

ESCOLA DE GUERRA NAVAL

CEL (EB) CARLOS FREDERICO GOMES CINELLI

EM BUSCA DE UMA PAZ DURADOURA:
O Direito Internacional dos Conflitos Armados como diferencial estratégico
para a estabilização pós-conflito assimétrico

Rio de Janeiro

2017

CEL (EB) CARLOS FREDERICO GOMES CINELLI

EM BUSCA DE UMA PAZ DURADOURA:
O Direito Internacional dos Conflitos Armados como diferencial estratégico
para a estabilização pós-conflito assimétrico

Tese apresentada à Escola de Guerra Naval, como
requisito parcial para a conclusão do Curso de
Política e Estratégia Marítimas.

Orientador: CMG FN (RM1) Wagner da Silva Reis

Rio de Janeiro

Escola de Guerra Naval

2017

À *Walkiria* que recolheu, do campo de batalha da vida, o corpo de um certo heroico soldado morto, um *Einherjar*, e o conduziu à presença de *Odin*, magicamente curando-lhe os ferimentos e regalando-o em banquetes até que fosse chegada a hora de ele retornar à luta, tal como na mitologia nórdica.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me ter concedido a saúde e o equilíbrio necessários para superar mais este desafio.

Ao Exército Brasileiro, por me ter permitido chegar até aqui.

À Marinha do Brasil, e em particular à Escola de Guerra Naval, pela acolhida fraterna e profissional.

Ao meu orientador, CMG-FN Wagner, pelo profissionalismo, segura orientação e camaradagem com que conduziu a construção deste trabalho.

Aos colegas do C-PEM, pela rica convivência e pela troca de experiências ao longo de vários meses de “fainas” variadas, muitas das quais inéditas para este soldado de Infantaria.

Ao amigo Gabriel Pablo Valladares, Assessor Jurídico do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, pela indicação de sólida bibliografia e pelo permanente entusiasmo com que sempre estimula minha caminhada pelos meandros do DICA/DIH.

À Dr^a Najla Nassif Palma, Promotora do Ministério Público Militar, colega de jornadas acadêmicas e parceira de iniciativas no empolgante universo do DICA/DI, pelos diálogos sempre produtivos.

Ao estimado Prof. Tarciso Dal Maso, Consultor Jurídico do Senado Federal e mestre em várias etapas de minha jornada acadêmica, pela demonstração de apreço, paciência e humildade na concessão da entrevista aqui registrada.

“Fazemos a guerra para poder viver em paz”.

Aristóteles
(*Ética a Nicômaco*, Livro X)

RESUMO

Trabalho que analisa o papel exercido pela aplicação do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA ou Direito Internacional Humanitário, DIH) aos atores não estatais envolvidos em conflitos armados de natureza assimétrica, em especial o reconhecimento do *status* de beligerância legal *vis-à-vis* as condutas em combate compatíveis com as leis e costumes da guerra. Num primeiro momento faz uma revisão da evolução das normas codificadas destinadas à regulação dos combatentes irregulares, concluindo que esta ocorreu mais como um subproduto indesejável do que como um instrumento deliberadamente regulatório, dado o modo de guerrear repudiado, e cujo manejo ineficaz e errático pelas partes estatais acabou por infligir duras penalidades à população civil. Em seguida define conceitualmente o fenômeno da assimetria em combate, correlacionando-a com a tipologia jurídica dos conflitos armados (internacionais e não internacionais), de modo a caracterizar as formas mais comuns de assimetria (doutrinária, normativa, de participantes, tecnológica e moral/ética) e a influência exercida por cada uma delas na regulação das hostilidades, concluindo que tanto o fenômeno da beligerância irregular quanto o dos atores não estatais têm ocorrência diversa da categorização jurídica tradicional, embora tenha prevalência no escopo dos conflitos armados não internacionais (e transnacionais), não por acaso os de maior frequência hodiernamente. Conclui demonstrando que atribuir *status* de beligerância legal a atores não estatais, em consonância com o DICA, em combinação com outros instrumentos tradicionais, e de acordo com os enfoques de relações internacionais (realista, liberal/institucionalista e construtivista), pode representar importante incremento de sustentabilidade ao processo de paz e reconstrução das estruturas políticas e sociais afetadas pelo conflito. Demonstra também que os extremos apontados por alguns autores (de um lado, negar qualquer benefício de beligerância, tratando os irregulares como “combatentes inimigos ilegais” e lançando-os num vazio jurídico; de outro, conceder anistias generalizadas, por simples participação nas hostilidades), pode vir a solapar o processo, com inerente risco de indesejável reversão. Adicionalmente, reconhece o potencial da participação de mulheres nas tratativas de paz.

Palavras-chave: conflito armado; direito internacional; guerra assimétrica; estabilização; Convenções de Genebra; grupo armado organizado; ator não estatal

ABSTRACT

This paper analyzes the role played by the application of International Law of Armed Conflicts (LOAC or International Humanitarian Law, IHL) to non-state actors involved in armed conflicts of an asymmetrical nature, in particular the recognition of the status of legal belligerence *vis-à-vis* the conduct in accordance with the laws and customs of war. It first reviews the evolution of codified norms for the regulation of irregular combatants, concluding that it has occurred more as an undesirable product than as a deliberately regulatory instrument, given the repudiated mode of warfare, and whose ineffective and erratic handling by the state parties has inflicted harsh penalties on the civilian population. It then defines conceptually the phenomenon of asymmetry in combat, correlating it with the legal typology of armed conflicts (international and non-international), in order to characterize the most common forms of asymmetry (doctrinal, normative, participants, technological and moral/ethical) and their influence on the regulation of hostilities, concluding that both the phenomenon of irregular belligerency and the phenomenon of non-state actors have a different occurrence from the traditional legal categorization, although it is prevalent in the scope of non-international (and transnational) armed conflicts, not by chance those of greater frequency nowadays. It concludes by demonstrating that attributing legal belligerency status to non-state actors, in line with the DICA, in combination with other traditional instruments, and in accordance with international relations approaches (realistic, liberal/institutionalism and constructivist), may represent a significant increase in sustainability of the peace process and reconstruction of the political and social structures affected by the conflict. It also demonstrates that the extremes pointed out by some authors (on the one hand, denying any benefit of belligerence, treating the irregular as “illegal enemy combatants” and throwing them into a legal vacuum; on the other, granting generalized amnesties for simple participation in hostilities), may undermine the process, with an inherent risk of undesirable reversal. Additionally, it acknowledges the potential of women's participation in peace negotiations.

Key words: armed conflict; international law; asymmetric warfare; stabilization; Geneva Conventions; organized armed group; non-state actor

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Esquema das classes e subclasses de inimigos segundo o Código Lieber.....	22
Figura 2 – Arcabouço jurídico do DICA em conflitos armados internacionais e não internacionais.....	36
Figura 3 – Categorias mutuamente excludentes de atores em conflitos armados.....	38
Figura 4 – Estrutura do processo de estabilização de um “Estado falido”.....	66

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – As seis categorias de guerrilheiros e a licitude de beligerância, segundo Francis Lieber.....	19
Quadro 2 – Fatores e indicadores característicos de um nível mínimo de organização das partes em um CANI.....	46

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CAI	Conflito Armado Internacional
CANI	Conflito Armado Não Internacional
CG I	1ª Convenção de Genebra de 1949
CG II	2ª Convenção de Genebra de 1949
CG III	3ª Convenção de Genebra de 1949
CG IV	4ª Convenção de Genebra de 1949
CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CMP	Companhias Militares Privadas
DICA	Direito Internacional dos Conflitos Armados
DIH	Direito Internacional Humanitário
ER	Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional
H.IV	4ª Convenção da Haia de 1907
ISIS	Estado Islâmico (grupo terrorista)
MD	Ministério da Defesa
NR	Nota de Rodapé
OEA	Organização dos Estados Americanos
OBE	Operações Baseadas em Efeitos
ONU	Organização das Nações Unidas
PA I	Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949
PA II	Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949
TTP	Técnicas, Táticas e Procedimentos
TPII	Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO <i>STATUS</i> JURÍDICO DOS ATORES NÃO ESTATAIS EM CONFLITOS ARMADOS.....	17
2.1	A Guerra Civil Americana (1861-65) e o Código Lieber (1863).....	17
2.2	A Guerra Franco-Prussiana (1870-71), a Declaração de Bruxelas (1874) e o Manual de Oxford (1880).....	24
2.3	Em busca da paz perpétua kantiana: a Convenção da Haia (1907).....	30
2.4	As lições da 2ª Guerra Mundial e as Convenções de Genebra de 1949.....	33
2.5	A fragmentação dos impérios coloniais e os Protocolos Adicionais de 1977....	35
3	CONFLITOS ASSIMÉTRICOS E MORALIDADE SUBJACENTE.....	40
3.1	Conflitos armados assimétricos: um esforço conceitual.....	40
3.1.1	Assimetria tecnológica.....	49
3.1.2	Assimetria doutrinária.....	52
3.1.3	Assimetria normativa.....	53
3.1.4	Assimetria de participantes/atores.....	55
3.2	Assimetria moral e <i>jus in bello</i>	58
4	PRIVILÉGIOS DE IMUNIDADE E BELIGERÂNCIA LEGAL NAS ESTRATÉGIAS DE RECONCILIAÇÃO PÓS-CONFLITO.....	65
5	CONCLUSÃO.....	78
	REFERÊNCIAS.....	84
	GLOSSÁRIO.....	90
	APÊNDICES E ANEXOS.....	97

1 INTRODUÇÃO

O arcabouço normativo que busca regular as leis e os costumes da guerra, bem como proteger pessoas e bens que não devam ser afetados pelos efeitos das hostilidades, sempre procurou acompanhar a evolução da arte de combater, sobretudo suas técnicas, táticas e procedimentos (TTP). Embora nascido do espírito humanitário protetivo, o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) possui uma acepção realística significativa, que não desconsidera a guerra como parte da condição humana e de seus processos de interação social. Esse pragmatismo doutrinário e normativo-filosófico é, precisamente, uma das razões que o permitem – embora longe da eficácia e dos resultados ideais – manter os comportamentos no campo de batalha dentro de certos limites de razoabilidade, prevenindo a barbárie sistemática que, de outro modo, provavelmente seria a tônica dos enfrentamentos.

O Brasil possui um alinhamento histórico com os preceitos internacionais relativos ao Direito Internacional dos Conflitos Armados, tendo ratificado a quase totalidade de todos os tratados que regulam a matéria.¹ Desde os primórdios de sua concepção, ainda em meados do século XIX, o DICA foi sendo positivado com base num paradigma de atendimento às necessidades regulatórias e protetivas de uma guerra travada entre Estados-nação, ou seja, dentro de um pressuposto de relativa simetria entre os confrontantes. Somente com a vigência, em 1998, do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, é que a possibilidade de cometimento de crimes de guerra por parte de atores não estatais inseriu-se no ordenamento jurídico positivo,² e ainda assim o fez a partir da jurisprudência emanada do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Entretanto, embora historicamente não haja, nos textos codificados, expressas preocupações em relação às condutas dos atores não

¹ Jardim, T. D. (2006). Para a íntegra de entrevista com o célebre professor e consultor jurídico do Senado Federal acerca do tema deste trabalho, ver Apêndice A.

² Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, artigo 8º, §2º, “e”

estatais³ – muito menos a sua conceituação, exceto por negação – um olhar pragmático sobre essa evolução normativa indica que DICA não foi exclusivamente concebido tendo em vista a guerra interestatal simétrica.⁴ Pelo contrário, pode ter-se valido das preocupações e contratempos representados pelos irregulares para justamente avançar estágios em sua contínua marcha legiferante.

Tanto nos conflitos armados internacionais (CAI) como nos não internacionais (CANI), todas as partes devem cumprir as normas do Direito Internacional dos Conflitos Armados, também denominado Direito Internacional Humanitário (DIH). CAI e CANI são as duas categorias utilizadas para se determinar, regra geral, o *status* do conflito e o consequente corpo de normas a ele aplicáveis, não tendo necessariamente relação com o grau de simetria relativa entre os contendores. Os conflitos internacionais são aqueles em que dois ou mais Estados entraram em conflito mediante o emprego de armas e também aqueles nos quais o povo se insurgiu contra um poder colonial, uma ocupação estrangeira ou um regime racista.⁵ Já os conflitos armados não internacionais respondem juridicamente pelos demais casos.

Nesse sentido, embora a confrontação presente num conflito de caráter assimétrico seja, em geral, a de um ator estatal poderoso em face de um adversário mais fraco e menos capaz militarmente, essa contenda poderá estar indistintamente situada numa ou noutra categoria jurídica. O termo *assimétrico* pode, na verdade, ser empregado em diferentes sentidos, sendo o mais comum o que designa a luta entre forças desiguais,⁶ notadamente em termos dos meios e métodos de combate utilizados, o que constituiria uma assimetria tecnológica.⁷ De um lado, o Estado e suas forças armadas; de outro, os atores não estatais.

³ N. do A.: para nossos fins empregaremos, quando verbete mais específico não for necessário, o termo *ator não estatal (non state actor)* como melhor denomina a doutrina internacional, ou seja, podendo indistintamente caracterizar, por exemplo, *combatentes irregulares, insurgentes, irregulares, guerrilheiros, milicianos, rebeldes, terroristas, bandoleiros, grupos armados organizados, piratas e mercenários*. Distinções conceituais serão feitas quando requeridas, sobretudo quanto à licitude dos meios e métodos de combate empregados, alguns deles flagrantemente intoleráveis segundo os usos e costumes da guerra, como por exemplo os atos terroristas em suas diversas variantes.

⁴ SCHEIPERS, 2015, p. 31

⁵ PAI artigo 1º, 4

⁶ Pereira, 2016

⁷ Schmitt, 2008

Mas essa assimetria também poderá ocorrer – e frequentemente ocorrerá – em decorrência de desníveis doutrinário, normativo, moral ou de participantes.

As posturas sobre o tratamento jurídico que se deve dar aos atores não estatais são, em geral, de duas ordens opostas.⁸ De um lado estão os que consideram a legislação internacional atual insuficiente e, portanto, defendem uma expansão normativa para lidar adequadamente com esses combatentes irregulares.⁹ No outro extremo estão os que proclamam a inaplicabilidade do DICA a essa espécie de ator no campo de batalha, tornando-o um pária desprovido sequer de um núcleo mínimo de garantias fundamentais.

Desse modo, a problematização desta pesquisa foi construída sobre a hipótese de que a aplicação benéfica do Direito Internacional dos Conflitos Armados a atores não estatais, no contexto regulatório das hostilidades em um conflito armado assimétrico, pode influenciar estrategicamente o respectivo processo de estabilização pós-conflito, impactando favoravelmente a sua sustentabilidade. Para tanto, no Capítulo 2 buscou-se revisar a evolução histórica dos marcos legais e do arcabouço consuetudinário aplicáveis ao comportamento em combate dos atores não estatais. O Capítulo 3 apresenta reflexões sobre questões de assimetria – sobretudo as ético-normativas – associadas aos conflitos armados, não sem antes procurar situar esses conflitos na tipologia jurídico-doutrinária. O Capítulo 4 brevemente caracteriza a fase de estabilização pós-conflito armado e apresenta considerações sobre a influência do adequado manejo do DICA nessa etapa – em especial o *status* jurídico e contrapartidas aplicáveis aos atores não estatais –, bem como flerta com as perspectivas de contribuição estratégica desse procedimento ao estado final desejado. Por fim, considerações à guisa de conclusão são delineadas no Capítulo 5.

⁸ Scheipers, 2015

⁹ N. do A.: o termo *irregular* – assim como o termo *ator não estatal* – não representa um *status* jurídico do DICA. O uso mais recorrente em sede de conflitos armados é no sentido de referir-se a *irregulares* como todos os que, mesmo tomando parte nas hostilidades, não integram forças armadas estatais (*regulares*). Daí o consagrado emprego de *irregular* como equivalente a *não estatal*. Em termos de tipologia dos conflitos armados, poderá haver *irregulares* não somente em CANI (embora seja a ocorrência o mais comum), mas também em CAI, haja vista não apenas os CAI englobarem alguns tipos de conflitos típicos de ambientes assimétricos (contra colonização, ocupação estrangeira ou regimes racistas), mas também pelo fato de as próprias forças armadas estatais eventualmente enquadrarem grupos armados sob seu comando estatal. Há ainda a possibilidade de que esses grupos armados, num CAI, mesmo não estando sob o comando das forças armadas estatais, integrem as *forças armadas* (em sentido jurídico amplo) de uma das partes no conflito (um Estado).

O referencial teórico utilizado coincide com as bases filosófico-conceituais insculpidas na evolução do Direito Internacional dos Conflitos Armados como o conhecemos hoje, dialogando também com a tradição jurídica e diplomática brasileira, cuja atuação sempre buscou o ideal kantiano de respeito às instituições internacionais e ao indivíduo como pessoa de direitos. As bases teóricas para o processo de estabilização tiveram como lastro a doutrina militar conjunta estadunidense e a experiência da ONU, sem no entanto perder de vista a doutrina militar brasileira e seus fundamentos.

Em função da amplitude e da vasta abrangência do tema, o recorte do objeto foi delimitado à aplicação do DICA nas Expressões Militar e Psicossocial do Poder Nacional,¹⁰ estando excluídas do estudo análises aprofundadas do fenômeno do *terrorismo* como política ou como método de combate em si,¹¹ exceto naquilo que concerne às implicações do emprego de *atos de terror* no contexto da *guerrilha*, da *insurgência*, dos *conflitos armados transnacionais* e de seus congêneres assimétricos.

A influência estratégica da adequada aplicação do DICA em conflitos assimétricos enfatizou a fase de estabilização pós-conflito, compreendida aqui como a que tem seu início após a cessação das hostilidades,¹² sem considerar-se, por outro lado, o limite temporal oposto (o término da fase). No entanto, o diálogo conceitual com a doutrina e com a tipologia jurídica dos conflitos armados demandou abordar a sua natureza na integralidade, o que de outro modo obscureceria um olhar abrangente sobre a problemática.

Embora o objeto DICA seja transdisciplinar e seu estudo implique questionamentos epistemológicos diversos, não foram aprofundadas as correntes de direito internacional que influenciam a matéria, tais como a dualidade *voluntarismo* versus *objetivismo*.¹³ Do ponto de vista das subdivisões do DICA – *jus ad bellum* (ou o direito de recorrer à guerra) e *jus in bello*

¹⁰ Ver Glossário

¹¹ Ver Glossário

¹² Ver Glossário, sob o verbete *Estabilização*, na sua segunda acepção.

¹³ Segundo ACCIOLY (1982, p. 2), a teoria objetivista do direito internacional público repousa sobre o fundamento de que ele se impõe aos homens como regra normativa superior à sua vontade, ligada ao sentimento de justiça e, assim concebido, não depende da vontade arbitrária dos Estados (a qual, por sua vez, constitui as bases da teoria voluntarista ou da autolimitação).

(a conduta durante a guerra) – o trabalho ateve-se primordialmente ao segundo, que diz respeito diretamente ao comandante militar, optando-se por abordar eventuais questões do *jus ad bellum* apenas como moldura necessária à discussão.¹⁴

¹⁴ N. do A.: embora independentes, as duas vertentes são indissociáveis. “O primeiro tipo de julgamento de uma guerra é de natureza adjetiva: dizemos que uma guerra determinada é justa ou injusta. O segundo é de natureza adverbial: dizemos que a guerra é travada de modo justo ou de modo injusto. Escritores medievais tornaram a diferença uma questão de preposições, fazendo a distinção entre *jus ad bellum*, a justiça do guerrear, e *jus in bello*, a justiça no guerrear” (WALZER, 2003, p. 34) (grifos nossos).

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO *STATUS*¹⁵ JURÍDICO DOS ATORES NÃO ESTATAIS EM CONFLITOS ARMADOS

Ao longo de sua evolução normativa, a concepção atribuída pelo Direito Internacional Público aos diversos matizes de atores não estatais revestiu-se, em certo sentido, de uma condescendência tolerante. Qualquer que fosse a denominação a eles atribuída – combatentes irregulares, insurgentes, guerrilheiros, milicianos, rebeldes, bandoleiros, grupos armados organizados – a tendência foi a de que, embora indesejáveis em razão de sua intrínseca heterodoxia, fossem percebidos como inevitáveis desdobramentos de um cenário de correlação assimétrica de capacidades. Essa tácita aceitação de sua existência não foi, entretanto, capaz de atuar como indutora à construção de um arcabouço jurídico que fosse, ao mesmo tempo, suficientemente claro quanto à conceituação, e adequadamente delimitador do espectro de sua atuação lícita em cenários de conflitos armados. É o que se procura demonstrar neste Capítulo.

2.1 A Guerra Civil Americana (1861-65) e o Código Lieber (1863)

Em 1861, Francis Lieber, um professor de ciência política e jurisprudência da Universidade de Columbia (NY) preparou, em nome do presidente norte-americano Abraham Lincoln, um manual baseado na lei internacional.¹⁶ Se “as raízes das modernas leis da guerra repousam nos anos 1860”,¹⁷ o *Código Lieber* compõe, ao lado da Primeira Convenção de Genebra (1864)¹⁸ e da Declaração de São Petesburgo (1868),¹⁹ essa tríade originária.²⁰

¹⁵ N. do A.: para a conceituação jurídica de *estatuto/status*, ver Glossário.

¹⁶ GREENWOOD, 1995, p. 18

¹⁷ Carnahan, *apud* SOLIS, 2010, p. 39

¹⁸ Convenção para a Melhoria das Condições dos Feridos dos Exércitos em Campanha. “Ela marca o início do desenvolvimento do que viria mais tarde a ser conhecido como Direito de Genebra, ou seja, a vertente do DICA destinada à proteção sob o ponto de vista das vítimas dos conflitos armados: feridos, enfermos, náufragos, prisioneiros de guerra e civis” (GREENWOOD, 1995, p. 18;19).

¹⁹ Primeiro tratado internacional a banir um determinado artefato, no caso os projéteis explosivos e inflamáveis com peso menor que 400g.

²⁰ Para LIIVOJA (2015, p. 1164), o conjunto desses três tratados internacionais configura uma espécie de “mito original” do moderno direito de guerra.

O Código Lieber foi posto em prática pela primeira vez em 1863, durante a Guerra Civil Americana (1861 – 65).²¹ Ele é a origem daquilo que viria a ser conhecido como Direito da Haia, ou seja, a lei dos conflitos armados escrita a partir do ponto de vista do soldado, buscando regular não somente o comportamento das tropas no campo de batalha, mas também os meios e métodos considerados lícitos para o uso da força militar. O código do professor Lieber foi, na verdade, um aprofundamento do seu primeiro trabalho jurídico especificamente ligado aos usos e costumes da guerra, por sua vez confeccionado a pedido do comandante dos Exércitos da União, General Henry W. Halleck, cujo desejo era que fosse demonstrada juridicamente a ilicitude do *Partisan Ranger Act*, editado em 1862 pelo presidente confederado Jefferson Davis. Por meio de tal Ato, estimulava-se o recrutamento e a incorporação de irregulares ao Exército confederado, numa tentativa de compensar a carência dos efetivos militares sulistas. Poderiam ser concedidas comissões a oficiais para recrutar e formar batalhões, regimentos e companhias de *partisans* (guerrilheiros), que receberiam os mesmos uniformes, salários e alimentação dos soldados regulares, mas que, em contrapartida, teriam que se submeter aos mesmos regulamentos e medidas disciplinares.²²

Inquieto com o fato de que o *Partisan Ranger Act* representasse uma carta branca para que células guerrilheiras estivessem não só autorizadas, mas mesmo estimuladas a infiltrar e atuar à retaguarda de suas tropas,²³ o General Halleck solicitou a Lieber que elaborasse um documento que chancelasse o Ato como ilegal e contrário aos costumes da guerra.²⁴ Com isso,

²¹ Conflito de caráter não internacional, travado no território dos Estados Unidos da América, que opôs os estados do Norte (União) – abolicionistas – e os estados do Sul (Confederação) – escravagistas.

²² A propósito da etimologia de partição, nos ensina MELLO (1997, p. 212) que “a guerrilha é uma tática eminentemente política, como demonstra a sua denominação em língua francesa e alemã, que usam a mesma palavra ‘partisan’, originária de ‘partei’ (alemã) e ‘parti’ (francês), isto é, partido político”. O mesmo autor também menciona, Carl Schmitt, que observou que “guerrilheiro” significa, em alemão, “partidário”, alguém que segue um partido (*ibidem*). Nesse mesmo diapasão, SCHEIPERS (2015, p. 3) salienta que “Carl Schmitt, em sua Teoria do Partisão, caracteriza que a distinção entre o regular e o irregular é um dos mais básicos princípios organizacionais da guerra moderna: o partisão combate irregularmente. Mas a diferença entre guerra regular e irregular depende da precisão do regular e encontra sua antítese concreta – e, desse modo, seu conceito – somente nas modernas formas de organização que se originaram nas guerras da Revolução Francesa; para uma história completa do partisão, é importante reconhecer que o poder e a significância da sua irregularidade têm sido dependentes do poder e da significância da irregularidade que ele desafia”.

²³ SCHEIPERS, 2013, p. 26

²⁴ Escreveu o General a Lieber: “The rebel authorities claim the right to send men, in the garb of peaceful citizens, to waylay and attack our troops, to burn bridges and houses and to destroy property and persons within our lines” (SCHEIPERS, 2015, p. 10). “As autoridades rebeldes exigem o direito de enviar homens, em trajes de cidadãos pacíficos, para espionar e atacar nossas tropas, queimar pontes e casas e destruir propriedades e pessoas dentro de nosso território”. (tradução nossa)

uma vez capturados, eles seriam considerados beligerantes ilegais e poderiam ser executados.²⁵

Mas o documento confeccionado pelo jurista não somente produziu subcategorias de guerrilheiros, como tratou de legitimar algumas delas, contrariamente ao que desejava o comando militar da União. Em seu *Guerrilla Parties Considered with the Reference to the Laws and Usages of War*, um texto incisivo, entremeado por diversos exemplos retirados da História Militar, Francis Lieber dividiu os irregulares em seis categorias, atribuindo a duas delas uma chancela de beligerância lícita, conforme o Quadro 1:

CATEGORIA	LICITUDE DE BELIGERÂNCIA ²⁶
<i>Freebooter</i> (pirata; corsário)	NÃO “São nada menos do que ladrões armados do tipo criminoso mais perigoso, perambulando juntos com o propósito de espoliar e proteger uns aos outros”. (p. 42)
<i>Brigand</i> (bandoleiro: soldado que se separa da tropa para roubar ou cometer outros atos criminosos; comandante que age contra o inimigo sem ordens superiores ou contrariamente a elas)	NÃO “Sua punição, mesmo se infligida por suas próprias autoridades, é a morte”. (p. 42)
<i>Partisan</i> e <i>Free-corps</i> (partisans e corpos de voluntários: são os guerrilheiros <i>stricto sensu</i> ; a diferença é que o partião é parte do exército, e age separado dele, na retaguarda e nos flancos do inimigo, além das linhas de comunicação, enquanto o integrante do corpo de voluntários não pertence ao exército regular, consistindo de indivíduos autorizados pelo governo, mas não incorporados, e portanto não constantes da ordem de batalha) ²⁷	SIM “Não há nada de inerentemente ilegal ou de bandoleiro no caráter dos corpos de voluntários; em muitos casos são compostos por grandes patriotas” (p. 44)
<i>Spy</i> ; <i>Rebel</i> ; <i>Conspirator</i> (espião; rebelde; conspirador: são as pessoas que, pertencendo à população do território ou distrito ocupado pela força hostil, passam informações às autoridades da parte cujo território encontra-se sob ocupação militar) ²⁸	NÃO “Os mais patrióticos motivos não devem proteger esse tipo de pessoa da condenação por ser um espião”. (p. 44)
<i>War-rebel</i> (em tradução livre, rebelde de guerra: hodiernamente, seria o integrante de um movimento de resistência organizado, atuando dentro de um território ocupado) ²⁹	NÃO “Devem ser tratados com o extremo rigor das leis militares, ou seja, como bandoleiros, e executados”. (p. 45; 46)
<i>Rising en masse</i> (levante em massa; “os camponeses em armas”: na concepção atual, são membros da população de um território não ocupado que pega espontaneamente em armas, ainda que sem organização, para combater o invasor à sua aproximação) ³⁰	SIM “O levante de pessoas para repelir uma invasão assegure-lhes o direito aos plenos benefícios das leis da guerra. A ausência de uniforme não modifica isso, pois é uma questão de impossibilidade, mas desde que isso não seja para esconder-se ou disfarçar-se”. (p. 47; 48)

Quadro 1 – As seis categorias de guerrilheiros e a licitude de beligerância, segundo Francis Lieber

Fonte: *GUERRILLA PARTIES CONSIDERED WITH THE REFERENCE TO THE LAWS AND USAGES OF WAR* (1862)

²⁵ SCHEIPERS, 2013, p. 26

²⁶ Originais em inglês; traduções nossas

²⁷ Dispositivo precursor do atualmente existente no artigo 4º, A, 1, da 3ª Convenção de Genebra (1949).

²⁸ Dispositivo precursor do atualmente existente no artigo 46 do Protocolo Adicional I (1977). Sobre o perigo da associação entre o guerrilheiro legítimo e a espionagem, Lieber reconheceria: “Ele hoje passa em seus trajes e modos de um cidadão pacífico, mas amanhã pode, como um guerrilheiro, queimar sua casa ou matá-lo por trás da cerca” (SCHEIPERS, 2015, p. 10). N. do A.: trata-se do controverso efeito “porta giratória” da proteção dos civis, que será mencionado novamente no Capítulo 4 e está aprofundado no Anexo A.

²⁹ Dispositivo precursor do atualmente existente no artigo 4º, A, 2, da 3ª Convenção de Genebra (1949).

³⁰ Dispositivo precursor do atualmente existente no artigo 4º, A, 6, da 3ª Convenção de Genebra (1949).

Obviamente que o resultado do trabalho de Lieber não agradou ao General Halleck nem aos seus subordinados. Por exemplo, parcela considerável das violentas condutas nas campanhas do General Sherman³¹ tiveram como motivação a incapacidade de lidar de um modo diferente com o fenômeno dos guerrilheiros, embora “ninguém tenha entendido melhor do que ele a complexidade da guerra de guerrilha”.³²

O *Partisan Ranger Act* havia tornado o problema das guerrilhas incontrolável por parte da Confederação, chegando ao ponto de elas praticamente conduzirem sua própria guerra, paralelamente. Como resultado, a União retaliou, tratando guerrilheiros como bandoleiros e passando a punir civis que apoiavam a guerrilha.³³ Cidadãos que colaborassem ou encorajassem guerrilheiros, ou deixassem de reportar a presença deles na área, passaram a receber multas em dinheiro e penas de prisão.³⁴ Sherman foi além, declarando que toda a população a partir daquele momento seria considerada guerrilha e que

all armed men must be destroyed or captured, their houses and property to be destroyed or brought away. [...] Confederates must suffer for the barbarity of their fiendish guerrillas until the rebel government disavowed them. Unable to identify or apprehend the bushwhackers, he struck at the rebel population by ordering their towns destroyed.³⁵

Lieber era um homem profundamente religioso e adepto da “guerra justa”,³⁶ mas o efeito prático do seu primeiro trabalho em relação aos guerrilheiros foi, na verdade, o surgimento de animosidade e espírito vingativo por parte dos comandantes militares contra a

³¹ William Tecumseh Sherman, general unionista durante a Guerra Civil Americana, conhecido por suas práticas militares de guerra total contra os confederados e as populações sulistas.

³² SUTHERLAND, 2013, p. IX

³³ *Ibidem*, p. X

³⁴ *Ibidem*, p. 220

³⁵ *Ibidem*, p. 223. Todos os homens armados devem ser destruídos ou capturados, suas casas e propriedades devem ser destruídas ou colocadas abaixo. [...] Os Confederados devem sofrer pela barbaridade de suas diabólicas guerrilhas até que o governo rebelde as repudie. Incapaz de identificar ou apreender os *bushwhackers* (alguém que se esconde atrás de um arbusto – *bush* – para inadvertidamente golpear, bater – *to whack*), ele atacou a população rebelde ordenando a destruição de suas cidades. (tradução nossa)

³⁶ SOLIS, 2010, p. 40. Sobre a Teoria da Guerra Justa, comenta CINELLI (2011, p. 49): “Quando Santo Agostinho formulou seu conceito de guerra justa, tendo mais tarde sido acompanhado por São Tomás de Aquino, aqueles pensadores eclesiais estavam tentando responder, basicamente, a duas perguntas: 1) Quando é permitido travar uma guerra (*jus ad bellum* ou o direito de recorrer à guerra)? 2) Quais as limitações na maneira de travar uma guerra (*jus in bello* ou o direito na condução das hostilidades)? Para eles, as três condições para que uma guerra fosse considerada justa seriam: 1) uma *justa causa*: ela seria o princípio fundamental da guerra justa; não sem razão, a legítima defesa contra uma agressão é hoje encarada pela comunidade internacional como a regra basilar da causa justa; 2) uma *autoridade legal* (*potestas legitima*): deriva do conceito de Estado soberano com representatividade popular, excluindo como guerra justa aquela travada por organizações de indivíduos sem aprovação da sociedade; 3) uma *intenção legítima* ou *correta* (*intentio recta*): ligada ao submetimento da guerra ao interesse nacional e ao estabelecimento de uma paz justa ou, de modo menos formal, ao objetivo de alcançar o bem ou afastar o mal; diz respeito mais particularmente ao *jus in bello*, que repudia os atos de violência indiscriminada e limita os meios de conduzi-la”.

população civil. Em 1863, ele foi instado a redigir uma compilação completa sobre as regras costumeiras da guerra, o que viria a ser então eternizado como o Código Lieber.³⁷

Os 157 artigos do Código, embora baseados na filosofia do Iluminismo, e estando, em muitos pontos, anos à frente do seu tempo,³⁸ pouco contribuíram para mitigar a problemática da legitimidade da guerrilha.³⁹ Na verdade, Lieber preferiu passar ao largo dessa discussão.⁴⁰ Surpreendentemente também foi o fato de que, embora em seu trabalho anterior tivesse dedicado extensa argumentação em favor da legalidade dos levantes em massa, ele agora optara por sequer mencioná-los nas categorias dos atores com *status* jurídico de beligerância legítima. Ou seja, somente os partisans seriam combatentes irregulares legais, assim definidos:

[Artigo] 81.

Partisans são soldados armados e vestindo o uniforme do seu exército,⁴¹ mas pertencendo a frações (corpos) cujos atos são executados separadamente do grosso das forças, com o propósito de fazer incursões no território ocupado pelo inimigo. Se capturados, eles têm direito a todos os privilégios do prisioneiro de guerra.⁴² (grifo nosso)

Se parcela considerável da discussão acerca da legitimidade da guerrilha repousa na dificuldade de traçar uma linha entre o regular e o irregular, bem como entre o combatente irregular e o cidadão não combatente,⁴³ definitivamente o trabalho de Lieber não contribuiu para mitigar essa problemática. Pelo contrário, se por um lado seu Código continha comandos legais instruindo sobre a necessidade de proteger (e, para tanto, distinguir) os “cidadãos

³⁷ *A Code of Regulations for the Government of the Armies in the Field*. Fonte: The 1863 laws of war / War Department. Mechanicsburg: Stackpole Books, 2005. N. do A.: embora se trate de uma codificação composta por várias partes, nosso interesse recai sobre *Part II – General Orders No. 100: Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field, April 24, 1863*.

³⁸ GREENWOOD, 1995, p. 18

³⁹ SCHEIPERS, 2013, p. 26

⁴⁰ *Ibidem*. N. do A.: não seria insensato se considerássemos que, diante da total indiferença, por parte dos principais generais unionistas, quanto às preocupações de Lieber com o *status* e a legitimação jurídica da guerrilha, o renomado jurista tenha agora decidido não insistir numa argumentação cujo resultado provavelmente não seria refletido na eficácia pretendida, optando por ficar apenas no campo da retórica documentada. Afinal de contas, quase um ano depois da conclusão do seu *Guerrilla Parties Considered with the Reference to the Laws and Usages of War*, os generais Grant, Sherman e Sheridan continuavam a exterminar as guerrilhas. Como mencionaria um capitão da Cavalaria, citado por SUTHERLAND (2013, p. 244), “a tarefa não era prazerosa. Muitos inocentes foram postos a sofrer como culpados, mas alguma coisa era necessária para limpar o país daqueles bandos guerrilheiros que haviam-se tornado tão formidáveis”. (original em inglês; tradução nossa)

⁴¹ Como, no documento anterior, sobre as partes guerrilheiras, a única exceção admitida por Lieber quanto ao uso de trajes civis se dava no caso do levante em massa, e visto que essa categoria fora agora retirada nessa nova compilação, eis que remanesceu apenas a licitude do partisaõ envergando uniforme, o que é bastante mais restritivo do que ordenamento jurídico atual, conforme estatuído: 1) no artigo 4º, A, 2 da 3ª Convenção de Genebra e no artigo 44, 3 do Protocolo Adicional I, para os conflitos armados internacionais, incluídos aí os conflitos mencionados no artigo 1º, 4 do Protocolo Adicional I; 2) no artigo 1º, 1 do Protocolo Adicional II, para os conflitos armados de caráter não internacional.

⁴² *General Orders No. 100: Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field, April 24, 1863*. (original em inglês; tradução nossa)

⁴³ SCHEIPERS, 2015, p. 224

desarmados”, independentemente de qualquer outro critério,⁴⁴ por outro lado algumas instruções mostravam-se em conflito com essa noção de proteção geral das populações, num grau de ambivalência temerária,⁴⁵ principalmente se considerados os elevados níveis de violência contidos nas hostilidades em curso à época.⁴⁶

Obviamente que Lieber, um moralista religioso, não pretendia justificar a sujeição de não combatentes à fome ou à inanição como método de guerra.⁴⁷ Mas ao tentar ampliar o escopo de seu trabalho, fazendo convergir parâmetros consolidados de guerra regular com matizes de guerra irregular (insurreição, guerra civil e guerra de rebelião), sem no entanto aprofundar a discussão sobre essas últimas, a questão da proteção dos civis – até então responsabilizados, na prática, pelo sucesso da guerra de guerrilhas – restou ainda mais periclitante.⁴⁸ Sob a Seção X, intitulada “Insurreição – Guerra Civil – Rebelião” (artigos 149 a 157), ele elaborou a categorização constante da Figura 1:

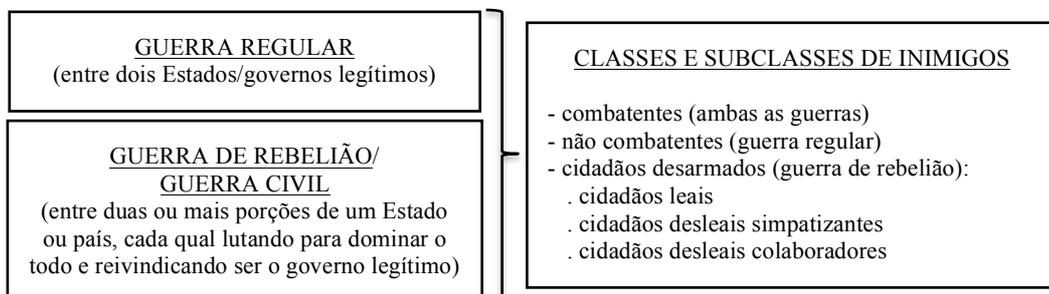


Figura 1 – Esquema das classes e subclasses de inimigos segundo o Código Lieber⁴⁹
 Fonte: o autor, com base no CÓDIGO LIEBER (Parte II, Seção X, artigos 150 e 155)⁵⁰

Na guerra de rebelião os comandantes militares deveriam, estabeleceu Lieber, proteger os cidadãos leais e “lançar todo o fardo da guerra” sobre os cidadãos desleais, impondo-lhes

⁴⁴ Artigo 22, *in fine*: “[...] o cidadão desarmado deve ser poupado na sua pessoa, propriedade e honra tanto quanto as exigências da guerra admitam”. (original em inglês; tradução nossa; grifo nosso)

⁴⁵ SCHEIPERS, 2013, p. 26

⁴⁶ Artigo 17, *in fine*: “É legal submeter o beligerante hostil à fome, quer ele seja armado ou desarmado, uma vez que isso conduza à mais rápida subjugação do inimigo”. Artigo 21: “O cidadão ou nativo de um país hostil é, desse modo, um inimigo, como um dos integrantes da nação ou estado hostil, e como tal está sujeito às privações da guerra”. (originais em inglês; traduções nossas; grifos nossos)

⁴⁷ SOLIS, 2010, p. 43

⁴⁸ SCHEIPERS, 2013, p. 26

⁴⁹ N. do A.: SCHEIPERS (2013, p. 27) prefere, alternativamente a “desleais simpatizantes” e “desleais colaboradores”, respectivamente “passivamente desleais” e “ativamente desleais”. A nosso entender, “simpatizantes” e “colaboradores” expressam melhor as posturas operativas e o ânimo participativo de ambas as categorias.

⁵⁰ WAR DEPARTMENT. *The 1863 laws of war*. Mechanicsburg: Stackpole Books, 2005.

ações constabulares (aparato policial)⁵¹ de modo mais estrito do que fariam aos próprios não combatentes da guerra regular. Também deveriam exigir dos cidadãos desleais fidelidade ao governo legítimo, expressa por meio de juramento, sob pena de serem expulsos, transferidos, presos ou multados em caso de recusa.⁵²

Essa tentativa de satanização ou marginalização do guerrilheiro, agora observada com todas as tintas na obra jurídica considerada como precursora das codificações do *jus in bello*, em parte é explicável pelo atordoamento sofrido pelas forças regulares do Norte, que se viram tragadas para uma espiral de violência oriunda de todas as direções, de conotação assimétrica e difusa, e não somente advinda das fileiras ordenadas de mosquetes, típicas das formações das guerras de primeira geração. Porém, ainda que Lieber tenha produzido um parecer altamente consistente sobre o fenômeno da guerrilha e suas características, o olhar lançado por ele ateu-se ao campo *jurídico* e não ao *doutrinário*. Numa época em que todos procuravam técnicas e procedimentos que pudessem solapar a força daquela “arma do fraco”, daquela “guerra dos pobres”, daquela “guerra dos débeis contra os fortes”,⁵³ do “último recurso dos desesperados”,⁵⁴ a compreensão de que o sucesso da empreitada guerrilheira alicerça-se fortemente na sua aceitação pela população local, talvez tivesse desconstruído o paradigma de punição e de tratamento desumano dado aos civis incidentalmente inseridos no ambiente operativo. Como hoje sabemos,

a destruição das forças inimigas, a conquista do terreno, a posse de acidentes capitais e a manutenção de áreas geográficas possuem valor secundário na guerra irregular, pois nesse tipo de conflito o verdadeiro centro de gravidade encontra-se no apoio da população. Moradores locais são capazes de dar suporte às forças irregulares no nível tático, viabilizando, direta e indiretamente, o funcionamento dos diferentes sistemas operacionais. Em termos estratégicos, podem, com seu apoio, prorrogar por tempo indeterminado o término do conflito.⁵⁵

É inegável o valioso legado do Código Lieber para a positivação do Direito Internacional dos Conflitos Armados. Porém, embora por vezes ele seja referenciado como

⁵¹ Ver Glossário

⁵² Código Lieber, Parte II, Seção X, artigo 156.

⁵³ Heilbrunn, *apud* MELLO (1997, p. 205)

⁵⁴ Pictet, *apud* MELLO (1997, p. 205)

⁵⁵ VISACRO, 2009, p. 238

um documento cuja motivação fora atribuir proteção aos civis contra os nefastos efeitos do conflito armado,⁵⁶ a lacuna normativo-jurídica que deixou acerca da guerrilha, e a referência a um “cidadão desarmado” (e suas derivações), podem ter, ainda que indesejavelmente, afrouxado a teia protetiva voltada aos civis. Em certo sentido, sobre eles passou a pesar uma presunção de responsabilidade *a priori*, num verdadeiro caso de inversão de ônus da prova. Talvez, conforme menciona Solis (2010), um maior grau de clareza tivesse sido alcançado caso um autor com mais experiência militar tivesse sido o organizador do trabalho. De todo modo, um grande passo havia sido dado. Um passo que contribuiria de modo contundente para a percepção da necessidade de uma maior consistência conceitual *vis-à-vis* a realidade fática.

2.2 A Guerra Franco-Prussiana (1870-71), a Declaração de Bruxelas (1874) e o Manual de Oxford (1880)

Ainda nas Guerras Napoleônicas (1792-1802), uma tendência à marginalização do combatente irregular já começara a surgir na Europa, paradoxalmente graças à ideia revolucionária do *levée en masse*, o conceito francês de conscrição universal.⁵⁷ Em termos simples, o dilema era: se a propalada nacionalização da guerra simbolizava “o povo em armas”, como então considerar ilegítimas eventuais insurgências populares contrarrevolucionárias? Napoleão resolveu o impasse declarando ilegítimos os combatentes irregulares.

Os reflexos da indefinida situação jurídica dos atores não estatais também encontraram terreno para indesejável propagação na Guerra Franco-Prussiana (1870-71), que pavimentaria

⁵⁶ SCHEIPERS, 2013, p. 26

⁵⁷ N. do A.: a expressão *levée en masse* (literalmente *levante em massa* ou *levantamento de massa*) outrora designava apenas a conscrição na França em 1793. Atualmente, na esfera do DICA, o termo diz respeito também à população que, à aproximação do inimigo, pega espontaneamente em armas para combater as tropas invasoras, trazendo armas à vista e respeitando as leis e costumes da guerra e, por isso, sendo os seus integrantes considerados “combatentes”, nos termos do artigo 4º, A, 6, da 3ª Convenção de Genebra de 1949. É preciso também distinguir os *levantes em massa* (que ingressaram no ordenamento jurídico internacional em 1874, na Conferência de Bruxelas) das insurreições de uma população contra seu próprio governo nacional (GUTMAN *et al.*, 2007, p. 281). Enquanto os primeiros restringem-se às situações de autodefesa nacional contra invasores ou ocupantes estrangeiros, os segundos poderão ser considerados, dependendo de suas características, *conflitos armados não internacionais*, sob a égide do Protocolo Adicional II, de 1977.

o caminho para a unificação da Alemanha. Com a queda do imperador Napoleão III, sobrinho de Napoleão Bonaparte que se tornara prisioneiro dos alemães, estabeleceu-se em Paris a Terceira República, liderada por um governo de defesa nacional, uma espécie de coalizão política. O avanço militar germânico havia sido obtido mediante um elevado custo, em cruentas batalhas campais regulares contra o Exército francês, em Sedan e Metz.⁵⁸

Em 19 de setembro de 1870, tropas prussianas atingiram as cercanias de Paris e iniciaram um sítio à cidade. Essa estratégia visava a cortar suas ligações com o mundo externo, infligindo a fome a todos em seu interior.⁵⁹ Embora Paris fosse guardada por diversos fortes e bastiões defensivos, muito pouco havia sido feito em termos de preparação para um sítio prolongado, incluindo estoques de suprimentos. Em fins de novembro, cerca de dois meses depois de sitiada, a cidade já estava completamente submetida à inanição, ao frio e às doenças. Um mercado negro logo surgiu, negociando todos os tipos de animais em troca de ouro e outras riquezas.⁶⁰ A cidade ficaria sitiada até o fim de janeiro de 1871.

León Gambetta, o líder mais proeminente do novo governo, tornou-se Ministro do Interior e Ministro da Guerra, iniciando a organização da defesa nacional.⁶¹ Ao lado das escassas tropas regulares disponíveis, em sua maioria compostas por soldados veteranos e destreinados recrutas,⁶² Gambetta decidiu utilizar uma nova estratégia contra a esmagadora desproporção de forças representada pelos alemães. A resistência dessa nova classe de soldados, os *franco-atiradores*, causaria extremo desgaste à máquina militar alemã, que não estava preparada para lidar com forças irregulares.⁶³ Onde quer que eles explodissem uma ponte ou um trecho de ferrovia – o que ocorria de modo frequente –, eles impunham pesadas limitações logísticas ao inimigo. Com o tempo, milhares de soldados passaram a ser

⁵⁸ TEAGUE, 2015, p. 1

⁵⁹ N. do A.: o sítio, como método de combate, embora moralmente condenável, não possui hoje uma vedação expressa no direito de guerra. Nem ao menos consta como termo legal. Embora não proibido por si só, ele enseja restrições que o tornam um método ilegal de combate: utiliza os civis como alvos, emprega a fome como método e veda o acesso de ajuda humanitária. Porém essa não era a realidade àquela época, como se depreende do costume que viria a ser codificado, tentativamente, no artigo 15 da Declaração de Bruxelas, de 1874: “Locais fortificados são os únicos permitidos a serem sitiados”. (original em inglês; tradução nossa) Por “fortificados” podemos inferir “defendidos”.

⁶⁰ TUCKER, 1937, p. 382

⁶¹ *Ibidem*, p. 381

⁶² *Ibidem*

⁶³ VIDIGAL, 2006, p. 312

deslocados para vigiar seções de linhas férreas, um procedimento improdutivo dada a extensão da malha.⁶⁴ Quando sabotavam uma linha telegráfica, comprometiam os movimentos e a transmissão de ordens. Atuando na retaguarda das tropas, em especial em suas linhas de comunicações, os irregulares de Gambetta enfureceram as forças militares alemães, cujos líderes logo começaram a retaliar. Alegando serem os franco-atiradores criminosos e não soldados, os alemães passaram a lidar de modo extremamente rigoroso a cada incidente. Em alguns casos, pesadas reparações financeiras eram cobradas das localidades próximas, sobre as quais recaía a presunção de terem abrigado os irregulares. Em outros, vilarejos inteiros eram incendiados para enviar a clara mensagem de que era inaceitável dar apoio a esses combatentes ilegais.⁶⁵ Como último recurso, eles passaram a executar franceses suspeitos de efetuar as demolições. No limite, enforcavam ou executavam a tiros quaisquer suspeitos, geralmente sem qualquer julgamento.⁶⁶ “Naturalmente nós matamos vários civis inocentes durante as represálias,” diria um oficial alemão. “Mas a culpa era dos franco-atiradores”.⁶⁷ De certo modo, a guerra em curso plantaria as raízes não somente da guerra assimétrica, mas do próprio conceito de *guerra total*, no sentido de que a população civil era agora um alvo para as forças militares.⁶⁸

Destarte, a questão dos franco-atiradores na Guerra Franco-Prussiana foi a face mais visível do choque cultural e ideológico entre a tradição republicana francesa – a crença em um exército formado por cidadãos ávidos por defender “a pátria em perigo” – e a abordagem prussiana da necessidade do exército como “a escola da nação”, e não como sua excrescência, não como sua natural protuberância.⁶⁹ Segundo o entendimento alemão, exércitos

⁶⁴ Como lembra KEEGAN (2006, p. 392; 393), “as estradas de ferro revolucionaram a guerra terrestre (...). Elas asseguraram aos Estados a possibilidade de um transporte rápido e em todas as épocas do ano para os locais de combate (...). O governo da Prússia considerava as ferrovias tão importantes para a defesa nacional que estatizou a metade delas até 1860, e o resto nos vinte anos seguintes”. No caso do sítio de Paris, a dependência alemã das ferrovias para a chegada de suprimentos era vital, razão ainda maior para o desejo de subjugar a guerrilha o mais rapidamente possível.

⁶⁵ Bauriedel, *apud* WAWRO, 2003, p. 237. N. do A.: considerações acerca do significado de *combatente ilegal* serão feitas no Capítulo 4 deste trabalho.

⁶⁶ TEAGUE, 2015, p. 9; 10

⁶⁷ WAWRO, 2003, p. 289

⁶⁸ *Ibidem*, p. 1

⁶⁹ SCHEIPERS, 2015, p. 104

profissionais existem pelo único propósito de prevenir tais massacres colaterais, justamente como eles agora tinham que infligir aos franceses.⁷⁰ Esse posicionamento alemão fora em parte derivado de Clausewitz,⁷¹ que à sua época

havia sido incapaz de reconhecer uma tradição militar alternativa no estilo de guerrear [...] porque só podia reconhecer como racional e valendo a pena uma única forma de organização militar: as forças pagas e disciplinadas do Estado burocrático. Ele não admitia que outras formas também pudessem servir bem a suas sociedades, e defendê-las – ou ampliar seu poder, se fosse esse o objetivo.⁷²

Embora tenha havido casos de execuções sumárias de franco-atiradores, a maior parte deles, quando capturados, acabou sendo tratada pelos alemães como prisioneiros de guerra, diferentemente do que houve com a população civil. Considerados uma espécie de “incubadores de guerrilheiros” – cuja recusa ou indiferença em fornecer informações, associada à potencial capacidade de pegar em armas contra os ocupantes, tornava-os uma ameaça constante –, os habitantes locais padeceram de um tratamento cruel e degradante.⁷³ O problema é que, a despeito da dissonância de percepção alemã quanto à natureza do combate irregular, qualquer empreitada guerrilheira fundamenta-se inextricavelmente

no apoio ativo de uma minoria e no apoio passivo da maioria da população, [...] podendo fomentar um ciclo crescente de violência, por meio de ataques seletivos contra determinados segmentos da comunidade de colaboradores inimigos, [...] que geram represálias violentas e medidas de repressão excessivas que cerceiam os direitos civis e colocam, a médio prazo, a população local contra as forças governamentais ou as forças estrangeiras de ocupação.⁷⁴

A guerra findaria ainda marcada pela problemática da indefinição dos irregulares, galvanizada, nesse caso, pelo legado oriundo da participação dos franco-atiradores. Os

⁷⁰ TEAGUE, 2015, p. 10

⁷¹ Carl Von Clausewitz, teórico militar e general prussiano do século XIX. Preconizou uma forma de conduzir operações que se pauta em uma maciça aplicação do poder combatente a fim de reduzir a eficiência de lutar do inimigo, infligindo-lhe perdas de pessoal e material. As forças são diretamente dirigidas sobre o centro de gravidade adversário. Busca-se a consecução dos efeitos desejados por meio da destruição cumulativa dos meios físicos inimigos, tanto de pessoal quanto de material, trabalhando basicamente no campo físico, buscando o confronto direto com as unidades de combate inimigas de modo a neutralizá-las. Os resultados serão proporcionais ao nível de força empregada e, normalmente, mais custosos em pessoal e material, havendo também a tendência a maiores danos às áreas onde se desenvolvem as ações e à população civil local (BRASIL, MD35-G-01, 2007, p. 124).

⁷² KEEGAN, 2006, p. 287

⁷³ SCHEIPERS, 2013, p. 27. Como constatou Dresden (*apud* WAWRO, 2003, p. 279), “ironically, a Prussian army that had deplored the atrocities and mass casualties of the American Civil War was now grimly embarked on a wholesale Americanization of the Franco-Prussian War, Bismarck doing his utmost as General William T. Sherman might have said, ‘to make France howl!’”. “Ironicamente, um Exército prussiano que deplorara as atrocidades e as baixas em massa da Guerra Civil Americana tinha agora sombriamente embarcado numa americanização por atacado da Guerra Franco-Prussiana, com Bismarck fazendo o máximo possível para, como o General William T. Sherman teria dito, ‘fazer a França uivar!’”. (tradução nossa)

⁷⁴ VISACRO, 2009, p. 239. “Maozedong, o grande teórico da guerrilha [...] defende que [...] a guerra de ‘partisans’ se faz com forças dispersas, o que dá às suas operações um caráter de ubiquidade. Deve agir em segredo e com a rapidez do raio, executar contra o inimigo ‘raids’ inesperados e obter uma decisão rápida nos combates” (*apud* MELLO, 1997, p. 209).

contendores na Guerra Civil Americana e na Guerra Franco-Prussiana aparentemente tinham diferentes visões quanto à questão de quem se qualificaria como um beligerante legal.⁷⁵

Em 1874, com base em uma iniciativa russa, uma conferência foi convocada em Bruxelas, num esforço para uma ampla codificação das leis e costumes da guerra. Inspirando-se em parte no Código Lieber, a Declaração de Bruxelas – na verdade um projeto – não chegou a ser ratificada,⁷⁶ dados os diferentes interesses geopolíticos das potências envolvidas nas deliberações. De um lado, Estados menores, como França e Inglaterra, ciosos quanto à necessidade de uma ampla margem discricionária para organizar forças defensivas, posicionaram-se favoravelmente a uma regulação mais frouxa, que contemplasse diferentes categorias de combatentes irregulares legais. De outro lado, grandes potências, como Alemanha e Rússia, reforçavam suas próprias posições de limitar a beligerância legal tanto quanto possível, e idealmente bani-la.⁷⁷

Não obstante, avanços relevantes foram obtidos, em particular os relacionados aos governos dos territórios ocupados – normas ainda hoje de considerável atualidade e importância⁷⁸ – e ao *status* de certos beligerantes irregulares, que foram incluídos no escopo de legalidade, representando uma ampliação do universo outrora inculpido no Código Lieber:

Who should be recognized as belligerents combatants and non-combatants

Art. 9. The laws, rights, and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps fulfilling the following conditions:

1. That they be commanded by a person responsible for his subordinates;
2. That they have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance;
3. That they carry arms openly; and
4. That they conduct their operations in accordance with the laws and customs of war. In countries where militia constitute the army, or form part of it, they are included under the denomination “army”.

Art. 10. The population of a territory which has not been occupied, who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading troops without having had time to organize themselves in accordance with Article 9, shall be regarded as belligerents if they respect the laws and customs of war.⁷⁹

⁷⁵ SCHEIPERS, 2015, p. 103

⁷⁶ GREENWOOD, 1995, p. 20

⁷⁷ SCHEIPERS, 2015, p. 103

⁷⁸ GREENWOOD, 1995, p. 20

⁷⁹ *Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War*. Brussels, 27 August 1874. Disponível em <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135>> Acesso em 18 mai. 2017.

Quem deve ser reconhecido como beligerante combatente e não combatente

Art. 9º. As leis, os direitos e os deveres da guerra aplicam-se não apenas aos exércitos, mas também às milícias e aos corpos de voluntários

Art. 11. The armed forces of the belligerent parties may consist of combatants and non-combatants. In case of capture by the enemy, both shall enjoy the rights of prisoners of war.

Em certa medida, a similitude textual entre os artigos acima citados (da Declaração de Bruxelas) e o conteúdo correspondente da atual legislação,⁸⁰ dá mostras da elevada influência exercida por ela nas sucessivas codificações posteriores. Na verdade, muitas das previsões legais hoje em vigor plantam nela suas raízes.⁸¹ Sem embargo, o resultado da tentativa de clarificação conceitual do beligerante legítimo ainda se mostrou confuso. “Se a linha divisória entre combatentes regulares e irregulares não estava clara [...], os limites entre o combatente irregular e o civil eram ainda mais incertos”.⁸²

Dada a natureza não vinculatória da Declaração de Bruxelas, o Instituto de Direito Internacional, numa sessão em Oxford (Reino Unido), em 1880,⁸³ publicou seu Manual das Leis da Guerra Terrestre, incorporando vários trechos da Declaração, cujo texto em muito a ela se assemelhava.⁸⁴ Embora acrescentasse outras categorias de beligerantes (guardas nacionais e tripulações de embarcações militares), tanto a questão do *status* jurídico dos irregulares como a legitimidade da guerrilha como método também não foram enfrentadas pelos juristas em Oxford.^{85/86} Ambos os textos foram não apenas amplamente omissivos no que tange aos combatentes irregulares, como também refletiram a abordagem punitiva quanto aos civis, uma prática que havia se tornado comum nos campos de batalha daquele tempo. As forças ocupantes continuavam a demandar dos civis uma lealdade que era, na prática,

que cumpram as seguintes condições:

1. Que sejam comandados por uma pessoa responsável por seus subordinados;
2. Que tenham um emblema distintivo fixo reconhecível a distância;
3. Que tragam armas abertamente; e
4. Que conduzam suas operações de acordo com as leis e costumes da guerra. Nos países onde as milícias integrem o exército, ou façam parte dele, elas estão incluídas sob a denominação “exército”.

Art. 10. A população de um território que não tenha sido ocupado e que, à aproximação do inimigo, pegue espontaneamente em armas para resistir às tropas invasoras sem ter tido tempo de se organizar em conformidade com o artigo 9º, deve ser considerada beligerante caso respeite as leis e costumes da guerra.

Art. 11. As forças armadas das partes beligerantes podem consistir de combatentes e não combatentes. Em caso de captura pelo inimigo, ambos deverão desfrutar dos direitos de prisioneiros de guerra. (tradução nossa)

⁸⁰ 3ª Convenção de Genebra, artigo 4º, A, 1, 2 e 6.

⁸¹ GREENWOOD, 1995, p. 20

⁸² SCHEIPERS, 2013, p. 29

⁸³ *Ibidem*

⁸⁴ SCHEIPERS, 2013, p. 28

⁸⁵ Artigo 2º. *The Laws of War on Land. Oxford, 9 September 1880*. Disponível em <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/140?OpenDocument>> Acesso em 18 mai. 2017.

⁸⁶ MELLO (1997, p. 208) enfatiza que “a guerrilha mostra ser uma realidade na vida dos povos, e o Direito Internacional Público, por menos que a aprecie devido à sua violência, não pode ignorar a sua existência e [precisa] procurar regulamentá-la”.

impossível de prestar,⁸⁷ dada a órbita de atuação dos guerrilheiros, que frequentemente operavam nas circunvizinhanças.⁸⁸ A baixa aderência dos Estados, tanto à Declaração de Bruxelas quanto ao Manual de Oxford, resultaria na inexistência de um consenso sobre a definição de beligerância legal, o que somente viria a ser alcançado em 1907.

2.3 Em busca da paz perpétua kantiana: a Convenção da Haia (1907)

No século XIX, na Europa e nos Estados Unidos, começaram a florescer ideias de que a confiança no progresso poderia ser estendida à esperança de abolição do flagelo da guerra, que havia se tornado industrializada e muito mais devastadora.⁸⁹ A capacidade de produção e a complexidade fabril da indústria bélica americana e europeia que surgiu no século XIX não tinham paralelo em outros tempos.⁹⁰ A Revolução Industrial permitia agora a produção em massa de novos armamentos e o desenvolvimento de meios de transporte com ainda maior capacidade de volume.⁹¹ O desenvolvimento de “armas de destruição em massa” (a metralhadora, em 1884; o canhão de retrocarga Krupp, em 1863)⁹² levaria as principais potências a tomar medidas para limitar sua liberdade de fazer guerras,⁹³ tanto por meio da criação de uma corte internacional permanente de arbitragem – onde os Estados poderiam chegar a uma solução pacífica de controvérsias – quanto prosseguindo na tentativa de regulamentá-las. Enquanto o primeiro objetivo fracassou, inundado pelas objeções dos Estados quanto ao melhor sistema para a escolha dos juízes, o propósito de apreciar o uso de certas armas e de regras de conduta em combate revelou-se um grande sucesso.⁹⁴

⁸⁷ N. do A.: muito embora, na teoria, a conduta prevista fosse outra, como se infere a partir do artigo 37 da Declaração de Bruxelas: “A população do território ocupado não pode ser compelida a jurar lealdade à Potência hostil”. (original em inglês; tradução nossa)

⁸⁸ SCHEIPERS, 2015, p. 224. N. do A.: nesse diapasão, verifique-se por exemplo o artigo 41 da Declaração de Bruxelas: “O inimigo, ao cobrar contribuições, quer como um equivalente para os impostos (ver artigo 5º), quer para pagamentos que devam ser feitos em espécie, ou como multas, deve proceder, na medida do possível, apenas de acordo com as regras para incidência e avaliação em vigor no território ocupado.” Alternativamente, o artigo 57 do Manual de Oxford: “O ocupante poderá cobrar, a título de taxas e impostos, somente os já estabelecidos em benefício do Estado. Ele os empregará para custear as despesas com a administração do país, na medida em que o governo legítimo estava vinculado”. (originais em inglês; traduções nossas; grifos nossos)

⁸⁹ SOLIS, 2010, p. 51

⁹⁰ KEEGAN, 2006, p. 397

⁹¹ SOLIS, 2010, p. 51

⁹² KEEGAN, 2006, p. 400; 401

⁹³ *Ibidem*, p. 488

⁹⁴ SOLIS, 2010, p. 53

Desse modo, em 18 de outubro de 1907, na cidade da Haia, na Holanda, tomou corpo a Convenção IV Relativa às Leis e Usos da Guerra Terrestre.⁹⁵ Apesar de Lieber ter iniciado uma rica categorização de combatentes irregulares, a H.IV, seguindo a tendência da Declaração de Bruxelas e do Manual de Oxford, limitou-se a definir a beligerância legal.⁹⁶ Porém agora, 44 dos 57 Estados participavam das negociações (embora ainda nenhum da África), atribuindo ao produto final um caráter de ampla aceitação. Entre outras provisões, foram reafirmados os – até hoje consagrados – critérios para o direito ao estatuto do combatente e do prisioneiro de guerra (ou seja, o beligerante legal), por meio das quatro pré-condições a serem satisfeitas pelos grupos armados considerados análogos às forças armadas.⁹⁷ Também remanesceu reconhecida a beligerância legal dos levantes em massa.⁹⁸

Embora o Código Lieber tivesse utilizado definições positivas para diferentes categorias de irregulares e proposto tratamento diferenciado para cada uma delas, a H.IV, ao estabelecer – como já o haviam feito Bruxelas e Oxford – a beligerância legal com base em certas características inerentes às das forças armadas regulares, restou definindo o combatente irregular negativamente (por exclusão):⁹⁹

Da qualidade de Beligerante¹⁰⁰

Artigo 1. As leis, os direitos e os deveres de guerra não se referem somente ao exército mas também às milícias e aos corpos de voluntários que reúnam as seguintes condições:

- 1) Ter à frente uma pessoa responsável por seus subordinados;
- 2) Ter um sinal como distintivo fixo e reconhecível a distância;
- 3) Levar as armas ostensivamente;
- 4) Sujeitar-se em suas operações às leis e usos da guerra.

Nos países em que as milícias ou corpos de voluntários compõem o exército ou façam parte dele, tanto aquelas como estes ficam compreendidos sob a denominação de exército. (grifos nossos)

Artigo 2. Os habitantes de um território não ocupado que, ao se aproximar o inimigo, tomem espontaneamente as armas para combater as tropas invasoras, sem terem tido tempo de organizarem-se conforme o artigo 1º, serão considerados como beligerantes se levam as armas ostensivamente e respeitem as leis e costumes da guerra.¹⁰¹ (grifo nosso)

⁹⁵ H.IV ou ainda H.IV.R, numa referência ao seu regulamento anexo, que contém a parte regulatória de interesse.

⁹⁶ SCHEIPERS, 2013, p. 29

⁹⁷ SOLIS, 2010, p. 55. 1) Ter à frente uma pessoa responsável por seus subordinados; 2) Ter um sinal como distintivo fixo e reconhecível a distância; 3) Levar as armas ostensivamente; 4) Sujeitar-se em suas operações às leis e usos da guerra.

⁹⁸ H.IV, artigo 2º.

⁹⁹ SCHEIPERS, 2015, p. 103

¹⁰⁰ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Direito internacional relativo à condução das hostilidades: compilação de convenções da Haia e de alguns outros instrumentos jurídicos. *Regulamento relativo às leis e usos da guerra terrestre. Haia, 18 de outubro de 1907*. Genebra: CICV, 1990.

¹⁰¹ N. do A.: dispositivo que atribui beligerância legal aos levantes em massa. Notar, intencionalmente por nós grifado, o aspecto da ostensividade das armas utilizadas (ou seja, armas à vista do inimigo). Essa exigência, embora não houvesse sido incluída na Declaração de Bruxelas, aparecera pela primeira vez no Manual de Oxford, sendo aqui ratificada.

Essa opção por definir o combatente irregular *ex negativo* trouxe duas consequências principais. Primeiro, agrupou todos os diferentes tipos de irregulares sob um mesmo guarda-chuva de beligerância ilegal. Segundo, defini-los de modo negativo tornou inviável estipular um tratamento em termos positivos – mesmo punitivamente, se necessário. Em outras palavras, eles permaneceram “foras da lei”, tanto em termos de definição legal quanto de proteções legais, restando-lhes apenas o ténue e superficial conteúdo protetivo da cláusula de Martens.¹⁰²¹⁰³ Isso tangencia, por exemplo, um importante problema na guerrilha, que é o tratamento dispensado a eles em caso de captura: historicamente têm-se observado diferentes abordagens, que vão desde a execução sumária até a concessão do *status* de prisioneiro de guerra, passando pela assimilação como criminoso comum ou mesmo pela aplicação de uma legislação de exceção.¹⁰⁴

Uma outra característica da H. IV é que ela não clarificou a diferença entre o irregular e o civil, ou seja, a noção de “civil” permaneceu indefinida.¹⁰⁵ Visto que a prática costumeira era a de condicionar o tratamento dispensado aos civis à sua atitude em face dos irregulares, impondo-lhes sanções que iam desde multas até vários tipos de represálias violentas, seria ainda natural que essa omissão conceitual impossibilitasse enxergar o irregular como alguém distinto do civil e, por conseguinte, pudesse garantir a esse último as devidas proteções.¹⁰⁶ Isso somente seria alcançado em 1949, por meio da 4ª Convenção de Genebra, após a trágica experiência oriunda da 2ª Guerra Mundial.

¹⁰² SCHEIPERS, 2015, p. 103.

¹⁰³ Nas Conferências de Paz da Haia de 1899, Friedrich von Martens, professor da Universidade de São Petersburgo e delegado do Czar Nicolau II, propôs a redação de uma cláusula que, pelo sintético e importante conteúdo humanitário, foi introduzida no preâmbulo da IV Convenção da Haia de 1907 e reafirmada mais tarde no artigo 1º do Protocolo Adicional I (1977): “*Nos casos não previstos pelo presente Protocolo ou por outros acordos internacionais, os civis e os combatentes ficarão sob a proteção e a autoridade dos princípios de direito internacional, tal como resulta do costume estabelecido, dos princípios humanitários e das exigências da consciência pública*”. Consagrada como cláusula de Martens, ela é considerada a ligação entre as leis escritas e as normas consuetudinárias. É um dispositivo que por si só já seria um tratado de significativa importância, ao preconizar que, em havendo lacunas no DICA, deve ser buscada uma solução baseada no princípio da humanidade. Em outras palavras, ela expressa a seguinte ideia: aquilo que não é expressamente proibido pelo DICA, também não é necessariamente permitido, e mesmo se as leis escritas omitirem-se quanto a determinado aspecto, as normas consuetudinárias continuam a ser aplicadas (CINELLI, 2011, p. 70; 71).

¹⁰⁴ MELLO, 1997, p. 213. “É difícil a regulamentação jurídica da guerrilha, porque ela traz as armas escondidas e usa disfarce, o que também tornava difícil a aplicação da Convenção da Haia, bem como das Convenções de 1949, o que só veio a ser ‘resolvido’ com o Protocolo I”.

¹⁰⁵ SCHEIPERS, 2015, p. 104

¹⁰⁶ N. do A.: embora algum esforço protetivo aos civis tivesse sido esboçado, ainda assim isso foi feito de modo recalcitrante e pouco enfático, como por exemplo se verifica no conteúdo do artigo 50: “Nenhuma pena coletiva, pecuniária ou de outra classe, poderá ser imposta aos habitantes em razão de fatos individuais que não possam ser considerados como solidariamente responsáveis”.

2.4 As lições da 2ª Guerra Mundial e as Convenções de Genebra de 1949¹⁰⁷

Dado que a Segunda Grande Guerra havia sido um conflito armado interestatal e simétrico em essência, após o seu encerramento “foi difícil manter a imagem do combatente irregular como um rebelde ilegítimo, uma vez que a guerra havia validado a causa moral dos movimentos de resistência”.¹⁰⁸ Mesmo que a atuação dos grupos armados irregulares não tenha tido um amplo impacto no resultado estratégico da Guerra, seu envolvimento deixou um importante legado político.¹⁰⁹ A regulamentação firmada na Haia não vinha sendo universalmente aplicada. A Alemanha, por exemplo, não respeitava os “maquis”¹¹⁰ na França, torturando-os e fuzilando-os mesmo após passarem a usar a Cruz de Lorena,¹¹¹ o que servia como uma representação da continuidade histórica da guerra anti-irregular.¹¹²

No que tange aos combatentes irregulares, as Convenções de Genebra de 1949 repetiram o que estabelecia a H.IV, de modo que os avanços nessa proteção específica foram decepcionantes. Os requisitos para beligerância legal das milícias e corpos de voluntários (ou seja, outros grupos armados que não as forças armadas regulares reconhecidas como tais no direito doméstico dos respectivos Estados) permaneceram praticamente os mesmos,¹¹³ em grande parte devido, mais uma vez, às divergências no campo da política.¹¹⁴

¹⁰⁷ Conforme ensina SWINARSKI (1988, p. 19), “em 1949, quando a Segunda Guerra Mundial fazia sentir, na consciência da comunidade internacional, a urgência originada pelos sofrimentos de novas categorias de vítimas, foram aprovadas as quatro Convenções de Genebra que passaram a constituir a codificação completa do Direito Internacional dos Conflitos Armados em vigor. Na primeira Convenção é regulamentada a proteção aos feridos e aos doentes em caso de conflito armado internacional em terra; a segunda tem como finalidade a proteção aos feridos, doentes e náufragos em caso de conflito internacional no mar; pela terceira é regido o tratamento e o estatuto devidos aos prisioneiros de guerra; e na quarta – elaborada pela primeira vez em 1949 – protegem-se os civis nos territórios ocupados e os estrangeiros no território do Estado beligerante”. SOLIS (2010, p. 81) enfatiza que “as Convenções de 1949 são a pedra angular do DICA; elas são os tratados mais ratificados na História do mundo”.

¹⁰⁸ SCHEIPERS, 2013, p. 29

¹⁰⁹ SCHEIPERS, 2015, p. 31

¹¹⁰ N. do A.: integrantes da resistência francesa à ocupação alemã, cuja denominação refere-se à formação vegetal característica das regiões montanhosas onde eles originalmente se homiziavam para planejar os ataques.

¹¹¹ MELLO, 1997, p. 214. A Cruz de Lorena é uma cruz heráldica, por causa de sua estrutura com duas barras horizontais; é um amuleto religioso usado como símbolo de poder e proteção, enaltecendo a Providência Divina. Fonte: Dicionário de Símbolos. Disponível em <<https://www.dicionariodesimbolos.com.br/cruz-caravaca/>> Acesso em 19 mai. 2017.

¹¹² SCHEIPERS, 2015, p. 31

¹¹³ (1) Possuir um comando responsável; (2) Envergar um sinal distintivo fixo reconhecível a distância; (3) Portar armas abertamente; (4) Conduzir suas operações respeitando as leis e costumes da guerra (artigo 13, 1, 2, 3 e 6 de CG IV e de CG II; artigo 4º A, 1, 2, 3 e 6 de CG III). Conforme enfatiza MELZER (2008, p. 22), “estritamente falando, esses requisitos constituem, para as forças armadas irregulares, condições para o direito pós-captura ao privilégio de combatente e ao *status* de prisioneiro de guerra, e não elementos constitutivos das forças armadas de uma parte no conflito. Desse modo, o fato de que membros de forças armadas irregulares que não preencham os quatro requisitos não tenham direito ao privilégio de combatente e ao *status* de prisioneiro de guerra após a captura não significa que tais indivíduos devem necessariamente ser excluídos da categoria de forças armadas e considerados civis para fins de condução das hostilidades. Isso seria contrariar a lógica do princípio da distinção, já que colocaria forças armadas irregulares sob o mesmo regime legal protetivo concedido à população civil, meramente porque eles não se distinguiram da população, não carregaram armas abertamente ou não respeitaram leis e costumes da guerra em suas operações. [...] Assim sendo, todos os atores armados que demonstrem possuir um suficiente grau de

Por outro lado, as Convenções contemplariam uma significativa inovação, o artigo 3º Comum,¹¹⁵ que passava a oferecer proteções humanitárias internacionais mínimas às vítimas dos conflitos armados internos – os que ocorrem dentro das fronteiras de um Estado, não envolvendo uma segunda parte estatal.¹¹⁶ Em consequência, uma amplitude protetiva um pouco maior foi dada aos irregulares, não pela sua categorização como atores beligerantes em si, mas pela natureza dos conflitos nos quais, em geral – mas nem sempre, como se viu na 2ª Guerra Mundial –, eles são protagonistas:

Artigo 3º

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

1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades,¹¹⁷ incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo. (grifos nossos)¹¹⁸

[...]

Diferentemente da H.IV, que tratava da população civil, porém apenas em relação à ocupação militar, a 4ª Convenção de Genebra¹¹⁹ surge como a primeira Convenção multilateral destinada a garantir uma ampla proteção aos civis, tanto como pessoas quanto como população. Embora construindo uma interpretação restritiva do conceito de civil – ela não define o que é “civil”, mas sim o que são “pessoas protegidas” –, GC IV permite, enfim, incluir as massas desorganizadas de civis sob a proteção das leis humanitárias, mesmo quando fragmentadas pelos territórios dos Estados envolvidos. “Ela foi em grande medida o resultado

organização militar e pertençam a uma das partes no conflito devem ser considerados como parte das forças armadas daquela parte”. (grifo nosso) N. do A.: para considerações adicionais, ver Anexo A.

¹¹⁴ A delegação francesa presente à Conferência era composta por muitos ex-membros da resistência, e portanto pressionou para que dispositivos assegurando a licitude de atos de resistência contra potências ocupantes fossem incluídos no texto. Dois outros vencedores da guerra, por sua vez, Estados Unidos e Reino Unido, não manifestaram interesse nisso. Ao fim e ao cabo, os ex-maquis tiveram que encarar o fato de que agora não eram mais bravos guerreiros lutando contra a ocupação de seu Estado, mas eram sim, eles próprios, ao lado dos outros aliados, ocupantes no território da derrotada Alemanha (SCHEIPERS, 2015, p. 144).

¹¹⁵ N. do A.: a consagrada referência à qualificação do artigo 3º como “comum” deve-se ao fato de que ele, assim como os artigos 1º e 2º, foi inserido nos textos das quatro Convenções de 1949 exatamente com o mesmo conteúdo, sendo, portanto, esses três artigos, “comuns” àquelas Convenções.

¹¹⁶ SOLIS, 2010, p. 97

¹¹⁷ Ver Anexo A

¹¹⁸ N. do A.: transcrita aqui apenas a parte do conteúdo que interessa para fins da pesquisa. “Devido ao fato de que o artigo 3º Comum contém, de forma abreviada, um espectro de normas humanitárias básicas, ele é frequentemente denominado de ‘miniconvenção’” (SOLIS, 2010, p. 97). SCHEIPERS (2015, p. 144) observa que o artigo 3º Comum “foi uma solução de meio termo, uma vez que muitas potências coloniais europeias estavam preocupadas com os limites ao uso de forças militares em suas colônias”. Observar também que o trecho grifado destaca que o conflito deve ocorrer, para fins de aplicação desse artigo, “no território de uma das partes”.

¹¹⁹ Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra

das políticas implementadas pelos alemães durante a ocupação da Europa e, em particular, relacionadas ao Holocausto”.¹²⁰ Desse modo, a sanha punitiva amplamente imposta aos civis em represália à atuação de atores não estatais tornou-se agora ilegal, o que sem dúvida representou um importante freio à guerra total. Entretanto, uma abordagem mais inclusiva em termos jurídicos, voltada a todos os tipos de combatentes, somente se tornaria mais central com as codificações dos Protocolos Adicionais de 1977.¹²¹

2.5 A fragmentação dos impérios coloniais e os Protocolos Adicionais de 1977

Desde 1945 os conflitos armados não internacionais têm sido muito mais frequentes em todo o mundo do que a guerra entre Estados.¹²² Seria natural então que, passados alguns anos da edição das Convenções de 1949, aperfeiçoamentos fossem necessários, já que os perfis dos conflitos armados estavam mudando. Guerras do tipo clausewitziano, envolvendo enormes exércitos engajados em batalhas de larga escala, passavam a dar lugar a guerras de guerrilha e a movimentos revolucionários.¹²³ Essa constatação, aliada ao desenvolvimento de novos meios bélicos e métodos de combater, culminou com uma Conferência Diplomática na qual os Estados elaborariam dois Protocolos Adicionais às Convenções de 1949. No Protocolo I complementam-se disposições relativas aos conflitos armados internacionais, além de certas regras do Direito da Haia sobre condução das hostilidades. Já o Protocolo II desenvolveu e complementou, inspirando-se no artigo 3º Comum, as regras aplicáveis em caso de conflito armado não internacional.¹²⁴ A Figura 2 ilustra o arcabouço jurídico estabelecido:¹²⁵

¹²⁰ SOLIS, 2010, p. 84

¹²¹ SCHEIPERS, 2015, p. 145

¹²² SWINARSKY, 1988, p. 20

¹²³ SOLIS, 2010, p. 119

¹²⁴ SWINARSKI, 1988, p. 20

¹²⁵ Sobre as duas fontes que compõem esse arcabouço, BYERS (2007, p. 14) clarifica o tema com bastante didatismo: “Existem duas fontes principais no direito internacional, sendo a primeira o direito consuetudinário internacional, um corpo de leis informal e sem expressão escrita que deriva da conjugação de ‘práticas de Estado’ com a *opinio juris*. Práticas de Estado são aquilo que os governos dizem e fazem; a *opinio juris* vem a ser a convicção, por parte dos governos, de que sua conduta é justa, determinada pelo direito internacional. A maioria das normas do direito consuetudinário internacional tem aplicação universal: são obrigatórias para todos os países, e todos os países contribuem para seu desenvolvimento e evolução. Quando está em formação uma nova norma do direito consuetudinário internacional, cada país pode

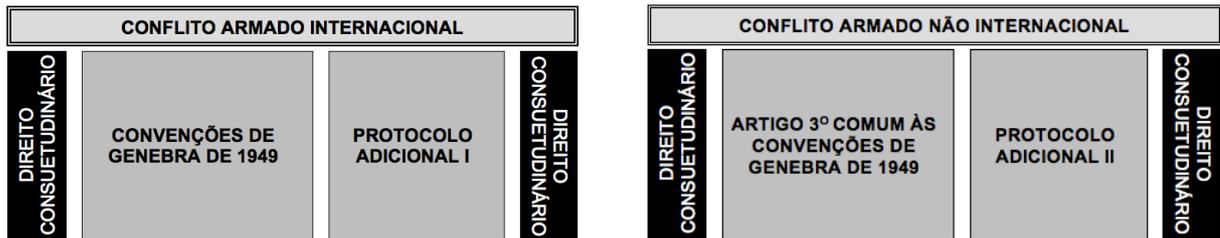


Figura 2 – Arcabouço jurídico do DICA em conflitos armados internacionais e não internacionais
Fonte: FISCHER, H. (2003)

As guerras nas colônias desempenharam um importante papel no desenvolvimento do conceito do combatente irregular, que havia sido reavaliado após a 2ª Guerra Mundial e impactaria as guerras de descolonização na segunda metade do século XX. Não obstante, o tratamento dispensado aos irregulares não diferia fundamentalmente das práticas utilizadas nas metrópoles,¹²⁶ em grande parte porque a ausência de instrumentos legais codificados permitia justificativas baseadas nessa aparente anomia. A solução encontrada no Protocolo Adicional I foi restringir as condições para a beligerância legal,¹²⁷ persistindo, todavia, a definição *ex negativo*:

Artigo 43¹²⁸

1. As forças armadas de uma Parte em conflito compõem-se de todas as forças, unidades e grupos armados e organizados, colocados sob um comando responsável pela conduta de seus subordinados perante essa Parte, mesmo quando essa Parte seja representada por um governo ou autoridade não reconhecidos por uma Parte adversa. Tais forças armadas deverão estar submetidas a um regime de disciplina interna que assegure particularmente o respeito às regras do direito internacional aplicáveis aos conflitos armados.¹²⁹ (grifos nossos)
2. Os membros das forças armadas de uma parte em conflito [...] são combatentes[...].

Artigo 44

[...] os combatentes são obrigados a distinguir-se da população civil no curso de um ataque ou de uma operação militar preparatória de um ataque. Contudo, reconhecendo-se que nos conflitos armados existem situações nas quais, devido à natureza das hostilidades,¹³⁰ um

apoiá-la, por meio de seus atos ou declarações, ou opor-se publicamente a ela de maneira ativa. Uma nova norma só entrará em vigor quando desfrutar de generalizado apoio”.

¹²⁶ SCHEIPERS, 2015, p. 32

¹²⁷ SCHEIPERS, 2013, p. 30

¹²⁸ N. do A.: assim como as quatro Convenções de Genebra e toda a legislação anterior a elas, o artigo 43 do PA I é considerado, dada a sua repetida e generalizada aplicação pelos Estados, norma consuetudinária, implicando dizer que não há que se falar em ratificação por determinado Estado para que ele esteja obrigado a respeitar o artigo 43. Essa observação é importante na medida em que nações relevantes do ponto de vista geopolítico, como por exemplo os Estados Unidos, não ratificaram os Protocolos Adicionais de 1977.

¹²⁹ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Protocolos adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. Genebra: CICV, 1992.

¹³⁰ N. do A.: acerca de “natureza das hostilidades” o Protocolo Adicional I refere-se aos conflitos armados contidos em seu artigo 1º, 4, considerados como sendo de natureza internacional, apesar de terem, à primeira vista, uma natureza interna. Esses conflitos buscaram cobrir os casos baseados no direito à autodeterminação dos povos, como as lutas pela descolonização, o combate à ocupação estrangeira e aos regimes racistas. São usualmente referenciados pela sigla “CAR” (*Colonialism, Alien occupation e Racist regime*). Conforme comenta SOLIS (2010, p. 124; 125), “embora seu reconhecimento como conflitos internacionais tenha sido objeto de grande polêmica à época da Conferência, alegando-se o estímulo a movimentos de libertação e guerrilhas, a passagem do tempo tornou essa preocupação bem menos importante. A luta contra o colonialismo não é mais um tema relevante nos dias atuais. Por seu lado, a ocupação estrangeira já estava regulada tanto pela H.IV quanto pela 4ª Convenção de 1949 e hoje há apenas algumas discutíveis situações, como a ocupação israelense na

combatente armado não pode distinguir-se da população civil, este combatente conservará sua condição como tal, sempre que, nessas circunstâncias, porte suas armas abertamente.

Desse modo, os requisitos para o enquadramento no estatuto do combatente são diminuídos no PA I, possibilitando uma maior amplitude de pessoas qualificadas a receber o privilégio de combatente e o *status* de prisioneiro de guerra.¹³¹ Entretanto, nada é mencionado sobre como classificar os que não se encaixem nos pressupostos dos artigos 43 e 44 acima.

O sistema de proteção do PA II desenvolveu e suplementou o artigo 3º Comum, inspirando-se essencialmente nos sistemas de proteção existentes do âmbito dos conflitos armados internacionais.¹³² A dificuldade normalmente atribuída à aplicação do artigo 3º Comum diz respeito à definição das situações nas quais essa aplicação seria possível,¹³³ muito embora ele já tenha sido aplicado em inúmeros conflitos internos, a despeito de nele inexistir uma definição jurídica para ator não estatal.¹³⁴ Em que pese, para os fins humanitários, tal definição não fazer tanta diferença se analisada a situação fática – pois o mais importante é que se lhes seja assegurada alguma proteção do DICA –, ainda assim há que se assinalar a persistente lacuna.

Embora o PA II tenha trazido relativamente poucos problemas para a comunidade internacional, suas provisões são tão genéricas e incompletas que não se adequam a servir de guia para a conduta dos beligerantes, de modo que o artigo 3º Comum tem sido invocado com uma frequência substancialmente maior.¹³⁵ Dada a especificidade dos seus requisitos objetivos,¹³⁶ o PA II somente foi aplicado até hoje em El Salvador, na década de 1980, e

Faixa de Gaza. Por fim, o que constitui um regime racista é questionável, mas o fato é que casos como os dos bósnios no Kosovo e dos curdos no Iraque encerraram-se”. Ver no Glossário os conceitos de *autodeterminação e colonialismo*.

¹³¹ SCHEIPERS, 2013, p. 30

¹³² SWINARSKI, 1988, p. 52

¹³³ SOLIS, 2010, p. 98

¹³⁴ Apesar de os governos não fazerem declarações nesse sentido (MELLO, 1997, p. 165). O autor lista Estados nos quais houve conflitos armados onde essa aplicação ocorreu: Guatemala (1954); Hungria (1956); Iraque (1962); Argélia (1955-56); Cuba (1958); Líbano (1958); Congo (1960-63); Iemen (1962); República Dominicana (1965); Nigéria (1967-70); Uruguai (1972); Chile (1973); Quênia (1957); Chipre (1955; 58); Irlanda do Norte (1971-73). Os procedimentos das partes em relação ao artigo 3º variaram em cada caso, mas em geral houve a concordância explícita quanto à aplicabilidade e quanto à visitação dos locais de detenção pelo CICV, cuja previsão encontra-se insculpida na parte final do referido artigo.

¹³⁵ SOLIS, 2010, p. 129;130

¹³⁶ São eles: ocorrer no território de uma Alta Parte contratante, entre suas forças armadas e forças armadas dissidentes, ou grupos armados organizados, de modo que essas forças armadas dissidentes e esses grupos armados organizados: 1) estejam sob a direção de um comando responsável; 2) exerçam sobre uma parte desse território um controle tal que lhes permita realizar operações militares contínuas e

mesmo assim devido à aceitação de fato pelo governo daquele Estado,¹³⁷ parecendo que “o terceiro mundo se desinteressou pelo Protocolo II a partir do momento em que as guerras de libertação nacional foram incluídas nos conflitos armados internacionais”.¹³⁸ Não obstante, o Protocolo expandiu as proteções das populações civis a ataques, protegendo também os bens indispensáveis à sobrevivência deles,¹³⁹ além de banir o uso da fome como método de combate, outrora permitido no Código Lieber.¹⁴⁰ Em seu artigo 1º, 1, o PA II estatui que

se aplica a todos os conflitos armados que não estiverem cobertos pelo artigo 1º do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (Protocolo I), e que ocorram no território de uma Alta Parte Contratante entre suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados¹⁴¹ que, sob a direção de um comando responsável, exerçam sobre uma parte desse território um controle tal que lhes permita realizar operações militares contínuas e concertadas e aplicar o Protocolo. (grifos nossos)

Desse modo, qualquer pessoa envolvida na ou afetada pela condução das hostilidades em um conflito armado, estará obrigatoriamente enquadrada em uma das seguintes categorias mutuamente excludentes constantes da Figura 3:



Figura 3 – Categorias mutuamente excludentes de atores em conflitos armados¹⁴²
Fonte: MELZER, 2008

Conforme este Capítulo pretendeu demonstrar, a evolução do *status* jurídico dos atores não estatais representou, de modo paradoxal, uma gradual e seletiva resposta às próprias necessidades de regulamentar o fenômeno dos combatentes irregulares, muito embora a opção tenha sido sempre pela definição negativa. Entretanto, significativos progressos protetivos foram alcançados no que concerne às populações civis, outrora penalizadas sistematicamente

concertadas; 3) apliquem o Protocolo. Fonte: COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Protocolos adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. Genebra: CICV, 1992.

¹³⁷ MELLO, 1997, p. 166

¹³⁸ *Ibidem*, p. 168

¹³⁹ PAII, artigo 14

¹⁴⁰ Código Lieber, artigo XVII

¹⁴¹ Ver Anexo A

¹⁴² Ver Anexo A

por um imbricamento tão indesejável quanto inoportuno com os irregulares. Isso porque “a imagem que um guerrilheiro tem de si mesmo não é a de um combatente solitário, oculto no meio do povo, mas de um povo mobilizado para a guerra”.¹⁴³

Porém, parcela considerável dessa repulsa à guerra irregular e aos seus protagonistas deriva não somente da tipologia de seu combate, mas justamente dos aspectos morais de suas alegadas aspirações, dos seus métodos e motivações, alguns dos aspectos que passamos a discutir a seguir.

¹⁴³ WALZER, 2003, p. 306. “Se quiserem lutar contra nós, dizem os guerrilheiros, vocês terão de lutar contra civis, pois vocês não estão em guerra com um exército, mas com uma nação. Portanto, vocês não deveriam sequer lutar; e, se lutarem, serão vocês os bárbaros que matam mulheres e crianças.[...] Por esse motivo, líderes guerrilheiros e promotores da guerrilha conseguem salientar a qualidade moral não só de seus objetivos, mas também dos meios que empregam” (*ibidem*, p. 306; 307).

3 CONFLITOS ASSIMÉTRICOS E MORALIDADE SUBJACENTE

A maioria dos grandes tratados internacionais de direito humanitário foi celebrada na esteira de conflitos armados, numa lógica de “gato e rato”, num padrão *post factum*, em resposta a certas preocupações que emergiram da névoa da guerra.¹⁴⁴ Como fartamente demonstrado no Capítulo 2, o Código Lieber é um exemplo cabal desse traço constitutivo. Nesse sentido, é importante lançar luz sobre a intelecção acerca do que desejamos caracterizar como *conflito armado assimétrico*, bem como sua relação com a tipologia jurídica dos conflitos armados.

3.1 Conflitos armados assimétricos: um esforço conceitual

Não somente porque grande parte dos Estados modernos vêm historicamente incorporando e consolidando valores típicos das democracias liberais, mas também em decorrência do colapso da União Soviética e do resultante “efeito dominó” fragmentador, conflitos armados interestatais têm sido uma gritante exceção. Do fim da Guerra Fria a 2007, o número de democracias subiu de 76 para 123,¹⁴⁵ consolidando uma noção, derivada de Kant e do liberalismo clássico, de que democracias liberais não lutam contra democracias liberais. Um exercício de perspectiva histórica nos mostra que o último conflito de natureza internacional, nos moldes clássicos da guerra entre Estados, foi a Guerra do Golfo (1991), entre o Iraque e a coalizão liderada pelos Estados Unidos da América. De fato,

as plataformas de armas da Segunda Guerra Mundial tornaram-se extraordinariamente complexas e caras, diminuindo desse modo sua utilidade, por causa do custo e dos requisitos logísticos, combinados com cada vez menores incrementos em performance. Os problemas de mobilização, inflexibilidade e os riscos da guerra de atrito magnificaram-se no período pós-guerra, tornando quase proibitivo executar uma operação de grande envergadura, exceto contra um inimigo nitidamente inferior, tal como ocorreu na Guerra das Malvinas (1982) ou na Guerra do Golfo. Desde 1945 houve muito poucas guerras interestatais, e essas (Índia e Paquistão, Grécia e Turquia, Israel e Estados Árabes) foram geralmente restringidas por meio da intervenção de alguma superpotência.¹⁴⁶

¹⁴⁴ SCHMITT, 2008, p. 2

¹⁴⁵ NYE, 2009, p. 60

¹⁴⁶ KALDOR, 2007, p. 30; 31. (original em inglês; tradução nossa)

As leis da guerra tradicionais são baseadas numa rígida distinção entre estado de paz e estado de guerra,¹⁴⁷ muito embora desde a 2ª Guerra Mundial as declarações formais de guerra tenham sido virtualmente inexistentes.¹⁴⁸ A anatematização da guerra e a convicção, por parte das grandes potências militares, de que um novo conflito de escala global seria fatal para todas elas indistintamente, traduziu-se numa tentativa de disfarçar as agressões internacionais.¹⁴⁹ Desde 1945 os países raramente consideraram-se em um estado formal de “guerra”,¹⁵⁰ razão pela qual as CG de 1949 utilizam o conceito de “conflito armado”, transmitindo a ideia de que as leis humanitárias aplicam-se quando quer que forças armadas combatam entre si, independentemente de classificação oficial.¹⁵¹

Embora haja tentativas, por parte de alguns juristas, de aplicar aos confrontos interestatais um critério restritivo com base na intensidade do conflito – excluindo, desse modo, os de pequena escala¹⁵² –, em geral não há maiores dificuldades em categorizar um conflito armado como internacional, uma vez que já está consolidada, consuetudinariamente, a noção de que é suficiente que “a guerra em seu sentido fático” esteja caracterizada.¹⁵³ Em sendo caracterizado como conflito armado internacional (CAI), as condições para aplicação do DICA são guiadas pelo artigo 2º Comum às Convenções de Genebra, que assim dispõe:

Além das disposições que devem entrar em vigor em tempo de paz, a presente Convenção será aplicada em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que possa surgir entre duas ou mais das Altas Partes contratantes, mesmo se o estado de guerra não tiver sido reconhecido por uma delas.¹⁵⁴ (grifos nossos)

¹⁴⁷ GREENWOOD, 1995, p. 39

¹⁴⁸ Greenwood, *apud* PAULUS e VASHAKMADZE, 2009, p. 97

¹⁴⁹ ACCIOLY, 1982, p. 265

¹⁵⁰ GREENWOOD, 1995, p. 39

¹⁵¹ PICTET, 1952, p. 32. Recorda SWINARSKI (1988, p. 32) que, “entre 1945 e 1988, dos 189 conflitos armados que eclodiram no mundo, somente 19 foram classificados como conflito internacional por todas as partes, ou seja, como ‘guerra’. [...] Por isso a deliberada substituição do termo ‘guerra’ por ‘conflito armado’. Mesmo que um Estado pretenda, quando comente atos de hostilidade armada contra outro Estado, não estar em guerra, mas sim estar realizando uma simples operação policial ou um ato de legítima defesa, não poderá alegar que não se encontra em uma situação de conflito armado de fato e, portanto, deverá assumir as obrigações que lhe correspondem de acordo com as Convenções de Genebra”.

¹⁵² PAULUS e VASHAKMADZE, 2009, p. 98

¹⁵³ GREENWOOD, 1995, p. 41

¹⁵⁴ Parágrafo 1º. Comenta GREENWOOD (1995, p. 41) que, “embora a frase final não lide expressamente com a situação na qual nenhuma das partes no conflito armado admita que seja um estado de guerra, aceita-se amplamente que as Convenções sejam aplicadas em um caso como esse, de modo que a frase final deveria ser ‘mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma ou ambas as partes’”. (original em inglês; tradução nossa)

A convenção será igualmente aplicada em todos os casos de ocupação total ou parcial de um território de uma Alta Parte Contratante, mesmo que essa ocupação não encontre qualquer resistência militar.¹⁵⁵ (grifo nosso)

O PA I ampliou o alcance dos conflitos armados internacionais, incluindo aqueles nos quais os “povos lutam contra dominação colonial, ocupação estrangeira e regimes racistas no exercício do seu direito de autodeterminação”.¹⁵⁶ Passou a considerar situações nas quais uma intervenção estrangeira também internacionaliza um conflito armado interno, quando, por exemplo, determinado apoio militar é fornecido a grupos armados na sua luta contra um governo efetivo.¹⁵⁷ Dependendo das circunstâncias, uma guerra por procuração também pode ser vista como um conflito armado internacional.¹⁵⁸

Mas se a categorização como conflito armado internacional não enfrenta celeumas profundas no plano jurídico-doutrinário, o mesmo não se pode afirmar sobre os conflitos não internacionais, ou internos (CANI). Segundo alguns autores, o artigo 3º Comum às Convenções não é claro nessa conceituação justamente porque, como nenhuma definição

¹⁵⁵ Parágrafo 2º. N. do A.: este parágrafo desencadeia a aplicação de um conjunto de normas destinadas, sobretudo, à proteção das pessoas protegidas nos territórios ocupados, o chamado Direito de Ocupação. Diferentemente do conceito de *território invadido* – situação transitória, breve, de irrupção violenta em território de outro Estado (VERRI, 1988, p. 105) –, um *território ocupado* é aquele que, em consequência da intenção do invasor de nele permanecer, encontra-se colocado de fato sob a autoridade do exército inimigo (artigo 42 do Regulamento da H.IV, 1907). Em termos práticos, significa que cessaram as hostilidades inimigas sobre as forças invasoras, tendo os combatentes adversos sido neutralizados ou destruídos. Existem normas detalhadas que estabelecem os direitos e deveres desse ocupante (artigos 27 a 34 e 47 a 78 da 4ª Convenção de Genebra; artigos 42 a 56 da H.IV), o qual tem a obrigação de adotar as medidas necessárias para restabelecer e garantir a ordem e a vida pública, respeitando, salvo impedimento absoluto, as leis outrora em vigor. Caso contrário, não conseguindo a autoridade ocupante se estabelecer de fato, o território não está ocupado, mas apenas invadido. Ou seja, tecnicamente ainda é um campo de batalha.

¹⁵⁶ Artigo 1º, 4. Esses conflitos são conhecidos na doutrina internacional como “CARs” (guerras anticoloniais, contra invasão estrangeira – alienígena – e contra regimes racistas). O dispositivo mostrou-se altamente controverso (GREENWOOD, 1995, p. 42) e fez com que vários países envolvidos em conflitos recentes, tais como Índia, Israel, Iraque e Estados Unidos, tenham optado pela não ratificação do Protocolo (PAULUS e VASHAKMADZE, 2009, p. 103). Comenta SOLIS (2010, p. 123) que alguns Estados enxergaram o dispositivo como uma brecha para a indesejável concessão de proteção das Convenções a simples bandoleiros, foras da lei ou organizações criminosas, mas o CICV considerou que “a lista dos conflitos ampliados é exaustiva e completa: ela certamente cobre todos os casos nos quais uma pessoa, a fim de exercer seu direito de autodeterminação, deve recorrer ao uso de força armada contra a interferência de outra pessoa, ou contra um regime racista” (SANDOZ, *apud ibidem* p. 124). Importante salientar que, conforme detalhado por SOLIS (*ibidem*, p. 123; 125), no caso dos Estados Unidos, outras três objeções foram levantadas em relação ao Protocolo I: 1ª) modificação (afrouxamento) das qualificações costumadamente requeridas para concessão do privilégio de prisioneiro de guerra, sobretudo o artigo 44, 3 e 4; 2ª) proibição de represálias, ou seja, do cometimento de ações que violem o DICA para dissuadir que o inimigo o faça, e portanto deixando de fora, segundo os EUA, a única opção legal capaz de impedir, de imediato, que um Estado inimigo viole normas humanitárias; 3ª) desproteção dos mercenários (artigo 47), que passam a não ter o privilégio de combatente somente por causa de sua motivação pecuniária, o que levantaria as seguintes questões: Será que atualmente essa consideração de “motivação pecuniária abjeta” ainda se aplica? Qual a diferença deles para as milícias e corpos de voluntários cobertos pelos artigos 43 e 44? E se eles não tiverem “mão de obra” mas possuírem recursos para contratá-la? Ainda, como fica a situação das companhias militares privadas?; 4ª) estabelecimento de regras detalhadas demais para a discriminação na condução dos ataques (artigos 48 a 67), causando receio de acusações de crimes de guerra, quando na realidade o fato é que comandantes em campanha muitas vezes tomam decisões com base em informações imperfeitas (Fonte: *Message from the President of the United States*, US Government Printing Office, 100th Congress, 1st Session, Treaty doc. 100-2, Washington, 1987).

¹⁵⁷ Schmitt, Garraway e Dinstein, *apud* PAULUS e VASHAKMADZE, 2009, p. 101

¹⁵⁸ *Ibidem*. Uma guerra por procuração (*proxy war*) é caracterizada pelo engajamento indireto, num conflito armado, de terceira(s) parte(s) desejando influenciar o seu resultado estratégico. Tem sido uma tendência particularmente prevalente desde 1945, já que a ameaça de uma guerra nuclear passou a exigir uma seletividade mais aguçada no engajamento em conflitos armados. Elas ocorrem quando Estados ou atores não estatais, baseados na sua percepção de ideologia, interesse e risco, aceitam que a intervenção direta num conflito poderia ser injustificável, demasiadamente cara (política, financeira ou materialmente), evitável, ilegítima ou mesmo inviável (MUMFORD, 2013, p. 1;2; 30).

poderia ser suficientemente capaz de capturar todas as situações fáticas que a realidade dos CANI contempla, a natureza inerentemente reducionista de uma definição poderia minar o âmbito protetivo do direito humanitário.¹⁵⁹ Além disso, nenhuma nação é ávida por anunciar que não pode controlar a violência dentro de suas próprias fronteiras e entre seus próprios cidadãos.¹⁶⁰ Isso sem mencionar que o PA II introduziu rigorosos requisitos para a aplicabilidade de suas regras e um limiar mínimo¹⁶¹ abaixo do qual ele não deve ser aplicado, o que tornou essa aplicação extremamente rara em conflitos internos recentes, devido ao fato de que grupos insurgentes dificilmente cumprem os pressupostos do seu artigo 1º.¹⁶² E quanto ao artigo 3º Comum?

Nascedouro de grande parte da jurisprudência do DICA atualmente utilizada como fonte, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII),¹⁶³ ao analisar o *Caso Tadić*, firmou o entendimento de que se está diante de um CANI “quando quer que haja [...] violência armada prolongada entre autoridades governamentais e grupos armados organizados, ou entre esses grupos dentro de um Estado”.¹⁶⁴ O TPII considerou também que a análise legal deve ser feita caso a caso, levando-se em consideração o *nível de intensidade* do conflito e o *nível de organização* das partes envolvidas. Desse modo, afirmou o Tribunal, pode-se “distinguir um conflito armado de banditismo, de insurreições desorganizadas e de curta duração, ou de atividades terroristas, que não estão sujeitas ao Direito Internacional

¹⁵⁹ Pejić, *apud* PAULUS e VASHAKMADZE, 2009, p. 102

¹⁶⁰ SOLIS, 2010, p. 102. É importante destacar, como descreve MELLO (1997, p. 168; 169), a própria posição brasileira na Conferência Diplomática sobre Direito Humanitário de 1974-1977. Fustigado por focos guerrilheiros em áreas da Amazônia e por movimentos populares contestatórios internos, o Brasil considerou que o Protocolo II somente seria aplicável se fosse igualmente reconhecida a sua aplicação pela parte adversa (no caso, pelos guerrilheiros, os atores não estatais de então), o que não tinha fundamento jurídico, haja vista a não atuação do princípio da reciprocidade em matérias versando sobre direitos humanos (*Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*. Genebra, 1974-1977. v. III. p. 286).

¹⁶¹ Artigo 1º, 2: “[...] não se aplica às situações de tensão e perturbação internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos, que não são considerados conflitos armados”.

¹⁶² GREENWOOD, 1995, p. 48. N. do A.: possuir um comando responsável; controlar parte do território de modo a lhes permitir conduzir operações militares contínuas e coordenadas, assim como aplicar o Protocolo.

¹⁶³ N. do A.: para um vasto e detalhado estudo de caso sobre os conflitos armados na ex-Iugoslávia, ver Sassòli, M., Bouvier, A. e Quintin, A. *Case No. 203, Case Study, Armed Conflicts in the Former Yugoslavia*. How Does Law Protect In War: cases, documents and teaching materials on contemporary practice in International Humanitarian Law. 3 ed., Vol. III, Part II, Cases and Documents. Genebra: ICRC, 2011.

¹⁶⁴ Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, *The Prosecutor v. Dusko Tadić*. Decisão sobre a Moção de Defesa ao Recurso Interlocutório sobre Jurisdição, IT-94-1-A, 02.10.1995, para. 70. “[...] whenever there is [...] protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”. (tradução nossa) N. do A.: a primeira parte da definição (aqui omitida, mas que menciona “o recurso às forças armadas entre Estados”) foi construída para amoldar-se aos CAI, ao passo que a segunda porção (aqui expressa, e que remete a “autoridades governamentais” e “grupos dentro de um Estado”) buscou alcançar os CANI.

Humanitário.”¹⁶⁵ A definição cunhada pelo TPII foi endossada pelo Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional¹⁶⁶ e, acrescida dos critérios de intensidade e organização, foi corroborada pelo CICV, que em 2008 definiu o CANI ao qual se aplica o artigo 3º Comum:

Are protracted armed confrontations occurring between governmental armed forces and the forces of one or more armed groups, or between such groups arising on the territory of a State [party to the Geneva Conventions]. The armed confrontation must reach a minimum level of intensity and the parties involved in the conflict must show a minimum of organization.
(grifos nossos)^{167/168}

No que concerne ao *nível mínimo de intensidade do conflito*, o termo “prolongadas”¹⁶⁹ sugere que as hostilidades não podem ser esporádicas, o que tem criado certa confusão, já que esse termo não se encontra nem no artigo 3º Comum nem no PA II (embora nesse último haja referência à capacidade de as forças conduzirem operações militares “contínuas e concertadas”, ao mesmo tempo em que afasta a aplicação do Protocolo às explosões esporádicas de violência e aos distúrbios internos).¹⁷⁰ O artigo 3º Comum não contém também nenhum critério de intensidade, o que pode, por exemplo, suscitar dificuldades quanto à sua aplicação em certos conflitos denominados como de “baixa intensidade”.¹⁷¹ Nesse diapasão, outro julgado pelo TPII, o *Caso Limaj*, fornece elementos tangíveis adicionais para a

¹⁶⁵ Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, *The Prosecutor v. Dusko Tadić*. Caso Nº IT-94-1-T, Opinião e Julgamento (Câmara de Julgamento II), 07.05.1997, para. 562. “[...] to distinguish an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to International humanitarian law”. (tradução nossa)

¹⁶⁶ Artigo 8º (2) (f) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional

¹⁶⁷ INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS (ICRC). *How is the term “Armed Conflict” defined in International Humanitarian Law*. Disponível em <<https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>> Acesso em 5 jun. 2017. São confrontações armadas prolongadas ocorrendo entre forças armadas do governo e forças de um ou mais grupos armados, ou entre tais grupos insurgindo-se no território de um Estado [parte das Convenções de Genebra]. A confrontação armada precisa alcançar um nível mínimo de intensidade e as partes envolvidas no conflito precisam evidenciar um nível mínimo de organização. (tradução nossa; grifos nossos)

¹⁶⁸ Pictet (*apud* SOLIS, 2010, p. 102; 103) pergunta: Quem decide se uma “insurreição”, uma “revolta” ou uma “rebelião” dentro de um Estado não é na verdade uma organização criminosa buscando acobertamento político para seus atos ilegais? Paralelamente à definição jurisprudencial emanada do TPII, o CICV sugere quatro critérios não cumulativos e não obrigatórios para tornar o artigo 3º Comum aplicável: (1) que a parte revoltosa possua uma força militar organizada, uma autoridade responsável pelos seus atos, agindo dentro de um determinado território e possuindo os meios para respeitar e fazer respeitar as Convenções; (2) que o governo legal seja forçado a recorrer a forças militares regulares contra insurgentes organizados como militares e que estejam de posse de uma parte do território nacional; (3) que o governo de direito tenha reconhecido os insurgentes como beligerantes legais e que a disputa tenha sido admitida na agenda do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral das Nações Unidas como sendo uma ameaça à paz internacional; (4) que os insurgentes tenham uma organização aparentando ter as características de um Estado e que a autoridade civil insurgente exerça autoridade de fato sobre as pessoas dentro de um determinado território. (original em inglês; tradução nossa)

¹⁶⁹ Em inglês, “protracted”. PAULUS e VASHAKMADZE (2009, p. 106) observam, citando o *Oxford Dictionary of English* (SOANES, C e STEVENSON, A., Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 1416), que o termo *protracted* refere-se apenas à duração (comprimento) e não à intensidade do conflito, muito embora o critério de *violência armada prolongada* (*protracted armed violence*) do consagrado *Caso Tadić* tenha sido interpretado em subsequentes decisões do TPII como referindo-se à intensidade do conflito ao invés de apenas a sua duração (Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia, *The Prosecutor v. Ramush Haradinaj*, Caso Nº IT-04-84-T, Julgamento, Câmara de Julgamento I, 03.04.2008, para. 49).

¹⁷⁰ PA II, artigo 1º, 1, *in fine*. Não obstante, tem sido sugerido que “prolongada” não significa o mesmo que “contínua”, mas sim uma combinação de fatores tais como tempo, violência, mortes e assim por diante (Cullen, *apud* LINDSTRÖM, 2012, p. 25; 26). Ver, no Glossário, a conceituação de *distúrbios internos*.

¹⁷¹ LINDSTRÖM, 2012, p. 25

avaliação do nível de intensidade de um CANI, a fim de distingui-lo de um mero distúrbio interno:

The two determinative elements of an armed conflict [are] intensity of the conflict and level of organization of the parties [...] By way of example, in assessing the intensity of a conflict, [it may be] considered factors such as the seriousness of attacks and whether there has been an increase in armed clashes, the spread of clashes over territory and over a period of time, any increase in the number of government forces and mobilization and the distribution of weapons among both parties to the conflict, as well as whether the conflict has attracted the attention of the United Nations Security Council, and, whether any resolutions on the matter have been passed.¹⁷²

A intensidade, portanto, manifesta-se por várias formas, tais como a continuidade das operações bélicas (são episódios de violência crônicos e duradouros), o alto poder de fogo, o tipo de armamento e a utilização de meios e métodos típicos de enfrentamentos militares, tornando-a o requisito mais importante para saber da regência das normas do DICA.¹⁷³

Todavia, ainda assim é imprescindível que os atores que aplicam a violência armada estejam suficientemente organizados, preferencialmente (mas não necessariamente) aos modos de uma força militar regular convencional, uma vez que se está falando de um embate em que atuam grupos armados.¹⁷⁴ Quanto a esse critério de *nível mínimo de organização das partes*, as normas positivas igualmente não contribuem, uma vez que não há, no Protocolo Adicional II, nem tampouco no artigo 3º Comum, definição do que seriam “partes” no conflito ou grupos armados “organizados”. Novamente o socorro advém da jurisprudência internacional, por meio dos *Casos Limaj*¹⁷⁵ e *Milošević*:¹⁷⁶ o critério organizacional é

¹⁷² Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, *The Prosecutor v. Limaj et al.* Caso Nº IT-03-66-T, Julgamento (Câmara de Julgamento II), 30.11.2005, para. 89; 90. Os dois elementos determinantes de um conflito armado [são] a intensidade do conflito e o nível de organização das partes [...] A título de exemplo, ao avaliar a intensidade de um conflito, [podem ser] considerados fatores tais como a gravidade dos ataques e se houve um aumento nos confrontos armados, a disseminação de confrontos sobre o território e ao longo de um período de tempo, qualquer aumento no número de forças governamentais e na mobilização e distribuição de armas entre ambas partes no conflito, bem como se o conflito atraiu a atenção do Conselho de Segurança das Nações Unidas, e se quaisquer resoluções sobre o assunto foram aprovadas. (tradução nossa)

¹⁷³ PEREIRA, 2016, p. 63; 64. Cullen (*apud* LINDSTRÖM, 2012, p. 26) comenta que isso tem suscitado um debate jurídico sobre se os ataques executados por organizações terroristas devem ser vistos como tendo atingido o nível mínimo de intensidade ou se devem permanecer na esfera dos atos criminosos sujeitos aos sistemas legais domésticos. Vale dizer que o DICA não somente repudia expressamente, como considera que o uso de ações terroristas como método de combate flagrantemente exclui seu(s) perpetrador(es) dos privilégios de combatente e da esfera protetiva do arcabouço jurídico humanitário, uma vez que tais ações desrespeitam as leis e costumes da guerra (G IV artigo 33; PA I artigo 51, 2; PA II artigo 4, 2, d; PA II artigo 13, 2). Importante salientar também que parte dos juristas internacionais entendem haver distinção entre o *terrorismo* e a prática de *atos de terror*. Neste trabalho, nosso recorte de objeto não contempla discussões sobre essa complexa problemática, pois consideramos que, quaisquer que sejam os matizes, origens ou motivações, práticas terroristas não podem legitimar seus executores aos privilégios e proteções do DICA, salvo as garantias fundamentais que devem ser asseguradas a qualquer indivíduo (PA I artigo 75, já considerado como norma de natureza consuetudinária). Ver, no Glossário, a conceituação de *terrorismo*.

¹⁷⁴ PEREIRA, 2016, p. 65

¹⁷⁵ *Limaj et al.*, Julgamento, Caso. Nº IT-03-66-T, 30.11. 2005, para. 94-134

¹⁷⁶ *Prosecutor v. Milošević*, Decisão da Câmara de Julgamento, Caso Nº IT-02-54-T, 16.06. 2004, para. 23. Nesse julgado, LINDSTRÖM (2012, p. 26) chama a atenção para a importância da correta tipologia do conflito *vis-à-vis* os resultados punitivos possíveis, ao mencionar que se o Exército de Libertação do Kosovo (em inglês, KLA) “não tivesse os atributos de um grupo armado organizado, Milošević não

caracterizado pela identificação de determinados *fatores* e *indicadores*, tais como os apresentados no Quadro 2:

NÍVEL MÍNIMO DE ORGANIZAÇÃO DAS PARTES EM UM CANI	
FATORES	INDICADORES CARACTERÍSTICOS
Estrutura de comando	uma sede; uma equipe de funcionários ou um alto comando; regulamentos internos; emissão de declarações políticas ou comunicados; uso de porta-vozes; classes e posições identificáveis; funções exercidas pelos líderes
Capacidade militar operativa	capacidade de formular uma estratégia militar unificada; emprego táticas militares; controle de determinado território e divisão em zonas de responsabilidade; capacidade de conduzir operações militares amplas e eficazes
Capacidade logística	cadeias de suprimento para acesso a armas e outros equipamentos militares; capacidade de movimentar tropas, de recrutar, armar e treinar pessoal; tipos e quantidades de armas
Sistema disciplinar interno e capacidade de implementar o DICA	regras disciplinares; mecanismos de punição; treinamento
Capacidade de “falar a uma só voz”	capacidade de agir em nome dos membros em negociações políticas; capacidade de celebrar acordos diplomáticos e de cessar-fogo

Quadro 2 – Fatores e indicadores característicos de um nível mínimo de organização das partes em um CANI

Fonte: Boškosi (*apud* PEREIRA, 2016) e LINDSTRÖM (2012) com base nos *Casos Limaj et al e Milošević*

Relevante recordar que, tanto em um CAI quanto em um CANI, a fim de que seus membros se beneficiem dos privilégios de combatentes, os grupos armados organizados precisam ser as (ou fazer parte das) forças armadas de uma parte no conflito, quer essa parte seja estatal, quer seja não estatal,¹⁷⁷ isto é, eles precisam “pertencer” a uma das partes no conflito. O conceito de “pertencer a” requer pelo menos uma relação *de facto* entre o grupo armado organizado e a parte no conflito, relação essa que pode ser oficialmente declarada ou manifestada mediante acordo tácito ou comportamento conclusivo, em qualquer caso tornando claro por qual das partes o grupo está combatendo.¹⁷⁸

Tanto os CAI quanto os CANI são regulados pelo direito costumeiro (consuetudinário) e por tratados internacionais. A diferença principal, entretanto, é que devido ao fato de os Estados serem relutantes em abrir mão de seu direito soberano de regular assuntos internos,

poderia ter cometido crimes de guerra, uma vez que não estaria em curso um CANI”. N. do A.: o KLA era o grupo armado de etnicidade albanesa que lutava pela independência do Kosovo e cujas ações contra alvos sérvios foram violenta e criminosamente reprimidas por Milošević, presidente da Iugoslávia em 1998.

¹⁷⁷ Artigo 43 do Protocolo Adicional I; artigo 1º I do Protocolo Adicional II

¹⁷⁸ Pictet, *apud* MELZER, 2008, p. 23. SOLIS (2010, p. 205) auxilia o entendimento: “Em um conflito armado entre um Estado e um grupo armado organizado, tal como a Al Qaeda ou o Talibã, o grupo armado organizado não necessariamente desfruta do privilégio de combatente, exceto, como o CICV considera, se o grupo é de fato ‘as forças armadas de uma parte não estatal no conflito’. Assim como Legião Estrangeira é uma força armada da França, ou o Exército dos Estados Unidos é uma força armada dos Estados Unidos, guerreiros Talibãs armados organizados são a força armada daquele movimento fundamentalista muçulmano sunita. Claro que nem todo fundamentalista muçulmano sunita é um terrorista ou guerreiro Talibã, assim como nem todos os Talibãs são combatentes ilegais tomando parte direta nas hostilidades”. N. do A: a concepção de *combatente ilegal* será aprofundada no Capítulo 4 deste trabalho. Para noções acerca do significado de *participação direta nas hostilidades*, ver Anexo A.

há um limiar mais exigente para aplicação do DICA aos CANI.¹⁷⁹ Porém, uma dicotomia entre CAI e CANI não se amolda à complexidade dos conflitos modernos,¹⁸⁰ notadamente no que tange às situações nas quais atores não estatais operam transnacionalmente ou através das fronteiras de territórios ocupados.¹⁸¹ Nesse sentido, a noção de conflito “assimétrico” não pode ser restrita a conflitos armados entre Estados e entidades não estatais, já que pode envolver Estados em um conflito armado internacional, no significado do DICA.¹⁸² Há, em decorrência, vigoroso debate acadêmico sobre a aplicabilidade das normas humanitárias a conflitos assimétricos,¹⁸³ já que, sob certa perspectiva, qualquer enfrentamento bélico poderia ser caracterizado como assimétrico, pois jamais os adversários serão inteiramente iguais.¹⁸⁴ Metz e Jonhson (2001) propõem uma abrangente definição do que consideram *assimetria*. Para eles,

in the realm of military affairs and national security, asymmetry is acting, organizing, and thinking differently than opponents in order to maximize one's own advantages, exploit an opponent's weaknesses, attain the initiative, or gain greater freedom of action. It can be political-strategic, military-strategic, or a combination of these. It can entail different methods, technologies, values, organizations, time perspectives, or some combination of these. It can be short-term or long-term. It can be deliberate or by default. It can be discrete or pursued in combination with symmetric approaches. It can have both psychological and physical dimensions.¹⁸⁵

Algumas vezes são empregadas como sinônimas de *guerra/conflito assimétrico*¹⁸⁶ as denominações *guerra irregular*,¹⁸⁷ *guerra de guerrilha*,¹⁸⁸ *insurgência*,¹⁸⁹ *conflito de baixa*

¹⁷⁹ LINDSTRÖM, 2012, p. 24

¹⁸⁰ PAULUS e VASHAKMADZE, 2009, p. 100

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 110. Parte desse imbróglgio tipológico deve-se ao fato de que o DICA contempla apenas dois conjuntos de normas, enquanto há três potenciais combinações de partes guerreando e de territórios: conflito armado internacional clássico entre Estados; conflito armado não internacional entre um Estado e um ou mais grupos não estatais; conflito “transnacional” entre um Estado e um grupo não estatal (ou entre grupos não estatais) no território de mais de um Estado.

¹⁸² *Ibidem*, p. 108

¹⁸³ Sobretudo devido “ao infame documento de George W. Bush, em 7 de fevereiro de 2002, sobre a não aplicabilidade do DICA aos Talibãs e aos terroristas da Al Qaeda em Guantánamo e em qualquer outro lugar” (PAULUS e VASHAKMADZE, 2009, p. 109; 110). N. do A.: outros argumentos sobre essa questão serão apresentados no Capítulo 4.

¹⁸⁴ LINDSTRÖM, 2012, p. 30

¹⁸⁵ *Apud* SCHMITT, 2008, p. 3; 4. No domínio dos assuntos militares e da segurança nacional, assimetria é agir, organizar e pensar de forma diferente dos adversários, para maximizar as próprias vantagens, explorar as fraquezas de um oponente, atingir a iniciativa ou obter maior liberdade de ação. Pode ser político-estratégica, militar-estratégica, ou uma combinação destas. Pode implicar diferentes métodos, tecnologias, valores, organizações, perspectivas de tempo ou alguma combinação destes. Pode ser de curto prazo ou longo prazo. Pode ser deliberada ou por padrão. Pode ser discreta ou consoante com a combinação de abordagens simétricas. Pode ter dimensões psicológicas e físicas. (tradução nossa)

¹⁸⁶ Ver Glossário

¹⁸⁷ Conflito armado executado por forças não regulares ou por forças regulares empregadas fora dos padrões normais da guerra regular, contra um governo estabelecido ou um poder de ocupação, com o emprego de ações típicas da guerra de guerrilhas. Divide-se em guerra insurrecional e guerra revolucionária (*ibidem*, p. 126).

¹⁸⁸ É uma estratégia usada por atores não estatais para impor custos a um adversário [...], que podem ser materiais ou psicológicos, tais como a destruição de um campo adversário ou o prolongamento de um conflito, por meio do ataque, e então da retirada, e desse modo evitando que

intensidade ou *guerra de quarta geração*.¹⁹⁰ Mais recentemente, também começou a tomar forma nos debates a expressão *guerra híbrida*.¹⁹¹ Todas essas construções semânticas encerram em sua concepção um tipo de guerra em que há a perda, pelo Estado, do monopólio da violência legítima organizada, associada a uma mudança de enfoque da vanguarda do exército inimigo para o interior das cidades, com forças de efetivos reduzidos e um mínimo de apoio logístico da retaguarda, porém atuando com o máximo de iniciativa e liberdade de ação.¹⁹² Essas *novas guerras* distinguem-se das guerras anteriores

em termos de objetivos, métodos de combate e modo de financiamento. Os objetivos são ligados a identidades políticas, em contraste com os antigos objetivos ideológicos ou geopolíticos. [...] Suas estratégias baseiam-se nas experiências da guerra de guerrilhas e da contrainsurgência, embora de modo bastante distinto. [...] Enquanto a guerrilha antiga, ao menos em tese, visava a capturar “corações e mentes”, os métodos novos emprestam da contrainsurgência técnicas de desestabilização visando a disseminar “medo e ódio”.¹⁹³

Podemos considerar, para fins de análise dos enfrentamentos bélicos, que há quatro formas básicas de assimetria: tecnológica, doutrinária, normativa, de participantes/atores e

o conflito chegue ao seu término. A lógica por trás da guerra de guerrilha é que o adversário desistirá se perceber que prosseguir com sua estratégia não valerá a pena (LINDSTRÖM, 2012, p. 39). (original em inglês; tradução nossa) N. do A.: a última guerrilha tradicionalmente constituída sob o paradigma clássico foi desmantelada em maio de 2009. Tratavam-se dos Tigres Tâmeis (Tigres de Liberação do Tamil Eelam), do Sri Lanka, que buscava a autodeterminação do povo tâmil, mediante a criação, no nordeste da ilha do Sri Lanka, de um Estado independente denominado Tamil Eelam. Ver também Glossário.

¹⁸⁹ É o ataque armado de rebeldes contra uma autoridade constituída, para atingir um objetivo político. Não há uma definição clara de insurgência. Entretanto, tem sido sugerido que, quando o governo do Estado no qual os insurgentes estão operando considera necessário estabelecer relações com a parte insurgente a fim de debelá-la, então geralmente há um CANI em andamento. O problema de reconhecer a insurgência é saber quando ela sai da situação de ser apenas uma quebra da lei e da ordem (*ibidem*, p. 39; 40). (original em inglês; tradução nossa)

¹⁹⁰ Outras vezes, nem as expressões *guerra* ou *conflito* são empregadas, mas simplesmente *levante* ou *insurgência* (KALDOR, 2007, p. 17). No caso de *guerras de quarta geração*, a classificação subentende que teria havido outras três gerações, a saber: uma *primeira geração*, “a cultura da ordem”, entre 1648 (Tratado de Westphalia) e a Era Napoleônica (em torno de 1860); uma *segunda geração*, “desgaste e atrito”, entre aproximadamente a Guerra Civil Americana (1861-65) e o seu ápice, a Primeira Guerra Mundial (1914-18); uma *terceira geração*, “movimento e manobra”, cujo exemplo cabal foi a *blitzkrieg* alemã na Segunda Guerra Mundial (1939-45) (VISACRO, 2009, p. 39; LIND, 2004, p. 12). Para HAMMES (2007, p. 27), uma nova geração de guerra já está em plena gestação: “a *guerra de quinta geração* será o resultado de uma contínua troca nas lealdades políticas e sociais, de nações por causas. Esta será marcada pelo poder crescente de entidades cada vez menores e pela explosão da biotecnologia. A 5GW será verdadeiramente a guerra de redes-e-jatos: redes de comunicação distribuirão informações-chave, assegurarão uma fonte para os materiais e equipamentos necessários, e constituirão um campo nos quais voluntários serão recrutados; os jatos comerciais assegurarão a disseminação barata e eficiente das armas, em âmbito mundial”. Para aquele autor, “o ataque com antraz ao Capitólio dos EUA em outubro de 2001 pode ter sido o primeiro ataque 5GW” (*ibidem*, p. 25). N. do A.: para aspectos conceituais complementares sobre guerra de 4ª geração, ver Glossário.

¹⁹¹ “Guerra híbrida é aquela que se localiza nos interstícios entre a guerra especial e a convencional” (Walker, *apud* STEDER, 2016, p.8). “O termo *guerra híbrida* tem sido amplamente debatido na comunidade de segurança internacional na esteira da anexação da Crimeia por parte da Rússia em 2014, e permanece uma fonte de preocupação para observadores das políticas russas atuais” (PARAMESWARAN, P. *Are we prepared for 'hybrid warfare'?* Diplommat. Disponível em <<http://thediplomat.com/2015/02/are-we-prepared-for-hybrid-warfare>>. Acesso em 9 jun. 2017) “É provável que países com avançadas forças convencionais enfrentem mais táticas e procedimentos irregulares que representem uma vantagem: adversários compensam suas técnicas e capacidades inferiores por meio do uso de terrorismo, insurgência e táticas de guerrilha. Será mais provável que essas ameaças sejam conduzidas por meio de formações paramilitares organizadas de acordo com afinidades étnicas, por meio de sindicatos do crime organizado e através de ataques cibernéticos contra infraestruturas civis e militares essenciais, tais como as políticas, financeiras e as redes de comunicações. [...] Quando um exército moderno confronta uma pequena força híbrida, a força convencional será compelida a repensar suas doutrinas estabelecidas e a adaptar seus procedimentos operacionais de modo que possa identificar e explorar as vulnerabilidades críticas do inimigo híbrido” (STEDER, 2016, p.8; 9). (originais em inglês; traduções nossas)

¹⁹² VISACRO, 2009, p. 39

¹⁹³ KALDOR, 2007, p. 7-9 (original em inglês; tradução nossa). N. do A.: *novas guerras* é como a autora denomina esse tipo de conflito ao qual nos referimos.

legal/moral.¹⁹⁴ É sobre elas que se passa brevemente a discorrer a seguir.

3.1.1 Assimetria tecnológica¹⁹⁵

As últimas décadas têm presenciado uma extraordinária mudança nos conflitos e nas capacidades militares em geral. Relatórios mostram que mais de 100 países têm criado unidades de defesa cibernética e cerca de 30 já possuem veículos aéreos não tripulados (drones) com capacidade para transportar e operar armamentos, ao mesmo tempo em que coletam dados de inteligência em quantidade e precisão virtualmente ilimitadas.¹⁹⁶ Os campos da inteligência artificial, da nano e da biotecnologia caminham igualmente a passos largos.¹⁹⁷ Por sua vez, o término da bipolaridade e a consequente ampliação dos *gaps* tecnológicos, acentuados pelo crescente envolvimento de entes não estatais, criou desequilíbrios significativos nas capacidades militares das partes, tornando os conflitos cada vez mais estruturalmente assimétricos.¹⁹⁸ Essa assimetria é particularmente perceptível dada a natureza multidimensional do campo de batalha, como resultado da tecnologia e de sua capacidade de erodir conceitos como *linha de contato* e *limites* entre os oponentes,¹⁹⁹ e influenciando o espectro completo do conflito, desde o nível tático até o político.²⁰⁰ No nível tático, essas assimetrias tecnológicas manifestam-se também no combate corpo a corpo, já que

soldiers are better equipped as well, [wearing] sporting lightweight body armor, night vision goggles, global positioning systems, and individual weapons equipped with advanced sighting. They are able to communicate hands-free among each other even at the squad level. Secure, wireless laptops are deployed into the field with vertical and horizontal linkage and access to databases ranging from terrain charts to current enemy order-of-battle data.

¹⁹⁴ Schmitt, 2008

¹⁹⁵ O termo “tecnologia” é aqui empregado em sentido amplo, e não somente na acepção comumente encontrada nos debates militares (LIIVOJA, 2015, p. 1158), que remete, em geral, a armas e equipamentos militares, ou seja, “objetos físicos, especialmente ferramentas, instrumentos e dispositivos feitos pelo homem” (nessa vertente, falamos em “meios”). Aqui, igualmente estaremos colocando sob o chapéu semântico de tecnologia “a aplicação de conhecimentos para o atingimento de objetivos particulares ou para a solução de problemas particulares” (Moore, *apud ibidem*), ou seja, uma “técnica, uma maneira de fazer coisas” (Massey, *apud idem*, p. 1159).

¹⁹⁶ Nesse contexto, o aspecto mais significativo dessa “sabedoria tecnológica” (*ibidem*, p. 11) são os sistemas de comando e controle em rede, interligando sensoriamento, processamento e atuação em tempo real, desse modo permitindo aos comandantes movimentar os meios certos para os locais certos, quer para explorar uma oportunidade, quer para mitigar suas vulnerabilidades.

¹⁹⁷ Hanson, Horowitz e Fuhrmann *apud* LIIVOJA, 2015, p. 1158

¹⁹⁸ GEIB, 2006, p. 757; 758

¹⁹⁹ *Linha de contato* é a designação particular do limite avançado das posições amigas, quando há possibilidade de observação e fogos terrestres diretos entre as forças oponentes. *Limite* é uma linha, normalmente balizada por acidentes de terreno facilmente identificáveis, destinada a definir área de responsabilidade e a facilitar a coordenação e o controle dos fogos e da manobra (BRASIL, MD35-G-01, 2007, p.145; 146).

²⁰⁰ SCHMITT, 2008, p. 4; 5. No nível estratégico, a assimetria pode ela mesma ser uma estratégia, e o terrorismo é o exemplo cabal desse aspecto. No nível político, o impacto ocorre na formação de alianças, na negociação de tratados com viés humanitário e de controle de armamentos, bem como outros esforços para fomentar diplomacia, direito, qualidade da informação e economia.

Helicopter or fixed wing air support is typically on-call and immediately available in the contact area.²⁰¹

O grande desafio que repousa sobre os exércitos convencionais diz respeito a como adaptar-se à guerra assimétrica, o que de modo algum significa utilizar os mesmos métodos e meios dos adversários, muitos dos quais são proibidos pelo DICA.²⁰² Várias técnicas alinhadas às leis da guerra – os chamados *artifícios de guerra* – já existem, tais como criptografia, camuflagem, manobras simuladas, interferência nas comunicações ou simplesmente forçar o adversário a um ambiente operacional mais desvantajoso para ele.²⁰³ Por sua vez, as tropas em desvantagem tecnológica tem dois problemas básicos – como sobreviver e como engajar o inimigo de modo eficaz –,²⁰⁴ o que poderá criar incentivos para que elas recorram a meios e métodos de combate que minem, ou mesmo violem, normas e princípios há muito aceitos pelo DICA.²⁰⁵ Por exemplo, no que tange a pessoas, o uso de roupas civis repetidamente, sem o recurso a qualquer sinal distintivo, com o intuito de misturar-se à população civil, e com isso impedir a sua identificação, põe em risco o princípio da distinção,²⁰⁶ considerado o pilar sobre o qual o edifício do *jus in bello* assenta-se.²⁰⁷ O mesmo vale para bens e objetos. O uso

²⁰¹ *Ibidem*, p. 12; os soldados estão mais bem equipados também, usando coletes à prova de balas leves e esportivos, óculos de visão noturna, GPS e armamento individual equipado com avançados sistemas de pontaria. Eles são capazes de comunicar-se sem o uso das mãos mesmo no nível grupo de combate. *Laptops* sem fio e seguros são desdobrados no campo com *links* verticais e horizontais, além de bases de dados que vão desde gráficos do terreno até dados sobre a atual ordem de batalha do inimigo. Apoio aéreo de helicópteros ou de aeronaves de asa fixa são normalmente solicitados e estão imediatamente disponíveis na área de contato. (tradução nossa) É claro que as forças mais desenvolvidas tecnologicamente também estão de certo modo vulneráveis. Somente até março de 2008 quase 4000 militares estadunidenses haviam morrido na Guerra do Iraque. Ainda assim, mesmo numa batalha em condições de desvantagem, as proporções são bem desiguais, como demonstrou a Batalha de Fallujah: embora os insurgentes iraquianos tivessem um posicionamento mais vantajoso (defesa da área urbana), quase 1.200 insurgentes foram mortos, comparados com cerca de 50 fuzileiros navais estadunidenses (*ibidem*).

²⁰² LINDSTRÖM, 2012, p. 34

²⁰³ SCHMITT, 2008, p. 13. Para a definição de *artifícios de guerra*, sua legitimidade e uma lista não exaustiva deles, ver o artigo 37, 2 do Protocolo Adicional I.

²⁰⁴ *Ibidem*

²⁰⁵ GEIB, 2006, p. 758

²⁰⁶ O princípio da distinção baseia-se, por um lado, na definição de objetivo militar – ao impor que as operações sejam orientadas a esses objetivos – e, por outro lado, na adequada distinção entre os que são considerados população civil e aqueles que possuem o *status* de combatentes. Em outras palavras, identificam-se nitidamente duas dicotomias necessárias: *civil x combatente* e *bem civil x objetivo militar* (CINELLI, 2011, p. 94). A distinção tem duas partes que precisam ser sequencialmente respeitadas. A primeira parte é a distinção entre civis e combatentes. A segunda parte – atacar somente combatentes e objetivos militares – somente é possível quando as partes já distinguiram os combatentes dos civis. A separação de exércitos (combatentes) dos habitantes pacíficos (civis) em duas classes distintas, foi talvez o maior triunfo da lei internacional (MAXWELL, 2005, p. 78) e o seu efeito em mitigar as crueldades da guerra tem sido incalculável (Spaight, J. M. *apud idem*).

²⁰⁷ Embora essa conduta não seja uma violação do DICA *per se*, pessoas que participem diretamente das hostilidades sem usar um sinal distintivo fixo, visível e reconhecível a distância (G IV artigo 4º, A, 2) ou, no mínimo, dependendo da natureza do conflito, não tragam pelo menos suas armas à vista durante cada ação militar ou nos desdobramentos para um ataque (PA I artigo 44, 3, *in fine*), perderão o *status* de combatente e os benefícios a ele associados. Além disso, conforme o entendimento da Corte Internacional de Justiça, essa conduta estará erodindo a essência “intransgredível” do princípio da distinção (ICJ Advisory Opinion of 8 July 1996 on the legality of the threat or use of nuclear weapons, *ICJ Report 1996*, para. 79). N. do A.: para o significado de *participação direta nas hostilidades*, ver Anexo A.

indevido de emblemas protetivos para disfarçar objetivos militares²⁰⁸ – e desse modo neutralizar assimetrias –, transformando viaturas de transporte de combatentes em ambulâncias ou postos de comando em enfermarias, altera a equação da proporcionalidade como princípio fundamental,²⁰⁹ dando ao oponente uma irresistível necessidade de atacar sem estimar as prováveis baixas acidentais e danos colaterais. Em outras palavras, ao solapar-se o princípio da distinção, as barreiras da proporcionalidade vão sendo gradualmente diminuídas.²¹⁰ Por sua vez, como uma componente da equação de proporcionalidade, a necessidade militar²¹¹ – recorrentemente invocada como uma justificativa para violação das normas²¹² – vai lenta e clandestinamente tendo seu conceito ampliado, induzindo a um entendimento mais leniente dos fatores que a determinam e que estão, em grande monta, estreitamente ligados aos objetivos militares. Ou seja, à medida que a assimetria tecnológica entre os oponentes aumenta, a distinção entre objetivos políticos, militares e necessidades torna-se mais e mais obnubilada,²¹³ substituindo-se os objetivos geopolíticos ou ideológicos do passado pelos identitários, étnicos, religiosos.²¹⁴

²⁰⁸ PA I, artigo 38 e 39. SCHMITT (2008, p. 24) observa que essa proibição é uma das mais antigas no DICA, aparecendo já em 1863 no Código Lieber (artigo 117): “It is justly considered an act of bad Faith, of infamy or fiendishness, to deceive the enemy by flags of protection. Such act of bad faith be good cause for refusing to respect such flags”. “É de modo justo considerado um ato de má fé, de infâmia ou diabólico enganar o inimigo por meio de bandeiras de proteção. Tal ato de má fé é uma boa causa para a recusa em respeitar tais bandeiras.” (tradução nossa)

²⁰⁹ O princípio da proporcionalidade é observado quando uma ação militar não causa vítimas nem danos civis excessivos em relação ao resultado global esperado. Também a utilização dos meios e métodos de guerra não deve ser excessiva (portanto desproporcional) em relação à vantagem militar concreta e direta (PA I artigo 57, 2, 3, 4). Uma boa analogia seria com uma balança na qual os pratos estejam aferindo de um lado a vantagem militar, e do outro os danos colaterais oriundos da respectiva ação. Nesse sentido, tal ação somente será proporcional, grosso modo, quando o prato da vantagem militar estiver consideravelmente mais elevado que o prato dos danos colaterais. Porém, somente há que se falar em danos colaterais se estiverem envolvidas pessoas ou bens civis, ou seja, a análise da proporcionalidade no DICA é diferente daquela efetuada no âmbito do direito penal doméstico, quando se analisa por exemplo um ato de legítima defesa: nesse caso estaremos falando de proporcionalidade no sentido de *amplitude da resposta* ou *paridade de meios* empregados pelo atacante e pela pessoa que se defende, e não em termos de *vantagem militar versus danos colaterais* (CINELLI, 2011, p. 77; 81; 82).

²¹⁰ GEIB, 2006, p. 766

²¹¹ A necessidade militar permite o uso proporcional da força durante um conflito armado para conseguir que o inimigo se renda ou para degradar suas forças armadas. No entanto, existem limites aos métodos e meios empregados e as necessidades militares não são uma escusa a um comportamento desumano nem a alguma atividade proibida. O princípio da necessidade militar não pode ser considerado, portanto, um princípio absoluto. [...] Ele só existe no DICA em casos excepcionais e só pode ser utilizado nos casos previstos nos tratados internacionais (CINELLI, 2011, p. 71; 72). “No DICA contemporâneo, o elemento de necessidade militar precisa ser balanceado com o princípio da humanidade” (GEIB, 2006, p. 767), cujo vocábulo contempla duas acepções: na primeira repousa a noção de atitude ética; da segunda, extrai-se o fundamento jurídico para o DICA, concernente à tutela de um interesse comum a todos, sobretudo em situação de guerra: o desaparecimento da humanidade (CINELLI, 2011, p. 70).

²¹² N. do A.: para a miríade de razões alegadas pelos grupos armados organizados para respeitar ou não o DICA, ver Anexo D.

²¹³ GEIB, 2006, p. 767; 769. O autor, citando Carnahan, lembra que “a separação entre objetivos militares e políticos presente nas guerras tradicionais sempre foi axiomática em alguma medida, uma vez que todas as operações militares resultam tanto de motivações políticas quanto militares”.

²¹⁴ KALDOR, 2007, p. 7. Conforme assinala VISACRO (2009, p. 251), sempre “persiste uma assimetria de objetivos quando um exército regular defronta-se com uma força irregular no campo de batalha, pois ambos possuem parâmetros distintos para mensurar seu êxito. Porquanto, perseguem objetivos de natureza diferente. As unidades regulares, em geral, atêm-se a uma avaliação tática da batalha, enquanto as forças irregulares a julgam pelo seu resultado psicológico, estratégico e político.”

3.1.2 Assimetria doutrinária

Uma possível alternativa à simples abdicação da superioridade tecnológica ou à contrapartida de métodos criminosos de combate é a adoção de matrizes doutrinárias que explorem a plenitude das assimetrias estabelecidas, sem contudo comprometer os usos e costumes da guerra. Uma *doutrina militar* é um conjunto harmônico de ideias e de entendimentos que define, ordena, distingue e qualifica as atividades de organização, preparo e emprego de uma força, englobando ainda a administração e o seu funcionamento.²¹⁵ Exércitos regulares modernos gradualmente substituíram a doutrina da guerra de atrito clausewitziana por *operações baseadas em efeitos* (OBE) como núcleo para um conceito operacional assimétrico.²¹⁶ Nas guerras clausewitzianas os fins são progressivamente atingidos buscando-se o enfraquecimento do inimigo por meio da destruição dos seus meios militares e sua estrutura de apoio.²¹⁷ Por outro lado, nas OBE, embora os fins permaneçam os mesmos, busca-se criar um efeito específico em cada objetivo da campanha militar, por meio de uma metodologia que vincule o objetivo ao respectivo efeito desejado, tudo isso no espaço de batalha.²¹⁸ Esses efeitos poderão ser diretos (um bombardeio, que pode infligir desde a neutralização até a completa destruição) ou indiretos (o moral da população por meio da conquista da capital do país), tendo como vantagem potencial a ampliação dos fins humanitários do DICA sem detrimento da necessidade militar, particularmente pela seleção sistemática de alvos/objetivos militares alternativos.²¹⁹

Na outra extremidade da colisão assimétrica estão os atores em desvantagem tecnológica, que poderão, como modo de sobrevivência ou como única forma de atacar o

²¹⁵ BRASIL (MD35-G-01, 2007, p. 86)

²¹⁶ SCHMITT, 2008, p. 6

²¹⁷ Desde a Declaração de São Petersburgo (1868), é amplamente aceito pelo Direito Internacional que o único modo legítimo de obter a vitória na guerra é por meio do enfraquecimento das forças armadas do inimigo. Em combinação com os princípios da proporcionalidade e da necessidade militar, tem-se que somente deve ser aplicada a quantidade e o tipo de força necessários à derrota inimiga, estando proibidos recursos a outros meios e métodos que possam causar males desnecessários. Destruir uma força, portanto, não significa aniquilá-la, mas torná-la inoperante para qualquer ação militar (CINELLI, 2011, p. 136; 137). Para KALDOR (2007, p. 153), a verdade é que os métodos de guerrear não se modificaram muito desde a 2ª Guerra Mundial – apesar das mudanças de nomes a cada década (Batalha Ar-Terra, Revolução nos Assuntos Militares, Transformação da Defesa) –, tendo sempre envolvido uma combinação de bombardeio aéreo a longa distância e rápidas manobras ofensivas. (original em inglês; tradução nossa)

²¹⁸ SCHMITT, 2006, p. 274

²¹⁹ PA I artigo 57, 3: “Quando for possível a escolha entre vários objetivos militares que proporcionem vantagem militar equivalente, a escolha deverá recair sobre o objetivo cujo ataque parece representar o menor perigo para os civis ou para os bens de caráter civil”.

oponente mais forte, elevar determinados métodos ao nível de princípios fundamentais,²²⁰ por meio do sistemático e intencional engajamento de civis e bens protegidos.²²¹ Impossibilitados de derrotar o oponente no plano racional do choque de forças, atacam centros de gravidade não militares, a fim de infligir custos políticos e humanos inaceitáveis no campo da opinião pública,²²² aumentando o risco de que a resposta passe em algum momento a ser dada também no plano irracional, por meio do deslocamento da guerra de sua moldura *real* para a sua forma *absoluta*, na acepção de Clausewitz.²²³

A formulação doutrinária das OBE geralmente conduz a resultados mais rápidos, mais eficazes e menos custosos em termos da degradação da habilidade operativa do inimigo, mas ela também embute algumas questões *vis-à-vis* a arquitetura normativa que a governa, sendo a mais significativa delas o entendimento do termo *objetivo militar*.²²⁴

3.1.3 Assimetria normativa

Assimetrias normativas derivam do DICA positivo – escrito, firmado por meio de tratados –, uma vez que na moldura das fontes consuetudinárias não há que se falar em assinatura, adesão, ratificação ou termos congêneres, pertencentes apenas ao campo do direito dos tratados. Considerando que as CG de 1949 já são direito consuetudinário,²²⁵ entre os diplomas legais de maior abrangência e amplitude regulatória permanece como elemento de incerteza, em termos aplicação, o Protocolo Adicional I (1977), pois importantes Estados em

²²⁰ “Quando então táticas tornam-se doutrina” (SCHMITT, 2008, p. 32).

²²¹ McKenzie (*apud* RODIN, 2006, p. 154) identifica seis categorias de táticas assimétricas: armas químicas, armas biológicas, armas nucleares, guerra de informação, terrorismo (uso de força contra não combatentes e suas propriedades) e concepções operativas alternativas (táticas de guerrilha, envolvimento de atores não estatais como partes no combate, escudos humanos, guerra em ambiente urbano e emprego inteligente de armas primitivas por meio da surpresa).

²²² Nesse sentido, o terrorismo é a “epítome” (GEIB, 2006, p. 758), o “paradigmático exemplo” (SCHMITT, 2008, p. 32) dessa doutrina de compensação assimétrica.

²²³ Ele identificara uma nítida dicotomia entre a guerra *absoluta*, aquela que existia no plano da abstração teórica, e a guerra *real*, a que havia de fato sido travada, demonstrada e observada ao longo da História (CINELLI, 2011, p. 122). Para ele, um dos motivos que impedem a ascensão aos extremos na guerra, de modo que ela se torne absoluta, é que o propósito que leva à guerra nunca é o propósito político de um Estado, por mais importante ou vital que esse propósito seja: serão sempre pesados os custos em vidas humanas, a potencial destruição da infraestrutura e uma eventual repercussão internacional com consequente restrição da liberdade de ação (PROENÇA Jr. e col., 1999, p. 79).

²²⁴ SCHMITT, 2006, p. 276; 277

²²⁵ “Em razão de seu caráter desinteressado e dos valores superiores que defendem, também em razão de sua antiguidade e de sua difusão no mundo, hoje pode-se afirmar que as Convenções de Genebra e da Haia perderam, em grande medida, o seu caráter de tratados recíprocos e limitados ao âmbito das relações entre Estados, para tornarem-se compromissos absolutos” (Pictet, *apud* SWINARSKI, 1991, p. 15).

termos de expressão militar, como Estados Unidos e Israel, não o ratificaram,²²⁶ o que resulta em complicados esquemas de aplicabilidade.²²⁷

Assimetrias normativas podem ao mesmo tempo derivar de diferentes *interpretações* quanto influenciar distintas formas de *aplicação* do DICA.²²⁸ Tome-se por exemplo a definição de *objetivo militar*. Segundo o artigo 52 do Protocolo Adicional I, objetivos militares são “bens que por sua *natureza, localização, finalidade* ou *utilização*²²⁹ contribuam efetivamente para a ação militar e cuja *destruição* total ou parcial, captura ou *neutralização*,²³⁰ ofereçam uma vantagem militar precisa”.²³¹ O mais recente manual de DICA do Departamento de Defesa dos Estados Unidos contempla um entendimento conceitual de objetivo militar que sutilmente altera a definição jurídica, acrescentando exemplos de alvos de natureza econômica que estejam efetivamente associados à indústria de sustentação da guerra (por exemplo, estações geradoras de energia elétrica, instalações de refino e de distribuição de petróleo), ainda que indiretamente.²³² Nesse sentido, assimetrias normativas criam uma situação paradoxal: quanto mais uma força militar for capaz de combater em consonância

²²⁶ Ensina-nos ACCIOLY (1982, p. 126) que a “ratificação é o ato administrativo mediante o qual um chefe de Estado confirma o tratado firmado em seu nome ou em nome do Estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário. De ordinário, essa declaração é precedida da aprovação do tratado pelo órgão competente para esse fim (geralmente o Congresso Nacional ou o Parlamento)”. As principais objeções feitas pelos EUA ao Protocolo I encontram-se na NR 156.

²²⁷ SCHMITT, 2008, p. 33. Um de seus artigos (artigo 96, 2) exime de obrigações um Estado que, embora seja parte no Protocolo, esteja enfrentando outro ente que não o seja, salvo se esse ente, ainda que não parte, aceitar e aplicar o referido instrumento: “Se uma das Partes em conflito não estiver vinculada ao presente Protocolo, as partes no presente Protocolo permanecerão, apesar disso, vinculadas por este nas suas relações recíprocas. Ficarão, além disso, vinculadas ao presente Protocolo em relação à citada Parte se esta aceitar e aplicar suas disposições”. N. do A.: o Protocolo I não incorporou a cláusula de participação geral (cláusula *si omnes*) contida em H.IV artigo 2º, que preclui a aplicação do tratado quando todos os beligerantes não são parte nele: “As disposições contidas [...] não são aplicáveis senão entre as Potências Contratantes e unicamente se os beligerantes sejam partes na Convenção”. Ensina SCHMITT (2008, p. 34) que “a intenção da cláusula *si omnes* é evitar a criação de múltiplos regimes legais no mesmo conflito”.

²²⁸ SCHMITT 2008, p. 34; 35

²²⁹ O entendimento acerca dos termos *natureza, localização, finalidade* e *utilização* advém de construção interpretativa e doutrinária, e não de norma positivada. Segundo o CICV (*Comentários ao Protocolo Adicional I, § 2014-2028*): *natureza* – são todos os objetos utilizados diretamente pelas forças armadas; *localização* – local que é de especial importância para as operações militares do ponto de vista da sua localização; *finalidade* – relacionada com a intenção de seu futuro uso; *utilização* – relacionada com a intenção de sua atual função.

²³⁰ N. do A.: *destruição* e *neutralização*, como dois exemplos de efeitos pretendidos, remetem às mencionadas *operações baseadas em efeitos*, as quais, por sua vez, relacionam-se ao *princípio da limitação* do DICA, segundo o qual os meios e métodos de combate a serem empregados no conflito não são ilimitados, evitando-se, por exemplo, danos supérfluos, sofrimento desnecessário e agressão ao meio ambiente. Os efeitos resultantes das ações devem, portanto, permanecer circunscritos (limitados) aos objetivos militares selecionados, tanto quanto for praticamente possível.

²³¹ Definição constante também em VERRI (1988, p. 76). JARDIM (2006) considera que é necessário, portanto, atender a um duplo critério cumulativo: (1) ser objetivo militar por sua *condição* de *natureza, localização, finalidade* e *utilização* (uma das quatro) + (2) que sua *destruição* total ou parcial, *captura* ou *neutralização*, ofereça uma *vantagem militar precisa*.

²³² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (Department of Defense. *Law of War Manual*, June 2015, updated May 2016, p 217; 219). Conforme menciona QUÉNIVET (2005, s/p), o DICA não considera estritamente o conceito de duplo uso ou dupla função (*dual use or function*). O *status* de objetivo militar (ou não) é dicotômico, ainda que temporário: *é* um objetivo militar ou *não é* um objetivo militar (será, neste último caso, um *bem civil*). Portanto, as considerações quanto ao seu engajamento pelas forças militares deverão ser feitas com base no instante em que ocorrer esse engajamento (QUÉNIVET, N. *International law of armed conflict*. Palestra ministrada durante o Curso de Pós-Graduação em Direito Internacional Humanitário. Brasília: UNB, 2005). No caso de efeitos indiretos efetivos, um exemplo digno de nota, citado por SCHMITT (2006, p. 278), é o do algodão durante a Guerra Civil Americana, onde foi reconhecido que a destruição de algodão cru dentro do território confederado pela União era justificável porque a venda do algodão provinha fundos para quase todo o armamento e munição da Confederação.

com as obrigações legais, mais essa força militar estará sujeita à criticidade implacável da opinião pública internacional, que será especialmente intolerante quanto a danos colaterais.²³³ Por outro lado, um certo grau de complacência poderá ser admitido em relação à parte mais fraca – talvez menos organizada militarmente e, por esse modo, menos capaz de impor o cumprimento às normas –, salvo se os seus métodos tiverem uma conotação terrorista *de per se*, já que isso erodirá qualquer fundamento racional para sua motivação combativa: ataques aleatórios contra áreas populacionais, por exemplo, demonstram claramente que seus perpetradores não necessitam da aprovação da população para o prosseguimento da sua luta.²³⁴

Sendo o DICA um sistema normativo especificamente elaborado pela comunidade internacional com a finalidade de proteger certos indivíduos em situações bélicas,²³⁵ ele é um direito de exceção, mas as pessoas por ele protegidas beneficiam-se de suas normas sem, no entanto, haver qualquer prejuízo quanto à proteção geral oferecida pelos Direitos Humanos.²³⁶ Nunca é demasiado salientar também que qualquer assimetria normativa pode derivar tanto da lei estabelecida (DICA) quanto da política implementada.²³⁷ Nesse sentido, a formulação de adequadas regras de engajamento constitui um exemplo típico de recurso restritivo à disposição do comandante militar.²³⁸

3.1.4 Assimetria de participantes/atores

A quantidade e a diversidade de atores presentes nos campos de batalha contemporâneos são cada vez maiores, tornando seu enquadramento e conseqüente atribuição de *status* uma tarefa particularmente desafiadora. Não obstante, a depender de quem estiver envolvido no conflito, isso afetará o modo como as hostilidades serão conduzidas,

²³³ SCHMITT, 2008, p. 36

²³⁴ PFANNER, 2005, p. 153

²³⁵ SWINARSKI, 1991, p. 26

²³⁶ Espiell, *apud* SWINARSKI, 1991, p. 20. A correlação entre DICA e Direitos Humanos é objeto de discussão doutrinária em torno de três correntes de pensamento: a *integracionista* (DICA e Direitos Humanos estariam fundidos), a *separatista* (são ramos do direito completamente diferentes) e a *complementarista* (são dois sistemas diferentes que se completam). A posição majoritária, incluindo-se aí o CICV, é quanto à complementariedade (CINELLI, 2011, p. 61).

²³⁷ SCHMITT, 2008, p. 37

²³⁸ N. do A.: uma regra de engajamento pode, por exemplo, determinar que as estruturas críticas permaneçam intactas durante os ataques, com fins de facilitar a transição para a estabilização pós-conflito.

especialmente se considerados os mecanismos de imposição legal e as sanções penais.²³⁹

Sobre essa miríade de personagens, Kaldor (2007) constata que

[...] as novas guerras são caracterizadas por uma multiplicidade de tipos de unidades de combate, públicas e privadas, estatais e não estatais, ou alguma espécie de mistura: [...] forças armadas regulares ou retalhos delas; grupos paramilitares; unidades de autodefesa; mercenários estrangeiros; tropas regulares estrangeiras, geralmente sob auspícios internacionais. [...] As mais comuns unidades de combate são grupos paramilitares, que são grupos autônomos de homens armados, geralmente centrados em torno de um líder individual.²⁴⁰

Por exemplo, companhias militares e de segurança privadas (CMP) têm sido uma opção em razão do baixo custo de contratação em comparação aos custos de formação e manutenção de exércitos nacionais, e elas têm executado virtualmente qualquer tarefa que os militares costumavam monopolizar: condução de operações militares, planejamento estratégico, inteligência, apoio operacional e logístico, treinamento de tropas, assistência técnica etc.²⁴¹ Grande parte delas não são incorporadas às forças armadas do Estado e desempenham funções que claramente não envolvem a sua participação nas hostilidades em nome de uma parte no conflito. O mais preocupante desse fenômeno de terceirização da guerra são os mecanismos de controle e de regulação sobre esses contratados numa área de conflito onde o sistema legal tenha entrado em colapso e os códigos normais de conduta, existentes em tempo de paz, a eles sejam inaplicáveis: como civis, eles não podem ser submetidos a cortes marciais. Apenas como parâmetro, após três anos de operações no Iraque, nenhum integrante de CMP havia sido acusado de qualquer crime, “o que significa que ou o mercado encontrou 20.000 perfeitos anjos em meio ao cenário da guerra, ou o hiato jurídico está permitindo que crimes sejam cometidos impunemente”.²⁴²

Outro aspecto sensível na assimetria de participantes são as sanções. Atores que não se enquadrem no conceito de combatente não desfrutarão dos privilégios pós-captura que o *status* oferece, em especial o de imunidade em face de persecução penal. Ou seja, poderão ser

²³⁹ SCHMITT, 2008, p. 39

²⁴⁰ p. 97; 98 (original em inglês; tradução nossa)

²⁴¹ CINELLI, 2011, p. 151; 152

²⁴² GUTMAN *et al.*, 2007, p. 337

julgados pelo direito interno da parte que os tenha sob custódia ou, caso tenham perpetrado crimes que se amoldem ao princípio da jurisdição universal, por outros tribunais.²⁴³

Ora, se os atores não estatais despidos do *status* de combatente percebem que já são penalmente imputáveis apenas por participar do conflito, que incentivo terão para se conduzir em consonância com o DICA?²⁴⁴ Em certo sentido, ao violar os usos e costumes da guerra, eles têm menos a perder do que os combatentes legais.²⁴⁵ Apesar do fato de alguns autores negarem a relevância da reciprocidade para as bases das normas humanitárias, é amplamente reconhecido que ela é um importante indutor de seu cumprimento.²⁴⁶ Porém, assim como uma expectativa de reciprocidade pode galvanizar condutas moralmente desejáveis entre os contendores, o inverso é particularmente perigoso. Nesse viés, a questão das *représalias* é um típico exemplo de como uma dinâmica de reciprocidade em bases negativas é potencialmente desencadeadora de violações que se realimentam ciclicamente.²⁴⁷

Factualmente falando, quanto maior a desigualdade entre as partes, mais assimétrica a licitude do recurso à força (*jus ad bellum*) naturalmente se torna. Porém, as leis da guerra aplicam-se a qualquer conflito armado, seja ele lícito ou não. Sempre haverá a possibilidade

²⁴³ SCHMITT, 2008, p. 39. Acerca da *jurisdição universal*, explica Hampson, *apud* GUTMAN *et al.* (2007, p. 274): “a base mais comum para estabelecer a jurisdição é a territorial (ou seja, as cortes do lugar onde o ato foi executado), mas alguns sistemas legais, principalmente os do modelo romano-germânico, também reconhecem a jurisdição baseada em nacionalidade (por exemplo, as cortes francesas podem julgar cidadãos franceses em alguns casos de crimes cometidos fora da França). O direito internacional também permite que um Estado, em algumas circunstâncias, exerça jurisdição criminal com base em outros aspectos. Em alguns casos, as cortes de qualquer Estado podem julgar um indivíduo, o que é denominado de jurisdição universal. [...] Somente os crimes mais graves estão, no direito internacional, sujeitos à jurisdição universal. [...] [tais como] graves violações aos usos e costumes da guerra, crimes contra a humanidade e violações ao artigo 3º Comum às Convenções de Genebra.” (original em inglês; tradução nossa)

²⁴⁴ N. do A.: essa é uma das razões mais comuns que levam membros de grupos armados organizados a desprezar o DICA (ver Anexo D).

²⁴⁵ N. do A.: para o caso dos conflitos armados internacionais, importante recordar o artigo 5º de CG III, acerca do *Estatuto Duvidoso* e da constituição do *Tribunal para Determinação de Status*: “Se houver dúvida quanto ao enquadramento em uma das categorias [de combatentes] mencionadas no artigo 4º [...], tais pessoas se beneficiarão da proteção deste Convênio aguardando que um tribunal competente determine seu estatuto” (ver Apêndice B).

²⁴⁶ GEIB, 2006, p. 770; 771. O autor relembra ainda que o artigo 3º Comum e os costumes a ele equivalentes impuseram uma obrigação absoluta de cumprimento do DICA a todas as partes no conflito, completamente desconectada de reciprocidade (*ibidem*, p. 772).

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 771. Explica Kalshoven (*apud* GUTMAN *et al.*, 2007, p. 357), acerca da conceituação jurídica de *représalia*: “Quando uma parte beligerante é atingida por uma conduta realizada pelo seu adversário, e essa conduta é considerada como uma violação grave ou uma sistemática usurpação das leis dos conflitos armados, uma possibilidade é retaliar por meio de uma ação que, por ela mesma, viole o mesmo corpo legal. Uma vez que esse recurso à ação retaliatória pode ser arbitrário e totalmente desprovido de qualquer limitação, as regras consuetudinárias desenvolveram limites dentro dos quais a retaliação poderia ser considerada uma *représalia* legítima. Os principais elementos desse ‘direito à *représalia*’ consuetudinário são: subsidiariedade (insucesso de quaisquer outros meios); notificação (alerta formal sobre a ação planejada); proporcionalidade (os danos e sofrimentos infligidos à parte adversária não excederem o nível de danos e sofrimento resultantes da sua conduta ilegal); caráter temporário (encerramento da *représalia* quando o adversário parar de violar a lei). Tanto as Convenções de Genebra (CG I artigo 46; CG IV artigo 33) quanto o Protocolo Adicional I (artigo 20) categoricamente proíbem *représalias* contra pessoas e bens protegidos, embora as proibições contidas nos artigos 51 a 55 do PA I sejam alvo de controvérsia e ratificação com reservas por parte de alguns Estados. Para RODIN (2006, p. 162; 163), os que defendem a prática da *représalia* baseiam-se num argumento falacioso de reciprocidade, já que a reciprocidade garante a proteção dos direitos de um indivíduo apenas se e enquanto ele não viole o direito de outros: como as vítimas inocentes de *représalias* não estão violando direitos de outros, elas têm mantidos seus plenos direitos contra serem atacadas com o propósito de dissuasão. Para aquele autor, a *représalia* é o típico caso de punir o inocente para dissuadir o culpado. (originais em inglês; traduções nossas) N. do A.: para concepções adicionais, ver Glossário.

de a parte mais fraca justificar sua motivação para o uso da força em bases religiosas (“cruzada”, “*jihad*”), morais, políticas ou raciais, mas é o território da lei que governa as condutas no combate (*jus in bello*).²⁴⁸

3.2 Assimetria moral e *jus in bello*

Um dos princípios fundamentais do DICA é o de que o *jus ad bellum* e o *jus in bello* são corpos legais separados e independentes, sem influência normativa de um sobre o outro.²⁴⁹

Nas guerras entre partes que sejam iguais e simétricas, justiça e igualdade reforçam-se e apoiam-se reciprocamente, mas na guerra assimétrica eles são mutuamente excludentes: a guerra ou é justa, ou é igual (“limpa”). Se considerarmos que combater sob a luz do *jus in bello* é uma das condições necessárias para a guerra justa (*jus ad bellum*), então estamos falando de uma subordinação do *jus ad bellum* ao *jus in bello*. Mas então, se for negado o direito do recurso à guerra a quem mais dela precise (o mais fraco, o oprimido), como o ato de recorrer à guerra poderá ser uma fonte de justiça?

Sempre que confrontadas as justificativas das partes quanto à opção de terem recorrido ao uso da força para a solução de um conflito (*jus ad bellum*), as versões são diametralmente opostas: uma o fez legalmente; a outra, ilegalmente.²⁵⁰ A maior parte dos combatentes sempre acredita que sua causa é justa, mesmo ilusoriamente ou em termos de autoengano moral, sendo que as tentações de recurso à guerra injusta serão maiores para o forte do que para o fraco: enquanto este último geralmente faz guerras “por necessidade”, aquele faz guerras “por escolha”.²⁵¹ Ora, se um Estado A considera que recorreu à força legalmente – e em consequência, segundo o Estado A, o ator B o fez de modo ilegal – haverá uma tendência de

²⁴⁸ PFANNER, 2005, p. 158; 159

²⁴⁹ SCHMITT, 2008, p. 39; 40

²⁵⁰ A relação entre *legalidade* e *legitimidade* é muito estreita, embora sejam verbetes distintos. O termo legitimidade interessa precipuamente à ciência política, mas também é importante a todas as ciências humanas. Se diz legítimo aquilo que se faz de acordo com as regras da sociedade. Transportando para o direito, temos que é legítimo tudo que está na conformidade da lei. Por esse viés, seria legal aquilo que é feito por determinação da lei, o que em direito se conhece por vinculação à lei (DA SILVA, Alexandre R. *Legalidade e legitimidade*. Jus Navigandi. Sítio da internet. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3814>> Acesso em 20 jun. 2017). Ver Glossário.

²⁵¹ RODIN, 2006, p. 164

que A considere que não somente os combatentes, mas também os demais cidadãos vinculados de algum modo a B, sejam menos merecedores dos benefícios do DICA. Em outras palavras, a formulação lógica seria: se eles representam a ilegalidade, por que então devem desfrutar dos correspondentes benefícios oriundos da lei?²⁵²

Argumentos morais contra guerreiros irregulares têm uma longa história na teoria da guerra justa e na ética,²⁵³ pois a guerra irregular tende a ser intratavelmente suja do ponto de vista moral.²⁵⁴ Esses argumentos tendem basicamente a ser de duas naturezas, ambas ligadas respectivamente a dois princípios fundamentais do DICA: a *distinção* (“eles colocam civis²⁵⁵ em risco ao se misturarem à população para executar suas ações”;²⁵⁶ “eles têm como objetivo os civis em si mesmos”) e a *proporcionalidade* (“seus métodos e meios de combate não levam em conta o *quantum* de vantagem militar obtida por meio do resultado da ação, *vis-à-vis* as mortes indesejadas de inocentes”). Mas esse horror e repulsa às táticas assimétricas são de fato fundados em considerações morais sólidas ou são apenas reflexos de mero preconceito alimentado pelo tipo de guerra lutado pelo Ocidente, um modelo que os exércitos ocidentais conseguem dominar? As guerras convencionais do século XX mataram muito mais do que as assimétricas, em grande parte pela longa duração resultante da própria simetria. Adicionalmente, os atores não estatais têm muito menos meios à disposição, o que torna suas ações mais esporádicas – embora mais eficazes, dado o efeito catalizador da opinião

²⁵² SCHMITT, 2008, p. 40

²⁵³ SCHEIPERS, 2015, p. 9. Sobre Teoria da Guerra Justa, ver NR 36.

²⁵⁴ Johnson, 1999

²⁵⁵ N. do A.: neste trabalho usamos o termo “civil” indistintamente a “não combatente”, embora haja diferenças. Estritamente falando, o termo “civil” refere-se ao *status* de um indivíduo na sociedade, ao passo que “não combatente/combatente” refere-se à *função* de um indivíduo no contexto do conflito armado em questão. Os civis são pessoas não engajadas no serviço militar formal e, por essa razão, normalmente são *não combatentes*, embora possam tornar-se combatentes caso engajem-se em atividades por meio das quais eles *participem diretamente das hostilidades* (ver Anexo A e suas NR). Os civis podem, mesmo sem pegar em armas, terem cessada a sua situação de não combatentes, por exemplo, caso construam trincheiras ou dirijam caminhões militares. Por outro lado, há indivíduos que, embora formalmente incorporados às forças armadas (militares), podem executar tarefas ou desempenhar funções que façam deles não combatentes (por exemplo: médicos, enfermeiros, sepultadores e capelães), bem como podem ter-se tornado não combatentes em consequência de ferimentos incapacitantes ou de aprisionamento pelo inimigo. Do mesmo modo, alguns militares podem ser combatentes mesmo que suas tarefas não impliquem combate, como por exemplo: cozinheiros, motoristas e ajudantes de ordens (JOHNSON, 1999, p. 239). Adicionalmente, as Convenções definem o que são *pessoas protegidas* (por exemplo, artigo 13 de CG I e CG II; artigo 4º de CG IV) numa tentativa de atribuir uma interpretação restritiva do conceito de civil, reforçando, desse modo, o escopo protetivo ainda mais seletivamente.

²⁵⁶ O artigo 43 (2) do Protocolo Adicional I estatui que os membros das forças armadas (exceto pessoal sanitário e religioso) são combatentes, isto é, têm o direito de *participar diretamente das hostilidades*. Do mesmo modo, o artigo 13, 3 do Protocolo Adicional II expressamente declara que “os civis gozam da proteção [...], salvo se participarem diretamente das hostilidades e enquanto durar tal participação”. Para noções acerca do significado de *participação direta nas hostilidades*, ver Anexo A.

pública.²⁵⁷ É fato que muitos exércitos regulares foram bem-sucedidos em aumentar seus padrões de disciplina no campo de batalha, mas fora dali muitas vezes os soldados mostraram-se tão propensos a saquear e a pilhar quanto seus oponentes irregulares.²⁵⁸ Nesse sentido, o desenvolvimento de uma hierarquia moral segundo a qual o irregular é percebido como um ator moralmente inferior, em grande medida deriva mais de um reflexo das ambições dos exércitos regulares do que da realidade empírica, numa tentativa de purgar todos os seus traços negativos.²⁵⁹ Por exemplo, considerar que forças regulares cumprem na integralidade o critério de distinção significa desconsiderar tanto a relevância das Forças Especiais na estrutura dos exércitos ocidentais – cuja natureza da atividade exige muitas vezes sua atuação descaracterizada e fortuita – quanto a exponencial presença de prestadores de serviço e fornecedores terceirizados no campo de batalha (CMP), cujo trabalho frequentemente obscurece e põe em risco a categoria de civil e suas proteções decorrentes.²⁶⁰

A guerra assimétrica é caracterizada pela tentativa, por parte de um dos lados, de anular dois elementos-chave da guerra simétrica – o uniforme e o *front* –, transformando-a numa guerra de todos contra todos e em todo lugar. Diferentemente do que ocorre na guerra simétrica, porém, a assimétrica assenta mais pesadamente a responsabilidade moral sobre os ombros dos oficiais e praças menos graduados, visto que essas guerras são na verdade microguerras.²⁶¹ Elas embutem uma realidade trágica em termos de danos colaterais e baixas acidentais, pois esses resultados são parte da própria estratégia da parte mais fraca. Atingir a população é uma forma indireta e insidiosa de recrutá-la para a guerra, o que também pressiona moralmente a opinião pública contra o adversário mais forte.²⁶²

²⁵⁷ RODIN, 2006, p. 156

²⁵⁸ Ver Anexo B

²⁵⁹ SCHEIPERS, 2015, p. 224

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 11

²⁶¹ HALBERTAL, 2014, p. 1; 2

²⁶² *Ibidem*, p. 10; 11

Em certo sentido o conceito de assimetria é, ele próprio, um conceito simétrico. As táticas nele empregadas são táticas de fraqueza, não táticas de escolha.²⁶³ Por isso, quanto mais a desigualdade tecnológica e estratégica crescem, mais os conflitos assimétricos crescem, gerando duas implicações: o aumento dos grupos que acham que tem uma justa causa e daqueles que se sentem incentivados ao uso de meios assimétricos ou não convencionais. As táticas de assimetria tornam-se, desse modo, o recurso principal por meio do qual Estados fracos ou atores não estatais poderão inserir algum item de igualdade estratégica ao conflito, o qual seria, caso contrário, radicalmente desigual se lutado em bases convencionais.²⁶⁴

Pessoas que se opõem ao emprego de parâmetros morais para a guerra contemporânea usam quase sempre o mesmo argumento, desdobrado em dois fatores: 1) a complexa e interconectada natureza da sociedade moderna obscurece a distinção combatente-não combatente de vários modos, tornando-a irrelevante; 2) o potencial destrutivo das armas modernas torna insignificante falar de discriminação. Olhados de perto, esses argumentos não têm sustentação sólida. Primeiro porque sempre houve certa ambiguidade na definição do *status* de combatente no campo de batalha, como foi vastamente demonstrado no Capítulo 2. Segundo, qualquer armamento ao longo da História apenas passou a ter efeitos indiscriminados quando o seu portador decidiu usá-lo desse modo, algo que é imoral independentemente da batalha e de seu tempo.²⁶⁵ Percepções são o que realmente importa em termos de moldar atitudes. O DICA não atribui a possibilidade de distinções baseadas em assimetrias morais ou legais, mas o fato é que essas diferenças, quer sejam reais, quer sejam apenas percepções, realmente pesam.²⁶⁶ A moral não é a ordem que justifica axiologicamente o direito. Ela atua de modo subalterno a ele, exteriorizando o poder social.²⁶⁷

²⁶³ Muito embora, como argumenta LAITIN (2007, p. 22), “uma guerra civil seja lucrativa para potenciais insurgentes, no sentido de que eles podem ao mesmo tempo sobreviver e desfrutar de alguma probabilidade de derrotar o Estado”.

²⁶⁴ RODIN, 2006, p. 155

²⁶⁵ JOHNSON, 1999, p. 152-154

²⁶⁶ SCHMITT, 2008, p. 40

²⁶⁷ Vernengo, *apud* SWINARSKI, 1991, p. 94

O uso de táticas assimétricas é problemático e inerentemente errado porque todas elas têm sua eficácia dependente de algum grau de subversão dos princípios do *jus in bello*, em especial o que se refere à imunidade do não combatente (distinção), mesmo as concepções operacionais alternativas, como a guerrilha, que o fazem de modo mais sutil (disfarçam-se de civis durante os ataques, usam instalações civis com propósitos militares etc). Em última análise, essas táticas fazem uso da própria relutância da parte convencional de atacar civis como fonte de sua vantagem estratégica.²⁶⁸

Por outro lado, o argumento de que o comandante militar do exército convencional sofrerá, em uma guerra assimétrica, uma espécie de “paralisia tática” caso tenha que se preocupar, além do cumprimento da missão e da proteção dos seus homens, com os inúmeros desdobramentos da presença de civis no campo de batalha, não exatamente se sustenta na prática. Se na guerra simétrica essa paralisia não ocorre, por que então ela emergiria num cenário de assimetria? Se naquele tipo de conflito o comandante tem que processar inúmeras informações, e ao mesmo tempo tomar várias decisões ligadas à sua missão, em frações reduzidas de tempo (“Onde eu posiciono minhas metralhadoras? De onde estão vindo esses civis? Por onde progrido com minha tropa?”), como então ele não fica paralisado por esse pesado fardo? A resposta é simples: treinamento.²⁶⁹ Lesões e danos incidentais e indiretos infligidos a não combatentes, como resultado de ações militares direcionadas a forças inimigas não é o mesmo, nem legal nem moralmente, que danos causados por ações que, direta e intencionalmente, miram não combatentes ou deles fazem uso para proteção própria,²⁷⁰ como no caso dos escudos humanos involuntários.²⁷¹ Em certo sentido, porém, embora táticas assimétricas colidam com fundamentos de justiça ao atacarem ou exporem não

²⁶⁸ RODIN, 2006, p. 158

²⁶⁹ HALBERTAL, 2014, p. 28

²⁷⁰ JOHNSON, 1999, p. 126

²⁷¹ ER artigo 8º, b, xxiii

combatentes a riscos excessivos, algumas delas – como por exemplo o recurso à perfídia²⁷² – aparentemente se justificam pelo princípio da igualdade, ao restabelecerem certo equilíbrio em conflitos radicalmente desiguais.²⁷³ Por outro lado, a justificativa dada a um soldado regular para lhe permitir o uso de suas armas não é absoluta, e ela vem com riscos: ao se tornar um soldado, um indivíduo aceita esses riscos, já que ele sabe (ou deveria saber) que não poderá cumprir seu dever de outro modo.²⁷⁴ Pairando sobre a aceitação desses riscos está o peso da responsabilidade do comandante, cujo tríptico papel de *impedir*, *reprimir* e *denunciar* violações,²⁷⁵ aliado ao seu preparo profissional e à liderança pelo exemplo, quase sempre dará o tom da disciplina e do perfil moral de sua unidade.²⁷⁶

Todos os seres humanos merecem respeito moral e desfrutam de certas proteções morais pessoais. Mesmo nas guerras assimétricas, ainda que consideradas injustas ou “sujas”, pessoas têm o direito de não ser atacadas ou expostas a riscos excessivos e isso somente pode ser perdido ou alienado em situações excepcionais. Desse modo, do ponto de vista moral, o maior peso de responsabilidade nessa proteção deve recair sobre o mais forte, pois ele tem mais capacidade de ganhar e de se engajar em guerras por escolha. Ao fazer isso, estará atingindo um triplo efeito: oferecerá um recurso mínimo ao mais fraco para recorrer à guerra; protegerá os civis contra seus efeitos, de modo que tanto combatentes quanto não combatentes terão seu sofrimento minimizado; e reduzirá as motivações para a adoção de técnicas assimétricas. Se nas questões práticas “dever fazer implica poder fazer”, nas grandes questões morais “poder fazer implica dever fazer”.²⁷⁷

²⁷² PA I artigo 37. São os atos que apelam à boa-fé do adversário, com a intenção de enganá-lo, fazendo-lhe crer que tem o direito a receber ou a obrigação de conceder as proteções que estipulam as normas do direito internacional (exemplos: simular intenção de negociação ou rendição usando a bandeira de parlamento/bandeira branca; simular incapacidade devido a ferimento ou doença; simular um *status* de civil ou não combatente; simular *status* protegido utilizando sinais, emblemas ou uniformes da ONU, de Estados neutros ou de Estados não partes no conflito). A distinção entre a perfídia e o estratagema (ardil de guerra) é uma linha que pode ser obscura, mas é importante para prevenir julgamentos errôneos. Uma das suas características é que a perfídia não é acidental (Mello, *apud* CINELLI, 2011, p. 88).

²⁷³ RODIN, 2006, p. 159

²⁷⁴ JOHNSON, 1999, p. 133

²⁷⁵ PA I artigo 87, 1

²⁷⁶ Ver Anexo C

²⁷⁷ RODIN, 2006, p. 157; 165; 166

Em suma, a constituição das forças oponentes influenciará o grau de amplitude e a extensão com que os atores respeitarão as normas do DICA. A opção de participar das hostilidades em consonância com as leis e costumes da guerra, certamente transcenderá os imediatos resultados decorrentes da tática empregada e da necessidade militar geradora da opção violenta. Sua influência terá desdobramentos estratégicos importantes, inclusive na esfera dos próprios indivíduos, como se passa a abordar a seguir.

4 PRIVILÉGIOS DE IMUNIDADE E BELIGERÂNCIA LEGAL NAS ESTRATÉGIAS DE RECONCILIAÇÃO PÓS-CONFLITO

Como se procurou demonstrar ao longo deste trabalho, a participação de atores não estatais em conflitos armados incrusta suas raízes ainda nas guerras de primeira geração, tendo sido transportada para a contemporaneidade juntamente com – ainda que de forma involuntária – toda a carga de preconceito e estigma acumulados ao longo do período. A correspondente codificação normativa foi, por sua vez, influenciada por questões de poder político e conveniência militar, originadas em especial na Guerra Civil Americana e no colonialismo franco-britânico.

Não obstante a vasta gama de análises, apreciações, formulações doutrinárias e orientações jurisprudenciais sobre a aplicação do DICA *durante* as hostilidades, não se notam a mesma ênfase e a mesma recorrência temática quando o marco temporal é deslocado para o *término* das hostilidades ou, mais especificamente, para a fase (ou processo) de estabilização,²⁷⁸ o pós-conflito. Ainda que, compreensivelmente, uma atenção maior seja dada às condutas ocorridas ao longo da etapa beligerante – como reflexo da natureza fortemente protetiva das normas humanitárias –, é necessário considerar que a qualidade e a sustentabilidade do estado de paz eventualmente atingido dependerão diretamente de como serão tratados os seus outrora protagonistas, agora em vias de reinserção social. Em outras palavras, o *estado final desejado* não embute apenas uma conotação tática de articulação de tropas remanescentes ou de nível de degradação de poder militar a que foi submetido o oponente: trata-se, sobretudo, de uma situação desejada pelas autoridades nacionais quando da conclusão das operações, não somente as militares, mas também aquelas em que o vetor militar apoia outros instrumentos do Poder Nacional.²⁷⁹

²⁷⁸ Ver Glossário, sob o verbete *Estabilização*, na sua segunda acepção.

²⁷⁹ BRASIL. Ministério da Defesa. *Glossário das Forças Armadas (MD 35-G-01)*. Brasília, 2007, p. 97.

Não há formatação padronizada para uma estabilização pós-conflito. Os resultados dependerão, entre outros, da natureza das hostilidades e das estruturas remanescentes, que nortearão tanto o enfoque político-institucional que deve predominar – realista, liberal ou construtivista,²⁸⁰ – quanto o grau de autonomia e autogestão possíveis, visando à transição segura e com menor risco possível de reversão. Quanto mais fragilizados ou colapsados resultarem o Estado e suas instituições, mais esforços serão despendidos em áreas como segurança, desenvolvimento econômico, infraestrutura, governança, imposição da lei e da ordem e organização judiciária. A Figura 4 ilustra, genericamente, o processo de estabilização ao longo do tempo, considerando a perspectiva de um “Estado falido”.²⁸¹

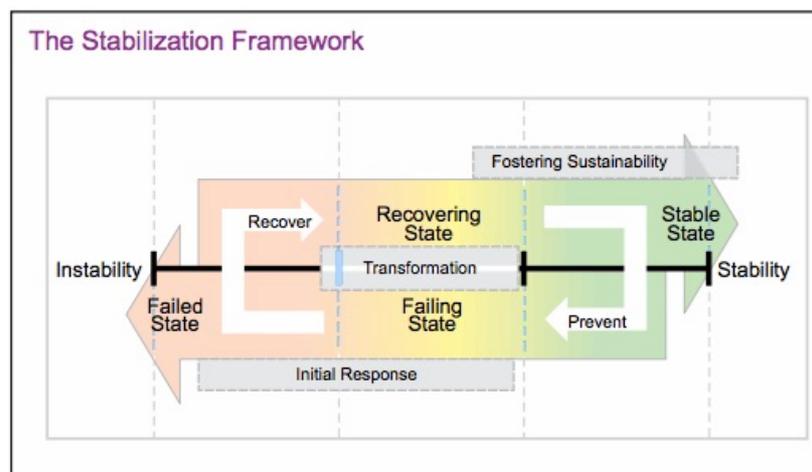


Figura 4 – Estrutura do processo de estabilização de um “Estado falido”
 Fonte: U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE (JP 3-07, p. I-24), 2016

Componentes da fase de estabilização, as atividades de *desarmamento, desmobilização e reintegração* (DDR)²⁸² dos atores não estatais – ou seja, dos variados integrantes dos grupos armados organizados – serão indubitavelmente pináculos a ditar a sustentabilidade e a consistência da reconciliação pretendida. Por meio do DDR, busca-se

²⁸⁰ Ver Anexo E

²⁸¹ *Estados falidos* (ou *fracassados*) são Estados em que as instituições, a lei e a ordem entraram em colapso total ou parcial, sob a pressão e em meio à confusão de violência em erupção, mas que, no entanto, subsistem como uma presença fantasma na geografia mundial. Embora o termo não seja preciso o suficiente, deve aqui ser entendido como um Estado “desintegrado” ou “colapsado” (THÜRER, D. *The “failed state” and International law*. International Review of the Red Cross. n. 836. December 1999).

²⁸² *Desarmamento* consiste na coleta, documentação, controle e eliminação de armas portáteis, munições, explosivos e armas leves e pesadas de combatentes, e muitas vezes da população civil. *Desmobilização* é a dispensa formal e controlada de combatentes ativos das forças armadas e grupos, incluindo a fase de “reinserção”, que proporciona assistência de curto prazo aos ex-combatentes. *Reintegração* é o processo pelo qual os ex-combatentes adquirem *status* civil, emprego e renda sustentável. Trata-se de um processo político, social e econômico com um cronograma aberto, que ocorre principalmente em comunidades locais. Fonte: *Organização das Nações Unidas*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/issues/ddr.shtml>> Acesso em 28 jul. 2017. Ver também Glossário.

estabilizar o ambiente operacional, desarmando e desmobilizando facções em guerra e ajudando ex-combatentes a se reintegrarem à sociedade.²⁸³

A classificação das situações de violência armada é normalmente vinculada a considerações políticas, com as partes despendendo um enorme esforço para interpretar os fatos de acordo com seus interesses. Não é incomum, nesse sentido, que os Estados se recusem a admitir que estão envolvidos em um conflito armado, preferindo diminuir a percepção da intensidade da situação para, desse modo, alegar que estão conduzindo operações de garantia da lei e da ordem pública. Em passado não muito distante, o Brasil teve que rever seu entendimento quanto à aplicação do DICA em conflitos armados não internacionais, influenciado equivocadamente pela conjuntura dos anos 1970, notadamente a existência de células guerrilheiras de inspiração maoísta-foquista no coração do país.²⁸⁴ O mesmo se deu ao longo de todo o período de conflito armado entre o governo colombiano e as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), de inspiração marxista-leninista, surgidas em 1964 após uma sublevação campesina, e atuantes por mais de cinco décadas sob um comando único.²⁸⁵ Por exemplo, a utilização de expressões como “combatentes” e “crimes de guerra” eram proibidas às forças armadas colombianas e evitadas pela imprensa, que as substituía por “subversivos” e “delitos”, num esforço de descaracterização tipológica. Promotores de justiça acompanhavam diversas ações a fim de referendá-las como operações de repressão a tensões e perturbações internas.²⁸⁶

²⁸³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (Department of Defense, *JP 3-07*, 2016, p. III-14). N. do A.: DDR em muito se assemelha às operações robustas de construção da paz da ONU (*Peacebuilding*). Para a classificação evolutiva geracional das operações de paz, ver Glossário.

²⁸⁴ Na Conferência Diplomática sobre Direito Humanitário, em Genebra (1974-1977), o Brasil considerou que o Protocolo Adicional II não poderia ser aplicável a não ser que sua aplicabilidade fosse reconhecida tanto pelo Estado em cujo território o conflito se desenrolava quanto pela parte adversa. Segundo MELLO (1997, p. 169), “a posição do Brasil neste período histórico era totalmente equivocada e só se explicou [...] pela existência de focos de guerrilha. A tese brasileira ignorava, portanto, que os direitos humanos são aplicados sem a atuação do princípio da reciprocidade”.

²⁸⁵ Um acordo de paz, assinado em novembro de 2016, após quatro anos de negociações, encontra-se em franca implementação, tendo sido concluída, em 26 de junho de 2017, a terceira e última fase de entrega das armas individuais à missão da ONU na Colômbia (fonte: UN MISSION IN COLOMBIA. *Final Agreement for Ending the Conflict and Building a Stable and Lasting Peace*. Disponível em <<https://colombia.unmissions.org/en>> Acesso em 30 jul. 2017). Esse acordo pode constituir um importante estudo de caso para investigações futuras. Para alguns pontos adicionais sobre ele, ver NR do Apêndice A.

²⁸⁶ PA II, artigo 1º, 2.

Cessadas as hostilidades, porém – na Colômbia ou em qualquer outro cenário de pós-conflito armado – as preocupações conceituais e o esforço jurídico de categorização das perpetrções cometidas serão apenas mais algumas entre as inúmeras questões de natureza concreta, factual, e mesmo ontológica, a serem enfrentadas. Será preciso indicar um caminho para que os combatentes e seus líderes tenham a reconciliação política facilitada, desmontem as estruturas de força beligerantes e possam preparar-se para o retorno às suas comunidades. O término de um conflito armado por meio de cessar-fogo ou acordo de paz pode mostrar-se uma solução apenas temporária se todas as partes não estiverem satisfeitas com termos que permitam que essa satisfação de fato perdure.²⁸⁷ Nesse sentido, as investigações sobre violações cometidas e a implementação de acordos de negociação de paz não podem ser alternativas mutuamente excludentes. Os meios escolhidos para lidar com as pessoas culpadas, com as memórias amargas e com os ressentimentos poderão comprometer qualquer esforço para restaurar a paz, e um legado de injustiça pode servir para conflitos futuros. Até mesmo a atuação dos negociadores dos acordos de paz pode ser influenciada pelo fato de alguns deles terem sido, eles próprios ou seus familiares, vítimas ou atores do conflito.²⁸⁸

Confrontar e lidar com atrocidades é importante para reconciliação e paz duradouras.²⁸⁹ O ideal seria que os perpetradores tivessem enxergado uma ligação entre evitar a crueldade e uma vida pacífica quando a guerra acabasse, mas no mundo real isso não funciona desse modo. Não é difícil imaginar, portanto, que qualquer processo de reintegração de ex-combatentes à sociedade poderá ser facilitado se as mágoas e ressentimentos remanescentes do período das hostilidades bélicas tiverem-se mantido em níveis racionalmente toleráveis. No caso de ex-combatentes não estatais, outrora integrantes, por exemplo, de grupos armados e milícias, essa animosidade poderá ser influenciada pelo tipo de tratamento a ser a eles dispensado pelo Estado após a cessação das hostilidades. A diferença entre ignorar

²⁸⁷ JOHNSON (1999, p. 217).

²⁸⁸ N. do A.: por exemplo, no caso dos acordos de paz entre as FARC e a Colômbia, um dos negociadores é o próprio ex-líder guerrilheiro Pablo Catatumbo.

²⁸⁹ N. do A.: os Tribunais para a ex-Iugoslávia (1993) e para Ruanda (1994) foram os primeiros criados para lidar com atrocidades em CANI.

absolutamente seus direitos – desprezando inclusive o núcleo protetivo mínimo que lhes é devido – e tratá-los conforme o *status* a que fazem jus por terem lutado em consonância com as leis e costumes da guerra – se assim o fizeram –, poderá ter impactos distintos na eficácia do processo de paz, em especial na sua sustentabilidade. Por exemplo, são conhecidas as mágoas, ainda hoje remanescentes na população do sul dos EUA, em relação aos métodos de guerra total empregados pelo general Sherman durante a Guerra Civil Americana. Embora aquele não tenha sido um conflito assimétrico como hoje o entendemos, o emprego de combatentes irregulares foi vasto e generalizado, o que torna o exemplo útil para salientar a influência estratégica nefasta que a perpetuação dos ressentimentos pós-guerra pode exercer sobre a etapa de reconstrução da paz.

A depender do ente ou da organização atuante na fase pós-conflito (Estado, organização internacional, organização não governamental), da natureza das partes e do grau de complexidade do conflito, determinado enfoque será mais producente, o que poderá variar de uma abordagem mais realista (uso da força, influência coercitiva), passando por uma mais calcada em um liberalismo institucionalista (gestão por meio da mediação) e chegando até o uso predominante de mecanismos de persuasão, num enfoque de viés construtivista. Aspectos como territorialidade, objetivos políticos dos atores desmobilizados, grau de organização dos grupos armados e incentivos de interesse (se materiais ou intangíveis) certamente impactarão os sucesso das estratégias selecionadas. Por exemplo, ao tentar influenciar o comportamento dos atores armados, os Estados são mais suscetíveis ao uso de medidas coercitivas, ao passo que as organizações internacionais disporão de sua influência política e as ONG carrearão esforços na socialização (o que pressupõe um horizonte temporal mais longo). Todos esses mecanismos podem complementar-se entre si.²⁹⁰

²⁹⁰ Ver Anexo E. No caso do processo de paz colombiano, gestado e acompanhado pela ONU, e tendo Noruega e Cuba como Estados garantidores, um enfoque construtivista (persuasivo) é bastante característico, sobretudo no que tange à reconciliação e justiça transicional, por meio do estabelecimento da *Commission on Truth, Coexistence and Non-Repetition* (fonte: UN MISSION IN COLOMBIA. *Final Agreement for Ending the Conflict and Building a Stable and Lasting Peace*. Disponível em <<https://colombia.unmissions.org/en>> Acesso em 30 jul. 2017).

Um dos principais problemas poderá ser a reinserção de antigos inimigos que tomaram parte em crimes de guerra e que jamais serão julgados. No caso dos conflitos armados internos, há que se considerar a grande distinção entre persecução penal por atos cometidos durante os combates – incluindo mortes de combatentes inimigos, salvo crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio – e por violação de seu dever de lealdade ao Estado do qual é nacional, o se que amolda na figura do crime de traição.²⁹¹ Tratar rebeldes inimigos de acordo com as leis e costumes da guerra jamais impede o governo legítimo de julgar os líderes da rebelião por alta traição,²⁹² a menos que eles estejam incluídos em uma anistia geral. Porém, de fato é tênue a linha que separa o *jus in bello* interno (mortes em combate) do *jus ad bellum interno* (lutar contra seu governo), mas não se pode, com base num visão monista do DICA, confundir crime e guerra, ou lançar convenientemente os atores indesejáveis num buraco negro jurídico.²⁹³ O *status* do combatente irregular no século XXI ainda é, ao mesmo tempo, contestado e marginalizado, embora a História demonstre que, ao contrário de ser uma reação dialética à guerra regular, a guerra irregular normalmente representou um complemento à versão regular, originando-se do contexto da “parceria público-privada” que caracterizou o Estado no alvorecer da Europa moderna.²⁹⁴

Que posturas disponíveis há, portanto, para lidar com os atores não estatais na fase de reintegração? Sugerir que todos que tenham pego em armas no território de um Estado sejam reconhecidos (formalmente) como beligerantes não parece ser razoável, pois há que se levar em conta a magnitude, a influência geográfica e as atividades do grupo. Por outro lado, tratar

²⁹¹ Artigo 355 do Código Penal Militar Brasileiro (Dos Crimes Militares em Tempo de Guerra): “Traição – Tomar o nacional armas contra o Brasil ou Estado aliado, ou prestar serviço nas forças armadas de nação em guerra contra o Brasil. Pena: morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo”.

²⁹² Código Lieber, artigo 154. N. do A.: embora denominados de “rebeldes”, os soldados confederados não foram processados por mera participação na guerra, em parte devido à esperança de reciprocidade em face dos soldados da União em cativeiro.

²⁹³ Esse termo foi utilizado pela primeira vez por *Lord Phillips*, presidente da Suprema Corte do Reino Unido, para descrever a Baía de Guantánamo no Caso *Abassi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598 (Neutral Citation), para.22. A Suprema Corte do Reino Unido foi criada em 2009, como parte do Ato de Reforma Constitucional de 2005, para substituir o Comitê de Apelações da Câmara dos Lordes, cujas origens remontavam ao século XIV (Disponível em <<http://www.supremecourt.uk/about/appellate-committee.html>> Acesso em 17 jul. 2017).

²⁹⁴ SCHEIPERS, 2015, p. 223

todos como criminosos ou como “combatentes ilegais”,²⁹⁵ apenas para não “recompensá-los” com o *status* de combatentes porque eles “certamente cometeram barbaridades no seu modo sujo de guerrear”, também embute indisfarçável incompatibilidade, tanto fática, quanto moral, que não se sustenta historicamente. Por exemplo, enquanto a Comissão da Verdade e Reconciliação de Serra Leoa afirma que 60,5% das infrações cometidas durante os combates o foram pelo grupo armado Frente Revolucionária Unida,²⁹⁶ na Guatemala 93% das infrações foram atribuídas ao governo, enquanto que em El Salvador, 95% delas.²⁹⁷ Há ainda os casos em que, num mesmo conflito, dois grupos armados organizados comportam-se de modo bastante distinto: no Peru, atuando ao mesmo tempo, o Tupac Amaro cometeu trinta e seis vezes menos violações que o Sendero Luminoso.²⁹⁸

Uma terceira postura é a adotada pelos Estados Unidos para os propósitos da “guerra ao terror”, ao criar uma nova categoria não existente no DICA, o “combatente inimigo ilegal”, definido

de modo a incluir, mas não se limitar a, um indivíduo que é ou foi parte de, ou apoia forças do Talibã ou da Al Qaeda, ou forças associadas que estejam engajadas em hostilidades contra os EUA ou seus parceiros da coalizão.²⁹⁹ [...] Inclui também os que tenham intencional e materialmente apoiado as hostilidades contra os EUA ou seus cobeligerantes e não sejam um combatente inimigo legal.³⁰⁰

A argumentação do governo George W. Bush para criar esse novo *status*, ao afirmar que a guerra ao terror seria um novo tipo de conflito ao qual as normas estabelecidas não mais seriam aplicáveis, na verdade demonstrou nada mais do que a mesma tradição de criação de mecanismos de exclusão de combatentes irregulares. Paradoxalmente, na tentativa de negar o

²⁹⁵ N. do A.: não confundir com “combatente inimigo ilegal”, que é um suposto *status* criado pelos Estados Unidos na guerra ao terror. *Combatente ilegal* “é uma expressão reducionista útil para descrever os civis que pegam em armas sem estarem autorizados a isso pelo DICA, ou seja, ela tem um caráter exclusivamente descritivo. Assim como guerrilheiros e milicianos são subcategorias de combatentes, combatentes ilegais são uma subcategoria de civis. São tão antigos quanto a guerra, ainda que não com essa denominação” (SOLIS, 2010, p. 208). Desse modo, são combatentes ilegais, além dos *civis ilegalmente engajados nas hostilidades* (PA I artigo 48; PA II artigo 13, 3), os *espíões* (PA I artigo 46) e os *mercenários* (PA I artigo 47). Ser um combatente ilegal, portanto, não é um crime de guerra por si só. Para uma panorâmica dos diferentes *status* no campo de batalha, em conflitos armados internacionais, ver Apêndice B.

²⁹⁶ *Witness to Truth: Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission Report*, v. 2, par. 107. Disponível em <<http://www.sierra-leone.org/other-conflict/trcvolume2.pdf>> Acesso em 17 jul. 2017

²⁹⁷ BANGERTER, 2011, p. 78

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 79

²⁹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Defense. *Directive 2310.01E, The Department of Defense Detainee Program*. Sept. 5, 2006, at Enclosure 2, Definitions. (original em inglês; tradução nossa)

³⁰⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. N.º. 109-366, 120 Stat. 2006; 10 U.S.C. §§ 948^a-950w, and other sections of Titles 10, 18, 28 and 42. (original em inglês; tradução nossa)

direito – criando buracos negros jurídicos –, a justificativa empregada foi construída exatamente pela via jurídica.³⁰¹ Ademais, o fato é que algumas tentativas iniciais de processar pessoas por atos hostis cometidos no Afeganistão e no Iraque falharam porque as comissões militares apoiaram-se em procedimentos débeis ou em evidências obtidas mediante tortura, inadmissíveis em julgamento.³⁰² Embora não seja objeto deste trabalho, um olhar sobre o terrorismo e suas implicações legais carece de abordagem caso a caso, com flexibilidade suficiente para levar em consideração os diferentes tipos de conflitos armados sob o DICA. Terroristas que não sejam parte das forças armadas de um Estado ou de grupo armado não têm o *status* de combatente, nem tampouco são civis. Se um conflito armado existe entre um determinado grupo (mesmo sendo esse grupo considerado terrorista) e um Estado, membros ativos desse grupo podem ser atacados a qualquer tempo. A questão complica quando uma guerra contra “o terror” é declarada e decide-se que terroristas poderão ser atacados onde quer que sejam encontrados, com ou sem o consentimento do Estado de residência.³⁰³ Por outro lado, os mecanismos para retirar um grupo armado ou organização de uma lista de terroristas ou para oferecer-lhes anistia pela mera participação nas hostilidades (ou seja, sem que tenha havido cometimento de crimes de guerra) raramente são transparentes, e podem inclusive radicalizar grupos que não têm nada a perder: se o grupo está na lista e não há mecanismos para retirá-lo dela, que alternativa ao terrorismo haverá?³⁰⁴ Como expressa Walzer,

repressão e retaliação são respostas legítimas ao terrorismo somente quando elas são restringidas pelos mesmos princípios morais que governam o próprio terrorismo, caso contrário implicarão a mesma geração de violência. [...] O único modo de quebrar esse círculo é se recusar a jogar o jogo do terrorismo.³⁰⁵

³⁰¹ SCHEIPERS, 2015, p. 222. N. do A.: é o que atualmente se costuma denominar de *lawfare*.

³⁰² “Em um relatório redigido pelo general Ricardo Sanchez, no dia 14 de setembro de 2003, estavam expostas as dez medidas de tortura psicológica que deveriam ser usadas pelos interrogadores de Abu Ghraib, entre as quais figuram a manipulação do meio ambiente, dos ritmos de alimentação e de sono, o isolamento e o barulho ensurdecedor, as posições penosas, assim como a presença de cães militares, [...] com ordem de ‘guantanamoizar’ (*gitmoise* em inglês) o sistema de informações no Iraque, considerado ineficaz” (TERESTCHENKO, 2011, p. 47).

³⁰³ N. do A.: em certo sentido, eliminação seletiva de terroristas é como prevenção de acidentes: é difícil estimar precisamente a eficácia das medidas.

³⁰⁴ BANGERTER, 2001, p. 102. Ver, no Anexo D, que a inclusão de grupos armados em listas de terroristas é uma das principais razões para não respeitar o DICA (“Não nos resta nada a perder”). Ver também, no Glossário, a conceituação de *anistia*.

³⁰⁵ 2004, p. 61-66

Os termos “combatente inimigo ilegal” e “combatente sem privilégios”,³⁰⁶ que descrevem os mesmos indivíduos, não aparecem em qualquer tratado de DICA, mas são um *status* individual *de fato* empregado pelos Estados Unidos, que usam o termo para legitimar o tratamento de prisioneiros, combinando o aspecto de ilegalidade do direito penal e o conceito de combatente do DICA.³⁰⁷ Sob essa definição, qualquer pessoa que tenha apoiado as hostilidades contra qualquer aliado dos EUA, mesmo sem jamais ter pisado num campo de batalha ou em local hostil, poderá ser enquadrada como combatente inimigo ilegal, o que expande enormemente o espectro da definição jurídica de combatente.

Por decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, nenhuma pessoa detida em decorrência das campanhas militares contra o terrorismo pode ser privada indefinidamente de liberdade e acesso à justiça e, portanto, qualquer indivíduo pode dar entrada em pedidos de *habeas corpus* questionando a legalidade de sua prisão.³⁰⁸ Adicionalmente, o artigo 3º Comum e o artigo 75 do PA I (que possui natureza consuetudinária) sempre oferecem proteções mínimas, além de o CICV ser cristalino ao afirmar a ilegalidade do ato de se atribuir um “não *status*” a algum dos atores do campo de batalha.³⁰⁹ Se ainda assim nos valermos do argumento de que o *modus operandi* de grupos como a Al Qaeda ou o ISIS provavelmente os excluiria da definição de grupo armado dada a sua característica de, em sendo uma rede clandestina de células operativas, não preencher o requisito de nível mínimo de organização exigido pelo

³⁰⁶ N. do A.: exceto sob a ótica estadunidense, que considera o “combatente sem privilégios” como alguém que não tem qualquer direito mínimo assegurado, o privilégio atribuído pelo DICA a qualquer ator que se enquadre legalmente como combatente é o Estatuto do Combatente e do Prisioneiro de Guerra (PA I, Seção II, artigo 43 a 47), em especial a imunidade à persecução penal por atos cometidos em consonância com as leis e costumes da guerra. Essa imunidade como combatente é a imunidade de ser julgado por atos de guerra ou atos cometidos antes de ser capturado como prisioneiro de guerra. Diferentemente da *condição* de prisioneiro de guerra, que se oferece também a certos civis (ilegalmente engajados nas hostilidades), a imunidade como combatente é disponível apenas aos combatentes. Portanto, há que se diferenciar a *aquisição do status de PG* – circunstancial – do *tratamento equivalente ao de PG* – humano, ético e obrigatório, qualquer que seja a situação de captura (PA I artigo 44, 4 e artigo 45, 3). Os combatentes ilegais (civis ilegalmente engajados nas hostilidades, espíões e mercenários) não têm direito ao Estatuto do Combatente e do Prisioneiro de Guerra. Para uma panorâmica dos diferentes *status* no campo de batalha, em conflitos armados internacionais, ver Apêndice B.

³⁰⁷ Alguns especialistas descrevem o “combatente inimigo ilegal” não como uma terceira categoria, mas como uma subcategoria de civil, um corolário da distinção entre civis e combatentes (SOLIS, 2010, p. 207).

³⁰⁸ Caso *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004). Ver Anexo H.

³⁰⁹ “Toda pessoa nas mãos do inimigo tem que ter algum *status* sob o direito internacional: ele [ou ela] ou é um prisioneiro de guerra e, como tal, coberto pela 3ª Convenção de Genebra, ou um civil coberto pela 4ª Convenção ou, novamente, um membro do pessoal médico das forças armadas coberto pela 1ª Convenção. Não há *status* intermediário; ninguém nas mãos do inimigo pode estar fora do âmbito da lei” (*Comentários à 4ª Convenção de Genebra, artigo 4º, § 51*). Adicionalmente, artigo 5º e 6º do PA II e Norma 159 de HENCKAERTS, J.; DOSWALD-BECK, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. v. I: Normas. Cambridge University Press, 2005.

DICA, não só alguns especialistas,³¹⁰ mas novamente a própria Suprema Corte dos Estados Unidos³¹¹ parecem considerar a possibilidade de que, em um conflito entre um ou mais Estados e um grupo transnacional, esse ente não estatal possa alcançar esse nível de organização em dado momento de sua estruturação.³¹²

Retomando a questão das alternativas para fomento da estabilização, uma vez cessadas as hostilidades, há que se levar em conta também que um dilema entre *condução de investigações e manutenção das negociações do cessar-fogo* naturalmente será estabelecido. Isso demandará especial sensibilidade dos negociadores para com o contexto político,³¹³ até porque as comissões para lidar com cada uma dessas duas vertentes deverão ter expertises distintas: para procedimentos por crimes de guerra serão juristas, especialistas em direito penal (internacional e doméstico) e instituições ligadas à supervisão do cumprimento das normas do DICA; para acordos de paz e demais negociações serão membros da comunidade diplomática, profissionais em mediação de conflitos e organismos dedicados à reconstrução e apoio humanitário imediato. Membros de organismos como o CICV e a ONU poderão compor ambas, o que auxiliará a amplitude da consciência situacional.

A conduta mais comum observada ao longo da História tem sido a anistia aos irregulares, mesmo aos líderes, até como incentivo à deposição de armas,³¹⁴ o que se insere num projeto humanitário mais amplo, embora por vez não tão claro. Obviamente que a disseminação de um sentimento de “punição zero” (anistia total) poderá solapar os esforços de alcançar a justiça.³¹⁵ Por exemplo, a comunidade internacional criticou o Acordo de Paz de Lomé, concluído em 1999 entre o Governo de Serra Leoa e a Frente Unida Revolucionária, que concedeu perdão total e incondicional a todos os atores indistintamente. Em resposta, a

³¹⁰ Por exemplo, conferir: Sassòli, M. *Transnational armed groups and International Humanitarian Law*. Occasional Paper Series. Harvard University, Winter 2006, n. 6, p. 9.

³¹¹ N. do A.: no Caso *Hamdan v. Rumsfeld* (ver Anexo I) a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que o artigo 3º Comum é aplicável aos membros da Al Qaeda e a pessoas associadas com aquela organização capturadas durante as campanhas militares contra o terrorismo.

³¹² VITÉ, 2009, p. 93

³¹³ JOHNSON, 1999, p. 201

³¹⁴ OHLIN, 2015, p. 361

³¹⁵ Como menciona JOHNSON (1999, p. 208), “é preciso lidar, de fato, com os atos ilegais cometidos durante o conflito, e não com uma reforma correcional de atitudes constituintes desses atos”.

ONU impôs ao Acordo um aditivo excluindo o genocídio, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e outras violações graves ao DICA, já que a experiência demonstrava que esse tipo de anistia não fomentaria uma paz duradoura nem a reconciliação.³¹⁶ Similarmente, oferecer anistia apenas como um incremento do respeito havido ao DICA (pela simples participação nas hostilidades) pode gerar pouco incentivo, já que os indivíduos ainda assim poderão ser punidos internamente. Na Argélia, por exemplo, em 1958, foi adicionalmente oferecida à Frente de Liberação Nacional a desmobilização em campos especiais para aqueles que tivessem portado armas abertamente,³¹⁷ com excelentes resultados.

Algumas vezes a cooperação dos próprios atores também interferirá na resolução das partes em conflito e necessitará ser levada em consideração *pro bono*, como foi o caso dos Dayton Accords, na Bósnia, que atenuaram a cumplicidade de indivíduos cuja concordância fora necessária para a celebração dos Acordos. Em outras, essa própria necessidade de colaboração poderá gerar distorções indesejáveis, como no caso das guerras em Ruanda-Zaire: como a etnia Tutsi fora vitoriosa na fase da guerra em Ruanda (1995-96) – portanto posterior ao genocídio de 1994 –, o Tribunal Internacional, criado para lidar com as atrocidades da fase anterior (1994), focou apenas nas perpetrções de Hutus contra não Hutus naquela fase, não levando em consideração os crimes cometidos por Tutsis contra não combatentes Hutus após a guerra se espalhar pelo Zaire. Isso se deveu ao fato de que a cooperação de altas autoridades Tutsis seria necessária para os esforços de paz futuros.³¹⁸

Numa outra vertente, modelos como os aplicados em Nuremberg e Tóquio, em situações de rendição e submissão incondicionais, nos quais os valores dos vitoriosos foram impostos aos demais, hoje não são aplicáveis. Mesmo àquela época, os resultados foram sociedades divididas, que posteriormente percorreram um longo caminho de reencontro com suas identidades nacionais. Pelo contrário, é preciso que os respectivos sistemas de valores

³¹⁶ MACK, 2008, p. 29. Ver um extrato do Acordo de Paz de Lomé e um trecho da Renúncia da ONU no Anexo F.

³¹⁷ *Ibidem*. Nesse caso, para os que se portaram em consonância com o atual artigo 44, 3 do PA I (1977).

³¹⁸ JOHNSON, 1999, p. 193. No Anexo G, ver um extrato da Resolução para o Estabelecimento do Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

permaneçam o mais intactos possível, o que demandará que todos concordem com algum meio termo válido. Para dissuadir futuras atrocidades e mitigar os riscos de recomeço do conflito, punições deverão ser impostas a todas as partes, não deixando que impunidades mantenham pessoas poderosas exercendo influência.³¹⁹ As punições, aplicadas após o devido processo legal,³²⁰ auxiliarão também a estabelecer as bases de um estado de direito, passo fundamental para reconstituição da uma sociedade dilacerada pelo conflito, sobretudo quando a História demonstra uma tradicional submissão do Judiciário frente ao Executivo em tempos de guerra.³²¹ Destarte, uma abordagem integrada de justiça e reconciliação somente terá legitimidade se obtiver determinadas características: constituir um sistema imparcial, transparente e responsável; atuar de modo representativo e equitativo; responder às autoridades civis, com ênfase para a primazia dos direitos humanos e da dignidade; possuir mecanismos de monitoramento e defesa dos direitos humanos; adotar um sistema correcional humano e baseado na recuperação; e implementar mecanismos de reconciliação e responsabilização para resolver abusos e queixas passadas, decorrentes do conflito.³²²

Uma estratégia potencialmente útil para a construtiva reintegração e colocação de todos num mesmo nível, como parceiros numa empreitada comum de reestabelecimento da paz, poderá ser a criação de uma esfera de elementos comuns (interesses, valores e crenças culturais) entre potenciais inimigos.³²³ Isso é particularmente verdadeiro quando se considera que, eventualmente, o governo que perde o conflito poderá ser substituído exatamente pelos rebeldes que formarão o novo governo. Nesse contexto, a participação de mulheres nos processos de paz e estabilização pode também representar um importante diferencial, não somente porque formas novas de conflitos exigem respostas igualmente diferenciadas, mas também devido ao fato de que homens e mulheres experimentam o conflito de maneiras

³¹⁹ N. do A.: trata-se de abordagem com enfoque realista, empregando controle, contenção, marginalização e isolamento (ver Anexo E).

³²⁰ Artigo 6º do PA II

³²¹ LONDRAS, 2007, p. 11

³²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (Department of Defense, *JP 3-07*, 2016, p. II-4)

³²³ HUNTINGTON, 1997, p. 45. N. do A.: em outras palavras, uma ênfase no enfoque construtivista (ver Anexo E).

diferentes. Atento a esse aspecto, em 31 de outubro de 2000 o Conselho de Segurança das Nações Unidas aprovou a Resolução 1325, sobre as mulheres, a paz e a segurança, reafirmando o importante papel feminino e instando os Estados a assegurar a sua participação nos processos de prevenção e resolução de conflitos, nas negociações de paz e na reconstrução pós-conflito.³²⁴ Sob a luz de uma abordagem construtivista, quando mulheres estão à mesa de negociações o foco temático desloca-se da abordagem tradicional (território, poder, Estado) para eixos como justiça, reconciliação, saúde e educação.³²⁵ Na mesma direção, a probabilidade de que um acordo de paz dure pelo menos 15 anos é 35% maior se mulheres tiverem participado de sua construção,³²⁶ ao passo que se o percentual de parlamentares mulheres em um Estado aumenta 5%, é cinco vezes menos provável que esse Estado faça uso de meios violentos para solucionar uma controvérsia internacional.³²⁷ Ainda assim, a participação de mulheres nesses processos de negociação e reconciliação é frequentemente negligenciada.³²⁸

Como se quis demonstrar nesse Capítulo, o modo como a guerra é travada geralmente determina o tipo de paz que será obtida. Um guerra injusta impede uma paz justa, ou seja, uma paz genuína. Levar o conflito ao seu término de modo que as partes possam reconciliar-se, cooperando na reconstrução de suas sociedades, depende consideravelmente de como eles combateram durante a fase armada de sua disputa.³²⁹ Nesse sentido, o respeito ao DICA será linha mestra de procedimentos para o uso legítimo da força pelo Estado, não interessando que tipo de método ou de comportamento em relação às leis e costumes da guerra venham a ser desencadeados pelo inimigo não estatal.

³²⁴ *UN Resolution 1325 (2000)*. Disponível em <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/720/18/PDF/N0072018.pdf?OpenElement>> Acesso em 31 jul. 2017.

³²⁵ Anderlini, 2007

³²⁶ O'Reilly et al, 2015

³²⁷ Caprioli e Boyer, 2001

³²⁸ Nos 31 maiores processos de paz dos últimos 20 anos, as mulheres foram em média 2% das mediadoras, 4% das signatárias e 9% das negociadoras (Anderlini, 2007).

³²⁹ JOHNSON, 1999, p. 158

5 CONCLUSÃO

O Direito Internacional dos Conflitos Armados é um sub-ramo do Direito Internacional Público singular por várias razões. A começar pelo seu propósito, ele pretende tutelar juridicamente uma atividade humana – a guerra – que é considerada a própria negação do direito, haja vista ter sido tornada ilegal como forma de resolução de controvérsias, salvo em circunstâncias especiais. Ele também embute aparentes paradoxos. Como justificar, por exemplo, que em tempo de conflito armado seja lícito ao beligerante legal matar o seu oponente (bem tutelado = vida), porém a ele seja defeso torturar esse mesmo adversário (bem tutelado = dignidade). Como este trabalho demonstrou no Capítulo 2, o mesmo se deu em termos de codificação: uma das maiores forças motrizes para positivá-lo – o fenômeno dos atores irregulares, não estatais – foi justamente por ele negligenciado nessa mesma evolução de positividade normativa, preferindo-se ora denegar a sua nefasta existência, ora defini-los por meio de uma abordagem *ex negativo*.

O conceito de guerra irregular emergiu em meados do século XVIII, inicialmente concebido como um complemento tático da guerra regular. Apesar da intensa participação de guerreiros irregulares nos conflitos do século XIX, em particular na Guerra Civil Americana (1861-1865) e na Guerra Franco Prussiana (1870-1871), a questão da obscuridade de seu *status* jurídico teimou em permanecer nos campos de batalha como uma sombra indesejável. Durante aquele sangrento conflito na América do Norte começaram os primeiros esforços de codificação daquilo que já era parte dos usos e costumes da guerra há tempos: surgiu o Código Lieber, escrito para uma guerra civil – e, portanto, para um conflito armado não internacional –, mas que ironicamente tornar-se-ia um código para conflitos armados internacionais, perpetuando-se no tempo, dada a visão prospectiva privilegiada e o apuro jurídico do seu autor.

Não somente o *status* jurídico dos irregulares esteve quase sempre envolto em densas nuvens de incerteza,³³⁰ mas chegou-se mesmo a afirmar que a guerrilha seria um fenômeno essencialmente incompatível com toda regulamentação, e que por essa razão seria contraditório querer submetê-la a um regime de direito.³³¹ Diante da impossibilidade de distinguir os atores não estatais da população, a conduta recorrente foi infligir punições aos civis pela mera suposição de apoio à causa insurgente, numa espiral de violência que se realimentava também da incapacidade de compreender sua “irregularidade” como a única alternativa viável. Nessa lógica, combater o bom combate significava também expurgar a sua antítese, cujo reconhecimento de beligerância legal seria uma afronta à moralidade da guerra. Grandes potências da época, como França e Reino Unido, temiam que sua autoridade colonial fosse comprometida, acrescentando então o peso de seus interesses políticos às tentativas de banimento desses indesejáveis atores. Num ambiente anárquico de Estados soberanos,³³² cujo voluntarismo é a principal razão de formulação do DICA, não é de se surpreender que o progresso no reconhecimento da beligerância legal não estatal tenha sido outrora insignificante.

Porém, ainda que de modo tácito até 1977 – quando da celebração do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949 –, a questão da situação jurídica dos atores não estatais foi gradualmente sendo enfrentada. Primeiro, pela inevitável constatação de sua recorrência, não importando a espécie do conflito analisado. Segundo, pela crescente força do argumento de causalidade moral que a assimetria – “a guerra do fraco contra o forte, do Davi contra o Golias” – ontologicamente embute.

A tendência evidenciada a partir dos anos 1960, sinalizando para o aumento dos conflitos armados de natureza não internacional, não apenas consolidou-se em nosso tempo, mas notadamente materializou-se, ao constatarmos a supremacia de ocorrência de CANI em

³³⁰ N. do A.: famosa expressão de Clausewitz para descrever o que ele denominou de *névoa da guerra*, uma espécie de nuvem de incerteza que recobre o campo de batalha assim que a luta tem início (“A guerra é a província da incerteza e do acaso”).

³³¹ MELLO, 1997, p. 214

³³² Bull, 2002

face de CAI. Como natural consequência, as discussões sobre a aplicabilidade do DICA à guerra assimétrica, notadamente aos seus atores não estatais, têm proporcionalmente aumentado à medida que a frequência desse tipo de conflito se consolida. Não obstante, no tocante à normatização da conduta dos atores não estatais, tanto os diplomas legais (artigo 3º Comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, Protocolo Adicional II e Estatuto de Roma) quanto o direito consuetudinário correlato remanescem como uma prioridade menor, o que traduz, no mínimo, uma contradição.

Tecnicamente falando – conforme foi desenvolvido no Capítulo 3 –, uma assimetria real é aquela que envolve ações que um adversário pode executar e que você, ou não pode, ou não irá fazê-lo.³³³ Em razão disso, embora a assimetria moral seja a que alimenta os grandes debates filosóficos da cultura ocidental, a assimetria tecnológica é não somente a mais significativa, como também a mais relevante em termos de aplicação e interpretação do DICA,³³⁴ haja vista dizer respeito aos meios e métodos de combate. Do ponto de vista tipológico, um confronto entre um Estado e um ente transnacional não estatal qualifica-se como conflito armado somente quando está claro o limiar de violência requerido, ou seja, deve ser pelo menos um conflito armado entre dois grupos organizados. Nesse sentido, as crescentes assimetrias no campo de batalha significam, em última análise, que conflitos nos quais a plenitude do arcabouço legal do DICA seja aplicada serão cada vez mais exceção, e não regra.³³⁵ Por outro lado, as regras mínimas do artigo 3º Comum e do artigo 75 do PA I, além do direito consuetudinário, aplicam-se em quaisquer circunstâncias, aí incluídos os conflitos transnacionais, sendo os critérios geográficos, na verdade, elementos tornados obsoletos para fins de análise de territorialidade.

A reduzida prática reflexiva sobre a problemática dos conflitos armados não internacionais (que, em sua maioria, porém nem sempre, caracterizam-se por uma assimetria

³³³ Barnett, *apud* LINDSTRÖM, 2012, p. 31

³³⁴ SCHMITT, 2008, p. 7

³³⁵ PAULUS e VASHAKMADZE, 2009, p. 116; 117

inerente) pode contribuir para a solução minimalista de que, na ausência de personalidade estatal, e dada a sua voluntária opção pela solução violenta das armas, sejam negados aos atores não estatais os ganhos civilizatórios conquistados pelas nações politicamente organizadas, transformando-os, bem como aos seus pleitos, em bestas marginalizadas e imorais. Essa percepção não somente desconhece a trajetória de construção normativo-doutrinária do DICA, como desconsidera o potencial efeito estratégico que a legitimação de sua condição de beligerância legal poderá trazer após a cessação das hostilidades.

Conforme delineado no Capítulo 4, a segmentação, em categorias distintas, dos indivíduos que estiveram envolvidos em hostilidades, decerto precisa ser levada em consideração para que sejam dimensionados e concedidos benefícios justos e proporcionais. Sob essa perspectiva, atores que se engajaram em operações terroristas globais – organizações celulares, lobos solitários e congêneres – não poderão ser tratados do mesmo modo que aqueles que prestaram lealdade às insurgências locais e aos grupos armados organizados territoriais. A questão-chave é, desse modo, direcionar o tratamento de atores não estatais, em teatros de conflitos assimétricos, aos objetivos de estabilização política e reconciliação social. Experiências colhidas nas fases pós-conflito em vários cenários ao redor do mundo demonstram que posicionamentos extremados sobre como proceder nesse campo contribuem pouco ou, em alguns casos, inclusive deterioram os esforços de estabilização. De um lado, a postura de inserir esses personagens em “buracos negros jurídicos” alimenta uma indesejável espiral de violência entre os remanescentes ainda não desmobilizados, incitando-lhes ao recrudescimento como forma de pressão. De outro lado, anistias e perdões indiscriminados disseminarão a frustração pelo tratamento injusto para com os que se mantiveram minimamente alinhados a pressupostos de humanidade na aplicação da violência, dificultando a formação de coalizões politicamente fundamentais para um recomeço sustentável. Um meio-termo precisa ser atingido, o que pode, por exemplo, ser feito por intermédio da garantia

de imunidade à persecução penal pela participação beligerante lícita, ou mesmo pelo gradiente de esforço evidenciado no cumprimento das normas reguladoras das hostilidades, em ambos os casos mediante a necessária comprovação por tribunais ou comissões constituídas para esse fim,³³⁶ porém sendo sempre assegurado o benefício da dúvida.³³⁷ Diferentemente de um passado no qual a recorrência do paradigma assimétrico não estatal podia ser desprezada, hoje a questão do tipo de tratamento a ser dispensado aos seus protagonistas integra o portfólio de opções estratégicas disponíveis para o desafio da estabilização. Destarte, o acordo de paz entre a Colômbia e as FARC, ora em andamento, pode constituir importante estudo de caso para investigações futuras.

Os enfoques da teoria de relações internacionais (realista, liberal e construtivista) podem fornecer interessantes abordagens para lidar do modo mais apropriado com os atores não estatais na fase pós-conflito. Embora empregando mecanismos distintos, essas correntes estratégicas devem complementar-se mutuamente, valendo-se de seus entes prioritários (Estados, organismos internacionais e organizações não governamentais) para implementar as ferramentas que lhes são disponíveis e com as quais têm mais familiaridade e experiência, indo desde a diplomacia coercitiva e a força (Estados), até a socialização persuasiva (ONG). Em quaisquer dos casos, é necessário não desconsiderar que diferentes atores armados não estatais têm diferentes aspirações no que tange às condições da paz propalada, que podem, em alguns casos, ser apenas meros exercícios de retórica para uma a desescalada da violência, sem que um interesse legítimo de sustentabilidade duradoura se estabeleça. Nesse sentido, a presença de mulheres nas tratativas pode conferir um olhar mais construtivo e menos vingativo, inclusive pelo fato de, na maioria dos casos, elas não terem tomado parte direta nos paroxismos de violência daquele conflito.

³³⁶ Tribunais penais ou comissões da verdade e reconciliação.

³³⁷ N. do A.: para os CAI – no caso, aqueles descritos no artigo 1º, 4 do PA I (“CARs”) – o artigo 5º da CG III (preceito consuetudinário) e o artigo 45, 1 e 2 do PAI. Ver também Apêndice B.

Pode-se afirmar que o sofrimento humano e os danos materiais causados pelo conflito são de muito maior magnitude quando não se respeita a proteção conferida pelo DICA, e seus efeitos são sentidos a longo prazo. Além disso, reconciliações plenas, quando acontecem, são mais penosas e demoradas. Diferentemente do que se possa pressupor, porém, agir conforme os preceitos normativos humanitários mínimos não depende da natureza das partes – se soldados regulares ou entes não estatais tentando compensar assimetrias de toda espécie –, mas sim das decisões racionais que essas partes tomam.³³⁸ Uma lide bélica confrontando um Estado e um ou mais atores não estatais sempre trará à baila as obrigações inerentes aos integrantes das forças armadas estatais, os quais são representantes do próprio Estado em determinado momento e sob determinadas circunstâncias. Em outras palavras, a supremacia moral,³³⁹ pedra angular do comportamento ético em combate, e ínsita nos recônditos fundamentos filosóficos do DICA, deverá nortear os soldados profissionais em todos os momentos, o que poderá ter impacto estratégico importante na fase de estabilização pós-conflito, e ser fundamental para assegurar o caminho a uma paz sustentável. Em conflitos onde violações podem ser cometidas por indivíduos da mesma sociedade, os valores incrustados no DICA devem ser honrados independentemente de sua moldura política. Todavia, do ponto de vista da gestão estratégica de uma estabilização pós-conflito, não apenas a natureza dos atos hostis pregressos precisará ser levada em conta para garantir a transição pacífica e prevenir uma indesejável reversibilidade. Também as possibilidades de reintegração e de retomada de crença numa paz duradoura, a serem oferecidas a esses mesmos atores, precisam integrar o cardápio de possibilidades de sucesso. Desconsiderar isso é olhar apenas para a árvore, ao invés de enxergar a floresta.

³³⁸ BANGERTER, 2011, p. 79

³³⁹ N. do A.: esse termo foi cunhado pelo Senador dos EUA John McCain, ao justificar, com base em sua experiência como prisioneiro de guerra no conflito do Vietnã, porque ele era contra as técnicas de “interrogatório aprimorado” (*enhanced interrogation*), um eufemismo criado pelo governo do Partido Republicano estadunidense para torturar presos considerados envolvidos em atividades terroristas contra os EUA (informação verbal obtida pelo autor, então aluno-ouvinte, durante aula de *Law of Armed Conflicts* ministrada pelo Coronel David Wallace, do Corpo de Advogados Militares do Exército dos EUA, Subchefe do Departamento de Direito da Academia Militar de West Point, EUA, em 2012).

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

ANDERLINI, S. N. *Women building peace: what they do, why it matters*. Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publishers, 2007. 257p.

BANGERTER, O. *Motivos por los que los grupos armados deciden respetar o no el derecho internacional humanitario*. *International Review of the Red Cross*. n. 882. June 2011, p. 75-109.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 2. ed. Trad. João Ferreira, Carmen C. Varrialle e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. 1328 p.

BRASIL. Ministério da Defesa. *Glossário das Forças Armadas (MD 35-G-01)*. Brasília, 2007.

_____. Estado-Maior do Exército (EME). *Manual de campanha: operações (EB 70-MC-10.223)*. 5. ed. Brasília, 2017.

_____. Constituição (2013). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05.10.1988. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 2014.

_____. Ministério da Defesa. Secretaria de Política, Estratégia e Assuntos Internacionais. *MD51-M-04: doutrina militar de defesa*. 2. ed. Brasília, DF, 2007.

_____. *Código penal militar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Projeto de Lei 4.038/09 – Implementação do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional*.

BULL, H. *A sociedade anárquica*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

BYERS, M. *A lei da guerra: direito internacional e conflito armado*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *et al. As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana*. 2004. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/por/sitepor0.nsf/html/direitos-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

CAPRIOLI, M.; BOYER, M. A. *Gender, violence, and international crisis*. *Journal of Conflict Resolution*, 2001, vol. 45, issue 4, p. 503-518.

CASTRO, C. *O espírito militar*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

_____. *Em campo com os militares In Antropologia dos militares: reflexões sobre pesquisas de campo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2009.

CINELLI, C.F.G. *Direito internacional humanitário: ética e legitimidade no uso da força em conflitos armados*. Curitiba: Juruá, 2011.

CLAUSEWITZ, C. *Da guerra*. 1. ed. 1832. Tradução de Teresa Barros Pinto Barroso. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Direito internacional relativo à condução das hostilidades: compilação de convenções da Haia e de alguns outros instrumentos jurídicos. *Regulamento relativo às leis e usos da guerra terrestre*. Haia, 18 de outubro de 1907. Genebra: CICV, 1990.

_____. *Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. Genebra: CICV, 1992.

_____. *Protocolos adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. Genebra: CICV, 1992.

_____. *Comentários ao Protocolo Adicional I*. Genebra: CICV.

_____. *Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional*. Genebra, 2002.

_____. *The Law of Armed Conflict - Command Responsibility*. Geneva, Switzerland, 2002.

COMPARATO, F. K. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia da Letras, 2006.

DIROU, A. *Les francs-tireurs pendant la guerre de 1870-1871*. *Stratégique*. 2009/1. n. 93-94-95-96. p. 279-317.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Defesa. *Joint Publication 3-07 (Stability)*. Washington, D.C., 2016.

_____. Departamento de Defesa. *Law of War Manual*. Washington, D.C., 2016.

_____. War Department. *A Code of Regulations for the Government of the Armies in the Field in The 1863 laws of war*. Mechanicsburg: Stackpole Books, 2005.

FISCHER, H. 2003. Material de apoio distribuído em palestra ministrada durante o Curso de Pós-Graduação em Direito Internacional Humanitário. Brasília: UNB, 2005. Disponível em: <<http://www.fischeroffice.com>>. Acesso em: jan. 2008.

FLECK, D. et al. (Org.) *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*. New York: Oxford University Press, 1995.

FRANÇA, J.; VASCONCELLOS, A. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 8. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007, 255p.

GEIB, R. *Asymmetric conflict structures*. *International Review of the Red Cross*. v. 88, n. 864. Dezembro, 2006, p. 757-777.

GIDDENS, A. *O Estado-nação e a violência*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.

GREENWOOD, C. *Historical development and legal basis* (p. 1-38); *Scope of application of humanitarian Law* (p. 39-62). In: Fleck, D. et al (Org.) *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*. New York: Oxford University Press, 1995.

GROSSMAN, D. *On killing: the psychological cost of learning to kill in war and society*. Boston: Tw Bookmark, 1996.

GUTMAN, R. et al. *Crimes of war: what the public should know*. 2. ed. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2007.

HALBERTAL, M. *Moral challenges in asymmetric warfare*. Sítio da internet. Disponível em: <https://www.wzb.eu/sites/default/files/u32/paper_moshe_halbertal_moral_challenges_in_asymmetric_warfare.pdf> Acesso em 20 jun. 2017. NYU: New York, 2014.

HAMMES, T. X. *A quarta geração evolui. A quinta geração emerge*. Military Review. set-out. Fort Leavenworth, 2007.

HENCKAERTS, J.; DOSWALD-BECK, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. v. I: Normas. Cambridge University Press, 2005.

HERSH, S. M. *Cadeia de comando: a guerra de Bush do 11 de setembro às torturas de Abu Ghraib*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

HOFMANN, C.; SCHNECKENER, U. *Participación de los actores armados no estatales en los procesos de construcción del Estado y de la paz: opciones y estrategias*. International Review of the Red Cross. n. 883. Setembro 2011, p. 187-207.

HUNTINGTON, Samuel. *O choque das civilizações e a recomposição da nova ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW. *Background information for participants to the course on law of armed conflict for armed forces*. San Remo: IIHL, 2005.

JARDIM, T. DAL MASO. *O Brasil e o direito internacional dos conflitos armados*, t. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

JOHNSON, J. T. *Morality and contemporary warfare*. New York: Yale University Press, 1999.

KALDOR, M. *New and old wars: organized violence in a global era*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de guerras futuras*. Nova Iorque: William Morrow e col., 1961.

MELLO, C. D. A. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- KEEGAN, J. *Uma história da guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- LAITIN, D. *Nations, States, and Violence*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- LIIVOJA, R. *Technological change and the evolution of law of war*. International Review of the Red Cross. v. 97, n. 900. Winter, 2015, p. 1157-1177.
- LIND, W. *Understanding fourth generation warfare*. Military Review, 84/5, pp. 12-16, Sept.-Oct. 2004.
- LINDSTRÖM, F. *Asymmetric warfare and challenges for international humanitarian law: civilian direct participation in hostilities and state response*. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional Público. Uppsala Universitet, Suécia, 2012.
- LONDRAS, F. *In the shadow of Hamdan v. Rumsfeld: habeas corpus rights of Guantánamo Bay detainees*. Irish Criminal Law Journal, 17(2), ICLJ 8. Dublin: Thomson Round Hall, 2007.
- MACK, M. *Mejorar el respecto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*. ICRC: Genebra, 2008.
- MACKEY, R. *The UnCivil War: irregular warfare in the upper south, 1861-1865*. University of Oklahoma Press, 2004.
- MAXWELL, M. D. *A lei da guerra e os civis no campo de batalha*. Military Review. jan-fev. Fort Leavenworth, 2005
- MELZER, N. *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law*. International Review of the Red Cross. v. 90, n. 872. Dezembro 2008, p. 991-1047.
- MULINEM, F. *Manual sobre el derecho de la guerra para las fuerzas armadas*. Ginebra, Suiza: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1991.
- MUMFORD, A. *Proxy warfare*. Cambridge: Polity Press, 2013.
- NYE, J. *Cooperação e conflito nas relações internacionais*. São Paulo: Gente, 2009.
- OHLIN, J. D. *The combatant's privilege in asymmetric and covert conflicts*. The Yale Journal of International Law. v. 40, n. 337. 2015, p. 337-392.
- O'REILLY, M. et al. *Reimagining peacemaking: women's roles in peace processes*. New York: International Peace Institute, 2015.
- PARET, P. (Org.). Clausewitz. *In: Construtores da estratégia moderna*. t. 1. Rio de Janeiro: BibliEx, 2001
- PAULUS, A.; VASHAKMADZE, M. *Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization*. International Review of the Red Cross. v. 91, n. 873. Março, 2009.

PEREIRA, C. F. O. *Gangues territoriais e direito internacional dos conflitos armados*. Curitiba: Juruá, 2016.

PFANNER, T. *Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action*. International Review of the Red Cross. v. 87, n. 857. March, 2005, p. 149-174.

PICTET, J. (ed.) *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Genebra: CICV, 1952

PROENÇA JR, D. *et al. Guia de estudos de estratégia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

RAMPY, M. R. *Terceirização do apoio operacional: um paradoxo ou um paradigma?* Military Review. Janeiro-fevereiro. Fort Leavenworth: 2006. v. LXXXVI. n. 1.

RAPOSO FILHO, A. *Dimensões da estratégia: evolução do pensamento estratégico*. Rio de Janeiro: BibliEx, 1990. v. 2.

RODIN, D. *The ethics of asymmetric war*. In Ethics of war: shared problems in different traditions. Books.google.com, 2006.

ROUSSEAU, J. J. *Do contrato social*. 4. ed. São Paulo: ed. Nova Cultura, 1987. 199p. (Os Pensadores, 1v).

RUDIO, F. V. *Introdução ao projeto de pesquisa científica*. Petrópolis: Vozes, 1978.

SANTOS, B. S. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

SCHEIPERS, S. *Unlawful combatants: a genealogy of the irregular fighter*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

_____. *O direito internacional humanitário está desatualizado? A questão dos combatentes irregulares*. Military Review. mar-abr. Fort Leavenworth, 2013 (orig. pub. Revista Parameters 43, 4, Winter 2013-14).

SCHMITT, M. *Asymmetrical warfare and international humanitarian law*. Air Force Law Review. v. 62. 2008.

_____. *Effects-based operations and the law of aerial warfare*. 5 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 265 (2006). Disponível em <http://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol5/iss2/2> Acesso em 11 junho 2017.

SOLIS, G. *The law of armed conflict: international humanitarian law in war*. New York: Cambridge University Press, 2010.

STEDER, F. B. *Introduction: the theory, history, and current state of hybrid warfare*. CTX (Combating Terrorism Exchange), v. 6., n. 4, 2016, ISSN: 2162-6421.

SUTHERLAND, D. *A savage conflict: the decisive role of guerrillas in the american civil war* The University of North Carolina Press. Reprint edition. February 1, 2013.

SWINARSKI, C. *A norma e a guerra*. Buenos Aires: CICR, 1991. 59p.

_____. *Introdução ao direito internacional humanitário*. Brasília: CICR, 1988. 73p.

TEAGUE, P. *Asymmetrical warfare and the Franco-Prussian War, 1870-1871*. Paper submetido ao Departamento de História da American Public University System de Charles Town, West Virginia, Estados Unidos da América. 14 de setembro de 2015.

TERESTCHENKO, M. *O bom uso da tortura: ou como as democracias justificam o injustificável*. São Paulo: Loyola, 2011.

TUCKER, S. *Wars that changed history: 50 of the world's greatest conflicts*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 1937.

VALLADARES, G. P. (Comp.). *Derecho internacional humanitário y temas de áreas vinculadas*. Buenos Aires: CICR, 2003. 583p. (Lecciones e Ensayos, 78).

VERRI, P. *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*. Ginebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1998.

VICENTE, J. *O direito à guerra justa*. Revista Militar, 2006. Disponível em <<http://www.revistamilitar.pt/modules/articles/article.php?id=72>>. Acesso em: 11 maio. 2017.

VIDIGAL, A. *Guerras da unificação alemã*. In: Magnoli, D. (Org.). *História das guerras*. São Paulo: Contexto, 2006.

VISACRO, A. *Guerra irregular: terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história*. São Paulo: Contexto, 2009.

VITÉ, S. *Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations*. International Review of the Red Cross. v. 91, n. 873. March, 2009, p. 69-94.

WALZER, M. *Guerras justas e injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Arguing about war*. New Haven: Yale University Press, 2004.

WAWRO, G. *The franco-prussian war: the german conquest of france in 1870–1871*. Naval War College. Cambridge University Press, 2003.

GLOSSÁRIO

Legenda para as fontes mais utilizadas:

- (I) - BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 2. ed. Trad. João Ferreira, Carmen C. Varrialle e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. 1328 p.
- (II) - BRASIL. Ministério da Defesa. *Glossário das Forças Armadas (MD 35-G-01)*. Brasília, 2007.
- (III) - BRASIL. Estado-Maior do Exército (EME). *Manual de campanha: operações (EB 70 MC-10.223)*. 5. ed. Brasília, 2017.
- (IV) - VERRI, P. *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1998.
- (V) - PROENÇA JR, D. *et al. Guia de estudos de estratégia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- (VI) - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Defesa. *Joint Publication 3-07 (Stability)*. Washington, D.C., 2016.

- Ações Constabulares – Do inglês *constabulary*. São ações do Estado que se prendem ao exercício da soberania por sobre um dado território, fazendo valer o monopólio da força pelo Estado, impondo obediência às suas leis e a vigência dos termos de acordos internacionais, atuando, ainda, como força de preservação da vida e do patrimônio em situações emergenciais. As ações constabulares são uma zona cinzenta entre a defesa nacional e o provimento de ordem pública; na prática, tanto as forças armadas quanto as polícias, ou ainda organizações explicitamente constabulares – como as guardas-costeiras e as guardas de fronteiras – desempenham, de forma diferenciada, papéis na defesa nacional, nas ações constabulares e no provimento da ordem pública. As ações constabulares possuem uma especificidade própria em termos do emprego da violência, dentro dos limites da proporcionalidade e de sua subordinação a regimes jurídicos. (V)

- Anistia – Medida de clemência para com as pessoas que tenham tomado parte no conflito ou que tenham sido detidas ou internadas por motivos relacionados ao conflito armado, que no DICA permite, às autoridades no poder, conceder da maneira mais ampla possível, à cessação das hostilidades de um conflito armado não internacional (conforme PA II, artigo 6º). (IV)

- Autodeterminação – Entende-se por autodeterminação ou autodecisão a capacidade que populações suficientemente definidas étnica e culturalmente têm para dispor de si próprias e o direito que um povo dentro de um Estado tem para escolher a forma de Governo. Pode portanto distinguir-se um aspecto de ordem internacional que consiste no direito de um povo não ser submetido à soberania de outro Estado contra a sua vontade e de se separar de um Estado ao qual não quer estar sujeito (direito à independência política) e um aspecto de ordem interna, que consiste no direito de cada povo escolher a forma de Governo de sua preferência. (I)

- Colonialismo – Indica a doutrina e a prática institucional e política da colonização. Enquanto colonização é o processo de expansão e conquista de colônias, e a submissão, por meio da força ou da superioridade econômica, de territórios habitados por povos diferentes dos da

potência colonial, colonialismo define mais propriamente a organização de sistemas de domínio. **(I)**

- Conceito Operativo do Exército – é definido pela forma de atuação da Força Terrestre no amplo espectro dos conceitos, tendo como premissa maior a combinação, simultânea ou sucessiva, de operações ofensivas, defensivas e de cooperação e coordenação com agências, ocorrendo em situação de guerra e de não guerra. A situação determinará a preponderância de uma operação sobre outras. O conceito é abrangente e busca orientar as operações terrestres de curto e médio prazo. Caracteriza-se ainda pela flexibilidade, isto é, pode ser aplicado a qualquer situação no território nacional e/ou no exterior. **(III)**

- Conflito – Forma de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica choques para o acesso e a distribuição de recursos escassos. É apenas uma das possíveis formas de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Uma outra possível forma de interação é a cooperação. Os conflitos podem acontecer entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Os vários tipos de conflitos podem ser distintos entre eles com base em algumas características objetivas: *dimensão* (número de participantes), *intensidade* (grau de envolvimento dos participantes, disponibilidade de resistir até o fim ou a entrar em tratativas apenas negociáveis) e *objetivos*. **(I)**

- Desarmamento – Consiste na coleta, documentação, controle e eliminação de armas portáteis, munições, explosivos e armas leves e pesadas de combatentes, e muitas vezes da população civil. **(fonte: Organização das Nações Unidas, in <http://www.un.org/en/peacekeeping/issues/ddr.shtml>)**

- Desmobilização – É a dispensa formal e controlada de combatentes ativos das forças armadas e grupos, incluindo a fase de “reinserção”, que proporciona assistência de curto prazo aos ex-combatentes. **(fonte: Organização das Nações Unidas, in <http://www.un.org/en/peacekeeping/issues/ddr.shtml>)**

- Direito Internacional dos Conflitos Armados ou Direito Internacional Humanitário – Conjunto de normas de direito internacional de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinadas a regular problemas ocorridos em períodos de conflitos armados internacionais ou não internacionais. Estas normas restringem, entre outras coisas, a seleção, pelas partes em conflito, dos métodos, meios e objetivos de combate em uma situação operacional determinada. **(IV)**

- Distúrbios Internos – São as situações nas quais, sem que haja um conflito armado propriamente dito, não obstante existe, no plano interno, um enfrentamento que apresenta certo caráter de gravidade ou de duração, e que implica atos de violência. Esses últimos podem revestir-se de formas variáveis que vão desde a geração espontânea de atos isolados de revolta até a luta entre grupos mais ou menos organizados e as autoridades no poder. Nessas situações, que não degeneram necessariamente em lutas abertas, as autoridades no poder recorrem a vastas forças de polícia, inclusive forças armadas, a fim de restabelecer a ordem interior. **(IV)**

- Doutrina – O termo assume múltiplos significados, que se desenvolveram a partir de sua origem etimológica latina *doctrina* que, por sua vez, vem de *doceo*, “ensino”. O sentido mais antigo, portanto, é de ensino ou aprendizado do saber em geral, ou do ensino de uma disciplina particular. Ao longo do tempo perdeu-se como significado primário aquele relativo

ao ensino e o termo firmou-se, cada vez mais, como indicador de um conjunto de teorias, noções e princípios, coordenados entre ele organicamente, que constituem o fundamento de uma ciência, de uma filosofia, de uma religião etc, ou então que são relativos a um determinado problema e, portanto, passíveis de ser ensinados. Em direito, indica o estudo e a elaboração das normas jurídicas e a interpretação teórica do direito, muitas vezes em contraposição com a jurisprudência, que se refere à interpretação do direito que o juiz cumpre em vista de sua aplicação. **(I)**

- Estabilização – O termo possui duas acepções distintas:

1. No campo das operações de *Cooperação e Coordenação com Agências*, a estabilização é uma das *Ações Sob a Égide de Organismos Internacionais*, caracterizada pelo emprego do poder militar na defesa dos interesses nacionais fora do país, ou no atendimento a compromissos internacionais do Estado brasileiro, em locais restritos e determinados. Vale-se de uma combinação de atitudes coercitivas limitadas para restaurar ou manter a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional. Tem como principal objetivo apoiar esforços de reconstrução da infraestrutura, de restauração da governança local e de consolidação da paz. Caracteriza-se ainda pela atuação de elementos da Força Terrestre em áreas previamente definidas, fundamentadas por diplomas de organismos de segurança internacionais dos quais o Brasil é signatário, que respaldam o emprego da Força. Como exemplo, a MINUSTAH, no Haiti, cujo mandato foi amparado pelo Capítulo VII da Carta da ONU. **(III)**

2. No campo das operações predominantemente *Ofensivas e Defensivas* (em sede de conflitos armados), é o processo (ou a fase) pelo qual os atores militares e não militares aplicam coletivamente, num ambiente de pós-conflito, vários instrumentos de poder nacional para lidar com os fatores do conflito, promover a resiliência da nação anfitriã e criar condições que permitam uma paz e segurança sustentáveis. As cinco principais áreas de foco para os esforços civis-militares de estabilização são: segurança; justiça e reconciliação; assistência humanitária e bem-estar social; governança e participação; estabilização econômica e infraestrutura. **(VI)**

- Estatuto (*Status*) – Pode referir-se a pessoas ou lugares aos quais o DICA garanta uma proteção determinada durante um conflito armado. São exemplos: a) feridos, enfermos e náufragos; b) prisioneiros de guerra; c) tripulações de aeronaves sanitárias; d) pessoal sanitário e religioso; e) pessoas civis; f) combatentes; g) localidades não defendidas e zonas desmilitarizadas; h) zonas sanitárias e de segurança.³⁴⁰ **(IV)**

- Expressão Militar do Poder Nacional – Manifestação de natureza preponderantemente militar, do conjunto dos homens e dos meios que a Nação dispõe, atuando de conformidade com a vontade nacional e sob a direção do Estado, para alcançar e manter os objetivos nacionais. Os componentes da Expressão Militar do Poder Nacional são o Poder Naval, o Poder Militar Terrestre e o Poder Militar Aeroespacial. **(II)**

- Expressão Psicossocial do Poder Nacional – Manifestação de natureza preponderantemente psicológica e social, do conjunto dos homens e dos meios que a Nação dispõe, capaz de favorecer a plena realização do cidadão e a possibilidade de ele contribuir para o aprimoramento da sociedade, visando a alcançar e a manter os objetivos nacionais. **(II)**

- Força de Guerrilha – Elemento ostensivo da força irregular que empreende a guerra de

³⁴⁰ N. do A.: também pode referir-se ao Estatuto do Combatente e do Prisioneiro de Guerra (PA I, Seção II, artigos 43 a 47), que oferece benefícios pela beligerância legal (imunidade à persecução penal, repatriamento sem demora ao término das hostilidades etc).

guerrilha e que opera, em geral, nas áreas rurais. Pode variar desde pequenos grupos até grandes unidades. **(II)**

- Força de Sustentação – **1.** Formada por elementos clandestinos da força irregular que asseguram o apoio logístico adequado à força de guerrilha. É composta por pessoas residentes na área de atuação da força de guerrilha e que levam uma vida aparentemente normal e dentro da lei. **2.** Força de combate, na guerra de resistência, constituída por elementos da população civil, para prestar apoio à força principal, contra o invasor, basicamente, na área de serviços. **(II)**

- Força Subterrânea – **1.** Formada por elementos da força irregular que atuam, normalmente, na clandestinidade, realizando sequestros, sabotagens, roubos, chantagens e operações psicológicas, visando a minimizar ou anular a ação da força regular. **2.** Força de combate, na guerra de resistência, constituída por elementos da população, principalmente nas áreas urbanas ocupadas pelo invasor. Tem por missão causar dificuldades, danos, ou baixas ao invasor, mediante o emprego de ações de guerrilha e técnicas especiais de combate. Os integrantes desta força se valem das atividades normais para obter facilidades na execução das ações a eles atribuídas. **(II)**

- Gerações das Operações de Paz – Embora não seja especificamente uma classificação doutrinária, grande parte dos autores considera, para fins didáticos, a categorização das operações de paz em “gerações”, a saber: 1ª geração = tradicionais; 2ª geração = multidimensionais (Pós-Guerra Fria); 3ª geração = imposição da paz (*Peace Enforcement*; exemplo: INTERFET no Timor Leste); 4ª geração = operações robustas de construção da paz (*Peacebuilding*; exemplo: MINUSTAH no Haiti); e 5ª geração = híbridas (comando misto; exemplo: UNAMID no Sudão). **(fonte: o autor)**

- Guerra – Várias são as definições deste conceito. Entre as mais conhecidas estão as que se inspiram no direito. Os internacionalistas estudaram os critérios com base nos quais é possível distinguir exatamente o estado de guerra do estado de paz, a fim de aplicar as normas denominadas de direito bélico. Do ponto de vista substancial, Q. Wright define guerra como “um violento contato de entidades distintas mas semelhantes”. A tradição doutrinária tem insistido muito sobre o fato de que a violência se expressa na guerra por meio da “força armada”. Para Bouthoul, a guerra é “uma luta armada e cruenta entre grupos organizados”, onde a caracterização jurídica, porém, não aparece em toda a sua evidência. A análise da doutrina nos leva a concluir que não existe uma definição unívoca do conceito de guerra. Mais próxima da realidade poderia estar uma definição que considerasse a análise dos fatos históricos concretos, que foram chamados “guerras”: a) atividade militar; b) alto grau de tensão na opinião pública; c) adoção de normas jurídicas atípicas; d) uma progressiva integração política dentro das estruturas estatais dos beligerantes. Assim, a guerra é, ao mesmo tempo, uma espécie de conflito, uma espécie de violência, um fenômeno de psicologia social, uma situação jurídica excepcional e, finalmente, um processo de coesão interna. No conceito de guerra incluem-se quatro tipos: a guerra externa entre Estados soberanos, a guerra dentro de um Estado ou guerra civil, a guerra colonial ou imperialista, e a guerra de libertação nacional. Usando outra terminologia empregada pelo sociólogo e politólogo francês R. Aron, teríamos: a guerra interestatal, a guerra infraestatal, a guerra superestatal ou imperial, e a guerra infraimperial. **(I)**

- Guerra Assimétrica – **1.** Conflito caracterizado pelo emprego de meios não convencionais contra o oponente, normalmente pela parte que se encontra muito inferiorizada em meios de

combate. 2. Conflito armado que contrapõe dois poderes militares que guardam entre si marcantes diferenças de capacidades e possibilidades. Trata-se de enfrentamento entre um determinado partido e outro com esmagadora superioridade de poder militar sobre o primeiro. Neste caso, normalmente o partido mais fraco adota majoritariamente técnicas, táticas e procedimentos típicos da guerra irregular. **(II)**

- Guerra de 4ª Geração – Guerras que utilizam todas as redes disponíveis — políticas, econômicas, sociais e militares — para convencer os líderes inimigos responsáveis pelas decisões políticas de que seus objetivos estratégicos são inalcançáveis ou demasiadamente custosos quando comparados aos benefícios percebidos. trata-se de um modo avançado de insurgência. (fonte: **HAMMES, 2003, in Military Review, Set-Out 2017**)

- Guerrilha – É um tipo de combate caracterizado pelo choque entre formações irregulares de combatentes e um Exército regular. Os objetivos por ela perseguidos são mais políticos que militares. A destruição das instituições existentes e a emancipação social e política das populares são, de fato, os objetivos precípuos dos grupos que recorrem a este tipo de luta armada. Por este motivos, os termos guerrilha e Guerra revolucionária foram, cada vez mais, identificando-se. A guerrilha é típica dos Estados nos quais existem profundas injustiças sociais e onde a população está disposta a lutar por uma mudança. Seu êxito baseia-se quase sempre na longa duração do tempo de luta, visando isolar, moral, física e politicamente os governantes da população e da comunidade internacional. **(I)**

- Insurreição – É o movimento generalizado de um núcleo de indivíduos contra o poder dominante, normalmente identificado com o Governo; coincide, em geral, com qualquer rebelião de massa e é caracterizado pelo uso da violência, mesmo que esta não se manifeste necessariamente em forma física ou material, mas somente moral. A insurreição é uma espécie de preâmbulo para a revolução, e o seu traço distintivo é, sobretudo, sua limitada duração no tempo. Sendo que o termo deriva do latim *insurgere* (levantar-se contra), no passado teve o mais das vezes o sentido limitativo do movimento “legítimo”, guiado pelos fatores do direito e da legitimidade, contra o usurpador ou os usurpadores, que se apossaram do poder pela força e pela fraude. **(I)**

- Legalidade – Na linguagem política, entende-se por legalidade um atributo e um requisito do poder, daí dizer-se que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas. Embora nem sempre se faça distinção, no uso comum e muitas vezes até no uso técnico, entre legalidade e legitimidade, costuma-se falar em legalidade quando se trata do exercício do poder e em legitimidade quando se trata de sua qualidade legal: o poder político é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente; o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; o contrário de um poder legal é um poder arbitrário. **(I)**

- Legitimidade – Na linguagem comum, o termo legitimidade possui dois significados, um genérico e um específico. No seu significado genérico, legitimidade tem, aproximadamente, o sentido de justiça ou de racionalidade (fala-se na legitimidade de uma decisão, de uma atitude etc). É na linguagem política que aparece o significado específico. Neste contexto, o Estado é o ente a que mais se refere o conceito de legitimidade: ela é um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos específicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que

seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado. **(I)**

- Operações no Amplo Espectro – O espectro dos conflitos varia do estado de paz até o conflito armado (estado de guerra), passando pela crise. As capacidades do oponente influenciam a mudança e a gravidade das situações. Nesse contexto, a composição de forças deve ser flexível e modular, em estruturas elásticas adaptáveis às mudanças de ambiente. Assim, os comandantes terrestres devem conduzir as operações de forma abrangente, contemplando aspectos diversos daqueles estritamente militares, empregando um conjunto interdependente de forças capazes de explorar a iniciativa, aceitando riscos e criando oportunidades para alcançar resultados decisivos. As operações no amplo espectro dos conflitos podem conduzir os elementos da Força Terrestre a combinar atitudes, de acordo com o requerimento das missões e tarefas, que sofrem mudanças no curso das operações. A avaliação contínua do ambiente operacional propicia ao comandante e a seu estado-maior definir e modificar o planejamento e as prioridades de forma a ajustar a composição dos meios, quanto à sua natureza e valor, de acordo com as novas missões e tarefas, devendo integrar as ações e orientar a transição de cada fase da situação. As operações no amplo espectro dos conflitos podem ser desenvolvidas em áreas geográficas lineares ou não, de forma contígua ou não, buscando contemplar as diversas missões e tarefas que envolvem o emprego de meios terrestres. **(III)**

- Paz – Na sua acepção mais geral, paz significa ausência (ou cessação, solução etc) de um conflito. O tema *paz interna* pertence à moral e seu estudo é incumbência habitual dos moralistas. O tema *paz externa* pertence ao direito e sua discussão é incumbência habitual dos juristas. Paz não pode ser definida senão em relação e em estreita ligação com a definição de “guerra”. Enquanto “guerra” é definida positivamente com o elenco das suas conotações características, “paz” é definida negativamente como ausência de guerra, em síntese, como não guerra. **(I)**

- Reintegração – É o processo pelo qual os ex-combatentes adquirem *status* civil e adquirem emprego e renda sustentáveis. Trata-se de um processo político, social e econômico com um cronograma aberto, que ocorre principalmente em comunidades locais. **(fonte: Organização das Nações Unidas, in <http://www.un.org/en/peacekeeping/issues/ddr.shtml>)**

- Represália – É uma resposta por meios violentos e coercitivos a uma violência ou ato ilícito sofridos. É prevista apenas pelo sistema jurídico internacional por faltar, nesse sistema, uma autoridade suprema capaz de restaurar situações jurídicas violadas. É considerada lícita somente como resposta à violação de um direito próprio; não deve violar leis humanitárias e tem de ser proporcional à ofensa recebida. A interpretação da represália como “sanção” contra atos ilícitos não é senão uma ficção jurídica, pelo simples fato de que diplomatas e soldados, quando fazem uso da força, nunca julgaram agir como “funcionários da justiça”, encarregados de uma execução decretada por um tribunal. A doutrina, porém, é concorde em considerar lícita a violação de qualquer direito do agressor como reparação de um ato ilícito por este cometido. O conceito de represália limitada (ou resposta flexível) é um dos elementos constitutivos da doutrina da intimidação adotada pelos Estados Unidos a partir da administração Kennedy, conhecida também como doutrina MacNamara; consiste em responder a uma agressão em proporção ao prejuízo recebido; estabelece diversos graus de resposta, caso a primeira represália não tenha efeito. **(I)**

- Resistência – Na linguagem histórico-política, se designam sob o termo resistência, entendido em seu significado estrito, todos os movimentos ou diferentes formas de oposição ativa e passiva que se deram na Europa, durante a Segunda Guerra Mundial, contra a ocupação alemã e italiana. Do ponto de vista lexical, trata-se mais de uma reação que de ação, de uma defesa que de uma ofensiva, de uma oposição que de uma revolução. **(I)**

- Terrorismo – Consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.³⁴¹ **(fonte: artigo 2º da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016)**

- Terrorismo Político – Apesar de correntemente o terrorismo se entendido como a prática política de quem recorre sistematicamente à violência contra as pessoas ou as coisas provocando o terror, a distinção entre esta última e o terrorismo representa o ponto de partida para a análise de um fenômeno que, ao longo dos séculos, viu constantemente aumentar seu peso político. Como terror entende-se, de fato, um tipo de regime particular, ou melhor, o instrumento de emergência a que um governo recorre para manter-se no poder. O exemplo mais conhecido deste uso é o período da ditadura do Comitê de Saúde Pública, liderado por Robespierre e Saint-Just durante a Revolução Francesa (1793-1794). O recurso ao terrorismo como contra as formas de ocupação do inimigo representa o instrumento para o despertar da consciência popular e para uma primeira agregação de forças. Os terroristas combatem contra um Estado de que não fazem parte e não contra um governo (o que faz com que sua ação seja conotada como uma forma de guerra), mesmo quando por sua vez não representam um outro Estado. Sua ação então aparece como irregular, no sentido de que não podem organizar um exército e não conhecem limites territoriais, já que não provêm de um Estado. O direito internacional bélico³⁴² propõe como critério para distinguir entre “lícito” e “ilícito” (terrorista) o objetivo militar ou civil da própria ação, critério que, além de ser de difícil aplicação, não encontra paralelo na praxe dos Estados. O aspecto terrorista deste tipo de ação deve ser buscado na forma indiscriminada dos resultados, que não permitem nenhuma distinção. Num mundo em que a guerra declarada e conduzida conforme as normas do direito internacional bélico parece revelar-se impossível, a mudança da ordem internacional pode ser conseguida somente através de formas irregulares de luta. **(I)**

- Utilitarismo – Não é um termo de significado unívoco e preciso. Embora frequentemente usado para designar as teorias metaética, psicossocial e analítico-explicativa, seu uso mais comum designa um conjunto de doutrinas normativas que têm um conceito comum, o qual afirma que a justificação moral de uma ação depende exclusivamente de sua utilidade, ou seja, do valor e das consequências a ele conexas. Considerado como um sistema ético, o Utilitarismo é uma doutrina muito controvertida, porque claramente divergente em relação às concepções morais aceitas por muitos, se não pela totalidade das pessoas. Ele é incompatível com todas as concepções para as quais a justiça e a obrigatoriedade de uma ação não dependem absolutamente, ou dependem apenas em parte, das consequências a ela conexas, mas dependem apenas, ou também, do motivo ou da intenção nela contidos ou do seu ser em conformidade com determinadas normas, postuladas como válidas independentemente das consequências produzidas pela ação (Immanuel Kant). **(I)**

³⁴¹ “No Direito Internacional não há nenhuma definição, pois não foi possível encontrar nenhuma definição aceitável pelo conjunto dos Estados” (VERRI, 1998, p. 106).

³⁴² N. do A.: Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) ou Direito Internacional Humanitário (DIH)

APÊNDICE A

RELATÓRIO DE ENTREVISTA SEMIESTRUTURADA³⁴³

1) Como o senhor vê a questão do tratamento e do estatuto a ser dispensado aos integrantes de grupos armados, uma vez terminado o conflito armado, na fase de estabilização e consolidação da paz?

É uma questão bastante complexa e sensível, que precisa ser observada caso a caso. O mundo político coloca interpretações sobre o conflito que você precisa levar em conta. Nos casos de pós-conflito, há um modo mais antigo de proceder, mas atualmente, por exemplo, todos os integrantes das FARC são terroristas? Talvez seja necessário haver separações entre as situações de cada ator. Como transitar de um extremo ao outro? Quando de fato alguém é terrorista e quando é um integrante de um grupo armado que viola eventualmente o DICA praticando atos de terror? A situação dos “lobos solitários”, por exemplo, não pode ser colocada no mesmo plano da dos integrantes do ISIS que estavam lutando até a semana passada, em Mossul, contra as forças lideradas pelo Iraque, onde o que se via era um conflito nos moldes de um conflito de 3ª geração.³⁴⁴ Muitas vezes não há elo algum entre o lobo solitário e a organização, que o utiliza apenas como veículo de propaganda. No caso das situações de pacificação pós-conflito, tem-se procurado punir os casos mais graves, criando uma espécie de simbolismo, caso contrário não se consegue qualquer avanço. Há casos de violações que a própria população não tolera, como os de gravidez forçada, então não adianta tentar atenuá-los com benefícios ou imunidades. É necessário identificar quem, dentro do cenário, teria status para benefícios pós-conflito, especialmente nos casos de anistia.

2) Há algum caso, concluído ou em andamento, que possa ser explorado de modo exemplificativo?

Creio que o atual acordo de paz entre o governo colombiano e as FARC seja um laboratório importante para os procedimentos que serão doravante adotados, pois será possível acompanhar os desdobramentos e sua eficácia ou não.³⁴⁵ O ELN, Exército de Libertação Nacional, permanece agora como único grupo rebelde ativo no País. Por exemplo, parcela significativa da própria população colombiana votou contra o rascunho inicial dos acordos, então eles tiveram que ser revistos. Também há os casos dos próprios ex-integrantes das FARC que se negam a depor armas e começam a formar dissidências para manter o conflito

³⁴³ Concedida ao autor pelo Consultor Legislativo do Senado Federal, professor de direito e relações internacionais, Tarciso Dal Maso Jardim, em Brasília, no dia 21 de julho de 2017. Entre outras funções desempenhadas, o professor Dal Maso foi assessor jurídico da Delegação Brasileira do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), observador internacional na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas para o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional (Roma, Itália) e nas Comissões Preparatórias subsequentes (Nova Iorque), além de membro da Delegação Brasileira na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, em Kampala.

³⁴⁴ N.do A.: em 9 de julho de 2017, após 9 meses de combate, o primeiro-ministro iraquiano anunciou a retomada da cidade iraquiana de Mossul das mãos do ISIS (Estado Islâmico), considerada o último reduto daquela organização no País.

³⁴⁵ N. do A.: em novembro de 2016, após quatro anos de negociações, foi assinado um acordo de paz entre a Colômbia e as FARC, pondo fim a mais de cinco décadas de conflitos. Alguns pontos do acordo: foi celebrado sob supervisão da ONU, tendo Noruega e Cuba como seus garantidores; estipula anistias a guerrilheiros por delitos políticos; os acusados de crimes graves que confessarem poderão evitar a prisão e receber penas alternativas; se não o fizerem e forem considerados culpados, serão condenados a penas de 8 a 20 anos de prisão; os guerrilheiros serão submetidos a um sistema de justiça especial, denominado Jurisdição Especial para a Paz (JEP); uma missão da ONU, com 450 observadores, foi encarregada de confirmar o desarmamento e a destruição do arsenal (fonte: UN MISSION IN COLOMBIA. *Final Agreement for Ending the Conflict and Building a Stable and Lasting Peace*. Disponível em <<https://colombia.unmissions.org/en>> Acesso em 31 jul. 2017)

*em andamento.³⁴⁶ *No que tange aos casos mais antigos, como os da África e Oriente Médio, há que se levar em conta o fenômeno das companhias militares privadas, que muitas vezes atuam como verdadeiros mercenários.**

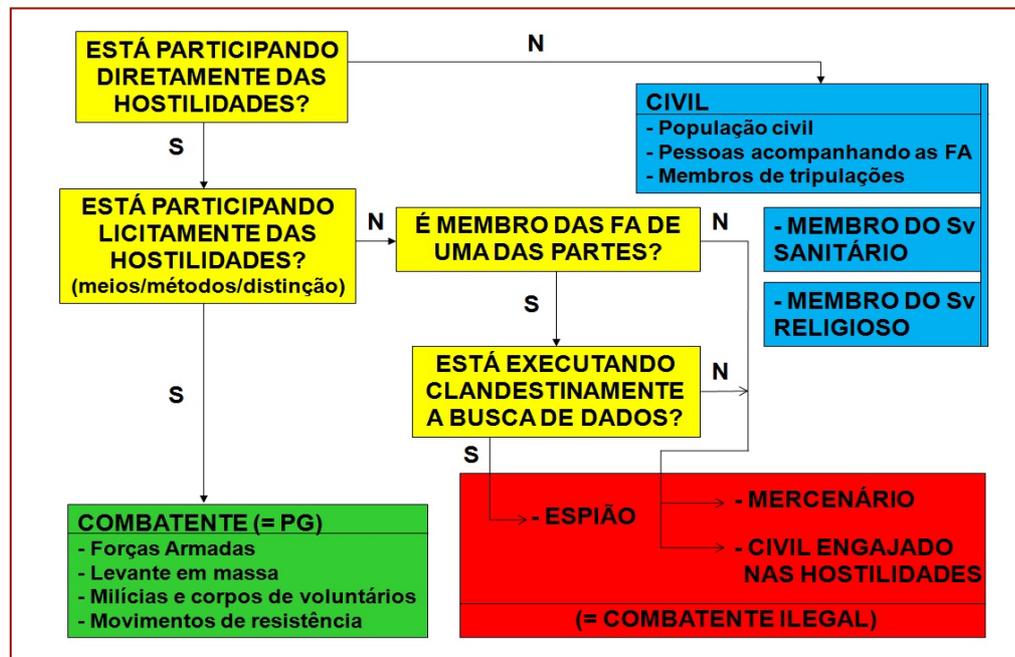
3) Que diferenças o senhor identifica nos procedimentos sobre como a comunidade internacional tem lidado com essa problemática ao longo dos tempos?

Nitidamente se identificam fases, uma cronologia no modo como a questão dos grupos armados e atores não estatais tem sido conduzida. Uma primeira fase foi a da doutrina norteamericana, oriunda das campanhas do Afeganistão e Iraque (2001, 2003), com aspectos ligados ao tratamento e status de prisioneiros de guerra e à criação de novas categorias, como os “combatentes ilegais”, um verdadeiro buraco negro jurídico. Depois veio a preocupação com os mercenários e contratados de empresas de segurança, oriunda dos incidentes envolvendo a empresa (então denominada) Black Water no Iraque. E atualmente a questão é a intensificação do terrorismo puro e simples. O desafio é que não há como prever métodos de combate. De uma hora para outra, por exemplo, lançar um carro particular ou uma van contra pedestres virou uma coisa repetida. Acho que essa tríade “doutrina-mercenários-terrorismo” caracteriza bem como se deu e evolução, mas de fato saber como lidar com esses atores de modo a que retomem suas vidas normais em algum momento é um dos maiores desafios.

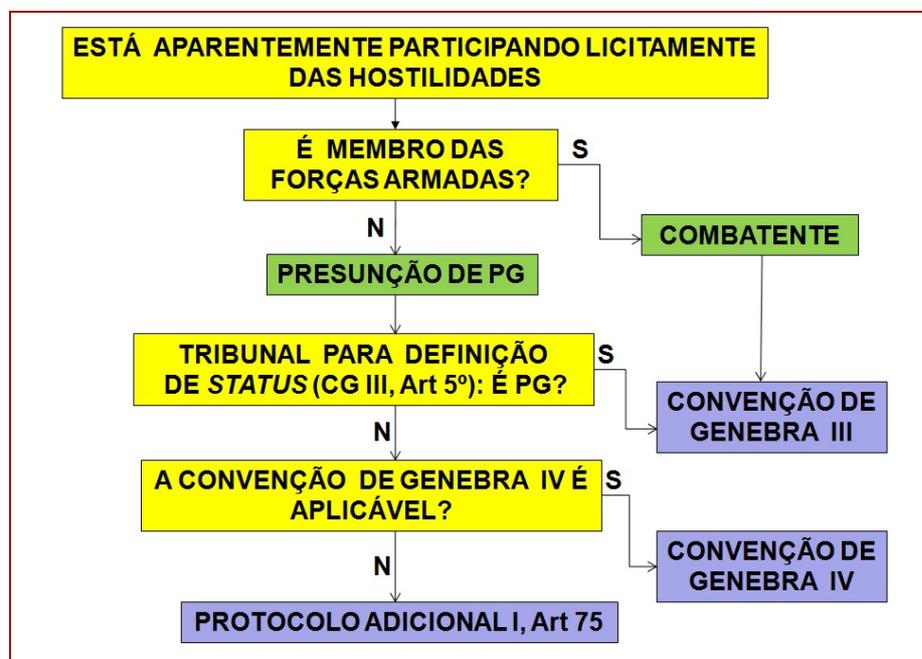
³⁴⁶ N. do A.: essa informação foi também apresentada pelo Comandante Militar da Amazônia durante palestra para o Curso Superior de Defesa, em Manaus, no dia 3 de julho de 2017, à qual o autor estava presente. A referida autoridade militar manifestou também sua preocupação quanto ao “transbordamento” da situação, passando de uma situação de desmobilização pós-conflito para o estabelecimento de uma cadeia de fornecimento de armamento, outrora das FARC, para organizações criminosas no Brasil, sobretudo feito por parte de dissidências insatisfeitas com os acordos de paz, visando ao financiamento do prosseguimento do conflito.

APÊNDICE B

FLUXOGRAMAS PARA DEFINIÇÃO DE *STATUS* NO CAMPO DE BATALHA EM CONFLITOS ARMADOS INTERNACIONAIS³⁴⁷



QUANDO NÃO HÁ DÚVIDA QUANTO AO COMPORTAMENTO NA AÇÃO



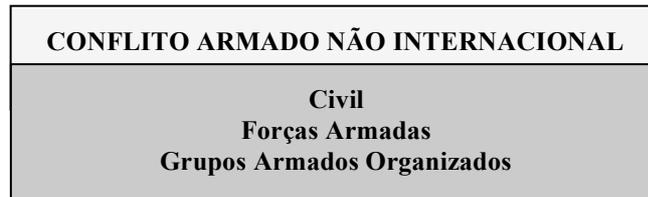
QUANDO HÁ DÚVIDA QUANTO AO COMPORTAMENTO NA AÇÃO

ANEXO A

SÍNTESE DA NOÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DIRETA NAS HOSTILIDADES³⁴⁸1 O CONCEITO DE CIVIL NOS CONFLITOS ARMADOS NÃO INTERNACIONAIS³⁴⁹

Para os fins do princípio da distinção em um conflito armado não internacional, todas as pessoas que não sejam membros de forças armadas de um Estado de ou grupos armados organizados de uma parte no conflito são civis e, portanto, têm direito à proteção contra ataques diretos, a menos que, e pelo tempo que, participem diretamente das hostilidades. Em conflitos armados não internacionais, os grupos armados organizados constituem as forças armadas de uma parte não estatal no conflito e consistem apenas de indivíduos cuja função contínua seja participar diretamente nas hostilidades (“função de combate contínua”).

2 EXCLUDÊNCIA MÚTUA ENTRE OS CONCEITOS DE CIVIL, FORÇAS ARMADAS E GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS NOS CONFLITOS ARMADOS NÃO INTERNACIONAIS, COM BASE NO PROTOCOLO ADICIONAL II



O artigo 1º, 1, do Protocolo Adicional II estatui que ele

se aplica a todos os conflitos armados [...] que ocorram no território de uma Alta Parte Contratante entre suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados [...].

2.1 Forças armadas estatais

São as forças armadas de um Estado (de uma Alta Parte Contratante). O entendimento é semelhante ao contido no artigo 43 do Protocolo Adicional I, ou seja, além das forças armadas regulares segundo as leis domésticas, pode incluir outras forças, unidades e grupos armados organizados. Para os propósitos da interpretação de participação direta nas hostilidades, as forças armadas de uma parte estatal num conflito armado não internacional são denominadas de forças armadas estatais, enquanto as forças armadas de uma parte não

³⁴⁸ Extraído a partir de MELZER, N. *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law*. International Review of the Red Cross. v. 90, n. 872. December 2008, p. 991-1047.

³⁴⁹ N. do A.: é importante estabelecer uma distinção entre a conceituação jurídica (apresentada neste trabalho) e a sociológica de “civil”. Do ponto de vista sociológico, CASTRO (2009, p. 24; 25) explica que “mundo/meio militar” e “mundo/meio civil” são o que os antropólogos costumam chamar de “categorias nativas”, estruturantes da visão de mundo dos militares, e não em termos descritivos. A relação contrastante e permanentemente reafirmada entre um “aqui dentro” e um “lá fora”, com a devida percepção de suas diferenças, é o aspecto fundamental do processo de construção social da identidade do militar. É importante, no entanto, desnaturalizar a própria ideia de que de fato existem “civis”, ou um “mundo/meio civil” – visão comum não apenas aos militares, mas também a muitos pesquisadores que os estudam. O “civil” é uma invenção dos militares. Não sou “civil”, a não ser quando estou diante de militares, e quando sou assim classificado por eles. Se tiver que fazer uma lista dos principais termos que definem minha identidade, “civil” não apareceria entre elas. Para qualquer militar, porém, ser “militar” necessariamente aparece entre os primeiros atributos, se não como o primeiro.

estatal são denominadas de grupos armados organizados. Por exemplo, podem constituir forças armadas estatais os membros da guarda nacional, agentes de alfândega, guarda de fronteira e forças policiais, desde que esses grupos de fato desempenhem a função de forças armadas.³⁵⁰

2.2 Grupos armados organizados

São as forças armadas de uma parte não estatal, compreendendo tanto forças armadas dissidentes quanto outros grupos armados organizados. Forças armadas dissidentes são a parcela das forças armadas regulares estatais que se insubordinaram contra elas,³⁵¹ ao passo que outros grupos armados organizados recrutam seus membros principalmente no seio da população civil, mas alcançam um grau suficiente de organização militar para condução das hostilidades em nome de uma parte no conflito. Enquanto as forças armadas dissidentes são relativamente de fácil identificação, uma vez que geralmente preservam as estruturas das quais de originaram, o mesmo não ocorre com os outros grupos armados organizados: sua afiliação pessoal pode ocorrer por meio de escolha individual, de recrutamento involuntário ou ainda por meio de noções tradicionais de clã ou família. Nesse sentido, para fins práticos do princípio da distinção, o critério decisivo para o vínculo individual a um grupo armado organizado é se a pessoa assume uma função contínua para o grupo, de modo que essa função a envolva em participação direta nas hostilidades, ou seja, no caso de um grupo armado organizado (no âmbito de um conflito armado não internacional), se ela desempenha uma função de combate contínua. A expressão “função de combate contínua” e sua correspondente definição tornaram-se necessárias devido à revigoração do terrorismo no século XX combinado com o armamento do século XXI. O termo ilustra a evolução e contínua relevância das Convenções de Genebra de 1949, por meio da constante interpretação dos seus termos em debates abalizados e em eventual consenso internacional.³⁵² Desse modo, o vínculo a um grupo armado organizado não é evidenciado por meio de uniforme ou carteira de identidade, mas pela função.³⁵³ Ele requer integração duradoura no grupo armado organizado que age como força armada da parte não estatal, preparando, comandando ou executando atos ou operações que sejam considerados participação direta nas hostilidades. Somente acompanhar ou dar suporte ao grupo armado organizado, porém numa função que não envolva participação direta nas hostilidades, não qualifica o indivíduo como membro daquele grupo segundo o DICA.³⁵⁴

3 O CONCEITO DE PARTICIPAÇÃO DIRETA NAS HOSTILIDADES

3.1 Componentes básicos do conceito

A noção de participação direta nas hostilidades compreende essencialmente dois elementos: “hostilidades” e “participação direta”. Embora o conceito de “hostilidades” se refira ao recurso coletivo, pelas partes no conflito, aos meios e métodos de causar ferimentos ou danos ao inimigo, “participação” nas hostilidades refere-se ao envolvimento individual de uma pessoa nessas hostilidades. Dependendo da qualidade e grau de tal envolvimento, a participação individual nas hostilidades pode ser descrita como “direta” ou “indireta”. A noção de participação direta nas hostilidades evoluiu a partir da frase “não tomar parte ativa

³⁵⁰ Segundo o CICV (*Comentários ao Protocolo Adicional II*, § 4462), o termo “forças armadas” foi preferido a “forças armadas regulares” justamente para permitir esse entendimento no mais amplo sentido possível.

³⁵¹ *Comentários ao Protocolo Adicional II*, § 4460

³⁵² SOLIS, 2010, p. 205; 206

³⁵³ *Ibidem*, p. 206

³⁵⁴ Como exemplificação, ver no Glossário as definições das forças componentes de uma guerrilha, atentando para a diferença entre a “força de guerrilha” e as demais duas forças.

nas hostilidades”, usada no artigo 3º Comum. Uma vez que a noção de tomar parte direta nas hostilidades é usada de forma sinônima nos Protocolos Adicionais I e II, deve ser interpretada da mesma forma em conflitos armados internacionais e não internacionais.

3.2 Elementos constitutivos (cumulativos) da participação direta nas hostilidades

3.2.1 Limiar de danos: Para atingir o limiar de danos exigido, um ato específico deve afetar de modo adverso as operações militares ou a capacidade militar de uma parte em um conflito armado ou, alternativamente, infligir morte, ferimentos ou destruição em pessoas ou objetos protegidos contra ataque direto. Quando for razoável esperar-se que um ato possa causar danos de natureza especificamente militar, o requisito de limiar geralmente será satisfeito independentemente da gravidade em termos quantitativos. Nesse contexto, os danos militares devem ser interpretados como abrangendo não só a inflicção de morte, feridos ou destruição em pessoal e objetos militares, mas essencialmente qualquer consequência que afete negativamente as operações militares ou a capacidade militar de uma parte no conflito. Por exemplo, para além das mortes e ferimentos de pessoal militar e da causação de danos físicos ou funcionais a objetos militares, as operações militares ou a capacidade militar de uma parte no conflito podem ser afetadas por sabotagem e outras atividades, armadas ou desarmadas, restringindo ou impactando desdobramentos, logística e comunicações. Por outro lado, os exemplos mais inquestionáveis de atos que podem ser considerados como participação direta em hostilidades, mesmo na ausência de danos militares, são os ataques dirigidos contra civis e objetos civis. Por exemplo, os ataques de *snipers* contra civis e o bombardeio de localidades civis ou áreas residenciais urbanas são suscetíveis de infligir morte, ferimentos ou destruição em pessoas e objetos protegidos contra ataques diretos, e assim serem qualificados como participação direta em hostilidades, independentemente de qualquer dano militar à parte oponente no conflito. Já a construção de cercas ou barricadas, a interrupção de eletricidade, de água ou do fornecimento de alimentos, a apropriação de veículos e combustível, a manipulação de redes de computadores e a prisão ou a deportação de pessoas podem ter um sério impacto na segurança pública, na saúde e no comércio, e até mesmo serem proibidos pelo DICA. No entanto, na falta de efeitos militares adversos, eles não causariam o tipo e o grau de dano exigido para se qualificarem como participação direta em hostilidades.

3.2.2 Causalidade direta: Para que a exigência de uma causalidade direta seja satisfeita, deve haver um nexo de causalidade direta entre um ato específico e o dano suscetível de resultar, quer desse ato, quer de uma operação militar coordenada, da qual esse ato constitua parte integrante. De um modo geral, além da condução real das hostilidades, pode-se dizer que o esforço de guerra inclui todas as atividades que contribuam objetivamente para a derrota militar do adversário (por exemplo, planejamento, produção e distribuição de armas e equipamentos militares, construção ou reparo de estradas, portos, aeroportos, pontes, ferrovias e outras obras de infraestrutura fora do contexto de operações militares concretas), enquanto as atividades de sustentação da guerra incluirão, além disso, atividades políticas, econômicas ou de mídia que apoiem o esforço geral de guerra (por exemplo, propaganda política, transações financeiras, produção itens agrícolas ou industriais não militares). No entanto, ao contrário da condução das hostilidades, que se destina a causar o dano exigido – ou seja, provocar a sua materialização –, o esforço geral de guerra e as suas atividades de sustentação também incluem atividades que apenas mantêm ou contribuem para a capacidade de causar tais danos. Portanto, condutas individuais que apenas contribuam ou sustentem a capacidade de uma parte causar de danos ao seu adversário, ou que, de outra forma, somente indiretamente causem danos, são excluídas do conceito de participação direta

em hostilidades. Por exemplo, a imposição de sanções econômicas a uma parte em um conflito armado, privando-a de ativos financeiros ou de suprimentos e serviços (como eletricidade, combustível, materiais de construção, finanças e serviços financeiros), têm um impacto potencialmente importante, mas ainda indireto, sobre a capacidade militar ou as operações daquela parte. Outros exemplos de participação indireta incluem pesquisa científica, produção e transporte de armas e equipamentos, a menos que realizados como parte integrante de uma operação militar especificamente destinada a causar diretamente o limiar exigido de danos. Do mesmo modo, embora o recrutamento e treinamento de pessoal seja crucial para a capacidade militar de uma parte, a ligação causal com o dano infligido ao adversário geralmente permanecerá indireta. Somente quando as pessoas são especificamente recrutadas e treinadas para a execução de um ato hostil predeterminado isso pode ser considerado como parte integrante desse ato e, portanto, como participação direta nas hostilidades. O padrão exigido de causalidade direta de danos deve ainda levar em consideração a natureza coletiva e a complexidade das operações militares contemporâneas. Por exemplo, os ataques realizados por veículos aéreos não tripulados (drones) podem envolver simultaneamente um grande número de pessoas, tais como especialistas em informática que operam o veículo através de controle remoto, indivíduos que iluminam o alvo, tripulações de aeronaves coletando dados, especialistas controlando o disparo de mísseis, rádio-operadores que transmitem ordens e o comandante da toda a operação. Embora todas essas pessoas sejam parte integrante dessa operação e participem diretamente de hostilidades, apenas algumas delas realizam atividades que, isoladamente, podem ser consideradas como diretamente causando o limiar de danos exigido. O padrão de causalidade direta deve, portanto, ser interpretado de modo a incluir uma conduta que cause danos apenas em conjunto com outros atos. Mais especificamente, mesmo que um ato específico não provoque, por ele próprio, diretamente o limiar requerido de danos, a exigência de causalidade direta ainda seria cumprida caso o ato faça parte integrante de uma operação tática concreta e coordenada que cause diretamente esse dano. Exemplos de tais atos incluiriam: a identificação e marcação de alvos, a análise e transmissão de inteligência tática às forças de ataque e as instruções e apoio às tropas para a execução de uma operação militar específica.³⁵⁵ Por fim, a exigência de causalidade direta refere-se a um grau de proximidade *causal*, que não deve ser confundido com elementos meramente indicativos de proximidade *temporal* ou *geográfica*. Por exemplo, tornou-se bastante comum que as partes em conflitos armados conduzam hostilidades por meio de sistemas de armas de retardo (ou seja, temporariamente remotos), como minas, armadilhas e dispositivos controlados por temporizador, bem como por meio de controle remoto (ou seja, geograficamente remotos), tais como aeronaves não tripuladas (drones) e ataques a redes de computadores. A relação causal entre o emprego de tais meios e o dano subsequente permanece direta, independentemente da proximidade temporal ou geográfica. Por outro lado, embora a distribuição ou a preparação de alimentos para forças combatentes possam ocorrer no mesmo local e ao mesmo tempo que os combates se desenrolam, a relação de causalidade entre essas atividades de apoio e a causalidade do limiar requerido de danos à parte contrária permanece indireta. Tomem-se dois exemplos:

1) *Um caminhão de munições dirigido por um motorista civil*: a entrega de munição executada por ele em uma base de fogos na linha de frente seria considerada como uma parte integrante das operações de combate em andamento e, portanto, como participação direta nas

³⁵⁵ Nesse sentido, comentando especificamente a questão de conflitos assimétricos e métodos empregados por terroristas, HALBERTAL (2014, p. 7-9) assinala que é igualmente importante, do ponto de vista moral, “isolar a cadeia de causalidade que diretamente produz a ameaça. Não identificar estritamente os elementos que realmente geram a ameaça – por exemplo, o planejador, o recrutador, o fabricante da bomba, o motorista suicida e a pessoa que aciona o dispositivo – permite um espectro amplo demais de alvos passíveis de ataque. No limite, pessoas que votaram nas eleições para presidente do Estado inimigo, civis dançando nas ruas em celebração a ataques bem-sucedidos e demais simpatizantes que emprestam seu apoio público e moral ao esforço de guerra tornar-se-iam alvos legítimos. Nesse sentido, na guerra assimétrica a discussão sobre quem é ou não combatente é muito mais individualizada e específica, migrando de uma definição no atacado para uma no varejo”.

hostilidades. Por outro lado, transportar munição de uma fábrica a um porto, para futura remessa a um armazém numa zona de conflito, está distante demais do uso daquela munição em operações militares para dar causa diretamente ao dano subsequente. Embora o caminhão de munições seja um objetivo militar legítimo, dirigir o caminhão não representaria uma participação direta nas hostilidades, e portanto não privaria o motorista civil da proteção contra ataques diretos. Desse modo, qualquer ataque direto contra o caminhão teria que levar em consideração a provável morte do motorista civil durante a análise da proporcionalidade para aquele ataque.

2) *Civis como escudos humanos voluntários*: quando civis se posicionam voluntária e deliberadamente para criar um obstáculo físico às operações militares de uma parte no conflito, eles poderiam causar diretamente o limiar do danos exigido para uma qualificação como participação direta nas hostilidades, especialmente em ambiente urbano, onde eles tentam cobrir os combatentes apoiados por eles ou desorganizar o avanço da infantaria inimiga. Por outro lado, em operações envolvendo armas mais poderosas, como artilharia ou ataques aéreos, a presença de escudos humanos voluntários não tem impacto adverso na capacidade do atacante para identificar e destruir o objetivo militar defendido. Em vez disso, a presença de civis em torno do objetivo visado pode mudar os parâmetros da avaliação da proporcionalidade em detrimento do atacante, aumentando assim a probabilidade de o dano incidental esperado ser considerado excessivo em relação à vantagem militar antecipada. O próprio fato de que os escudos humanos voluntários são, na prática, considerados um obstáculo legal – e não físico – às operações militares, demonstra que eles são considerados como estando protegidos contra ataques diretos ou, em outras palavras, que sua conduta não equivale à participação direta nas hostilidades. De fato, embora a presença de escudos humanos voluntários possa eventualmente levar ao cancelamento ou suspensão de uma operação pelo atacante, a relação causal entre sua conduta e os danos resultantes permanece indireta. Dependendo das circunstâncias, também pode ser questionável se os escudos humanos voluntários alcançam o limite exigido de danos.^{356/357}

3.2.3 Nexo beligerante: Para cumprir o requisito de nexu beligerante, um ato deve ser planejado especificamente para causar diretamente o limiar exigido de danos em apoio a uma parte no conflito, e em detrimento da outra. O nexu beligerante deve ser distinguido de conceitos tais como *intenção subjetiva* e *intenção hostil*.³⁵⁸ Esses relacionam-se ao estado

³⁵⁶ Comenta MELZER (2008, p. 57), que o fato de que alguns civis abusam voluntária e deliberadamente do direito legal à proteção contra ataques diretos a fim de proteger objetivos militares, não implica, se nada mais for a isso adicionado, a perda de sua proteção contra ataques diretos, independentemente do objetivo que estejam protegendo. Aquele autor menciona ainda o artigo 51, 7 e 8 do Protocolo Adicional I, onde se lê que a violação, por uma das partes, do uso de civis como escudos humanos, não exclui a outra parte das suas obrigações para com a população civil, incluindo a de tomar as medidas de precaução previstas no DICA. Entretanto, esse não é o entendimento dos Estados Unidos, para quem o emprego de escudos humanos é ilegal apenas quando involuntário, ou seja, escudos humanos voluntários perdem a proteção a que têm direito como civis, já que estão participando diretamente das hostilidades (SCHMITT, 2008, p. 19). Sob a ótica estadunidense, o artigo 51, 3 do PA I e o artigo 13, 3 do PA II estatuem que “os civis gozam de proteção [...] salvo se participarem diretamente das hostilidades e enquanto durar essa participação”. Em outras palavras, se eles podem, portanto, ser atacados, eles não podem fazer-se de escudo baseando-se na lei. Mais do que isso, além de se tornarem alvos legítimos, escudos humanos voluntários são excluídos da estimativa de danos colaterais (baixas acidentais) quando da análise de proporcionalidade (Department of Defense, *Background briefing on targeting*, 2003. Disponível em <www.defenselinkmil/news/Mar2003/t03052003_t305targ.html> Acesso em 28 jul. 2017). Obviamente a organização Human Rights Watch, assim como o CICV, defende a posição contrária (Human Rights Watch, *International humanitarian law issues in a potential war in Iraq*, 2002. Disponível em <www.hrw.org/backgrounder/amn/IraqO2O2003.htm#l> Acesso em 28 jul. 2017).

³⁵⁷ Para uma rica discussão acerca do tema dos escudos humanos, contrapondo os argumentos de SCHMITT (2008), ver BELLE, S. B. *Chained to cannons or wearing targets on T-shirts: human Shields in international humanitarian law*. *International Review of the Red Cross*, v. 90, n. 872, December 2008, p. 883-906.

³⁵⁸ *Intenção hostil* não é um conceito do DICA, mas um termo técnico utilizado em regras de engajamento concebidas sob a legislação doméstica. Como se trata de um instrumento de comando e controle destinado a fornecer diretrizes à tropa em contextos específicos, as regras de engajamento não refletem com precisão o DICA, e portanto não podem ser utilizadas para definir o conceito de participação direta nas hostilidades. Por exemplo, elas podem conter, por razões políticas ou operativas, proibições ao uso de força letal em resposta a certas atividades, embora essas atividades possam equivaler à participação direta nas hostilidades à luz do DICA. No caso oposto, elas podem conter regras sobre o uso de força letal em autodefesa individual contra atos de violência que não representam participação direta nas

da mente da pessoa em questão, enquanto o nexu beligerante se relaciona com o propósito objetivo do ato. Esse propósito é expresso na concepção do ato ou da operação e não depende da configuração mental de cada indivíduo participante. Como critério objetivo vinculado ao ato em si, o nexu beligerante geralmente não é influenciado por fatores como angústia pessoal ou preferências, ou ainda pela capacidade mental ou vontade de as pessoas assumirem a responsabilidade pela sua conduta. Por conseguinte, mesmo os civis obrigados a participar diretamente de hostilidades, ou crianças abaixo da idade legal de recrutamento, podem perder proteção contra ataques diretos. Apenas em situações excepcionais o estado mental dos civis poderia pôr em cheque o nexu beligerante de sua conduta. Por exemplo, um cenário onde os civis desconhecem totalmente o papel que estão desempenhando na condução das hostilidades (um motorista que desconhece que ele está transportando uma bomba controlada remotamente) ou quando estão completamente privados de sua liberdade física de ação (por exemplo, quando eles são escudos humanos involuntários fisicamente coagidos a cobrir um combate corpo a corpo). Os civis em tais circunstâncias extremas não podem ser considerados como estando executando uma ação (ou seja, fazendo algo) em qualquer sentido significativo e, portanto, permanecem protegidos contra ataques diretos, apesar do nexu beligerante da operação militar em que estão sendo instrumentalizados. Em consequência, esses civis teriam que ser levados em conta na avaliação da proporcionalidade durante qualquer operação militar suscetível de causar danos incidentais a eles. Muitas atividades durante um conflito armado carecem de nexu beligerante, mesmo que elas causem um nível considerável de danos. Ao distinguir-se entre as atividades que equivalem e aquelas que não equivalem à participação direta nas hostilidades, o critério do nexu beligerante é particularmente importante nas quatro situações seguintes:

1) *Autodefesa individual*: a causalidade do dano na autodefesa individual ou na defesa de outros contra a violência proibida pelo DICA não tem nexu beligerante. Por exemplo, embora o uso da força por civis para se defender contra ataques ilegais, saques, estupro e assassinato por parte de soldados facínoras possa causar o limiar exigido de danos, seu propósito claramente não é o de apoiar uma parte no conflito contra a outra.

2) *Exercício de poder ou autoridade sobre pessoas ou território*: a inflicção de morte, ferimentos ou destruição por civis em pessoas ou objetos que caíram em suas “mãos” ou “poder”, na acepção do DICA, caso nada mais tenha ocorrido, não constitui parte das hostilidades. Por exemplo, o uso de força armada por parte das autoridades civis para reprimir tumultos e outras formas de agitação civil, prevenir o saque ou manter a lei e a ordem em uma área conflituosa, pode causar morte, ferimentos ou destruição, mas geralmente não constituiria parte das hostilidades conduzidas entre as partes em um conflito armado. Da mesma forma, uma vez que pessoal militar tenha sido capturado (e, portanto, esteja fora de combate, *hors de combat*), a contenção de distúrbios, a prevenção de fugas ou a execução legal de sentenças de morte não são planejadas para causar diretamente danos militares à parte oponente no conflito e, portanto, não possui nexu beligerante.

3) *Violência entre civis*: para se tornar parte da condução das hostilidades, o uso da força por civis contra outros civis, mesmo que generalizado, deve ser especificamente planejado para apoiar uma parte em um conflito armado em sua confrontação militar com outra parte. Isso não é o caso quando os civis apenas aproveitam uma quebra de lei e da ordem para cometer crimes violentos. É mais provável que o nexu beligerante exista onde a violência entre civis seja motivada pelas mesmas disputas políticas ou ódio étnico que são subjacentes ao conflito armado que os circunda, e que cause danos de natureza especificamente militar.

4) *Distúrbios civis*: durante conflitos armados, manifestações políticas, desordem e outras formas de agitação civil são muitas vezes marcadas por altos níveis de violência e às vezes

hostilidades. Desse modo, em geral é de pouca ajuda, confuso ou mesmo perigoso referir-se a *intenção hostil* com o propósito de definir participação direta nas hostilidades (Report DPH 2005, p. 37, *apud* MELZER, 2008, p. 59).

são respondidas com força militar. De fato, distúrbios civis podem resultar em morte, ferimentos e destruição e, em última análise, podem até beneficiar o esforço geral de guerra de uma parte no conflito, minando a autoridade territorial e o controle sobre a outra parte, por meio de pressão política, insegurança econômica, destruição e desordem. Por isso, é importante distinguir a participação direta nas hostilidades – especificamente planejada para apoiar uma parte em um conflito armado contra outra parte – de formas violentas de distúrbios civis, cujo principal objetivo é expressar insatisfação com as autoridades territoriais ou custodiantes. A tarefa de determinar o nexo beligerante de um ato pode representar consideráveis dificuldades práticas. Por exemplo, em muitos conflitos armados, gângsteres e piratas operam em uma zona cinzenta onde é difícil distinguir as hostilidades de crimes violentos que não estão relacionados ao conflito armado (quando muito, meramente sendo facilitados por ele). Essas tarefas devem basear-se na informação razoavelmente disponível, mas devem ser sempre deduzidas a partir de fatores objetivamente verificáveis. Na prática, a questão-chave deve ser se a conduta de um civil, em conjunto com as circunstâncias prevaletentes no momento e no local relevantes, pode razoavelmente ser percebida como um ato destinado a apoiar uma parte no conflito, causando diretamente o limiar exigido de danos à outra parte.

4 LIMITES TEMPORAIS: *INÍCIO E FIM* DA PARTICIPAÇÃO DIRETA NAS HOSTILIDADES

As medidas preparatórias³⁵⁹ para a execução de um ato específico de participação direta nas hostilidades, bem como o desdobramento³⁶⁰ e o retorno do local de sua execução, constituem parte integrante desse ato. Como os civis perdem proteção contra o ataque direto “durante o tempo” em que participem diretamente das hostilidades, o começo e o fim de atos específicos que equivalem à participação direta em hostilidades devem ser determinados com o máximo cuidado. Em consonância com a distinção entre participação direta e indireta nas hostilidades, pode-se dizer que as medidas preparatórias destinadas a realizar um ato hostil específico são qualificadas como participação direta nas hostilidades, ao passo que as medidas preparatórias destinadas a estabelecer a capacidade geral de realização de atos hostis não específicos, não o são. Não é necessário nem suficiente, para uma qualificação como participação direta, que uma medida preparatória ocorra imediatamente antes (proximidade temporal) ou em estreita proximidade geográfica à execução de um ato hostil específico ou que seja indispensável para sua execução. Por exemplo, o carregamento de bombas em um avião para um ataque direto a objetivos militares em uma área de hostilidades constitui uma medida preparatória de um ato hostil específico e, portanto, qualifica-se como participação direta em hostilidades. Esse é o caso mesmo que a operação não seja realizada até o dia seguinte, se o alvo for ser selecionado apenas durante a operação ou se uma grande distância separar a medida preparatória da localização do ataque subsequente. Por outro lado, o transporte de bombas de uma fábrica para um local de armazenamento em um aeródromo e, em seguida, para um avião, a fim de transportá-las para outro armazém na zona de conflito para uso não especificado no futuro, constituirá uma medida preparatória geral que se qualificará como mera participação indireta. De modo semelhante, se forem realizadas com vistas à execução de um ato hostil específico, todas as ações seguintes constituiriam, quase que com absoluta certeza, medidas preparatórias equivalentes à participação direta em hostilidades: equipagem, instrução e transporte de pessoal; busca de dados de inteligência; preparação, transporte e posicionamento de armas e equipamentos. Exemplos de preparação

³⁵⁹ Artigo 44, 3, 1ª parte do Protocolo Adicional I

³⁶⁰ Artigo 44, 3, b. N. do A.: no texto original em inglês a palavra utilizada é *deployment* (desdobramento). No texto do Protocolo I traduzido para o português (publicação oficial do CICV), optou-se pelo termo *evolução*, significando *deployment*. Por não considerarmos adequada essa tradução do ponto de vista militar, optamos aqui pelo uso de *desdobramento*.

geral que não implicam perda de proteção contra ataques diretos normalmente incluiriam: compra, produção, contrabando e ocultação de armas; recrutamento e treinamento de pessoal; apoio financeiro, administrativo ou político a atores armados. Um desdobramento equivalente à participação direta em hostilidades começa apenas quando o indivíduo desdobrado realiza um deslocamento físico com vistas a realizar uma operação específica. O retorno da execução de um ato hostil específico termina quando o indivíduo em questão se separou fisicamente da operação (por exemplo, quando desfaz-se, restitui, ou esconde as armas ou outros equipamentos utilizados e retoma atividades distintas daquela operação). Contanto que o retorno da execução de um ato hostil continue a ser parte integrante da operação anterior, isso constitui um retraimento ou retirada militar e não deve ser confundido com rendição ou com o ato de tornar-se um de fora de combate (*hors de combat*). Quando a execução de um ato hostil não requerer deslocamento geográfico (como pode ser o caso de ataques a redes de computadores ou emprego de sistemas de armas controlados remotamente), a duração da participação direta nas hostilidades será restrita à execução imediata do ato e das medidas preparatórias, formando uma parte integral daquele ato.

5 O ALCANCE TEMPORAL DA PERDA DA PROTEÇÃO

Os civis perdem proteção contra ataques diretos enquanto durar cada ato específico que equivalha à participação direta nas hostilidades, ou seja, eles gozam de proteção contra ataques diretos “a menos que e pelo tempo que” participem diretamente das hostilidades.³⁶¹ Isso implica necessariamente que os civis perdem e recuperam a proteção contra ataques diretos paralelamente aos intervalos de seu engajamento em participação direta nas hostilidades (a chamada “porta giratória” da proteção civil). A “porta giratória” da proteção civil é parte integrante do DICA, e não uma distorção. Ela previne ataques contra civis não representem uma ameaça militar em dado momento no tempo. Em contraste com os membros de grupos armados organizados, cuja função contínua é conduzir as hostilidades em nome de uma parte no conflito, o comportamento individual de civis depende de uma série de circunstâncias que estão em constante mudança e, portanto, é muito difícil de prever. Mesmo o fato de um civil ter repetidamente tomado parte direta nas hostilidades, voluntariamente ou sob pressão, isso não permite uma previsão confiável quanto à sua conduta futura. Como o conceito de participação direta nas hostilidades refere-se a atos hostis específicos, o DICA restabelece a proteção do civil contra o ataques diretos cada vez que seu envolvimento em um ato hostil termina. Até que o civil em questão novamente se engaje em um ato específico de participação direta nas hostilidades, o uso da força contra ele (ou ela) deve obedecer aos padrões da lei e da ordem ou da autodefesa individual. Embora o mecanismo da “porta giratória” de proteção possa tornar mais difícil para as forças armadas ou para os grupos armados organizados oponentes responder, de forma eficaz, à participação direta de civis nas hostilidades, permanece sendo necessário proteger a população civil de ataques equivocados ou arbitrários, devendo ser aceitável por parte das forças ou grupos, desde que tal participação civil ocorra de forma meramente espontânea, desorganizada ou esporádica.³⁶²

Os membros de grupos armados organizados pertencentes a uma parte não estatal em um conflito armado deixam de ser civis e perdem proteção contra ataques diretos enquanto estiverem desempenhando sua função de combate contínua. A restrição da perda de proteção

³⁶¹ Artigo 51, 3 do Protocolo Adicional I; artigo 13, 3 do Protocolo Adicional II; HENCKAERTS, J.; DOSWALD-BECK, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. v. I: Normas. Norma 6. Cambridge University Press, 2005.

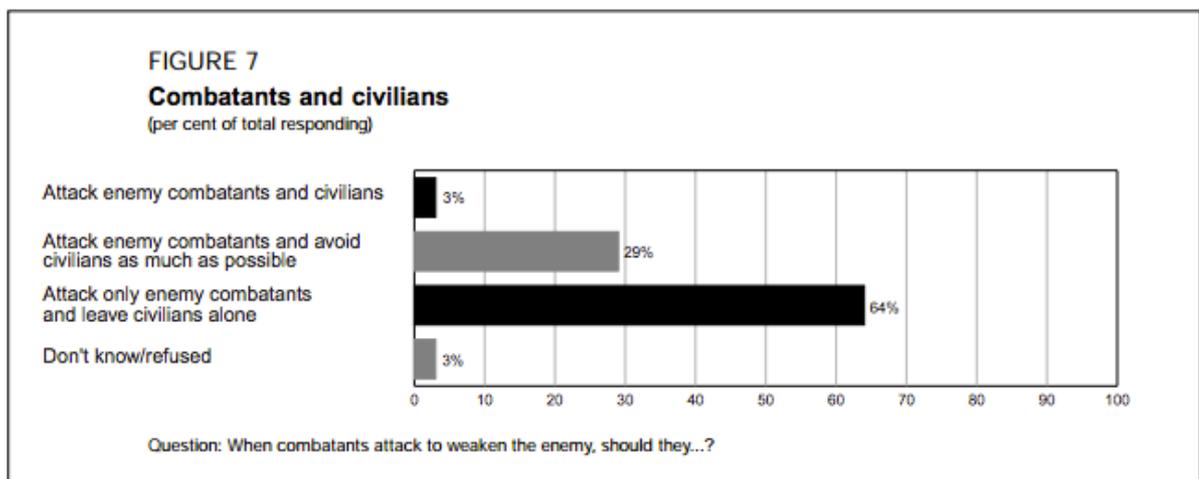
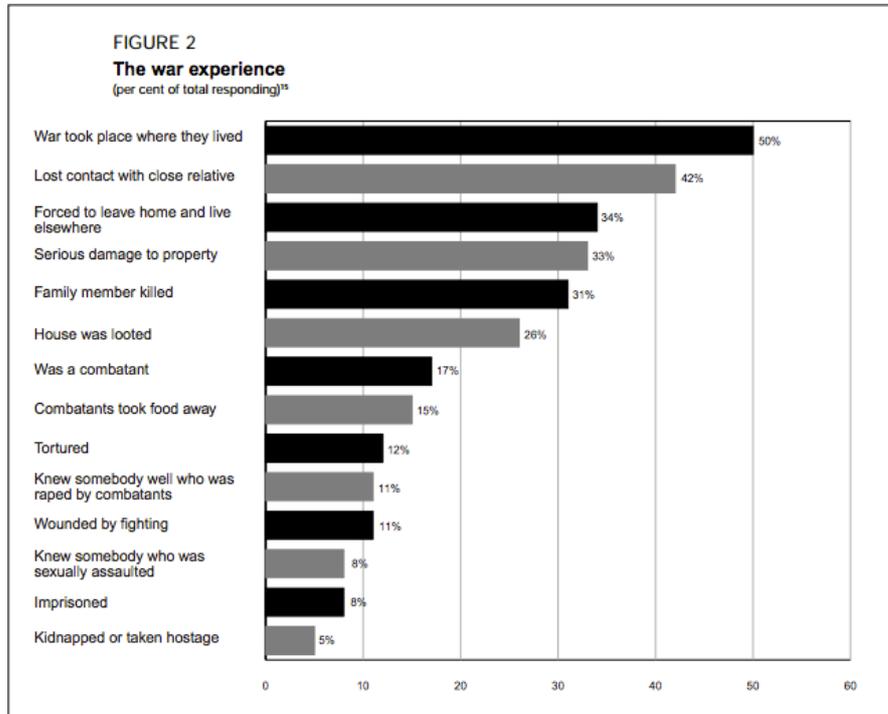
³⁶² LINDSTRÖM (2012, p. 54-56) assinala que, embora a posição do CICV seja a de que os civis ganhem novamente a imunidade a ataques tão logo deponham armas ou se separem fisicamente da operação militar em questão, esse entendimento é contestado pela literatura. Essa discordância se dá justamente devido ao entendimento de que o efeito “porta giratória” não é algo positivo, mas sim uma anomalia normativa. Citando Schmitt (2004), a autora questiona: “Pode um indivíduo ser um guerrilheiro à noite e um fazendeiro pela manhã? Quer dizer então que os civis engajados em hostilidades reconquistam imunidade a ataques diretos quando quer que retornem, de modo bem-sucedido, de uma operação, para então simplesmente reentrarem no jogo mais tarde?”. Para ela, esse efeito enfraquece a proteção dos civis em geral, porque essa opção por “ora dentro, ora fora” pode confundir com beligerantes pessoas que nada tenham a ver com o conflito.

durante atos hostis específicos foi visualizada para responder a atos hostis espontâneos, esporádicos ou desorganizados conduzidos por civis, e não pode ser aplicada a grupos armados organizados. Isso proporcionaria aos membros desses grupos uma significativa vantagem operacional sobre os membros das forças armadas do Estado, que podem ser atacados de forma contínua. Esse desequilíbrio encorajaria os grupos armados organizados a operar “como fazendeiros de dia e combatentes/guerrilheiros à noite”.³⁶³ A longo prazo, a confiança da parte desfavorecida na capacidade de o DICA regular a condução das hostilidades de forma satisfatória seria minada, resultando em sérias consequências, que poderiam ir desde interpretações excessivamente liberais do DICA até o irresponsável desrespeito às proteções que ele oferece. Em vez disso, quando os indivíduos vão além da participação direta espontânea, esporádica ou desorganizada nas hostilidades, e se tornam membros de um grupo armado organizado pertencente a uma parte no conflito, o DICA priva-os de proteção contra ataques diretos enquanto permanecerem membros daquele grupo.³⁶⁴ Em outras palavras, a “porta giratória” da proteção começa a operar com base na condição de membro do grupo. A participação em um grupo armado organizado começa no momento em que um civil começa, de fato, a desempenhar uma função de combate contínua para o grupo e dura até que ele ou ela deixe de desempenhar essa função. O desengajamento (desligamento) de um grupo armado organizado não precisa ser declarado abertamente: isso também pode ser expresso através de comportamentos característicos, tais como distanciamento físico duradouro do grupo, reintegração plena à vida civil ou reassunção permanente de uma função exclusivamente não combatente (por exemplo, atividades políticas ou administrativas). Na prática, a assunção ou a desvinculação de uma função de combate contínua depende de critérios que podem variar de acordo com o contexto político, cultural e militar. Determinar isso deve, portanto, ser feito de boa fé e com base em uma avaliação razoável das circunstâncias que estão prevalecendo, presumindo-se o direito à proteção civil em caso de dúvida.

³⁶³ No caso de conflitos armados não internacionais, isso é particularmente significativo. Comenta HALBERTAL (2014, p. 9; 9): “Se uma pessoa recebe a tarefa de lançar foguetes sobre o inimigo na parte da tarde, enquanto no restante do dia ela calmamente cultiva o solo da sua propriedade, ela poderia ser atacada de manhã, durante o trabalho na lavoura, e não necessariamente durante as horas em que está de fato engajada em disparar os foguetes. Ter ou não pleno e permanente vínculo institucional não lhe garante imunidade, já que nesse tipo de conflito essa afiliação não existe de qualquer modo. Uma vez tendo sido demonstrado que essa pessoa possui uma *função de combate contínua*, ela se torna um alvo legítimo, já que as atividades que ela normalmente performa de modo ativo e deliberado representam uma ameaça direta a combatentes e a civis.”

³⁶⁴ Já foi sugerido (Coombes, 2009, *apud* LINDSTRÖM, 2012, p. 56) que a expressão “enquanto durar essa/tal participação direta nas hostilidades” (artigo 51, 3 do PA I e artigo 13, 3 do PA II) “possa ser interpretada de modo a que, quando um civil tenha uma forte conexão com o braço militar de um ator não estatal, isso possa justificar a perda da proteção. De certo modo, é o que o CICV chama de *função de combate contínua*. Ao fim e ao cabo isso também não resolve inteiramente o problema de definir o que é uma conexão suficiente com o grupo, já que uma das táticas fundamentais no combate assimétrico é justamente não se distinguir como adversário”.

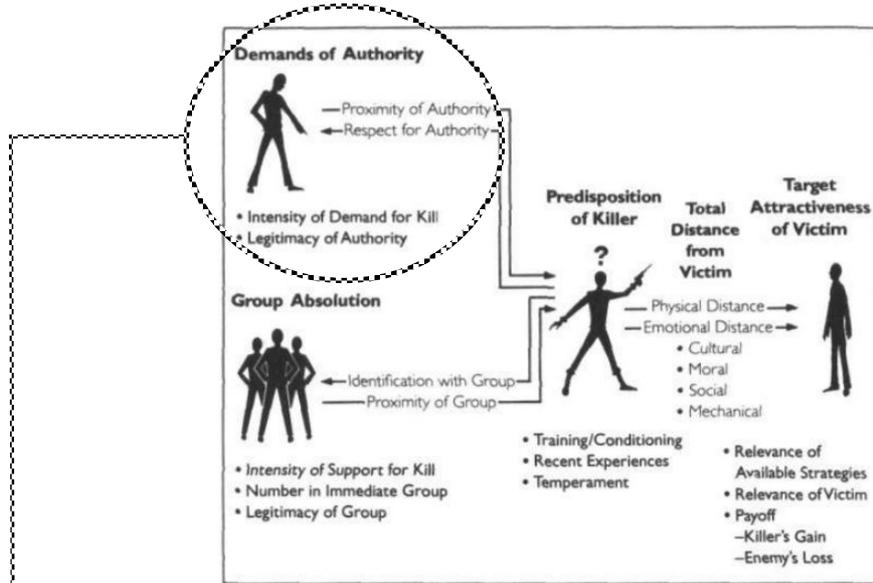
ANEXO B

EXTRATO DO PROJETO *PEOPLE ON WAR*³⁶⁵

³⁶⁵ Em 1999, em comemoração ao 50º aniversário das Convenções de Genebra de 1949, o CICV conduziu o Projeto *People on War*, o qual objetivava difundir o DICA e, para isso, realizou pesquisas de opinião com civis e combatentes de diversos Estados, onde os participantes tinham a oportunidade de exprimir suas ideias e compartilhar experiências. Os países selecionados foram: Afeganistão, Bósnia-Herzegovina, Camboja, Colômbia, El Salvador, Geórgia, Israel, Líbano, Nigéria, Filipinas, Somália, África do Sul, França, Rússia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos. Os gráficos aqui selecionados ilustram respostas obtidas em relação a determinadas perguntas de interesse para nossos objetivos. A íntegra do Projeto, incluindo uma descrição da metodologia utilizada e das consultas efetuadas, pode ser consultada em <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/Greenberg_reports>.

ANEXO C

O PAPEL DA AUTORIDADE³⁶⁶ ENTRE OS FATORES ENVOLVIDOS NA PREDISPOSIÇÃO PARA O ATO DE MATAR UM SER HUMANO³⁶⁷



FATOR	INFLUÊNCIA
<i>Proximidade da autoridade</i>	Segundo dados da 2ª Guerra Mundial, a distância física da autoridade pode representar de 15 a 20% mais de combatentes que de fato dispararam suas armas em combate.
<i>Respeito pela autoridade</i>	A identificação com o comandante imediato é o principal fator para assegurar a vontade de lutar.
<i>Grau de exigência da autoridade por matar</i>	O comandante deve expressar de forma bastante clara a expectativa de ver suas ordens concretizadas. Isso contribuirá, às vezes decisivamente, para superar neles a resistência a matar.
<i>Legitimidade da autoridade (o "fator Centurião")</i>	Líderes cuja autoridade seja legítima e aceita pela sociedade exercem maior influência sobre os subordinados. Chefes de gangues e mercenários têm mais dificuldades nesse sentido. O centurião romano, líder militar vindo de baixo, galgando os degraus da escala hierárquica por seu valor em combate, provavelmente foi um dos responsáveis pela consolidação do Império Romano.

³⁶⁶ “[...] a patente é algo pelo qual os homens competem, a que aspiram, com que se regozijam; e por isso, mesmo que oficiais de início tiverem sido recrutados, não precisamos nos preocupar se os responsabilizamos com rigor pelos deveres de seu posto. É alta a incidência de morte de oficiais subalternos em combate, mas mesmo assim há soldados que querem ser oficiais. É uma questão dos prazeres do comando. Na vida civil, não há nada que se assemelhe. O outro lado do prazer é, porém, a responsabilidade” (WALZER, 2003, p. 538).

³⁶⁷ Extraído de GROSSMAN, D. *On killing: the psychological cost of learning to kill in war and society*. Boston: Tw Bookmark, 1996.

ANEXO D

RESPEITO AO DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS ARMADOS POR PARTE DOS GRUPOS ARMADOS: PRINCIPAIS MOTIVOS³⁶⁸

PRINCIPAIS MOTIVOS ALEGADOS PELOS GRUPOS ARMADOS PARA <u>RESPEITAR O DICA</u>	
<i>“É como somos e é como desejamos ser percebidos”</i>	
Objetivo	O objetivo pelo qual o grupo luta é benéfico para o país e para sua população, então protegê-la deve ser naturalmente parte do objetivo.
Convicção (tradição, moral, política, religiosa)	O comandante não pode deixar de atuar de modo compatível com o que deseja que seja replicado pelos seus subordinados, sobretudo quando há convicções conflitantes, tais como desejo de vingança x disciplina, situações nas quais uma ordem sua poderá ser decisiva. É preciso fazer o subordinando reconhecer uma “humanidade” comum entre ele e suas vítimas potenciais (sobretudo as pessoas protegidas). ³⁶⁹
Preocupação com relações públicas (imagem própria)	Uma imagem de respeitabilidade e capacidade de respeitar um compromisso são sinais importantes dirigidos à comunidade internacional sobre o governo ou entidade que ele intenta formar. É considerado um dos mais contundentes motivos. Por outro lado, a percepção advinda dos demais grupos é considerada secundária, tendo apenas vantagens marginais, pois “não é ali que o conflito é julgado”.
<i>“Nós somos beneficiados ao respeitarmos”</i>	
Disciplina e moral dos combatentes	Muitos grupos consideram que o respeito o DICA deve ser um requisito disciplinar, já que caso contrário, há a conjugação de dois mecanismos indesejáveis: 1) prejudica o desempenho militar (ex: pilhagem dispersa o grupo e degrada o controle, inutilizando a sinergia e tornando “rebeldes” os comandantes que se afeiçoam ao hábito de pilhar; ³⁷⁰ 2) um dano ao moral dos combatentes mina o desempenho dos integrantes do grupo, sobretudo dos grupos pequenos, por meio do abalo da imagem de si mesmos acerca de valentia e controle da força.
Apoio da população	Trata-se de razão subjacente ao objetivo da luta, pois o bom trato da população e a administração de justiça local são os principais fatores de legitimidade do grupo. Convicções ideológicas cumprem papel secundário se comparadas ao apoio da população, mas mesmo assim elas podem ser significativamente influenciadas pela boa conduta dos combatentes, sobretudo em comunidades com fortes laços étnicos ou tribais. Caso a sobrevivência do grupo esteja ameaçada, práticas outrora rechaçadas acabarão sendo permitidas, mas mesmo assim os ataques repetidos contra a população simbolizariam a derrota a curto ou médio prazos e, portanto, seriam desencorajados. <i>“O guerrilheiro deve mover-se entre a população como o peixe o faz na água”</i> (Mao Tsé-Tung).

³⁶⁸ Baseado em BANGERTER, O. *Motivos por los que los grupos armados deciden respetar o no el derecho internacional humanitario*. International Review of the Red Cross. n. 882. June 2011, p. 75-109. Trata-se de compilação de entrevistas do referido autor com membros de aproximadamente 60 grupos armados de quatro continentes, além de centenas de documentos publicados pelos mesmos grupos, em especial seus códigos de conduta.

³⁶⁹ Ver Anexo C

³⁷⁰ Ver Anexo B

PRINCIPAIS MOTIVOS ALEGADOS PELOS GRUPOS ARMADOS PARA <u>RESPEITAR O DICA</u>	
<i>“Nós somos beneficiados ao respeitarmos”</i>	
Enfraquecimento do inimigo	É mais sensato oferecer uma saída geográfica ou simbólica a um adversário encurralado, ou ele lutará até a morte caso perceba que não sobreviverá em caso de rendição. ³⁷¹ Dar quartel e tratar prisioneiros de guerra adequadamente, por exemplo, tem benefícios tanto humanitários quanto militares. Essas vantagens vão além, inclusive, do caráter meramente utilitarista ³⁷² de evitar efeitos negativos à eficácia militar, mas representam um atendimento ao princípio de guerra da economia de forças.
Efeitos a longo prazo	Sufrimento e danos materiais são de muito maior intensidade quando não se respeita o DICA, e os efeitos são a longo prazo (ex: lançamento descontrolado de minas terrestres; recrutamento de crianças). Alcançar e manter a paz quando as atrocidades vêm à mente é mais difícil, mesmo porque, muitas vezes, os próprios negociadores dos acordos foram vítimas delas. Nesse sentido, quanto maior a igualdade de condições entre as partes (simetria), mais peso terão as atrocidades que hajam cometido para impedir o estabelecimento da paz.
Reciprocidade	O trato com prisioneiros de guerra é o melhor exemplo de reciprocidade positiva. Como costuma mencionar o Assessor Jurídico do CICV no Brasil, Dr. Gabriel Pablo Valladares, “não há situação em que um combatente mais deseje que seu inimigo respeite o DICA do que quando ele caia como prisioneiro de guerra”. ³⁷³
<i>“Pelo que o DICA significa”</i>	
Trata-se de um corpo de normas universal, consuetudinário, “civilizado”, altamente ratificado pelos Estados e alvo de declarações unilaterais públicas de cumprimento e respeito por parte de vários grupos armados, entre eles: UNITA (Angola), ELN, FARC (Colômbia), FMLN (El Salvador), LTTE (Sri Lanka), PLO (Palestina), PKK (Turquia), Mai Mai (República Democrática do Congo), SWAPO (Namíbia) e ANC (África do Sul). Constitui a cristalização de práticas tradicionais prévias, e não apenas um conjunto de regras. Algumas delas independem inclusive de ratificação, dado o seu caráter costumeiro (ex: artigo 3º Comum; artigo 48 do PA I).	

³⁷¹ Sun Tzu, “A Arte da Guerra”, Capítulo 7

³⁷² N. do A.: *utilitarismo*, nesse sentido, significando a justificativa do emprego da violência quando quer que ela sirva a uma causa (ver Glossário).

³⁷³ BANGERTER (2011, p. 90) cita o exemplo de um soldado das forças armadas colombianas que, após ter sido capturado pelas FARC, foi tratado com consideração e liberado pouco depois e que, quando cruzou com um de seus captores em um povoado, alguns dias após, não o denunciou, aparentemente porque, de certo modo, queria agradecer o tratamento que lhe havia dispensado. Esse comportamento, que supera os requisitos do DICA, convenceu o comandante local das FARC de que, se tratasse bem seus prisioneiros, talvez o inimigo agisse de forma recíproca.

PRINCIPAIS MOTIVOS ALEGADOS PELOS GRUPOS ARMADOS PARA NÃO RESPEITAR O DICA ³⁷⁴	
<i>“Para quem somos nós”</i>	
Objetivos do grupo	Alguns grupos existem justamente para cometer violações (ex: milícias extremistas sérvias na Bósnia e grupos da etnia Hutu em Ruanda, para quem o genocídio era um objetivo). Há grupos que se formam para se defender do que consideram ser uma ameaça, empregando métodos que as forças governamentais não usam (ex: os paramilitares na Colômbia praticaram 35% das violações, embora tenham participado em somente 1% das operações militares. Alguns usam a linguagem retórica de objetivos nobres: “sobrevivência”; “matá-los antes que nos matem”; “crianças não terão futuro se formos derrotados, então vamos recrutá-las”. ³⁷⁵
Falta de conhecimento e compreensão do DICA ³⁷⁶	Muitas vezes o desrespeito de deve ao desconhecimento de aspectos básicos. Por exemplo: 1) considerar que bombas convencionais de 250 kg são armas de destruição em massa e que o seu uso pelo inimigo justificaria represálias; ³⁷⁷ 2) considerar que o emprego de armamento por meio de aeronaves, contra soldados rasos, é crime de guerra; 3) considerar que os inimigos que se rendem não têm direito a cuidados médicos nos moldes das tropas amigas.
Aderência a outras normas	Embora o DICA seja o único corpo normativo a reger as guerras, por vezes há ambivalência de normas, se confrontadas com normas costumeiras e tradicionais. Por exemplo: 1) no Afeganistão, o código ético obriga uma pessoa a dar alojamento e proteção a qualquer passante que solicite, ainda que isso implique custo pessoal a si e a seus bens; 2) na guerra civil do Sudão, pilhagens, sequestros e escravidão de civis foram comuns porque suas leis tradicionais consideram normais essas práticas.

³⁷⁴ BANGERTER (2011, p. 79) observa que os resultados apresentados contemplam apenas as causas mencionadas pelos grupos e não outras causas de inobservância do DICA, tais como: mecanismos de controle ineficazes; seleção de certos armamentos; mecanismos de sanção débeis; e determinadas políticas (como permitir que os combatentes requisitem o que desejem da população, o que, por exemplo, fruto da experiência estadunidense na guerra de independência, levou ao estabelecimento da 3ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos: “Nenhum soldado deve, em tempo de paz, ser alojado em qualquer casa, sem o consentimento do dono, nem em tempo de guerra, exceto pela forma que será prescrita por lei”).

³⁷⁵ A FRU de Serra Leoa admitiu suas atrocidades alegando nobreza inclusive, para assombro e repulsa da comunidade internacional, com relação à prática de amputações massivas de mãos de prisioneiros e de civis: “As atrocidades que tiveram lugar não devem ser vistas como vingança pessoal. Foram o resultado da podridão de um sistema que não podia ser extirpada senão por meios brutais. Não tomamos esse caminho porque queríamos ser bárbaros, nem porque queríamos ser desumanos, mas porque quisemos demonstrar nossa humanidade a uma sociedade tão marcada por essa podridão que, se a Frente Revolucionária Unida não tivesse surgido, caberia perguntar se não estaríamos ainda sob o jugo desse horrendo regime. Porém, no processo de limpeza do sistema, causamos danos à grande maioria dos nossos compatriotas” (*ibidem*, p. 92).

³⁷⁶ N. do A.: *Neminem ignotantia legis excusat*. Expressão latina que significa, em tradução livre, “a ignorância da lei não escusa ninguém”. Trata-se de um princípio geral do direito, o da publicidade. A ignorância da lei não constitui defesa, mas se a lei não é clara o acusado poderá receber o benefício da dúvida ou ser-lhe atribuída uma punição apenas simbólica. Todavia, como observa WALZER (2003, p. 530; 531), “a ignorância é a sina comum aos soldados e constitui uma defesa fácil, especialmente quando são necessários cálculos de utilidade e proporcionalidade. É plausível que o soldado diga que não sabe e que não pode saber que a campanha em que está engajado é realmente necessária para a vitória, ou se ela foi projetada de modo que mantenha dentro de limites aceitáveis as mortes involuntárias de civis. Mas na vida moral, a ignorância não é assim tão comum; a desonestidade é muitíssimo mais. Mesmo soldados e estadistas que não sentem a tortura de uma ordem problemática geralmente sabem que deveriam senti-la”. Ademais, mesmo não sendo o caso de aplicabilidade do Protocolo Adicional I *vis-à-vis* o cenário de atuação de grupos armados organizados (CANI), sempre cabe ressaltar uma das obrigações da responsabilidade geral de comando insculpidas naquele diploma legal (artigo 87, 2): “[...] as Altas Partes [...] devem exigir que os comandantes se certifiquem de que os membros das forças armadas colocados sob seu comando conhecem as obrigações nos termos das Convenções e do presente Protocolo”.

³⁷⁷ N. do A.: em geral se entende que *armas de destruição em massa* são as químicas, biológicas e nucleares. Embora as nucleares não sejam ilegais à luz do DICA *de per se* (ao contrário das biológicas e químicas, que figuram em tratados específicos de banimento), seu uso se torna ilícito dada a violação do princípio da distinção.

PRINCIPAIS MOTIVOS ALEGADOS PELOS GRUPOS ARMADOS PARA <u>NÃO RESPEITAR O DICA</u>	
<i>“Não respeitar o DICA nos ajuda a ganhar”</i>	
Vantagem militar	As vantagens militares supostamente obtidas somente se mantêm no curto prazo, e mesmo assim desaparecem logo que o inimigo adota contramedidas. Por exemplo: 1) atos pérfidos para conquistar sobre objetivos muito protegidos; 2) bens protegidos (escolas, igrejas) usados com fins militares, aproveitando-se de que o inimigo provavelmente se recusará atacá-los; 3) não dar quartel, ³⁷⁸ para quebrar a resistência por meio do terror; 4) valer-se da pilhagem para complementar a logística ; 5) recrutar crianças. ³⁷⁹
Assimetria (questão-chave ou boa desculpa?)	Por vezes grupos armados alegam que a assimetria dá tantas vantagens ao inimigo, que o único modo de fazer frente é adotar táticas que terminarão conduzindo a uma violação do DICA. Por exemplo, ocultar-se em meio à população, ³⁸⁰ o que pode ensejar o uso de civis como escudos humanos ou o cometimento de atos pérfidos. Na dúvida se está diante de um combatente ou não, o inimigo relutará em usar seu poder de combate ou o fará de modo indiscriminado. Em ambos os casos o insurgente ganha: quer por ter inibido o inimigo no nível tático, quer por tê-lo colocado no papel de criminoso de guerra. Em geral, assimetrias de recursos são mais decisivas que assimetrias militares (por exemplo, um bandeira de dificuldades de acesso à terra por parte da população pode ser enfraquecida com uma reforma agrária governamental). Argumento da assimetria tem dois defeitos fundamentais: 1) particularmente os Protocolos Adicionais se estabeleceram num momento em que a guerra assimétrica já era a norma (logo após a Guerra do Vietnã), ³⁸¹ 2) como ambos os lados argumentam nesse sentido (grupos armados e governos), se realmente a assimetria se sustentasse como argumento ela somente se aplicaria em uma direção. ³⁸²
O terror como meio de controle da população	Há um paradoxo no fato de os grupos armados de vários conflitos contemporâneos atacarem, por vezes, as pessoas pelas quais justamente dizem lutar. Diversos grupos têm descoberto que o efeito do terror é similar ao do bom trato da população para obter apoio (ex: combatentes paramilitares colombianos pró-governo). Na Libéria o lema da campanha do notório criminoso de guerra Charles Taylor à presidência (eleito em 1997 com 75% dos votos) era “matou minha mãe, matou meu pai, mas votarei nele porque quero a paz”. O terror impiedoso tem poucas vantagens, já que a população acorrerá ao governo como sua única forma de proteção.

³⁷⁸ PA I artigo 40: “É proibido ordenar que não deve haver sobreviventes, ameaçar o adversário de tal fato ou conduzir as hostilidades em função dessa decisão”.

³⁷⁹ As vantagens imediatas de se recrutar crianças são: o custo menor (salários mais baixos, menos comida); melhor resultado da doutrinação a que são submetidas; são protegidas pela recalitrância do inimigo em atacá-las (sobretudo os soldados profissionais); são capazes de empregar armas modernas leves, como fuzis de assalto; passam despercebidas quando realizando atividades de coleta de informações (inteligência). Por outro lado, sua imaturidade e rebeldia traduzem-se numa tendência à indisciplina e à dificuldade de serem comandadas. Uma vez deixando de ser crianças, as supostas vantagens imediatas logo desaparecem, além do aspecto dos já mencionados ônus emocionais de reinserção à vida normal pós-conflito (BANGERTER, 2011, p. 95).

³⁸⁰ O artigo 43, 3 do Protocolo Adicional I considera que há certas situações em que, dada a característica das hostilidades, um combatente não poderá distinguir-se da população, quando então deverá, ao menos, conduzir suas armas abertamente. Embora esta situação apenas se refira aos CAI e aos “CARs” (guerras anticoloniais, contra invasão estrangeira – alienígena – ou contra regimes racistas), percebe-se que a temática já havia sido discutida e compreendida em 1977 (*ibidem*).

³⁸¹ Nesse sentido, por que então, em sua forma atual, o DICA não poderia responder à problemática da assimetria?

³⁸² Quando, na verdade, ela se aplica em ambas: numa guerra prolongada assimétrica, estrategicamente o grupo armado é superior às forças governamentais, mas no nível tático essa lógica se inverte (*ibidem*, p. 97).

PRINCIPAIS MOTIVOS ALEGADOS PELOS GRUPOS ARMADOS PARA <u>NÃO RESPEITAR O DICA</u>	
<i>“Não respeitar o DICA nos ajuda a ganhar”</i>	
Chegar ao inimigo por meio da população	Uso de deslocamentos forçados como estratégia para obrigar os “indesejáveis” a irem com o inimigo e os “desejáveis” a permanecerem ou deslocarem-se para a zona controlada pelo grupo armado. Há nisso uma premissa de <i>dimensão social ou étnica</i> : o inimigo lutará com menos vigor por uma área se nela não estão presentes indivíduos de sua etnia, classe, grupo social. Há também uma <i>dimensão política</i> : acordos de paz em vias de construção podem ser beneficiados por deslocamentos de defensores do governo (ou do próprio grupo), alinhando assim o caminho para futuras vitórias eleitorais. Existe uma <i>dimensão de moral, de ânimo do combatente</i> : o moral do inimigo poderá ficar debilitado se os ataques ocorrerem na sua área (cidade natal, bairro) enquanto ele combate em outra parte do território. Por último, há a <i>dimensão da comunicação estratégica</i> : uso das violações para transmitir mensagens direta ou indiretamente ao inimigo e para atrair a atenção da mídia (exemplo já descrito das amputações levadas a termo pela FRU de Serra Leoa).
Grupos mantidos como reféns por seus próprios combatentes	Se o grupo recruta principalmente oportunistas (motivados sobretudo por seus próprios interesses de curto prazo), o grupo não lhes poderá impor nenhuma disciplina. Adicionalmente, no caso de haver recursos escassos (materiais, financeiros), uma troca tácita poderá vir a ser estabelecida: “combatam por mim e em troca utilizem-se dos bens da população”, numa espécie de “guerra que alimenta a guerra” (isso será mais comum ainda no caso de sociedades com bases tribais, nas quais a pilhagem é tolerada). ³⁸³ Um trato desse tipo permite contar com alto número de combatentes, porém resulta em unidades de coesão duvidosa.
Cometer atrocidades como ferramenta de propaganda e de promoção política	As violações podem funcionar como um estatuto midiático para obter lugar na mesa de negociações. Atacar a população local demonstra incapacidade das forças governamentais de protegê-la, e ao mesmo tempo mina a legitimidade do governo. ³⁸⁴ Paradoxalmente, o único refúgio será o grupo armado, justamente o perpetrador dos ataques (ex: estratégia do caos estabelecida pelos grupos insurgentes no Iraque após a invasão aliada em 2003).

³⁸³ Essa era uma das razões pelas quais os grupos árabes que lutavam com Lawrence da Arábia nunca tinham problema em recrutar combatentes, já que a pilhagem era parte de suas tradições e, portanto, funcionava como motivação (*ibidem*, p. 97). Nos ensina VISACRO (2009, p. 45-51) que “Thomas Edward Lawrence foi o mais brilhante assessor militar inglês junto aos árabes, desempenhando com inigualável talento o papel que, hoje, compete aos soldados das forças especiais. Com a eclosão da Revolta Árabe (1916-1918), ingressou no Exército como oficial de informações. Designado para servir junto aos beduínos, desprovido da autoridade que a rígida hierarquia militar confere aos oficiais perante a tropa, foi obrigado a exercer uma liderança atípica, orbitando entre duas culturas bastante distintas. A perpétua rivalidade entre as tribos árabes sempre exigiram muita atenção e esforços de Lawrence, a fim de evitar a desagregação das forças rebeldes. Ele foi um precursor daquilo que é hoje conhecido como ‘inteligência cultural’, e seu método consagrou-se como um padrão para as futuras forças especiais na condução de segmentos irregulares locais. Acostumados a subsistir na pobreza, seus guerreiros nômades sempre careceram de meios materiais, na guerra ou na paz. Em suas incursões, demoliram pontes, descarrilaram composições, destruíram dezenas de quilômetros de trilhos, dinamitaram aquedutos, pilharam estações ferroviárias e cortaram cabos telegráficos”.

³⁸⁴ O mesmo vale para um conflito entre grupos armados: um grupo se faz passar pelo grupo inimigo para cometer atrocidades (*ibidem*, p. 101).

PRINCIPAIS MOTIVOS ALEGADOS PELOS GRUPOS ARMADOS PARA <u>NÃO RESPEITAR</u> O DICA	
<i>“Não nos resta nada a perder”</i>	
Listas de terroristas, ³⁸⁵ legislação nacional e justiça internacional	A adoção de um enfoque somente repressivo aos grupos armados os encoraja a violar o DICA. Em outras palavras, sem nenhuma alternativa para sua própria proteção, exceto a vitória militar ou um impasse que leve a um acordo político, os grupos tenderão a ignorar as razões que poderiam ter para respeitar o DICA (“abordagem cenoura e vara”). ³⁸⁶ A ameaça de ser colocado diante do TPI será mais efetiva se for vinculada a um benefício potencial (ex: o Código Penal Suíço tem esse enfoque dual, ao definir multa e/ou prisão por financiar o terrorismo, porém estabelecendo que a multa não será aplicada se o financiamento não teve o propósito de respaldar atos destinados a infringir o DICA). Simplesmente penalizar os grupos (pró ou contra o governo) é contraproducente, pois há o risco de radicalizar os que a priori não tinham a intenção de violar o DICA. Há alternativas ao invés de incluir os grupos nas listas de terroristas, o que em geral surte efeito contrário, se é que surte algum. Por outro lado, o reconhecimento do estatuto beligerante é um extremo, dados o custo político e a realidade de que um novo estatuto não necessariamente garantirá uma “mudança mágica” nem legitimidade, que somente será alcançada pelo reconhecimento do grupo, por parte das organizações internacionais, como representante legítimo de sua causa (ex: OLP, em 1974 e 1975, respectivamente pela Liga árabe e pela ONU).
Apoio estatal incondicional e generalizado	Apoio externo ao grupo geralmente aumentará o nível de violência, como ocorreu com a Resistência Nacional Moçambicana (RENAMO), que surgiu no fim dos anos 1970: tendo recebido grandes quantidades de recursos de fora (da Rodésia e da África do Sul), não se interessou pelo comportamento para com a população local.
<i>“O papel da vingança”</i>	
A “reciprocidade negativa” é uma das forças motrizes mais poderosas para a espiral de violência. Embora o fato de que uma parte infrinja o DICA não exime a outra de cumprir suas obrigações, não é difícil compreender o desejo de vingar familiares e camaradas. Quando não há mecanismos internacionais que impeçam violações por parte de alguns Estados, os grupos armados têm menos razões para não atuar em defesa própria, ou seja, no “arbitrário exercício das próprias razões”. ³⁸⁷	

³⁸⁵ Nos últimos anos os Estados e os meios de comunicação têm empregado o termo “terroristas” de forma sistemática, o que ajuda a obscurecer o debate e obstaculiza as investigações (pesquisas) sobre a insurgência, em detrimento das estratégias de resposta (DUYVESTYEN, I. *Non-state actors and the resort to violence: terrorism and insurgency strategies compared*, 2007. Disponível em <http://www.tagsproject.org/_data/global/images/duyvesteyn.pdf> Acesso em 25 jul. 2017).

³⁸⁶ N. do A.: a perspectiva “cenoura e vara” refere-se e uma expressão idiomática existente na língua inglesa - *carrot and stick* - significando uma abordagem resultante da combinação de punição e recompensa para estimular um comportamento desejado. A analogia é com um indivíduo sendo transportado por uma carroça puxada por uma mula, onde ao mesmo tempo ele brande uma vara (pinguelo) na parte de trás do animal, enquanto pende à sua frente uma cenoura. Nesse caso, a carroça será puxada, simultaneamente, tanto pelo esforço da mula para alcançar a cenoura quanto para evitar ser açoitada pela vara. “A repressão a crimes de guerra baseia-se com demasiada frequência na perspectiva da ‘vara’ ao invés da ‘cenoura e vara’” (*ibidem*).

³⁸⁷ Um dirigente de um grupo armado assim definiu o DICA: “Um direito elaborado pelos Estados e infringido por eles” (*ibidem*, p. 104).

**PRINCIPAIS MOTIVOS ALEGADOS PELOS GRUPOS ARMADOS PARA NÃO
RESPEITAR O DICA**

“Pelo que o DICA representa”

Para os africanos e asiáticos, o DICA por vezes é visto como uma criação ocidental, uma loucura dos advogados e dos tribunais sem nenhuma conexão com a realidade. Para os comunistas, a proteção aos civis seria um meio de eximir a classe média da vingança legítima do proletariado. Mas o fato é que a ideia de que os grupos armados têm um problema com o DICA porque não contribuíram para sua elaboração e não estão habilitados a ratificá-lo – ideia essa defendida invariavelmente por grupos armados – é equivocada se considerado seu discurso. Por exemplo, as FARC defenderam essa posição, mas ao mesmo tempo afirmaram, às vezes no mesmo documento, que incorporaram em suas próprias normas as noções básicas do DICA.³⁸⁸

“Definições diferentes”

Uma interpretação não jurídica de termos do DICA pode ser uma causa importante de violações. Conceitos como “criança” e “civil”, ainda que interpretados de boa fé, podem embutir um sentido contrário ao que têm no DICA, o que remete à falta de conhecimento. Por exemplo, a tradição, os fatores religiosos, consuetudinários, ou simplesmente pragmáticos, podem influenciar a idade a partir da qual uma criança atinge a maioridade.³⁸⁹ Do mesmo modo, muitas vezes o desejo não é o de atacar civis, mas isso acaba ocorrendo porque a definição de pessoas protegidas é, para um determinado grupo ou comunidade, diferente.³⁹⁰ Não se pode descartar, entretanto, que algumas vezes trata-se somente de uma questão de pura má fé.³⁹¹

³⁸⁸ Ver folheto *Beligerancia*, de autoria das FARC (2000). Disponível em: <http://www.abpnoticias.com/boletin_temporal/contenido/libros/beligerancia_farc-ep.pdf> Acesso em 24 jul. 2017.

³⁸⁹ N. do A.: não há, no Direito Internacional, consenso quanto à idade mínima para recrutamento, se 15 ou 18 anos. O artigo 1º da Convenção Sobre os Direitos da Criança (1989) dispõe que, para fins daquela Convenção, criança significa todo ser humano com idade inferior a 18 anos, à exceção daquele que, em conformidade com a lei aplicável à criança, tenha alcançado antes a maioridade. O Protocolo facultativo àquela Convenção, relativo à participação de crianças em conflitos armados (25 de maio de 2000), define que “os grupos armados distintos das forças armadas de um Estado não devem, em nenhuma circunstância, recrutar ou utilizar em hostilidades menores de 18 anos” (artigo 4, §1º). Já o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional considera crime de guerra recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades (artigo 8º, 2, a, xxvi).

³⁹⁰ A doutrina maoísta considera, por exemplo, “população”, apenas aqueles que se atenam à sua ideologia. Por razões semelhantes, o Sendero Luminoso, no Peru, manteve prisioneiros (e por vezes libertou) soldados inimigos, ao passo que executou oficiais capturados do mesmo grupo (*ibidem*, p. 108).

³⁹¹ “Ao planejar suas campanhas, os comandantes militares devem adotar medidas positivas para limitar até mesmo as mortes não planejadas de civis (e devem se certificar de que o número de mortos não seja desproporcional às vantagens militares esperadas). A campanha pertence aos comandantes. Eles têm uma visão panorâmica da soma dos atos que estão ordenando e dos efeitos que esperam deles. Sempre devem ter como meta a vitória e cuidar das necessidades de seus soldados. Mas tem ao mesmo tempo um dever mais alto: ‘O soldado, seja ele amigo ou inimigo’, escreveu Douglas MacArthur quando confirmou a sentença do General Yamashita, ‘é responsável pela proteção dos fracos e desarmados. Essa é a própria essência e razão de sua existência’” (WALZER, 2003, p. 539; 540).

ANEXO E

ENFOQUES PARA A INTERAÇÃO COM OS ATORES ARMADOS NÃO ESTATAIS³⁹²

ENFOQUE ³⁹³	MECANISMO-CHAVE	MEIOS	PERSPECTIVA DE PRAZO E BASE PARA MUDANÇA DE COMPORTAMENTO	PREDOMINÂNCIA DE USO POR ENTE OU ORGANIZAÇÃO
Realista (Neorealista)	Uso da força/influência	1. Coerção 2. Controle e contenção (1) 3. Marginalização e isolamento (2) 4. Reforço das divisões e rivalidades internas (3) 5. Suborno e chantagem (4)	- Curto prazo - Adaptação	- Estados - Organizações Internacionais
Liberal/Institucionalista	Negociação (gestão de conflitos)	1. Mediação e negociação (5) 2. Cooptação e integração (6)	- Curto e longo prazo - Adaptação; mudança de políticas ou de preferências	- Estados - Organizações Internacionais
Construtivista	Persuasão (difusão de normas)	1. Processos de socialização (7) 2. Denúncia e descrédito (8) 3. Reconciliação e justiça transicional (9)	- Longo prazo - Adaptação; mudança de políticas ou de preferências; mudança de identidade	- Organizações Não Governamentais - Organizações Internacionais

Legenda:

- (1) Eficaz em caso de atores concentrados em um determinado território
- (2) Indicado para atores débeis ou debilitados, como grupos rebeldes pequenos, terroristas ou bandidos
- (3) Explora fragmentações, que são particularmente observáveis em grupos rebeldes ou terroristas
- (4) Eficaz para atores que buscam lucro, como senhores da guerra (*warlords*) e criminosos
- (5) Aplicável em especial a atores com programas políticos vinculados a comunidades com interesses definidos (tribos, clãs, grupos étnicos e partidos políticos)
- (6) Dirigentes dos grupos armados são cooptados e gradualmente integrados em um entorno político
- (7) Indicado para atores com ambições políticas claras, que necessitem responder às expectativas de longo prazo
- (8) Eficaz para grupos que necessitem de apoio moral e material estrangeiro
- (9) Ferramentas mais comuns são as comissões da verdade e reconciliação, os tribunais penais e a anistia

³⁹² HOFMANN, C.; SCHNECKENER, U. *Participación de los actores armados no estatales en los procesos de construcción del Estado y de la paz: opciones y estrategias*. International Review of the Red Cross. n. 883. Setembro 2011, p. 187-207.

³⁹³ Observam NYE (2009, p. 5; 8) e HOFMANN & SCHNECKENER (2011, p. 192) que o *realismo* tem sido a tradição predominante no pensamento sobre a política internacional. Para o realista, o problema central da política internacional é a guerra e o uso da força, e os atores principais são os Estados. Nesse sentido, sob uma pressão contínua do exterior, os atores armados não estatais podem mudar suas políticas mas, em geral, não modificam com frequência suas preferências inerentes, e podem, inclusive, endurecer suas posições. Já o *liberalismo* vê uma sociedade global que funciona lado a lado com os Estados e que estabelece parte do contexto para os Estados. Para o liberal, o comércio atravessa fronteiras, as pessoas têm contato umas com as outras e instituições internacionais, como as Nações Unidas, criam um contexto dentro do qual a visão realista é insuficiente. Desse modo, acreditam bastante nos mecanismos de negociação, e consideram que possa haver resultados sustentáveis caso os respectivos atores continuem a participar do processo de negociação. Entretanto, creem que somente a aplicação constante de um marco institucional oferecerá suficientes incentivos e orientações para modificar inicialmente as políticas, e em seguida possivelmente as preferências. Mais recentemente, os *construtivistas* criticaram o realismo e o liberalismo pelo que acreditam ser a sua incapacidade de explicar de forma adequada a mudança de longo prazo na política mundial. Eles examinaram os processos pelos quais os líderes, povos e culturas alteram as suas preferências, moldam as suas identidades e adotam um comportamento diferente, ajudando-nos a compreender como as preferências são formadas e o conhecimento é gerado, antes do exercício da racionalidade instrumental. Os construtivistas baseiam seus esforços na persuasão, por meio da qual (embora os resultados não sejam fáceis), caso seja produzida uma mudança de comportamento, teoricamente essa mudança é sustentável, já que o ator pode, com o tempo, internalizar a motivação que o levará a manter um comportamento alinhado às normas.

ANEXO F

**EXTRATO DO ACORDO DE PAZ DE LOMÉ, ENTRE O GOVERNO DE SERRA
LEOA E A FRENTE REVOLUCIONÁRIA UNIDA**

&

**TRECHO DA RENÚNCIA DA ONU QUANTO À ANISTIA PARA CRIMES DE
GUERRA, CRIMES CONTRA A HUMANIDADE, GENOCÍDIO E DEMAIS
VIOLAÇÕES GRAVES AO DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS
ARMADOS, CONCEDIDA PELO ACORDO DE PAZ DE LOMÉ**

ACUERDO DE PAZ ENTRE EL GOBIERNO DE SIERRA LEONA Y EL FRENTE
REVOLUCIONARIO UNIDO DE SIERRA LEONA

El Gobierno y la República de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona Reunidos en Lomé (Togo) del 25 de mayo al 7 de julio de 1999 bajo los auspicios del actual Presidente de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), Presidente Gnassingbé Eyadéma;

Recordando iniciativas anteriores de los países de la subregión y de la comunidad internacional para lograr un arreglo negociado del conflicto en Sierra Leona, que culminaron con el Acuerdo de Paz de Abidján, de 30 de noviembre de 1996, y el Plan de Paz de la CEDEAO, de 23 de octubre de 1997;

Impulsados por la necesidad imperiosa de responder al deseo del pueblo de Sierra Leona de que se llegue a un arreglo definitivo de la guerra fratricida en el país y se logre una unidad y una reconciliación nacionales auténticas;

Empeñados en promover el pleno respeto de los derechos humanos y las leyes humanitarias; Empeñados en promover la participación popular en el gobierno del país y el fomento de la democracia en un marco sociopolítico libre de desigualdades, nepotismo y corrupción;

Preocupados por el bienestar socioeconómico de todo el pueblo de Sierra Leona; Decididos a promover la confianza mutua entre ellos;

Decididos a establecer una paz y una seguridad sostenibles, a comprometerse a resolver en adelante por medios pacíficos todas las diferencias pasadas, presentes y futuras, y a abstenerse de la amenaza y el uso de la fuerza armada para lograr cualesquiera cambios en Sierra Leona;

Reafirmando el convencimiento de que la soberanía es del pueblo y que el Gobierno deriva de él todas sus facultades, autoridad y legitimidad;

Reconociendo el imperativo de que los niños de Sierra Leona, especialmente los que han sido afectados por el conflicto armado tengan derecho, en vista de su vulnerabilidad, a un cuidado especial y a la protección de su derecho inherente a la vida, la supervivencia y el desarrollo, con arreglo a las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño;

Guiados por la Declaración del Comunicado Final de la Reunión de Lomé de los Ministros de Relaciones Exteriores de la CEDEAO de 25 de mayo de 1999, en la que éstos destacaron la importancia de la democracia como factor determinante de la paz y la seguridad regionales y elemento esencial del desarrollo socioeconómico de los Estados miembros de la CEDEAO y se comprometieron a consolidar la democracia y el respeto de los derechos humanos, reafirmando la necesidad de que todos los Estados miembros consolidaran su base democrática y observaran los principios del buen gobierno y la buena gestión económica para asegurar el surgimiento y el desarrollo de una cultura democrática que tuviera en cuenta los intereses de los pueblos del África occidental;

Reafirmando su compromiso de respetar y cumplir plenamente el Acuerdo de Cesación del Fuego firmado en Lomé el 18 de mayo de 1999 (anexo I) hasta la firma del presente Acuerdo de Paz.

[...]

Artículo 9 Indulto y amnistía

[...]

2. Después de la firma del presente Acuerdo, el Gobierno de Sierra Leona también concederá el indulto total a todos los combatientes y colaboradores, en relación con todos los hechos realizados en consecución de sus objetivos hasta el momento de la firma del presente Acuerdo.

3. A fin de consolidar la paz y promover la causa de la reconciliación nacional, el Gobierno de Sierra Leona garantizará que no se tomen medidas oficiales ni judiciales contra ningún miembro del Frente Revolucionario Unido, el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas, el ex Ejército de Sierra Leona o las Fuerzas de Defensa Civil, en relación con los hechos realizados en consecución de los objetivos de sus respectivas organizaciones, entre marzo de 1991 y el momento de la firma del presente Acuerdo. Además, se tomarán las medidas legislativas y de otra índole necesarias para garantizar la inmunidad de

[...]

UNITED NATIONS
SECURITY COUNCIL
S/2000/915, 4 OCTOBER 2000
REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL ON THE ESTABLISHMENT OF A
SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE

[...]

B.1. The amnesty clause in the Lomé Peace Agreement

22. While recognizing that amnesty is an accepted legal concept and a gesture of peace and reconciliation at the end of a civil war or an internal armed conflict, the United Nations has consistently maintained the position that amnesty cannot be granted in respect of international crimes, such as genocide, crimes against humanity or other serious violations of international humanitarian law.

23. At the time of the signature of the Lomé Peace Agreement, the Special Representative of the Secretary-General for Sierra Leone was instructed to append to his signature on behalf of the United Nations a disclaimer to the effect that the amnesty provision contained in article IX of the Agreement (“absolute and free pardon”) shall not apply to international crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and other serious violations of international humanitarian law. This reservation is recalled by the Security Council in a preambular paragraph of resolution 1315 (2000).

24. In the negotiations on the Statute of the Special Court, the Government of Sierra Leone concurred with the position of the United Nations and agreed to the inclusion of an amnesty clause which would read as follows: “An amnesty granted to any person falling within the jurisdiction of the Special Court in respect of the crimes referred to in articles 2 to 4 of the present Statute shall not be a bar to prosecution.” With the denial of legal effect to the amnesty granted at Lomé, to the extent of its illegality under international law, the obstacle to the determination of a beginning date of the temporal jurisdiction of the Court within the pre-Lomé period has been removed.

[...]

ANEXO G**EXTRATO DA RESOLUÇÃO PARA O ESTEBELECIMENTO DO TRIBUNAL
PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA**

UNITED NATIONS
SECURITY COUNCIL
S/RES/915, 8 OCTOBER 1994

ESTABLISHMENT OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA

The Security Council,

Reaffirming all its previous resolutions on the situation in Rwanda,

Having considered the reports of the Secretary-General pursuant to paragraph 3 of resolution 935 (1994) of 1 July 1994 (S/1994/879 and S/1994/906), and having taken note of the reports of the Special Rapporteur for Rwanda of the United Nations Commission on Human Rights (S/1994/1157, annex I and annex II),

Expressing appreciation for the work of the Commission of Experts established pursuant to resolution 935 (1994), in particular its preliminary report on violations of international humanitarian law in Rwanda transmitted by the Secretary-General's letter of 1 October 1994 (S/1994/1125),

Expressing once again its grave concern at the reports indicating that genocide and other systematic, widespread and flagrant violations of international humanitarian law have been committed in Rwanda,

Determining that this situation continues to constitute a threat to international peace and security,

Determined to put an end to such crimes and to take effective measures to bring to justice the persons who are responsible for them,

Convinced that in the particular circumstances of Rwanda, the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law would enable this aim to be achieved and would contribute to the process of national reconciliation and to the restoration and maintenance of peace,

Believing that the establishment of an international tribunal for the prosecution of persons responsible for genocide and the other above-mentioned violations of international humanitarian law will contribute to ensuring that such violations are halted and effectively redressed,

Stressing also the need for international cooperation to strengthen the courts and judicial system of Rwanda, having regard in particular to the necessity for those courts to deal with large numbers of suspects,

Considering that the Commission of Experts established pursuant to resolution 935 (1994) should continue on an urgent basis the collection of information relating to evidence of grave violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and should submit its final report to the Secretary-General by 30 November 1994,

Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

[...]

Article 7

Territorial and temporal jurisdiction

The territorial jurisdiction of the International Tribunal for Rwanda shall extend to the territory of Rwanda including its land surface and airspace as well as to the territory of neighbouring States in respect of serious violations of international humanitarian law committed by Rwandan citizens. The temporal jurisdiction of the International Tribunal for Rwanda shall extend to a period beginning on 1 January 1994 and ending on 31 December 1994.

[...]

ANEXO H

**EXTRATO DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA
AMÉRICA NO CASO *RASUL vs. BUSH***

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

RASUL ET AL. v. BUSH, PRESIDENT OF THE UNITED STATES, et al.

CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR
THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT

No. 03–334. Argued April 20, 2004 — Decided June 28, 2004

Pursuant to Congress’ joint resolution authorizing the use of necessary and appropriate force against nations, organizations, or persons that planned, authorized, committed, or aided in the September 11, 2001, al Qaeda terrorist attacks, the President sent Armed Forces into Afghanistan

to wage a military campaign against al Qaeda and the Taliban regime that had supported it. Petitioners, 2 Australians and 12 Kuwaitis captured abroad during the hostilities, are being held in military custody at the Guantanamo Bay, Cuba, Naval Base, which the United States occupies under a lease and treaty recognizing Cuba’s ultimate sovereignty, but giving this country complete jurisdiction and control for so long as it does not abandon the leased areas. Petitioners filed suits under federal law challenging the legality of their detention, alleging that they had never been combatants against the United States or engaged in terrorist acts, and that they have never been charged with wrongdoing, permitted to consult counsel, or provided access to courts or other tribunals. The District Court construed the suits as habeas petitions and dismissed them for want of jurisdiction, holding that, under *Johnson v. Eisentrager*, 339 U. S. 763, aliens detained outside United States sovereign territory may not invoke habeas relief. The Court of Appeals affirmed. Held: United States courts have jurisdiction to consider challenges to the legality of the detention of foreign nationals captured abroad in connection with hostilities and incarcerated at Guantanamo Bay.

[...]

[Trecho do voto concordante do Ministro Anthony Kennedy]

[...] detainees at Guantanamo Bay are being held indefinitely, and without benefit of any legal proceeding to determine their status. In *Eisentrager*,³⁹⁴ the prisoners were tried and convicted by a military commission of violating the laws of war and were sentenced to prison terms. [...] Indefinite detention without trial or other proceeding presents altogether different

³⁹⁴ N. do A.: *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950), foi uma emblemática decisão da Suprema Corte dos EUA, por meio da qual ficou estabelecido que as cortes estadunidenses não tinham jurisdição sobre criminosos de guerra estrangeiros detidos em uma prisão administrada pelos Estados Unidos na Alemanha. Entretanto, os Ministros traçaram vários fatores que forneceram bases legais para a decisão: inimigos estrangeiros que nunca residiram nos EUA; que foram capturados no estrangeiro; que foram julgados e condenados por comissões militares fora dos EUA, por crimes de guerra cometidos fora dos EUA; foram aprisionados todas as vezes fora dos EUA (LONDRAS, 2007, p. 4). Essa decisão foi invocada ao longo do Caso *Rasul v. Bush*, por meio do qual os presos em Guantánamo procuraram questionar a legalidade de suas prisões. Diferentemente do que fora decidido no Caso *Eisentrager*, todavia, aqui a Suprema Corte prolatou que Guantánamo está sob jurisdição soberana dos EUA, e portanto cabe o direito de impetração de *habeas corpus* às cortes federais continentais por parte dos presos estrangeiros detidos naquela Ilha. “Assim, a estabilidade do Caso *Johnson v. Eisentrager*, como um precedente básico para a interpretação feita pelo governo estadunidense, de que a Baía de Guantánamo seria um lugar além do alcance dos tribunais federais, foi abalada pela decisão da Suprema Corte no Caso *Rasul v. Bush*” (*ibidem*, p. 5).

considerations. It allows friends and foes alike to remain in detention. It suggests a weaker case of military necessity and much greater alignment with the traditional function of habeas corpus. Perhaps, where detainees are taken from a zone of hostilities, detention without proceedings or trial would be justified by military necessity for a matter of weeks; but as the period of detention stretches from months to years, the case for continued detention to meet military exigencies becomes weaker.

ANEXO I

EXTRATO DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA NO CASO *HAMDAN V. RUMSFELD*³⁹⁵

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

HAMDAN v. RUMSFELD, SECRETARY OF DEFENSE, et al.CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR
THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT

No. 05–184. Argued March 28, 2006 — Decided June 29, 2006

Pursuant to Congress’ Joint Resolution authorizing the President to “use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed or aided” the September 11, 2001, al Qaeda terrorist attacks (AUMF), U. S. Armed Forces invaded Afghanistan. During the hostilities, in 2001, militia forces captured petitioner Hamdan, a Yemeni national, and turned him over to the U. S. military, which, in 2002, transported him to prison in Guantanamo Bay, Cuba. Over a year later, the President deemed Hamdan eligible for trial by military commission for then-unspecified crimes. After another year, he was charged with conspiracy “to commit ... offenses triable by military commission.” In habeas and mandamus petitions, Hamdan asserted that the military commission lacks authority to try him because (1) neither congressional Act nor the common law of war supports trial by this commission for conspiracy, an offense that, Hamdan says, is not a violation of the law of war; and (2) the procedures adopted to try him violate basic tenets of military and international law, including the principle that a defendant must be permitted to see and hear the evidence against him.

The District Court granted habeas relief and stayed the commission’s proceedings, concluding that the President’s authority to establish military commissions extends only to offenders or offenses triable by such a commission under the law of war; that such law includes the Third Geneva Convention; that Hamdan is entitled to that Convention’s full protections until adjudged, under it, not to be a prisoner of war; and that, whether or not Hamdan is properly classified a prisoner of war, the commission convened to try him was established in violation of both the Uniform Code of Military Justice (UCMJ), 10 U. S. C. §801 *et seq.*, and Common Article 3 of the Third Geneva Convention because it had the power to convict based on evidence the accused would never see or hear. The D. C. Circuit reversed. Although it declined the Government’s invitation to abstain from considering Hamdan’s challenge, cf. *Schlesinger v. Councilman*, 420 U. S. 738, the appeals court ruled, on the merits, that Hamdan

³⁹⁵ Salid Ahmed Hamdan era um cidadão iemenita capturado em 2001 no Afeganistão, alegadamente motorista particular e guarda-costas de Osama Bin Laden. Depois de três anos detido, ele foi acusado pelo crime de conspiração para a prática de terrorismo. O Governo estadunidense procurou remover a jurisdição da Suprema Corte para o julgamento de *habeas corpus* impetrado por Hamdan, por meio da aprovação do *Detainee Treatment Act*. Entretanto, a Corte valeu-se de interpretação infraconstitucional para concluir que possuía jurisdição para julgar o *habeas corpus* e ainda afirmou que o presidente Bush não possuía autoridade para estabelecer comissões militares e que Hamdan teria o direito à proteção dada pelo artigo 3º Comum às CG. “Nesse sentido, o Caso *Hamdan v. Rumsfeld* é reconhecido como uma reprimenda significativa à administração Bush no que tange à política de expansão dos poderes do Executivo em tempos de crise. [...] A leitura do Caso *Hamdan* sugere que a Suprema Corte se preocupou com a garantia de algum nível de proteção básica aos detentos de Guantánamo com base numa simples ideia: todos os seres humanos são titulares de algum tipo de proteção com base apenas em sua própria humanidade” (LONDRAS, 2007, p. 2; 14). Para SOLIS (2010, p. 180), “a opinião da Corte é significativa porque pacífica que, na ‘guerra contra o terror, integrantes da Al Qaeda acusados e, presumivelmente, membros de qualquer insurgência não estatal patrocinada, uma vez capturados, enquadram-se na proteção do artigo 3º Comum”. (originais em inglês; traduções nossas).

was not entitled to relief because the Geneva Conventions are not judicially enforceable. The court also concluded that *Ex parte Quirin*,³⁹⁶ 317 U. S. 1, foreclosed any separation-of-powers objection to the military commission's jurisdiction, and that Hamdan's trial before the commission would violate neither the UCMJ nor Armed Forces regulations implementing the Geneva Conventions.

[...]

[Trecho do voto concordante do Ministro John Paul Stevens]

2. The phrase “all the guarantees ... recognized as indispensable by civilized peoples” in Common Article 3 of the Geneva Conventions is not defined, but it must be understood to incorporate at least the barest of the trial protections recognized by customary international law. The procedures adopted to try Hamdan deviate from those governing courts-martial in ways not justified by practical need, and thus fail to afford the requisite guarantees. Moreover, various provisions of Commission Order No. 1 dispense with the principles, which are indisputably part of customary international law, that an accused must, absent disruptive conduct or consent, be present for his trial and must be privy to the evidence against him. Pp. 70–72.

[...]

³⁹⁶ N. do A.: *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942) foi um caso submetido à Suprema Corte dos Estados Unidos durante a 2ª Guerra Mundial, envolvendo sabotadores alemães capturados na costa estadunidense. Na decisão, aquela Corte confirmou a jurisdição de um tribunal militar dos Estados Unidos para o julgamento, pelos Estados Unidos, dos inimigos alemães. *Quirin* é frequentemente referenciado como o precedente para o julgamento, por parte de comissões militares, de combatentes ilegais que tenham atuado contra os EUA.