inimigo”, mas evidentemente não homicídio do inimigo. O problema é que não há definição explícita no direito militar do que seja o inimigo, o que pode no caso concreto incluir civis. Já o crime do dano em tempo de guerra, embora possa envolver local com forças perigosas (danificar depósito de combustível, inflamáveis, usinas, entre outros – art. 384 do CPM), está conexo ao interesse militar, e não à possibilidade de afetar vidas ou integridade dos civis. Quanto ao uso de perfídia, lançando mão dos emblemas distintivos da cruz vermelha ou outros sinais protetores reconhecidos pelo direito de Genebra, não há repressão penal, apesar de o Dec. 2380, de 31 de dezembro de 1910, já ter tipificado no passado condutas similares e a lei nº 3.960, de 20 de setembro de 1961, fazer inequívoca remissão de respeito do disposto em tratados. O mais aproximado é, como crime em tempo de paz, usar, indevidamente, uniforme, distintivo ou insígnia militar a que não tenha direito (art. 172 do CPM) e o insuficiente art. 191 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996.

Outras aproximações de repressão penal, presente na legislação doméstica, seriam as seguintes:

- a. abandono de pessoa sob os cuidados, guarda, vigilância ou autoridade de militar, sendo que, por qualquer motivo, ela é incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono – art. 212 do CPM / art. 133 do CP;⁴⁰
- b. rapto de mulher, mediante violência ou grave ameaça, para fim libidinoso, e violência carnal (estupro e atentado violento ao pudor) – arts. 232, 233, 407 e 408 do CPM / arts. 213, 214 e 219 do CP. E, na legislação comum, tem-se ainda o favorecimento da prostituição e o tráfico de mulheres – arts. 228 e 231 do CP;⁴¹
- c. subtrair, ocultar ou inutilizar, por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento; ou impedir ou dificultar serviço de tal natureza – arts. 275 e 386 do CPM / art. 257 do CP;⁴²
- d. causar incêndio, que exponha a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem (art. 250 do CP) em lugar sujeito à administração militar (arts. 268 / 386 do CPM). Causar epidemia mediante a propagação de germes patogênicos, se o fato compromete ou pode comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares, ou de qualquer forma atenta contra a segurança externa do país – em tempo de guerra, art. 385 do CPM. Difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação, pastagem ou animais de utilidade econômica ou militar (arts. 278 / 386 do CPM), ou causar epidemia mediante propagação de germes patogênicos (em tempo de paz, art. 292), ambos em lugar sob administração militar ou, em legislação comum, respectivamente tutelados pelos arts. 259 e 267 do CP. Na legislação comum há diversificada legislação contra a violação ambiental, como o Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965), a Lei nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998, que prevê sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e o Dec. nº 3.179, de 21 de setembro de 1999, que especifica sanções às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente;⁴³

⁴⁰ Possui semelhança com o crime do abandono previsto em vários dispositivos das quatro Convenções de Genebra e do Protocolo I.

⁴¹ Os crimes sexuais são previstos em vários instrumentos, como na G.IV (art. 27), no P.I (art. 76) e P.II (art. 4º, §2º, a).

⁴² Vários dispositivos das quatro Convenções de Genebra e de seus Protocolos adicionais protegem os equipamentos, meios de transporte e materiais sanitários.

⁴³ A proteção do meio ambiente e a proibição de guerra biológica e bacteriológica possuem proteção na G.II (art. 12) e em Convenções específicas, como a Convenção sobre a Proibição do uso de técnicas de modificação ambiental para fins militares ou outros fins hostis (ENMOD) e a

- e. envenenar água potável ou substância alimentícia ou medicinal, expondo a perigo a saúde de militares em manobras ou exercício, ou de indefinido número de pessoas (em tempo de paz, art. 293), ou corromper ou poluir água potável de uso de quartel, fortaleza, unidade, navio, aeronave ou estabelecimento militar, ou de tropa em manobras ou exercício, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde (em tempo de paz, art. 294), ambos em lugar sob administração militar. Envenenar ou corromper água potável, víveres ou forragens, se o fato compromete ou pode comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares, ou de qualquer forma atenta contra a segurança externa do país – tempo de guerra, art. 385 do CPM. Envenenar, corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, ou substância ou medicinal destinada a consumo (art. 270 e 271 do CP);⁴⁴
- f. Prática de espionagem, em favor do inimigo ou comprometendo a preparação, a eficiência ou as operações militares (em tempo de guerra, art. 366 do CPM);⁴⁵
- g. danos em propriedades de interesse militar (em tempo de guerra, art. 385);⁴⁶
- h. sobre o uso de armas, a legislação comum possui razoável repressão penal, como a proibição do uso de explosivos (art. 251 do CP), de gás tóxico ou asfixiante (art. 252 do CP) e da fabricação, fornecimento, aquisição, posse e transporte desses (art. 253 do CP). Proíbe-se criminalmente o desrespeito da Lei 9.112, de 10 de outubro de 1995, que dispõe sobre a exportação de bens sensíveis e serviços diretamente relacionados, o que envolve os bens de uso bélico, assim como os bens de uso na área nuclear, química e biológica. Regula-se também o registro e o porte de armas de uso permitido (Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997).⁴⁷

Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção e estocagem de armas bacteriológicas (biológicas) e à base de toxinas e sua destruição (G.BC).

⁴⁴ O uso de veneno é condenado por vários instrumentos, como o art. 23, *a*, do Regulamento da Convenção de Haia relativa a leis e costumes da guerra terrestre (H.IV.R), a G.BC e o art. 35, §3º, do P.I.

⁴⁵ A espionagem é condenada por vários tratados, como a G.IV (art. 5), o P.I (e.g., arts.45, §3º e 46) e o H.IV.R (arts. 29-31).

⁴⁶ Sobre danos a propriedades particulares, ver P.I (art. 56) e P.II (art. 15).

⁴⁷ Envolve a regulação da conduta nas hostilidades, proibindo certos meios e métodos, como a G.BC e a Convenção de 1993 sobre armas químicas (no Brasil conhecida por CPAQ).

O quadro comparativo exposto deve ser entendido no contexto do moderno direito penal, garantista, que proíbe analogia prejudicial ao acusado (ver art. 2º do CPPM). Precisas são as orientações doutrinárias de Zaffaroni e Cavallero sobre o tema:

“Si por analogía en derecho penal se entiende completar lo que la ley no prohíbe, considerando antijurídico lo que la ley justifica, o reprochable lo que no reprocha, o en general punible lo que no pena, basando la conclusión en que prohíbe, no justifica o reprocha conductas similares, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración científico-jurídica del derecho penal.”⁴⁸

Não se pode esquecer, também, que a aplicação dos crimes prevista para tempo de paz tem aplicação restrita em conflitos armados reais, pois requer situações com certo grau de normalidade ou, ao menos, ausência de confronto armado significativo.

Dessa forma, importante seria a revisão deste e dos demais temas de direito penal militar e comum, aqui tratados de forma comparativa com o direito internacional humanitário. Importante passo está sendo dado no Congresso Nacional para a implementação da CPAQ (armas químicas) e do Tratado de Ottawa (minas antipessoais), ao terem aprovado na Câmara dos Deputados legislação específica sobre o banimento das armas em questão (conforme será discorrido no item 2.9), dependendo agora de aprovação no Senado Federal.

E também não podemos esquecer que nosso Código Penal comum cumpre em tese seu papel na repressão dos crimes internacionais, ao admitir a jurisdição universal. A repressão de violações graves ao direito internacional cometidas no estrangeiro, independente de envolvimento de interesses estatais ou de vítimas ou acusados nacionais, que atingem a consciência universal tem expressão no art. 7º, I, *d*, e II, *a*, do CP. A primeira hipótese deve-se à repressão ao crime de genocídio, bastando o agente estar domiciliado no Brasil. A segunda hipótese, posta no art. 7º, II, *a*, do CP seria também expressão da jurisdição universal, ao admitir que estão sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil obrigou-se a reprimir. Entretanto, o CP impõe uma série de condicionantes no §2º do art. 7º do CP. Além de estar o acusado no território brasileiro, deve ser o fato punível também no país em que foi praticado; estar o crime entre os passíveis de extradição

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & CAVALLERO, Ricardo Juan. **Derecho Penal Militar**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Ariel, 1980, p.147.

segundo a lei brasileira; não ter sido absolvido, perdoado ou cumprido pena no estrangeiro; ou extinta a punibilidade pela lei mais favorável. O Brasil ratificou vários tratados que impõem essa repressão, como as Convenções de Genebra, as Convenções interamericana e das Nações Unidas contra a tortura e a Convenção Interamericana contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, munições e explosivos e outros materiais correlatos. Obriga o CP, frise-se, a tipificação interna e, nesse sentido, temos a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, sobre a tortura, que reduz as condicionantes ao agente estar em local sob jurisdição brasileira (art. 2º). Essa talvez seja uma tendência que poderia culminar, durante a atual reforma do CP, na redução das condicionantes nas hipóteses de jurisdição.

Afinal, sempre houve sensibilidade no Brasil a essa possibilidade de competência, conforme as declarações do então consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Clóvis Bevilacqua, em 13 de junho de 1930:

“Assim é que os Códigos Penais devem conter disposições referentes aos crimes internacionais (guerra de agressão, pirataria, etc.) não somente porque há nêles um elemento perturbador da ordem social tanto interna quanto externa, como ainda porque, antes de se organizar a defesa internacional contra o crime, segundo se cogita, a defesa pelo direito interno será encaminhamento para o alvo que o pensamento moderno visa.”⁴⁹

Em resumo, em nome do princípio da reserva exige-se a tipificação interna dos crimes internacionais, o que no Brasil se deu de forma insatisfatória ou, por vezes, em contradição com o DIH; além da concepção brasileira de crimes de guerra está condicionada a uma concepção formalista e somente internacional de conflito armado.

Assim, recomenda-se:

- incorporar os crimes previstos nos tratados de direito internacional humanitário ratificados pelo Brasil. Além do quadro comparativo exposto nesse estudo, tem-se o art. 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, aprovado em Roma no dia 17 de julho de 1998, como um bom guia. Esse artigo resume o consenso internacional sobre a tipificação dos crimes de guerra, sem contudo esgotar as responsabilidades brasileiras de repressão na matéria, principalmente a respeito do art. 85 do Protocolo I e dos tratados sobre o banimento

⁴⁹ Ver MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). **Pareceres dos Consultores do Itamaraty. Volume II (1913-1934)**. Brasília: Senado Federal, 2000, p. 477.

de determinadas armas (e. g., químicas, biológicas e minas antipessoais). Ademais, deve-se relevar que a forma como são definidos esses crimes no TPI podem não estar adequados à maneira de tipificação interna. Os crimes previstos nesse Estatuto estão detalhados na forma de *Elements of Crime* que, de acordo com o artigo 9 do Estatuto, ajudarão o TPI a interpretar e aplicar os artigos que definem crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. Esse esforço foi concretizado pela Comissão Preparatória do TPI que, entre outras funções, definirá o crime de agressão. Esta definição também terá repercussão na legislação penal dos direitos internos. Assim, além de incorporar o previsto no Estatuto do TPI, recomenda-se detalhar tais crimes de acordo com nossa tradição jurídica e preencher normas penais em branco (e.g., art. 8º, §2, b, xx), ambas tarefas respeitando o direito internacional humanitário. Importa também salientar a necessidade de reprimir as violações ao direito internacional humanitário não só na legislação militar, mas também na legislação comum, já que os civis também podem cometer tais crimes, como demonstram conflitos recentes.

- a redução das condicionantes ao exercício da competência universal para apenas o fato de estar o agente em local sob jurisdição brasileira, nos termos da Lei nº 9.455/97 (sobre a tortura) e do art. 7º, inc. I, alínea *d*, do CP, sobre o genocídio.
- que, a fim de reprimir penalmente as violações às normas do direito internacional humanitário, os códigos penais façam referência às quatro Convenções de Genebra de 1949 e aos Protocolos I e II de 1977 quanto à definição de conflito armado de caráter internacional e não-internacional. Importante é diferenciar a aplicação do direito internacional humanitário e as normas penais correlatas das obrigações constitucionais de declaração de guerra e de mobilização nacional;
- remeter a definição penal de **combatente**, de **civil** e de **prisioneiros de guerra** às quatro Convenções de Genebra de 1949 e aos Protocolos I e II de 1977.
- por sua vez, o crime por espionagem deveria ser redefinido pelas orientações do direito internacional humanitário. Nem toda pessoa que, em segredo ou sob identidade falsa, busca ou colheu informações com intenção de comunicar ao inimigo comete um crime ou perde a condição de prisioneiro de guerra segundo o direito

internacional humanitário. De acordo com o DIH, o espião preso em flagrante perde a condição de prisioneiro de guerra, mas o que foi capturado depois de juntar-se às forças armadas a que pertence é um prisioneiro de guerra. Da mesma forma, deve ser considerado prisioneiro de guerra o membro das forças armadas, de uma Parte em conflito, que residir em um território ocupado por uma Parte adversa e não for capturado enquanto se dedica a atividades de espionagem. Esse indivíduo, inclusive, só será considerado como espião se proceder sob pretextos falsos ou de maneira deliberadamente clandestina. Igualmente não será considerado espião o membro de forças armadas que estiver identificado como tal.

- acabar com os tipos penais que envolvam o dever de fidelidade do inimigo ou de estrangeiros, como a traição imprópria e a evasão.

2.4. Direito processual penal

Inicialmente, diga-se que tanto o processo penal militar quanto o comum estão regidos pela Constituição Federal de 1988, que consagram o devido processo legal em todos os seus termos, proibindo tribunais de exceção, assegurando os princípios da legalidade e da não retroatividade da lei penal (salvo para benefício do réu), a individualização da pena, a proibição de penas cruéis e degradantes, a presunção de inocência, ampla defesa, *habeas corpus*, entre outras garantias. Portanto, poderíamos dizer que todas as leis processuais que estiverem em contradição com estas normas são inconstitucionais. O processo penal comum envolve todas essas características, incluindo as garantias expostas na CF para as situações de emergência e as dúvidas sobre as suspensões de direitos em caso de guerra (ver item 2.1).

O direito processual penal militar não está, no Brasil, circunscrito às violações do direito internacional humanitário. E, em outro sentido, também podemos afirmar que nem toda violação do direito internacional humanitário está circunscrita à justiça militar, por isso as referências ao processo penal comum. O direito penal militar atual não envolve nem os crimes dolosos contra a vida de civis em tempo de paz, nem evidentemente os crimes cometidos pelos próprios civis.

Nesse contexto, o Código Processual Penal Militar dispõe que a ação penal militar é pública, o que significa que só o Ministério Público Militar poderá promover a denúncia (art. 29 e 34 do CPPM). Entretanto, a jurisprudência dos tribunais militares atualmente admitem que o ofendido ou seus sucessores possam apresentar a denúncia perante o juiz, no caso de o MPM não apresentá-la no prazo legal. Essa ação penal privada subsidiária da pública tem fundamento no inc. LIX art. 5º da Constituição Federal, associado ao art. 29 do Código de Processo Penal comum.

Tal denúncia, por sua vez, é obrigatória para o MPM se concorrerem dois requisitos: a prova de fato que, em tese, constitua crime e indícios de autoria (art. 30 do CPPM). A ação penal, contudo, diante certos crimes contra a segurança externa do país (previstos nos arts. 136 a 141 do CPM), depende de requisição do Ministério a que o agente militar ou assemelhado estiver subordinado. Ou no caso do crime previsto no art. 141 do CPM (entendimento com país estrangeiro, ou organização nele existente, para gerar conflito ou divergência com o Brasil), em que há envolvimento somente de civis, a ação penal depende de requisição do Ministério de Justiça (art. 31 do CPPM). Uma vez apresentada a denúncia, o MPM não poderá desistir da ação penal (art. 32 do CPPM).

Sobre os crimes praticados por militares brasileiros tem competência, no Brasil, a justiça especial militar. Ressalvam-se, entretanto, os crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, em tempo de paz, cuja competência pertence à justiça comum, apesar de o inquérito policial ser militar (ver Lei nº 9.299/96).

Existem, então, o processo penal comum, o processo penal militar em tempo de paz e em tempo de guerra, mantendo entre si relações de subsídio. Em **tempo de guerra**, junto das forças em operações, são órgãos da Justiça Militar os Conselhos Superiores de Justiça Militar, os Conselhos de Justiça Militar e os Juizes-Auditores⁵⁰. O Conselho Superior de Justiça - CSJ, composto por dois oficiais-generais e um Juiz-Auditor, será o órgão de segunda instância, sendo tal Conselho acompanhado por um Procurador e um Defensor Público. O CSJ tem competência para processar e julgar originariamente os oficiais-generais, julgar as apelações interpostas

⁵⁰ Ver Lei da Organização da Justiça Militar da União – LOJMU (Lei 8.457, de 4 de setembro de 1992), arts. 89-97.

pelos Conselhos de Justiça e Juizes-Auditores e os embargos opostos às decisões proferidas nos processos de sua competência originária. Quanto ao comandante do teatro de operações, mediante requisição do Presidente da República, será julgado pelo Superior Tribunal Militar.

O Conselho de Justiça Militar - CJM, criado para cada processo, será composto por um Juiz-Auditor (ou Juiz-Auditor substituto) e dois oficiais de posto superior ou igual ao do acusado, atendendo, sobre esta última hipótese, critérios de antigüidade e, se possível, de equivalência de Força. Compete ao CJM julgar oficiais até o posto de coronel e decidir sobre arquivamento de inquérito e instauração de processo, nos casos de violência praticada contra inferior para compeli-lo ao cumprimento do dever legal, ou em repulsa à agressão. E, por fim, compete ao Juiz-Auditor, presidir a instrução criminal dos processos em que forem réus praças, civis ou oficiais até o posto de capitão-de-mar-e-guerra ou coronel⁵¹; além de julgar as praças e os civis.

Sobre a prescrição a respeito da ação penal e da execução da pena, em geral possuem prazos de 2 a 30 anos no direito militar e de 2 a 20 anos no direito comum. Existem hipóteses de suspensão, interrupção e imprescritibilidade (ver 123 e seguintes do CPM; no direito penal comum, ver art. 107 e seguintes). Sobre essa última, podemos afirmar que as execuções das penas acessórias no direito penal militar (art. 130 do CPM), o crime de racismo (art. 5º, inc. XLI da CF) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inc. XLIV da CF) são imprescritíveis. Essa última hipótese enquadra-se nas normas de segurança nacional, contra insurgentes ou golpistas, porém não diretamente relacionada a crimes de guerra. Por fim, há polêmica sobre a extensão da suspensão prevista no art. 366 do CPP, que não fixa um termo. Trata-se de caso de citação por edital em que o acusado não comparece, nem constitui advogado, suspendendo então o processo e o prazo prescricional, podendo o juiz produzir antecipadamente provas e decretar prisão preventiva. Menciona o §2º, do art. 366 do CPP, que o comparecimento do acusado prossegue o processo, o que na prática possui efeitos de imprescritibilidade.

⁵¹ A presidência nos demais casos será do componente de posto mais elevado ou seguindo o critério da antiguidade, se de postos iguais.

Estas são as características do procedimento especial para tempo de guerra que, em geral, está de acordo com o devido processo legal.

Os problemas do sistema nacional de repressão são, primeiro, a ausente ou inadequada tipificação das violações graves ao DIH; segundo, o sistema não está adequado ao conceito de conflito armado dado pelo DIH; terceiro, conceitos básicos não são contemplados no sistema e, por desconhecimento, os operadores jurídicos não aplicam o DIH; quarto, em geral o sistema penal militar não está preocupado com a proteção de pessoas e bens, mas está quase todo voltado para a boa execução das operações militares e a defesa do interesse nacional; quinto, há todo um mecanismo de impunidade para os crimes de guerra e de Lesa-Humanidade

Sobre esse último ponto, em matéria processual, seguindo as indicações de Cherif Bassiouni⁵² acerca das obrigações estatais, excetuando as considerações já feitas sobre a tipificação, jurisdição universal e *inderrogabilidade* de direitos em situações de emergência, teríamos por primeiro a necessidade de admitir a imprescritibilidade para os crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade. O Brasil não só não ratificou a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes de Lesa-Humanidade de 1968, como admite só excepcionalmente esse princípio. Segundo, inaplicabilidade da imunidade pessoal e não aceitação de anistias gerais. Não só o princípio da territorialidade na área penal permite uma série de imunidades mediante tratados, mas também no plano interno autoridades⁵³ são agraciadas com esse privilégio em razão da função ou em tese poderiam ser agraciadas com leis de anistia. Terceiro, impossibilidade de a defesa invocar obediência a ordens superiores, salvo para atenuar a pena. Tanto no direito penal comum como no militar existe a figura do estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, que é uma excludente de ilicitude, respondendo o réu apenas por excesso doloso ou culposo (art. 23 do CP e art. 42 do CPM), porém ver as considerações sobre as responsabilidades dos chefes militares (item 3.1.4). Quarto, consagrar o princípio *aut dedere aut judicare*, que envolve o dever de julgar ou de extraditar, bem como a cooperação

⁵² BASSIOUNI, Cherif. La Represión de Crímenes Internacionales: *jus cogens y obligatio erga omnes*. In CICR. **Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario (sistemas romano-germánicos)**, 1997, p. 43-44.

⁵³ Sobre imunidades dos parlamentares federais, ver art. 53 da CF.

interestatal ou com tribunais internacionais em relação às categorias de crimes em tela. Como não há tipificação adequada no Brasil e, tanto a extradição como o exercício da jurisdição universal (com exceção do genocídio e da tortura), exige essa tipificação, conclui-se que esse princípio não é atendido, principalmente se envolvem nacionais (ver discussão sobre entrega de nacionais em relação à ratificação do Estatuto do TPI).

Assim, recomenda-se a reforma dos códigos processuais penais, códigos penais e as normas pertinentes a estrangeiros, em relação aos crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, e:

- considerá-los como imprescritíveis;
- afastar qualquer tipo de imunidade e proibir anistias para quem os comete;
- impedir a defesa de invocar obediência a ordens superiores para quem os comete, salvo para atenuar a pena.
- consagrar o princípio *aut dedere aut judicare*, que envolve o dever de julgar ou de extraditar quando envolver esses tipos de crimes.

2.5. Proteção de pessoas detidas

Não há regime de proteção específica para pessoas detidas em época de conflitos armados no Brasil. De forma geral garante-se formalmente a dignidade do preso, seguindo todas as orientações internacionais sobre essa questão na Constituição e na legislação infraconstitucional. Essa preocupação persiste em situações de exceção, como vimos no caso do Estado de Defesa (incs. III e IV, do §3º do art. 136 da CF) ou no caso de Estado de Sítio previsto no inc. I do art. 137 da CF (e.g., detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns), mas não há claras garantias no caso do Estado de Sítio previsto no inc. II do art. 137 da CF. Ressalva-se, evidentemente, as hipóteses de repressão penal por maus tratos e abandono mencionadas nos itens anteriores. E, também (entre outras garantias previstas no Código de Processo Penal militar), a exigência de que o local de prisão deve ser em local limpo e arejado, onde o detento possa repousar à noite, sendo proibido recolhimento em masmorras, solitária ou cela onde não penetre a

luz do dia (art. 240 do CPPM), bem como o direito a advogado e a imposição de a autoridade responsável pela custódia respeitar a integridade física e moral do detento, respeitando o direito de visita da família e assistência religiosa e médica (art. 241 do CPPM). Por fim, a lei de execução penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), pertinente à justiça penal comum e militar, estabelece no plano formal todas as garantias assistenciais (material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao egresso), contra qualquer forma de discriminação, regulando o trabalho, determinando direitos e deveres, além de regime disciplinar e estrutural. Entretanto, além de todo esse aparato não ser cumprido na realidade, foi concebido para acusados ou condenados, e não para prisioneiros de guerra. Lembre-se que prisioneiro de guerra é, grosso modo, o combatente que cai nas mãos da Potência inimiga no decorrer de um conflito armado de caráter internacional, apesar de o Brasil ter no passado admitido a idéia de prisioneiros de guerra em conflito interno.

A fiscalização do tratamento deferido a pessoas detidas em conflitos armados estaria, sem dúvida, ao encargo do Ministério Público. Historicamente, tal função foi delegada ao MPM por Getúlio Vargas após a Revolução de 1932, em razão de várias manifestações contra o tratamento dado aos prisioneiros de guerra naquela ocasião⁵⁴. O Presidente Getúlio, mediante o Decreto 24.803, de 14 de julho de 1934, alterou o então art. 351 do Código Processual Militar vigente à época, justamente para conceder ao MPM a tutela de prisioneiros, enfermos e da população civil, em situações de conflito armado. Todavia, não há hoje regra explícita sobre esta competência no CPPM, nem na Lei de Organização da Justiça Militar da União e na Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993 (diploma sobre organização, atribuições e o estatuto do Ministério Público da União). De forma implícita, sem dúvida, o MPU teria a função mencionada, principalmente por exercer o controle externo da atividade policial (em específico, da atividade da polícia judiciária militar) tendo em vista, entre outros, os princípios informadores das relações internacionais, como o da prevalência dos direitos humanos, além de zelar pela ordem instituída pelo Estado Democrático de Direito.

Diga-se ainda que os *códigos de conduta com prisioneiros de guerra* não são públicos, o que impede nossa apreciação sobre sua adequação ao direito internacional humanitário. Em termos históricos, podemos dizer que houve muitas violações do direito internacional humanitário por certos setores destas forças. Apesar de

⁵⁴ Ver QUEIROZ, loc. cit., p. 43.

os tribunais militares brasileiros obedecerem tradicionalmente aos princípios do devido processo legal, em muitos casos as garantias do acusado não se tornavam realidade ou por falta de acesso aos tribunais ou por leis arbitrárias. De qualquer forma, os tratados de DIH são aplicáveis, no mínimo, na qualidade de leis federais.

Enfim, há amparo constitucional e infraconstitucional sobre presos comuns, embora nada há disposto sobre prisioneiros de guerra, noção pouco compreendida na prática brasileira. Todavia, o problema não é normativo, pois os tratados de DIH aplicam-se integralmente nesse caso. Recomenda-se então a adaptação dos manuais militares a respeito de pessoas detidas em época de conflitos armados, nos termos do DIH, capacitando os efetivos de acordo com tais normas.

2.6. Identificação, definição e proteção das pessoas beneficiadas por estatuto especial nas Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais

Não há política interna tornada pública, nem preocupação legislativa, regulamentando a identificação, definição e proteção das pessoas protegidas pelas Convenções e Protocolos em caso de conflito armado. Ressalva-se o já mencionado sobre o emblema da Cruz Vermelha e a antiga legislação sobre sociedades de socorro, além do antigo costume de respeito ao pessoal sanitário e dos tratados vigentes de DIH.

Conforme vimos, o direito penal não define o que são combatentes e prisioneiros de guerra, nem faz reenvio ao DIH. E, como recentemente foi mencionado, há confusão entre internados e prisioneiros de guerra. Parece que a noção de prisioneiro de guerra está relacionado com toda pessoa detida em conflito armado internacional entre Estados, cuja nacionalidade seja da Potência adversária ou for desertor. E a divisão de “prisioneiros” em oficiais e praças, de um lado, e desertores, civis, mulheres e políticos, de outro, parece estar mais relacionado com o objetivo de impedir instruções de superiores a subordinados e de evitar fugas coletivas do que com estabelecer proteção especial. Sobre mulheres, cumpre lembrar a antiga tipificação do rapto de mulher, mediante violência ou grave ameaça, para fim libidinoso, e violência carnal (estupro e atentado violento ao pudor), além de precedentes de julgamento de brasileiros que violaram mulheres na Itália, durante a Segunda

Guerra Mundial. Além, em caso de conflito em território brasileiro haveria muitas organizações que trabalham com as questões de gênero que poderiam intervir, sem esquecer do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM. O CNDM foi criado pela Lei nº 7.353, de 29 de agosto de 1985, com o objetivo de eliminar a discriminação contra a mulher, assegurar-lhes condições de liberdade e de igualdade de direitos, bem como sua plena participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do País (art. 1º). Tem o CNDM competência de fiscalização, proposição de programas, promoção de intercâmbio e recebimento e exames de denúncias.

Quanto às crianças, o Brasil tem uma avançada legislação (Lei nº 8.069 - Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, de 13 de julho de 1990), embora não tenha sido pensada para conflitos armados, e ratificou a Convenção Relativa aos Direitos da Criança em 1990 e assinou recentemente o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados. Lembrando que a posição mais conservadora no Brasil, a respeito do *status* dos tratados, é a de que eles equívalem a leis federais, então a aplicação do art. 38 da Convenção da Criança sobrepõe-se à Lei nº 6.880 (Estatuto dos Militares, de 9 de dezembro de 1980), que define quem faz parte das Forças Armadas. Também há o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, criado pela Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991, vinculado ao Executivo Federal. O CONANDA tem competência para elaborar normas gerais e zelar pela aplicação da política nacional dos direitos da criança e do adolescente, dar apoio e avaliar a política dos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos das Crianças, propor modificações nas estruturas públicas e privadas, apoiar campanhas educativas, entre outras atribuições (ver art. 2º da Lei 8.242/91), tendo significativa participação de organizações não-governamentais.

Aliás, se há problemas em matéria de direito penal para a aplicação do DIH, não pode haver em relação aos demais temas, conforme se vem ressaltando *passim* nesse estudo. Afinal, todos os tratados ratificados pelo Brasil têm, no mínimo, o *status* de lei federal e, portanto, devem ser aplicados de maneira incondicional após a promulgação e a publicação no Diário Oficial da União (segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal). Dessa forma, embora não haja outra legislação específica para jornalistas em

conflitos armados, por exemplo, aplica-se o Direito de Genebra. Ou, diferentemente, apesar de a legislação brasileira sobre refugiados ser bastante avançada, de forma paralela aplica-se o DIH, em especial por tal legislação não ser adequada aos conflitos armados.

No Brasil, não só se considera como refugiados o disposto no clássico conceito previsto no Estatuto dos Refugiados de 1951, mas também se reconhece como refugiado todo indivíduo que, devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar o seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. E não serão considerados como refugiados os que tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado em atos terroristas ou tráfico de drogas, ou sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas. Amplos são os direitos dos refugiados e, também, criou-se o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, que é responsável sobre a questão no Brasil, com base no Estatuto de 1951 e seu Protocolo de 1967, bem como demais fontes de direito internacional dos refugiados (ver Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997).

Por fim, em respeito à prática brasileira, não se pode esquecer que o Brasil historicamente tem respeitado em conflitos internacionais as regras do direito humanitário, no que toca ao tema em questão. Já em 1914, no caso de detenção de navio beligerante em porto neutro por infração das regras de neutralidade, o então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores Clovis Bevilaqua declara que “Os médicos, ainda que fazendo parte de uma força militar, não são oficiais combatentes, não constituem elemento ofensivo; suas funções são puramente humanitárias”⁵⁵. Nessa oportunidade, decide o consultor por deixar em liberdade o médico militar alemão do vapor *Eber*, o Dr. Ernst Zander, não sem antes considerar que o mesmo tratamento deveria ser dado ao pessoal religioso e hospitalar, de caridade e religioso. Posteriormente, em 1916, o mesmo consultor, ainda sobre a detenção pelo Brasil da canhoneira alemã *Eber*, declara que os civis excepcionalmente podem ser detidos, mas cessando a razão de tal detenção excepcional devem ser libertados. Esse parecer foi para libertar todos os civis que estavam no navio.

⁵⁵ Ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1899-1918)**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1986, p. 487.

Enfim, existem estruturas para tutelar algumas categorias de pessoas protegidas pelo DIH (CNDM, CONANDA E CONARE), mas não estão voltadas nem preparadas para situação de conflitos armados, apesar de haver toda uma normativa aceita pelo Brasil.

Recomenda-se a adaptação dos manuais militares a respeito de pessoas protegidas em época de conflitos armados, nos termos do DIH, capacitando os efetivos de acordo com tais normas e apontando estruturas internas que dariam suporte especial em caso de conflito armado. Além de explicitar as funções do Ministério Público, em caso de conflito armado, definindo-o como a instituição que zelará pelos direitos das pessoas protegidas pelo direito internacional humanitário, em especial pessoas detidas, crianças, mulheres, refugiados, jornalistas e missões médicas. Sobre tais pessoas, também se aconselha estabelecer regulamento interno especial.

2.7. Identificação, definição, localização correta e proteção dos bens e locais protegidos pelos tratados humanitários

Sobre normas para identificação, definição, localização correta e proteção dos bens e dos locais protegidos pelos tratados humanitários, como (a) unidades e meios de transporte sanitário (incluindo aeronaves e navios) e hospitais; (b) bens culturais e locais de culto; (c) zonas neutras, de segurança e desmilitarizadas; (d) obras e instalações que contêm forças perigosas, novamente podemos atentar para a força dos próprios tratados pertinentes, todos ratificados pelo Brasil.

Sobre unidades e meios de transporte sanitário, ver o já comentado no item 2.2, lembrando que há referências na legislação interna aos tratados de DIH. Na prática, contudo, há um grande abuso do uso do emblema da Cruz Vermelha no país. Não se pode esquecer também do Decreto nº 895, de 16 de agosto de 1993, que criou o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC. Acreditamos que um grande papel caberia ao SINDEC e à SEDEC (Secretaria de Defesa Civil) para identificar, definir, localizar e proteger os bens e os locais protegidos pelos tratados humanitários, já que, segundo o Art. 2º do referido decreto, teria competência para “I - planejar e promover a defesa permanente contra desastres naturais ou provocados pelo homem; II - atuar na iminência e em situações de desastres; III - prevenir ou minimizar danos, socorrer e assistir populações atingidas e recuperar áreas

deterioradas por desastres”. O SINDEC é constituído por órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por entidades privadas e pela comunidade, sob a coordenação da SEDEC do Ministério da Integração Nacional (Art. 1º do Dec. 895).

O conceito de defesa civil, segundo o Art. 3º, inc. I, é “o conjunto de ações preventivas, de socorro, assistenciais e recuperativas destinadas a evitar ou minimizar os desastres, preservar o moral da população e restabelecer a normalidade social”; sendo desastre “o resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema, causando danos humanos, materiais ou ambientais e conseqüentes prejuízos econômicos e sociais”. O SINDEC e o SEDEC têm todo o poder de regulamentar e de identificar de forma preventiva os bens e locais protegidos de uma forma geral (ver arts. 6º e 7º do Dec. 895).

Embora não haja referência explícita aos conflitos armados, as forças armadas fazem parte do SINDEC e o conceito de desastre enquadra nos gerados por conflitos armados, que são *eventos adversos [...] provocados pelo homem, sobre um ecossistema, causando danos humanos, materiais ou ambientais e conseqüentes prejuízos econômicos e sociais*. Ademais, estes órgãos têm competência sobre obras e instalações que contêm forças perigosas, incluindo ligação direta com a Política Nuclear Nacional, o Programa Nuclear Brasileiro e o controle de produtos radioativos de qualquer espécie relacionados à prevenção ou à *minimização* de desastres nucleares e radiativos, incluindo participação no Sistema de Proteção ao Programa Nuclear Brasileiro (Sipron).

A Lei 6.347, de 6 de julho de 1976, substituiu a divisão militar do território nacional para o emprego combinado das Forças Armadas por Zonas de Segurança. Não cremos que haja, contudo, uma identificação dessa terminologia com a do DIH, pois aqui zonas de segurança estão relacionadas com divisão administrativa das forças.

Sobre bens culturais e locais de culto há vasta legislação de proteção, embora não diretamente preocupada com conflitos armados. Cumpre destacar, entre tais leis, a ação civil pública, que possibilita ações de responsabilidade por danos causados aos bens culturais, meio-ambiente e outros interesses difusos ou coletivos. Trata-se da Lei nº 7.347, de 23 de

julho de 1985. Também cumpre lembrar que em 1977 o Brasil ratificou a *Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO, em sua XVII sessão, realizada em Paris, de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972, que também requer a identificação dos bens culturais. Este tratado, como os de DIH, já possuem força normativa e, portanto, a questão aqui não é a da ausência de normas, mas sua não implementação e conhecimento.

Em suma, no Brasil há uma grande confusão sobre a simbologia que resguarda os bens e os locais protegidos pelos tratados humanitários, não sendo um problema normativo, mas operacional. Nesse sentido, acreditamos que um grande papel caberia ao SINDEC (Sistema Nacional de Defesa Civil) e à SEDEC (Secretaria de Defesa Civil) para identificar, definir, localizar e proteger os bens e os locais protegidos pelos tratados humanitários.

2.8. A localização dos objetivos militares nas proximidades dos centros urbanos

A política de definição dos objetivos militares não é pública. Empiricamente, pode-se afirmar que não há o cumprimento dos cuidados preventivos determinados pelo DIH. Muitas vezes tais objetivos estão não só próximos como dentro dos centros urbanos. Em termos normativos, os próprios tratados já seriam suficientes. Recomenda-se às forças armadas atentarem sobre a localização dos objetivos militares, no sentido dado pelo DIH.

2.9. Aplicação interna dos tratados internacionais sobre a limitação de armas

O Brasil ratificou, conforme já demonstrado, os principais tratados que regulam o manejo de armas com destinação bélica. Entretanto, a legislação interna ainda não está adaptada às obrigações internacionais. Prova dessa afirmação é o exaustivo Regulamento Para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105), de 23 de março de 1999 (Decreto nº 2.998), destinado a regular a fabricação, a recuperação, a manutenção, a utilização industrial, o manuseio, o uso esportivo, o colecionamento, a exportação, a importação, o desembaraço alfandegário, o armanejamento, o comércio e o tráfego dos produtos controlados pelo Ministério do Exército. Entre os objetivos do R-105 não figura o cumprimento dos tratados pertinentes,

tampouco zelo humanitário, mas desenvolvimento da indústria nacional, controle de qualidade para a exportação desses produtos, entre outros (ver art. 2º). Esse regulamento não se destina a proibir certas armas, mas controlar o uso. E, entre as exigências para a fabricação, utilização, exportação, importação, desembaraço alfandegário, comércio e tráfego dos produtos, também não figuram preocupações do direito internacional humanitário, mas questões burocráticas (e.g. registros) – ver art. 9º. Entre o rol de armas de uso restrito, estão armas e dispositivos que lancem agentes de guerra química ou gás agressivo e suas munições (art. 15, inc. XI) ou munições com projéteis explosivos e venenosos (art. 15, inc. XIV). O conceito de agente químico de guerra é dado pelo inc. V do art. 3º:

“substância em qualquer estado físico (sólido, líquido, gasoso ou estados físicos intermediários), com propriedades físico-químicas que a torna própria para emprego militar e que apresenta propriedades químicas causadoras de efeitos, permanentes ou provisórios, letais ou danosos a seres humanos, animais, vegetais e materiais, bem como provocar efeitos fumígenos ou incendiários”

Tais dispositivos, em si mesmos, são contrários à Convenção de 1980, sobre a proibição e restrição do emprego de certas armas convencionais que podem ser consideradas nocivas ou de efeitos indiscriminados, e seu Protocolo III, sobre armas incendiárias. E, claro, são contrários à Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Armanejamento e o Emprego de Armas Químicas e sobre sua Destruição (CPAQ).

Sobre esta última, contudo, criou-se Comissão Interministerial para garantir sua aplicação, mediante o decreto nº 2.074, de 14 de novembro de 1996. Além de acompanhar a observância dos dispositivos da CPAQ por pessoas físicas e jurídicas, cria mecanismos operacionais para implementá-la, a fim de prestar declarações à Organização para a Proibição da Armas Químicas (OPAQ), acompanhar e tomar providências sobre inspeções de rotina ou por denúncias realizadas pela OPAQ, realizar visitas de verificação, aplicar sanções administrativas e tomar providências para persecução legal (ver art. 2º do referido decreto).

Cumpram-se, também, a criação de Comissão Interministerial sobre a exportação de bens sensíveis e serviços diretamente vinculados, instituída pela Lei nº 9.112, de 10 de outubro de 1995. Como bens sensíveis compreende-se bens de aplicação bélica, os bens de uso duplo e os bens de uso na área nuclear, química e biológica. E por serviços diretamente vinculados entende-se as operações de fornecimento de informação

específica ou tecnologia necessária ao desenvolvimento, à produção ou à utilização do referido bem. Dessa lei decorre a possibilidade real de desenvolvimento, produção, utilização e exportação de armas de destruição em massa – nucleares, químicas ou biológicas – ou sistemas de ataques, inclusive mísseis, carregados com tais armas (ver art. 3º, §3º). É verdade que a Comissão Interministerial deve observar os tratados e compromissos internacionais de que o Brasil é parte (inc. II do parágrafo único do art. 5º), porém os incentivos dessa Lei são intrinsecamente contrários aos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil. Principalmente se relevarmos que o Brasil é um país exportador de armas, inclusive trabalhos científicos declaram que houve vendas no passado recente para alimentar o conflito armado não-internacional de Angola (para a UNITA, entre 1988-92⁵⁶).

Essas são as principais leis internas. Sobre minas antipessoais, de 1984 a 1996 havia declarações informais sobre a exportação desse tipo de armamentos, mas em setembro de 1996, na Assembleia Geral das Nações Unidas, o Ministro das Relações Exteriores anunciou formalmente a moratória de quatro anos, renovável por igual período, na exportação de minas terrestres antipessoais. Entretanto, após a ratificação do Protocolo II à Convenção de 1980, emendado em 3 de maio de 1996, referente a minas, armadilhas e outros artefatos, e do Tratado de Ottawa (Convenção sobre a Proibição do Uso, Armanezamento, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição), inúmeras obrigações de caráter jurídico foram assumidas pelo Brasil, não sendo mais o banimento desse tipo de armas da esfera das intenções políticas. Entre as obrigações jurídicas, à parte qualquer ilicitude, tem-se o imperativo de implementação que, entre as medidas mais urgentes, parece-me que está tipificação das condutas banidas por tais convenções. Aliás, o mesmo deve ser feito sobre outras armas convencionais que causem danos excessivamente lesivos ou geradoras de efeitos indiscriminados, bem como sobre armas químicas, bacteriológicas e sobre técnicas de modificação ambiental.

Nesse sentido, há dois projetos tramitando no Congresso Nacional, conforme já referido no item sobre repressão penal, sobre armas químicas e sobre minas antipessoais. O primeiro, de origem do Executivo (mensagem nº 342/97), versa sobre sanções administrativas e penais em caso de atividades proibidas pela CPAQ. Esse projeto de lei tramitou na Câmara sob o nº 2.863-A, de 1997, e originalmente é dividida em quatro partes. A

⁵⁶ SPEAR, Joanna. Arms Limitations, Confidence-Building Measures and Internal Conflict. In BROWN, Michael E. (ed) **The International Dimensions of Internal Conflict**. Massachusetts: CSIA, 1996, p. 384.

primeira proíbe três tipos de atividades a pessoas físicas e jurídicas: 1. realizar atividades proibidas pela CPAQ; 2. contribuir para realizar, no Brasil ou no exterior, atividades proibidas pela CPAQ; 3. omitir informação ou informar incorretamente à Comissão Interministerial para Assuntos relativos à CPAQ. Segundo, confere competência de arbitramento à Comissão Interministerial sobre a aplicação de sanções administrativas e sobre providências para a instauração de processo criminal. Terceiro, estipula as sanções administrativas cabíveis de serem tomadas pela Comissão Interministerial (advertência, multa, perda de bem envolvido na infração, suspensão do direito de comercializar por até cinco anos, cassação da habilitação para atuação no comércio se reincidente). Quarto, define como crime as seguintes condutas:

“Art. 4º [...]

I – fazer uso de armas químicas ou realizar, no Brasil, atividade que envolva a pesquisa, produção, estocagem, aquisição, transferência, importação ou exportação de armas químicas ou de substâncias químicas abrangidas pela CPAQ com a finalidade de produção de tais armas;

II – contribuir, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, para o uso de armas químicas ou para a realização, no Brasil ou no exterior, das atividades arroladas na alínea anterior.

Pena: reclusão, de um a dez anos”

Destaca-se que o Relator na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, Dep. Werner Wanderer, acentuou “... a importância do Brasil, no contexto da Convenção, devido a sua condição de possuidor da maior indústria química da América Latina e oitava do mundo”, devendo o Brasil cumprir estritamente a Convenção e utilizar o “seu peso político e capacitação técnica, para a efetiva implementação de modo universal”.

O segundo projeto de lei (na Câmara sob o nº 3.585-A, de 1997), de autoria do Dep. Eduardo Jorge, proíbe a fabricação, a comercialização e o emprego de minas terrestres antipessoais. Esse projeto é dividido em três partes. A primeira veda a fabricação, a comercialização, a importação e o emprego de minas terrestres antipessoais. A segunda define mina terrestre antipessoal como o dispositivo explosivo de emprego dissimulado e de disparo involuntário pelo agente acionador, destinado a provocar morte ou lesões corporais em seres humanos. A terceira pune com multa e reclusão, de quatro a seis anos, a fabricação, a comercialização, a importação, a exportação e o emprego de minas antipessoais no território nacional, agravando em um terço a pena se o agente for

funcionário público (civil ou militar) e acrescida da metade em caso de reincidência.

Houve, por substitutivo apresentado pelo Relator na Comissão de Constituição e Justiça, Dep. José Genoíno, a adequação desse projeto com as condutas proibidas no Tratado de Ottawa. Assim, pretende proibir e punir o emprego, o desenvolvimento, a fabricação, a comercialização, a importação, a exportação, a aquisição, a estocagem, a retenção ou a transferência, direta ou indiretamente, de minas terrestres antipessoais.

Em resumo, começa no Brasil a institucionalização para banir armas proibidas pelo DIH, embora com algumas contradições. Recomenda-se, nesse sentido, a aprovação e sanção dos projetos de lei sobre minas terrestres e sobre armas químicas.

Capítulo 3. Disciplina das forças armadas e forças públicas brasileiras e o direito internacional humanitário

3.1. Regulamentos e manuais militares

3.1.1. Definição das forças armadas e das pessoas que a compõem

O art. 142 da Constituição Federal determina que as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Além desta destinação constitucional, as Forças Armadas possuem atribuições subsidiárias definidas na Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991 (em especial, ver art. 9º). De maneira geral, devem cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil. Em particular, cabe à Marinha orientar e controlar a Marinha Mercante e suas atividades correlatas, no que interessa à defesa nacional, bem como prover a segurança da navegação aquaviária, contribuir para a formulação e condução de políticas nacionais que digam respeito ao mar e implementar e fiscalizar o cumprimento de leis e regulamentos, no mar e águas interiores. Por fim, em particular cabe à Aeronáutica orientar, coordenar e controlar as atividades de Aviação Civil, bem como prover a segurança da navegação aérea; contribuir para a formulação e condução da Política Aeroespacial Nacional; estabelecer, equipar e operar, diretamente, ou mediante concessão, a infra-estrutura aeroespacial; e operar o Correio Aéreo Nacional.

As Forças Armadas são compostas de militares, que podem se encontrar na ativa ou na inatividade (art. 3º da Lei nº 6.880 - Estatuto dos Militares, de 9 de dezembro de 1980). Os militares da ativa são os de carreira; os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial; os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados; os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; e em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro

mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas. Os militares inativos são os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém ainda sujeitos à prestação de serviços na ativa, mediante convocação ou mobilização, e os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores, estejam de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União. Por fim, considera-se da reserva, individualmente, os militares da reserva remunerada e os demais cidadãos⁵⁷ em condições de convocação ou de mobilização para a ativa; no seu conjunto, as polícias militares e os corpos de bombeiros militares e, para efeito de mobilização e de emprego, a Marinha Mercante, a Aviação Civil e as empresas declaradas diretamente relacionadas com a segurança nacional, assim como o pessoal que as compõem (art. 4º do Estatuto dos Militares).

As polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros estão subordinadas aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, de acordo com o §6º do art. 114 da CF, que também pontua que as polícias militares e os bombeiros são forças auxiliares e reservas do Exército. Essa regulação tem como marco o Decreto-Lei nº 317, de 13 de março de 1967, em pleno regime militar, que gradativamente militarizou as polícias, seguido de vários instrumentos jurídicos que consolidaram a vinculação das polícias com as Forças Armadas. Nesse sentido, o Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, reafirmou o controle e a coordenação da atividade policial pelo Ministério do Exército, sendo regulamentado pelo R-200 (Decreto nº 66.862, de 8 de julho de 1970), que integra as polícias inclusive no serviço de informações e contra-informação do Exército (art. 25 do R-200). O art. 3º do Dec.-Lei nº 667/69 (de igual teor do art. 2º do Dec.-Lei nº 317/67) atribui às polícias a atuação repressiva que antecede o emprego das Forças Armadas (alínea *c*, do art. 3º), e, em atendimento à convocação do Governo Federal, a atuação não só de polícia, mas de defesa territorial, em caso de guerra externa ou para prevenir ou reprimir grave subversão da ordem ou ameaça de sua irrupção. Nesse último caso (alínea *d*, do art. 3º), subordinava-se ao Comando das Regiões Militares. Esse artigo 3º foi modificado pelo Dec.-Lei nº 2.010, de 10 de janeiro de 1983, subordinando as polícias à Força Terrestre, além de incluir uma alínea *e* ao artigo 3º, que permite a convocação para adestramento e disciplina e cumprimento geral do decreto.

⁵⁷ Só serão considerados militares quando convocados ou mobilizados para o serviço nas Forças Armadas (§2º do Art. 4º do Estatuto dos Militares).

Quanto à condição de militar dos bombeiros pode ser requerida pelo Exército ao Executivo, de acordo com o art. 26 do referido Dec.-Lei nº 667/69, sendo igualmente disciplinado pelo R-200. Todo o controle e gerenciamento das polícias para efeito de mobilização, de acordo com o art. 21 desse Decreto-Lei, ficariam ao encargo do Estado-Maior do Exército, por meio da Inspetoria-Geral das Polícias Militares, sendo que haveria precedência hierárquica do pessoal da ativa e reserva remunerada das Forças Armadas sobre o pessoal das polícias (art. 27 do referido Dec.-Lei). Já o art. 5º do Dec. nº 88.540, de 20 de julho de 1983, ao reafirmar essa supervisão, indica a subordinação direta ao Comandante do Exército ou ao Comandante Militar da Área em cuja jurisdição estiver localizado o Estado-Membro ou, em caso de a Polícia Militar convocada não pertencer ao mesmo Estado onde estiver localizada a sede do Comando de Exército ou Comando Militar de Área, este poderá subordiná-la diretamente a Comandante de Região Militar ou de Grande Unidade situado na área do Estado-Membro.

Assim, de acordo com o art. 1º do Dec. nº 88.540/83, a polícia pode ser convocada nas seguintes situações:

- I - total ou parcialmente, em caso de guerra externa;
- II - total ou parcialmente, para prevenir ou reprimir grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção;
- III - no seu conjunto, para assegurar à Corporação o nível necessário de adestramento e disciplina;
- IV - para garantir o cumprimento das disposições do Decreto-lei nº 667, de 02 de julho de 1969, alterado pelo Decreto-lei nº 2.010, de 12 de janeiro de 1983.

Entretanto, o país discute vivamente a redefinição do papel, formação e estrutura das polícias e bombeiros mediante várias propostas de emenda constitucional. As propostas giram em torno da desmilitarização das polícias e de sua autonomia, incluindo a modificação de seu caráter de força auxiliar. Atualmente em plena discussão na Câmara dos Deputados, as propostas foram aglutinadas em torno da PEC nº 151 A/95.

Cumprе afirmar, por fim, que é privativo de brasileiros natos o cargo de oficial das Forças Armadas (inc. VI, §3º, art. 12 da CF). O inc. I do art. 37 da CF determina que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros. O art. 106, I do

Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980) veda ao estrangeiro ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre; veda também ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira (art. V) e prestar assistência religiosa às Forças Armadas (inc. X).

Em suma, as forças armadas estão suficientemente identificadas e, em relação à inclusão das polícias militares e bombeiros como forças auxiliares, trata-se em realidade de definição de política interna que afetam interesses distintos dos relacionados ao DIH.

3.1.2. Comportamento dos membros das forças armadas durante o combate e a condução das hostilidades

Os *códigos de conduta* não são públicos, o que impede nossa apreciação sobre sua adequação ao direito internacional humanitário. Entretanto, há fortes indícios, em especial por carências na formação dos membros das forças armadas brasileiras, de que não haja sequer uma clara distinção entre internados e prisioneiros de guerra; ou entre combatentes e civis; ou bens a serem protegidos e objetivos militares. Sabe-se, por exemplo, que os “prisioneiros de guerra” seriam divididos em grupos, nomeadamente os de oficiais, praças, desertores, civis, mulheres e políticos. E, conforme já afirmamos, *a divisão de “prisioneiros” em oficiais e praças, de um lado, e desertores, civis, mulheres e políticos, de outro, parece estar mais relacionado com o objetivo de impedir instruções de superiores a subordinados e de evitar fugas coletivas do que com estabelecer proteção especial.*

Assim, não temos informações se a orientação de conduta dos membros das forças armadas brasileiras estão de acordo com os ditames de humanidade. Urge, portanto, intensificar o ensino do DIH a todos os membros das três forças, já que, excetuando problemas de tipificação, os tratados são aplicáveis e determinam a obrigação desse ensino (ver, a título de exemplo, os artigos 47 da G.I., art. 48 da G.II, art. 127 da G.III e art. 144 da G.IV). Recomenda-se adaptar todos os códigos de condução de hostilidades de acordo com o DIH.

3.1.3. Responsabilidades para atos contrários ao direito internacional humanitário

Quanto à responsabilidade penal, ver item 2.3. Não há política especial sobre o direito internacional humanitário, no Brasil, destinada a pautar o comportamento dos membros das forças armadas durante o combate e a condução das hostilidades.

Historicamente, em caso sobre a reparação de danos sofridos por cidadãos franceses no Rio Grande do Sul (durante a revolta de 1893-4⁵⁸), o Brasil assumiu a posição de que os atos de guerra não implicam na indenização dos danos causados, com exceção da responsabilidade do Estado pelos danos, resultantes aos estrangeiros, de perturbações da ordem interna ou de guerras civis. Esta responsabilidade seria derivada do dever estatal de assegurar a paz e garantir os direitos dos que vivem sob jurisdição do Estado. Em outro caso, porém, sobre danos à firma Albino Grosch & Cia, causados por insurrectos em Alto Aquidauna, em 1903, e reclamados por um negociante alemão de Corumbá (sócio da referida empresa), o Brasil condicionou a responsabilidade à culpa, que consistiria na “falta de diligência ou na negligência em deixar de empregar as precauções que as circunstâncias de momento exigiam para combater a ação dos revoltosos ou bandidos”⁵⁹. Já no caso dos conflitos no Acre, entre o Brasil e a Bolívia no início do século XX, considerou-se que os atos do Coronel Plácido de Castro, ao ocupar território boliviano e dirigir operações de guerra, por não estarem respaldados pelo Brasil, eram de responsabilidade pessoal e não estatal⁶⁰.

Em parecer de Clóvis Bevilaqua, sobre confisco de propriedade particular inimiga durante a Primeira Guerra Mundial, determina que a União deve restituir ou indenizar os titulares dos direitos, que sofreram os efeitos da situação anormal da guerra, deduzidas as despesas com o seqüestro, a liquidação e o depósito no

⁵⁸ Sobre as várias reparações a estrangeiros em razão deste conflito, ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1889-1898)**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1988, p.112 e seguintes.

⁵⁹ Ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1899-1918)**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1986, p.193.

⁶⁰ Ver Ibidem, pág. 191e seguintes.

Tesouro⁶¹. Contudo, a tradição brasileira é versar sobre a matéria de responsabilidade civil de forma casuística, e não permanente. A Segunda Guerra Mundial é exemplo pungente, quando foram criados todo um aparato jurídico sobre bens dos inimigos e uma comissão sobre reparações de guerra. Assim, recomenda-se estabelecer regulamento definitivo sobre responsabilidades civis em conflito armado.

3.1.4. Deveres e responsabilidades dos chefes militares

Segundo o art. 38, alínea b, do CPM, não é culpado quem comete o crime em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços. Por este crime responde o autor da ordem e, se esta tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é também punível o inferior. Também existem crimes específicos para os chefes militares, como a ordem arbitrária de invasão (art. 170 do CPM), a prática de violência contra inferior (art. 175 do CPM), a ofensa aviltante a inferior (176 do CPM), o prolongamento das hostilidades (art. 398 do CPM) ou ordem arbitrária de contribuição de guerra (art. 199 do CPM).

Segundo o art. 14 do Estatuto dos Militares, a autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico, o que é reforçado pelo §1º do art. 42 do Estatuto, ao determinar que a violação dos preceitos de ética militar será tão mais grave quanto mais elevado for o grau hierárquico de quem a cometer. Importa mencionar, a partir do art. 28 deste Estatuto, que um dos preceitos da ética militar é respeitar a dignidade da pessoa humana (inc. III) e ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação do mérito dos subordinados (inc. V). Considera-se que o comando deve impor-se pela lealdade, pelo exemplo e pela capacidade profissional e técnica, incumbindo-lhes assegurar a observância minuciosa e ininterrupta das ordens, das regras do serviço e das normas operativas e a manutenção da coesão e do moral (parágrafo único do art. 37 do mesmo Estatuto).

Nota-se que a legislação brasileira preocupa-se com a responsabilidade dos comandantes. Entretanto, a condição chave para essa responsabilidade repousa na “ordem direta de superior hierárquico”, o que não condiz com o atual direito internacional humanitário. Atualmente,

⁶¹ Ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1919-1940)**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984, p. 262.

reclama-se pela ampla responsabilidade do comandante pelos crimes que tiverem sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivo, ou sob sua autoridade.

Exemplo deste espírito normativo está explícito no art. 28 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que associa a responsabilidade do comando por não ter exercido apropriadamente o controle sobre as forças quando:

- a) Aquele comandante militar ou pessoa sabia ou, em razão das circunstâncias do momento, deveria saber que as forças estavam cometendo ou pretendiam cometer tais crimes; e
- b) Aquele comandante militar ou pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua perpetração ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução.

Recomenda-se a inclusão dessa ampla responsabilidade, que envolve a real relação hierárquica, um elemento subjetivo (saber ou ter razões para saber, nesse último inclui a negligência) e descumprimento pelo superior de seu dever de prevenção e repressão.⁶²

3.2. Assessoria Jurídica das forças armadas

As Forças Armadas são dotadas de assessores jurídicos e, inclusive, de assessores especializados em relações internacionais. Entretanto, o direito internacional humanitário só é referido na organização do Ministério das Relações Exteriores. Os assessores jurídicos das Forças Armadas não possuem, contudo, especialização em direito internacional humanitário. A Marinha, a este respeito, demonstrou mudança de rumos⁶³ e, de maneira gradativa, outros membros tomam conhecimento do DIH, principalmente mediante a Escola Naval de Guerra, que também se mostra sensível ao tema. Trabalho similar é realizado pela Escola Superior para Oficiais da Força Aérea. E o Exército, mediante o COTER (Comando de Operações Terrestres do Exército), tem se preocupado com a capacitação para as operações de paz, criando nesse ano o Centro de

⁶² Ver PRIETO, José Luis Rodríguez-Villasante y. Los principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. In CICR. **Adaptación de la Legislación Interna para la Sanción de las Infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario: reunión de expertos de países iberoamericanos**. Madrid: CICR, 1999, p. 57-101.

⁶³ SILVA, Antonio Ruy de Almeida. O Direito Internacional Humanitário e a Marinha do Brasil in RMBI/99, p. 212-37.

Preparação e Avaliação de Missões de Paz do Exército Brasileiro. Historicamente, contudo, o consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores manifestou-se sobre as grandes questões de DIH.

Recomende-se a institucionalização das assessorias jurídicas em DIH, lembrando-se que há obrigações nos tratados ratificados pelo Brasil sobre o dever de manter assessorias jurídicas especializadas no tema, nos setores jurídicos das três forças.

3.3. Forças públicas e o direito internacional humanitário

Não há referências ao direito internacional humanitário nos regulamentos das forças públicas e policiais. Portanto, reveste-se de importância ímpar o programa da delegação no Brasil do CICV direcionado às forças policiais e de segurança, contemplando informações básicas de direitos humanos e de direito internacional humanitário. A primeira fase do projeto, iniciada em 1998 e finalizada em 2000, capacitou 852 oficiais da Polícia Militar brasileira, que são multiplicadores. Em suma, esse programa preenche uma lacuna interna.

Capítulo 4. Mecanismos para a aplicação do direito internacional humanitário no Brasil

4.1. Sociedade civil

A Sociedade Nacional da Cruz Vermelha no Brasil foi fundada em 5 de dezembro de 1908, tendo sido regulada e beneficiada por várias leis e decretos, como a Lei nº 2.380, de 31 de dezembro de 1910, o Decreto nº 9.620, de 13 de junho de 1912, o Decreto nº 23.482, de 21 de novembro de 1933 e o Decreto n.º 76.077, de 4 de agosto de 1975. A sede nacional da Cruz Vermelha Brasileira é no Rio de Janeiro, apesar de ter filiais espalhadas pelo país (Macapá-AP, Manaus-AM, Belém-PA, Cuiabá-MT, Campo Grande-MS, Brasília-DF, São Luis-MA, Teresina-PI, Fortaleza-CE, Maceió-AL, João Pessoa-PB, Belo Horizonte-MG, São Paulo-SP, Petrópolis-RJ, Volta Redonda-RJ, Curitiba-PR, Florianópolis-SC, Porto Alegre-RG).

Segundo o art. 3º do Estatuto da Cruz Vermelha brasileira, ela:

“tem por finalidade prevenir e atenuar os sofrimentos humanos com toda a imparcialidade, sem distinção de raça, nacionalidade, nível social, religião e opinião política, podendo sua atuação, e determinados casos, estender-se além do território nacional.

Parágrafo único. Sua missão compreende:

- a) agir, em casos de guerra, e preparar-se, na paz, para atuar em todos os setores abrangidos pelas Convenções de Genebra e em favor de todas as vítimas de guerra, tanto civis como militares;
- b) contribuir para a melhoria de saúde, a prevenção de doenças e o alívio do sofrimento, através de programas de treinamento e de serviços que beneficiem à comunidade, adaptados às necessidades de peculiaridades nacionais e regionais, podendo também, para isso, criar e manter cursos regulares, profissionalizantes e de nível superior;
- c) organizar, dentro do plano nacional, serviços de socorro de emergência às vítimas de calamidade, seja qual for sua causa;
- d) recrutar, treinar e aplicar o pessoal necessário às finalidades da Instituição;
- e) incentivar a participação de crianças e jovens nos trabalhos da Cruz Vermelha;
- f) divulgar os princípios humanitários da Cruz Vermelha a fim de desenvolver na população e, particularmente nas crianças e nos jovens os ideais de paz, respeito mútuo e compreensão entre todos os homens e todos os povos.”

Existem centenas de organizações não-governamentais ligadas aos direitos humanos no Brasil, mas nenhuma com especialidade em direito internacional humanitário, apesar de haver sociedades de socorro para desastres naturais ou eventos similares. Recentemente, entretanto, foi criado o **Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário**, vinculado à Associação Nacional do Ministério Público Militar, com o objetivo justamente de preencher essa lacuna. São suas finalidades:

- a) congregar todos quantos tenham interesse na área do direito militar e humanitário como ciência, com o objetivo de discutir problemas, temas e teses, nos aspectos doutrinários, normativos e jurisprudenciais, relacionados com as seguintes áreas de conhecimento: direito penal e processual penal militar, direito internacional humanitário, direito dos refugiados, direito dos conflitos armados, direito administrativo militar, direito internacional público e direitos humanos;
- b) promover ou participar, em conjunto com instituições de ensino nacional ou estrangeiro, de cursos de aperfeiçoamento, congressos, palestras, seminários e outras atividades que tenham por fim discutir o direito militar;
- c) estabelecer laços com Institutos, Associações ou Instituições congêneres em qualquer parte do mundo para desenvolver e intercambiar experiências e conhecimentos;
- d) promover e participar de eventos sócio-culturais visando o conagraçamento e a difusão do IBDMH;
- e) editar, promover, participar, cooperar com a edição ou publicação de livros e periódicos objetivando o debate científico nestas áreas de conhecimento;
- f) atuar junto a órgãos e entidades estatais, com a finalidade de sugerir e propor o aperfeiçoamento do direito militar e humanitário;
- g) atuar junto a órgãos públicos e privados e entidades governamentais e não-governamentais, nacionais ou estrangeiras, bem como a organizações internacionais, com a finalidade de participar, sugerir e propor medidas para a defesa e o aperfeiçoamento do direito militar e humanitário;
- h) apoiar, promover, coordenar e participar da elaboração e/ ou difusão de projetos, pesquisas do direito militar e humanitário, nos campos jurídico, político, estratégico e sociológico.

Diante o prestígio do Ministério Público Militar, crê-se que esse Instituto prestará grande serviço à implementação do DIH no Brasil, trabalhando com civis e militares.

Em suma, apesar de a Cruz Vermelha Nacional ser bastante antiga, a sociedade brasileira não se institucionalizou em torno do DIH, sendo a criação recente do IBDMH uma esperança de alteração de rumos

4.2. Organismos governamentais

Com exceção das Comissões Interministeriais sobre Armas Químicas e sobre exportação de bens sensíveis, nada há sobre o direito internacional humanitário voltado à política interna brasileira. Ressalvas ao sistema de defesa civil que, como vimos, não tem trabalhado com o DIH, porém potencialmente poderá ser extremamente útil, conforme já referido no item 2.7, o Sistema Nacional de Defesa Civil e a SEDEC. No que diz respeito às relações internacionais, a temática é trabalhada nas divisões de desarmamento e de organismos internacionais do Ministério das Relações Internacionais.

Recomenda-se a criação pelo Executivo Federal de, além do já existente sobre armas, um órgão nacional interministerial e interinstitucional específico para promover e coordenar a aplicação e implementação do direito internacional humanitário no Brasil, cumprindo com as promessas feitas no cenário internacional por agentes públicos.

Capítulo 5. Difusão do direito internacional humanitário e institucionalização de seu ensino no Brasil

5.1. Medidas oficiais de difusão do direito internacional humanitário

Não há leis, regulamentos, tampouco diretrizes administrativas que se refiram à difusão das normas dos tratados de direito internacional humanitário para as forças armadas em geral, forças policiais e sociedade civil. Tal fato já foi reconhecido oficialmente pelo Brasil⁶⁴. Ressalva-se o trabalho do Comitê Internacional da Cruz Vermelha junto às três forças⁶⁵. Atualmente, a Marinha, a Aeronáutica e o Exército já mantêm cursos regulares na formação de oficiais (principalmente mediante a Escola Naval de Guerra, a Escola Superior para Oficiais da Força Aérea e o Comando de Operações Terrestres do Exército). Contudo, essa sensibilização deu-se na segunda metade da década de noventa e muitos quadros não receberam nenhuma instrução sobre o DIH, não esquecendo que membros inferiores das forças ainda hoje não são instruídos.

5.2. Especialização, formação profissional e universitária em direito internacional humanitário

Não há especialização exclusiva de direito internacional humanitário no Brasil, tampouco há contemplação dessa disciplina de forma autônoma em cursos de graduação de direito ou de outra formação, com raras exceções (e. g., Curso de Relações Internacionais do Centro Universitário de Brasília). Há trabalhos isolados, feitos de acordo com vocações individuais. Por via de consequência, poucas pessoas na sociedade civil conhecem o DIH: alguns acadêmicos, consultores do Ministério das Relações Exteriores e poucos membros do Ministério Público.

Recomenda-se preparar especialistas em direito internacional humanitário em todas as Forças e divulgá-lo para forças policiais e sociedade civil (em especial para autoridades jurídicas, sanitárias e para jornalistas). Sobre esse propósito, além do já feito pelo CICV,

⁶⁴ Ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **La Protección de la Persona en Situaciones de Emergencia**. San José, C.R.: IIDH, 1996, 246-7.

⁶⁵ Ver o citado artigo de Antonio Ruy de Almeida da Silva.

importante seria acionar o Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário, criado em abril do ano passado. Lembre-se que há obrigações nos tratados ratificados pelo Brasil sobre o dever de difusão do DIH (ver, por exemplo, os artigos 47 da G.I., art. 48 da G.II, art. 127 da G.III e art. 144 da G.IV). Aconselha-se também divulgar o direito internacional humanitário em todas os graus de ensino militar e da preparação das forças públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Formula-se a seguir recomendações sobre as medidas a tomar para o cumprimento das obrigações internacionais, no âmbito da aplicação nacional do direito internacional humanitário.

Recomendações

- ➡ Recomenda-se que o Brasil ratifique o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados e o Segundo Protocolo relativo à Convenção para a proteção dos bens culturais em caso de conflitos armados.
- ➡ Recomenda-se que se admita de forma eficaz, permanente e consoante com o art. 5º, §2º, da CF, a inserção dos tratados de direito internacional humanitário ratificados pelo Brasil. Para tanto, necessita-se sensibilizar os operadores jurídicos.
- ➡ Recomenda-se definir em termos normativos quais seriam as restrições e suspensões de direitos fundamentais possíveis ou não no Estado de Sítio, decretado em caso de declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (inc. II do art. 137 da CF), tornando clara a dimensão dessa situação de emergência e adequando o ordenamento interno aos tratados ratificados pelo Brasil, em especial a CADH, o PIDCP e o Protocolo I.
- ➡ Recomenda-se a definição legislativa do que seriam “delitos sumamente graves de caráter militar”, a fim de restringir a possibilidade de aplicação da pena de morte, de acordo com os compromissos internacionais.
- ➡ Recomenda-se a criação de nova lei sobre os emblemas protegidos pelo direito internacional humanitário, regulamentando o uso, prevenindo e sancionando os abusos e determinando as autoridades competentes para autorizar o uso daqueles.
- ➡ Incorporar os crimes previstos nos tratados de direito internacional humanitário ratificados pelo Brasil. Além do quadro comparativo exposto nesse estudo, tem-se o art. 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, aprovado em Roma no dia 17 de julho de 1998, como um bom guia. Esse artigo resume o consenso internacional sobre a

tipificação dos crimes de guerra, sem contudo esgotar as responsabilidades brasileiras de repressão na matéria, principalmente a respeito do art. 85 do Protocolo I e dos tratados sobre o banimento de determinadas armas (e. g., químicas, biológicas e minas antipessoais). Ademais, deve-se relevar que a forma como são definidos estes crimes no TPI podem não estar adequados à maneira de tipificação interna. Os crimes previstos nesse Estatuto estão detalhados na forma de *Elements of Crime* que, de acordo com o artigo 9 do Estatuto, ajudarão o TPI a interpretar e aplicar os artigos que definem crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. Esse esforço foi concretizado pela Comissão Preparatória do TPI que, entre outras funções, definirá o crime de agressão. Esta definição também terá repercussão na legislação penal dos direitos internos. Assim, além de incorporar o previsto no Estatuto do TPI, recomenda-se detalhar tais crimes de acordo com nossa tradição jurídica e preencher normas penais em branco (e.g., art. 8º, §2, b, xx), ambas tarefas respeitando o direito internacional humanitário. Importa também salientar a necessidade de reprimir as violações ao direito internacional humanitário não só na legislação militar, mas também na legislação comum, já que os civis também podem cometer tais crimes, como demonstram conflitos recentes. Recomenda-se também a redução das condicionantes ao exercício da competência universal para apenas o fato de estar o agente em local sob jurisdição brasileira, nos termos da Lei nº 9.455/97 (sobre a tortura) e do art. 7º, inc. I, alínea *d*, do CP, sobre o genocídio.

- ➡ Recomenda-se que, a fim de reprimir penalmente as violações às normas do direito internacional humanitário, os códigos penais façam referência às quatro Convenções de Genebra de 1949 e aos Protocolos I e II de 1977 quanto à definição de conflito armado de caráter internacional e não-internacional. Importante é diferenciar a aplicação do direito internacional humanitário e as normas penais correlatas das obrigações constitucionais de declaração de guerra e de mobilização nacional.
- ➡ Remeter a definição penal de **combatente**, de **civil** e de **prisioneiros de guerra** às quatro Convenções de Genebra de 1949 e aos Protocolos I e II de 1977.
- ➡ Por sua vez, o crime por espionagem deveria ser redefinido pelas orientações do direito internacional humanitário. Nem toda pessoa que, em segredo ou sob identidade falsa, busca ou colheu informações com intenção de comunicar ao inimigo comete um crime ou perde a condição

de prisioneiro de guerra segundo o direito internacional humanitário. De acordo com o DIH, o espião preso em flagrante perde a condição de prisioneiro de guerra, mas o que foi capturado depois de juntar-se às forças armadas a que pertence é um prisioneiro de guerra. Da mesma forma, deve ser considerado prisioneiro de guerra o membro das forças armadas, de uma Parte em conflito, que residir em um território ocupado por uma Parte adversa e não for capturado enquanto se dedica a atividades de espionagem. Esse indivíduo, inclusive, só será considerado como espião se proceder sob pretextos falsos ou de maneira deliberadamente clandestina. Igualmente não será considerado espião o membro de forças armadas que estiver identificado como tal.

- ➔ Acabar com os tipos penais que envolvam o dever de fidelidade do inimigo ou de estrangeiros, como a traição imprópria e a evasão.
- ➔ Recomenda-se a reforma dos códigos processuais penais e as normas pertinentes a estrangeiros, em relação aos crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, a fim de: A. considerá-los como imprescritíveis; B. afastar qualquer tipo de imunidade e proibir anistias para quem os comete; C. impedir a defesa de invocar obediência a ordens superiores para quem os comete, salvo para atenuar a pena; D. consagrar o princípio *aut dedere aut judicare*, que envolve o dever de julgar ou de extraditar quando envolver esses tipos de crimes.
- ➔ Recomenda-se a adaptação dos manuais militares a respeito de pessoas detidas e pessoas e bens protegidos em época de conflitos armados, nos termos do DIH, capacitando os efetivos de acordo com tais normas e apontando estruturas de suporte em caso de conflito armado.
- ➔ Recomenda-se explicitar as funções do Ministério Público, em caso de conflito armado, definindo-o como a instituição que zelar pelos direitos das pessoas protegidas pelo direito internacional humanitário, em especial pessoas detidas, crianças, mulheres, refugiados, jornalistas e missões médicas. Sobre tais pessoas, também se aconselha estabelecer regulamento interno especial.
- ➔ Recomenda-se regulamentar a identificação, definição, localização correta e proteção dos bens e locais protegidos pelos tratados humanitários, mediante os sistemas nacionais de defesa civil em conjunto com os Ministérios interessados.

- ➡ Atentar as forças armadas sobre a localização dos objetivos militares, no sentido dado pelo DIH.
- ➡ Aprovar e sancionar os projetos de lei sobre minas terrestres e sobre armas químicas.
- ➡ Adaptar todos os códigos de condução de hostilidades de acordo com o DIH.
- ➡ Estabelecer regulamento definitivo sobre responsabilidades civis em conflito armado.
- ➡ Além da ordem direta de superior hierárquico, recomenda-se associar a responsabilidade do comando por não ter exercido apropriadamente o controle sobre as forças quando:
 1. Aquele comandante militar ou pessoa sabia ou, em razão das circunstâncias do momento, deveria saber que as forças estavam cometendo ou pretendiam cometer tais crimes; e
 2. Aquele comandante militar ou pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua perpetração ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução.
- ➡ Institucionalizar as assessorias jurídicas em DIH, lembrando-se que há obrigações nos tratados ratificados pelo Brasil sobre o dever de manter assessorias jurídicas especializadas no tema, nos setores jurídicos das três forças.
- ➡ Fomentar a criação pelo Executivo Federal de, além do já existente sobre armas, um órgão nacional interministerial e interinstitucional específico para promover e coordenar a aplicação do direito internacional humanitário no Brasil, cumprindo com as promessas feitas no cenário internacional por agentes públicos.
- ➡ Preparar especialistas em direito internacional humanitário em todas as Forças e divulgá-lo para forças policiais e sociedade civil (em especial para autoridades jurídicas, sanitárias e para jornalistas). Sobre este propósito, além do já feito pelo CICV, importante seria acionar o Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário, criado em abril do

ano passado. Lembre-se que há obrigações nos tratados ratificados pelo Brasil sobre o dever de difusão do DIH (ver, por exemplo, os artigos 47 da G.I., art. 48 da G.II, art. 127 da G.III e art. 144 da G.IV). E divulgar o direito internacional humanitário em todas os graus de ensino militar e da preparação das forças públicas.

ANEXO – INDAGAÇÕES POR CAPÍTULO

O Capítulo 1 pretendeu responder as seguintes perguntas:

- Lista de tratados com informações sobre os decretos de aprovação e ratificação; informações sobre eventuais gestões para adesão de tratados.
- Qual é a posição do direito internacional com respeito ao direito nacional; quais são os princípios aplicáveis à relação entre o direito internacional e o direito nacional; quais são as formas de incorporação dos tratados internacionais no aparato jurídico nacional (é por decreto, devem ser publicados na gazeta oficial e qual seu efeito).
- A repressão das violações contra o direito internacional humanitário tem sido integrada no código penal ordinário, no código penal militar, em ambos instrumentos, ou em uma lei especial?
- Qual tem sido a formulação na lei nacional? (transcrição das definições contidas nos instrumentos internacionais, reformulação dos atos incriminados, cláusula geral de reenvio ao direito internacional?)
- Acorda o direito nacional com uma competência jurisdicional extraterritorial com respeito a estas violações? Para todas ou parte delas? Essa competência é universal, universal territorial (exige a presença do acusado no território nacional), se funda ela sobre o princípio da personalidade ativa ou passiva ou sobre o princípio do interesse superior do Estado?

O Capítulo 2 pretendeu responder as seguintes perguntas:

- Quais são os artigos da CF não derogáveis em situações de exceção? Há leis específicas que regulam as situações de exceção? Existem normas que se referem especificamente a situações de conflito armado?
- Há uma lei ou outro tipo de normas que regula o uso dos emblemas? Em caso afirmativo, se conforma com as Convenções de Genebra e seus Protocolos?
- Legislação penal comum e militar em relação à sanção das violações do direito internacional humanitário. Estão sancionados as infrações graves das Convenções (art. 49, 50, 129, 146, respectivamente) ou do Protocolo I (art. 11, 85 e 86)? E as outras violações de conflito armado internacional ou de índole não internacional? E as presentes nas Convenções de Haia de 1899 e 1907, convenção sobre a proteção de bens culturais de 54, as convenções sobre armas de 72, 80, 83? Quais os mecanismos de sanção? Há adequação das normas e mecanismos vigentes com as exigências dos tratados de direito internacional humanitário?
- O que está previsto para garantir o respeito das garantias fundamentais e de procedimento penal a respeito das pessoas detidas em relação com o conflito armado e em caso de sanção das violações ao direitos internacional humanitário?
- Há normas para a identificação, definição e proteção das pessoas que se beneficiam de um estatuto especial reconhecido pelas Convenções de Genebra e seus Protocolos adicionais e, em caso afirmativo, o que estabelecem a respeito de (a) combatentes, (b) prisioneiros de guerra e internados civis, (c) pessoal da saúde e religiosos (carteiras de identidade)?
- Há normas especiais para proteção especial, em tempo de conflito armado, para crianças, mulheres, refugiados, jornalistas, missão médica?

- Há normas para identificação, definição, localização correta e proteção dos bens e dos locais protegidos pelos tratados humanitários, como (a) unidades e meios de transporte sanitário (inclui aeronaves e navios) e hospitais, (b) bens culturais e locais de culto. (c) zonas neutralizadas, de segurança, desmilitarizada, (d) obras e instalações que contêm forças perigosas?
- Existem normas ou regulamentos que impeçam a localização de objetivos militares próximo de centros urbanos?
- Existem normas nacionais de aplicação dos tratados sobre limitação de armas, em particular minas antipessoais?
- Em matéria de direito internacional humanitário, qual é o órgão competente para iniciar o processo penal? Estão as autoridades legalmente obrigadas a acusar ou estão habilitadas para decidir sobre a oportunidade da acusação? Estão as vítimas destas violações capacitadas para abrir a ação pública (queixa, denúncia, citação direta ante juízo)? Quais são as autoridades competentes para conhecer neste tipo de ação (jurisdição civil, militar, federal ou regional, jurisdição especial)? Diferem estas jurisdições dependendo que o acusado seja civil ou militar? Quais são as características destas jurisdições? Existe um procedimento de exceção nesta matéria ou é o procedimento penal ordinário que se aplica? As regras de procedimento aplicáveis possuem características particulares (audiências de portas fechadas, tipos de recurso..)? São estas violações imprescritíveis?
- Descrever o funcionamento do sistema nacional de repressão das violações contra o direito internacional humanitário e suas modalidades (casos de aplicação, jurisprudência). Como avaliar o sistema nacional de repressão? Quais são as vantagens e desvantagens? Sobre a base de que argumentos ou fatores esse sistema tem sido adotado?

O Capítulo 3 pretendeu responder as seguintes perguntas:

- O que prevêm os regulamentos e manuais militares vigentes sobre o comportamento dos membros das forças armadas durante o combate e a condução das hostilidades, em especial sobre pessoas fora de combate e responsabilidade por atos contrários ao direito internacional humanitário? Sobre os deveres e a responsabilidade dos chefes militares? Há uma definição das forças militares e das pessoas que a compõem?
- Dispõem as forças armadas de assessores jurídicos?
- Há referências ao direito internacional humanitário nos regulamentos das forças públicas e policiais?

O Capítulo 4 pretendeu responder as seguintes perguntas:

- Quais são os mecanismos para aplicação do direito internacional humanitário: criação e regulamento de uma Sociedade Nacional da Cruz Vermelha, outras sociedades de assistência voluntárias e de socorro, organização para a proteção civil, escritório nacional de informação?
- Existe algum órgão nacional interministerial ou interinstitucional específico para promover e coordenar a aplicação do direito internacional humanitário no plano nacional? Existe algum mecanismo a nível nacional que permita examinar no estudo, desenvolvimento e na aquisição de novas armas se sua utilização é admitida pelo direito internacional?

O Capítulo 5 pretendeu responder as seguintes perguntas:

- ➡ Há leis, regulamentos ou diretrizes administrativas que se refiram à difusão das normas dos tratados de direito internacional humanitário, em particular em forças armadas, forças policiais e sociedade civil?
- ➡ Há pessoas especialistas em DIH entre as autoridades civis?