

**ESCOLA DE COMANDO E ESTADO-MAIOR DO EXÉRCITO
ESCOLA MARECHAL CASTELLO BRANCO**

Maj Inf **ENIO BARBOSA FETT DE MAGALHÃES**

**A APLICABILIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS
ARMADOS, NO EMPREGO DO COMPONENTE TERRESTRE DAS
FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS, EM MISSÕES DE PAZ DA ONU**



Rio de Janeiro

2014

Maj Inf **ENIO** BARBOSA FETT DE MAGALHÃES

**A APLICABILIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS
CONFLITOS ARMADOS, NO EMPREGO DO COMPONENTE
TERRESTRE DAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS,
EM MISSÕES DE PAZ DA ONU**

Tese apresentada à Escola de Comando e Estado-Maior do Exército como requisito para a obtenção do título de Doutor em Ciências Militares.

Orientador: Luiz Fabricio Thaumaturgo Vergueiro

Rio de Janeiro

2014

M188a MAGALHÃES, Enio Barbosa Fett de

A aplicabilidade do direito internacional dos conflitos armados no emprego do componente terrestre das forças armadas brasileiras, em missões de paz da ONU / Enio Barbosa Fett de Magalhães. Rio de Janeiro: ECEME, 2014.

263 f: il ; 30 cm.

Tese (Doutorado em Ciências Militares) - Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, Rio de Janeiro, 2014.

Bibliografia: f. 235-246.

1. Direito Internacional dos Conflitos Armados. 2. Operações de Manutenção da Paz. 2. Missões de Paz. 3. Organização das Nações Unidas. I. Título.

CDD 355.2



ESCOLA DE COMANDO E ESTADO-MAIOR DO EXÉRCITO

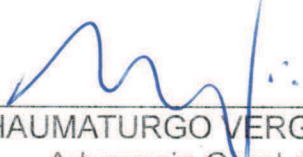
Departamento de Pesquisa e Pós-Graduação / Instituto Meira Mattos

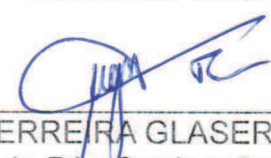
ATA DE APRESENTAÇÃO DE TESE DE DOUTORADO

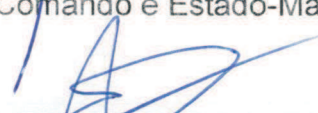
Aos 23 dias do mês de outubro de 2014, a Banca Examinadora presidida pelo Prof Dr LUIZ FABRÍCIO THAUMATURGO VERGUEIRO da Advocacia Geral da União, orientador, e tendo como membros o Ten Cel (Dr) EDUARDO XAVIER FERREIRA GLASER MIGON, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, a Profª Drª ADRIANA APARECIDA MARQUES, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, e o Prof Dr RAFAEL ANTONIO DUARTE VILLA, da Universidade de São Paulo, reuniu-se no Auditório 2005, desta Escola, para examinar a Tese de Doutorado intitulada "A APLICABILIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS ARMADOS, NO EMPREGO DO COMPONENTE TERRESTRE DAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS EM MISSÕES DE PAZ DA ONU", apresentada pelo Maj Inf ENIO BARBOSA FETT DE MAGALHÃES, candidato ao título de Doutor em Ciências Militares, a ser outorgado pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Analisado o trabalho escrito e após a apresentação oral, a Banca foi de parecer que a Tese recebeu o conceito: APROVADO. Propõe-se que seja/m encaminhada/s cópia/s para _____.

Ao candidato é dado o prazo máximo de 30 (trinta) dias para apresentação de novo original, sendo uma cópia em papel, contendo a assinatura dos membros da Banca e outra em meio eletrônico, para ser incluída no arquivo da Biblioteca da Escola. Após o cumprimento da exigência acima, o Diretor de Ensino determinará a publicação do resultado em Boletim Escolar, assim como a entrega do diploma correspondente.

Rio de Janeiro, RJ, 23 de outubro de 2014.

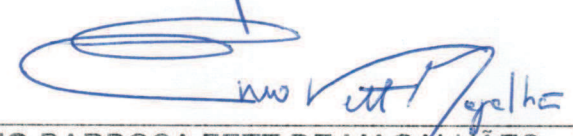

LUIZ FABRÍCIO THAUMATURGO VERGUEIRO – Prof Dr – Presidente
Advocacia Geral da União


EDUARDO XAVIER FERREIRA GLASER MIGON – Ten Cel (Dr) – Membro
Programa de Pós-Graduação em Ciências Militares
Escola de Comando e Estado-Maior do Exército


ADRIANA APARECIDA MARQUES – Profª Drª – Membro
Programa de Pós-Graduação em Ciências Militares
Escola de Comando e Estado-Maior do Exército


RAFAEL ANTONIO DUARTE VILLA – Prof Dr – Membro
Universidade de São Paulo

Ciente _____


ENIO BARBOSA FETT DE MAGALHÃES – Maj Inf – Postulante
Programa de Pós-Graduação em Ciências Militares

“À minha esposa Patrícia e à minha filha Nathália, maiores fontes da minha motivação, pelo apoio perene e sempiterna compreensão, ao longo dessa longa caminhada.”

“À minha irmã Priscila Fett Faganello, profunda conhecedora do DICA, por sua inestimável colaboração.”

AGRADECIMENTOS

Ao General dos Generais, meu glorioso Deus, por haver me capacitado e iluminado o meu caminho ao longo dessa desafiante jornada.

Aos meus pais, General de Brigada Enio Fett de Magalhães e Denise Liane Barbosa Fett de Magalhães, pelos preciosos valores transmitidos por intermédio dos seus exemplos de vida e de dedicação profissional.

Ao meu irmão, Maj Inf Bruno Barbosa Fett de Magalhães pelos inúmeros incentivos e apoio incondicional.

Ao Doutor Luiz Fabricio Thaumaturgo Vergueiro pela confiança em acreditar no meu potencial, ao aceitar o desafio de conduzir a orientação da tese, em estágio avançado da pesquisa, contribuindo expressivamente com o seu douto conhecimento na área do direito internacional.

À Major Rejane Pinto Costa, pela relevante orientação inicial do trabalho, em especial na área da metodologia da pesquisa.

Ao General de Brigada André Luís Novaes Miranda por me haver concedido a oportunidade de integrar o corpo docente do CI Op Paz, centro de excelência do EB, que descortinou os meus horizontes para as missões de paz.

À Doutora Najla Nassif Palma, grande entusiasta e defensora dos Direitos Humanos Internacionais, por sua singular colaboração.

Aos meus professores do Programa de Pesquisa e Pós-graduação do Instituto Meira Mattos (IMM), em especial à Professora Adriana Aparecida Marques, pelos inestimáveis ensinamentos e estímulo à busca do conhecimento acadêmico.

Ao TC Eduardo Xavier Ferreira Glaser Migon pelas atiladas orientações formuladas por ocasião das Bancas de Qualificação e Defesa, e pelos esforços

envidados para viabilizar a minha participação no ENABED 2014, contribuindo para o aperfeiçoamento da tese.

A todos os integrantes da Academia internacional e nacional que colaboraram com a pesquisa de campo, enriquecendo sobremaneira o presente trabalho.

**“Posso todas as coisas naquele
que me fortalece.” (Fil 4.13)**

RESUMO

A guerra é um dos fenômenos sociais mais antigos da humanidade. Ela envolve todos os segmentos da sociedade de um Estado beligerante, trazendo grande sofrimento para os combatentes e à população civil. Esta última, muitas vezes, figurando como a principal vítima das ações bélicas. O Direito internacional dos conflitos armados (DICA) busca, através de um arcabouço jurídico, limitar a maneira como as partes de um conflito podem empregar seus métodos e meios de guerra, e proteger as pessoas e bens neles envolvidos. A tese tem por objetivo analisar a aplicabilidade do DICA pelo componente terrestre das tropas brasileiras empregadas em operações de manutenção da paz (OMP) sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU). Inicialmente, serão apresentados os fundamentos teóricos e conceituais concernentes à guerra e ao DICA, salientando-se os diplomas legais que constituem a base normativa do presente tema. Na sequência, será feita uma contextualização histórica acerca das missões de paz, registrando a passagem do modelo tradicional militar para as operações multidimensionais contemporâneas. Isto posto, o trabalho passará a analisar o posicionamento oficial do Brasil e da ONU a respeito dessa temática. Em seguida, buscar-se-á identificar qual arcabouço legal do DICA deverá ser observado pelo componente terrestre de uma OMP. Nesse sentido, o Boletim Especial do Secretário Geral das Nações Unidas (SGNU), de 6 de agosto de 1999, será examinado para que sejam avaliados os aspectos referentes tanto à competência da autoridade que emanou o ato, como ao suposto caráter vinculante de suas previsões às tropas da ONU. Adicionalmente, buscar-se-á verificar a possibilidade de aplicação da lei da ocupação, na administração de território internacional pela ONU. Posteriormente, serão analisados o *status* da tropa à luz do DICA e a adequação do ordenamento jurídico pátrio aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Para tanto, a tese observará a epistemologia pós-positivista, baseando-se nas pesquisas documental, bibliográfica e de campo. Ao final, pretende-se, pelo caráter jurídico-propositivo da tese, apresentar uma proposta de entendimento a respeito da aplicação do DICA em OMP, voltada para o componente terrestre dos contingentes nacionais.”

Palavras-chave: Direito Internacional dos Conflitos Armados, Operações de Manutenção da Paz e Organização das Nações Unidas.

ABSTRACT

War is one of humanity's oldest social phenomena. It involves all segments of society of a belligerent State and lay ultimate suffering on combatants and civilians. The last often appears as the main victim of warfare. The Law of Armed Conflict (LOAC) seeks, through a legal framework, limit the way parties in a conflict may employ their methods and means of warfare, and protect people and property involved therein. The thesis aims to analyze the applicability of LOAC by the Brazilian troops deployed in United Nations Peacekeeping Operations (UNPKO). Initially, theoretical and conceptual foundations concerning the war and LOAC will be presented, emphasizing the legal texts used herein as a normative base. Hereafter, will be pointed out an historical overview on peace missions, highlighting the transition from traditional military model to contemporary multidimensional operations. Consecutively, the thesis will seek to identify which LOAC legal framework must be observed by the PKO ground component. In this sense, UN's official position will be considered: the Special Bulletin of the UN Secretary General (UNSG) - August 6 of 1999 - will be assessed to evaluate aspects concerning the Secretary General's competence to proclaim the act, and also the alleged binding power of its predictions on UN troops. Additionally will be verified the applicability of the law of occupation by the UN. Hereafter, the status of the troops will be analyzed in the light of the LOAC as well as the adequacy of the Brazilian legal system to the international commitments taken on by Brazil. The thesis will resort, then, to the post-positivist epistemology, based on the following researches: documentary, bibliographical and field research. Ultimately, it is intended, due to the legal-propositional character of the thesis, to put forward a proposal on the application of LOAC in UNPKO, focusing on the national ground component."

Keywords: Law of Armed Conflicts, Peacekeeping Operations and United Nations.

RÉSUMÉ

La guerre est l'un des plus anciens phénomènes sociaux de l'humanité. Elle implique tous les segments de la société d'un Etat belligérant, apportant de grandes souffrances pour les combattants et la population civile. Cette dernière, apparaît souvent comme la principale victime des actions belligères. Le droit international des conflits armés (DICA) vise, à travers un cadre juridique, limiter la manière dont les parties d'un conflit peuvent utiliser leurs méthodes et moyens de guerre, et de protéger les personnes et les biens qui y sont impliqués. La thèse vise à analyser l'applicabilité du DICA par le composant terrestre des troupes brésiliennes employées dans les opérations de maintien de paix (OMP), sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies (ONU). Initialement, seront présentés les fondements théoriques et conceptuels sur la guerre et le DICA, en insistant sur les textes juridiques qui constituent la base normative de ce thème. Après, une mise en contexte historique sera faite sur les missions de paix, l'enregistrement du passage de modèle militaire traditionnel pour les opérations multidimensionnelles contemporaines. Cela dit, le travail analysera la position officielle du Brésil et de l'ONU sur ce thème. Ensuite, on cherchera à identifier quel cadre juridique légal du DICA devra être respecté par le composant terrestre d'une OMP. Dans ce sens, le Bulletin spécial du Secrétaire général des Nations Unies (SGNU), du 6 Août 1999, sera examiné afin que les aspects y référents soient évalués tant la compétence de l'autorité qui a émané l'acte, comme le supposé caractère lié de leurs prévisions aux troupes de l'ONU. En outre, on cherchera à vérifier la possibilité d'appliquer la loi de l'occupation, dans l'administration internationale de territoires par l'ONU. Plus tard, seront analysés à la lumière du DICA, le **status** des troupes et l'adéquation du système juridique national aux engagements internationaux pris par le Brésil. À cette fin, la thèse portera sur l'épistémologie post-positiviste, basée sur la recherche documentaire, bibliographique et sur le terrain. A la fin, on prétend, par le caractère juridico-propositionnel de la thèse, présenter une proposition de compréhension concernant l'application du DICA dans l'OMP, se focalisant sur le composant terrestre des contingents nationaux.

Mots clés : Droit International des Conflits Armés, Opérations de Maintien de Paix et Les Nations Unies.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Natureza dos Conflitos Armados no Mundo Contemporâneo	70
Gráfico 2 - Item B do Instrumento de Pesquisa (Responsabilidade Internacional).....	195
Gráfico 3 - Item C do Instrumento de Pesquisa (DICA X Mandato das OMP).....	197
Gráfico 4 - Item D1 do Instrumento de Pesquisa (Boletim do SGNU de 1999).....	199
Gráfico 5 - Item D2 do Instrumento de Pesquisa (Boletim do SGNU de 1999).....	200
Gráfico 6 - Item E do Instrumento de Pesquisa (Dever de Assegurar o DICA).....	202
Gráfico 7 - Item F do Instrumento de Pesquisa (Natureza do Conflito Armado).....	204
Gráfico 8 - Item G do Instrumento de Pesquisa (O Status Legal das Tropas do Contingente Militar Terrestre).....	206
Gráfico 9 - Item H do Instrumento de Pesquisa (Lei da Ocupação).....	208
Gráfico 10 - Item I1 do Instrumento de Pesquisa (Adequação da Legislação Nacional).....	210
Gráfico 11 - Item I2 do Instrumento de Pesquisa (Adequação da Legislação Nacional).....	211

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Metodologia Científica Empregada.....	39
Tabela 2 - Relação dos Colaboradores.....	41
Tabela 3 - OMP X Natureza do Conflito Armado.....	73
Tabela 4 - Principais Tratados do DICA ratificados pelo Brasil	106

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ATI	Administração de Território Internacional
ATM	Acordo Técnico Militar
CAI	Conflitos Armados Internacionais
CANI	Conflitos Armados Não Internacionais
CCOPAB	Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil
CG	Convenções de Genebra
CI Op Paz	Centro de Instrução de Operações de Paz
CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CSOPA	Convenção sobre a Segurança da ONU e Pessoal Associado
CSNU	Conselho de Segurança das Nações Unidas
CV	<i>Curriculum Vitae</i>
DICA	Direito Internacional dos Conflitos Armados
DIH	Direito Internacional Humanitário
DIP	Direito Internacional Público
DHI	Direitos Humanos Internacionais
DPI	Direito Penal Internacional
DPKO	<i>Department of Peacekeeping Operations</i>
DRC	República Democrática do Congo
EB	Exército Brasileiro
ECEME	Escola de Comando e Estado-Maior do Exército
EGN	Escola de Guerra Naval
EME	Estado-Maior do Exército
ESG	Escola Superior de Guerra
ER	Estatuto de Roma
FARDC	<i>Congolese Armed Forces</i>
FENU	Força de Emergência das Nações Unidas
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
ICISS	<i>International Commission on Intervention and State Sovereignty</i>
IIHL	<i>International Institute of Humanitarian Law – San Remo</i>

ILC	<i>International Law Commission</i>
IMM	Instituto Meira Mattos
INTERFET	<i>The International Force for East Timor</i>
LO	Lei da Ocupação
MD	Ministério da Defesa
MEM	Material de Emprego Militar
MINUSTAH	Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti
MONUSCO	<i>Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo</i>
MPM	Ministério Público Militar
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMP	Operação de Manutenção da Paz
ONU	Organização das Nações Unidas
OP	Operações de Paz
PAI	Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra
PAII	Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra
RDC	República Democrática do Congo
RE	Regras de Engajamento
SOFA	<i>Status of Force Agreement</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
TCC	<i>Troops Contributing Country</i>
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPII	Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
UCIHL	University Centre for International Humanitarian Law
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UNAMIR	Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda
UNITAF	<i>Unified Task Force</i>
UNMIK	<i>The United Nations Interim Administration Mission in Kosovo</i>
UNOSOM	<i>United Nations Operation in Somalia</i>
UNPROFOR	<i>United Nations Protection Force</i>
UNPKO	<i>United Nations Peacekeeping Operation</i>
UNTAET	<i>The United Nations Transitional Administration in East Timor</i>

SUMÁRIO

1	A PROBLEMÁTICA DO ESTUDO E SEUS DESDOBRAMENTOS TEÓRICO - METODOLÓGICOS	18
2	REFERENCIAL METODOLÓGICO	33
2.1	COLETA DE DADOS.....	42
2.2	ANÁLISE E TRATAMENTO DOS DADOS.....	43
2.3	LIMITAÇÕES DO MÉTODO.....	45
3	BASES LEGAIS E CONCEITUAIS	46
3.1	A GUERRA E O DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS ARMADOS – BASES LEGAIS	46
3.1.1	A Guerra e o Direito Internacional dos Conflitos Armados – Evolução	47
3.1.2	A Classificação dos Conflitos Armados a Luz do DICA	54
3.1.2.1	Conflitos Armados Internacionais (CAI).....	56
3.1.2.2	Conflitos Armados Não internacionais (CANI).....	58
3.1.2.3	CANIs e Crimes de Guerra.....	65
3.1.3	Os Conflitos Contemporâneos e seus Reflexos para o DICA	67
3.1.4	Principais Fontes Legais do Direito Internacional dos Conflitos Armados	75
3.1.4.1	Convenção de Genebra para a Melhoria das Condições dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha (Convenção I).....	76
3.1.4.2	Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (Convenção III).....	77
3.1.4.3	Convenção de Genebra Relativa à Proteção de Civis nos Conflitos Armados (Convenção IV).....	78
3.1.4.4	Protocolos Adicionais I e II.....	78
3.1.4.5	Princípios do Direito Internacional dos Conflitos Armados.....	80
3.1.4.5.1	<i>Princípio da Distinção</i>	80
3.1.4.5.2	<i>Princípio da Humanidade</i>	82
3.1.4.5.3	<i>Princípio da Necessidade Militar</i>	83
3.1.4.5.4	<i>Princípio da Proibição dos Males Supérfluos (Limitação)</i>	84
3.1.4.5.5	<i>Princípio da Proporcionalidade</i>	84
3.2	OPERAÇÕES DE PAZ DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS	85

3.2.1	Histórico das Operações de Manutenção da paz das Nações Unidas.....	86
3.2.2	Princípios das Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas.....	90
3.2.3	O Uso da Força em OMP.....	91
4	O POSICIONAMENTO OFICIAL DA ONU E DO BRASIL A RESPEITO DA APLICAÇÃO DO DICA NAS OMP.....	98
5	O ARCABOUÇO LEGAL PARA A APLICAÇÃO DO DICA NAS OMP.....	109
5.1	O BOLETIM DO SECRETÁRIO GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS DE 1999, SEU ALCANCE E LIMITAÇÕES.....	109
5.1.1	Antecedentes Históricos e a Organização do Boletim do SGNU de 1999.....	110
5.1.2	Limitações do Boletim do SGNU de 1999.....	113
5.1.3	O Dever de Assegurar o Respeito ao DICA por Terceiros.....	116
5.2	A NATUREZA DO CONFLITO ARMADO E SEUS REFLEXOS PARA A APLICAÇÃO DO DICA NAS OMP.....	120
5.3	A APLICAÇÃO <i>DE JURE</i> OU <i>DE FACTO</i> DA LEI DA OCUPAÇÃO NO CONTEXTO DAS OMP.....	127
5.3.1	A Base Legal da LO e a sua relação com as OMP.....	128
5.3.1.1	A Convenção de Haia de 1907 relativa às Leis e Costumes da Guerra Terrestre e a LO.....	129
5.3.1.2	A 4ª Convenção de Genebra de 1949 e a LO.....	132
5.3.1.3	A Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (1954) e a LO.....	134
5.3.2	A Aplicação <i>de jure</i> da LO em uma OMP.....	134
5.3.2.1	A Evolução das OMP e seus Reflexos para a Aplicação da LO.....	135
5.3.2.2	O Consenso como Princípio Básico de uma OMP e sua relação com a LO.....	136
5.3.2.3	Questões sobre a Base legal para a aplicação de <i>de jure</i> da LO em uma OMP.....	139
5.3.2.4	Pré-requisitos para a aplicação de <i>de jure</i> da LO em uma OMP.....	1433
5.3.3	A Aplicação <i>de facto</i> da LO nas OMP.....	146
6	O STATUS LEGAL DO COMPONENTE MILITAR TERRESTRE EM UMA OMP	148
6.1	A DISTINÇÃO ENTRE COMBATENTES E CIVIS A LUZ DO DICA.....	148
6.2	O CONCEITO DA PARTICIPAÇÃO DIRETA NAS HOSTILIDADES.....	152
6.3	A CONVENÇÃO SOBRE A SEGURANÇA DA ONU E PESSOAL ASSOCIADO (CSOPA).....	154
6.4	A PROTEÇÃO DAS TROPAS DA ONU SEGUNDO O DICA.....	161

6.5	A CSOPA X O DICA E OS REFLEXOS PARA AS TROPAS DO CONTINGENTE MILITAR TERRESTRE EM UMA OMP.....	163
7	A JURISDIÇÃO CRIMINAL DAS TROPAS DO CONTINGENTE MILITAR TERRESTRE EM UMA OMP, E A ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NACIONAL	169
7.1	A JURISDIÇÃO NACIONAL E OS CRIMES DE GUERRA NO CONTEXTO DE UMA OMP.....	169
7.2	OS CRIMES DE GUERRA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	171
7.3	AS GRAVES VIOLAÇÕES DO DICA E A JURISDIÇÃO UNIVERSAL.....	173
7.4	O BRASIL E A ENTREGA DE NACIONAIS AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	176
7.4.1	Antecedentes do Tribunal Penal Internacional (TPI)	177
7.4.2	A Constituição e a Competência do TPI	180
7.4.3	As Responsabilidades dos Comandantes Militares	183
7.4.4	As Responsabilidades do Brasil como Estado-Parte	185
7.4.5	A Adequação do Sistema Jurídico Nacional ao Estatuto de Roma	187
8	APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS DA PESQUISA DE CAMPO	194
8.1	ITEM B – RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL.....	194
8.2	ITEM C – DICA X MANDATO DA OMP.....	196
8.3	ITEM D – O BOLETIM DO SECRETÁRIO GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS DE 1999.....	198
8.4	ITEM E – O DEVER DE ASSEGURAR O RESPEITO AO DICA POR TERCEIROS.....	202
8.5	ITEM F – A NATUREZA DO CONFLITO ARMADO.....	203
8.6	ITEM G – O STATUS LEGAL DAS TROPAS DO CONTINGENTE MILITAR TERRESTRE EM UMA OMP.....	205
8.7	ITEM H – LEI DA OCUPAÇÃO NO CONTEXTO DAS OMP.....	207
8.8	ITEM I – A ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NACIONAL.....	209
9	DISCUSSÃO DOS RESULTADOS	213
9.1	QUESTÃO DE PESQUISA I – POSICIONAMENTO OFICIAL DA ONU E DO BRASIL.....	213
9.2	QUESTÃO DE PESQUISA II – ARCABOUÇO LEGAL.....	216
9.3	QUESTÃO DE PESQUISA III – STATUS DO COMPONENTE TERRESTRE.....	223
9.4	QUESTÃO DE PESQUISA IV – ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NACIONAL.....	228

10	CONCLUSÃO.....	231
	REFERÊNCIAS.....	235
	ANEXO A – INSTRUMENTO DE PESQUISA NA LÍNGUA VERNÁCULA.....	247
	ANEXO B – INSTRUMENTO DE PESQUISA NA LÍNGUA INGLESA.....	256

1 A PROBLEMÁTICA DO ESTUDO E SEUS DESDOBRAMENTOS TEÓRICO - METODOLÓGICOS

A guerra é um dos fenômenos sociais mais antigos da humanidade, e envolve todos os segmentos da sociedade de um Estado beligerante, inclusive a população civil, muitas vezes figurando como a principal vítima das ações bélicas. O Direito internacional dos conflitos armados (DICA)¹ busca, através de um arcabouço jurídico, limitar a forma como as partes de um conflito possam empregar seus métodos e meios de guerra, e proteger as pessoas e bens neles envolvidos. (SWINARSKI, 1990).

O Brasil é signatário dos principais tratados e acordos que fazem parte do DICA, assumindo uma sólida postura, no universo da comunidade internacional, de comprometimento com a assistência humanitária e com os direitos humanos, particularmente, nas situações de conflitos armados.

Coerente com esse posicionamento, a diplomacia brasileira sempre esteve alinhada com o pensamento pacifista, coadunando com os princípios constitucionais² que regem as relações internacionais do País, baseados na prevalência dos direitos humanos, na autodeterminação dos povos, na defesa da paz, na solução pacífica dos conflitos, dentre outros (BRASIL, 1988).

O Brasil é um dos membros fundadores da Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 24 de outubro de 1945, e que tem como seu propósito principal a manutenção da paz e da segurança internacionais³ (UNITED NATIONS, 1945).

¹ Parte do direito internacional público (DIP), também denominado direito internacional humanitário (DIH). Segundo Swinarski (1990, p. 31) a denominação mais técnica de DIH é o “direito internacional aplicável em situações de conflito armado”.

² Cf. Art. 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 :

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

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político” (BRASIL, 1988)

³ Cf preâmbulo da Carta das Nações Unidas. (UNITED NATIONS, 1945).

Esta organização tem utilizado, amplamente, as operações de paz, como relevante ferramenta para a consecução do propósito supracitado, baseando as suas ações nos capítulos VI e VII da Carta das Nações Unidas, apesar da realização desse tipo de missão não constar formalmente no corpo do documento.

O Brasil acumulou uma experiência significativa com a sua participação em operações de manutenção da paz (OMP) sob a responsabilidade da Organização das Nações Unidas. No âmbito desta organização, os contingentes brasileiros iniciaram sua atuação em 1956, com o envio de um batalhão para compor a Força de Emergência das Nações Unidas (FENU), e estiveram presentes em outras inúmeras operações de paz, desempenhando um papel relevante no cenário internacional. (CARDOSO, 1998).

Em uma primeira abordagem, pode parecer contraditório relacionar o DICA, que tem sua aplicação vocacionada para as situações de conflito armado e as operações de paz, sob a égide da ONU, que visam à manutenção da paz internacional.

Todavia, as operações de paz, normalmente, se desenvolvem em zonas de grande instabilidade, onde a violência pode estar em curso ou a situação de conflito armado pode ser, tempestivamente, restaurada⁴. Esta situação pode fazer com que a tropa da ONU⁵ seja obrigada a engajar-se em combates, seja para a sua autodefesa ou no cumprimento do seu mandato. Adicionalmente, em ambientes pós-conflito armado estão presentes prisioneiros de guerra, uma grande parcela da população civil que foi alvo dos partidos beligerantes e outros grupos vulneráveis, aos quais se aplicam as Convenções de Genebra e outros instrumentos do DICA, no caso de recomeço das hostilidades. (UNITED NATIONS, 2008).

Exemplificando, recentemente, a resolução 2089 do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) autorizou a extensão do mandato da Missão da ONU de Estabilização da República Democrática do Congo (*United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo* - MONUSCO), e decidiu, por um período inicial de um ano, em caráter excepcional, sem criar um precedente ou algum prejuízo aos princípios das

⁴ O General Rupert Smith (2008, p. 388), Comandante da *United Nations Protection Force* (UNPROFOR) em 1995, ressaltou que a ONU: “Embora não fosse um beligerante, encontrava-se claramente no meio do conflito, ainda que na posse de um mandato humanitário”.

⁵ As tropas da ONU devem possuir um claro entendimento dos princípios e normas do DICA e devem respeitá-los nas situações pertinentes (UNITED NATIONS, 2008).

OMP, incluir uma “Brigada de Intervenção”⁶, na organização militar da missão. Esta tropa tem a responsabilidade de neutralizar⁷, grupos armados, contribuindo para a redução das ameaças contra a autoridade estatal e à segurança de civis na região Este da República Democrática do Congo (RDC), proporcionando espaço para as ações de estabilização.

As tropas da ONU necessitam, ao conduzir operações desta natureza, empregar a força contra grupos armados em um contexto de uma OMP, podendo a situação escalar para um conflito armado⁸. Ações como estas poderão, invariavelmente, gerar danos colaterais, fato que tem sido objeto de discussão, especialmente, no que diz respeito à violação dos direitos humanos e do direito internacional dos conflitos armados.

Como outro exemplo atual, podemos destacar a recente decisão da justiça holandesa, na Corte de Apelação em Haia⁹, em julho de 2011, (no caso Nr 200.020.173/01 - MUSTAFIC e NUHANOVIC X o Estado Holandês) que responsabilizou o governo da Holanda pela cooperação com a evacuação de três bósnios mulçumanos, os quais foram posteriormente mortos por sérvios bósnios, no episódio que ficou internacionalmente conhecido como “O

⁶ Cf o parágrafo 9º da Resolução do CSNU 2089, de 28 de março de 2013, a Brigada de Intervenção será composta por três Batalhões de Infantaria, um Grupo de Artilharia e uma companhia de reconhecimento e forças especiais com o quartel General em Goma.

⁷ Cf. parágrafo 12º (b), da Resolução do CSNU 2089, a Brigada de Intervenção deverá atuar em suporte das autoridades da DRC, por intermédio da coleta e análise de informações, e conduzindo operações ofensivas unilateralmente ou conjuntas com as Forças Armadas da DRC, de uma maneira robusta, altamente móvel e versátil, em estrito cumprimento das leis internacionais, incluindo o DICA. Estas operações terão como objetivo impedir a expansão desses grupos armados, neutralizar as suas respectivas ações e desarmá-los.

⁸ A vitória das “*Congolese Armed Forces (FARDC)*” contra o M23, recebeu o apoio da “*Force Intervention Brigade*” (FIB) da MONUSCO, e enviou uma mensagem forte para os outros grupos armados no Este da República Democrática do Congo. Entre os dias 22 a 24 de agosto de 2013, helicópteros de ataque e a artilharia da FIB proporcionaram apoio às tropas terrestres da FARDC em **intensos combates** na área de *Kibati*. De 24 a 27 de agosto a luta cessou. O M23 sofreu baixas de equipamento e liderança, incluindo cerca de **17 oficiais mortos** durante este período. Em 28 de agosto a FARDC e a FIB empregaram **carros de combate, ataque de helicópteros, morteiros e tropas terrestres** em um **novo ataque** contra as posições do M23 ao longo da linha de frente em *Kibati*. O M23 resistiu fortemente usando seu **arsenal completo, incluindo armas anti-tanque**, as quais causaram a **morte de dois oficiais tanzanianos da FIB**. O M23 realizou disparos em Goma, ferindo diversas pessoas e na base da MONUSCO em Munigi, feriu dois capacetes azuis sul-africanos e dois tanzanianos. (...) A FARDC possuía cerca de **6000 tropas** na operação final, apoiada pela FIB com cerca de **400 homens** no terreno (UNITED NATIONS, 2013, grifo nosso).

⁹ A Corte de Apelação em Haia lida com casos em que uma apelação seja apresentada contra um julgamento conduzido em uma corte distrital holandesa.

Massacre de Srebrenica”¹⁰. Este caso tornou-se emblemático, pois pela primeira vez na história, um país foi responsabilizado pelas ações de suas tropas, empreendidas em uma operação de paz, sob a égide da ONU.

Por situações como estas, a aplicabilidade do DICA nas operações de paz, conduzidas sob a égide da ONU, é um tema que já vem sendo discutido há muitos anos, no âmbito da comunidade internacional.

Pode-se dizer que os primeiros debates sobre essa questão surgiram durante a Guerra da Coreia, oportunidade em que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) realizou gestões junto à ONU para que os princípios e fundamentos do DICA fossem observados pelos *peacekeepers*¹¹.

Naquela oportunidade, o General Douglas MacArthur, Comandante das tropas da ONU, afirmou que, embora suas instruções demandassem o respeito aos princípios das Convenções de Genebra (CG) de 1949, particularmente o artigo 3º comum, ele não aceitaria estar limitado por todas as normas das quatro convenções. (SHRAGA, 2003).

Nas primeiras décadas que sucederam o conflito supracitado, as operações de paz seguiram o modelo tradicional militar, baseado no capítulo VI da Carta das Nações Unidas, onde se limitaram a apenas monitorar o processo de estabelecimento da paz entre Estados beligerantes, contudo sem o efetivo engajamento de suas tropas nos conflitos locais.

Na década de 1990, em missões como as da Somália e da Bósnia e Herzegovina, foram registrados diversos casos de ataques a tropas e

¹⁰ A decisão da Corte de Apelação em Haia, emitida em 05 de julho de 2011, em seu parágrafo 5.18 estabeleceu que:

“Na opinião da Corte, não há dúvidas que o governo holandês estava envolvido de perto com a evacuação e com os seus respectivos preparativos, e teria tido o poder de impedir a conduta alegada se ele estivesse ciente dessa conduta naquela oportunidade. Os fatos não deixam espaço para nenhuma outra conclusão diferente desta, que no caso de que o governo holandês tivesse dado a instrução para o Batalhão Holandês não permitir que MUSTAFIC deixasse o aquartelamento ou que o levasse junto com eles, tal instrução teria sido executada”.

Posteriormente, no parágrafo 6,14 da mesma decisão, a corte expressou que:

“O Estado atuou erradamente no que diz respeito a MUSTAFIC ao assegurar que ele deixasse o aquartelamento, contra sua vontade. A Corte também acredita que MUSTAFIC poderia estar vivo se o Estado não houvesse atuado de forma errada em relação a ele”.

Disponível em:< <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BR5386>>. Acesso em 14 abril de 2013.

¹¹ Termo empregado pela ONU, nas suas documentações oficiais, para designar o seu pessoal empregado em suas operações de paz, particularmente, ao referir-se ao componente militar da missão. No presente trabalho, será adotado como sinônimo de tropas da ONU e capacetes azuis.

instalações da ONU, resultando, inclusive, em baixas letais¹². Por outro lado, ocorreram sérias violações do direito internacional dos conflitos armados¹³, sendo muito criticada a atuação das Nações Unidas nesses conflitos, particularmente por denúncias de omissão, durante a atuação dos capacetes azuis. Nesse contexto, voltou-se a debater sobre a necessidade da aplicação do DICA nas operações de paz.

Foi, então, introduzido, pela primeira vez, no *Status of Force Agreement (SOFA)*¹⁴ da Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda (UNAMIR), um artigo¹⁵ estabelecendo que os princípios e o espírito das convenções internacionais gerais, aplicáveis à conduta do pessoal militar (as CG de 1949, seus protocolos adicionais de 1977 e a Convenção de Proteção da Propriedade Cultural de 1954), deveriam ser observados pelas tropas da ONU, em caso de conflito armado. Naquela ocasião, foi constatada uma grande dificuldade por parte dos capacetes azuis, em traduzir na prática o entendimento destes princípios, materializados pelas regras de engajamento (RE)¹⁶ da missão.¹⁷

Cabe salientar que esta questão ainda é controversa, com interpretações variadas sobre o tema no âmbito da comunidade internacional. Segundo Sousa (2009, p.102), “a discussão ainda persiste, e não há uma resposta uniforme na doutrina consultada neste item sobre se devem ou não as forças da ONU se submeterem às normas do direito internacional dos conflitos

¹² Segundo o relatório da ONU sobre a queda de Srebrenica, 117 membros da UNPROFOR perderam suas vidas no cumprimento das suas missões, na Bósnia e Herzegovina. (UNITED NATIONS, 1999a).

¹³ Na tragédia ocorrida após a queda de Srebrenica foram encontrados os restos mortais de mais de 2500 homens e crianças na superfície e em túmulos coletivos. Milhares de pessoas seguem desaparecidas e existem indícios da existência de outras covas coletivas. A maioria dessas pessoas não foi morta em combate, conforme demonstrou a exumação dos corpos. (UNITED NATIONS, 1999a).

¹⁴ Documento firmado entre a ONU e o país anfitrião, que constitui o instrumento legal o qual garante o status da força de paz (BRASIL, 1998, p. 4 -10).

¹⁵ Cf. Artigo 7 do acordo firmado entre a ONU e o governo da República de Ruanda sobre o status da missão das Nações Unidas de Assistência para Ruanda (UNAMIR), assinado em 05 de novembro de 1993 (UNTS, Volume 1748, N° 30482, p.17-18).

¹⁶ Smith (2008, p. 368) salienta que as RE surgiram, na sua forma moderna, durante a guerra fria com o objetivo de “controlar as reações ao adversário em todas as contingências possíveis, mesmo nas mais ínfimas, definindo quando a força deveria ser empregue, em que circunstâncias e a que nível.”

¹⁷ Segundo o relatório da ONU sobre a atuação da tropa em Ruanda:

“(…) Outros problemas (...) foram citados pelo *Force Commander*, para explicar o porquê da UNAMIR não parar os massacres. É perturbador, entretanto, que haja uma lacuna de clareza na comunicação entre a UNAMIR e o Quartel General a respeito de quais regras de engajamento deveriam ser obedecidas.” (UNITED NATIONS, 1999c).

armados”.

Este debate será abordado com maior profundidade ao longo do presente trabalho, que buscará analisar os aspectos legais, internacionais e nacionais, que influenciam a aplicabilidade do DICA, por tropas do contingente militar terrestre, nas Operações de Paz sob a égide da ONU.

Por oportuno, cabe observar que os flagelos que atingiram a humanidade na primeira metade do século passado, marcada pelo transcurso das duas grandes guerras mundiais, tiveram desdobramentos proeminentes sobre a percepção do mundo a respeito dos direitos humanos e da segurança internacional, aumentando o interesse da sociedade sobre essas agendas. O tema em questão é, portanto, de grande relevância, pois relaciona dois assuntos que envolvem, diretamente, a comunidade mundial, na atualidade, sejam eles o Direito Internacional dos Conflitos Armados e as Operações de Manutenção da Paz sob a égide da ONU.

Acresça-se o fato de que o constante aprimoramento tecnológico dos meios de comunicação permitiu que os diversos conflitos internacionais e não internacionais, os quais permearam a segunda metade do século passado e os ainda em curso, fossem monitorados com maior interesse pela comunidade internacional. Esta possui hoje um pensamento muito mais crítico, que lhe permite influenciar diretamente a atuação das suas respectivas governanças, inclusive no caso brasileiro.

A propósito, Swinarski (1990) lembra que para cumprir a obrigação referendada no artigo primeiro das Convenções de Genebra, requerem-se medidas nacionais para que sejam operacionalizadas as disposições previstas nas Convenções e nos respectivos Protocolos Adicionais.

Segundo Palma (2009), o Brasil tem uma longa tradição na participação em foros internacionais destinados à regulação das relações entre países envolvidos em conflitos bélicos, todavia a autora chama a atenção para a desarmonia entre os compromissos assumidos pelo País, internacionalmente, e a ausência das respectivas adequações ao ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, há que se registrar alguns avanços nessa área. Como signatário das mais importantes leis internacionais, referentes ao DICA, o Estado brasileiro demonstrou a partir do ano de 2003, uma maior preocupação

com a difusão desses conhecimentos no âmbito nacional, ao criar a Comissão Nacional para a Difusão e Implementação do Direito Internacional dos Conflitos Armados no Brasil¹⁸.

Colimado com esse pensamento, o Ministério da Defesa editou a Portaria Normativa 916/MD de 13 de junho de 2008, que instituiu a Diretriz para a Difusão e Implementação do DICA nas Forças Armadas.

Baseado nos documentos elencados, anteriormente, fica evidente a relevância que o governo brasileiro tem dado ao Direito Internacional dos Conflitos Armados, em particular, à necessidade da sua difusão no seio pátrio.

A Política Nacional de Defesa estabeleceu como uma de suas diretrizes estratégicas, de modo a contribuir para a consecução dos objetivos da Defesa Nacional, que o Brasil deverá “dispor de capacidade de projeção de poder, visando à eventual participação em operações estabelecidas ou autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU”.¹⁹

Coerente com esse pensamento, a Estratégia Nacional de Defesa estabeleceu como uma diretriz estratégica o preparo das Forças Armadas para desempenharem responsabilidades crescentes em operações de manutenção da paz.²⁰ Posteriormente, destacou como ação estratégica a promoção do:

“(...) incremento do adestramento e da participação das Forças Armadas em operações internacionais em apoio à política exterior, com ênfase nas operações de paz e ações humanitárias, integrando Forças da Organização das Nações Unidas (ONU) ou de organismos multilaterais da região.” (BRASIL, 2013, p. 36).

Nesse contexto, para que o DICA possa ser aplicado nas Operações de Paz, é fundamental que o componente terrestre nacional esteja completamente familiarizado com os seus princípios e normas²¹, como parte do seu adestramento. Por outro lado, segundo o propósito do presente trabalho, é fundamental verificar se estes princípios e normas podem ser aplicados, na

¹⁸ Cf. O Decreto S/Nº - 2003, da Presidência da República, que criou a Comissão Nacional para Difusão e Implementação do Direito Internacional Humanitário no Brasil.

¹⁹ A diretriz consta do parágrafo 7.14 da Política Nacional de Defesa de 2013. (BRASIL, 2013, p.9).

²⁰ A diretriz mencionada consta do Nr 19 das Diretrizes da Estratégia Nacional de Defesa. (BRASIL, 2013).

²¹ O General Rupert Smith (2008, p. 437), Comandante da UNPROFOR em 1995, destacou que:

“O soldado responde perante a lei pelas suas ações em campanha, e cumpre aos que o enviam em campanha garantir que ele compreende adequadamente a lei e sua posição face à lei (...) devendo a lei ser, no mínimo, o corpo do DIH (...)”

íntegra, sob a perspectiva legal, em situações dessa natureza.

Por fim, o governo brasileiro, desde o início da sua participação na Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH), em 2004, vem buscando com mais intensidade apoio, na comunidade internacional, para candidatar-se a uma vaga no Conselho de Segurança da ONU. Para atingir esse almejado objetivo, é fundamental que o País amplie a sua contribuição nas operações de paz, fato esse legitimado pelos documentos supracitados. Do exposto anteriormente, surge a seguinte problemática, objeto de análise do trabalho em epígrafe:

“Há restrições para que o Direito Internacional dos Conflitos Armados seja aplicado pelos contingentes terrestres nacionais, quando empregados em operações de paz conduzidas sob a égide da ONU?”

Para responder à questão é necessário identificar o posicionamento oficial e a responsabilidade da ONU e do Brasil sobre a aplicabilidade do DICA nas OMP; qual arcabouço legal deve ser observado; qual o status do contingente terrestre nacional à luz do DICA; e, finalmente, se o ordenamento jurídico pátrio é compatível com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Segundo Gil (1996, p.32) “o problema deve ser delimitado a uma dimensão viável”. Por esta razão, o objetivo deste trabalho não foi realizar uma compilação de todas as normas, protocolos, tratados e convenções firmadas pelo Brasil, a respeito do Direito Internacional dos Conflitos Armados, mas sim analisar aqueles pontos que tem influência sobre a aplicabilidade do DICA, em um contexto de operação de paz, sob a égide da ONU. Nesse sentido, foram estabelecidas as seguintes delimitações:

- De acordo com a perspectiva das divisões primárias do DICA, sejam elas o *jus ad bellum* (direito de ir à guerra) e o *jus in bello* (a conduta na guerra), o trabalho focou na segunda, pois buscou verificar justamente a aplicabilidade do DICA pelo componente terrestre das Forças Armadas nacionais, em operações de paz. Considerou-se, desta forma, que o direito de

ir à guerra já está normatizado pela ONU²², no escopo da Carta das Nações Unidas²³. Buscou-se, então, analisar a aplicabilidade do DICA, no universo das normas que regulam a conduta das forças terrestres em uma operação de paz;

- Não foi objeto de estudo deste trabalho a 2ª Convenção de Genebra, que tem como foco a guerra no mar, tendo vista o trabalho estar direcionado para o componente terrestre das Forças Armadas Brasileiras;

- O trabalho teve como escopo analisar apenas as operações de manutenção da paz sob a égide da ONU, tendo em vista a constituição brasileira primar pelo princípio da não-intervenção²⁴, reduzindo a possibilidade da participação de contingentes nacionais em operações de imposição da paz. Nesse sentido, considerou-se apenas as operações que contam com o consentimento das partes envolvidas, baseando-se no capítulo VI ou VII da Carta das Nações Unidas²⁵;

- No aspecto temporal, o foco do trabalho foi direcionado para as OMP desdobradas após o término da guerra fria (1991), tendo em vista a significativa mudança no perfil dos conflitos armados registrada a partir desse marco histórico, a qual será caracterizada na seção 3.1.3 (**Os Conflitos Contemporâneos e seus Reflexos para o DICA**);

²² Segundo o artigo 2º da Carta das Nações Unidas, todos os membros devem solucionar suas disputas através de meios pacíficos, de tal forma que a paz, a segurança e a justiça não sejam colocadas em risco. Entretanto, o preâmbulo da carta ressalta que forças armadas poderão ser empregadas em caso de interesse coletivo, e o artigo 51º salienta que “nada na presente carta impede o intrínseco direito de autodefesa individual ou coletivo, se um ataque armado ocorrer contra um membro das Nações Unidas, até que o CSNU tome as medidas necessárias para manter a paz e a segurança internacionais”. (UNITED NATIONS, 1945, p.14).

²³ Na atualidade, com a renúncia à guerra, os Estados perderam o *jus ad bellum*, tornando o uso da força armada um monopólio da ONU, que ao empregá-la, não consubstancia o estado de guerra, caracterizando apenas uma ação de política internacional. (MELLO, 2004a).

²⁴ A Política Nacional de Defesa estabelece no parágrafo 5.12 que:

“O Brasil atua na comunidade internacional respeitando os **princípios constitucionais de autodeterminação, não-intervenção e igualdade entre os Estados**. Nessas condições, sob a égide de organismos multilaterais, participa de operações de paz, visando contribuir para a paz e a segurança internacionais.” (BRASIL, 2013, grifo do nosso).

²⁵ O manual MD-34-M-02 do Ministério da Defesa destaca que:

“Tendo como referência as participações anteriores e os princípios das Operações de Paz (OP), podem se identificar como condições preferenciais para a participação de um contingente nacional, as seguintes:

a) em operações sob a égide da ONU, o Mandato é proveniente de uma resolução do Conselho de Segurança, que autoriza e confere legalidade à intervenção internacional, expressando claramente o propósito da OP;

b) a condição *sine qua non* para o pleno êxito de uma OP é a vontade política das partes legítimas do conflito cooperarem com o processo de paz. Além disso, coerentemente com o estabelecido na **Constituição Federal, o Brasil não tem participado de operações de paz em que não tenha havido o consentimento das partes;**” (BRASIL, 2007, p. 29, grifo nosso).

- Finalmente, convém salientar que a abordagem do tema foi realizada segundo a visão das ciências militares, apesar do conteúdo jurídico da tese, buscando-se estabelecer uma sólida fundamentação em bases legais.

Segundo Alves - Mazzotti e Gewandsznajder (2001, p.156) o objetivo do trabalho define de modo claro qual o aspecto do problema que constitui o interesse focal da pesquisa. Esses autores salientam que:

“frequentemente o objetivo é desdobrado em questões que detalham e clarificam seu conteúdo. Essas questões ajudam o pesquisador a selecionar os dados e as fontes de informação, e também a organizar a apresentação de resultados, uma vez que estes devem ser organizados de modo a responder às questões propostas.”

Por tratar-se de um tema multidisciplinar e devido à sua natureza conceitual e teórica, foram formuladas questões de pesquisa para nortear o presente trabalho. Para Triviños (1987, p. 107, grifo nosso):

“A Questão de Pesquisa representa o que o investigador deseja esclarecer. [...]. Deve reunir algumas condições [...]: precisão, clareza, objetividade, etc. [...] A **Questão de Pesquisa** parte das ideias colocadas na formulação do **problema** e dos **objetivos da investigação**.”

Esse procedimento também é visualizado por Neves e Domingues (2007, p.53) que definem essas questões como “... indagações feitas pelo aluno/pesquisador no momento da elaboração do trabalho de pesquisa, visando identificar lacunas de conhecimento sobre o assunto de seu interesse”.

Desta feita, o objetivo geral do presente trabalho foi analisar a aplicabilidade do DICA pelo componente terrestre das Forças Armadas Brasileiras, quando empregado em operações de manutenção da paz sob a égide da ONU. Optou-se pela elaboração das questões de pesquisa²⁶ a seguir, as quais foram encadeadas, inter-relacionadas, e permitiram obter uma resposta conjugada para a situação problema formulada.

I) Qual o posicionamento oficial da ONU e do Brasil sobre a aplicabilidade do DICA, em um contexto de uma OMP, e as responsabilidades inerentes a esta questão?

²⁶ A metodologia empregada para a análise de cada questão de pesquisa será detalhada no capítulo 2 (REFERENCIAL METODOLÓGICO).

Esta questão teve como objetivo identificar o posicionamento oficial e, complementarmente, a responsabilidade da ONU e do Brasil em observar a aplicação do DICA, em um contexto de uma OMP, à luz do direito internacional.

Para tanto foram analisados os conteúdos dos documentos elaborados pela ONU que demonstram o posicionamento claro da Organização sobre esta questão, destacando-se entre eles as resoluções do CSNU, os SOFA firmados entre a ONU e os países hospedeiros de OMP; memorandos de entendimento versando sobre contribuição de tropa, firmados entre a ONU e o Brasil; o Boletim do SGNU de 06 de agosto de 1999; relatórios do SGNU de painéis de alto nível, ressaltando-se o *Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change*, de 2004 e resoluções da Assembleia Geral da ONU, como o *World Summit Outcome*, 2005. Complementarmente, foram verificados os principais tratados sobre o Direito Internacional dos Conflitos Armados firmados pelo Brasil.

Foram analisados alguns questionamentos legais que poderiam invalidar a aplicação do DICA pela ONU em um contexto de uma OMP, buscando-se definir a quais obrigações legais a ONU está sujeita.

Preliminarmente, foi analisada a natureza da ONU como organização internacional e os reflexos gerados para a aplicação do DICA, considerando-se que ela não figura como uma das altas partes contratantes signatárias dos principais tratados versando sobre o tema, como por exemplo as próprias Convenções de Genebra. Sobre esse ponto, em particular, pairou um relevante questionamento a respeito da viabilidade e da necessidade da ONU, eventualmente, aderir a essas convenções e tratados internacionais do DICA.

Na sequência, foi analisado o propósito das missões de paz, legitimado pela comunidade internacional, e a eventual incompatibilidade do status de partido beligerante em um conflito armado, concedido às tropas da ONU. Complementarmente, foi discutida a possibilidade do mandato de uma OMP preterir a observância de alguma norma do DICA, com base no artigo 103 da carta das Nações Unidas, e o posicionamento das tropas da ONU frente à falta de reciprocidade no respeito às normas do DICA, por outras partes envolvidas em um conflito armado.

As OMP não foram mencionadas nos principais tratados e convenções

sobre o DICA, portanto o seu envolvimento em uma situação de conflito armado não foi legalmente previsto. Alguns artigos dos instrumentos legais do DICA não podem ser aplicados por uma organização internacional, já que foram elaborados considerando apenas a realidade dos Estados signatários. Nesse sentido, foi analisada a possibilidade de aplicação da cláusula Martens.

Finalmente, foi analisada a questão da responsabilidade legal da ONU e do Brasil nas situações em que ocorram violações do DICA cometidas por contingentes militares de uma OMP.

II) Qual o arcabouço legal deve ser observado pelo contingente militar terrestre nas operações de manutenção da paz sob a égide da ONU?

Esta questão teve como objetivo identificar quais as normas jurídicas do DICA devem ser aplicadas em um contexto de uma OMP.

Inicialmente foi analisado o Boletim Especial do SGNU de 06 de agosto de 1999 que representou uma importante iniciativa da ONU, para que as normas do DICA fossem aplicadas em um contexto de uma OMP. Buscou-se verificar se o seu texto abrangia todas as normas do DICA que devem ser aplicadas pelos contingentes nacionais, a existência de eventuais arestas que pudessem ser identificadas na sua elaboração, e se a autoridade responsável pela sua expedição dispõe da competência, para que os países contribuintes de tropa sejam obrigados a seguir as diretrizes emanadas pelo documento em tela.

Com base no boletim e nos tratados do DICA foi analisado até onde os contingentes terrestres brasileiros, integrantes de uma OMP, tem o dever de zelar e assegurar que outras partes envolvidas em um conflito armado respeitem o DICA. Considerou-se que, em alguns mandatos, figura a autorização para o emprego da força, visando ao cumprimento dos seus respectivos objetivos.

Outro ponto fundamental analisado foi a influência do status do conflito armado (internacional / não-internacional) na determinação do arcabouço legal a ser aplicado em uma OMP. Nesse sentido, buscou-se identificar se a

presença de tropas da ONU, em um contexto de conflito armado não internacional, motivaria a internacionalização do conflito.

Finalmente foi analisado, nas operações de paz onde a ONU é responsável pela administração de um território internacional, a viabilidade da aplicação *de jure* ou *de facto* das normas do DICA relativas à ocupação de territórios.

Para isso identificaram-se as principais normas referentes a uma ocupação militar presentes no DICA, e se elas eram pertinentes para um contexto de uma Administração de Território Internacional (ATI).

Na sequência buscou-se estabelecer, com base nos instrumentos do DICA, quais os fatores que definem uma situação de ocupação militar e se uma ATI poderia ser enquadrada nessa situação, para que a LO fosse aplicada *de jure*. Complementarmente, foi analisada a aplicação da LO *de facto*, ou como modelo para a formulação de diretrizes operacionais para uma ATI, empregando como referência os casos históricos da UNMIK e da UNTAET (missão onde houve a participação de tropas do EB).

III) Qual o status, à luz do DICA, das tropas do contingente terrestre nacional empregado em uma OMP sob a égide da ONU, em um contexto de conflito armado?

Esta questão teve a finalidade de identificar o status das tropas do contingente terrestre nacional integrante de uma OMP, em um contexto de conflito armado, permitindo conhecer as suas prerrogativas, os seus deveres e a respectiva proteção à luz do DICA a que fazem jus.

Estas tropas buscam auxiliar as partes beligerantes a manter um estado de paz, muitas vezes débil e volátil, de forma a zelar pela segurança internacional.

Ao serem empregadas com esse propósito legítimo, representando os interesses da comunidade internacional, os *peacekeepers* gozam do status de civil, segundo o DICA, e contam com a proteção da “*Convention on The Safety of UN and Associated Personnel (1994)*”, a qual estabelece, no seu artigo 9º,

que qualquer ataque contra pessoal ou instalações da ONU constitui crime e deve ser passível de punição pelos Estados participantes.

O trabalho buscou analisar se as tropas da ONU poderiam ser consideradas como uma das partes envolvidas no conflito armado, configurando-se como alvos legítimos e, conseqüentemente, perdendo a cobertura da convenção supracitada. Nessa situação, buscou-se identificar em que circunstâncias e qual o momento em que os contingentes nacionais, integrantes de uma OMP, perderiam, eventualmente, o status de civis e tornar-se-iam combatentes à luz do DICA.

IV. O ordenamento jurídico nacional está adequado aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, ratificados nos instrumento legais que versam sobre o DICA?

Entende-se que os militares que violarem as normas do DICA em uma OMP devem ser julgados e responsabilizados pelos seus atos. Nesse sentido, foram analisadas as responsabilidades do Brasil, na eventualidade da ocorrência de crimes de guerra cometidos por tropas terrestres, a jurisdição pertinente para tratar desse tema e a adequação do sistema jurídico nacional para julgar casos dessa natureza.

Foi, igualmente, analisada a possibilidade de se julgar, em outro país (jurisdição universal) ou em um tribunal internacional (princípio da complementariedade - Tribunal Penal Internacional - TPI), um militar brasileiro que viesse a violar o DICA.

Após estabelecidos os recortes necessários, as respectivas delimitações de estudo e detalhadas as questões de pesquisa que nortearam o presente trabalho, segue-se a sua estruturação e composição:

- O 2º capítulo descreve a metodologia científica empregada, salientando o paradigma observado, o tipo de pesquisa, os métodos que foram utilizados para a elaboração do instrumento de pesquisa, e o processo adotado para a coleta e análise dos dados;
- O 3º capítulo retrata as bases teóricas e conceituais do trabalho em

epígrafe, salientando os principais fundamentos do direito internacional dos conflitos armados, considerados pelo presente trabalho. Nele é realizada a descrição do intrínseco relacionamento entre a guerra e o DICA, desde as suas respectivas origens, bem como a conceituação e a caracterização dos conflitos armados contemporâneos. Complementarmente são, ainda, apresentados o conceito de operação de manutenção da paz sob a égide da ONU, suas respectivas características e princípios;

- Os capítulos 4,5,6 e 7 apresentam os dados obtidos por intermédio das pesquisas bibliográfica e documental a respeito das questões de pesquisa formuladas;

- No 8º capítulo é feita a apresentação dos resultados obtidos pela pesquisa de campo;

- O 9º capítulo apresenta a discussão dos resultados obtidos por intermédio da pesquisa de campo, realizando uma triangulação com os dados proporcionados pelas pesquisas bibliográfica e documental.

- No 10º capítulo serão apresentadas as conclusões finais do trabalho, onde se espera demonstrar que o DICA deve ser respeitado pelos contingentes terrestres nacionais, em um contexto de uma operação de manutenção da paz, sob a égide da ONU, quando uma situação de conflito armado for restabelecida. Deverão ser, entretanto, observadas as especificidades dessa situação e a existência de algumas limitações.

2 REFERENCIAL METODOLÓGICO

O presente trabalho norteou-se pelo paradigma pós-positivista²⁷ focado em um realismo crítico, segundo Guba (1990), buscando transcender uma análise pragmática ortodoxa das normas e leis internacionais do DICA, por intermédio da subjetividade proporcionada pela interpretação dessa mesma legislação por teóricos e estudiosos do tema, empregando para este fim um instrumento de pesquisa qualitativo.

A metodologia empregada enfatizou o “multiplismo crítico” (GUBA, 1990), na medida em que se procurou fazer uma triangulação de dados oriundos de fontes variadas (fruto das pesquisas documental, bibliográfica e de campo), analisando a questão da aplicabilidade do DICA em um contexto de OMP, baseando-se nas leis do DICA, no direito consuetudinário internacional e recorrendo-se à opinião de especialistas no assunto.

O trabalho, na perspectiva da ciência do direito, está alinhado, igualmente, com o paradigma pós-positivista jurídico, considerando a interdependência da moral e do direito para a perfeita hermenêutica jurídica e a sua respectiva aplicação, consubstanciando-se na conciliação entre a validade formal e a validade material (legalidade e legitimidade respectivamente).

Nesse diapasão, constata-se na visão pós-positivista jurídica, a elevação dos princípios ao status de normativa constitucional, materializando a supremacia axiológica dos direitos fundamentais, evidenciados mormente no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira. Desta forma eles atingem o mais alto grau de normatividade, constituindo, concomitantemente, o alicerce de todo o ordenamento jurídico nacional e o píncaro da pirâmide normativa.

Esse fato é igualmente identificado na normativa internacional contemporânea, particularmente ressaltada na Carta das Nações Unidas em seu parágrafo 1º ao estabelecer como um dos propósitos capitais da Organização a promoção dos direitos humanos, a garantia das liberdades fundamentais e o respeito a relevantes princípios universais.

²⁷ O paradigma pós-positivista caracteriza-se por uma epistemologia objetivista-modificada, pois mantém a objetividade, mas permite a aproximação do pesquisador, contando com a tradição crítica e a comunidade crítica. (GUBA, 1990). Segundo Alves - Mazzotti e Gewandsznajder (2001, p.137) essa objetividade só é alcançada pela tradição crítica, que estabelece “que a investigação deve ser o mais possível aberta à análise, à crítica e ao questionamento da comunidade científica”.

Ao longo do trabalho em epígrafe foi observada a premissa de que princípios e regras são espécies do gênero normas jurídicas. Contudo, salienta-se que os princípios são normas mais flexíveis que determinam o cumprimento de uma determinada ação ou procedimento, na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. As regras, por outro lado, são mais rígidas e exigem o cumprimento pleno do seu conteúdo normativo. (ALEXY, 2008).

A exegese dos princípios do DICA foi de fundamental relevância para nortear a análise das eventuais situações em que pairaram dúvidas a respeito da aplicação das normas humanitárias em um contexto de OMP, ou quando estas normas possibilitaram uma interpretação abundante.

Em uma abordagem jurídica acerca dos procedimentos metodológicos que foram seguidos no decorrer da pesquisa, utilizou-se o enquadramento metodológico proposto por Gustin & Dias (2010).

A linha de raciocínio empregada foi a dedutiva, partindo dos princípios e regras do DICA num escopo mais amplo, para a particularidade da sua aplicação por tropas do contingente terrestre nacional em um contexto de OMP. Corrobora-se, desta feita, com o entendimento de Gustin & Dias (2010, p.22) ao expressarem que “o raciocínio dedutivo é o processo que permite referenciar dados de nossa experiência a leis e princípios gerais”.

A pesquisa foi do tipo jurídico-interpretativo, tal como proposta por Gustin & Dias (2010), buscando decompor analiticamente o problema proposto nos seus diversos aspectos, relações e níveis, permitindo uma investigação com maior grau de aprofundamento. Complementarmente, ela tem o caráter jurídico-propositivo, na medida em que ao final do trabalho pretendeu-se apresentar uma proposta de entendimento a respeito da aplicação do DICA em OMP, particularizada para os contingentes terrestres nacionais.

Segundo a classificação estabelecida por Gil (1996), no tocante ao seu objetivo geral, o presente trabalho realizou uma pesquisa exploratória e explicativa.

A pesquisa exploratória buscou proporcionar maior familiaridade com o problema. Ela foi conduzida, inicialmente, por intermédio de visitas à Escola Superior de Guerra (ESG), à Escola de Guerra Naval (EGN) e ao Centro de Informações da ONU no Brasil (UNIC - Rio), buscando levantar subsídios que

contribuíssem para a elaboração do trabalho, através de levantamento bibliográfico, em seus respectivos acervos literários.

Segundo Gil (1996), a pesquisa explicativa é a que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas. Nesse sentido, o trabalho de pesquisa assumiu esse caráter, ao analisar os pontos que ratificam a aplicabilidade do DICA pelas tropas do EB, nas missões de paz, buscando respaldar a argumentação com a base científica.

Com base na classificação de Gonsalves (2007), segundo as fontes de informação, o trabalho foi fundamentado em pesquisas bibliográfica, documental e de campo.

Assim, a pesquisa bibliográfica foi caracterizada pela consulta de livros, manuais, monografias e artigos relacionados ao escopo da pesquisa.

Durante a pesquisa documental recorreu-se às diversas fontes do direito internacional. Utilizou-se a reflexão dos internacionalistas (AMARAL JÚNIOR, 2008), que se concentra nas fontes formais consagradas pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no seu artigo 38:

“1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe foram submetidas, aplicará:

- a) As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados Litigantes²⁸;
- b) O costume internacional²⁹, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d) Sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”.

Apesar do Art 38 do Estatuto da CIJ não estabelecer uma hierarquia entre as fontes, atribuindo uma idêntica relevância jurídica, considerou-se, à luz da tradição do direito internacional moderno, uma maior proeminência das convenções e dos costumes. (ROSSEAU, 1970).

O tratado é todo acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos. (REZEK, 1984).

²⁸ Os tratados geram efeitos jurídicos indiscutíveis ao criar, modificar ou extinguir direitos entre as partes. (REUTER, 1972); “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé” (Artigo 23 da Convenção de Viena de 23 de maio de 1969).

²⁹ O Costume manifesta-se apenas quando dois elementos estiverem presentes: - o elemento material constituído pela repetição constante e uniforme de determinados atos durante certo período; e o elemento psicológico, ou seja, a convicção de que tais atos correspondem à execução de uma obrigação jurídica. (REUTER, 1976).

Para a elaboração do trabalho em epígrafe recorreu-se a vários tratados e convenções internacionais, destacando-se, dentre eles, as Convenções de Genebra de 1949³⁰ por sua relevância, sendo consideradas como um dos pilares do DICA, seus Protocolos Adicionais de 1977, a Convenção de Haia (1907) relativa às leis e costumes na Guerra Terrestre, e a Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (1954).

Salienta-se ainda o recurso ao Estatuto da Corte Internacional de Justiça, principal órgão judiciário da ONU, ao Estatuto de Roma³¹, que estabeleceu a Corte Internacional Penal, e à Convenção sobre a Segurança da ONU e Pessoal Associado (CSOPA), que constituiu um relevante marco para a proteção das tropas da ONU empregadas em uma OMP.

Foram, igualmente, consultadas as resoluções do CSNU. Estas foram consideradas como *jus cogens*³², na medida em que encontram amparo no artigo 2º da Carta das Nações Unidas, onde os Estados se comprometem a cumprir de boa fé as obrigações assumidas por intermédio desse documento. Dentre elas destaca-se a estabelecida no seu artigo 24, onde os Estados-membros conferem ao CSNU a responsabilidade primária pela manutenção da paz e segurança internacionais, e concedem autorização para que este possa representá-los, por intermédio de suas ações.

Visando complementar o entendimento a respeito dos principais tratados internacionais sobre o DICA foram consultados alguns dos seus respectivos documentos preparatórios, particularmente os *travaux préparatoires* das Convenções de Genebra, dos seus Protocolos Adicionais de 1977 e da Convenção sobre a Segurança da ONU e Pessoal Associado.

A utilização deste material baseou-se na possibilidade estabelecida pelo Tratado de Viena de 1969, de recurso a tais documentos como meio

³⁰ A “Conferência Diplomática para elaborar Convenções internacionais destinadas a proteger as vítimas da guerra”, foi convocada pelo Conselho Federal Suíço, conduzida na cidade de Genebra, no período de 21 a 22 de agosto de 1949. Na conferência estiveram presentes 63 Estados, sendo 59 com poderes de deliberação, 04 como observadores e contou com a participação de peritos do CICV. (CICV, 1992).

³¹ Segundo o DECRETO Nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, o Estatuto de Roma passou a vigorar, para o Brasil, em 1º de setembro de 2002, nos termos de seu artigo 126.

³² As normas jurídicas consideradas *jus cogens* são imperativas, não podem ser derogadas por acordo particular, e protegem valores vitais para a sociedade internacional (JÚNIOR, 2008). A Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados de 1969, regulou o *jus cogens*, estabelecendo no seu artigo 53, que é nulo qualquer tratado que no momento da sua conclusão, venha a conflitar com uma norma imperativa do direito internacional geral.

suplementar de interpretação nos casos em que “a) o significado seja ambíguo; ou b) conduza a um resultado que seja manifestamente absurdo ou não razoável.”³³

O trabalho foi baseado em uma visão tradicional das fontes do direito internacional, incluindo evidências do direito consuetudinário internacional e decisões judiciais, respeitando-se, entretanto o previsto no Art 59 do estatuto da CIJ³⁴. Consideraram-se, ainda, as opiniões de *experts* em fóruns internacionais.

Nesse sentido, recorreu-se ao relatório do “*Meeting on Multinational Peace Operations*”, organizado pelo CICV com a cooperação da *University Centre for International Humanitarian Law (UCIHL)*, realizado em Genebra, de 11 a 12 de dezembro de 2003, versando sobre o tema: “*Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces*”.

Complementarmente, consultou-se o relatório produzido na “*31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law*” realizada em Sanremo, no período de 4 a 6 de setembro de 2008, organizada pelo *International Institute of Humanitarian Law*, com a cooperação do CICV, que versou sobre o tema: “*International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*”.

Foi, igualmente, observado o relatório do “*Expert Meeting*”, organizado pelo CICV, realizado em Genebra, em março de 2012, versando sobre o tema: “*Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*”.

Estes eventos contaram com a participação de experts sobre DICA e operações de paz da ONU, reunindo membros da academia internacional, do CICV e, principalmente especialistas com experiência prática em OMP. O recurso aos seus respectivos relatórios permitiu enriquecer, substancialmente, o presente trabalho.

O direito consuetudinário internacional constituiu uma significativa fonte para a pesquisa documental, baseado no entendimento de que, atualmente, ele

³³ Cf Artigo 32 da Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados de 23 de maio de 1969 UNTS 33.

³⁴ O Direito Internacional Costumeiro pode ser deduzido das decisões judiciais das cortes internacionais, tornando-se obrigatório para todos. O que não é obrigatória é a decisão no caso concreto, que só vincula as partes conforme consta no artigo 59 da CIJ: “A decisão da Corte não é obrigatória senão para as partes em litígio e respeito ao caso alvo de decisão”.

possa até mesmo alterar o direito positivado derogando normas jurídicas estabelecidas em tratados internacionais (AMARAL JUNIOR, 2008). A principal base de dados empregada foi a disponibilizada pelo CICV em seu site oficial³⁵, regularmente atualizada, possibilitando o rápido acesso às regras do DICA consuetudinário. Complementarmente, utilizaram-se as publicações do CICV *Customary International Humanitarian Law* volumes I e II³⁶.

O fato das OMP ainda serem consideradas um instrumento relativamente novo, não constando formalmente na própria Carta das Nações Unidas, gerou uma clara dificuldade em se identificar se uma determinada prática é reconhecida como parte do direito internacional consuetudinário.

Nesse diapasão, o trabalho alinhou-se com o pensamento da *International Law Commission (ILC)* que estabelece que os registros de práticas constantes das organizações internacionais podem ser considerados como evidências do direito consuetudinário internacional, com referências para as relações entre os Estados e as organizações.³⁷

Dentre as decisões dos tribunais internacionais consultadas, que conformam a jurisprudência internacional e, em determinados momentos, reforçam o direito consuetudinário internacional, destacaram-se as emitidas pelo Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPII)³⁸, para o caso *Tadic*, pela meticulosa análise a respeito da legalidade e legitimidade do tribunal, e, particularmente, pelos entendimentos formulados a respeito da caracterização dos conflitos armados de caráter não-internacional.

Foram também apreciadas as denominadas “*soft law*”³⁹, embora sempre ponderando o seu status legal em relação às fontes tradicionais do direito

³⁵ Disponível em: < <http://www.icrc.org/por/resources/documents/publication/pcustom.htm>>.

³⁶ As publicações foram elaboradas segundo uma solicitação apresentada ao CICV durante a 26th *International Conference of the Red Cross and Red Crescent (Geneva, 1995)*. O trabalho foi realizado por Jean-Marie Henckaerts e Louise Doswald-Beck, membros da divisão Legal do CICV e envolveu a consulta a mais de 100 eminentes autoridades sobre o tema.

³⁷ Cf Relatório da *International Law Commission*, 2^a seção, de 05 a 29 de junho de 1950 no *Yearbook of the International Law Commission*, II (1950), página 364, 368-372.

³⁸ Estabelecido pela Resolução N^o 827 do Conselho de Segurança das Nações Unidas de 25 de Maio de 1993.

³⁹ Cf Soares (2003), a *soft law* é constituída por normas que estabelecem “um comportamento futuro dos Estados, que não chegam a ter o *status* de normas jurídicas, mas que representariam uma obrigação moral aos Estados”. A *soft law* é integrante da transformação da nova ordem internacional do direito, a qual está ganhando terreno, com o surgimento de um número maior de instrumentos. (NASSER, 2004).

internacional. Nesse escopo foram consultadas resoluções e declarações da Assembleia Geral da ONU⁴⁰.

Com a maior influência de organizações internacionais na conformação hodierna do direito internacional, paralelamente, à observância das leis atualmente positivadas (*lex lata*), consideraram-se novos desenvolvimentos na elaboração de normas do direito internacional (*lex ferenda*), como os evidenciados nos trabalhos realizados pelos Comitês Ad Hoc instituídos pela ONU.

Quanto à pesquisa de campo, Gonsalves (2007, p.69) a define como a pesquisa que “pretende buscar a informação diretamente com a população pesquisada”. A autora acrescenta que a pesquisa de campo é “aquela que exige do pesquisador um encontro mais direto, a fim de possibilitar a reunião de um amplo conjunto de informações a serem documentadas”. Essa forma de pesquisa complementou as anteriores, na medida em que permitiu relacionar os fundamentos conceituais e teóricos com a experiência prática de especialistas sobre o tema.

Foi priorizada a pesquisa qualitativa, no que diz respeito à natureza dos dados. Segundo Gonsalves (2007, p. 69), esta pesquisa “preocupa-se com a compreensão, com a interpretação do fenômeno, considerando o significado que os outros dão às suas práticas”.

Segue, abaixo, um quadro resumo dos procedimentos metodológicos que foram empregados para cada questão de estudo formulada:

QUESTÃO DE ESTUDO	METODOLOGIA EMPREGADA
I. Qual o posicionamento oficial da ONU e do Brasil sobre a aplicabilidade do DICA, em um contexto de uma OMP, e as responsabilidades inerentes a esta questão?	- Pesquisa bibliográfica. - Pesquisa documental. - Pesquisa de campo qualitativa (itens “B” e “C”).
II. Qual o arcabouço legal deve ser observado pelo contingente militar terrestre nas operações de manutenção da paz sob a égide da ONU?	- Pesquisa bibliográfica. - Pesquisa documental - Pesquisa de campo

⁴⁰ As resoluções das organizações internacionais, especialmente da Assembleia Geral da ONU, estão sendo empregadas pelos países em desenvolvimento. Os seus respectivos valores jurídicos dependem do fato delas refletirem um consentimento geral, ou consagrarem um direito já existente. Essas resoluções constituem o “*soft law*”, muitas vezes usadas como “*lege ferenda*”, proporcionando maior flexibilidade ao Estado para a aplicação da norma. (MELLO, 2004b).

	qualitativa (itens “D”, “E”, “F” e “H”).
III. Qual o status, à luz do DICA, das tropas do contingente terrestre nacional empregadas em uma OMP sob a égide da ONU, em um contexto de conflito armado?	- Pesquisa bibliográfica. - Pesquisa documental. - Pesquisa de campo qualitativa (item “G”).
IV. O ordenamento jurídico nacional está adequado aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, ratificados nos instrumentos legais que versam sobre o DICA?	- Pesquisa bibliográfica. - Pesquisa documental. - Pesquisa de campo qualitativa (item “I”).

Tabela 1 – Metodologia Científica Empregada

Fonte: o autor

Para avaliar a aplicabilidade do DICA, sob a ótica legal, a pesquisa conduzida foi, predominantemente, de natureza qualitativa. Segundo Chizzotti (2001, p. 83), este aspecto tem influência direta na seleção dos indivíduos a serem pesquisados:

“Na pesquisa qualitativa, todas as pessoas que participam da pesquisa são reconhecidas como sujeitos que elaboram conhecimentos e produzem práticas adequadas para intervir nos problemas que identificam. Pressupõe-se, pois, que elas têm um conhecimento prático, de senso comum e representações relativamente elaboradas que formam uma concepção de vida e orientam as suas ações individuais”.

Seu universo foi restrito e composto por especialistas sobre o tema. Para alcançar um maior espectro de percepções buscou-se reunir a opinião de experts nos âmbitos nacional e internacional. No quadro abaixo podem ser identificados os especialistas que cooperaram com o presente trabalho:

ESPECIALISTA	ÁREA DE ATUAÇÃO (Breve Resumo do Curriculum Vitae – CV)
Colaborador A (Brasil)	- Professor na Faculdade de Direito da PUC/SP; - Membro efetivo da Comissão de Direito Internacional da OAB/SP; - Doutor em Direito Internacional pela PUC/SP (2004).
Colaborador B (Áustria)	- Assessor Legal do <i>Militärkommando NÖ</i> . - Professor da <i>National Defence Academy</i> em Viena. - Professor do <i>International Institute of Humanitarian Law</i> .
Colaborador C (Irlanda)	- Professor da <i>National University of Ireland</i> . - Professor do <i>International Institute of Humanitarian Law</i> .
Colaborador D (Portugal)	- Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho (Braga, Portugal).

	<ul style="list-style-type: none"> - Membro do Conselho de Redação da revista <i>Scientia Iuridica</i>. - Sócio fundador e vogal do Observatório Lusófono dos Direitos Humanos.
Colaborador E (Itália)	<ul style="list-style-type: none"> - Assessor Legal da UNFICYP (Chipre). - Ex - oficial de assuntos legais da UNOCI (Costa do Marfim). - Ex - assessor legal da UNTAET (Timor Leste).
Colaborador F (USA)	<ul style="list-style-type: none"> - Diretor da Clínica da Justiça Penal da Escola de Direito de <i>Dedman</i>. - Chefe do Setor de Direito Internacional – Escritório do Juiz / Advogado Geral do Exército norte-americano.
Colaborador G (Inglaterra)	<ul style="list-style-type: none"> - Professor de Direito da Universidade de <i>Cardiff</i>. - Doutor em Direito Internacional pela Universidade de Liverpool.
Colaborador H (Brasil)	<ul style="list-style-type: none"> - Mestre em Direito Internacional dos Conflitos Armados pela Universidade de Genebra, na Suíça. - Conferencista em temas afetos ao Direito Militar e ao Direito Internacional Humanitário.
Colaborador I (Brasil)	<ul style="list-style-type: none"> - Doutor em Direito Internacional pela UERJ. - Mestre em Ciências Políticas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Colaborador J (Brasil)	<ul style="list-style-type: none"> - Mestre em Direito Internacional pela USP. - Curso de Direito internacional dos conflitos armados (IIHL – Itália). - Curso de Condução de OMP (IIHL – Itália). - Curso de Direito Internacional Público (Academia de Direito Internacional de Haia).
Colaborador K (Brasil)	<ul style="list-style-type: none"> - Mestrado em Relações Internacionais (Instituto de Relações Internacionais - UnB). - Curso de Direito Internacional dos Conflitos Armados (Colégio Nacional de Defesa - Holanda / IIHL - Itália)
Colaborador L (Brasil)	<ul style="list-style-type: none"> - Assessor Jurídico do Comando Militar do Planalto. - Assessor Jurídico do Comando de Operações Terrestres. - Representante do Exército Brasileiro na Conferência Especializada de Assuntos Legais em Operações de Manutenção da Paz e Operações de Ajuda em Caso de Desastres, da Conferência dos Exércitos Americanos – San Antonio – EUA

Tabela 2 – Relação dos Colaboradores

Fonte: o autor

2.1 COLETA DOS DADOS

A coleta de dados, em uma primeira fase, deu-se por intermédio de pesquisas bibliográfica e documental, conforme abordado anteriormente, buscando reunir os subsídios teóricos, que foram analisados segundo a ótica da problemática em estudo.

No que diz respeito à pesquisa de campo, foi empregado como instrumento de pesquisa um questionário estruturado com questões abertas (VERGARA, 2009). Para a consulta de especialistas estrangeiros, o questionário foi traduzido para o inglês por dois oficiais superiores norte-americanos com o curso de Estado-Maior, sendo que um deles possuía uma vivência prévia no Brasil de 2 anos. A tradução foi revista por uma Professora Doutora em Ciências Humanas, com graduação em letras e especialização em língua inglesa.

Convém salientar que a última questão (“I”) da versão em língua vernácula do instrumento de pesquisa não consta na versão em inglês. Isto se deve ao fato desta questão abordar a legislação nacional brasileira, portanto fora da expertise dos especialistas estrangeiros consultados.

Previamente à aplicação do instrumento de pesquisa, foi conduzido um teste piloto, empregando o modelo de questionário, no universo de alunos da ECEME, com graduação em direito e/ou com experiência em OMP. Foram aplicados oito questionários sendo que três foram preenchidos por oficiais com graduação em direito e cinco por oficiais com experiência em OMP, sendo que dois eram ex-instrutores do Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil (CCOPAB).

Complementarmente, foi realizada uma entrevista individual com uma estrutura semi-aberta⁴¹ (colaborador “H”), cujo roteiro foi baseado nas perguntas elencadas no próprio questionário, buscando o máximo de homogeneidade e padronização na pesquisa de campo.

⁴¹ Modelo de entrevista que utiliza um roteiro, mas permite inclusões, exclusões, alterações nas perguntas, explicações ao entrevistado para elucidar alguma eventual dúvida sobre a entrevista. Este modelo possibilita o melhor aproveitamento da experiência do entrevistado, na oportunidade em que ele pode expressar sua opinião e apresentar suas contribuições pessoais. (VERGARA, 2009).

2.2 ANÁLISE E TRATAMENTO DOS DADOS

Para o tratamento dos dados provenientes da pesquisa de campo, foi utilizada a técnica de análise de conteúdo, a qual admite abordagens quantitativas, qualitativas, ou a combinação de ambas, adequada ao paradigma pós-positivista, definida por Bardin (1977, p.42) como:

“um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam inferência de conhecimentos relativos às condições de produção / recepção (variáveis inferidas) destas mensagens”.

Foram seguidas as etapas básicas da análise de conteúdo previstas por Bardin (1977), a saber:

1) Pré-análise: nessa etapa foi realizada a seleção do material e a definição dos procedimentos a serem seguidos. O foco inicial baseou-se nos dados colhidos pelas pesquisas bibliográfica e documental que reuniram um amplo conhecimento conceitual sobre o DICA e as operações de paz.

Nessa fase buscou-se levantar, com base na análise da legislação internacional que versa sobre o direito internacional dos conflitos armados, o Estatuto de Roma, o ordenamento jurídico nacional, e os documentos e relatórios da ONU, os possíveis reflexos para a aplicabilidade do DICA por tropas do EB, em operações de paz. Esse trabalho possibilitou a elaboração dos instrumentos de pesquisa alinhados com as questões de estudo propostas, os quais constituíram o universo de documentos de análise.

2) Exploração do material: nessa etapa foi empregada a análise categorial que funciona por intermédio do desmembramento dos textos em categorias de acordo com reagrupamentos analógicos (BARDIN, 1977). Dentro das opções de categorização utilizou-se a análise temática por sua simplicidade e objetividade.

A unidade de análise foi o “parágrafo”. Foram empregadas categorias, que segundo Bardin (1977, p. 117) são “rubricas ou classes, as quais reúnem um grupo de elementos sob um título genérico, agrupamento este efetuado em razão dos caracteres comuns destes elementos”. Elas devem ser exaustivas, mutuamente exclusivas, objetivas e pertinentes (VERGARA, 2009).

Foi utilizada uma grade mista, que contou com o emprego do *software* ATLAS.ti.5.0. para a organização e análise dos dados.

3) Tratamento dos dados: nessa etapa foram realizadas inferências de conhecimentos relativos aos dados obtidos, que permitiram chegar aos resultados do trabalho.

Para a discussão dos resultados foi realizada uma triangulação dos dados, por intermédio do emparelhamento (“*pattern-matching*”), buscando-se a associação do referencial teórico e dos dados coletados por intermédio das pesquisas bibliográfica e documental, aos resultados proporcionados pelo instrumento de pesquisa qualitativo, valendo-se da reconhecida experiência e conhecimentos dos especialistas. (VERGARA, 2009).

Para Vergara (2009) no âmbito das ciências sociais, a triangulação pode ser definida como uma estratégia de pesquisa baseada na utilização de diversos métodos para investigar um mesmo fenômeno.

A interpretação dos dados proporcionada por esta análise buscou responder as questões de estudo formuladas, com argumentações fundamentadas do ponto de vista legal.

O tipo de triangulação empregada no trabalho foi a “triangulação de dados”, devido às diferentes fontes de dados que foram utilizadas. Nesse diapasão, seguindo a sugestão de Vergara (2009), buscou-se analisar a aplicação do DICA nas OMP com base nos resultados obtidos pelas pesquisas bibliográfica e documental, e pelas respostas do instrumento de pesquisa.

Visando aumentar a credibilidade do trabalho científico desenvolvido na presente tese, valeu-se do procedimento “Questionamento por pares”, de forma a “identificar evidências não exploradas e oferecer explicações ou interpretações alternativas àquelas elaboradas pelo pesquisador”. (ALVES - MAZZOTTI e GEWANDSZNAJDER, 2001, p.172).

Com esse objetivo, foi apresentado um artigo científico no VIII Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa (ENABED), versando sobre a questão de pesquisa III. Apesar do artigo supracitado retratar parcialmente o conteúdo da tese, ele foi formulado de acordo com a metodologia da pesquisa científica adotada pelo trabalho como um todo.

Desta forma, esse procedimento possibilitou que fosse realizada a apresentação de parte do conteúdo da tese e da metodologia adotada, a uma

parcela da Academia que compareceu ao evento. Esta ação contribuiu para a ratificação dos procedimentos metodológicos observados e para o aperfeiçoamento de aspectos pontuais do trabalho.

2.3 LIMITAÇÕES DO MÉTODO

Uma importante limitação para a realização da presente pesquisa esteve relacionada com a dificuldade de acesso a colaboradores, especialistas no tema, particularmente no âmbito nacional. Para minimizar os efeitos dessa limitação, consultaram-se especialistas na comunidade científica internacional.

3 BASES LEGAIS E CONCEITUAIS

Neste capítulo serão apresentados os principais fundamentos do direito internacional dos conflitos armados e das OMP, sob a égide da ONU. Serão ressaltados os princípios universais do DICA, destacando-se os seus mais relevantes instrumentos legais, particularmente, as Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais de 1977.

3.1 A GUERRA E O DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS ARMADOS – BASES LEGAIS

Esta seção tem por finalidade apresentar as bases legais do DICA que nortearam o presente trabalho. Serão, inicialmente, caracterizados o conceito de guerra e a evolução do DICA, destacando-se a sua contribuição para o desenvolvimento do Direito Internacional Público. Nesse contexto, serão apresentados os dois grandes ramos do DICA: o *jus ad bellum*, com uma breve contextualização histórica, e o *jus in bello*, prioritariamente, por ser o foco da tese em tela. Complementarmente serão ressaltados os pontos de tangência e divergência mais marcantes entre o DICA e os Direitos Humanos.

Na sequência, serão apresentados os conceitos de conflitos armados internacionais e não internacionais, buscando-se, subsidiariamente, identificar os indicadores que permitem caracterizar a existência de um conflito armado, em particular os de caráter não internacional, com base na análise dos principais tratados internacionais do DICA e na jurisprudência dos tribunais internacionais.

Será dada uma maior ênfase para os conflitos armados não internacionais tendo em vista a dificuldade, em termos legais, de se caracterizar a sua existência, devido à resistência dos próprios Estados em reconhecê-la. Alia-se a esse fato a falta de mecanismos legais eficazes, na esfera do direito internacional público, que permitam a sua identificação.

Para um melhor entendimento do cenário onde as OMP tem sido desdobradas, será caracterizada a evolução dos conflitos contemporâneos, destacando-se as suas principais características hodiernas, particularmente, aquelas que têm maior influência sobre a aplicação do DICA.

Finalmente, serão apresentados os principais instrumentos legais do DICA considerados para a elaboração do presente trabalho, e os seus princípios, fundamentais para a exegese das suas normas jurídicas.

3.1.1 A Guerra e o Direito Internacional dos Conflitos Armados – Evolução

Com a visão simplista e objetiva de um soldado, o General Rupert Smith (2008) comenta que quando sociedades denominadas Estados divergem em alguma questão, que não pode ser solucionada a contento por ambas as partes e decidem pelo emprego da força das armas, chama-se ao conflito resultante dessa situação de guerra.

Do ponto de vista legal, não existe uma definição categórica do vocábulo guerra, na esfera do direito internacional, estampada com o *imprimatur* de uma convenção multilateral vigente. Restam somente alguns trabalhos acadêmicos que ao observar a prática dos Estados, buscam sintetizar em breves palavras uma ideia extremamente complexa. (DINSTEIN, 2004b).

Existem duas correntes principais na esfera do Direito Internacional que procuram conceituar a guerra: a) a subjetivista que preconiza a existência da guerra segundo a presença do “*animus beligerandi*”, ou seja a intenção de fazer a guerra; b) a objetivista que credita a existência da guerra em função dos atos de guerra, independente da intenção. Todavia, a maioria dos autores acredita que o estado de guerra só é caracterizado com a presença dos elementos objetivo e subjetivo. (MELLO, 2004b).

Esta última visão é compartilhada por Dinstein (2004b, p.21), que partindo do tradicional conceito de guerra formulado por Oppenheim em seu tratado sobre Direito Internacional⁴², mas buscando aperfeiçoá-lo ao complementar algumas lacunas existentes, propôs a seguinte definição para a guerra:

“Guerra é a interação hostil entre dois ou mais Estados, seja num sentido técnico ou material. A guerra no sentido técnico é o status formal produzido por uma declaração de guerra⁴³. A guerra no sentido

⁴² OPPENHEIM, L. International Law: A Treatise. Editado por H. LAUTERPACHT. 7 ed. Volume II. Londres: Longmans Green, 1952.

⁴³ A ausência da declaração de guerra não impede que o núcleo do *jus in bello* seja observado, tendo em vista o que prescreve o artigo 2º comum das CG, ao estabelecer que suas normas serão aplicadas mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido pelas altas partes contratantes.

material é gerada pelo uso de força armada⁴⁴, que deve ser extensiva⁴⁵ e realizada por pelo menos uma das partes.”

Na realidade a guerra é um fenômeno social complexo que acompanha a Humanidade desde a sua origem e influencia a forma como homens, povos e Estados se relacionam⁴⁶. Ela faz parte da cultura dos povos, com vinculações ao tempo e ao espaço em que se manifesta, refletindo a forma como eles conduzem suas ações e orientam seus respectivos pensamentos. (KEEGAN, 2006).

No decurso da História é notório identificar, que apesar das diferenças ideológicas, políticas e morais, as quais separavam as diferentes civilizações, buscou-se sempre estabelecer regras que versassem sobre a conduta nas guerras, as quais tinham um conteúdo muito similar. Por esta razão, quando se estabelece a Convenção de Genebra de 1864 como o primeiro instrumento multilateral do DICA, não se pode olvidar que já havia tratados e normas, regulando as situações de guerra entre povos e nações, desde a antiguidade⁴⁷. (SWINARSKI, 1990).

A formulação do clássico direito da guerra contempla a relação bélica entre Estados beligerantes sob duas vertentes: os procedimentos para a entrada e saída da guerra de acordo com o direito internacional (*jus ad bellum*) e o do comportamento em face das pessoas e bens envolvidos em uma situação de conflito armado (*jus in bello*). (SWINARSKI, 1990).

Na esfera do *jus ad bellum* sobressaiu a doutrina da “guerra justa” que buscava justificar a entrada do Estado em guerra por razões consideradas legítimas. A sua origem remonta à antiga Roma, quando as corporações de

⁴⁴ A guerra no sentido material acontece independente dos atos formais, baseada apenas na existência das hostilidades entre as partes, mesmo na ausência da declaração de guerra. (DINSTEIN, 2004b).

⁴⁵ Segundo Dinstein (2004b, p.17):

“A força é extensiva quando é aplicada (i) territorialmente, dentro de determinado espaço terrestre ou marítimo; (ii) temporalmente, dentro de um período prolongado de tempo; (iii) quantitativamente, vinculando operações militares maciças ou de grande quantidade de poder de fogo; (iv) qualitativamente, impondo extensiva destruição. (...) geralmente apenas a combinação de todos os quatro criará um quadro claro da natureza das hostilidades”.

⁴⁶ Desde os tempos mais remotos já era comum o entendimento de que os próprios Estados deveriam submeter suas ações bélicas a um regime de direito, respeitando os fundamentos basilares da convivência internacional, para que não assumissem a dimensão de completa barbárie. (SWINARSKI, 1990).

⁴⁷ O uso da força sempre esteve sujeito a uma determinada regulamentação, como, por exemplo, no código de MANU (200 A.C. a 200 D.C.) constam normas relativas aos prisioneiros de guerra. (MELLO, 2004a).

sacerdotes denominadas “fetiales” eram responsáveis, dentre outras obrigações, por estabelecer a distinção entre a “guerra justa” (*bellum justum*) e a “guerra injusta” (*bellum injustum*). (DINSTEIN, 2004b).

Segundo Cícero (1913) poderia ser incluído no código dos “fetiales” que a guerra para ser considerada justa deveria ser precedida de uma notificação formal e de uma declaração oficial.

Durante a idade média, Agostinho (1960) reviveu a doutrina do *bellum justum* em sua obra *De Civitate Dei Contra Paganos*, ao reconhecer que a guerra era um fenômeno lamentável, entretanto a agressão injusta do adversário impunha a necessidade de se promover a “guerra justa”.

Posteriormente, Aquino (1972, p. 80-3) expandiu a doutrina da “guerra justa” ao estabelecer que ela deveria satisfazer a três condições essenciais:

“(i) a guerra não deveria ser conduzida particularmente mas sob a autoridade de um príncipe (*auctoritas principis*); (ii) deveria haver uma causa justa para a guerra; e (iii) não bastaria ter uma causa justa sob um ponto de vista objetivo, mas seria necessário ter a intenção correta (*intentio recta*) para promover o bem e evitar o mal”.

No final da idade média, com o advento na Europa do direito internacional moderno, os principais juristas e teóricos da época introduziram, no sistema jurídico internacional, a doutrina religiosa (católica) de que apenas uma guerra justa era permitida. Houve, nesse período, uma expansão acentuada do catálogo de guerras justas, sendo para isso necessário estabelecer uma lista de causas justas de guerra, marcada pela parcialidade de seus respectivos autores. (DINSTEIN, 2004b).

Os teólogos e canonistas medievais recorriam a Igreja Católica para sanar qualquer disputa na interpretação ou aplicação da guerra justa. Com a secularização e a respectiva incorporação dessa doutrina pelo direito internacional tornou-se aparente a ausência de uma autoridade imparcial para examinar a justiça da causa das guerras em curso. Como consequência diversos autores passaram a considerar a possibilidade de antagonistas no mesmo conflito lutarem por uma causa justa. (DINSTEIN, 2004b).

Segundo Gentili⁴⁸ (2006), o direito internacional não pode ser baseado em crenças religiosas, ideais morais ou sistemas filosóficos, pois essas fontes

⁴⁸ Dentre os diversos escritores que escreveram sobre o DICA e contribuíram para a sua disseminação no mundo, destaca-se o professor da Universidade de Oxford Alberico Gentili,

são incertas e divergentes, tornando-se, por esta razão, incapazes de fornecer instrumentos regulatórios para as relações internacionais.

Essa percepção apontada por Gentili foi consolidada com o advento do conceito de Estado-Nação. Nesse momento, os laços que existem entre o progresso das regras de guerra e o desenvolvimento do direito internacional, como conjunto de normas das relações internacionais chegaram a sua forma clássica. (SWINARSKI, 1990).

No século XIX a doutrina da guerra justa foi paulatinamente abandonada, concedendo espaço à convicção, que se tornou predominante nesse período e no início do século XX, de que todo Estado tinha o direito intrínseco e soberano, protegido pelo direito internacional, de entrar em guerra no momento que julgasse oportuno. (DINSTEN, 2004b).

Embora no século XIX a tentativa de diferenciar as guerras justas e injustas tenha perdido o ímpeto, no século XX, Kelsen (1952) resgata o conceito de guerra justa, ao postular que a guerra para ser legítima deveria representar uma resposta legal (sanção) ao não cumprimento do direito internacional por parte de um Estado. Com a proibição do uso da força prevista na Carta das Nações Unidas, sua teoria foi adaptada de forma a considerar legítima apenas a guerra desencadeada como resposta a uma guerra ilegal gerada pela outra parte agressora.

No cenário mundial, os primeiros movimentos no sentido de limitar a liberdade estatal de declarar a guerra surgiram durante as Convenções de Paz de Haia, em 1899 e 1907 respectivamente. O artigo 2º de ambas as convenções, para a Solução Pacífica das Disputas Internacionais, estabeleceu que as altas partes contratantes, em caso de controvérsia séria, deveriam recorrer às instituições ou à mediação de Estados amigos, antes de fazerem um apelo às armas. (CICV, 2001).

A Convenção de Haia de 1907 estabeleceu em seu artigo 1º, relativo à limitação da Aplicação da Força para a Recuperação de Dívidas Contratuais, que as partes contratantes não recorreriam ao emprego da força armada para a recuperação de dívidas contratuais, a menos que o Estado devedor rejeitasse

autor do clássico da literatura internacionalista *De Iure Belli Libri Tres*, publicado em 1598. Nessa obra, ele deixou transparente que a sua pesquisa resumiu-se especificamente ao *jus gentium bellicum*, ou seja, foi direcionada para as fontes de direito que regulamentam a guerra.

a oferta de arbitramento internacional, de acordo preventivo sobre um compromisso ou se negasse a cumprir a decisão arbitral. (CICV, 2001).

Em 1928, o Tratado Geral para a Renúncia da Guerra como instrumento de Política Nacional, conhecido como Pacto *Kellogg Briand*⁴⁹, representou um marco na legislação do emprego da força interestatal. No seu artigo 1º as altas partes contratantes declararam que “condenavam o recurso à guerra para a solução de controvérsias internacionais e renunciavam a ela como instrumento de política nacional em suas relações externas”. No artigo subsequente elas concordaram que a solução para uma eventual contenda entre elas “nunca deveria ser alcançada senão por meios pacíficos”.

No atual Estado de Direito que fundamenta as relações internacionais, particularmente após a criação da ONU, os Estados perderam a capacidade legal de emprego da força para a resolução de seus litígios. Segundo Cassese (1986) perduram ainda algumas exceções para o recurso à força armada:

- a guerra de legítima defesa consagrada no artigo 51 da carta das Nações Unidas como o direito de defesa de um Estado contra uma agressão bélica externa;

- as medidas de segurança coletiva previstas no capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que podem ser adotadas contra um Estado que venha a ameaçar a paz e a segurança internacionais.

Com o desaparecimento do *jus ad bellum*⁵⁰ é lógico considerar que as duas vertentes principais do *jus in bello* denominadas por razões históricas como “Direito de Haia”, que visa limitar o recurso a determinados métodos e meios de combate nas hostilidades, e o “Direito de Genebra”, com o foco na proteção das vítimas dos conflitos, constituem a parcela vigente do DICA, definido por Swinarski (1984, p.18) como:

“(…) um conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados internacionais e não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito escolherem livremente os métodos e os meios utilizados na guerra (Direito de Haia), ou que protege as pessoas e os bens afetados (Direito de Genebra)”.

⁴⁹ Cf. Kellogg-Briand Pact 1928, disponível em: <<https://www.uni-marburg.de/icwc/dateien/briandkelloggpackt.pdf>>. Acesso em: 09 abril de 2014.

⁵⁰ Salvo as exceções supracitadas por Cassese.

Posteriormente, a contribuição dos órgãos internacionais, particularmente da ONU, em matéria de limitação das armas deu origem a uma nova corrente complementar, denominada “Direito de Nova York”⁵¹. Essa corrente difere do Direito de Haia, que contempla o uso das armas nas situações bélicas, pois é mais abrangente ao tender “(...) a limitar, controlar e determinar a produção, a estocagem, o deslocamento, e inclusive a destruição das mesmas.” (SWINARSKI, 1990, p.32).

A evolução do Direito internacional dos conflitos armados tem demonstrado o compromisso pragmático da sociedade internacional com os assuntos humanitários. Essa vertente do DI ocupou-se em proporcionar, cada vez mais, uma maior proteção aos combatentes *hors de combat* e aos não-combatentes, trazendo mais humanidade aos conflitos armados. Desta feita, a ideia de que a guerra é baseada em violência indiscriminada apresenta a violência como um fim em si mesma, tornando, portanto, esse conceito antiético, contrariando o entendimento de que seu foco verdadeiro é alcançar objetivos políticos (SOLIS, 2010).

Swinarski (1990) aponta três funções principais para o DICA. A primeira consiste em organizar as relações entre os Estados que se encontram em uma situação de conflito armado. Os limites que são estabelecidos para a atuação dos órgãos estatais envolvidos, nesse contexto, caracterizam a função preventiva do direito humanitário. Finalmente a função protetora que versa sobre o amparo às pessoas humanas, e permite ao DICA postular a primazia da proteção específica da pessoa humana, no universo do corpo de normas internacionais, dentro da cronologia do desenvolvimento do DI.

Embora o trabalho em tela esteja focado no DICA, convém salientar que o advento dos Direitos Humanos (DH) na normativa internacional, a partir da Carta das Nações Unidas de 1945, cujo catálogo metódico foi enunciado na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, constituiu um ramo autônomo do Direito Internacional Público. (TRINDADE, 1987).

Todavia, Lauterpacht (1947) destaca que na primeira época de coexistência entre os direitos humanos e o direito internacional dos conflitos armados foram registradas algumas controvérsias sobre o posicionamento de

⁵¹ Também conhecido como “Direito do Desarmamento”.

ambos no corpo do direito internacional, bem como sobre suas inter-relações. Serão apresentados, na sequência, os principais pontos de convergência e divergência entre esses dois ramos do DI.

No âmbito do DICA os Estados são os titulares dos direitos, não obstante as pessoas humanas serem os beneficiários da normativa humanitária. Por outro lado, na esfera dos DH, os indivíduos gozam de direitos próprios e das suas respectivas titularidades, constituindo-se em sujeitos deste ramo do DI no mesmo patamar que os Estados. (SWINARSKI, 1990).

O propósito dos DH é possibilitar a cada indivíduo o seu desenvolvimento como pessoa, protegendo-o da eventual arbitrariedade do Estado ou da exacerbação pelo mesmo do conceito de soberania. Já o DICA tem como finalidade basilar a salvaguarda da integridade pessoal em uma situação de conflito armado. Conquanto visem à proteção da pessoa humana, diferem nos seus propósitos, possibilitando a constatação de que seus respectivos âmbitos de aplicação *ratione materiae* sejam diferentes. (SWINARSKI, 1990).

No tocante à temporalidade o DICA é um direito de exceção, de urgência, que aplica-se em uma situação de ruptura da ordem jurídica internacional (ou doméstica no caso de conflito não-internacional), enquanto os direitos humanos aplicam-se majoritariamente em tempo de paz, embora alguns deles sejam inderrogáveis em qualquer circunstância⁵².

Os Direitos Humanos e o DICA possuem uma relação complementária “(...) do ponto de vista da aplicabilidade das normas de proteção da pessoa humana e do âmbito confluyente dos efeitos jurídicos que são aptos a proporcionar”, embora representem vertentes distintas do Direito Internacional Público. (SWINARSKI, 1990, p.94).

Pode-se inferir que não é possível precisar a origem exata do DICA, na medida em que ele veio evoluindo junto com o conceito de guerra, sendo regido inicialmente por condutas e princípios, que foram aos poucos se materializando em leis e tratados reconhecidos no âmbito da comunidade internacional. É importante destacar que ele está consolidado como um ramo autônomo do DI e muitas das leis que o compõem, atualmente, tem um caráter

⁵² Observação que consta no estudo preparado pela *International Commission of jurists – States of Emergency: their impact on human rights*, Genebra, 1983.

consuetudinário, não havendo a necessidade do país ser oficialmente signatário de um tratado específico, para ter o dever de observar o cumprimento dos seus preceitos.

3.1.2 A Classificação dos Conflitos Armados à luz do DICA

Na visão de Gentili (2006) a Guerra era a justa contenda de armas públicas, onde o instrumental das armas estava presente. Era fundamental que ela fosse pública, não podendo ser considerada guerra uma contenda entre entes privados.

Do ponto de vista histórico a dicotomia “interior- exterior” de um conflito armado sempre existiu. O conflito era exorcizado ao máximo para o interior, todavia amplamente reconhecido no que concerne ao exterior, sob a forma de guerra internacional. Esta era vista como um fenômeno inevitável da política e como tal legitimada segundo amplos critérios de justiça, com a exceção das guerras de religião. Por outro lado, a guerra civil era inimistada e deveria ser a todo custo prevenida ou suprimida. (GENTILI, 2006).

A evolução do direito internacional aliada ao início da institucionalização da sociedade internacional fez com que a guerra deixasse de ser vista como uma sanção, ou como um modo violento de solução de litígios entre Estados, para tornar-se um ilícito, sendo considerada como o estágio mais grave nas relações internacionais. (MELLO, 2004b).

É importante ressaltar que nem todos os conflitos armados caracterizam a materialização do estado de guerra. Alinhado com esse entendimento, Mello (2004b) afirma que em situações nas quais essa conjuntura não seja formalmente reconhecida pelos partidos beligerantes, os terceiros Estados não são obrigados ao estatuto da neutralidade, não são suspensos ou rompidos os tratados internacionais, nem há, necessariamente, o rompimento das relações diplomáticas.

A guerra é um status jurídico que foi definido, fruto da sua evolução ao longo dos séculos, enquanto o conflito armado representa uma noção humanitária. Conquanto exista esta diferenciação, a proteção e o respeito da dignidade humana deve vigorar em ambos os casos, à luz do DICA, cujas

normas não podem ser violadas, mesmo que os Estados envolvidos não tenham ratificado os tratados. (MELLO, 2004b).

A existência de um conflito armado nem sempre é de fácil constatação. Jinks (2006) lembra que as convenções de Genebra não apresentam uma definição precisa e cogente de conflito armado. O autor destaca que evidências substanciais sugerem que os artificios das Convenções, propositalmente, evitaram uma formulação rígida desse conceito que pudesse limitar a aplicação desses tratados.

Para Solis (2010), não há uma regra mestra, ou uma fórmula para determinar a existência de um conflito armado em progresso, todavia com um entendimento básico e uma modesta tolerância para ambiguidade é possível realizar uma avaliação ponderada a respeito da vigência ou não de um conflito.

A Corte de Apelação do Tribunal Internacional Criminal para a Antiga Iugoslávia (ICTY) formulou uma proposição a respeito da existência de um conflito armado, sempre que se recorresse ao emprego de força armada entre dois países ou vigorasse um estado de violência armada prolongado entre autoridades governamentais e grupos armados organizados, ou entre esses grupos dentro de um mesmo Estado.⁵³

Anteriormente às Convenções de Genebra de 1949, o direito consuetudinário internacional e dos tratados eram aplicados sem referência ao status do conflito. Atualmente essa diferenciação da natureza do conflito avulta de importância, particularmente para as leis relativas a atrocidades e outras graves violações (GREEN, 2000).

A presente subseção tem como objetivo conceituar os conflitos armados internacionais e não internacionais, e apresentar uma proposta de entendimento sobre os fatores que caracterizam a ocorrência de um conflito armado, bem como estabelecer um referencial que possa balizar o status desse conflito, baseado no direito consuetudinário internacional, nas leis e tratados que versam sobre o DICA e na jurisprudência estabelecida pelos tribunais internacionais.

⁵³ ICTY - *Prosecutor v Tadic* - Caso IT - 94 -1 – A. Decisão da Moção para a Apelação Interlocutória sobre Jurisdição (02 Out 1995) – parágrafo 70.

3.1.2.1 Conflitos Armados Internacionais

A categorização dos conflitos armados internacionais está definida no Artigo 2º comum às Convenções de Genebra:

“a presente convenção irá aplicar-se em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que possa surgir entre duas ou mais Altas Partes Contratantes, ainda que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas.” (CICV, 1992).

Solis (2010) cita como exemplo de conflitos internacionais a 2ª Guerra Mundial, a Guerra da Coreia e o conflito do Vietnã, situações onde dois ou mais países estiveram envolvidos, devendo-se aplicar as quatro Convenções de Genebra de 1949 e o Protocolo Adicional I de 1977, pelos países que os ratificaram.

O artigo 1.3 do Protocolo Adicional I estabelece que o referido protocolo complementa as Convenções de Genebra e deve ser aplicado nas situações referenciadas no artigo 2º comum a estas convenções, portanto pertinente aos conflitos internacionais. (CICV, 1998).

Convém salientar que o artigo 1.4 do Protocolo Adicional I estabelece que nas situações estabelecidas no artigo 2º comum das Convenções de Genebra estão incluídos:

“os conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas no exercício do direito dos povos à autodeterminação, consagrado na Carta das Nações Unidas...”. (CICV, 1998).

Existem situações em que a caracterização de um conflito internacional não depende apenas da existência de hostilidades entre integrantes de forças armadas de dois países. A classificação de uma ação militar como um ato de guerra, ou como apenas um incidente isolado, depende de como os Estados antagonistas avaliam uma determinada situação. (DINSTEIN, 2004b).

Geralmente um incidente armado, mesmo envolvendo dois Estados, não é suficiente para configurar um conflito internacional sob a perspectiva do artigo 2º comum às Convenções de Genebra. Todavia, caso uma das partes envolvidas decida por um engajamento bélico em uma escala maior, a outra não poderá evitar o desdobramento de um conflito armado. (SOLIS, 2010).

Uma outra situação recorrente no cenário globalizado é a “transformação” de um conflito não-internacional em internacional⁵⁴. O ICTY, no caso *Prosecutor v Tadic*, estabeleceu que um conflito de natureza interna pode tornar-se internacional quando um Estado intervém no conflito por intermédio de suas tropas, ou, alternativamente, alguns dos participantes do conflito interno atua em nome de outro Estado.⁵⁵

Para Dinstein (2004b, p.12) o caráter fundamental de um conflito armado internacional ou não internacional “depende do grau de envolvimento de um Estado estrangeiro nas hostilidades voltadas ao governo central de um determinado Estado”.

Sobre essa hipótese da internacionalização do conflito, Solis (2010) busca estabelecer um parâmetro mais concreto ao afirmar que a assistência financeira externa ou o suporte logístico para um movimento rebelde não é suficiente para internacionalizar o conflito, a menos que o Estado estrangeiro exerça o controle absoluto sobre o grupo rebelde.

O grau de intervenção externa necessária para caracterizar que um conflito foi internacionalizado é subjetivo, mas fundamental para delimitar o arcabouço legal pertinente à situação em análise. Existem determinadas jurisprudências estabelecidas por algumas cortes internacionais que merecem destaque ao abordar-se essa questão.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), no caso referente às ações militares e paramilitares contra o governo da Nicarágua, estabeleceu que o conflito entre “os Contras” e as Forças Armadas Nicaraguenses era de caráter não-internacional. Por outro lado, as ações dos EUA na Nicarágua e contra esse país deveriam ser reguladas pelas normas relacionadas com os conflitos internacionais.⁵⁶

⁵⁴ A guerra de independência de Israel iniciou em novembro de 1947 como uma guerra civil entre as populações árabes e judias do Mandato britânico. Com a declaração de independência de Israel e a conseqüente invasão do seu território por cinco Estados árabes soberanos a guerra tornou-se internacional. (DINSTEIN, 2004b).

⁵⁵ ICTY – *Prosecutor v Tadic*, Caso IT – 94 – 1 – A, julgamento em 15 de julho de 1999b, parágrafo 84.

⁵⁶ CIJ – Relatório 14, 1986, parágrafo 219.

A CIJ concluiu que os EUA não exerceram controle suficiente sobre “os Contras”, em todos os campos, para que o movimento fosse considerado como um órgão a serviço do governo norte-americano para propósitos legais.⁵⁷

Nesse interim, a CIJ estabeleceu um limiar para se determinar o grau de controle necessário por parte dos EUA nesse caso. Para tanto a corte considerou que apesar da participação preponderante ou decisiva dos EUA, financiando, organizando, treinando, suprindo e equipando “os contras”, realizando a seleção dos alvos militares ou paramilitares e conduzindo o planejamento de todas as operações, ainda assim as evidências eram insuficientes para considerar os EUA responsáveis pelos atos cometidos pelos “contras”, que violaram o direito internacional dos conflitos armados.⁵⁸

Pode inferir-se que, na visão da CIJ, a despeito de todo o apoio proporcionado pelo governo norte-americano aos “contras”, para que os EUA fossem responsabilizados legalmente, e desta forma alterando o status do conflito para internacional, deveria ser comprovado que os EUA dirigiram ou coagiram a realização dos atos que violaram os direitos humanos e as normas do DICA, perpetrados pelos “Contras”.⁵⁹

3.1.2.2 Conflitos Armados Não internacionais (CANI)

Durante a Idade Média, ocorreram guerras entre nacionais de um mesmo reino (guerras privadas) ou entre Estados (guerras públicas). À luz do direito internacional, esta distinção é relevante, pois o seu foco recai apenas na segunda classificação, enquanto as guerras privadas só despertam o interesse, quando ameaçam a paz internacional, ou são analisadas segundo uma perspectiva humanitária. (MELLO, 2004b).

Uma difícil questão, presente em vários cenários globais da atualidade, reside na caracterização de um conflito armado como não-internacional. A tendência uniforme dos países, em cujos territórios ocorrem hostilidades, é

⁵⁷ Ibidem, parágrafo 109.

⁵⁸ Ibidem, parágrafo 115.

⁵⁹ Embora os EUA não tenham sido responsabilizados legalmente pelas violações do DICA perpetradas pelos “contras”, a CIJ considerou que o Estado norte-americano deixou de cumprir o previsto no artigo VIII da Convenção de Haia de 1907. Essa violação deveu-se ao fato dos EUA não terem emitido um alerta ou notificação da presença de minas, que foram depositadas próximos ao porto da Nicarágua, constituindo uma violação do DICA. (Ibidem, parágrafos 215 e 254).

retratar a situação para comunidade internacional como um mero distúrbio interno.

Este mecanismo de defesa visa à preservação da moderna noção de soberania nacional, cuja origem remonta à Paz de Westfália (1648). O princípio da soberania, cunhado naquela ocasião, repousa sobre a ideia de que nenhum Estado pode intervir em assuntos de caráter doméstico de seus pares.

Ainda hoje, quando se fala de uma era de cooperação⁶⁰ e não mais de coexistência, os Estados se agarram ao princípio da soberania e mascaram a gravidade e a intensidade real das violações em curso em seu território. Dessa forma, conferem à situação um caráter interno, evitando, assim, a ocorrência de possíveis intervenções externas e o exercício da jurisdição universal⁶¹ sobre os crimes cometidos sob essas condições em seu território.

O poder opressivo de um Estado soberano, revelado durante períodos de conflitos armados, foi desnudado durante a Segunda Guerra Mundial. Na ocasião, ficou latente a falta de mecanismos internacionais de proteção adequados para proporcionar segurança à população civil, vítima de barbáries sem precedentes.

A comunidade internacional foi unânime ao reconhecer que atrocidades como aquelas cometidas pelos nazistas não poderiam se repetir em conflitos futuros de natureza internacional ou doméstica. Nesse sentido, os artifices das Convenções de Genebra concluíram que deveria haver um mínimo de proteção humanitária para as vítimas de conflitos armados internos.

Entretanto, não obstante o desinteresse político dos Estados em reconhecer o tipo de conflito em andamento nos limites do seu território, o DICA prevê expressamente o enquadramento legal dos conflitos de natureza não-internacional, bem como os bens jurídicos a serem protegidos em tal hipótese.

⁶⁰ Segundo Amaral Junior (2011, p. 657-658), com a formação do moderno sistema de Estados surge como problema majoritário o gerenciamento da convivência entre unidades políticas soberanas por intermédio de regras comuns de abstenção. Nesse contexto, o autor ressalta o advento do direito internacional de cooperação e do direito internacional de solidariedade que:

“reúnem normas positivas, comandos que se resumem a prescrever ações, ao invés de impor omissões. Desejam a mudança mais do que a estabilidade ao definir comportamentos, estipular metas e ao distribuir custos e benefícios.”

⁶¹ Cf. seção 3.4.5.2 As Graves Violações do DICA e a Jurisdição Universal.

O Artigo 3º Comum às quatro Convenções de Genebra (CG)⁶², de 1949, é aplicado a casos de conflitos armados internos definidos como conflitos de caráter não-internacional em andamento dentro do território de uma alta parte contratante. Segundo Solis (2010), essa definição se aplica às situações em que dentro de um Estado ocorre um conflito em que os opositores do governo não pertencem às Forças Armadas de outro país.

O referido dispositivo legal é o único artigo das Convenções de Genebra tratante dos conflitos armados internos. Ele tem o mérito de ser simples e claro, além de possuir a vantagem adicional de ter aplicação automática independente de condições de reciprocidade. Por possuir uma concepção mais genérica, sua observância não depende de discussões sobre a natureza do conflito, focando nos princípios das Convenções e não na aplicação de cláusulas específicas. (SOLIS, 2010).

Apesar do seu texto expressar que o artigo refere-se apenas aos conflitos armados não internacionais, devido ao caráter básico de suas normas humanitárias, já firmou-se o entendimento de que deve ser aplicado,

⁶² “Em caso de conflito armado de caráter não – internacional que ocorra em território de uma das Altas Partes Contratantes, cada uma das partes em conflito deverá aplicar, pelo menos, as seguintes disposições:

1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, 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.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios;

b) A tomada de reféns;

c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;

d) As condenações proferidas e as execuções efectuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às partes no conflito.

As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor, por meio de acordos especiais, todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção.

A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito.” (CICV, 1992, p. 19-20).

igualmente, para os conflitos internacionais, conforme estabelecido pela CIJ no caso da Nicarágua.⁶³

O estudo dos *Travaux Préparatoires* das Convenções de Genebra demonstra que havia um consenso em se excluir algumas situações internas do escopo do artigo 3º comum, particularmente as referentes à desordem e anarquia. Este entendimento foi mantido na versão final do Protocolo Adicional II relativo à proteção de civis em conflitos armados não internacionais, de 1977, em seu artigo 1.2. (HAYE, 2008).

O Protocolo Adicional II, portanto, não é aplicado a situações de distúrbios internos e tensões, tais como greves e atos isolados de violência. Seu objetivo é desenvolver e complementar o Artigo 3º Comum, sem modificar suas condições de aplicação, previamente estabelecidas. Todavia o escopo de aplicação do Protocolo Adicional II é muito mais restritivo que o estabelecido nas Convenções de Genebra.

Este instrumento estabelece em seu artigo 1º que o conflito armado interno é aquele que

“ocorre no território de uma alta parte contratante, entres suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou outros grupos armados organizados, os quais sob um comando responsável exercem controle sobre parte do seu território e são capazes de conduzir operações militares e implementar este protocolo”.⁶⁴

Conforme estabelecido na redação de seu texto, o Protocolo Adicional II somente se aplica a conflitos entre forças governamentais e grupos armados dissidentes e não entre grupos armados dessa última natureza. Tampouco consta a exata definição acerca do tamanho da porção do território que deve estar sob controle do grupo armado em questão, ou a duração desse domínio.

A contribuição trazida pelo PAII foi a retirada de parcela da subjetividade que envolve o conceito de conflito armado não-internacional, todavia aplica-se apenas a uma reduzida categoria de conflitos de alta intensidade, dentro de um universo maior coberto pelo Artigo 3º Comum das CG.

Pictet (1952, p. 49-50), em seus comentários sobre as Convenções de Genebra, sugeriu quatro condições para tornar aplicável o Artigo 3º Comum:

- a) A parte envolvida deve possuir uma força militar organizada, uma autoridade responsável por seus atos, atuando dentro de um

⁶³ CIJ – Relatório 14, 1986, parágrafo 114.

⁶⁴ Artigo 1.1 do Protocolo Adicional II de 1977 às Convenções de Genebra de 1949.

- determinado território e dispondo dos meios para respeitar e assegurar o respeito pelas convenções.
- b) O governo regular é obrigado a ter recorrido às forças militares regulares contra insurgentes organizados como militares e de posse de parte do território nacional.
 - c) O governo *de jure* reconheça os insurgentes como beligerantes ... que a disputa tenha sido admitida na agenda do CSNU ou da AGNU como sendo uma ameaça à paz internacional ...
 - d) Os insurgentes devem possuir uma organização que aspire ter as características de um Estado. A autoridade civil insurgente deve exercer *de facto* autoridade sobre pessoas dentro de um determinado território.

No entanto, deve-se frisar que, raramente, essas condições são identificadas simultaneamente. A multiplicidade de barreiras reflete a dificuldade das negociações multinacionais e compromissos que produziram originalmente o artigo 3º comum. (SOLIS, 2010).

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII), por sua vez, estabeleceu uma base para a diferenciação entre os conflitos armados baseados no Artigo 3º Comum e outras formas de violência interna.

Segundo o tribunal, um teste formulado para a definição de um conflito armado com bases no Artigo 3º Comum está focado em dois aspectos do conflito: a sua intensidade e a organização das partes envolvidas. Por conseguinte, a utilização desses dois critérios permite diferenciar um conflito armado de atos de banditismo, insurreições desorganizadas e de limitada duração e atos terroristas que não ensejam a aplicação das normas e princípios do DICA.⁶⁵

O CICV, posteriormente, corroborando com o entendimento proposto pelo TPII para a caracterização de um conflito não-internacional, formulou o seguinte conceito para os conflitos desta natureza:

“confrontações armadas prolongadas ocorrendo entre forças armadas governamentais e forças de um ou mais grupos armados, ou entre esses grupos surgindo dentro do território de um Estado. A confrontação armada deve atingir um nível mínimo de intensidade e as partes envolvidas no conflito devem mostrar um mínimo de organização”.⁶⁶

⁶⁵ TPII. “*Prosecutor v Tadic*”. Caso IT - 94 -1 - T, julgamento em 07 de maio de 1997, parágrafo 562.

⁶⁶ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, *Artigo 3º Comum às quatro Convenções de Genebra de 1949*. Disponível em: <http://www.icrc.org/por/resources/documents/treaty/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm>. Acesso em 13 Dez 2012.

O Estatuto de Roma ao abordar os crimes de guerra, instituiu no seu artigo 8, (2), *f* uma outra definição para os conflitos armados não internacionais, estabelecendo sua aplicação, *in verbis*:

“aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.”⁶⁷

Para Jelena Pejic (2011), Assessora Legal da Divisão Jurídica do CICV, esta é a mesma abordagem do artigo 3º comum às CG, não havendo nenhuma intenção de criar-se um novo conceito de conflito não-internacional.

Existe um problema sensível ao se impor um regime regulatório externo como o preconizado no artigo 3º comum, mesmo respaldado por um objetivo nobre de proteger a vida humana. Muitos governos, particularmente, os de nações em desenvolvimento visualizam esta tentativa de regulação internacional como um possível pano de fundo para uma intervenção estrangeira.

Não obstante o DICA prever o enquadramento legal dos conflitos não internacionais, a falta de uma precisa definição acerca dessa questão aliada à ausência de um mecanismo para monitoramento e imposição da aplicação do Artigo 3º Comum, permite que Estados em cujos territórios se desenvolvam graves hostilidades, possam argumentar que se tratam apenas de distúrbios internos e não alcançam a dimensão de um conflito armado.

A questão do reconhecimento formal de um estado de beligerância em um contexto não-internacional é sensível, pois implica que as partes envolvidas, sejam elas atores estatais ou não-estatais, possam estar vinculadas ao DICA devendo respeitar suas previsões. Confirmada a natureza do conflito como sendo um CANI, a personalidade internacional do grupo rebelde será reconhecida e legitimada, passando a responder internacionalmente em caso de violações, ao mesmo tempo que gozará da proteção legal proporcionada pelo DICA. (SOLIS, 2010).

⁶⁷PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. “Estatuto de Roma”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 25 Ago 2012.

Entretanto, como já mencionado anteriormente, o reconhecimento oficial de um conflito armado não-internacional que enseja a aplicação das leis do DICA para todas as partes envolvidas, dificilmente será formalizado pelo país em que se desenvolvem as hostilidades.

Este fato nos leva a um questionamento complementar a respeito de quem teria a autoridade legítima para, no caso de uma flagrante inércia de um Estado em reconhecer a existência de um conflito armado em seu próprio território, oficializar o status desse conflito.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), reconhecido nas Convenções de Genebra como órgão legítimo para conduzir ações humanitárias em países em conflito e promover o DICA, no âmbito da comunidade internacional, dificilmente se manifesta quanto à natureza de determinado conflito⁶⁸. Esta postura visa a evitar que medidas de oposição do governo anfitrião não recaiam sobre suas atividades, manifestas em ações que inviabilizem a entrada/permanência dos assistentes humanitários em seu território. Deve-se frisar que a atuação do CICV é reconhecida internacionalmente como neutra e imparcial.

O Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) talvez pudesse ser considerado o órgão adequado, para, através das suas resoluções, reconhecer a existência de um conflito armado não-internacional. Ocorre que tal prerrogativa não está formalmente estabelecida em nenhum tratado internacional do DICA.

Constata-se, então, que, além das variantes em torno da definição legal a ser aplicada ao caso concreto, o não reconhecimento por parte do Estado de que um CANI está em andamento em seu território enseja o questionamento acerca de quem tem a legitimidade para formalizar tal reconhecimento. Este impasse ainda permanece em aberto, entretanto a jurisprudência internacional já estabeleceu mecanismos que permitem conceituar objetivamente um CANI e caracterizar a sua existência.

⁶⁸ Contrariando a sua postura usual, o CICV manifestou-se sobre a situação da Síria, por intermédio de uma declaração oficial, considerando que as hostilidades que ocorreram no ano de 2012 remontavam a um conflito armado de caráter não-internacional. Disponível em: <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/update/2012/syria-update-2012-07-17.htm>>. Acesso em 06 Dez 2012.

3.1.2.3 CANIs e Crimes de Guerra

Um outro ponto controverso a ser aqui tratado é se os conflitos armados não internacionais estão limitados à aplicação do Artigo 3º Comum, em detrimento das demais normas das Convenções de Genebra. Exemplificando, de acordo com esse entendimento, em um conflito armado não-internacional não existe o conceito de prisioneiro de guerra - tal como previsto na IV Convenção de Genebra - por não constar sua previsão na redação do Artigo 3º Comum.

Partindo desse pressuposto, não haveria infrações graves e crimes de guerra⁶⁹ nos conflitos internos, na medida em que estas violações se aplicariam apenas a um contexto de conflito internacional, devendo ser observadas apenas a legislação doméstica do Estado onde ocorrem as hostilidades.

Entretanto, segundo Solis (2010), na última década houve um reconhecimento internacional de que o conceito de crimes de guerra e infrações graves deve ser aplicado igualmente aos conflitos internos.

Sobre essa questão, a Câmara de Apelação do TPII expressou o entendimento de não haver dúvidas sobre o fato das violações do DICA aludirem à responsabilidade criminal individual, independente do status do conflito em que foram cometidas. Para esse órgão, princípios e normas humanitárias refletem considerações elementares sobre humanidade, amplamente reconhecidas como obrigações mínimas para a conduta em conflitos armados de qualquer natureza.⁷⁰

Na mesma decisão, em uma opinião separada, o segundo juiz Abi-Saab reforçou esse pensamento ressaltando que um dos méritos da decisão estava no enquadramento das “graves infrações” no universo das sérias violações das leis consuetudinárias humanitárias. Desta forma, estaria posicionando o estatuto do Tribunal alinhado com a corrente moderna que apregoava o

⁶⁹ Palma (2011, p. 128): “As infrações graves (*grave breaches*) às Convenções de Genebra e aos seus Protocolos são consideradas crimes de guerra.” E crimes de guerra são, por sua vez, definidos no Estatuto de Roma como graves violações das leis e costumes aplicáveis a conflitos armados internacionais e não internacionais, ver artigo 8º.

⁷⁰ TPII - *Prosecutor v Tadic* - Caso IT - 94 -1 – A. Decisão da Moção para a Apelação Interlocutória sobre Jurisdição (02 Out 1995) – parágrafo 94.

reconhecimento da identidade essencial do regime legal das violações para ambos os ramos (internacional e não-internacional) do *jus in bello*.⁷¹

La Haye (2008) corrobora esse entendimento ao expressar que o sério caráter das violações das leis da guerra cometidas durante conflitos armados internos, aliado à ineficiência das jurisdições domésticas ao lidar com esses crimes urge a aplicação do conceito de crimes de guerra em conflitos armados dessa natureza. Para o autor, essa visão não é apenas desejável, todavia crucial para conter o fenômeno da impunidade atrelado às sérias violações das leis humanitárias nos conflitos armados internos.

O Estatuto de Roma reforça esse pensamento ao elencar no seu artigo 8, subparágrafos 8.2 (c) e (e) dezesseis “sérias violações”, na sua maioria “graves infrações” ou crimes de guerra, que podem ocorrer em conflitos internos regulados pelo Artigo 3º Comum às Convenções.

Na mesma linha, o manual britânico que versa sobre o DICA exorta que crimes de guerra em conflitos armados não internacionais ascenderam ao status de leis consuetudinárias internacionais⁷², embora os tratados regendo conflitos internos não contenham cláusulas a respeito das “graves infrações”. O manual afirma ser reconhecida, atualmente, a existência de uma crescente área de condutas consideradas como crimes em conflitos armados internacionais ou não internacionais. (UK, 2004).

Apesar de ainda pairarem dúvidas, no âmbito da comunidade mundial sobre esse entendimento, na prática internacional, cinquenta e quatro Estados já incluíram no seu ordenamento jurídico a previsão de constituir crime as sérias violações do DICA em conflitos internos (HAYE, 2008), além de tribunais internacionais como o TPII e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) já terem condenado indivíduos acusados de terem cometido crimes de guerra em conflitos não internacionais⁷³.

Para Solis (2010), nenhum sistema de leis é estático e se mudanças aumentam a proteção das vítimas de um conflito armado, impedindo a

⁷¹ Ibidem, opinião em separado do juiz Abi-Saab.

⁷² O manual de Direito Consuetudinário do CICV, volume I, estabelece em sua norma 156, que as sérias violações do DICA constituem crimes de guerra. O manual salienta, ainda, que de acordo com a prática dos Estados esta norma faz parte do Direito Consuetudinário Internacional e se aplica em situações de conflitos armado de natureza internacional e não-internacional. (CICV, 2005).

⁷³ O Estatuto do TPI incorporou todas as violações do DICA, nos CAI e CANI, como crimes de guerra.

impunidade e não contrariando outras leis do DICA, quaisquer argumentos contrários tornam-se débeis. Na visão do autor, embora discutível o seu caráter consuetudinário, é notório reconhecer que podem existir “graves infrações” e crimes de guerra em conflitos armados internos.

3.1.3 Os Conflitos Contemporâneos e seus Reflexos para o DICA

Ao ser analisada a evolução dos conflitos contemporâneos, constata-se que, na atualidade, a chamada guerra industrial, evento de massa, fruto de uma disputa internacional tal qual a maioria dos não combatentes a conhece, não existe mais. (SMITH, 2008). Por outro lado, identificam-se duas novas correntes de pensamento que trouxeram, em seu bojo, os conceitos de guerra de 4ª geração (G4G) e o da guerra moderna.

A grande diferenciação entre as correntes doutrinárias que adotam os modelos da guerra de 4ª geração e da guerra moderna reside no fato de que a primeira segue “a tendência de impor limites históricos definidos”, enquanto a segunda expressa a “crença de que os avanços modernos refletem mudanças fundamentais na natureza da guerra”. (SCHUURMAN, 2010, p. 49).

Nessa seção buscar-se-á apresentar as características marcantes dos conflitos contemporâneos, em particular os desenvolvidos no cenário pós-guerra fria, e os respectivos reflexos para a aplicação do DICA.

O termo guerra de quarta geração surgiu entre os estrategistas e planejadores militares no final da década de 1980, como uma forma de caracterizar a nova dinâmica e a futura direção da guerra. Esta comunidade postulou a evolução da guerra em algumas fases distintas. (HAMMES, 2005).

A primeira geração da guerra moderna está compreendida no período entre 1648 e 1860. Sua relevância residiu no ordenamento do campo de batalha, ocasião em que ficou bem evidenciada a distinção entre combatentes, pela utilização de fardamento e adoção de padrões característicos, e os civis. (BRASIL, 2009).

Esta geração caracterizou-se pelo emprego do princípio da massa, oportunidade em que foram empregados grandes efetivos organizados em formações padronizadas, particularidade esta bem ilustrada pelas campanhas napoleônicas. (PINHEIRO, 2009).

Com o advento das armas de retrocarga e das metralhadoras, as formações táticas tradicionais de linha e coluna tornaram-se obsoletas, gerando um desordenamento do campo de batalha. (BRASIL, 2009).

Como resposta a esse desalinhamento observado no campo militar ocorreu a transição para a 2ª geração de guerra. O pensamento que norteou esse período pode ser exemplificado pelo modelo francês, que buscou estabelecer uma sincronização do emprego da infantaria, dos carros de combate e da artilharia. (BRASIL, 2009).

Esta geração caracterizou-se pelo intensivo emprego do apoio de fogo, em particular da artilharia e das metralhadoras pesadas, cujo clímax materializou-se na guerra de trincheiras da 1ª Guerra Mundial. (PINHEIRO, 2009).

A guerra de 3ª geração originou-se do modelo alemão conhecido como a *blitzkrieg*, que privilegiou o conceito de manobra catalisado pela velocidade e surpresa nas operações. Nesta nova concepção de guerra identificou-se um maior destaque para a iniciativa das ações, rompendo com a tradicional disciplina hierarquizada do campo de batalha. Essa mudança da cultura organizacional dos Exércitos ficou bem ilustrada pelo conceito alemão da *auftragstaktik*, que priorizava o resultado final e não o método empregado. (BRASIL, 2009).

Por fim, a guerra de 4ª geração desenvolve-se em um cenário estratégico difuso, marcado pela imprevisibilidade e pela incerteza, onde as ameaças carecem de uma maior definição. A pluralidade de missões demanda um maior número de capacidades das tropas empregadas, na medida em que elas devem ser capazes de lidar com inimigos convencionais, irregulares e, igualmente, atuar em operações de assistência humanitária e de estabilização. (PINHEIRO, 2009).

Algumas características das gerações anteriores permanecem vigentes na G4G, entretanto um rol variado de mudanças foi delineado. Nesse novo contexto, a globalização tornou as fronteiras dos conflitos mais rarefeitas e novos atores não-estatais surgiram, retirando dos Estados o monopólio do controle da guerra.

As guerras dessa derradeira geração caracterizam-se pela assimetria entre os beligerantes. Esta particularidade não se refere apenas às

desigualdades em termos de potência bélica entre duas ou mais partes envolvidas em um conflito, mas salienta as diferenças nas formas de combate, distintas em seus respectivos desenvolvimentos e concepções. (BRASIL, 2009).

Nesse diapasão Pinheiro (2009) salienta que os ambientes operacionais onde as guerras de 4ª geração são travadas podem incluir áreas urbanas e suas adjacências, onde a presença da população civil não-combatente pode propiciar a condução de ações de subversão, terrorismo e sabotagem.

A vitória em conflitos dessa natureza não reside mais na capacidade de infligir uma destruição em massa do inimigo, mas na capacidade de retirar o apoio da população do partido beligerante, privando o terrorista e o insurgente⁷⁴ do suporte necessário. (SCHUURMAN, 2011).

Para o General Rupert Smith (2008, p. 324), com o fim da guerra fria passamos a vivenciar o novo paradigma da “guerra no meio do povo”, que substituiu o modelo de guerra industrial, caracterizado pelo confronto entre exércitos possuidores de forças simétricas, que se enfrentavam em batalhas campais. Segundo esse novo paradigma, “o objetivo estratégico é conquistar a vontade do povo e dos líderes (...)”.

Ao monitorar-se a evolução das gerações dos conflitos contemporâneos, constata-se que, a partir da 2ª Guerra Mundial, a natureza doméstica tem predominado⁷⁵. No ano de 2011, foi registrada a ocorrência de 27 (vinte e sete) conflitos intra-estatais, 01 (um) conflito interestatal e 09 (nove) conflitos que foram internacionalizados, mas tiveram suas raízes baseadas em um conflito não internacional.⁷⁶

⁷⁴ Para Hammes (2004), os conflitos de quarta geração envolvem formas de insurgência que usam todas as redes disponíveis – política, econômica, social, militar – para convencer os tomadores de decisão inimigos que seus objetivos estratégicos são inatingíveis ou muito caros para o benefício pretendido.

⁷⁵ No que se refere ao espaço territorial onde são travadas as guerras modernas, Newman (2004) ratifica essa percepção ao observar um incremento considerável dos conflitos intra-estatais.

⁷⁶ Fonte: Department of Peace and Conflict Research. Disponível em: <<http://www.pcr.uu.se/research/ucdp/>>. Acesso em 13 Nov 2012.

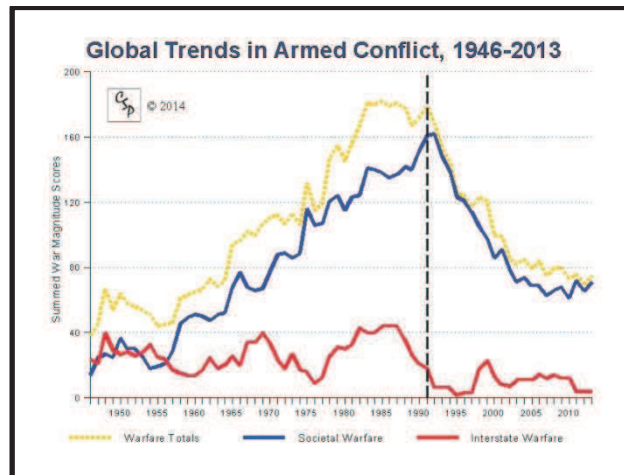


Gráfico 1 – Natureza dos Conflitos Armados no mundo
 Fonte: Center for Systemic Peace. Disponível em: <<http://www.systemicpeace.org/CTfigures/CTfig03.htm>>. Acesso em 29 Nov 2014.

A migração da forma clássica interestatal, para os conflitos de natureza intra-estatal⁷⁷, revelou alguns traços marcantes nos conflitos hodiernos, destacando-se entre eles o envolvimento de uma maior multiplicidade de atores, elevando a complexidade das questões de segurança, e motivando empiricamente a comunidade internacional a desenvolver novas formas de atuação e gerenciamento dos conflitos.

Salienta-se, nesse contexto, o surgimento de novas tecnologias nas áreas cibernética e espacial, que proporcionam novas ferramentas para os combates do futuro, sem, no entanto, modificar a real natureza da guerra, segundo o pensamento clássico de Clausewitz⁷⁸, mas caracterizando o emprego de novos métodos de combate. (GRAY, 2005).

Corroborando com esse entendimento, Hooker (2005) afirma que embora os métodos para a condução da guerra estejam evoluindo, fruto das

⁷⁷ Segundo definição extraída do Art 8 (2. f) do Estatuto de Roma, o conflito intra-estatal refere-se ao conflito de caráter não-internacional que se desenrola no território de um Estado, se reveste de caráter prolongado e opõe as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou estes grupos entre si, com exceção das situações de distúrbio e de tensão internas, tais como atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante. No presente trabalho, serão considerados sinônimos os seguintes termos: conflito intra-estatal, conflito não-internacional e conflito doméstico.

⁷⁸ Clausewitz (Apud LEONARD, 1988, p. 47) ao analisar a natureza da guerra, estabelece que: "A guerra, portanto, não é apenas semelhante a um camaleão por natureza, dado mudar sua coloração um pouco em cada caso particular, mas também, como um todo, relativamente às tendências predominantes intrínsecas dela, uma trindade maravilhosa composta da violência original de seus elementos, o ódio, e a animosidade, que pode ser considerada como um impulso natural cego, de um jogo de probabilidades e oportunidades, que fazem dela uma livre atividade da alma, e de inato instrumento político subordinado, pelo qual depende inteiramente a razão".

novas tecnologias, o caráter e a natureza da guerra permanecem perenes, enraizados na natureza humana.

Os conflitos internos apresentam alguns traços específicos que trazem uma maior complexidade para o cenário onde se desdobram. Normalmente, eclodem em Estados “débeis e falidos”, caracterizados pela instabilidade política e econômica, envolvendo as forças armadas regulares e facções dissidentes ou grupos rebeldes.

Por “Estado débil”, entende-se como sendo aquele cujo governo tem limitações para exercer o controle sobre o seu território. O “Estado falido”⁷⁹, por sua vez, é um “Estado débil” que não exerce um governo efetivo e não possui instituições sólidas (BRASIL, 2009).

Kaldor (2007) ratifica este entendimento ao afirmar que uma das características principais dos “Estados Falidos” é a perda do controle dos instrumentos de coerção física e a sua respectiva fragmentação. Um ciclo de desintegração é estabelecido, o qual representa o extremo oposto do ciclo de integração que estabeleceu os Estados modernos.

O argumento básico para classificar os conflitos bélicos atuais de acordo com o conceito de guerras modernas é obtido pela análise do papel que o Estado representa em tal conjuntura, deixando de exercer o monopólio da guerra e sendo substituído por grupos identificados em termos de filiação étnica, religiosa ou tribal. As batalhas já não buscam vitórias militares expressivas, mas sim, a conquista da adesão política por meio da violência contra a população civil. (KALDOR, 2007).

No cenário das novas guerras, estão cada vez mais se empregando redes privatizadas de agentes estatais e não estatais⁸⁰, atenuando, sensivelmente, as diferenças entre os civis, os militares e o próprio governo (DUFFIELD, 2001).

O surgimento desse novos atores não-estatais incluindo terroristas, grupos e forças irregulares com motivações variadas (anarquistas,

⁷⁹ Segundo Pinheiro (2009), entre os mais de 190 Estados nacionais, identificam-se em torno de 30 Estados potencialmente falidos, que constituem principal fonte de instabilidade internacional.

⁸⁰ Kaldor (2007) destaca que as novas guerras são caracterizadas por uma multiplicidade de unidades combatentes, de naturezas públicas, privadas, estatais, não-estatais, ou uma mistura delas. Com o propósito de simplificar a autora estabelece cinco classificações: forças armadas regulares, grupos paramilitares, mercenários estrangeiros e tropas regulares internacionais.

fundamentalistas religiosos, separatistas, etc) prejudica a diferenciação entre combatentes e civis, na medida em que seus respectivos “*modus operandi*” procuram utilizar esta dificuldade como vantagem operacional.

Smith (2008, p. 36-37) buscou resumir o novo paradigma, por ele denominado “guerra no meio do povo”, em seis grandes tendências:

“Os objetivos pelos quais combatemos estão a mudar, dos objetivos concretos e absolutos da guerra industrial entre Estados para objetivos mais flexíveis, relacionados com o indivíduo e sociedades que não Estados.

Combatemos no meio do povo, um facto literal e simbolicamente amplificado pelo papel central da mídia: quando combatemos nas ruas e campos de uma zona de conflito, estamos também a combater nas casas das pessoas que nos vêem pela televisão.

Os nossos conflitos tendem a ser intemporais, pois procuramos uma condição que deve ser mantida até se chegar a um acordo sobre um desfecho decisivo, algo que pode demorar anos ou décadas.

Combatemos de modo a não perdermos as forças militares, não empregando as forças militares a qualquer custo para atingirmos o objetivo.

A cada ocasião, descobrem-se novas utilizações para armas antigas: as armas especificamente fabricadas para a utilização no campo de batalha contra soldados e armamento pesado estão a ser adaptadas para os nossos conflitos atuais, dado que os instrumentos da guerra industrial são frequentemente irrelevantes para a guerra no meio do povo.

O inimigo é majoritariamente não estatal, pois tendemos a travar nossos conflitos e confrontos sob a forma de agrupamentos multinacionais, em aliança ou coligação, e contra um adversário ou adversários que não são Estados.”

Entretanto, Smith (2008) ressalta que apenas a partir de 1991, os conflitos passaram a apresentar todas as tendências desse novo paradigma. O fim da Guerra Fria rompeu a moldura estabelecida pelos interesses dos dois blocos que engessava os conflitos emergentes. Os conflitos latentes deixaram de ser contidos pelo equilíbrio entre os blocos e passaram a emergir, particularmente nos Balcãs e em regiões do continente africano.

As hostilidades tendem a se desenvolver em centros urbanos, cujas características estruturais aumentam a dificuldade em se distinguir combatentes de civis. Surge, assim, um importante desafio para as tropas desdobradas em conflitos dessa natureza: o de identificar os alvos legítimos e saber diferenciá-los da população civil, não combatente.

É nesse novo contexto, com a predominância dos conflitos de natureza não internacional, que as OMP tem sido desdobradas, particularmente após a guerra fria. As tropas da ONU tiveram que se adequar às características dos conflitos contemporâneos, pois tem que atuar em cenários instáveis de pós-

guerra, onde as hostilidades podem ser reiniciadas a qualquer momento. (Vide Tabela 3 – OMP X Natureza do Conflito Armado).

MISSÃO	PAÍS	ANO	NATUREZA DO CONFLITO	OBSERVAÇÃO
UNAVEM II	Angola	1991 – 1995	Não internacional	Participação de contingente militar terrestre brasileiro
MINURSO	Saara Ocidental	1991 – 2014		(Missão em andamento)
ONUMOZ	Moçambique	1992 – 1994		Participação de contingente militar terrestre brasileiro
UNOSOM I	Somália	1992 – 1993		
UNPROFOR	Bósnia e Herzegovina, Croácia, República Federativa da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) e Macedônia	1992 – 1995	Internacional / não internacional	Presença de observadores militares brasileiros.
UNOSOM II	Somália	1993 – 1995	Não internacional	
UNOMIG	Geórgia	1993 – 2009	Internacional / Não internacional	
UNAMIR	Ruanda	1993 – 1996	Não internacional	Presença de observadores militares brasileiros.
UNAVEM III	Angola	1995 – 1997		
UNMIK	Kosovo	1999 – 2014	Internacional / Não internacional	(Missão em andamento)
UNMEE	Etiópia e Eritreia	2000 – 2008	Internacional	Presença de observadores militares brasileiros.
UNMIS	Sudão	2005 – 2011	Não internacional	
UNAMSIL	Serra Leoa	1999 – 2005		
UNOCI	Costa do Marfim	2004 – 2014		(Missão em andamento) Presença de observadores militares brasileiros.
UNAMID	Sudão	2007 – 2014		(Missão em andamento)
MONUSCO	Congo	2010 – 2014	Internacional / não internacional	(Missão em andamento) Comando do componente militar é brasileiro.
UNISFA	Sudão	2011 – 2014	Não internacional	(Missão em andamento) Presença de observadores militares brasileiros.
UNMISS	Sudão do Sul	2011 – 2014		
MINUSCA	República Centro-Africana	2014		(Missão em andamento)

Tabela 3 – OMP X Natureza do Conflito Armado

Fonte: Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/operations/current.shtml>>. Acesso em: 04 Jun 2014; Disponível em: <<https://acd.iiss.org/>>. Acesso em 04 Jun 2014 (Adaptado pelo autor).

Ao analisar-se alguns casos contemporâneos como os conflitos não estatais na Líbia e na Síria, onde determinadas características das guerras

modernas podem ser observadas, é notória a resistência por parte dos Estados em reconhecer a situação de conflito armado. Todavia, em um mundo globalizado, as novas tecnologias da comunicação possibilitam uma maior influência da opinião pública internacional sobre as situações que afetam a paz e a segurança internacional.

Segundo Pinheiro (2009) a crescente influência da mídia na opinião pública nas esferas nacional e internacional gera reflexos no planejamento e na condução das operações, tornando mais relevantes as considerações civis para a tomada de decisão.

Nesse sentido, verifica-se uma maior sensibilização da comunidade internacional em relação às violações do direito internacional dos conflitos armados, em larga escala, que possam ocorrer em conflitos armados. Aumenta-se, portanto, a relevância da estrita observância do DICA nessas operações, para evitar eventuais danos colaterais à população civil, pois eles influenciam diretamente a opinião pública internacional, e podem comprometer a legitimidade da operação.

Cresce de importância, nesse cenário, o treinamento das tropas no que diz respeito ao conhecimento e à aplicação das normas do DICA, para que o princípio da distinção⁸¹ seja observado e que os danos na população civil sejam minimizados.

Pode-se concluir, parcialmente, que é inegável o fato de que o ambiente operacional onde ocorrem os conflitos da atualidade sofreu consideráveis alterações. Destacam-se, nesse sentido, a dificuldade em se realizar a distinção entre civis e combatentes, a presença de novos atores no campo de batalha, a intensificação dos combates urbanos e a maior influência da mídia e da opinião pública internacional. O cerne desta questão, entretanto, reside na perfeita compreensão dos reflexos dessas mudanças na aplicação do DICA, nesse complexo contexto dos conflitos contemporâneos.

⁸¹ O Art 48 do Protocolo Adicional I de 1977 estabelece que:

“de forma a assegurar o respeito e a proteção da população civil e dos bens de caráter civil, as Partes no conflito devem sempre fazer a distinção entre população civil e combatentes, assim como entre bens de caráter civil e objetivos militares, devendo, portanto, dirigir as suas operações unicamente contra objetivos militares”. (CICV, 1998, p.39).

3.1.4 Principais Fontes Legais do Direito Internacional dos Conflitos Armados

O Direito internacional dos conflitos armados, também conhecido como as Leis da Guerra, ou dos Conflitos Armados, tem como foco a proteção das vítimas dos conflitos armados. Para tanto, estabelece regras que restringem os meios e métodos de combate e outras que visam a assistir feridos, doentes e outras categorias de indivíduos atingidos pelos conflitos.

De acordo com os propósitos estabelecidos pelo DICA, pode-se, portanto, identificar claramente duas vertentes principais, denominadas, por razões históricas, como “Direito da Haia” e “Direito de Genebra” (SWINARSHI, 1990).

O Direito de Genebra tem seu cerne constituído pelas quatro Convenções de Genebra de 1949 e pelos dois Protocolos Adicionais de 1977. Muitas das suas normas tornaram-se obrigatórias (*Jus Cogens*), mesmo para os países não signatários das Convenções, pois se entende que representam princípios fundamentais de Direito Internacional Público (direito costumeiro), buscando aumentar a proteção das vítimas dos conflitos armados.

As Convenções de Genebra foram adotadas na Conferência Diplomática para o Estabelecimento de Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra, ocorrida em Genebra no ano de 1949. Esta conferência foi promovida pelo governo da Suíça e pelo Comitê da Cruz Vermelha Internacional e promoveu a atualização e consolidação dos tratados existentes relativos ao Direito internacional dos conflitos armados, no contexto das experiências da II Guerra Mundial, em particular do sofrimento das populações civis durante o conflito armado. As Convenções também expuseram as obrigações dos Estados, de responsabilizar os acusados de cometer crimes graves, capitulados no DICA (BATES e Col. , 2010).

O Direito da Haia tem como seu foco principal limitar o recurso a determinados meios e métodos de combate⁸². Está calcado nas Conferências Internacionais de Paz, celebradas na Haia, nos anos de 1889 e 1907⁸³.

⁸² Os meios de combate referem-se aos tipos de armamentos empregados, enquanto os métodos referem-se à forma de utilizar essas armas. (MELLO, 2004a).

⁸³ O regulamento anexo à convenção de Haia relativo às leis e usos na guerra terrestre estabelece no seu artigo 22 *in verbis*: “Os beligerantes não tem direito ilimitado quanto à

As experiências traumáticas da 2ª Guerra Mundial motivaram novas iniciativas, destacando-se entre elas, a realização da Convenção de Haia de 1954, para a proteção dos bens culturais e a proibição do uso de técnicas de modificação ambiental, com fins militares. Posteriormente, a Convenção das Nações Unidas de 10 de outubro de 1980, estabeleceu restrições e proibições do emprego de certos armamentos convencionais considerados demasiadamente nocivos ou de efeitos indiscriminados (SWINARSHI, 1990).

Serão apresentados a seguir os principais instrumentos legais que serão utilizados pelo presente trabalho e os princípios universais que balizam a aplicação do Direito Internacional dos Conflitos Armados.

3.1.4.1 Convenção de Genebra para a Melhoria das Condições dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha (Convenção I)

A Convenção de Genebra para a Melhoria das Condições dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha, de 12 de agosto de 1949, contém 64 artigos e um anexo dedicado à instalação de zonas hospitalares. O artigo 12 da Convenção aponta o seu foco, ao estabelecer que os membros das forças armadas e outras pessoas vítimas de conflitos armados, que estiverem feridas ou doentes, devem ser respeitadas e protegidas, em todas as circunstâncias. Complementarmente, também versa sobre a proteção de unidades e estabelecimentos de saúde, pessoal de saúde, transporte especializado, uso de emblema distintivo (cruz e crescente vermelhos) e da repressão às violações dos seus dispositivos (BATES e Col , 2010).

O artigo 2º desta Convenção estabelece que ela se aplica a todos os casos de guerra declarada ou a qualquer outro conflito armado que possa surgir entre dois ou mais Estados contratantes da Convenção , mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por um deles. A Convenção também se aplica a todos os casos de parcial ou total ocupação de território dos contratantes, mesmo quando essa ocupação não encontrar resistência armada. Além disso, pelo artigo 3º, a Convenção também abrange conflitos armados de caráter não-internacional, no interior de uma das partes contratantes. Cabe

eleição dos meios de prejudicar o inimigo". Posteriormente, o artigo 23 menciona diversas proibições. (CICV, 2001, p. 25).

assinalar que estes dois artigos são comuns às demais Convenções de 1949. (SOLIS, 2010).

Outro artigo comum às quatro convenções diz respeito à repressão de abusos e infrações. Segundo ele, as partes contratantes se comprometem a aprovar a legislação necessária para tornar efetivas as sanções penais a pessoas que cometam ou ordenem a execução de atos que configurem grave violação às convenções. O artigo prescreve ainda que todas as partes contratantes estão obrigadas a buscar essas pessoas e, independente das suas nacionalidades, apresentá-las às suas próprias Cortes de Justiça. Caso prefiram, poderão encaminhá-las para julgamento no Tribunal de outro país signatário. (SOLIS, 2010).

Como graves violações, as quatro Convenções consideram os seguintes atos, quando cometidos contra pessoas ou propriedade protegida pelas Convenções: violência contra a vida, em particular assassinato, mutilação, tratamento cruel e tortura; tomada de reféns; atentados contra a dignidade humana, em particular humilhações e tratamento degradante; execuções penais sem prévio julgamento, perante uma Corte constituída, asseguradas as garantias judiciais; destruição ou apropriação de propriedade, não justificadas pela necessidade militar; destruição do patrimônio cultural. (BATES e Col. , 2010).

3.1.4.2 Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (Convenção III)

A Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, de 12 de agosto de 1949, define o termo prisioneiro de guerra e dispõe sobre o tratamento que deve ser dispensado a eles, incluindo interrogatório, medidas de disciplina, condições de internamento, libertação e repatriação ao final do conflito.

Entre outros aspectos, o disposto na Convenção é relevante para as operações de paz, pois permite às tropas da ONU identificar a categoria dos detidos, reconhecer o papel desempenhado pela Cruz Vermelha nessas situações e identificar as violações que possam ocorrer. Nos casos em que os capacetes azuis não estão envolvidos em conflitos armados, esta Convenção,

por analogia, estabelece procedimentos padronizados que são relevantes no tratamento de eventuais detidos. (BATES e Col. , 2010).

3.1.4.3 Convenção de Genebra Relativa à Proteção de Civis nos Conflitos Armados (Convenção IV)

A Convenção de Genebra Relativa à Proteção de Civis nos Conflitos Armados, de 12 de agosto de 1949, trata da proteção de civis em um território ocupado ou durante um conflito armado. A Convenção contém referências específicas à proteção de mulheres e crianças, proíbe deportações, trata do suprimento de alimentação e saúde à população e dos deslocados. A exemplo da Convenção III, é garantido à Cruz Vermelha Internacional visitar lugares de internação provisória de pessoas, que aguardam o fim das hostilidades. (BATES e Col. , 2010).

As provisões desta Convenção são relevantes nas situações em que as tropas da ONU estão engajadas em conflitos armados ou em áreas sob ocupação. Dispositivos da Convenção como o estabelecimento de hospitais, de áreas e localidades consideradas neutras, a proteção de categorias específicas de pessoas vulneráveis como mulheres e crianças, são exemplos de dispositivos de particular interesse.

Nas situações em que as tropas da ONU não estão envolvidas em conflitos armados, a IV Convenção oferece alguns marcos a serem considerados, como por exemplo, as provisões relativas a limitações na interferência na legislação penal do país anfitrião. O anexo referente a zonas de hospital e zonas de segurança também apresenta procedimentos que poderão ser usados pelos capacetes azuis no intento de estabelecer áreas para proteção de civis. (BATES e Col. , 2010).

3.1.4.4 Protocolos Adicionais I e II

Os Protocolos Adicionais I e II às Convenções de Genebra de 1949 foram adotados em 08 de junho de 1977 e resultaram da Conferência Diplomática de Reafirmação e Desenvolvimento do DICA aplicável aos conflitos

armados, ocorrida na Suíça entre 1974 e 1977. Ambos os Protocolos entraram em vigor em 07/12/78. (BATES e Col. , 2010).

O Protocolo Adicional I é aplicável aos conflitos entre Estados, conforme o artigo 2º que é comum às quatro Convenções de 1949, aí incluídos os conflitos armados contra a dominação colonial, ocupação estrangeira e contra regimes racistas, na defesa do direito de autodeterminação. (SOLIS, 2010).

O Protocolo Adicional I amplia as quatro Convenção de Genebra, em particular nos assuntos relativos ao tratamento dos prisioneiros de guerra (Convenção III), com a definição de quem pode ou não receber o status de combatente e de prisioneiro de guerra. As garantias fundamentais concernentes ao tratamento das pessoas durante o conflito armado, que são incluídas na Convenção III, são também suplementadas pelo Protocolo Adicional I. Ele também complementa a Convenção IV, focando mais diretamente e extensivamente na proteção de civis dos efeitos das hostilidades e regulando a conduta dos ataques militares. (BATES e Col. , 2010).

A cláusula chave do Protocolo I requer que as partes em conflito direcionem suas operações somente contra objetivos militares e , assim procedendo, distingam a população civil dos combatentes e os objetivos militares dos objetos civis. Outra provisão prevista no Protocolo é a de que os meios e métodos de guerra usados pelas partes conflitantes não são ilimitados, fazendo uma referência direta ao Direito de Haia. O protocolo trata também das garantias a serem aplicadas às pessoas que estão em poder das partes em conflito, e que deverão ser tratadas com humanidade em qualquer circunstância. O Protocolo referencia medidas de proteção às mulheres e crianças, que devem ser objeto de especial respeito e protegidas contra qualquer forma de assédio. (BATES e Col. , 2010).

Quanto ao Protocolo Adicional II, ele é aplicável a conflitos armados não internacionais, como conflitos internos e guerras civis. Nesse sentido, não abrange situações de distúrbios internos, tensões, desordens e atos esporádicos de violência. Para ser aplicável, há que se configurar um conflito entre as forças armadas do país e grupos armados organizados que atendam às seguintes condições: detenham o controle de uma parte do território; sejam capazes de realizar operações militares coordenadas e sustentadas; e obedeçam a um comando responsável, capaz de implementar esses protocolo.

BATES e Col. (2010) salientam que, se os Protocolos não se aplicarem às operações de paz sob a forma de lei, suas regras constituem boas práticas para as tropas da ONU no trato com a população do país anfitrião. São exemplos de práticas padrão o previsto no artigo 75 do Protocolo I, que trata de garantias fundamentais, e o art. 5 do Protocolo II, este último relativo ao trato com detidos.

3.1.4.5 Princípios do Direito Internacional dos Conflitos Armados

Durante o século passado, observou-se uma maior codificação do direito internacional consuetudinário em forma de tratados, entretanto os princípios ainda constituem as bases fundamentais do DICA. (UK, 2004).

Sousa (2009) considera os princípios que regem o Direito internacional dos conflitos armados fundamentais para a sua aplicação, e ressalta, ainda, que na impossibilidade do cumprimento das regras positivadas, os princípios devem ser observados e respeitados.

Conforme mencionado anteriormente, o presente trabalho irá observar o paradigma pós-positivista jurídico, crescendo de importância o conhecimento dos princípios do DICA, identificados por Bouvier e Sassoli (1999) como: o princípio da distinção, da humanidade, da necessidade militar, da proibição dos males supérfluos⁸⁴ e da proporcionalidade.

Para os combatentes individuais, o perfeito conhecimento dos princípios do DICA irá propiciar que as suas decisões e ações, no que se refere ao *jus in bello*, sejam adequadas e legítimas à luz do direito internacional. (SOLIS, 2010).

Será apresentada a seguir a conceituação dos princípios do DICA, segundo o entendimento que norteará o presente trabalho.

3.1.4.5.1 Princípio da Distinção

A distinção é o princípio básico que um combatente⁸⁵ deve observar em uma situação de conflito armado. A sua correta aplicação reside em saber

⁸⁴ Este princípio é também citado por outros autores como o princípio da limitação.

⁸⁵ O Estatuto do Combatente e do Prisioneiro de Guerra previsto no PAI estabelece que:

“1. As forças armadas de uma Parte num conflito compõem-se de todas as forças, grupos e unidades armadas e organizadas, colocadas sob um

diferenciar os civis dos combatentes, e somente dirigir as ações militares contra esta última classe de pessoas.

Um corolário desse princípio consiste em saber distinguir os bens militares dos bens civis, sejam eles residências, instalações públicas ou privadas. As partes envolvidas em um conflito armado deverão conduzir ataques apenas contra as instalações militares.

Uma das primeiras referências ao princípio da distinção remonta ao código de Lieber (1863), que em seu artigo XXV, salientou o avanço das civilizações em reconhecer a diferenciação entre os bens individuais privados de um país hostil e o próprio país. Ressaltou, ainda, o entendimento cada vez mais generalizado de que o cidadão deve ser poupado no que diz respeito a sua pessoa, sua propriedade e sua honra, na medida em que as exigências da guerra permitam.

Após o total desrespeito ao princípio da distinção durante as duas grandes guerras, ele foi, explicitamente, mencionado no PAI (1977), em seu artigo 48, *in verbis*:

“Com vista a assegurar o respeito e a proteção da população civil e dos bens de caráter civil, as Partes em conflito devem sempre fazer a distinção entre população civil e combatentes, assim como entre bens de caráter civil e objetivos militares, devendo, portanto, dirigir suas operações unicamente contra objetivos militares”. (CICV, 1998, p. 39).

Nos conflitos de caráter não-internacional, O PA II externou, igualmente, a preocupação com a proteção dos civis, subentendendo a aplicação do princípio da distinção ao estabelecer no parágrafo 1º do artigo 13 que: “A população civil e os indivíduos civis gozam de uma proteção geral contra os perigos resultantes das operações militares...”. (CICV, 1998, p. 105).

comando responsável pela conduta dos seus subordinados perante aquela Parte, mesmo que aquela seja representada por um governo ou uma autoridade não reconhecidos pela Parte adversa. Essas forças armadas devem ser submetidas a um regime de disciplina interna que assegure nomeadamente o respeito pelas regras do direito internacional aplicável nos conflitos armados.

2. Os membros das forças armadas de uma Parte num conflito (que não o pessoal sanitário e religioso citado no artigo 33.º da Convenção III) são combatentes, isto é, têm o direito de participar diretamente nas hostilidade.” (CICV, 1998 p.34).

3.1.4.5.2 *Princípio da Humanidade*

Rousseau (1999), no século XVIII, foi o primeiro autor a definir assertivamente o principal princípio do DICA, que visa à preservação da dignidade humana. Rousseau explica que os conflitos acontecem entre as coletividades estatais, e que no momento em as pessoas envolvidas nos combates são feridas ou capturadas, cessa o direito legítimo de matar o inimigo.

O princípio da humanidade ao ser definido por Rousseau materializou o CORE do DICA:

“Sendo o fim da guerra a destruição do Estado inimigo, tem-se o direito de matar os defensores quando estejam de armas na mão, porém, uma vez elas entregues e eles rendidos, deixam de ser adversários e instrumentos do inimigo, transformando-se simplesmente em homens sobre cuja vida não há direito algum”. (ROUSSEAU, 1999, p.32).

A sua importância e perenidade no âmbito do DICA é reforçada pela menção à cláusula Martens⁸⁶, em vários dos seus tratados. Referenciada no preâmbulo da Convenção Relativa às Leis e Usos da Guerra Terrestre, em Haia, 1907, ela estabelece *in verbis* que:

“... nos casos não compreendidos pelas disposições regulamentárias por ela adotadas, as populações e os beligerantes permanecem sob a garantia e o regime dos princípios do direito das Gentes preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública”. (CICV, 2001, p. 16).

Desta forma, o princípio da humanidade visa à preservação da dignidade e ao alívio do sofrimento humano, mesmo nas situações em que as leis não estejam positivadas na esfera do direito internacional, oportunidade em que as leis consuetudinárias devem ser aplicadas e a proteção dos direitos fundamentais do ser humano assegurada.

⁸⁶ A “Primeira Conferência de Paz” foi convocada pelo Czar Nicolau II, em 1899, nos Países Baixos, em Haia. A Conferência adotou diversas Convenções, visando, principalmente, à limitação dos males da guerra. Um dos destaques da Conferência foi a adoção, pela primeira vez, da cláusula Martens, assim denominada em homenagem àquele que a formulou, *Friedrich Fromhold Martens*, assessor legal do czar russo. (BOUVIER, 2011).

3.1.4.5.3 *Princípio da Necessidade Militar*

Francis Lieber definiu o conceito de necessidade militar no artigo 14 do seu código⁸⁷ em 1863, baseado no seu conhecimento do *jus in bello* e na sua experiência de combate. Para Lieber, a necessidade militar refere-se às medidas necessárias que são indispensáveis para assegurar os fins da guerra, e são permitidas de acordo com a guerra moderna e seus costumes.

O princípio da necessidade militar, aos moldes do princípio da distinção, também pode ser analisado sob o prisma do indivíduo e da propriedade civil, contudo, segundo uma perspectiva das situações de exceção, quando a proteção da vida e dos bens civis pode ser relevada, à luz do DICA.

No artigo 15 de seu código, Lieber ressalta que a necessidade militar admite toda a destruição direta de vidas, sejam elas de membros das forças armadas inimigas ou de outras pessoas, cuja destruição seja, incidentalmente, inevitável, em um contexto de guerra.

Corroborando com esse entendimento, a interpretação do artigo 57 (2) (a) (iii) do PAI permite subentender-se que perdas de vidas humanas no âmbito da população civil, ferimentos nos civis, danos nos bens de natureza civil, ou a combinação dessas perdas e danos seriam tolerados, caso houvesse uma expressiva vantagem militar concreta.

Segundo a perspectiva dos bens materiais civis, o princípio da necessidade militar foi codificado na Convenção de Haia de 1907, no Regulamento Relativo às Leis e Usos da Guerra Terrestre, em seu artigo 23 (g), o qual estabeleceu que é proibido *in verbis*: “destruir ou tomar propriedades inimigas, a menos que tais destruições ou expropriações sejam exigidas imperativamente pelas necessidades da guerra”. (CICV, 2001, p. 25).

O Estatuto de Roma ao definir os crimes de guerra preocupou-se em respeitar o princípio da necessidade militar, em um contexto de conflito armado internacional, segundo havia sido regulado na Convenção de Haia, ao estabelecer no artigo 8 (2) (b) (xiii), que a destruição ou a apropriação de propriedade inimiga seriam consideradas crimes de guerra, a menos que tais ações fossem, imperativamente, demandadas pelas necessidades da guerra. O

⁸⁷INTERNATIONAL COMITTEE OF RED CROSS. Disponível em: < http://ehi.redcross.org/resources/civil-war-lessons/pdf/Lieber_Code_lesson.pdf >. Acesso em 19 de novembro de 2012.

Estatuto legitima a mesma exceção, em seu artigo 8 (2) (e) (xii), para os conflitos de natureza não-internacional.

3.1.4.5.4 *Princípio da Proibição dos Males Supérfluos (Limitação)*

O princípio da limitação aplicado, particularmente aos combatentes, estabelece restrições ao emprego de determinados meios e métodos de guerra, evitando o sofrimento desnecessário e severos danos ao meio ambiente. Encontra-se codificado no PAI artigo 35, o qual estabelece *in verbis* que:

- “1. Em qualquer conflito armado, o direito de as Partes em conflito escolherem os métodos ou os meios de guerra não é ilimitado.
2. É proibido utilizar armas, projéteis e materiais, assim como métodos de guerra de natureza a causar danos supérfluos ou sofrimento desnecessário.
3. É proibido utilizar métodos ou meios de guerra concebidos para causar, ou que se possa presumir que irão causar, danos extensos e graves ao meio ambiente natural”. (CICV, 1998, p.31).

Solis (2010) salienta a dificuldade para um comandante em determinar o conceito de “sofrimento desnecessário”, em uma situação de combate. Para responder esta questão o autor estabelece um paralelo com o princípio da necessidade militar, que seria o parâmetro adequado para constituir um equilíbrio entre a destruição do inimigo e a humanidade.

Os efeitos de certas armas podem ser hediondos, mas não são suficientes para determinar que elas sejam consideradas ilegais. O emprego de projéteis explosivos, gases asfixiantes, munições “dum-dum”, agentes biológicos, dentre outros, é proibido, pois aumenta o sofrimento dos combatentes sem ampliar, ou mesmo, caracterizar uma vantagem militar⁸⁸. (SOLIS, 2010).

3.1.4.5.5 *Princípio da Proporcionalidade*

O princípio da proporcionalidade estabelece que os danos causados ao inimigo, ou à população civil, não devem ser considerados excessivos em comparação à vantagem militar obtida.

⁸⁸ A Corte Internacional de Justiça em sua “*Advisory Opinion on the Legality of the Treat or Use of Nuclear Weapons*” caracterizou a expressão “sofrimento desnecessário” como um mal maior do que o necessário para alcançar objetivos militares legítimos (Parágrafo 78, CIJ Rep.226, 1996).

A sua conceituação remonta ao século XVI quando Grotius demonstrou sua preocupação com os civis ao mencionar que: “Um deve cuidar, na medida do possível, para evitar a morte de pessoas inocentes, mesmo que por acidente”. (1995, p. 733). Lieber, posteriormente, no artigo 19 de seu código aconselhou os Comandantes que buscassem, sempre que fosse admissível, informar o inimigo de suas intenções de bombardear uma determinada região, assim os não-combatentes, e especialmente as mulheres e crianças poderiam ser removidos antes que o bombardeio iniciasse.

O PAI em seu artigo 51.4 estabelece que os ataques indiscriminados são proibidos. Ao exemplificar o que seria considerado um ataque sem discriminação, no artigo 51.5 (b), o protocolo caracteriza a violação do princípio da proporcionalidade:

“Os ataques de que se possa esperar que venham a causar acidentalmente perdas de vidas humanas na população civil, ferimentos nos civis, danos nos bens de caráter civil ou uma combinação dessas perdas e danos, que seriam excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta esperada”. (CICV, 1998, p.41).

O Exército norte-americano em seu manual de campanha “*Law of Land Warfare*” conceitua o princípio da proporcionalidade de forma mais objetiva e concisa: “A perda e danos à propriedade resultantes de ataques não devem ser excessivos em relação à concreta e direta vantagem militar esperada”. (US, 1956, p. A -11).

Convém, ainda, ressaltar que não existe referência ao princípio da proporcionalidade no PAII, relativo aos conflitos armados de caráter não-internacional. Todavia, o CICV considera que a proporcionalidade é inerente ao princípio da humanidade, aplicável a este protocolo, e por esta razão não pode ser negligenciado em conflitos desta natureza (SOLIS, 2010).

3.2 OPERAÇÕES DE PAZ DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Essa seção apresentará o conceito de operação de manutenção da paz observado pelo presente trabalho, suas respectivas características e princípios.

Será abordada, inicialmente, a evolução das operações de paz, no período compreendido entre a fundação da Organização das Nações Unidas e

os dias atuais, registrando-se a passagem do modelo tradicional militar para as operações multidimensionais contemporâneas, destacando-se a influência do Relatório Brahimi⁸⁹, para a consolidação da Doutrina Capstone⁹⁰.

Nesse contexto, será destacada a evolução do conceito do emprego da força das missões tradicionais para as complexas missões multidimensionais da atualidade.

3.2.1 Histórico das Operações de Manutenção da paz das Nações Unidas

As operações de manutenção da paz tradicionais, ou simplesmente operações de paz no jargão diplomático brasileiro, são conhecidas no cenário internacional pela expressão *“peacekeeping operation”*⁹¹. O manual da *“International Peace Academy”* as define da seguinte forma:

“a prevenção, a contenção, a moderação e o término de hostilidades entre Estados ou no interior de Estados, pela intervenção pacífica de terceiros organizada e dirigida internacionalmente, com o emprego de forças multinacionais de soldados, policiais e civis, para restaurar e manter a paz.” (UNITED NATIONS, 1984, p. 22).

Cardoso (1998, p.18) complementa a definição acima, com as seguintes observações:

“tem-se, portanto, que as operações de paz são simplesmente uma técnica ou um instrumento de administração por terceiros de conflitos entre Estados ou no território de um determinado Estado, por meio da intervenção internacional não-violenta, voluntária, organizada e preferivelmente de caráter multinacional, pautada pela imparcialidade, consentida pelo Estado ou Estados anfitriões, e desejada e apoiada pelas partes no conflito. Esse instrumento (as operações de paz) não substitui, por outro lado, a negociação nem os esforços voltados à promoção da paz.”

Missões de observação e forças multinacionais têm sido utilizadas ao longo da história com o objetivo de contribuir no gerenciamento, contenção ou solução de conflitos entre Estados ou no interior de Estados, fundamentadas, via de regra, nos princípios da imparcialidade e do consentimento. Com a ONU,

⁸⁹ Relatório confeccionado por uma equipe de peritos internacionais, chefiada por Lakhdar Brahimi, que buscou analisar o funcionamento das operações de paz sob a égide da ONU e apresentar sugestões para o seu aprimoramento.

⁹⁰ Doutrina basilar normatizada pela ONU, que estabelece os princípios e fundamentos das operações de paz, e regula os seus respectivos planejamentos e condução.

⁹¹ Segundo Faganello (2013, p. 42) o termo *“peacekeeping operations”* confere tranquilidade aos seus defensores, pois pressupõe, dentre outro requisitos, o consentimento do país anfitrião quanto à presença da ONU em seu território, evitando, com isso, a ingerência externa injustificada”.

essas missões ganharam maior consistência e visibilidade, em função da experiência adquirida pela Organização em mais de meio século na busca da resolução pacífica de conflitos.

Por outro lado, é importante salientar que as “operações de manutenção da paz” não são previstas na Carta das Nações Unidas. Na verdade, trata-se de uma criação *praeter legem*, que não tem amparo nos capítulos VI (Solução Pacífica de Controvérsias) e VII (Ação Relativa a Ameaças à Paz, Ruptura da Paz e Atos de Agressão).

Existe consenso entre os Estados de que as operações de paz só podem ser instauradas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, e que esse Órgão não necessita se referir a nenhum Capítulo quando edita uma resolução autorizando a implementação de uma delas. Convém destacar que o capítulo VI da Carta das Nações Unidas nunca foi mencionado nos mandatos como fundamento dessas operações. (UNITED NATIONS, 2008).

Analisando o histórico das operações de manutenção da paz, é possível identificar dois períodos bastante conspícuos em que os ditames da conjuntura internacional levaram a transformações na sua concepção e, por conseguinte, na condução das mesmas. Esses períodos referem-se ao da Guerra Fria e ao pós-Guerra Fria. É relevante estudar as suas características, o que será feito no prosseguimento.

Em um primeiro momento, da fundação da ONU até o fim da Guerra Fria, as operações de manutenção da paz possuíam características fundamentalmente militares. As missões consistiam no envio de observadores militares e tropas levemente armadas com o objetivo de observar e supervisionar acordos de cessar fogo e linhas de separação de tropas. Como o objetivo era dirigido ao tratamento das consequências do conflito, e não de suas causas, essas operações frequentemente não resultavam em ganhos permanentes. (UNITED NATIONS, 2000).

Naquele período (de 1948 a 1987), foram realizadas treze missões de paz, que permitiram à ONU consolidar uma doutrina sobre a sua execução. Da experiência adquirida, concluiu-se que o consentimento do país anfitrião, outorgado por governos legítimos, era fundamental para o sucesso da operação. Além disso, concluiu-se também que o uso da força deveria ser limitado à autodefesa da tropa. (FONTOURA, 2005).

O consentimento do país anfitrião merece atenção especial, uma vez que a entrada de tropas estrangeiras no território de um Estado configura uma situação de anormalidade, por princípio indesejável para os seus habitantes. Por outro lado, e o mais importante, a ausência do consentimento implicaria na quebra do princípio da soberania, o que seria inaceitável de acordo com a própria carta da Organização. (CARDOSO, 1998).

Outra implicação do princípio da soberania, entendida a partir do consentimento do anfitrião, é o reconhecimento de um regime especial de jurisdição para os participantes das operações de paz, seus equipamentos, veículos e propriedades. No caso das operações de paz da ONU, têm prevalecido sempre a imunidade absoluta de jurisdição civil e penal dos *peacekeepers* (integrantes da missão) em relação às leis do país assistido, cabendo ao país de origem do infrator julgá-lo. (CARDOSO, 1998).

Na ausência do consentimento, as opções da ONU seriam duas: não realizar a operação ou impô-la à força caracterizando o *enforcement*, ao abrigo do Capítulo VII. No último caso, a operação fugiria aos padrões tradicionais das operações de paz, que preconizam o uso da força apenas para a autodefesa, além de outras limitações. (FONTOURA, 2005).

No começo do período pós-Guerra Fria, o cenário internacional mudou completamente e com ele a natureza dos conflitos. Saem do primeiro plano os conflitos ideológicos e ascende uma gama variada de antagonismos que permanecia subjacente, e que passaram a eclodir em várias regiões do planeta. São conflitos étnicos⁹², religiosos e culturais, que exigiram maior esforço da ONU para a sua resolução, bem como uma nova concepção doutrinária e organizacional para as missões de paz.

Ao examinar os fatos ocorridos, Fontoura (2005) aponta três fatores que contribuíram para o aumento das operações de manutenção da paz no período pós-Guerra Fria: a) o impacto da distensão política entre EUA e URSS nas iniciativas das Nações Unidas no campo da paz e segurança internacionais; b)

⁹² De acordo com o relatório sobre as ações da ONU durante o genocídio em Ruanda, aproximadamente 800.000 pessoas foram mortas, entre homens, mulheres e crianças, durante cerca de 100 dias, de abril a Julho de 1994. A etnia Hutu massacrou brutalmente a população tutsi do país, incluindo hutus moderados. As atrocidades foram cometidas pela milícia, pelas Forças Armadas Ruandeses e também pelos próprios civis. (UN, 1999c).

o renascimento dos antagonismos étnicos e religiosos⁹³; c) a crescente universalização dos valores da democracia e do respeito aos direitos humanos.

Em consequência do novo quadro, o final dos anos 1980 e início dos anos 1990 representou o período de maior atividade das Nações Unidas no campo da manutenção da paz e da segurança internacionais. Naquele espaço de tempo foram instituídas trinta e oito operações de manutenção da paz, ao passo que, nas quatro décadas anteriores, de 1948 a 1987, haviam sido estabelecidas apenas treze. (FONTOURA, 2005).

As operações passam a contar não apenas com o contingente militar, mas também com policiais e civis de diferentes especialidades, conforme exigido por cada situação. Assim, policiais e peritos em legislação, observadores eleitorais, monitores de direitos humanos e profissionais civis de variadas especialidades passaram a integrar aquelas missões, com o objetivo amplo de criar condições para uma paz auto-sustentável, após o término do conflito. Surgiam então as chamadas missões multidimensionais. (SUMMA, 2009)

Em virtude do amplo espectro das novas ameaças, o CSNU passou a adotar critérios cada vez mais flexíveis para definir o que constitui uma ameaça à paz e à segurança internacionais, visto que, nos anos 1990, a quase totalidade dos conflitos que exigiram a intervenção das nações Unidas foi de natureza interna. (FONTOURA, 2005).

Essa mudança na natureza dos conflitos⁹⁴ e a sua intensificação levaram as Nações Unidas a introduzirem modificações nas operações de paz, que originalmente foram desenvolvidas para lidar com conflitos internacionais. As atuais vêm agindo, cada vez mais, em conflitos internos. Nesse quadro hodierno, apesar da força militar permanecer como o esteio principal, as novas

⁹³ Na África, por exemplo, as rivalidades entre grupos étnicos distintos são ancestrais, fenômeno agravado a partir do processo de colonização implementado pelos países europeus. Ao demarcarem as novas fronteiras, os europeus desconsideraram as peculiaridades culturais dos habitantes locais, obrigando, por vezes, povos e tribos rivais a conviverem dentro do mesmo território. Em sua maioria, trata-se de disputas pelo controle do poder por alguma etnia, que não se sente representada nas decisões nacionais. Estes fatos explicam a grande quantidade de conflitos naquela região, alguns deles de extrema violência como os ocorridos em Ruanda.

⁹⁴ Para Faganello (2013, p. 65) houve uma mudança no contexto estratégico das operações de manutenção da paz: “agora o foco dos conflitos eram países pobres, onde a capacidade do Estado era fraca e os beligerantes eram motivados por ganhos econômicos e por disputas de poder.”

missões multidimensionais passaram a contar com uma gama variada de funcionários civis de diferentes especialidades. As suas respectivas composições, qualitativa e quantitativa, irão depender das características do mandato a ser cumprido. (SUMMA, 2009).

De um modo geral, os objetivos das atuais missões multidimensionais incluem os seguintes tópicos: a criação de um ambiente seguro e estável e a ajuda ao Estado assistido a fortalecer seus mecanismos de segurança; a promoção e o respeito aos direitos humanos e ao estado de direito; a promoção de diálogos e reconciliações para facilitar os processos políticos; a ajuda no estabelecimento de instituições governamentais. (UNITED NATIONS, 2008).

3.2.2 Princípios das Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas

Após a análise do histórico das operações de manutenção da paz, cabe destacar que as Nações Unidas desenvolveram um guia norteador para as missões denominado “Doutrina *Capstone*” contendo os princípios a serem seguidos e respeitados por todos aqueles envolvidos em missões dessa natureza, quais sejam:

Consentimento

As operações de manutenção da paz somente serão empreendidas com o consentimento das principais partes envolvidas no conflito. A falta de tal consentimento, além de ferir os princípios da soberania, autodeterminação dos povos, faz com que a operação corra o risco de se tornar parte no conflito, e ser conduzida a ações de “*enforcement*”. Portanto, no cumprimento do mandato, o pessoal da missão deve trabalhar de forma a garantir que o consentimento não seja prejudicado. A falta de confiança mútua leva à incerteza e a não confiança no mandato. (UNITED NATIONS, 2008).

Imparcialidade

A imparcialidade implica em cumprir o mandato sem prejudicar ou favorecer qualquer uma das partes, tornando-se essencial para a manutenção do consentimento e da cooperação entre as principais partes. Entretanto não

deve ser confundida com neutralidade ou inatividade. Os *peacekeepers* devem ser imparciais no relacionamento com as partes do conflito, mas não neutros durante a execução do mandato da missão. (UNITED NATIONS, 2008).

Não Uso da Força

Em uma operação de manutenção da paz, a força será empregada como último recurso, após terem sido exauridas todas as outras formas de persuasão. O uso da força deverá, sempre, ser dosado, regulado, preciso e proporcional, utilizado apenas em autodefesa ou na defesa do mandato da missão. (UNITED NATIONS, 2008).

Legitimidade

A legitimidade internacional da missão deriva do fato de que esta é implementada segundo um mandato do CSNU, isto é, autorizada por quem detém a responsabilidade primária por zelar pela paz e segurança internacionais. A legitimidade pode se tornar frágil na medida em que o comportamento do pessoal da missão não estiver alinhado com os ideais pregados pela ONU. (UNITED NATIONS, 2008).

Credibilidade

A credibilidade da missão é um reflexo direto da expectativa da comunidade internacional e local quanto à habilidade da missão alcançar os objetivos do mandato. (UNITED NATIONS, 2008).

3.2.3 O Uso da Força em OMP

Nas operações de manutenção da paz multidimensionais da atualidade tem se observado uma maior flexibilidade para o emprego da força, concedida pelo CSNU. Nesse sentido, o componente militar da missão tem sido dotado com mais meios militares⁹⁵ e autorizado a empregar a força além da autodefesa, buscando igualmente proporcionar segurança a civis locais e a garantia dos direitos humanos.

Além da tradicional missão de zelar pela manutenção da paz e segurança internacionais, Mello (2004b) propõe acrescentar como mais uma finalidade da

⁹⁵ Dando origem ao conceito de Operações de Manutenção da paz Robustas.

ONU, a promoção do respeito aos direitos humanos, em virtude do homem ser pessoa internacional, além deles serem considerados a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos como fundamento da paz.

De acordo com Mello (2004b, p. 808):

“Existem duas principais razões para o homem ser considerado pessoa internacional: a) a própria dignidade humana, que leva a ordem jurídica internacional, como veremos, a lhe reconhecer direitos fundamentais e procurar protegê-los e b) a própria noção de direito, obra do homem para o homem. Em consequência, a ordem jurídica internacional vai-se preocupando cada vez mais com os direitos do homem, que são verdadeiros “direitos naturais concretizados”.

Em situação de normalidade, cabe ao Estado a obrigação de proteger os indivíduos que se encontram no seu território. A violação deste dever acarretava no passado a denominada intervenção humanitária⁹⁶ por parte de algum país especialmente interessado no conflito. Hoje, pode levar a uma intervenção das Nações Unidas, em virtude do entendimento já consagrado da “Responsabilidade de Proteger”⁹⁷. (MELLO, 2004b).

No início da década de 1990, o CSNU ampliou o conceito de estado de paz. Segundo o novo entendimento, a paz não significa apenas a ausência de ameaça de conflitos armados, ou a sua eclosão. Ameaças de natureza humanitária, ecológica e a violação maciça aos direitos humanos, por exemplo, são consideradas ameaças à paz internacional. (MELLO, 2004b).

⁹⁶ As intervenções humanitárias ocorrem quando um ou mais Estados decidem, por livre iniciativa, intervir coercitivamente no território de outro Estado, sem contar com o seu respectivo consentimento. Elas têm por objetivo realizar a proteção de uma classe de pessoas, vitimadas por graves violações dos seus direitos fundamentais realizadas por seu próprio Estado, ou devido a sua inação, em função da falência de suas instituições legais. (ASSUNÇÃO, 2009).

⁹⁷ A Responsabilidade de Proteger não busca estabelecer um critério universal para legalizar e legitimar uma intervenção humanitária. Na verdade, os estudos realizados pela *International Commission on Intervention and State Sovereignty* (ICISS) foram conduzidos de acordo com uma visão holística, buscando criar mecanismos que proporcionassem uma maior proteção aos indivíduos pertencentes a um Estado envolvido em um conflito armado, visualizando o recurso à força como a derradeira alternativa. Com esse objetivo A R2P estabeleceu três responsabilidades essenciais:

- A responsabilidade de prevenir: que busca direcionar os esforços para as raízes e causas diretas do conflito interno que colocam a população em risco.

- A responsabilidade de reagir: que responde às situações que ameaçam as necessidades humanas, com medidas apropriadas, podendo incluir medidas coercitivas como sanções e em casos extremos intervenções militares.

- A responsabilidade de reconstruir: que provê, após uma intervenção militar, assistência completa, envolvendo ações de recuperação, reconstrução e reconciliação. (ICISS, 2001).

Desde 1999, o CSNU tem atribuído às operações de manutenção da paz a responsabilidade de atuar, junto com os governos dos países hospedeiros, buscando proporcionar segurança à população civil.

A presença da ONU nos países em crise gera uma alta expectativa, tanto no público nacional, quanto no âmbito da comunidade internacional, no que diz respeito à proteção dos civis. Todavia muitas vezes os efetivos militares são reduzidos e insuficientes para cobrir todo o território afetado, ocasionando certa instabilidade na credibilidade da missão.

No artigo 2.7 da Carta das Nações Unidas está estabelecido o princípio da não-intervenção, que caracteriza a não-ingerência em assuntos internos de países soberanos. Todavia durante a Convenção de Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, os Estados participantes concordaram que o crime de genocídio, acontecendo em tempo de paz ou de guerra, constitui uma violação do direito internacional dos conflitos armados e por essa razão deve ser prevenido e punido. Desde então, existe o entendimento crescente que o crime de genocídio é uma ameaça à segurança de todos e não deve ser tolerado.

O princípio da não intervenção não pode ser usado para proteger ou acobertar atos genocidas ou outras atrocidades contra a vida humana, como violações em larga escala do direito internacional dos conflitos armados, ou crimes caracterizados como “limpeza étnica”, que atentam contra a segurança internacional e necessitam de uma ação enérgica do CSNU. (UNITED NATIONS, 2004b).

Os conflitos armados que aconteceram na Somália, Ruanda, Bósnia Herzegovina chamaram a atenção da comunidade internacional não para o respeito à soberania desses países, mas para a responsabilidade dos seus respectivos governos em proporcionar segurança e garantir o respeito ao Direito Internacional dos Conflitos Armados.

Em 7 de março de 2000, o então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, promoveu um painel no âmbito das Nações Unidas para revisar as atividades da organização relacionadas à paz e segurança internacionais, tendo em vista os acontecimentos em Ruanda e em outros países.

Fruto desse encontro, o Painel das Nações Unidas para Operações de Paz, foi elaborado um relatório pela mesa de trabalhos do evento, esta

presidida pelo senhor Lakhdar Brahimi, conhecido por Relatório Brahimi. (UNITED NATIONS, 2000).

O escopo do relatório foi o de revisar e fazer recomendações acerca dos pontos mais relevantes dentro do sistema de operações de manutenção da paz da ONU, tendo como objetivo reformar, modificar e aperfeiçoar os temas julgados necessários. Nesse escopo, vale citar o novo entendimento conferido aos pontos abaixo:

Uso da força e consentimento

O consenso das partes envolvidas no conflito e o uso da força em casos de legítima defesa devem continuar a ser empregados como princípios norteadores das missões de manutenção da paz. No entanto, tendo em vista a gravidade dos conflitos intra-estatais, a força deve ser autorizada no sentido de permitir a legítima defesa dos militares, bem como o efetivo cumprimento do mandato da missão. (UNITED NATIONS, 2000).

Vê-se que, a partir desse momento, o uso da força amplia suas opções, não ficando mais restrito apenas aos casos de legítima defesa.

Mandatos Claros, Críveis e Realizáveis

Previamente à autorização do CSNU no sentido de empreender uma operação de manutenção da paz que tenha como objetivo implementar determinado acordo de paz, o Conselho deve se certificar de que ele observe os preceitos do direito internacional dos direitos humanos e do DICA, além de estabelecer tarefas viáveis e proporcionais aos meios disponibilizados aos *peacekeepers*. (UNITED NATIONS, 2000).

O CSNU deve, ainda, enquadrar suas resoluções dentro dos requisitos das operações de manutenção da paz ao autorizar o empreendimento da missão em situações de extremo perigo. Para tanto, o Secretariado deve munir o CSNU com toda sorte de informações a respeito da natureza do conflito, bem como com outros dados que julgar necessários, de forma a auxiliá-lo na

confeção de mandatos bem estruturados, claros, detalhados e exequíveis⁹⁸. (UNITED NATIONS, 2000).

A partir das experiências mal sucedidas em missões sob a égide da ONU, na década de 1990, as instruções para o emprego da força passaram a ser mais flexíveis e específicas para cada operação, sendo reguladas através das Regras de Engajamento (RE) exclusivas para cada mandato. As chamadas “Regras de Engajamento” de uma operação traduzem para o plano operacional militar os mandatos adotados na decisão política e, ao fazê-lo, fixam os limites, circunstâncias e objetivos com que os militares poderão ou deverão usar seus armamentos. Assim sendo, as armas poderão ser usadas não só para a defesa própria, mas também quando for necessário para o cumprimento do próprio mandato.

Entretanto, é importante destacar que, embora a experiência tenha demonstrado que o uso da força pode vir a ser incrementado em função da evolução do quadro político e militar em que atua a força de paz, a restrição maior ou menor a este uso continuará a ser um elemento fundamental na definição e execução desse tipo de operação. (CARDOSO, 1998).

Recentemente, o CSNU tem adotado a prática de referenciar o capítulo VII da Carta das Nações Unidas em suas resoluções, ao autorizar o desdobramento de OMP, em áreas voláteis de pós-conflito, considerando que o Estado anfitrião é incapaz de manter a segurança e a ordem pública. Esta situação além de proporcionar uma base legal para a atuação das tropas, deve ser também interpretada como uma firme declaração política e uma forma de lembrar as partes envolvidas no conflito e os membros da ONU, de suas obrigações em cumprir as decisões do CSNU. (UNITED NATIONS, 2008).

A “Doutrina *Capstone*” destaca que estabelecer uma ligação das OMP com um capítulo particular da Carta das Nações Unidas, pode conduzir a uma percepção equivocada a respeito dos propósitos do planejamento operacional, do treinamento de tropas e da própria implementação do mandato. Para avaliar

⁹⁸ Esta mudança buscava impedir que situações como a descrita pelo General Rupert Smith (2008, p. 387), Comandante da UNPROFOR, viessem a se repetir:

“A situação era, pois, completamente incoerente, tendo a missão - teórica - e a realidade na qual se inseriu uma natureza muito diferente. Posto noutros termos, o Conselho de Segurança da ONU leu a situação como um confronto e enviou uma missão para o efeito, mas na verdade era a de um conflito declarado ao nível estratégico.”

a natureza de cada OMP e suas capacidades necessárias, os países contribuintes de tropas devem ser guiados pelas tarefas atribuídas pelo mandato do CSNU, o conceito da operação e as RE para o componente militar. (UNITED NATIONS, 2008).

A responsabilidade pela elaboração das RE para uma operação de manutenção da paz, sob a égide da ONU, é do seu Departamento de Operações de Manutenção da Paz (*Department of Peacekeeping Operations – DPKO*). O DPKO busca estabelecer normas claras e objetivas que estejam respaldadas pelos princípios do Direito Internacional dos Conflitos Armados. São regras sobre o uso da força, que consagram princípios como o da proporcionalidade, uso gradativo da força, proibição de ataques indiscriminados, e outras limitações ao emprego do armamento. A ONU tem sido extremamente rígida na investigação de quaisquer denúncias que envolvam o não cumprimento das RE. (UNITED NATIONS, 2008).

Como foi mencionado, anteriormente, existe uma grande aceitação, no âmbito da comunidade internacional, da ideia de que os países soberanos têm a responsabilidade de proteger seus cidadãos de crimes e ações que comprometam os direitos humanos. Entretanto, nos casos eventuais em que esses países não disponham de meios suficientes, ou demonstrem falta de interesse em proporcionar segurança às suas respectivas populações, essa responsabilidade deve ser assumida pelas Nações Unidas, buscando prevenir, responder à violência e, se necessário, auxiliar na reconstrução da sociedade local. (UNITED NATIONS, 2004b).

Em um primeiro momento, o foco da ONU deve ser em prevenir tais situações utilizando a diplomacia preventiva, conduzindo negociações e mediações, visando à proteção das pessoas envolvidas, por intermédio de missões humanitárias, de direitos humanos e policiais. Como último recurso, permanece o emprego da força, amparado no capítulo VII da Carta das Nações Unidas. (UNITED NATIONS, 2004b).

Convém salientar que embora a linha que separa as atuais operações de manutenção da paz multidimensionais e as operações de imposição de paz possa parecer anuviada, fruto da maior flexibilidade do emprego da força facultada às OMP, existem relevantes diferenças entre elas. Enquanto as primeiras empregam a força no nível tático com o consentimento do país

anfitrião, as operações de “*enforcement*” utilizam a força em um nível estratégico ou internacional, autorizado pelo CSNU, entretanto sem o consentimento do país anfitrião. (UNITED NATIONS, 2008).

Conforme destacado, anteriormente, devido à própria limitação imposta pela constituição brasileira este trabalho estará focado apenas nas operações de manutenção da paz da ONU, onde existe o consentimento das partes envolvidas no conflito.

4 O POSICIONAMENTO OFICIAL DA ONU E DO BRASIL A RESPEITO DA APLICAÇÃO DO DICA NAS OMP

O presente capítulo tem por finalidade identificar o posicionamento atual da ONU e do Brasil no que tange à aplicação do DICA nas Operações de Manutenção da paz, sob a égide da ONU. Complementarmente, serão analisados os reflexos do status da ONU e das suas ações empreendidas com base em sua carta, para a aplicação do DICA.

Será também analisada a responsabilidade do Estado Brasileiro e das Nações Unidas em zelar para que o DICA seja observado e respeitado pelos contingentes militares, à luz do direito internacional.

Como um primeiro ponto sensível convém salientar que a ONU como organização internacional não é signatária dos tratados e convenções que versam sobre o DICA, fato que exerce influência imediata sobre a aplicação desse arcabouço legal nas OMP. O seu status diferenciado, como organização de maior representatividade em escala global, proporciona legitimidade a suas ações, respaldada por seu fito basilar de zelar pela paz e segurança internacionais.

Fruto desse propósito humanitário as OMP e suas respectivas tropas, geralmente, não são visualizadas como parte beligerante em um conflito armado. Além disso, não é possível, dentro de uma mesma ótica, considerar um equilíbrio de propósitos nas ações empreendidas pelos *peacekeepers* e por grupos armados de um determinado país. Esse desequilíbrio entre a natureza das tropas e dos seus respectivos propósitos gera questionamentos sobre a aplicação do DICA em uma OMP.

Os primeiros debates sobre a aplicação do DICA nas OMP identificavam um paradoxo ao se buscar aplicar um arcabouço legal idealizado para uma situação de conflito armado, em uma operação que almejava manter a paz e a segurança internacional. Mesmo que a ONU desencadeasse uma operação militar sob a égide do capítulo VII de sua carta, as hostilidades não teriam um caráter de guerra, mas sim de uma imposição legal, aproveitando-se da legitimidade proporcionada pelo CSNU.

Greenwood (1998) afirma que, na atualidade, a aplicação do DICA está condicionada à ocorrência factual de hostilidades, não à caracterização destas hostilidades como um estado de guerra formal. Para ele não há diferenças

materiais entre ações hostis conduzidas pela ONU ou por outra parte envolvida em um conflito armado.

A discussão sobre a exegese jurídica da aplicação do DICA nas OMP salienta como uma questão controversa o fato da ONU ser uma organização internacional e os principais tratados e convenções versando sobre o tema restringirem a participação de entidades dessa natureza, autorizando apenas os Estados a figurar como altas partes contratantes. O tecnicismo legal desta assertiva poderia, portanto, encobrir eventuais violações do DICA perpetradas por tropas da ONU em uma OMP, excluindo, aparentemente, qualquer responsabilidade da Organização.

Sobre esse mote convém salientar o entendimento da Corte Internacional de Justiça ao reconhecer a sujeição da ONU às leis internacionais e a possibilidade de lhe serem atribuídos direitos e deveres internacionais.⁹⁹

A possibilidade da ONU tornar-se parte das convenções e tratados do DICA já foi alvo de amplos debates no seio da organização. Todavia Palwankar (1993) demonstra apreensão ao comentar que, no nível político, uma solicitação da ONU para ter acesso aos tratados do DICA, ou até mesmo o ensaio de uma declaração geral de aplicabilidade do DICA em OMP, na forma de uma resolução da Assembleia Geral, poderia desencadear um debate temerário sobre os protocolos adicionais. Por outro lado, uma solicitação para participar apenas das Convenções poderia comprometer a promoção do DICA num contexto maior.

Sobre essa questão Consigli e Valladares (1998) acreditam que mesmo que fosse proposta uma emenda às Convenções e aos respectivos protocolos possibilitando a adesão de organizações internacionais, a ONU ainda careceria de uma série de estruturas judiciais e administrativas para cumprir certas obrigações previstas nestes instrumentos.

Greenwood (1998) considera improvável a possibilidade da ONU vir a aceder aos tratados internacionais sobre o DICA, os quais são abertos apenas para os Estados, embora esse fato já tenha sido questionado, anteriormente, em mais de uma oportunidade. Exemplificando essa questão Greenwood

⁹⁹ *Réparation des Dommages Subis au Service des Nations Unies. Cour Internationale de Justice*. 1949. p. 174-179. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1835.pdf> >. Acesso em 15 maio 2013.

recorda que o Vaticano é parte contratante das Convenções de Genebra e dos seus Protocolos Adicionais, e que a Bielorrússia e a Ucrânia eram, igualmente, signatárias antes de se tornarem independentes da antiga URSS em 1992.

O fato da ONU não ser signatária das convenções e tratados do DICA, não impede que as normas do DICA sejam aplicadas em uma OMP. Nesse sentido, Saura (2007) salienta que a maioria das normas do DICA alcançaram o status de direito consuetudinário internacional, sendo quase indiscutível a sua pertinência para todos os entes da sociedade internacional, incluindo países soberanos, assim como as Nações Unidas.

Corroborando com esse pensamento, Palwankar (1993) sumariza o posicionamento do CICV sobre a aplicabilidade do DICA nas OMP, enfatizando que os princípios fundamentais e as normas consuetudinárias do DICA devem ser observadas pelas tropas da ONU.

Nas OMP, particularmente nos conflitos não internacionais, é possível estimar que entre os partidos beligerantes figurem movimentos de guerrilha, milícias, e grupos rebeldes não signatários dos tratados do DICA, com total desconhecimento do seu conteúdo normativo e das práticas consuetudinárias internacionais.

Um dos questionamentos sobre a aplicação das normas do DICA, nesse contexto, reside na não aplicação da cláusula “*si omnes*”, que estabeleceria a obrigatoriedade da aplicação das leis somente se todas as partes envolvidas fossem signatárias das convenções.

Saura (2007) reporta-se ao artigo I comum às convenções de Genebra que estabelece o dever das altas partes contratantes em assegurar o respeito às normas do DICA, em todas as circunstâncias. Com base nesta normativa, existe um amplo entendimento de que a aplicação do DICA não demanda reciprocidade, invalidando a supracitada cláusula “*si omnes*”. Pelo contrário, um Estado continua a ser abrangido pelas leis internacionais, mesmo se o partido rival não as respeitar.

Esse pensamento é ratificado no preâmbulo do Protocolo Adicional I que reafirma:

“as provisões das Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e deste protocolo, devem ser aplicadas em todas as circunstâncias para todas as pessoas que são protegidas por estes instrumentos, sem nenhuma distinção adversa baseada na natureza ou origem do

conflito armado ou nas causas advogadas ou atribuídas às partes do conflito”¹⁰⁰.

Segundo Greenwood (1998), não há um grau de igualdade entre as ações conduzidas por forças de uma organização global, encarregada de manter a paz e a segurança internacional, e as realizadas por um agressor que recorreu ao uso da força, violando as normas fundamentais da ordem legal internacional. Todavia esta desarmonia nos propósitos das partes beligerantes, não justifica a falta de aplicação do DICA em uma OMP.

Alinhado com esse pensamento, Greenwood (1998) salienta que o principal efeito gerado ao sustentar-se que uma parte em um conflito não está sujeita às mesmas obrigações que a outra, é a desconsideração das normas legais por ambos os contendores. Além disso, a maioria das cláusulas do DICA visam à proteção dos indivíduos *hors de combat* e não ao benefício dos Estados.

Nas situações em que a motivação do agressor não encontre amparo no artigo 51 da carta das Nações Unidas, o recurso ilegítimo ao emprego da força resultará em responsabilidade legal pelas consequências de todas as ações realizadas. Todavia Greenwood (1998) ressalta que a falta de equilíbrio nos propósitos das tropas da ONU e do agressor, não impede que a ONU respeite as normas do DICA¹⁰¹, as quais são igualmente aplicáveis à outra parte envolvida nas hostilidades.

Com o advento de novas tecnologias, o desenvolvimento de armamentos modernos, de táticas hodiernas de guerra, e a tendência dos conflitos contemporâneos afetarem cada vez mais uma parcela maior de civis, a necessidade de um constante aperfeiçoamento das normas do DICA torna-se um mister. Saura (2007) destaca que as normas estabelecidas podem não ser suficientes para governar os conflitos armados hodiernos. Este fato aumenta a relevância da inclusão da “cláusula Martens” na Convenção de Haia, a qual foi posteriormente incorporada a outros tratados humanitários, sendo o último o Protocolo Adicional I de 1977, conforme o seguinte texto:

¹⁰⁰ Conforme consta no preâmbulo do Protocolo Adicional I de 1977. Disponível em:< <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-prot-i-conv-genebra-12-08-1949.html>>. Acesso em 10 Out 2014.

¹⁰¹ Smith (2008, p. 432) ao abordar o DICA destaca que: “Em si mesmo, este corpo legal não trata da moralidade do emprego da força nem se o conflito é ou não legítimo, por exemplo em função de uma resolução aprovada pelo Conselho de Segurança da ONU”.

“Nos casos não previstos pelo presente Protocolo ou por outros acordos internacionais, as pessoas civis e os combatentes ficarão sob a proteção e autoridade dos princípios do direito internacional, tal como resulta do costume estabelecido, dos princípios humanitários e das exigências da consciência pública”.¹⁰²

A “cláusula Martens” estabelece um complemento à interpretação literal exclusiva das normas internacionais, e relembra que os casos omissos no arcabouço legal do DICA, não necessariamente são consentidos. Segundo Saura (2007), esse adágio permite que as operações de manutenção da paz possam se harmonizar ao DICA, apesar destas operações não haverem sido originalmente contempladas pelos instrumentos do Direito internacional dos conflitos armados.

Um outro ponto relevante na discussão versa sobre a responsabilidade da ONU, como organização internacional, quando em uma OMP alguma norma do DICA é violada. Vale lembrar que os contingentes da ONU são providos em uma base *ad hoc* pelos Estados membros, e colocados sobre o controle da organização. As OMP, como órgãos subsidiários da ONU, atuam sob a autorização do seu Conselho de Segurança, e dentro do comando e controle do Secretário Geral. (SAURA, 2007).

Como pessoa jurídica internacional, a ONU deve assumir a responsabilidade sobre um ato atribuído à organização, que tenha infringido uma obrigação legal internacional. De acordo com a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, no seu segundo relatório versando sobre a responsabilidade das organizações internacionais, ficou estabelecido no parágrafo sexto que uma conduta pode ser atribuída, simultaneamente, a uma organização internacional e a um país membro. (UNITED NATIONS, 2004a).

Segundo Saura (2007) as forças da ONU sendo consideradas órgãos subsidiários ou meros agentes atuam em nome da organização e, desta feita, os atos dos *peacekeepers* que violem as normas do DICA são de responsabilidade da ONU.

O Secretário Geral das Nações Unidas resumiu a posição atual da ONU no que tange à responsabilidade da organização sobre a conduta das forças de paz, *in verbis*:

¹⁰² Conforme consta no Artigo 1º do Protocolo Adicional I de 1977. Disponível em: < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-prot-i-conv-genebra-12-08-1949.html> >. Acesso em 10 Out 2014.

Como órgão subsidiário das Nações Unidas, um ato da força de paz é, em princípio, imputável para a Organização, e se cometido em violação de uma obrigação internacional implica na responsabilidade internacional da Organização e no seu compromisso com a compensação. O fato de que qualquer ato possa ter sido realizado por um membro do contingente militar, integrante da OMP não afeta a responsabilidade internacional das Nações Unidas vis a vis terceiros Estados ou indivíduos. (UNITED NATIONS, 2004a)¹⁰³

As Nações Unidas assumirão a responsabilidade pelas ações dos *peacekeepers*, mesmo que a conduta das tropas de paz no terreno interfira *ultra vires* com os comandos formais e diretrizes da missão, conduzindo para uma indesejável violação do DICA. Nesse sentido, a conduta de um órgão ou de um oficial da ONU será considerada como um ato da organização de acordo com a lei internacional, mesmo se a conduta exceder a autoridade ou violar instruções. (UNITED NATIONS, 2004a).

Em julho de 2011, o tema sobre a responsabilidade pelas ações dos *peacekeepers* foi objeto de uma decisão da Corte de Apelação da Haia¹⁰⁴, que responsabilizou o governo da Holanda pela cooperação com a evacuação de três bósnios mulçumanos, que tornaram-se, posteriormente, vítimas fatais de sérvios bósnios.

Durante o caso, foi analisada, primordialmente, a questão a respeito de quem exercia o controle efetivo sobre o Batalhão Holandês. No parágrafo 5.8 da decisão, a Corte salientou que na literatura internacional, bem como no entendimento da *International Law Commission* (ILC), a opinião geral aceita é de que se um Estado coloca tropas à disposição da ONU em uma OMP, a responsabilidade por uma determinada conduta empreendida por esses militares deve ser atribuída à parte que exercia o efetivo controle, no exato momento em que a conduta foi realizada.

Corroborando com esse pensamento a decisão da corte menciona o artigo 7º dos “*Draft Articles on the Responsibility of International Organizations*”¹⁰⁵ que estabelece que:

¹⁰³ Citação da carta de Hans Corell, Conselheiro Legal da ONU, para Václav Mikulka, diretor da Divisão de Codificação, em 03 de fevereiro de 2004.

¹⁰⁴ Cf. COURT OF APPEAL IN THE HAGUE, Case number: 200.020.173/01, de 05 de julho de 2011. Trata-se de uma decisão de uma corte nacional da Holanda, num processo movido por particular contra o governo daquele país. Disponível em: <<http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BR5386>> Acesso em 14 de abril de 2013.

¹⁰⁵ O documento foi adotado pela ILC na sua 63ª Sessão, em 2011, e foi submetido à Assembleia Geral como parte do relatório da Comissão referente ao trabalho daquela sessão

“A conduta de um órgão de um Estado, ou de um Órgão, ou de um agente de uma Organização Internacional que é colocado à disposição de outra Organização Internacional deve ser considerada, sob a ótica do direito internacional, um ato desta última organização, se esta organização exercer o efetivo controle sobre aquela conduta”. (UNITED NATIONS, 2011).

Embora reconhecendo o fato de que é geralmente aceito, que mais de uma parte possa exercer o efetivo controle sobre as tropas, a corte limitou-se apenas a examinar se o Estado holandês exerceu o efetivo controle sobre a conduta alegada, sem julgar se a ONU, igualmente, exerceu o efetivo controle sobre a tropa, naquela oportunidade, tendo em vista a organização ser imune aos procedimentos legais nacionais.¹⁰⁶

Finalmente a Corte, no parágrafo 5.20 de sua decisão, concluiu que o Estado holandês possuía o efetivo controle sobre a conduta do Batalhão Holandês e que a conduta desta Unidade deveria ser atribuída à Holanda, já que ficou comprovado que as tropas receberam orientações diretas do Ministro da Defesa holandês Voorhoeve.¹⁰⁷

Uma outra questão versa sobre o fato de algumas normas do DICA não poderem ser aplicadas pela ONU, devido ao seu caráter de organização internacional. Por exemplo, citam-se as normas relacionadas com a repressão a graves violações, previstas nos artigos 49, 50, 129 e 146, respectivamente das quatro Convenções de Genebra, tendo em vista a inexistência de um tribunal penal na organização que possa julgar eventuais violações do DICA. (PALWANKAR, 1993).

A incapacidade da ONU para cumprir essas obrigações estabelecidas pelo DICA representa um importante fator na determinação da forma como o direito internacional dos conflitos armados deve ser aplicado em uma OMP, todavia não embasa uma argumentação sustentável para que essas leis internacionais deixem de ser aplicadas às tropas da ONU (GREENWOOD, 1998).

(A/66/10). Disponível em:< http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_11_2011.pdf >. Acesso em 14 de abril de 2013.

¹⁰⁶ Cf. Parágrafo 5.9 da decisão da Corte de Apelação em Haia sobre o caso Nr 200.020.173/01, de 05 de julho de 2011.

¹⁰⁷ Cf. Parágrafos 2.23 e 3.7 da decisão da Corte de Apelação em Haia sobre o caso Nr 200.020.173/01, de 05 de julho de 2011.

Sob uma ótica estouvada, poderia argumentar-se que a ONU não tem responsabilidade sobre as consequências das ações das suas tropas em uma OMP, por não ser signatária dos principais tratados e convenções do DICA e os estados-membros, igualmente, estariam isentos de qualquer responsabilidade, já que as tropas operam sob o controle da Organização.

A respeito desse contrassenso legal Saura (2007) afirma que a falta de uma corte e de um sistema penal para tratar sobre violações dessa natureza, implica em que mesmo em uma operação conduzida totalmente sob o comando e controle da ONU, certas obrigações derivadas do DICA sejam de responsabilidade dos países contribuintes de tropa.

Pinto (2006) relembra que os integrantes de uma força de paz são oriundos dos Estados que integram a ONU, e são os mesmos que aderiram às convenções do DICA, como altas partes contratantes. Desta forma, assumiram o compromisso de assegurar o respeito ao DICA em todas as circunstâncias, conforme previsto no artigo I comum às Convenções de Genebra.

Corroborando com esse pensamento, Sousa (2009) afirma que os Estados são signatários das Convenções de Genebra e, como dedução lógica, suas tropas teriam conhecimento de suas normas e a ciência da possibilidade de responderem legalmente, perante seus respectivos tribunais nacionais, em caso de violação do DICA, mesmo servindo em contingentes da ONU.

O Brasil como signatário das Convenções de Genebra, dos seus protocolos adicionais e de numerosos outros tratados do DICA tem a responsabilidade de zelar pela sua aplicação em uma OMP. É importante destacar que em algumas missões o Brasil pode receber tropas sobre o seu controle operacional, como é o caso dos pelotões paraguaio¹⁰⁸ e canadense¹⁰⁹ na MINUSTAH. Em situações como esta convém verificar se o país em tela é signatário das mesmas convenções e tratados que o Brasil, para que haja uma harmonização dos procedimentos adotados por ambas as tropas.

¹⁰⁸ Conforme a Exposição de Motivos nº 319, de 8 de outubro de 2013, publicada no Diário Oficial da União de 10/10/13 que autoriza a preparação do 14º pelotão paraguaio, destinada à sua integração ao Contingente Brasileiro na Missão de Paz das Nações Unidas no Haiti – MINUSTAH.

¹⁰⁹ Conforme a Exposição de Motivos nº 33, de 8 de março, publicada no Diário Oficial da União do dia 13/03/13, onde consta a autorização para que os militares canadenses participem de treinamento e posterior integração ao Batalhão Brasileiro na Missão de Paz das Nações Unidas para Estabilização do Haiti.

Segue abaixo, um quadro resumo das principais Convenções e Tratados do DICA dos quais o Brasil é signatário:

NATUREZA DOS TRATADOS	CONVENÇÕES E TRATADOS DO DICA	DATA DE RATIFICAÇÃO
Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados	Convenções de Genebra I-IV 1949	29.06.1957
	Protocolo Adicional I 1977	05.05.1992
	Declaração segundo o Art 90 do Protocolo Adicional I	23.11.1993
	Protocolo Adicional II 1977	05.05.1992
	Protocolo Adicional III 2005	28.06.2009
	Convenção sobre o Direito das Crianças 1989	24.09.1990
	Protocolo Opcional da Convenção sobre o Direito das Crianças 1989	27.01.2004
Tribunal Penal Internacional	Estatuto de Roma	20.06.2002
Proteção da Propriedade Cultural	Convenção de Haia 1954	12.09.1958
	Primeiro Protocolo da Convenção de Haia 1954	12.09.1958
	Primeiro Protocolo da Convenção de Haia 1999	23.09.2004
Meio Ambiente	Convenção sobre a proibição de técnicas militares ou de uso hostil de modificação ambientais (Conv ENMOD) 1976	12.10.1984

Tabela 4 - Principais Tratados do DICA ratificados pelo Brasil (adaptado pelo autor).

Fonte: CICV (atualizada em 06 Ago 2012) disponível em: < [http://www.icrc.org/IHL.nsf/%28SPF%29/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/%28SPF%29/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf)>. Acesso em 07 Ago 2012.

Pode inferir-se que em questões dessa natureza existe uma responsabilidade compartilhada pela ONU e por seus estados-membros, para que as normas do DICA sejam efetivamente aplicadas. Visualiza-se, inclusive, uma complementariedade das ações requeridas por ambas as partes, na medida em que os países contribuintes de tropa necessitam atuar em pontos onde a ONU esbarra em limitações estruturais ou jurídicas, devido ao seu status de organização internacional ou à falta de mecanismos jurídicos adequados.

A ONU por sua vez tem a responsabilidade de acompanhar e fiscalizar as investigações, no âmbito dos estados-membros, de eventuais violações do DICA, visando coibir a impunidade e o conseqüente enfraquecimento do direito internacional.

Pode concluir-se, parcialmente, que as tropas de paz, sob a égide da ONU, ao se envolverem em um conflito armado devem, portanto, observar as normas do DICA, independente da conduta adotada pelas outras partes beligerantes. O fato da ONU não ser signatária dos tratados do DICA e a sua impossibilidade em cumprir com certas normas legais não inviabilizam a sua aplicação. A Organização está sujeita às normas do direito consuetudinário internacional e os Estados-membros compartilham desta responsabilidade devendo cumprir com os seus compromissos internacionais.

Colimado com esse pensamento, o Instituto de Direito Internacional acredita que a ONU deve respeitar as normas humanitárias do DICA, em todas as circunstâncias em que suas forças estiverem engajadas em hostilidades.¹¹⁰

O Secretário Geral da ONU emitiu um boletim em 06 de agosto de 1999 (Vide seção 5.1) com o propósito de estabelecer as regras e os princípios fundamentais do DICA, que devem ser aplicados pelas tropas da ONU, ao conduzirem operações sob o comando e controle da organização. Este documento representou uma relevante contribuição para a aplicação e respeito do DICA nas OMP.

Nos anos seguintes, o posicionamento da ONU de fiel observância das normas do DICA foi ratificado e pode ser bem exemplificado no texto da Declaração do Milênio das Nações Unidas¹¹¹, em 08 de setembro de 2000, que demonstrou o comprometimento da ONU com a proteção das classes de pessoas mais vulneráveis nos conflitos armados. Em seu artigo 26 do capítulo VI, a declaração destacou a necessidade de se expandir e fortalecer a proteção dos civis em emergências complexas, em conformidade com o DICA.

Posteriormente, o relatório do SGNU sobre o “*High-level Panel on Threats, Challenges and Change*”¹¹², realizado no ano de 2004, salientou em seu artigo 232, que segundo o direito internacional, a responsabilidade primária de proteger os civis das agruras da guerra é dos partidos beligerantes, sejam eles de natureza estatal ou não. O relatório ressalta ainda que o DICA deve ser respeitado e que ele provê o mínimo de proteção aos segmentos da sociedade

¹¹⁰ Artigo 2º da Resolução de Zagreb, adotada pelo Instituto de Direito Internacional em 1971.

¹¹¹ Cf. Resolução da Assembleia Geral da ONU No 55/2 disponível em: <<http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>>, acesso em 02 de fevereiro de 2013.

¹¹² Disponível em: <<http://www.un.org/secureworld/report2.pdf>>. Acesso em 31 Jan 2013.

mais vulneráveis em um conflito armado, incluindo mulheres, crianças e refugiados.

A partir do entendimento de que o posicionamento da ONU e do Brasil é de que o DICA deve ser aplicado em um contexto de OMP, será analisado a seguir em que medida isso ocorrerá e quais os principais reflexos para as tropas do componente terrestre nacional nesse cenário.

5 O ARCABOUÇO LEGAL PARA A APLICAÇÃO DO DICA NAS OMP

Este capítulo tem por objetivo analisar o arcabouço legal que deve ser observado pelas tropas da ONU, para que o DICA seja aplicado em um contexto de uma OMP. Buscar-se-á identificar se todas as leis do DICA devem ser observadas, ou se existem situações particulares que restringem o universo de aplicação das normas.

Considerando que o advento do Boletim do SGNU de 1999 representou um marco dentre as inúmeras iniciativas, para que o DICA fosse respeitado pelas tropas da ONU, será realizada, inicialmente, uma análise do alcance e do efeito vinculante desse documento sobre os *peacekeepers*.

Segue-se, então, uma análise sobre o status do conflito armado e sua influência sobre o arcabouço legal que deve ser observado. Será concedida uma maior ênfase aos conflitos armados de caráter não internacional, pois nesses cenários surge o relevante questionamento a respeito da possibilidade da sua respectiva internacionalização, em função da presença das tropas da ONU.

Finalmente, será analisada a possibilidade da aplicação *de jure* ou *de facto* da lei da ocupação em OMP, nas situações em que a ONU seja responsável pela administração de um território internacional.

5.1 O BOLETIM DO SECRETÁRIO GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS DE 1999, SEU ALCANCE E LIMITAÇÕES

Nesta seção buscar-se-á analisar o Boletim do Secretário Geral das Nações Unidas de 1999, que versa sobre a aplicação do DICA nas OMP. Inicialmente, será realizada uma breve revisão histórica dos principais eventos que conduziram à elaboração desse importante documento.

Na sequência serão avaliados o escopo de aplicação do boletim, seu alcance, suas limitações e, principalmente o seu valor legal. Complementarmente, será analisado o dever das tropas da ONU em assegurar que outras partes envolvidas em um conflito armado respeitem o DICA.

5.1.1 Antecedentes Históricos e a Organização do Boletim do SGNU de 1999

O CICV, em diversas ocasiões, expressou seu posicionamento favorável à aplicação do DICA, no contexto das OMP, sendo um dos grandes incentivadores para que a ONU compartilhasse desse entendimento.

Em 10 de novembro de 1961, o memorando intitulado “Aplicação e Disseminação das Convenções de Genebra” foi endereçado aos Estados signatários das CG e membros da ONU, no qual o CICV chamava a atenção do SGNU para a necessidade de se assegurar a aplicação das convenções pelas forças colocadas à disposição da ONU. (PALWANKAR, 1993).

Posteriormente, em 1965, a Resolução XXV (Aplicação das CG pela Força de Emergência das Nações Unidas), adotada pela 20ª Conferência Internacional da Cruz Vermelha, sediada em Viena, realizou três recomendações. Duas delas sugeriam a adoção de medidas apropriadas para que as tropas da ONU observassem as provisões estabelecidas em Genebra, e que as autoridades responsáveis pelos contingentes tomassem todas as medidas necessárias para impedir violações das CG. (PALWANKAR, 1993).

A ONU demonstrou maior atenção à questão sobre a aplicabilidade do DICA nas operações de paz, em sua experiência com a *United Nations Assistance Mission for Ruanda* (UNAMIR), em 1993. Naquela oportunidade foi incorporada uma cláusula específica no SOFA da missão, requerendo que as futuras operações de paz fossem conduzidas com total respeito aos princípios e ao espírito das Convenções de Genebra, aplicáveis à conduta do pessoal militar. (SHRAGA, 2003)

Greenwood (1998) ressalta que a UNAMIR foi uma OMP clássica, estabelecida segundo o capítulo VI, considerando que ela não se envolveria em hostilidades de nenhuma natureza. Os eventos de 1994 demonstraram que essa estimativa foi falha e salientaram a irrelevância dos compromissos assumidos pelo governo de Ruanda, implementados com a alteração no SOFA supracitada.

O compromisso em observar os princípios e o espírito das várias convenções internacionais sobre o DICA, ao invés dos tratados inteiros é de

difícil justificação e entendimento, na prática das ações. (GREENWOOD, 1998).

Mais tarde, a referência “ao espírito do DICA” foi considerada insuficiente, e substituída por “às regras do DICA”. Isto ocorreu depois de acusações, surgidas no início dos anos 1990, contra a conduta de *peacekeepers* sobre assassinatos, violência sexual, e tortura. Foi com esse pano de fundo que, em 1995, o Comitê Especial de Operações de Paz chamou a atenção do Secretário-Geral para a necessidade da elaboração de um código de conduta para o pessoal empregado nas operações de paz das Nações Unidas, consistente com a aplicabilidade do DICA, de modo a assegurar os mais altos padrões de desempenho e conduta dos *peacekeepers*¹¹³. (GREENWOOD, 1998).

O CICV tomou a iniciativa das ações e promoveu dois encontros de especialistas, para discutir a aplicabilidade do DICA nas operações de paz e para elaborar um código de conduta para os *peacekeepers*. O primeiro deles, realizado em 1995, produziu um relatório preliminar sobre o tema.¹¹⁴ O segundo encontro apresentou uma proposta de orientações ao SGNU que foi a base para a elaboração de uma diretriz sobre o DICA, preparada pelo Secretariado das Nações Unidas em 1997. (GREENWOOD, 1998).

Simultaneamente ao trabalho conduzido pelo CICV, a ONU desenvolveu e difundiu seu código de conduta para os *peacekeepers*, contido em dois volumes intitulados respectivamente “Dez Regras: Código de Conduta Pessoal dos Capacetes Azuis” e “Nós somos os *Peacekeepers* das Nações Unidas”. Posteriormente, em 6 de agosto de 1999, foi promulgado o Boletim do Secretário Geral, consolidando as diretrizes da ONU sobre o tema. (BATES e Col. , 2010).

O Boletim recomenda a aplicação dos princípios fundamentais e das regras do DICA às forças das Nações Unidas quando elas estiverem em conflitos armados, ativamente engajadas como combatentes, na extensão e duração do seu engajamento.

¹¹³ Cf. UN Doc. A/50/230 de 22 de junho de 1995.

¹¹⁴ Cf. ICRC Report of a Meeting of Experts on the Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Forces (Geneva, ICRC, 1995).

Segundo o documento, as normas do DICA são aplicáveis também nas ações de imposição da paz, ou nas operações em que o uso da força for permitido para autodefesa. As regras do DICA incluídas no Boletim são extraídas das quatro Convenções de Genebra de 1949 e de seus Protocolos Adicionais de 1977.

O preâmbulo especifica que o Boletim é aplicável somente às forças das Nações Unidas conduzindo operações sob o comando e controle da própria ONU. Todavia, a expressão “comando e controle” não é estritamente correta, já que os Estados contribuintes usualmente colocam seus contingentes nacionais sob controle operacional da autoridade da ONU, mas retém o comando nacional sobre o seu pessoal para assuntos como disciplina e administração. (BATES e Col. , 2010).

O Boletim não é aplicável às Operações de Paz autorizadas pela ONU, que serão desenvolvidas sob o comando e controle de outra entidade como um Estado, organização regional ou agência. As Operações de Paz autorizadas com base no capítulo VIII da Carta das Nações Unidas não são consideradas órgãos subsidiários da ONU e não estão ligadas por questões administrativas ao Secretário-Geral, e por esta razão não estão sujeitas às diretrizes do Boletim.

Shraga (2003) reforça esse entendimento ao destacar que o boletim se aplica para as OMP atuando segundo o capítulo VI e VII da carta das Nações Unidas, durante a extensão do engajamento das tropas. Para que ele seja aplicado duas condições cumulativas devem ser observadas: a existência de um conflito armado, independente da sua natureza, e o ativo engajamento da força de paz no conflito.

A seção 2 alerta que o Boletim não se propõe a ser uma exaustiva lista de princípios e não substitui as obrigações impostas aos *peacekeepers* pela ratificação de tratados internacionais, feitas pelos seus respectivos Estados. Dessa forma, as tropas da ONU serão regidas pelas suas próprias leis nacionais relativas ao DICA. (BATES e Col. , 2010).

A seção 3 assinala que o acordo (SOFA) firmado entre a ONU e o país anfitrião, passou a incluir a obrigação dos capacetes azuis de observar “total respeito pelos princípios e regras” do DICA, aplicáveis à conduta do pessoal militar. Ao aceitar essa obrigação, do ponto de vista da aplicabilidade, a ONU

adere aos princípios do direito costumeiro internacional, conferindo relevância ao DICA para aplicação nas operações de paz. (BATES e Col. , 2010).

Em caso de violação do DICA, os membros dos contingentes nacionais serão processados em seus próprios países. Há, todavia, a possibilidade dos *peacekeepers* serem processados pelo Tribunal Penal Internacional (TPI), caso seus crimes sejam enquadrados na jurisdição da Corte e o Estado contribuinte não demonstre disposição, ou seja incapaz para processar (Vide seção 7.4).

O Boletim trata da restrição dos meios e métodos de combate, os quais não devem ser ilimitados. Sendo assim, sob uma perspectiva do Direito de Haia, são proibidos os métodos que possam causar ferimento ou sofrimento desnecessário, ou ainda severos danos ao meio ambiente. O ataque a monumentos históricos, arquitetônicos e arqueológicos também são proscritos. Da mesma forma, com relação a objetos e instalações indispensáveis à sobrevivência da população civil. Vale ressaltar que não foi feita nenhuma consideração sobre o princípio da necessidade militar, ou sobre o mandato da missão, condicionado a essas proibições.

Por fim, o documento refere-se ao tratamento de civis e de pessoas fora de combate. Especial atenção é dada à proteção de mulheres e crianças, especialmente quanto ao assédio e exploração sexual. Seguem as seções 8 e 9, com disposições práticas sobre o tratamento de pessoas detidas e sobre atenção aos feridos e doentes.

5.1.2 Limitações do Boletim do SGNU de 1999

O Boletim foi criticado por muitos Estados por incluir normas que não são de natureza consuetudinária, as quais, portanto, foram legisladas para Estados; por falhar em distinguir a diferença entre os conflitos armados internacionais e não internacionais e por aceitar a noção de que os *peacekeepers* podem ser considerados combatentes. (SHRAGA, 2003).

Segundo a visão do SGNU a inclusão de algumas normas do PAI¹¹⁵, desconsiderando o seu caráter não consuetudinário justificou-se pela sua

¹¹⁵ A crítica refere-se aos parágrafos 6.3, 6.7 e 6.8 do Boletim que incluem respectivamente a proibição do uso de métodos de guerra com o objetivo de causar danos prolongados e extensos ao meio-ambiente; de retirar meios indispensáveis para a sobrevivência da população

importância para a segurança da população local. O Secretário considerou que o envolvimento de *peacekeepers* em um conflito não-internacional anuvia a distinção entre um conflito armado internacional e um não-internacional, se não internacionalizar o conflito com um todo¹¹⁶. Por último para ele o engajamento dos *peacekeepers* como combatentes é uma questão de fato e não de direito (SHRAGA, 2003).

A finalidade do Boletim tem um caráter dual, e pretende envolver todo o pessoal da ONU, devido a sua caracterização como “lei interna” dentro do próprio sistema legal da ONU, e segundo a implementação das normas provenientes das obrigações da ONU à luz do direito internacional consuetudinário. (SAURA, 2007).

O boletim do SGNU não figura, entretanto, entre as fontes formais do direito internacional à luz do artigo 38 do estatuto da Corte Internacional de Justiça. Ele adequa-se mais à definição de *soft law*, constituindo uma norma não cogente, mas que deve ser observada de boa fé pelos Estados. Surge, então, uma relevante questão a respeito do caráter vinculativo do boletim.¹¹⁷

Sobre esse tema Shraga (2000) acredita que o Boletim abrange as tropas da ONU da mesma forma que outras instruções emitidas pelo SGNU no exercício de sua função como comandante em chefe¹¹⁸ das operações da ONU, todavia a fonte das obrigações legais deriva das normas do DICA incorporadas nas respectivas leis nacionais, ou do direito consuetudinário internacional.¹¹⁹

civil; e de causar a liberação de forças perigosas com consequências de perdas severas entre a população civil.

¹¹⁶ Esta questão será abordada com maiores detalhes na subseção 5.2.

¹¹⁷ Na Conferência “*Expert Meeting on Multinational Peace Operations*” organizado pelo CICV em Genebra, no período de 11-12 de dezembro de 2003, os especialistas concordaram que o boletim é um documento interno da ONU. Por esta razão ele abrange as tropas sob o comando e controle da ONU, mas não constitui uma obrigação legal *stricto sensu* para os Estados.

¹¹⁸ Saura (2007) destaca que O SGNU estará cumprindo com seus deveres como comandante em chefe das tropas da ONU, segundo o previsto no artigo 87 do PAI que estabelece que:

“As Altas Partes contratantes e as Partes em conflito devem encarregar os comandantes, no que diz respeito aos membros das armadas colocados sob o seu comando e às outras pessoas sob sua autoridade, de impedir que sejam cometidas infrações às Convenções e ao presente Protocolo e, se necessário, de as reprimir e denunciar às autoridades competentes.” (CICV, 1998).

¹¹⁹ Na Conferência “*Expert Meeting on Multinational Peace Operations*” (CICV, 2013) foi destacada por um grupo de participantes a necessidade de se clarificar o status do boletim. Nesse sentido, se o seu objetivo for constituir apenas uma diretriz para a ONU, ele deveria ser aprovado por uma resolução do CSNU. Entretanto, se a ideia é que ele reflita o DICA corrente, ele deve ser aprovado pelos Estados.

Esse entendimento é reforçado pela segunda seção do boletim que registra o fato do documento não estabelecer uma exaustiva listas das normas e princípios do DICA que devem ser seguidos pelo pessoal militar, não prejudicando, portanto, a aplicação ou a substituição das leis nacionais, as quais permanecem válidas durante a operação.

Outra questão formulada por Saura (2007) foi a respeito do alcance limitado do boletim. Na visão do autor a aplicação do boletim apenas nas situações de conflito armado onde as tropas da ONU estão, ativamente, engajadas como combatentes e apenas durante o respectivo engajamento, estaria limitando a aplicação do boletim apenas aos combates atuais e às leis de Haia sobre a condução das hostilidades e a utilização dos meios e métodos de combate. Além disso, diversas normas importantes do DICA não figuram no texto do Boletim.

Um contraponto para esse questionamento é apresentado na seção 3 do boletim, que demonstra o comprometimento da ONU em assegurar que as forças devem conduzir suas operações com respeito completo aos princípios e regras das convenções gerais aplicáveis ao pessoal militar. Observa-se que a expressão “princípios e espírito do DICA” que constou, anteriormente, no SOFA da UNAMIR, foi substituída por “princípios e normas”, tornando mais objetiva e completa a abordagem do boletim.

Saura (2007) destaca a importância de considerar-se o termo “operações” em seu sentido mais amplo, abrangendo todas as atividades realizadas pela missão, para não limitar o escopo de aplicação do boletim apenas para as ações militares.

O boletim estabelece na seção 8, que as pessoas detidas devem ser tratadas de acordo com as relevantes normas da terceira CG *mutatis mutandis*. Este posicionamento gera questionamentos, pois demonstra uma clara precaução da ONU em não considerar essa classe de pessoas como “prisioneiros de guerra”, embora não desconsidere essa possibilidade¹²⁰, pois a aplicação *de jure* da terceira CG envolve um certo grau de reconhecimento do status da pessoa detida, legitimando sua participação no combate. O boletim

¹²⁰ Segundo a sua seção 8, O boletim refere-se às “pessoas detidas”, sem prejuízo dos seus status legais.

carece de um detalhamento maior para se especificar a distinção entre as pessoas consideradas PG, se for o caso, e as detidas.

A mesma seção que regulou o tratamento das “pessoas detidas” segundo a aplicação *mutatis mutandis* da terceira CG, destacou apenas sete normas. Ela deixou de referenciar, por exemplo, a não discriminação em função da raça, nacionalidade e religião, dentre outras normas importantes da convenção.

Sobre essa questão Saura (2007) salienta que, claramente, o boletim não está negando, nem estabelecendo a aplicação de outras normas relativas ao tratamento das “pessoas detidas”. Na visão do autor, nas situações em que a detenção da pessoa for considerada legítima¹²¹, as normas a serem aplicadas *mutatis mutandis* devem ser compreendidas no sentido mais amplo possível, englobando todas as normas as quais a ONU tenha a capacidade de cumprir.

5.1.3 O Dever de Assegurar o Respeito ao DICA por Terceiros

Durante a guerra na Bósnia, um episódio foi registrado em que oficiais da UNPROFOR tiveram que decidir se tinham o dever de intervir, para defender a inviolabilidade de um hospital, que estava sob um ataque de tropas sérvias, na área de segurança de Bihac. Eles assim o fizeram, embora mais tarde o Oficial da ONU de Assuntos Legais tenha declarado que tal ação não tinha precedentes, e que as tropas da ONU só estavam sujeitas às resoluções do Conselho de Segurança, e não às Convenções de Genebra, já que ambas fontes de obrigações legais eram mutuamente exclusivas. (SAURA, 2007).

O relatório do Inquérito Independente, versando sobre as ações da ONU durante o genocídio em Ruanda, menciona que a ONU deve estar consciente de que a sua presença em áreas de conflito gera, entre a população civil, uma expectativa de proteção¹²². Mesmo que a obrigação de proteger civis não

¹²¹ Segundo Saura (2007) compete às autoridades da missão tomarem essa decisão baseadas no artigo 4 da terceira CG. A única limitação seria no caso de dúvidas a respeito do status legal da pessoa detida, que segundo o artigo 5 da terceira CG, deverá ser decidido por um tribunal competente. Nesse caso a ONU, devido a sua natureza, não poderia implementar esta norma por si só e dependeria dos Estados contribuintes.

¹²² Essa percepção de segurança também foi compartilhada pela população do enclave de Srebrenica, que acreditava que a autoridade do CSNU, a presença das tropas da UNPROFOR

esteja explícita no mandato da missão de uma OMP, o genocídio de Ruanda demonstra que a ONU deve estar preparada para corresponder às expectativas de proteção geradas pela sua presença no terreno. (UNITED NATIONS, 1999c).

A única referência no boletim do SGNU de 1999 a respeito do dever de “assegurar o respeito ao DICA” é a responsabilidade de proteger, em todas as circunstâncias, o pessoal médico e religioso, bem como de proteger o transporte de feridos, enfermos e equipamentos médicos.¹²³

O artigo primeiro comum às 4 CG estabelece que “As Altas Partes Contratantes comprometem-se a respeitar e fazer respeitar a presente Convenção em todas as circunstâncias”. (CICV, 1992, p. 19).

O significado de “fazer respeitar” explícito no artigo primeiro comum às CG foi expandido e é amplamente reconhecido o fato dele englobar o “dever de intervir”, inclusive pela CIJ. O CICV em seus comentários sobre as CG externou que nas situações em que uma das partes falhe em cumprir suas obrigações, as outras partes envolvidas (neutras, aliadas ou inimigas) podem e devem tentar trazê-la a uma atitude de respeito pelas convenções. (SAURA, 2007).¹²⁴

Em alguns casos o direito e o dever de assegurar o respeito constam no mandato da missão¹²⁵. É geralmente aceito que a violação, em larga escala, dos direitos humanos, em um determinado Estado, é capaz de constituir uma ameaça para a paz e segurança internacionais, para a qual o CSNU tem

e o poder aéreo da OTAN poderiam assegurar sua proteção. O Relatório da ONU sobre a queda de Srebrenica destacou que:

“Quando a Comunidade Internacional faz uma solene promessa de salvaguardar e proteger civis inocentes de um massacre, então ela deve estar desejosa de proporcionar os meios necessários para que ela seja cumprida. Do contrário, é seguramente melhor não gerar esperanças e expectativas...”. (UNITED NATIONS, 1999a).

¹²³ Cf. parágrafos 9.4 e 9.5 do Boletim do SGNU de 06 de agosto de 1999.

¹²⁴ Embora a ONU não seja uma das partes signatárias das CG, ela deve cumprir com o direito consuetudinário de assegurar o respeito pelo DICA.

¹²⁵ Todavia, temas dessa natureza devem ser expressos de forma clara e precisa, para que não haja ambiguidades como as identificadas nas Resoluções do CSNU 819 e 836, por Shashi Tharoor (1995, p.60), então assistente especial do Subsecretário de Estado para operações de manutenção da paz:

“(...) exigiram que as partes tratassem essas áreas como seguras, não impuseram quaisquer obrigações aos seus habitantes e defensores, dotaram-nas de tropas da ONU esperando que a sua mera presença dissuadisse ataques, e evitaram cuidadosamente solicitar às forças de manutenção da paz que defendessem as áreas, mas autorizaram-nas a solicitar apoio aéreo em autodefesa – uma obra-prima de escrita diplomática, mas praticamente impossível de implementar como diretiva operacional”.

autoridade de adotar determinadas medidas. Dentre elas, inclui-se o estabelecimento de uma operação com um mandato incluindo o dever de assegurar que as partes cumpram com os princípios do DICA¹²⁶. (GREENWOOD, 1998).

Segundo uma perspectiva humanitária, é atraente considerar o dever legal de assegurar a observância do DICA, entretanto podem surgir consideráveis dificuldades de ordem prática. Quando violações sistemáticas do DICA estão em curso, pode ser necessário o desencadeamento de operações de combate em larga escala, contudo as tropas de uma OMP podem não estar dotadas com os equipamentos adequados¹²⁷.

Esta preocupação deriva de um estreito entendimento do dever de intervir, incluindo apenas as medidas de intervenção armadas e coercitivas visualizadas para impedir violações do DICA, em curso. Na realidade, o dever de assegurar o respeito pelo DICA deve ser entendido dentro do contexto das potencialidades e das características da tropa da ONU¹²⁸. (SAURA, 2007).

Sobre este aspecto, Greenwood (1998) ressalta que ao se atribuir a uma tropa da ONU a missão de intervir, a qualquer custo, para impedir violações do DICA, esse dever precisa ser reconhecido pelo CSNU e pelos Estados envolvidos na operação¹²⁹, e o nível das forças e a natureza dos seus equipamentos devem ser estabelecidos de forma compatível com a missão¹³⁰.

¹²⁶ A Resolução do CSNU 1701 de 11 de agosto de 2006 (S/RES/1701) autoriza de forma clara e precisa, segundo o seu artigo 12º, que as tropas da *United Nations Interim Force in Lebanon* (UNIFIL) utilizem todas as ações necessárias, nas áreas em que estiverem desdobradas, dentro de suas capacidades, para assegurar que suas áreas de operações não sejam utilizadas para ações hostis de qualquer natureza, para resistir a tentativas de emprego da força que busquem impedi-las de cumprir seus deveres de acordo com o mandato do CSNU, para proteger o pessoal da ONU, instalações e equipamentos, para assegurar a segurança e a liberdade de movimento do pessoal da ONU e de trabalhadores humanitários. Disponível em: < http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1701%282006%29 >. Acesso em 05 Fev 2013.

¹²⁷ O Comandante da UNPROFOR na Bósnia, em 1995, informou, em diversas oportunidades, aos altos funcionários da ONU que: “a manutenção de 20.000 soldados com armamento ligeiro no meio das partes em conflito era estrategicamente insustentável e taticamente inepta; só por si, a presença conta muito pouco.” (SMITH, 2008, p. 23).

¹²⁸ Cf. consta no artigo 12º da Resolução do CSNU 1701 de 11 de agosto de 2006 (S/RES/1701): “(...) dentro de suas capacidades (...)”.

¹²⁹ Ao avaliar as consequências catastróficas das perdas de Srebrenica e de Zepa, na Bósnia, o General Rupert Smith (2008, p. 411) destacou que “ (...) foram uns desastres cujas sementes haviam sido lançadas através das decisões tomadas em 1993: ameaçar sem intenção de agir, colocar tropas no terreno sem intenção de empregar a sua força; decisões tomadas sem qualquer contexto político (...)”. (2008, p. 403). Posteriormente, ele ainda reforçou que “Nenhum país que contribuíra com forças para a UNPROFOR, ou até para a OTAN em apoio da

Uma forma visualizada por Palwankar (1993) de assegurar o respeito ao DICA pelas partes de um conflito é o envio de relatórios sobre as violações ocorridas nos setores, onde as tropas da ONU forem desdobradas¹³¹. Esses relatórios podem ser enviados para as partes envolvidas e para o CSNU com a finalidade de impedir tais violações e assegurar que apropriadas sanções sejam aplicadas aos responsáveis¹³².

Para que esses relatórios transmitam informações oportunas, é fundamental que as missões de paz sejam dotadas de um sistema de inteligência eficiente, e que haja um maior compartilhamento dos conhecimentos entre os países contribuintes de tropa e os membros das missões de paz.¹³³

Greenwood (1998) acredita que intervenções armadas para impedir violações do DICA, mesmo se imparciais em sua concepção, podem comprometer a imparcialidade da missão, segundo a visão das partes afetadas pela intervenção. Sobre esta questão, Saura (2007) vai além e salienta que mesmo que sejam adotadas apenas medidas diplomáticas e não-coercitivas, elas podem comprometer a imparcialidade da operação, ou da própria ONU.

UNPROFOR, tinha a mínima intenção de as utilizar em combate ou sequer de as colocar em risco.”

¹³⁰ Segundo Smith (2008, p.407 e p. 421), após a tomada de reféns do *staff* da UNPROFOR em 1995, os principais países contribuintes de tropa da missão resolveram constituir uma força de reação rápida, formada por “um grupo de combate francês e outro britânico, compostos por infantaria blindada, e de um grupo de artilharia com unidades da Grã Bretanha, França e Holanda”. Essa nova Unidade, adequadamente armada, foi fundamental para a que ONU rompesse o cerco da cidade de Sarajevo, quando os seus grupos de combate, no terreno “exploraram os efeitos dos bombardeamentos, e deram confiança à população da cidade”.

¹³¹ O relatório sobre a atuação das tropas da ONU após a queda de Srebrenica aponta como uma das graves falhas cometidas pelo Batalhão holandês, responsável pela segurança daquela área, o fato dele não ter reportado ao Comando da UNPROFOR os fatos que estavam acontecendo após a queda do enclave. O relatório menciona que apesar das tropas não terem testemunhado os assassinatos em massa, elas estavam cientes de alguns terríveis indicadores. É possível que se os membros do batalhão tivessem informado, imediatamente, os detalhes desses sinais, através da cadeia de Comando da ONU, a comunidade internacional poderia ter sido compelida a responder de forma mais enérgica e rápida, e algumas vidas poderiam ter sido salvas. (UNITED NATIONS, 1999a).

¹³² A aplicação dessas sanções está baseada na cooperação prevista no artigo 89 do PAI que estabelece que:

“Em caso de violação grave das Convenções ou do presente protocolo, as Altas Partes contratantes se comprometem a agir, tanto conjunta como separadamente, em cooperação com a Organização das Nações Unidas e em conformidade com a Carta das Nações Unidas” (CICV, 1998).

¹³³ O relatório da ONU sobre a queda de Srebrenica salienta que a falta de capacidade de coleta de inteligência, aliada à relutância dos Estados membros em compartilhar informações sensíveis com uma organização aberta, e, de acordo com suas perspectivas, insegura como a ONU, é uma das principais limitações operacionais presentes nas missões de paz. (UNITED NATIONS, 1999a).

Todavia, ao reportar-se ao conceito do princípio da imparcialidade previsto na doutrina *capstone*, verifica-se que ele não pode ser empregado como um pretexto para justificar a inação. Segundo essa doutrina, uma OMP não pode ser leniente com as ações das partes que violem o processo de paz ou as normas internacionais e princípios que uma operação da ONU deve zelar. (UNITED NATIONS, 2008).

5.2 A NATUREZA DO CONFLITO ARMADO E SEUS REFLEXOS PARA A APLICAÇÃO DO DICA NAS OMP

Para que o DICA seja aplicado em uma OMP deve estar configurada uma situação de conflito armado, onde os *peacekeepers* sejam caracterizados como uma das partes envolvidas nas hostilidades.

As tropas da ONU podem ser envolvidas em genuínos conflitos com outras forças organizadas, mesmo se esta hipótese não tenha sido aventada na época em que elas foram organizadas e os contingentes nacionais foram adestrados. (SEYERSTED, 1966).

Partindo dessa premissa o primeiro passo é determinar a existência do conflito armado, realizando-se a perfeita distinção de outros tipos de tensões e distúrbios internos. Em um segundo momento, é fundamental a definição do status desse conflito como internacional ou não-internacional, fato que irá possibilitar a delimitação adequada do arcabouço legal pertinente à situação em questão.

A presente subseção tem como objetivo analisar como a presença de tropas da ONU influencia o status do conflito e qual arcabouço legal seria mais apropriado a ser adotado por essas tropas, nas situações em que uma OMP esteja envolvida em um conflito armado internacional ou não-internacional.

Nas operações de manutenção da paz as tropas da ONU têm sido autorizadas a empregar a força em casos de autodefesa, ou nas recentes operações de paz robustas, para a garantia do mandato da missão, ao ser invocado o capítulo VII da Carta das Nações.

Em um primeiro momento, as tropas da ONU empregadas em um contexto de OMP não são partes de um conflito armado, pois, geralmente, estas são desdobradas após a assinatura de acordos de paz entre os

contendores e existe um consentimento explícito (regulado pelo SOFA) de todas as partes envolvidas no conflito, ou ao menos das mais relevantes, a respeito do desdobramento da missão no país anfitrião.

Nos países onde as tropas da ONU são desdobradas, a ausência de estabilidade nos planos político, socioeconômico e na área da segurança constitui uma característica marcante da realidade local. Nesse contexto volátil, a situação de conflito armado pode ser restabelecida e as tropas da ONU serem incluídas nesse contexto.¹³⁴

Cresce de importância, nesse momento, a caracterização deste determinado conflito como internacional ou não-internacional. Nas situações em que as tropas da ONU engajam-se em combates contra as tropas de um Estado ou de uma organização de caráter internacional, não há dúvidas que se trata de um conflito internacional. A real dificuldade existe quando estas hostilidades envolvem as tropas da ONU e grupos rebeldes ou facções dissidentes dentro de um Estado. (GREENWOOD, 1998).

Cenários como este são ilustrados, historicamente, pela experiência das tropas da ONU no Congo, em 1960¹³⁵, e na operação de manutenção da paz robusta na Somália em 1992¹³⁶. A questão chave reside em se determinar qual arcabouço legal deve ser aplicado às tropas da ONU envolvidas em um conflito armado nesse contexto. (GREENWOOD, 1998).

Segundo Kolb¹³⁷ (2003), o entendimento jurídico, predominante na comunidade internacional, é de que os conflitos envolvendo as tropas da ONU e forças locais sempre desencadeiam a aplicação do arcabouço legal previsto para os conflitos armados de caráter internacional.

Operações da ONU são de natureza internacional, estabelecidas com base em políticas internacionais, implementadas segundo mandatos tipicamente internacionais, conduzidas por um órgão sujeito às leis

¹³⁴ Como exemplo desta situação, Greenwood (1998) destaca que após o desdobramento das tropas da UNPROFOR na Bósnia-Herzegovina no início de 1992, uma série de conflitos eclodiu entre o governo da Bósnia-Herzegovina e forças sérvio-bósnias; Bósnia-Herzegovina contra Croácia e forças croatas-bósnias; e Croácia e forças croatas-bósnias contra forças sérvias bósnias.

¹³⁵ A ONU em 1960-1963 envolveu-se em conflitos com as forças separatistas de Katanga, as quais já estavam envolvidas em um conflito armado interno com o governo do Congo. (GREENWOOD, 1998).

¹³⁶ Conflitos envolvendo as tropas da ONU e a facção de AIDEED (GREENWOOD, 1998).

¹³⁷ Robert Kolb, professor das Universidades de Bern e Neuchâtel e diretor de pesquisa no Centro de Direito internacional dos conflitos armados da Universidade de Genebra.

internacionais, dentro das fronteiras de um país, cujos aspectos *ratione materiae* e *ratione personae* determinam a aplicação das leis internacionais do DICA. (KOLB, 2003).

A ONU, como organização internacional, sob a ótica dos aspectos *ratione personae*, diferentemente dos Estados, só pode estar sujeita às leis internacionais, devido a sua natureza puramente internacional, não dispondo de uma dimensão legal nacional. (KOLB, 2003).

Surge então o questionamento no sentido de que as leis que regulam os conflitos armados não internacionais são também parte do corpo de leis internacionais, portanto igualmente aplicáveis a uma organização internacional como a ONU.

Contrário a esse argumento, ressalta-se que as leis dos conflitos armados não internacionais são essencialmente predicadas para proteger a soberania estatal. Por esta razão são mais limitadas em alcance, justamente com o objetivo de proporcionar maior liberdade de ação aos Estados. (KOLB, 2003).

Corroborando com esse pensamento Sassoli (2003) salienta que as leis para os conflitos armados não internacionais são muito mais rudimentares que as leis que regulam os conflitos armados internacionais, pois aquelas tem que respeitar a soberania dos Estados e o direito dos governos de agirem nos seus respectivos territórios soberanos, com menos restrições que nas relações internacionais.

A ONU, por ser uma organização internacional, não tem uma ordem legal interna para preservar, portanto a aplicação das leis referentes aos conflitos internacionais harmoniza-se mais com a natureza legal e a realidade prática das organizações internacionais (KOLB, 2003).

Certos argumentos de caráter menos conceitual reforçam a aplicação perene das leis referentes aos conflitos armados internacionais. O compromisso internacional da ONU com o respeito às leis internacionais, com os direitos humanos e com os princípios sociais advogam em favor da aplicação dos mais altos padrões de proteção à vida humana, previstos para os conflitos internacionais.

Alguns documentos legais da ONU tendem a considerar, em seus respectivos corpos, a aplicação das leis referentes aos conflitos internacionais em situações dessa natureza.

Salienta-se, como exemplo, o Boletim do Secretário Geral da ONU de 1999 versando sobre a “Observância do DICA pelas Forças de Paz das Nações Unidas”, cuja redação elenca várias leis aplicáveis aos conflitos armados internacionais, apesar de não haver nenhuma referência clara, em seu texto, à natureza do conflito armado.

Para Saura (2007) o silêncio identificado na redação do Boletim supracitado, a respeito da distinção entre os conflitos internacionais e não internacionais, significa que as suas regras devem ser aplicadas independente da natureza do conflito onde a OMP esteja desdobrada.

No artigo 2.2 da Convenção sobre a Segurança das Nações Unidas e do Pessoal Associado (1994) consta que ela não se aplica às operações de imposição, autorizadas pelo CSNU, baseadas no capítulo VII da Carta das Nações, nas quais se aplicam as leis dos conflitos armados internacionais.

Segundo Philippe Kirsch¹³⁸ (Apud EMANUELLI, 1997), os responsáveis pela elaboração da Convenção supracitada insistiram na inserção da expressão “para o qual as leis dos conflitos armados internacionais se aplicam”, baseados na crença de que seria impossível que a ONU fosse envolvida em um conflito interno, pois uma vez que seu pessoal associado fosse engajado em um conflito contra uma força local, por definição o conflito seria internacionalizado.

Na prática a ONU tem adotado uma postura variada de acordo com as circunstâncias que governam cada situação particular. No caso das lutas no Congo, durante a secessão de Katanga (1960-1961), as tropas da ONU presentes preferiram basear suas ações amparadas nas Convenções de Genebra, não se limitando ao escopo restrito do artigo 3º comum. Segundo Greenwood (1998), esta decisão justificou-se pela presença de vários contingentes de países diferentes, tornando-se mais fácil a aplicação das normas referentes aos conflitos internacionais como um todo.

¹³⁸ Foi o *Chairman* do Comitê *ad hoc* responsável pela elaboração da Convenção sobre a Segurança das Nações Unidas e do Pessoal Associado (1994).

Por outro lado, na Somália (1992), as tropas da ONU e o contingente norte-americano não reconheceram as suas respectivas participações em um conflito armado internacional, sendo aplicado, nesta ocasião, o artigo 3 comum das CG. Este fato pode ser interpretado como fruto da natureza desorganizada dos grupos armados envolvidos no conflito (KOLB, 2003).

Greenwood (1998) destaca que as forças de Aideed, na Somália, não possuíam a organização militar, política ou jurídica de um Estado. Nessas circunstâncias seria irreal considerar que ambos os lados deveriam observar a Convenção sobre prisioneiros de guerra.

O conceito de prisioneiro de guerra não existe em um conflito armado não-internacional. Apenas as normas humanitárias básicas são aplicadas como um padrão mínimo de regras de conduta a ser observado pelas partes envolvidas nas hostilidades. Nesse tipo de conflito permanece a noção de que certos direitos devem ser respeitados em todas as circunstâncias e que certas práticas nunca podem ser toleradas, conforme idealizado pela Cláusula Martens. (SAURA, 2007).

Grupos armados organizados em um conflito armado não-internacional não fazem jus ao tratamento de combatentes (as ações bélicas não são consideradas legítimas segundo o DICA). Mesmo se obedecerem as normas e princípios do DICA, estão sujeitos a serem processados segundo as leis nacionais, por atacarem forças governamentais.¹³⁹

Uma das razões que reforça a postura adotada pela ONU seria evitar que os integrantes da facção de Aideed, na Somália, tivessem seus atos legitimados pelo DICA, ao serem considerados como combatentes legítimos, em um contexto de conflito armado internacional. Desta forma, não seria possível cumprir a determinação do CSNU de efetivar a prisão, a detenção para julgamento e a punição dos responsáveis pelos ataques contra as tropas da ONU.¹⁴⁰

¹³⁹ De acordo com o “*The Manual of the Law of Armed Conflict*”, elaborado pelo Ministério da Defesa Britânico, membros de forças armadas dissidentes, diferentemente de combatentes em um conflito armado internacional, permanecem passíveis de processos por crimes realizados segundo a legislação doméstica. Isto pode incluir atos ordinários de combate. Por exemplo, um combatente dissidente que mata ou fere um membro das forças armadas governamentais pode ser processado por assassinato ou outras ofensas contra a pessoa. Páginas 387-388 (2004).

¹⁴⁰ Resoluções do CSNU N° 837 e 885 (1993).

Na visão de Tittmore (1997), em um conflito doméstico as tropas da ONU devem observar as leis que regem os conflitos não internacionais, no que diz respeito ao envolvimento de atores não-estatais. Para o autor, eles não poderão usufruir do status de prisioneiro de guerra.

Kolb (2003) reforça o entendimento de Tittmore (1997), ao apresentar uma linha de pensamento alternativa baseada na aplicação das leis dos conflitos armados internacionais nas situações em que as tropas da ONU se envolvessem em hostilidades com as forças armadas de um governo local. Caso o confronto fosse com rebeldes ou com outros grupos armados locais seriam aplicadas as leis referentes aos conflitos armados não internacionais, particularmente as previstas no artigo 3º comum das CG.

Este pensamento respalda-se na decisão da Corte Internacional de Justiça no caso da Nicarágua¹⁴¹. Entretanto, convém salientar que o caso objeto de análise da corte não envolvia uma organização internacional como a ONU.

Ao analisar-se essa questão é fundamental que seja considerado o olhar prático do *peacekeeper* no terreno, o qual demanda que todos os esforços sejam realizados para se evitar a aplicação de dois *standards* diferentes de leis em uma mesma operação. Este fato elevaria o grau de complexidade da missão para as tropas de paz, fazendo com que elas tenham que distinguir as leis aplicáveis para cada situação particular, em um ambiente por si só volátil e abstruso, característico das OMP.

Convém ressaltar que a presença das tropas da ONU não muda a natureza do conflito para as partes envolvidas nas suas relações mútuas. Nesse sentido, Saura (2007) destaca que o caráter original de um conflito não-internacional, não deve ser empregado como pretexto pela ONU, para que não sejam observadas as leis que regem os conflitos internacionais, em todas as circunstâncias.

A ONU tem demonstrado em suas ações que a sua preocupação maior reside na proteção das vítimas, independente da natureza dos conflitos armados. Considerando os argumentos apresentados anteriormente, julga-se mais adequada a aplicação das leis relativas aos conflitos armados

¹⁴¹ CIJ – Relatório 14, 1986, parágrafo 219.

internacionais, pelas tropas de paz envolvidas nesse tipo de hostilidades, principalmente pela sua maior abrangência e proteção disponibilizada aos *hors de combat*.

O estabelecimento de um *standard* único facilita sobremaneira a condução das operações empreendidas pelas tropas da ONU desdobradas no terreno, as quais não dispõem de tempo para analisar cada situação inédita que se apresenta, necessitando de parâmetros claros e definidos para nortear suas ações.

Ressalta-se que, embora haja um enfraquecimento da distinção entre as leis que regem os conflitos internacionais e os não internacionais, devido à pressão das práticas do CSNU e das decisões adotadas pelos tribunais internacionais, o arcabouço legal dos CAI é mais abrangente.

As leis referentes aos conflitos internos têm sido ampliadas, particularmente no que tange ao direito consuetudinário internacional. Este fato demonstra a preocupação da sociedade internacional em proporcionar uma maior proteção às vítimas dos conflitos armados, corroborando com a adoção do padrão mais elevado previsto nas leis dos conflitos internacionais.

Ao ser estabelecido como padrão a adoção das leis que regem os conflitos internacionais, nas situações em que uma OMP esteja envolvida em um conflito armado, dúvidas podem ser suscitadas no que diz respeito à aplicação da CG III. Conforme constatado na questão da Somália, o respeito a estas leis pode refletir em um grau de reconhecimento do status da outra parte, que possa legitimar a sua participação no combate.

Este talvez seja o motivo pelo qual o Boletim do SGNU de 1999 estabeleceu que as “pessoas detidas” devem ser tratadas de acordo com as provisões relevantes da CG III, as quais sejam aplicadas *mutatis mutandis* de acordo com a necessidade, deixando de empregar o termo prisioneiro de guerra.¹⁴²

Pode-se inferir que a observância das leis que regem os conflitos armados internacionais, em qualquer circunstância, amolda-se melhor à natureza internacional da ONU, promovendo, igualmente, o mais alto padrão de respeito aos direitos humanos¹⁴³. Quanto à questão da aplicação da CG III

¹⁴² Seção 8 Caput do Boletim do SGNU de 06 de agosto de 1999.

¹⁴³ Artigo primeiro da Carta das Nações Unidas. (UN, 1945).

no caso de hostilidades envolvendo as tropas da ONU e grupos armados não-estatais, entende-se que deve ser observado o previsto no Boletim do SGNU de 1999, garantindo o respeito aos direitos básicos para as pessoas detidas, sem lhes conferir o status de prisioneiro de guerra.

5.3 A APLICAÇÃO DE JURE OU DE FACTO DA LEI DA OCUPAÇÃO NO CONTEXTO DAS OMP

Sobre a temática da aplicabilidade do DICA nas OMP, salientar-se-á, nesta seção, uma questão mais específica que versa sobre a relação entre a parte do DICA, conhecida como a LO, e as operações de manutenção da paz.

Essa questão tornou-se mais notória nas situações em que a ONU foi responsável pela administração de territórios, como no caso de Kosovo¹⁴⁴ e do Timor Leste¹⁴⁵. Segundo Ratner (2003), a administração de território internacional (ATI) é uma subdivisão das OMP.

As organizações internacionais constituíram uma nova classe de “ocupantes”, na última década, administrando territórios. Embora suas operações, raramente, sejam denominadas ocupações, organizações internacionais têm desdobrado um número significativo de militares e civis que assumiram mais atividades do que forças de ocupação, em termos de controle e governança. (RATNER, 2005).

Os comandantes militares, envolvidos no cumprimento do mandato de uma OMP, desejam orientações detalhadas, dentro dos limites legais previstos no direito internacional, que permitam a elaboração de regras de engajamento claras para as suas tropas. Para tanto, esses comandantes buscam o assessoramento jurídico de operadores do direito, que por sua vez recorrem

¹⁴⁴Cf. Resolução do CSNU 1244 (1999) de 10 de junho de 1999. Dentre outras responsabilidades a UNMIK (*United Nations Interim Administration Mission in Kosovo*) devia organizar e supervisionar o desenvolvimento de Instituições para um governo autônomo e democrático, pendente de um acordo político, incluindo a realização de eleições.

¹⁴⁵ Cf. Resolução do CSNU 1272 (1999) de 25 Outubro de 1999. A UNTAET (*United Nations Transitional Administration in East Timor*) tinha completa responsabilidade pela administração do Timor Leste, incluindo o exercício de toda autoridade executiva e legislativa, incluindo a administração da justiça. A missão durou de 25 de outubro de 1999 a 20 de maio de 2002, e teve como Representante do SGNU o brasileiro Sérgio Vieira de Mello, como Chefe dos Observadores Militares o Gen Bda Sérgio Vasconcelos Rosário, contando com a participação de diversos contingentes militares brasileiros (com o efetivo aproximado de 74 homens), observadores militares (cerca de treze) e policiais civis brasileiros (cerca de seis). (Disponível em: < http://www.un.org/en/peacekeeping/resources/statistics/contributors_archive.shtml>. Acesso em: 14 fevereiro 2013).

aos diversos ramos do direito internacional, dentre eles à LO. (ZWANENBURG, 2003).

A presente seção pretende analisar a aplicabilidade *de jure* da LO em um contexto de uma OMP, ou seja, verificar se existe uma base legal para que este conjunto de leis seja aplicado em situações específicas dessa natureza. Complementarmente, buscar-se-á analisar a sua aplicabilidade *de facto*, ou se a LO pode servir, em última instância, como referência para estabelecer padrões e modelos de conduta (base para as RE) a serem seguidos pelas tropas da ONU, empregadas em situações semelhantes a uma ocupação militar.

Inicialmente, serão revistas as principais bases legais da LO extraídas da Convenção de Haia de 1907, relativa às leis e costumes da Guerra Terrestre, da 4ª CG de 1949 e da Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (1954), buscando-se identificar a relevância destes instrumentos para uma OMP.

Na sequência, serão comparadas as características de uma ocupação militar à luz do DICA e as peculiaridades que envolvem a realização de uma OMP, com a finalidade de se estabelecer os pontos convergentes e divergentes nessas duas situações. Nesse interim, será analisada a aplicação *de jure* da LO em um contexto de uma OMP, buscando-se identificar a compatibilidade daquele regime, o seu possível escopo e a eventual base legal para a sua aplicação. Finalmente, será analisada a possibilidade da azada aplicação *de facto* destas normas.

5.3.1 A Base Legal da LO e a sua relação com as OMP

Independente da aplicação *de jure* ou *de facto* da LO em uma operação da ONU, ou da sua utilização como fonte de inspiração para a redação de regras de engajamento ou de outras diretrizes da missão, é fundamental a identificação dos seus artigos mais pertinentes com o cenário encontrado em uma ATI.

A LO é uma parte do DICA, cujas origens remontam ao código de Lieber¹⁴⁶ (1863). Suas principais provisões encontram-se consubstanciadas, mormente, na Convenção de Haia (1907) relativa às leis e costumes na Guerra Terrestre, na 4ª CG (1949) e na Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (1954).

As duas primeiras convenções supracitadas se complementam na medida em que a segunda está mais focada na proteção da população do território ocupado, enquanto em Haia foram estabelecidas relevantes proibições e obrigações relativas à potência ocupante.

Serão apresentadas a seguir as principais normas internacionais que versam sobre uma situação de ocupação militar, buscando-se identificar aquelas de maior relevância e pertinência para as situações e missões inerentes a uma OMP.

5.3.1.1 A Convenção de Haia de 1907 relativa às Leis e Costumes da Guerra Terrestre e a LO

Essa Convenção teve como principal objetivo revisar o Regulamento de Haia de 1889, codificando grande parte do direito consuetudinário, então existente, abrangendo importantes normas da LO. (CICV, 2001).

A definição de ocupação prevista no artigo 42 da Convenção de Haia (1907) estabelece que:

“considera-se um território ocupado quando se encontra colocado de fato sob a autoridade do exército inimigo. A ocupação somente estende-se aos territórios onde esta autoridade seja estabelecida e em condições de exercê-la”. (CICV, 2001).

Esta definição tem sido geralmente interpretada como o efetivo controle de um determinado território, exercido por forças estrangeiras, sem o consentimento do poder soberano¹⁴⁷.

Para Ferraro (2003), a noção de efetivo controle deve ser determinada não pela referência às capacidades gerais de um partido beligerante em

¹⁴⁶ Cf. artigo 1º do Código de Lieber, um lugar, distrito ou país ocupado pelo inimigo permanece, em consequência da ocupação, baixo a lei marcial do exército invasor ou ocupante.

¹⁴⁷ Segundo o manual de DICA do Ministério da Defesa Britânico, a potência ocupante está em uma posição que permite substituir a autoridade anterior pela sua própria autoridade (UK, 2004).

comparação com seu oponente, mas em relação aos efeitos da sua presença e do seu desdobramento na área em que está exercendo autoridade, em particular pela sua capacidade específica de exercer autoridade sobre o território em questão, no lugar da autoridade local existente, como resultado da situação militar preponderante da força ocupante.

Sobre esta questão, Shraga (2003) ressalta que para a aplicação do teste do “efetivo controle”, ao se analisar o controle exercido pelas tropas da ONU em uma OMP sobre um território, existe uma distinção entre as operações que, ao administrar certa área, devem “assistir” o governo e as autoridades locais – notavelmente as operações da ONU no Congo (início da década de 1960), Líbano (1978), Chipre (1964), Somália (início da década de 1990) – e aquelas com o mandato para “administrar” como a UNMIK, no Kosovo, e a UNTAET, no Timor Leste. Na primeira classe de operações a soberania não é afetada e a autoridade não é passada para a ONU, enquanto na segunda situação a ONU passa a ser a última fonte de autoridade no território, incluindo a responsabilidade pelo controle dos poderes legislativo, executivo e da administração da justiça.

Trazendo uma abordagem mais prática ao artigo 42 da Convenção de Haia, o TPII estabeleceu uma importante jurisprudência¹⁴⁸ para se determinar a existência da autoridade de uma potência ocupante, formulando as seguintes diretrizes:

- “- a potência ocupante deve estar em posição de substituir sua própria autoridade pela autoridade ocupada, a qual deve ser considerada publicamente incapaz de funcionar;
- as forças inimigas renderam-se, foram derrotadas ou retraíram. A este respeito as áreas de batalha não podem ser consideradas como território ocupado. Entretanto, resistência local esporádica, mesmo com sucesso, não afeta a realidade da ocupação;
- a potência ocupante tem uma força suficiente em presença, ou a capacidade de enviar tropas dentro de um tempo razoável para fazer sua autoridade presente;
- uma administração temporária foi estabelecida sobre o território;
- a força ocupante emitiu diretrizes impostas para a população civil”.

Os *Travaux préparatoires* da Convenção de Haia e a prática subsequente dos Estados indicam que o artigo 43 consiste em duas

¹⁴⁸ Cf. parágrafo 217 do julgamento do Caso Naletilić & Martinović (IT-98-34), em 31 de março de 2003. Disponível em: < http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/en/nal-tj030331-e.pdf >, acesso em 21 de janeiro de 2013.

obrigações, as quais, de forma ampla, definem a abrangência da autoridade da potência ocupante, segundo o DICA. (CICV, 2012).

Na primeira parte, o artigo 43 da Convenção de Haia estabelece uma importante obrigação para a força ocupante, ao mesmo tempo em que limita as suas ações, ao formular que:

“Desde o momento em que a autoridade legítima passe de fato às mãos do ocupante, esse tomará todas as medidas que estejam ao seu alcance a fim de restabelecer e conservar, na medida do possível, a ordem e a vida públicas, respeitando, salvo impedimento absoluto, as leis vigentes do país”. (CICV, 2001).

Ao compararmos o texto com a atuação das OMP constata-se que a obrigação de “restabelecer e manter a ordem e vida públicas” é uma das missões normalmente estabelecidas nos seus respectivos mandatos, expedidos pelo CSNU em suas resoluções¹⁴⁹. Em algumas OMP, particularmente no início das operações, as tropas da ONU são responsáveis diretamente por cumprir essas missões, já que nenhuma outra organização ou instituição nacional encontra-se disponível, ou com capacidade para realizar essas ações efetivamente¹⁵⁰.

O artigo 43 estabelece, na sua segunda parte, que as leis vigentes do país devem ser respeitadas, salvo “impedimento absoluto”¹⁵¹. Nas OMP, o SOFA firmado entre a ONU e o país anfitrião estabelece que as operações devem respeitar as leis domésticas¹⁵². Entretanto em missões onde a ONU é responsável por administrar um território, como foi no caso do Timor Leste, o mandato da missão é mais abrangente, determinando, por exemplo, que a

¹⁴⁹ Cf. Parágrafo 2º (a) da Resolução do CSNU 1529 de fevereiro de 2004, S/RES/1529 (2004).

¹⁵⁰ Cf. Parágrafo 2º (c) da Resolução do CSNU 1529 de fevereiro de 2004, S/RES/1529 (2004).

¹⁵¹ O Artigo 64 da 4ª CG corrobora com esse entendimento e complementa ao estabelecer que:

“A legislação penal do território ocupado permanecerá em vigor, salvo na medida em que puder ser revogada ou suspensa pela Potência ocupante, por constituir ameaça contra sua segurança, ou obstáculo à aplicação da presente convenção ... A Potência ocupante poderá, no entanto, submeter a população do território ocupado às disposições que julgar indispensáveis para cumprir as obrigações decorrentes da presente Convenção e garantir a administração regular do território...” (CICV, 192, p. 149).

¹⁵² Por exemplo pode-se citar o previsto no número 5 do capítulo IV (Estatuto da MINUSTAH) do SOFA da MINUSTAH, onde consta que:

“A MINUSTAH e seus membros se abstêm de todos atos ou atividades incompatíveis com o caráter imparcial e internacional de suas funções ou contrárias ao espírito do presente acordo. **Eles respeitam todas as leis e normas do país.** O Representante especial utiliza todas as disposições cabíveis para assegurar o respeito destas obrigações.” (Grifo nosso).

UNTAET fosse investida de toda a autoridade legislativa¹⁵³, incluindo, portanto, a prerrogativa de alterar as leis nacionais.

Um tema sensível nas OMP versa sobre a utilização da propriedade, seja ela particular ou estatal. Embora esta questão possa estar regulada pelo SOFA das missões, na prática, nem sempre o Estado anfitrião provê a área necessária ao desdobramento das instalações da ONU (ZWANENBURG, 2003).

A Convenção de Haia (artigos 47,53 e 55) regula a utilização da propriedade pela potência ocupante limitando o acesso apenas aos bens imóveis estatais. O artigo 56 estabelece uma ressalva para os bens do município, dos estabelecimentos consagrados aos cultos, à caridade, à instrução, às artes e às ciências, mesmo se pertencentes ao Estado, os quais devem ser tratados como propriedade privada.

As provisões estabelecidas pela Convenção de Haia a respeito do uso de propriedade são extremamente relevantes e aparentam constituir potenciais fontes de diretrizes úteis para comandantes militares em uma OMP. (ZWANENBURG, 2003).

5.3.1.2 A 4ª Convenção de Genebra de 1949 e a LO

Esta Convenção, relativa à proteção dos civis em tempo de guerra, estabelece importantes provisões, regulando a atuação das forças ocupantes, de forma a respeitar os direitos da população do território ocupado.

No seu artigo 4º a convenção define o conceito das pessoas protegidas como:

“as pessoas que a qualquer momento e de qualquer forma, estiverem, em caso de conflito ou ocupação, em poder de uma Parte em conflito ou de uma Potência ocupante da qual não sejam nacionais”. (CICV, 1992).

O artigo 27 estabelece os principais direitos que o status de “pessoa protegida” proporciona à luz do DICA, sendo considerado por Pictet (1952b) como a base da convenção, proclamando os princípios, segundo os quais toda a Lei de Genebra está alicerçada. Ele é complementado pelos artigos 31 - 33

¹⁵³ Cf. Parágrafo 1º da Resolução do CSNU 1272 (1999) de 25 Outubro de 1999, S/RES/1272 (1999).

que, dentre outras provisões, coíbem qualquer ação que possa gerar danos físicos ou morais às pessoas protegidas.

O artigo 51 permite que a potência ocupante utilize, coercitivamente, a mão de obra local em serviços de utilidade pública, respeitando a legislação doméstica relativa às condições laborais. Ratner (2012) acredita que esta norma possa ser útil em uma situação de desastre natural, ocorrido em um território administrado pela ONU.

Os artigos 55 e 56 estabelecem a relevante responsabilidade da potência ocupante de assegurar o abastecimento de víveres e suprimentos médicos, no território ocupado, além de manter em funcionamento os estabelecimentos e serviços médico-hospitalares. A observância dessas normas no contexto de uma ATI afiançaria que a ONU não negligenciasse as necessidades básicas da população local.

Os artigos 68, 70, 76 e 78 estabelecem normas para lidar com pessoas detidas em uma ocupação. O contingente australiano no Timor Leste empregou, por analogia, algumas destas provisões para estabelecer uma política de detenção. Estes artigos, mesmos nos casos em que a lei de ocupação não possa ser aplicada *de jure*, podem ser úteis para auxiliar na colocação em prática dos mandatos das OMP, no que diz respeito à detenção de pessoas. (ZWANENBURG, 2003).

Esta situação pode ser evidenciada nas resoluções do CSNU que estabelecem os mandatos para as OMP, baseadas no capítulo VII, empregando a expressão “todos os meios necessários”¹⁵⁴, incluindo, portanto, o emprego da força. Infere-se que detenções, nessas circunstâncias, poderão ser realizadas, embora a expressão genérica não proporcione a orientação detalhada sobre a forma como a detenção de pessoas deva ser realizada.

Zwanenburg (2003) acredita que as provisões sobre o tratamento de pessoas detidas segundo a 4ª CG proveem padrões úteis para comandantes militares assegurarem que as expectativas de tratamento humano sejam cumpridas, mesmos que esses *standards* não sejam legalmente aplicáveis à operação.

¹⁵⁴ Cf. Parágrafo 6º da Resolução do CSNU 1529 de fevereiro de 2004, S/RES/1529 (2004); parágrafo 4º da Resolução do CSNU 1996 de 08 de julho de 2011, S/RES/1996 (2011).

5.3.1.3 Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (1954) e a LO

A Convenção foi estabelecida com base nos graves danos sofridos pelos bens culturais nos últimos conflitos armados, particularmente nas Grandes Guerras Mundiais. Segundo a convenção são considerados bens culturais independentes de sua origem ou propriedade:

“os bens, móveis ou imóveis, que tenham uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte, ou de história, religiosos, ou seculares, os lugares que oferecem interesse arqueológico, os grupos de edificações que, em vista de seu conjunto, apresentem um elevado histórico ou artístico, as obras de arte, manuscritos, livros e outros objetos de interesse histórico, artístico ou arqueológico, bem como as coleções científicas e as coleções importantes de livros, de arquivos, ou de reproduções dos bens acima definidos”. (CICV, 2001).

Segundo o artigo 5º da convenção, as altas partes contratantes que ocupem o território parcial, ou totalmente de outra parte contratante se comprometem a proporcionar apoio às autoridades nacionais visando à salvaguarda e à conservação dos bens culturais.

A ONU, mesmo não sendo signatária da convenção, deve proteger os bens culturais de um país onde se encontre desdobrada uma OMP, até mesmo para não provocar animosidades junto à população local, que possam comprometer a legitimidade da missão.

5.3.2 A Aplicação *de jure* da LO em uma OMP

A aplicação da LO em uma OMP tem sido desconsiderada *inter alia*, segundo o entendimento de que essas operações são baseadas no consentimento do país anfitrião, não caracterizando uma ocupação nos termos do artigo 42 da Convenção de Haia.

A nova natureza das OMP, assumindo maiores responsabilidades conferidas pelos seus respectivos mandatos, aliada aos cenários tortuosos dos países onde elas têm sido desdobradas, caracterizados por graves instabilidades políticas, socioeconômicas, algumas vezes totalmente destruídos por conflitos armados, conduzem novamente à discussão sobre a aplicação da LO, como forma de estabelecer uma base legal para essas operações.

Ratner (2003) salienta algumas semelhanças relevantes entre uma situação de ocupação militar e o cenário de uma ATI. Em ambos os casos existe o envolvimento de forças estrangeiras que afetam o cotidiano da população e das estruturas governamentais, ocasionando reações diversas. As duas situações envolvem a combinação de atividades militares e de segurança com operações civis, e devem estabelecer o regime legal internacional e doméstico a ser seguido pelos habitantes locais.

Serão salientados alguns aspectos que podem influenciar a aplicação da LO em uma OMP, destacando-se a evolução das operações de paz, suas novas características, e o conceito de consentimento, fundamental para a realização de uma OMP.

Posteriormente, serão analisadas algumas questões legais a respeito da aplicação da LO em uma OMP, particularmente as que sinalizam a incompatibilidade desse regime com as OMP, buscando-se identificar o fundamento legal para esses pontos em discussão, de forma a se traçar o eventual escopo legal de aplicação da lei, nesse contexto.

5.3.2.1 A Evolução das OMP e seus Reflexos para a Aplicação da LO

As OMP foram tradicionalmente empregadas segundo o capítulo VI da Carta das Nações. Recentemente, o CSNU adotou a prática de invocar o capítulo VII da carta, ao autorizar o desdobramento de uma OMP, em áreas voláteis de pós-conflito, onde os Estados não são capazes de manter a segurança e a ordem pública. (UNITED NATIONS, 2008).

A prática recente tem turvado a distinção entre as OMP e as operações de imposição da paz, fruto da questão sobre a aplicação do DICA nas OMP. As OMP tradicionais têm mudado em função da evolução do conflito entre o recurso aos capítulos VI e VII; outras se transformaram em operações híbridas incluindo elementos de manutenção e imposição da paz. (SHRAGA e ZACKLIN, 1995).

Uma das consequências geradas por esta mudança, segundo Ferraro (2003), foi a erosão do conceito de consentimento já que a prévia dicotomia entre as ações coercitivas adotadas no contexto do capítulo VII e as ações das OMP baseadas no capítulo VI é agora, frequentemente, colocada em questão.

Milano (2003) afirma que o recurso ao capítulo VII em um contexto de uma OMP parece indicar, implicitamente, o reconhecimento do CSNU que as partes envolvidas, provavelmente, não concederam seus consentimentos explícitos.

As OMP multidimensionais tem recebido uma grande variedade de missões a cumprir de forma a possibilitar o estabelecimento de uma paz sustentável, provendo a manutenção da ordem e segurança públicas, participando na recuperação política e econômica do país anfitrião e apoiando as instituições políticas legítimas. (UNITED NATIONS, 2008).

Esse amplo espectro de missões tem tornado as OMP cada vez mais ofensivas e intrusivas *vis-a-vis* a soberania do país anfitrião. Este fato aumenta a probabilidade do Estado retirar o seu consentimento, no caso dele haver sido concedido anteriormente de forma legítima. (FERRARO, 2003).

Para Ferraro (2003), é difícil evitar estabelecer comparações e continuar negando as semelhanças entre ocupação e as atividades realizadas pelas OMP. Para o autor são criadas situações nas OMP, onde as únicas normas relevantes do DICA são encontradas na LO. Caso elas não sejam aplicadas, haverá um vácuo legal, carecendo de um regime legal claro que possa proteger, ao menos, a população local. A LO é, portanto, uma potencial referência *corpus juris*.

5.3.2.2 O Consenso como Princípio Básico de uma OMP e sua relação com a LO

Um dos fatores fundamentais para que seja desdobrada uma OMP é a existência do consentimento das partes principais envolvidas em um conflito armado, requerendo um compromisso destas partes em aceitar o mandato da OMP. Este consentimento irá proporcionar a liberdade de ação política e física, necessária para a OMP poder cumprir as tarefas do seu mandato (ONU, 2008).

Esse entendimento do princípio básico do consentimento, previsto pela ONU na doutrina *Capstone*, contrapõe-se ao termo “exército inimigo” empregado no artigo 42 da Convenção de Haia ao referir-se à ocupação militar. Subentende-se da redação deste artigo que as situações em que, tropas gozando do consentimento do país anfitrião, exerçam autoridade sobre o seu território, não estarão sujeitas à LO.

Segundo Emanuelli (1995) as forças de manutenção da paz desdobradas no território de um Estado, com o consentimento das autoridades locais, não são tropas de ocupação. Efetivamente, se este desdobramento englobar total ou parcialmente o território em questão, sob a autoridade das forças da ONU, elas não representam um exército inimigo. O direito da ocupação costumeiro relativo aos territórios ocupados não se aplicará a esta situação.

Ferraro (2003) salienta, entretanto, que outros especialistas rejeitam o consentimento como sendo o fator determinante para a aplicação da LO, especialmente nos casos de ATI, pois não faria sentido aplicar dois sistemas legais diferentes para o que de fato é uma situação idêntica, que seja o exercício do efetivo controle sobre um território por forças estrangeiras.

Essa argumentação carece de base legal, na medida em que a falta de consentimento é um pré-requisito para se caracterizar um estado de ocupação segundo a Convenção de Haia de 1907. Todavia a suspensão do consentimento ou a sua ausência temporal pode alterar um cenário pacífico de uma OMP, desdobrada sobre base legal consensual, não sujeita à LO, em uma ocupação militar *de facto*.

O consentimento do Estado anfitrião¹⁵⁵ é materializado pelo SOFA que estabelece, dentre outros aspectos da relação da ONU com as principais partes envolvidas, as áreas de responsabilidade e de atuação da OMP, a jurisdição criminal a ser adotada e o respeito às leis domésticas.

Contudo, segundo a Convenção de Viena de 1969¹⁵⁶, o Estado anfitrião pode denunciar o SOFA, retirando, conseqüentemente, o consentimento e solicitando a retirada das tropas da ONU, como foi realizado pelo Egito, por ocasião da condução da UNEF I, em 1967¹⁵⁷.

Como as OMP são desdobradas em Estados falidos, o próprio governo local pode colapsar, deixando de existir o consentimento formal do Estado anfitrião, além da ONU ver-se obrigada a aumentar o espectro das operações

¹⁵⁵ A maioria dos especialistas presentes no “*Expert Meeting: Occupation and other forms of Administration of Foreign Territory*”, organizado pelo CICV, em 2012, considerou que o consentimento para a administração da ONU deve ser concedido pelo legítimo soberano, e não por uma entidade qualquer que exerça o controle efetivo sobre o território em questão.

¹⁵⁶ Cf. artigo 54 “*Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties*” da Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados de 1969.

¹⁵⁷ Cf. Relatório do SGNU U Thant “*Withdrawing UNEF*”, 22 *UN GAOR Annexes, Supp. 15, UN Doc A/6730/Add 3 at paragraph 1 (1967)*.

da OMP, assumindo uma maior responsabilidade na manutenção da lei e da ordem, da segurança pública e de outras atribuições do governo local.

A UNOSOM II, conduzida na Somália, exemplifica bem essa situação, onde a ausência de consentimento por parte do Estado anfitrião foi fruto da inexistência de um governo oficial que pudesse conceder esse consentimento. (ZWANENBURG, 2006).

A falta de confiança entre as partes em um ambiente pós-conflito pode, a qualquer momento, tornar o consentimento incerto e pouco confiável. O consentimento, particularmente, quando concedido devido à pressão internacional, pode ser revogado de várias formas, quando uma das partes não esteja comprometida com o processo de paz. (UNITED NATIONS, 2008).

A validade do consentimento concedido pela República Federal da Iugoslávia, para a condução das atividades da UNMIK / KFOR em Kosovo foi questionada, apesar da assinatura do Acordo Técnico Militar (ATM) em 09 de junho de 1999.

À luz das CG que enfatizam as circunstâncias factuais, opostas aos rótulos, o consentimento formal pode ser provavelmente insuficiente para superar a presunção de uma ocupação, que remonta às circunstâncias que levaram à assinatura do ATM. Embora a República Federal da Iugoslávia tenha expressado o seu consentimento ao firmar o acordo internacional, esse consentimento pode ser abolido caso o acordo seja considerado inválido. Embora a coação não constitua, usualmente, uma razão para tornar um tratado inválido, o artigo 52 da Convenção de Viena de 1969 estabelece que um tratado torna-se nulo se a sua conclusão foi realizada segundo ameaça ou uso da força, em violação aos princípios do direito internacional, presentes na Carta das Nações Unidas¹⁵⁸. (CERONE, 2001).

O fato de que a maioria das partes tenha dado o consentimento para o desdobramento de uma OMP não, necessariamente, representa uma garantia de existência de consentimento no nível local, particularmente, se as partes

¹⁵⁸ Durante o “*Expert Meeting: Occupation and other forms of Administration of Foreign Territory*”, organizado pelo CICV, em 2012, alguns especialistas afirmaram que o consentimento concedido por parte da República Federativa da Iugoslávia foi apenas formal e nulo, a luz da Convenção de Viena. Entretanto, a maioria dos especialistas rejeitou a visão de que a administração da ONU fosse considerada uma ocupação.

principais estiverem internamente divididas ou disponham de um fraco sistema de comando e controle. (UNITED NATIONS, 2008).

Uma OMP deve possuir, portanto, as habilidades políticas e analíticas, os recursos operacionais e a vontade para gerenciar situações onde haja a ausência ou comprometimento total do consentimento local, sendo necessário, inclusive, o recurso ao emprego da força. (UNITED NATIONS, 2008).

Pode-se, portanto, inferir-se que o consentimento no sistema legal internacional é extremamente relevante¹⁵⁹, entretanto ele pode tornar-se inexistente ou nulo, a qualquer momento, especialmente nos cenários de uma OMP, onde o ambiente volátil pode alterar o posicionamento das partes envolvidas, particularmente nas situações de ATI, onde a autoridade local é débil ou inexistente.

5.3.2.3 Questões sobre a Base legal para a aplicação de jure da LO em uma OMP

A ONU não reconhece a atuação de suas tropas em uma OMP, mesmo nas ATI, como força de ocupação de acordo com o DICA, baseada na incongruência entre os propósitos de uma ocupação militar e de uma ATI.

Segundo Shraga (1998), a ONU adotou a posição de que as suas forças, ao cumprir os seus respectivos mandatos, atuam em nome da comunidade internacional como um todo, e por esta razão não podem ser consideradas como parte do conflito¹⁶⁰, nem uma potência segundo as CG. As forças da ONU em uma OMP carregam com elas o selo da legitimidade internacional, e devem atuar, e serem reconhecidas como imparciais, objetivas e neutras. Seu único interesse no conflito é a restauração e manutenção da paz e segurança internacionais.

Sob a mesma ótica Shraga (1998) não reconhece a aplicação da LO em um contexto de uma OMP, já que esta atua segundo um mandato conferido pelo CSNU e com o consentimento do governo ou das partes em questão, não caracterizando um conflito de interesses, essência da relação entre ocupantes

¹⁵⁹ “No sistema Westfaliano o consentimento dos Estados é um fator que carrega consequências legais significantes” (SASSOLI, 2005, p.690).

¹⁶⁰ Esse entendimento contraria, em parte, o Boletim do SGNU de 1999 versando sobre a observância do DICA pelas forças da ONU, que no seu parágrafo 1.1 reconhece a participação dos *peacekeepers* como parte do conflito, enquanto estiverem ativamente engajados como combatentes.

e ocupados. Pelo contrário, na administração de um território, o que caracteriza o relacionamento da ONU com a população local é a cooperação.

A argumentação apresentada por Shraga (2007) justificando a inaplicabilidade da LO, baseada na natureza e nos objetivos de uma OMP, desconsidera a realidade, introduzindo um argumento referente ao *jus ad bellum* em uma discussão sobre a aplicação do *jus in bello*, ignorando, portanto, a distinção *stricto sensu* entre esses dois ramos do direito público internacional.

Para Ferraro (2003) o estado de ocupação, independente da presença de *peacekeepers*, só pode ter o seu reconhecimento efetivo baseado em um exame objetivo dos fatos relacionados com a presença de forças estrangeiras em um determinado território. Por esta razão, não se pode esperar que as autoridades locais e a população aprovelem a presença e as ações das tropas da ONU.

Corroborando com esse pensamento Ratner (2005) afirma que uma população que sofre uma ocupação, não irá repentinamente encarar as tropas estrangeiras como libertadores, simplesmente porque são oriundas de diversos países e usam capacetes ou boinas azuis.

Por esta razão, durante a implementação do seu mandato, uma OMP deve trabalhar constantemente para assegurar o consentimento das partes principais, enquanto garante o desenvolvimento do processo de paz. Isto requer que todo o pessoal da ONU tenha um minucioso entendimento da história, dos costumes e da cultura na área da missão, bem como a capacidade de avaliar os interesses envolvidos e a motivação das partes. (UNITE NATIONS, 2008).

Desta forma, considerando a diferenciação entre o *jus ad bellum* e o *jus in bello*, não se pode desconsiderar a aplicação da LO em uma ATI, baseado no simples pretexto de que os seus propósitos são legítimos e representam os desígnios da comunidade internacional.

Uma outra questão versa sobre o argumento de que as forças da ONU não podem ser consideradas como forças ocupantes, pois não são a única fonte de autoridade no território em que estão desdobradas.

Ferraro (2003) lembra, sobre este tópico, que a lei de ocupação não estabelece que uma potência ocupante deva exercer exclusivo e total controle

sobre um determinado território para ser caracterizada dessa forma, entretanto deve possuir o efetivo controle da área ocupada.¹⁶¹

Um outro ponto que carece de análise é a alegação de que as missões e as respectivas bases legais das OMP estejam baseadas, exclusivamente, nos termos referenciados nas resoluções do CSNU, as quais, normalmente, são ambíguas e genéricas, não proporcionando orientações claras sobre o relacionamento das tropas da ONU, com a população e autoridades locais.

Essas resoluções são a fonte de autoridade e a base legal da administração da ONU prevalecendo, com algumas exceções¹⁶², sobre qualquer regime legal que possa ser aplicado segundo a LO. (SHRAGA, 2003).

Embora as resoluções do CSNU não mencionem diretamente a LO em seus respectivos textos, elas, invariavelmente, referenciam o DICA¹⁶³. Complementarmente, o SOFA das missões tem preenchido esta lacuna ao estabelecer que as tropas da ONU devem respeitar o DICA no cumprimento de suas missões.¹⁶⁴

O Boletim do SGNU, apesar de não mencionar a expressão “LO” nem referenciar todas as regras do DICA¹⁶⁵, estabelece que os princípios e normas do DICA devem ser respeitados pelas tropas da ONU, incluindo, portanto,

¹⁶¹ De acordo com a Corte Suprema Israelense, a respeito da ocupação militar no Líbano, uma força militar pode deixar algumas áreas da administração civil nas mãos do antigo governo, entretanto, ao permitir o exercício da autoridade governamental nessas atividades, não se reduz a existência factual do controle efetivo militar sobre a área e as consequências decorrentes, segundo o DICA (Suprema corte de Israel H.C.J. 102/82 *Tsemel versus Ministério da Defesa*, 37(3), p. 374-375);

¹⁶² A aplicação concomitante dos artigos 25 e 103 da Carta das Nações Unidas (UN, 1945) concede autoridade ao CSNU de derogar certas regras da LO, limitando-se àquelas não consideradas *jus cogens*.

¹⁶³ A Resolução 1542 de 30 de abril de 2004 da MINUSTAH estabeleceu que a MINUSTAH deveria prover assessoramento e assistência ao governo local nas investigações a respeito de violações do DICA (S/RES/1542); a Resolução 1483 de 23 de maio de 2003, a respeito da situação do Iraque, estabeleceu no seu artigo 5º, a observância das CG de 1949 e da Convenção de Haia de 1907 (S/RES/1483).

¹⁶⁴ O SOFA da MINUSTAH na letra a, do No 6 do capítulo IV (Estatuto da MINUSTAH) estabeleceu que:

“A Organização das Nações Unidas assegura que a MINUSTAH terminará sua missão no Haiti no amplo respeito dos princípios e normas das convenções internacionais relativas à conduta do pessoal militar. Estas convenções internacionais incluem as quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e seus Protocolos adicionais de 8 de junho de 1977 e a Convenção internacional da UNESCO para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado, datado de 14 de maio de 1954.”

¹⁶⁵ Cf. Seção 2 do Boletim do SGNU de 06 de agosto de 1999.

aquelas pertinentes à LO, tanto nas situações de imposição da paz, quanto na condução das OMP¹⁶⁶, mesmo na ausência do SOFA¹⁶⁷.

Corroborando com esse entendimento, Zwanenburg (2006) questiona a razão pela qual não deveria ser observada a LO já que outras partes do DICA são aplicadas juntas com o mandato das OMP, como por exemplo as normas referentes ao pessoal detido e ao emprego de armas.

Os especialistas, presentes no encontro internacional do CICV¹⁶⁸, identificaram a necessidade de suplementar as resoluções do CSNU com normas adicionais provenientes de diversos instrumentos legais relevantes. Na opinião dos especialistas a moldura legal aplicável a uma ATI, conduzida pela ONU, é conformada por duas fontes: a resolução do CSNU e outras normas oriundas de instrumentos do DICA, que possam complementar as lacunas deixadas pela primeira fonte. (CICV, 2012).

Durante o evento foi apresentada a “*Default Rule Theory*”, a qual foi aceita por unanimidade dos especialistas presentes. A teoria parte do princípio que o mandato da ONU, baseado no capítulo VII da carta, prevalecerá sobre qualquer outro instrumento do direito internacional, entretanto ele não será nunca detalhado o suficiente para permitir a precisa identificação das normas a serem seguidas por uma ATI, conduzida pela ONU. Para definir estas normas suplementares, caso as condições legais de ocupação sejam configuradas, deve-se adotar como regime legal *default* os DHI, nas situações em que haja o consentimento do país anfitrião. Na sua ausência deverá ser adotado como regime legal *default* a LO, complementando a resolução do CSNU. (CICV, 2012).

Difícilmente o CSNU irá declarar que uma determinada regra da LO não deva ser aplicada. Compete à ATI conduzida pela ONU, baseada em uma minuciosa leitura do seu mandato e da LO, identificar se existe alguma inconsistência entre essas duas fontes legais, no que diz respeito às ações a serem realizadas pela ATI. Em caso negativo a ATI deve cumprir com o previsto por ambas (considerando que as condições para a aplicação *de jure* da LO foram atendidas). Caso seja constatada uma inconsistência entre as

¹⁶⁶ Cf. Seção 1 do Boletim do SGNU de 06 de agosto de 1999.

¹⁶⁷ Cf. Seção 3 do Boletim do SGNU de 06 de agosto de 1999.

¹⁶⁸ “*Expert Meeting: Occupation and other forms of Administration of Foreign Territory*”, organizado pelo CICV, em 2012

duas legislações, prevalecerá o estabelecido pelo mandato, segundo prevê o artigo 103 da Carta das Nações Unidas¹⁶⁹. (RATNER, 2012).

Pode-se inferir que a base legal para a condução de uma ATI está fundamentada em uma resolução do CSNU, entretanto a menos que, explicitamente seja mencionado no seu texto, que a LO não deva ser observada¹⁷⁰, ela poderá naturalmente ser aplicada, em uma situação que a ocupação se configure *de jure*, complementando o mandato da missão.

5.3.2.4 Pré-requisitos para a aplicação de jure da LO em uma OMP

Forças atuando sob a égide da ONU podem, plausivelmente, ocupar total ou parcialmente um território, em uma operação de imposição, ou durante o curso de uma OMP. (ROBERTS, 1984).

Corroborando com esse pensamento, a maioria dos presentes no encontro de especialistas do CICV¹⁷¹, considerou a possibilidade da aplicação *de jure* da LO em uma ATI conduzida pela ONU. Alguns experts afirmaram que a LO pode tornar-se a moldura legal de referência, especialmente quando a operação da ONU contiver um elemento de *enforcement* em seu mandato, e encontrar-se responsável pela administração de todo ou parte do território onde foi desdobrada.

O grupo de especialistas estabeleceu, então, quatro cenários onde a LO poderia ser aplicada *de jure*, em um contexto de ATI conduzida pela ONU:

- A invasão de um território pela ONU;
- A intervenção da ONU em um Estado falido;
- A entrega de um território por uma coalisão de Estados que exerceram controle sobre outro Estado;
- A remoção do consentimento do Estado anfitrião da presença da ONU e seu território.” (CICV, 2012, p. 79).

Inicialmente, para que uma OMP transforme-se em uma ocupação militar é necessário que seja caracterizada a inexistência de consentimento

¹⁶⁹ A única exceção para essa situação refere-se às normas consideradas *jus cogens*, as quais não serão nunca desconsideradas pelo CSNU.

¹⁷⁰ Ratner (2012) considera duvidoso que o CSNU estabeleça que uma determinada norma da LO não deva ser observada.

¹⁷¹ Cf. “*Expert Meeting: Occupation and other forms of Administration of Foreign Territory*”, organizado pelo CICV, em 2012

formal por parte das autoridades locais¹⁷². Com base nos cenários supracitados e considerando que as OMP só são desdobradas com o consentimento do país anfitrião, mediante a assinatura do SOFA, esta situação só poderá ser identificada, caso o conflito armado seja restabelecido e a autoridade local seja enfraquecida a ponto do consentimento perder sua legitimidade. A outra possibilidade é a denúncia do SOFA por parte do país anfitrião, conseqüentemente, retirando o seu consentimento.

Em ambas situações, Roberts (2012) salienta que devido às grandes mudanças impostas a um território ocupado, tais como o amplo espectro de direitos e deveres atribuídos à população local, é importante que a revogação do consentimento seja considerada apenas nas situações em que ONU torne-se, efetivamente, um partido beligerante vis-à-vis o Estado anfitrião.

Sassoli (2005) ressalta que é, amplamente, aceito que o DICA não se aplica às OMP durante o tempo em que o governo anfitrião conceda o consentimento para o desdobramento de tropas no seu território¹⁷³. Todavia, no caso da extinção do consentimento, de acordo com alguns autores, o DICA poderá ser então aplicado.

A ocupação militar é uma questão de fato, baseada no previsto no artigo 42 da convenção de Haia que estabelece que: “considera-se um território ocupado quando se encontra colocado de fato sob a autoridade do exército inimigo”¹⁷⁴. (CICV, 2001, p. 29).

Para que as tropas da ONU em uma OMP sejam consideradas como uma força ocupante, elas deverão, segundo uma análise objetiva dos fatos no terreno, exercer o controle efetivo do território em questão, independente da

¹⁷² Segundo opinião unânime dos especialistas presentes no *Expert Meeting on Multinational Peace Operations*, sediado em Genebra no período de 11-12 de dezembro de 2003, organizado pelo CICV em cooperação com a UCIHL, quando um Estado concede seu consentimento para a presença de uma força com mandato da ONU, a LO não é aplicada *de jure* já que não existe ocupação *stricto sensu*.

¹⁷³ Esse entendimento foi corroborado pela unanimidade dos especialistas presentes no “*Expert Meeting: Occupation and other forms of Administration of Foreign Territory*”, organizado pelo CICV, em Genebra, em 2012.

¹⁷⁴ Esse entendimento é respaldado pela Decisão da CIJ de 19 de dezembro de 2005, sobre as atividades armadas conduzidas no território do CONGO, em seu parágrafo 173º. A Corte expressou que para se determinar se as forças militares presentes no território de outro Estado, como resultado de uma intervenção, devem ser consideradas forças de ocupação, há necessidade de evidências suficientes, para demonstrar que esta autoridade foi de fato estabelecida e exercida pelo Estado interventor, na área em questão. Disponível em: < <http://www.CIJ-cij.org/docket/files/116/10455.pdf> >, acesso em 21 de janeiro de 2013.

legitimidade internacional proporcionada pelo mandato do CSNU e pelos nobres propósitos de manutenção da paz e segurança mundiais¹⁷⁵.

Essa situação é visualizada por Greenwood (1998) ao afirmar que é perfeitamente possível que a ONU por si só, ou um Estado, ou conjunto de Estados atuando sob a sua autoridade possa ocupar parcial ou totalmente um território de um adversário, durante o curso de um conflito armado.

Corroborando com esse entendimento, Ferraro (2003) afirma que o status legal de uma situação, segundo os propósitos do DICA, não pode ser encoberto por considerações políticas subjetivas que buscam ocultar as conotações pejorativas da LO, omitindo-se das obrigações legais impostas pela lei. Caso as condições de ocupação sejam identificadas, a LO deve ser aplicada pelas tropas conduzindo a operação militar, independente do fato de estarem sob a autoridade de um Estado ou de uma organização internacional.

Os pré-requisitos supracitados podem ser sintetizados pelo “*Three Pronged Test*”, formulado durante o encontro de especialistas, organizado pelo CICV, em 2012. O teste foi elaborado para avaliar a aplicação *de jure* da LO, o qual, ao ser adaptado para as características peculiares de uma ATI conduzida pela ONU, estabeleceu os seguintes critérios:

- A presença da ONU no território de um Estado não é consentida;
- O governo local é considerado substancialmente ou completamente incapaz de exercer seus poderes em função da presença da ONU;
- A ONU está em posição de exercer a autoridade no lugar do governo local.

Para Ratner (2012) a aplicação dos dois últimos itens do “*Three Pronged Test*” em um caso de ATI, conduzida pela ONU, gera duas questões: Uma missão da ONU está na posição de exercer uma autoridade governamental que possa excluir efetivamente a soberania territorial? Uma missão da ONU atua *de facto* desta forma? O próprio autor responde positivamente, baseado na experiência da KFOR/UNMIK e da UNTAET, onde a ONU exerceu efetivamente a autoridade no terreno, no lugar da República Federal da

¹⁷⁵ O preâmbulo do PAI estabelece que:

“As disposições das Convenções de Genebra e do presente protocolo devem ser plenamente aplicadas, em qualquer circunstância, a todas as pessoas protegidas por aqueles instrumentos, sem qualquer distinção desfavorável baseada na natureza ou na origem do conflito armado, ou nas causas defendidas pelas Partes em conflito ou a elas atribuídas...” (CICV, 1998, p.5).

Iugoslávia e da Indonésia, respectivamente. Todas as tropas eram predominantemente compostas por contingentes militares, que embora não patrulhassem todas as partes do território, demonstravam preencher os pré-requisitos formulados pelo teste, no que diz respeito ao exercício da autoridade.

Entretanto tanto a KFOR/UNMIK quanto a UNTAET não ensejaram a aplicação da LO *de jure*, pois ambas missões contaram com o consentimento das autoridades soberanas responsáveis pelo territórios administrados pela ONU.

5.3.3 A Aplicação *de facto* da LO nas OMP

Devido à grande probabilidade da ONU desdobrar suas operações com o consentimento do Estado anfitrião, a situação mais provável torna-se a aplicação da LO, nas situações em que sua aplicação por analogia pode ser útil, embora não legalmente necessária. Este é notavelmente o caso quando nem a resolução do CSNU, nem outras legislações, tais como os DHI, podem proporcionar respostas claras às demandas práticas vivenciadas por uma ATI da ONU. Nessa situação, a LO pode oferecer orientações práticas em atividades relacionadas com a manutenção da ordem e segurança pública, ou no gerenciamento de propriedades públicas e privadas. (CICV, 2012).

Ratner (2012), considerando o *modus operandi* da ONU, visualiza os seguintes cenários mais prováveis, para a aplicação da LO em uma ATI, quando ela não é legalmente demandada: a aplicação sob a forma de uma política da ONU de todas ou algumas normas convencionais ou consuetudinárias, sem uma obrigação legal, ou o emprego da LO como referência para a formulação de uma orientação, sem a adesão efetiva as suas normas¹⁷⁶.

¹⁷⁶ O Maj Inf Fabiano Augusto Cunha da Silva exerceu a função de Sub Comandante do Pelotão de Polícia do Exército no Timor Leste, no período de 20/09/1999 a 14/02/2000. Esse oficial relatou que as Regras de Engajamento (RE) da INTERFET estavam baseadas nos princípios e normas do DICA, salientando os seguintes exemplos:

- “- Estavam proibidos os ataques às pessoas civis.
- Existiam regras que distinguiam o que eram bens civis e o que poderiam ser considerados objetivos militares.
- Estava proibida a realização de ataques indiscriminados.
- Estava proibido atacar pessoas que não estavam combatendo.

Por outro lado, nos era permitido o uso da força letal na conquista de objetivos militares, quando estes propiciavam vantagens às operações militares conduzidas pela INTERFET.”

Corroborando com esse pensamento, Zwanenburg (2003) considera que uma grande parte da LO é relevante para as OMP, na medida em que suas normas regulam situações factuais semelhantes às encontradas em um contexto de uma OMP. Por esta razão, o autor acredita que a LO possa prover orientações úteis para a formulação de instruções para comandantes militares, mesmo nas situações em que a LO não é aplicada *de jure*.

A Austrália considerou suas forças desdobradas nas missões UNITAF / UNOSOM como força de ocupação, reconhecendo a aplicação da LO, apesar da aparente reação negativa por parte do DPKO em relação a essa iniciativa. (FERRARO, 2003).

Para Ratner (2012) não se deve definir uma posição doutrinária a respeito da aplicação, ou não, da LO *de facto*, ou como referência, em um contexto de ATI. Ela dependerá da análise do mandato da missão, do estado da lei e da ordem no território afetado, do relacionamento entre a administração da ONU, a antiga autoridade soberana sobre o território e a população, dentre outros fatores. Segundo o autor, ao verificar-se a prática das administrações de territórios internacionais, a aplicação *de facto* da LO tem demonstrado ser uma política atraente.

A LO, na realidade, nunca foi aplicada *de jure* em um contexto de administração de território pela ONU, incluindo os casos da UNMIK (Kosovo) e UNTAET (Timor Leste). Contudo, nas operações autorizadas pela ONU na Somália (UNITAF) e no Timor Leste (INTERFET)¹⁷⁷, a LO foi aplicada *de facto* na condução das operações, pelo contingente australiano, o qual considerou que as condições previstas no artigo 42 da Convenção de Haia foram identificadas. (SHRAGA, 2003).

Pode-se inferir que mesmo nas situações em que a aplicação *de jure* da LO não seja requerida, em um cenário de ATI conduzida pela ONU, esta parte do DICA poderá ser utilizada *de facto* ou como modelo para a formulação de diretrizes operacionais, trazendo maior clareza e objetividade para quem estiver conduzindo as ações no terreno, ao mesmo tempo que proporciona uma maior proteção à população do território em questão.

¹⁷⁷ O Brasil participou da INTERFET sob o comando da Austrália, com um efetivo de cerca de cinquenta militares, segundo a Resolução 1264 de 15 de setembro de 1999. (HENKE, 2012).

6 O STATUS LEGAL DO COMPONENTE MILITAR TERRESTRE EM UMA OMP

Hans Corell¹⁷⁸ destaca que se desejamos ter sucesso em preservar as futuras gerações das mazelas da guerra, dependemos de homens e mulheres preparados para participar em OMP. Por esta razão, a comunidade internacional deve proporcionar-lhes a mais alta proteção, incentivando uma efetiva contribuição de tropas, para que os nobres objetivos, presentes Carta das Nações Unidas, possam ser plenamente alcançados.

O objetivo da presente seção é analisar o status legal das tropas do componente terrestre nacional, quando empregadas em uma OMP. Inicialmente, buscar-se-á enquadrar essas tropas segundo a classificação utilizada pelo DICA, identificando o seu real status como combatentes ou civis.

Posteriormente, serão abordadas as principais fontes do direito internacional que versam sobre a proteção disponibilizada às tropas da ONU quando empregadas em um contexto de OMP. Nesse momento, será dado ênfase à Convenção sobre a Segurança da ONU e Pessoal Associado (CSOPA)¹⁷⁹, ao Estatuto de Roma e às principais legislações do DICA que abordam esse tema.

Finalmente, será analisado o relacionamento entre a CSOPA e o DICA, buscando-se estabelecer os reflexos para os contingentes terrestres nacionais, ao atuarem sob a égide da ONU em uma OMP, sob a vigência de um conflito armado, e identificar, à luz do direito internacional, o momento em que essas tropas, eventualmente, perderiam a cobertura da Convenção e estariam apenas sob a proteção das normas do DICA.

6.1 A DISTINÇÃO ENTRE COMBATENTES E CIVIS À LUZ DO DICA

Para se identificar o nível de proteção que contingentes terrestres brasileiros dispõem ao serem empregadas em uma OMP, no momento em que

¹⁷⁸ Antigo Vice-Secretário-Geral para Assuntos Legais e Conselheiro Legal da ONU, nos anos de 1994 a 2004, ao escrever o prefácio do livro *Protection of Personnel in Peace Operations: The Role of the 'Safety Convention' against the Background of General International Law*.

¹⁷⁹ Para Hans Corell a CSOPA desempenhou um relevante papel, pois é o único instrumento multilateral que lida exclusivamente com a proteção do pessoal em OMP.

uma situação de conflito armado for reestabelecida, é fundamental definir o seu respectivo status legal à luz do direito internacional.

Um dos pontos focais ao se analisar a aplicabilidade do DICA em um conflito armado reside em estabelecer-se a clara distinção entre combatentes e civis. Esta tarefa é fundamental, pois todas as partes envolvidas tem o dever de assegurar o respeito e a proteção à população e aos bens civis, devendo para isso:

“sempre fazer a distinção entre população civil e combatentes, assim como entre bens de caráter civil e objetivos militares, devendo, portanto, dirigir suas operações unicamente contra objetivos militares.”¹⁸⁰ (CICV, 1998, p.39).

O código de Lieber (1863) em seu artigo 155 estabeleceu que todos os inimigos, em uma guerra regular, dividem-se em duas classes gerais: combatentes e não-combatentes. A guerra moderna trouxe novos atores para o teatro de operações, mas de um ponto de vista mais amplo, pelo menos no que se refere aos conflitos internacionais, permanecem essas duas grandes divisões.

Os combatentes pertencem a duas categorias principais: membros das forças armadas de uma das partes em conflito (exceto o pessoal médico e religioso) e outros que tomam parte direta nas hostilidades. (DINSTEIN, 2004a).

O combatente legítimo é aquele que ao ser capturado recebe o status de prisioneiro de guerra (PG) em um conflito armado, conforme as categorias estabelecidas pelo artigo 4, alíneas (1), (2), (3) e (6) da 3ª CG¹⁸¹ e pelo artigo

¹⁸⁰ Cf. PAI Art 48.

¹⁸¹ Cf CICV (1992, p.63-64):

“São prisioneiros de guerra, no sentido da presente Convenção, as pessoas que, pertencendo a uma das categorias seguintes, tenham caído em poder do inimigo:

1) Os membros das forças armadas de uma Parte no conflito, assim como os membros das milícias e dos corpos de voluntários que façam parte destas forças armadas;

2) Os membros das outras milícias e dos outros corpos de voluntários, incluindo os dos outros corpos de voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, pertencentes a uma Parte no conflito operando fora ou no interior do seu próprio território, mesmo se este território estiver ocupado, desde que estas milícias ou corpos voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, satisfaçam as seguintes condições:

a) Ter à sua frente uma pessoa responsável pelos seus subordinados;

b) Ter um sinal distinto fixo que se reconheça à distância;

c) Usarem as armas à vista;

d) Respeitarem, nas suas operações, as leis e usos de guerra.

3) Os membros das forças armadas regulares que obedeçam a um Governo ou a uma autoridade não reconhecida pela Potência detentora;

43 do PAI¹⁸². Ele é autorizado pelo direito internacional a lutar, devendo observar os princípios e normas do DICA, para que suas ações sejam consideradas legítimas.

Em um conflito armado internacional os combatentes podem mudar seus respectivos status retirando-se das hostilidades tornando-se civis após desmobilizados, ou sendo considerados *hors de combat* (feridos). Esta situação pode acontecer mediante escolha, ao renderem-se, depondo suas armas, ou pela força das circunstâncias ao tornarem-se doentes, feridos ou náufragos. A um combatente que se tornou *hors de combat* e foi capturado deve ser outorgado o status de PG. (DINSTEIN, 2004a).

Nos conflitos armados não internacionais regulados pelo artigo 3 comum das CG ou pelo PAII, os grupos armados organizados não usufruem do status de PG, pois são considerados combatentes ilegítimos. (SOLIS, 2010).

Entretanto, segundo o CICV, esses grupos são considerados como forças armadas de um partido não-estatal do conflito armado. Em conflitos dessa natureza, tanto o Estado como o partido não-estatal possuem forças armadas distintas da população civil. Partindo do princípio que as forças armadas de um partido não-estatal de um conflito armado não-internacional

(...)

6) A população de um território não ocupado que, à aproximação do inimigo, pegue espontaneamente em armas, para combater as tropas de invasão, sem ter tido tempo de se organizar em força armada regular, desde que transporte as armas à vista e respeite as leis e costumes da guerra.”

¹⁸² Cf CICV (1995, p. 34):

“1) As forças armadas de uma Parte num conflito compõem-se de todas as forças, grupos e unidades armadas e organizadas, colocadas sob um comando responsável pela conduta dos seus subordinados perante aquela Parte, mesmo que aquela seja representada por um governo ou uma autoridade não reconhecidos pela Parte adversa. Essas forças armadas devem ser submetidas a um regime de disciplina interna que assegure nomeadamente o respeito pelas regras do direito internacional aplicável nos conflitos armados.

2) Os membros das forças armadas de uma Parte num conflito (que não o pessoal sanitário e religioso citado no artigo 33.º da Convenção III) são combatentes, isto é, têm o direito de participar diretamente nas hostilidades.

3) A parte num conflito que incorpore, nas suas forças armadas, uma organização paramilitar ou um serviço armado encarregado de fazer respeitar a ordem, deve notificar esse facto às outras Partes no conflito.”

são compostas por indivíduos cujas funções são tomar parte direta nas hostilidades, considera-se que eles tem uma “função de combate contínua”¹⁸³.

O termo “função de combate contínua” é recente para o DICA e foi considerado necessário pelo surgimento de novos atores no século XX, combinado com o advento dos novos armamentos do século XXI. Ele ilustra a evolução e a relevância contínua das CG, por intermédio da interpretação em curso dos seus termos, fruto de debates e do eventual consenso internacional. (SOLIS, 2010).

Embora o termo “função de combate contínua” não seja abordado nas CG, a expressão “forças armadas” presente no artigo 3 (1) das CG permite inferir-se que ela inclui as forças armadas dos partidos não-estatais. Estas se referem exclusivamente ao braço armado ou militar do partido não-estatal.¹⁸⁴

Para ser considerado integrante de um grupo armado organizado não é necessário o uso de uniforme, ou célula de identidade, mas o exercício de uma função. O critério decisivo para caracterizar a associação individual a um grupo armado organizado é evidenciado quando uma pessoa desempenha uma função contínua, engajando-se diretamente nas hostilidades.¹⁸⁵

Diferentemente, os civis presentes em um conflito armado internacional, segundo o artigo 50 (1) do PAI¹⁸⁶, são aqueles que não pertencem a nenhuma das categorias citadas no artigo 4º, alíneas (1), (2), (3) e (6) da 3ª CG ou no artigo 43 do PAI. Dessa forma, os civis são definidos negativamente como

¹⁸³ Cf. CICV, “*Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, Vol 90, N.º. 872 (dezembro 2008), página 995, adotado pela *Assembly of the International Committee of the Red Cross* em 26 de fevereiro de 2009. As 10 recomendações estabelecidas nesse documento bem como os comentários anexos refletem a posição institucional do CICV sobre como as leis atuais do direito internacional dos conflitos armados devem ser interpretadas, sob a luz das circunstâncias prevaletentes nos conflitos armados contemporâneos. Para a realização deste trabalho foram conduzidos 05 encontros de experts de 2003 a 2008, em Haia e Genebra, com a participação de cerca de 40 a 50 especialistas dos círculos militar, da academia, governamentais e não-governamentais.

¹⁸⁴ Ibidem, página 1006.

¹⁸⁵ Ibidem, página 1007.

¹⁸⁶ Cf CICV (1998, p.40):

“1) É considerada como civil toda a pessoa não pertencente a uma das categorias mencionadas pelo artigo 4.º-A, alíneas 1), 2), 3) e 6), da Convenção III e pelo artigo 43.º do presente Protocolo. Em caso de dúvida, a pessoa citada será considerada como civil.

2) A população civil compreende todas as pessoas civis.

3) A presença no seio da população civil de pessoas isoladas que não correspondam à definição de pessoa civil, não priva essa população da sua qualidade.”

peças que não pertencem às forças armadas de uma das partes do conflito, nem participam de um *levée en masse*.¹⁸⁷

Para os propósitos do princípio da distinção em conflitos armados não internacionais, todas as pessoas que não forem membros das forças armadas de um Estado nem de grupos armados organizados de uma das partes do conflito são consideradas civis.¹⁸⁸

Nos casos em que parem dúvidas com relação ao status de um indivíduo, ele deverá ser considerado civil.¹⁸⁹ Portanto, militares empregados em uma OMP recebem a proteção concedida aos civis, quando atuarem em uma situação de conflito armado, exceto quando engajados como uma das partes do conflito.¹⁹⁰ (ENGDAHL, 2007).

6.2 O CONCEITO DA PARTICIPAÇÃO DIRETA NAS HOSTILIDADES

O Artigo 51 (3) do PAI estabelece uma ressalva ao determinar que “os civis gozam da proteção concedida pela presente seção¹⁹¹, salvo se participarem diretamente nas hostilidades e enquanto durar essa participação”.¹⁹²

A noção da participação direta nas hostilidades evoluiu da frase “não tomando parte **ativa** nas hostilidades” (Grifo nosso) empregada no Artigo 3 (1) das CG. Embora o texto em inglês das CG e dos PA utilizem os termos “ativa”¹⁹³ e “direta”¹⁹⁴, respectivamente, o emprego da expressão “*participent directement*” encontrado, igualmente, nos textos autênticos em francês, demonstra que ambos os termos referem-se à mesma qualidade e grau de participação individual na hostilidades. Como a ideia de participação nas

¹⁸⁷ Cf definido no Art 4^a (6) da 3^a CG.

¹⁸⁸ Cf. CICV, “*Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, Vol 90, No. 872 (dezembro 2008), página 1002, adotado pela *Assembly of the International Committee of the Red Cross* em 26 de fevereiro de 2009.

¹⁸⁹ Cf. Art 50 (1) do PAI.

¹⁹⁰ Cf. Art 8, (2), (b), (iii) do Estatuto de Roma.

¹⁹¹ Seção 1- Proteção Geral contra os Efeitos da Hostilidades do PAI.

¹⁹² A mesma ressalva consta no artigo 13 (3) do PAII aplicada aos conflitos não internacionais.

¹⁹³ Cf. Artigo 3 (1) das CG.

¹⁹⁴ Cf. Artigos 51 (3), 43 (2), 67 (1) (e) do PAI; artigo 13 (3) PAII.

hostilidades é idêntica nos PAI e PAII, ela deve ser interpretada da mesma forma para os conflitos armados independente de sua natureza.¹⁹⁵

Para qualificar um ato como “direta participação nas hostilidades” ele deve atender cumulativamente aos seguintes critérios:

- 1) O ato deve ser tal que afete adversamente as operações militares, ou a capacidade militar de uma parte de um conflito armado ou, alternativamente, inflija morte, ferimentos, ou destruição em pessoas ou objetos protegidos contra ataques diretos (limiar do dano);
- 2) Deve haver uma ligação causal entre o ato e o dano causado pelo ato, ou por uma operação militar coordenada da qual o ato constitua uma parte integral (causa direta);
- 3) O ato deve ser especificamente designado para causar diretamente o limiar requerido de dano, em suporte a uma parte do conflito e em detrimento da outra parte (*nexus legirante*)¹⁹⁶. (CICV, 2008, p. 995-996).

A partir do momento em que as tropas da ONU participarem ativamente nas hostilidades, elas perdem o status de civil enquanto durar essa participação, devendo respeitar o DICA em suas ações¹⁹⁷, abdicando temporariamente da cobertura da CSOPA.¹⁹⁸

O universo temporal dessa participação direta nas hostilidades inclui as medidas preparatórias para a execução de um ato específico, bem como o deslocamento para realizar a ação e o seu respectivo retorno do local onde ela foi executada, constituindo uma parte integral do ato.¹⁹⁹

Convém salientar que, na visão do CICV, as ações de autodefesa individual ou de terceiros contra atos de violência ilegais segundo o DICA, não caracterizam a participação direta nas hostilidades. Caso as ações de autodefesa ocasionassem a perda da proteção contra ataques diretos, este fato traria como consequência paradoxal a legitimação de ataques, previamente considerados ilegítimos, e enquadráveis na hipótese de crimes de guerra.

¹⁹⁵ Cf. CICV, “*Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, Vol 90, No. 872 (dezembro 2008), páginas 1013-1014, adotado pela *Assembly of the International Committee of the Red Cross* em 26 de fevereiro de 2009.

¹⁹⁶ Cf. CICV, “*Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, Vol 90, No. 872 (dezembro 2008), páginas 995 -996, adotado pela *Assembly of the International Committee of the Red Cross* em 26 de fevereiro de 2009.

¹⁹⁷ Cf. Seção 1.1 do Boletim do Secretário Geral das Nações Unidas de 06 de agosto de 1999.

¹⁹⁸ Cf. Seção 1.2 do Boletim do Secretário Geral das Nações Unidas de 06 de agosto de 1999.

¹⁹⁹ Cf. CICV, “*Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, Vol 90, No. 872 (dezembro 2008), página 1031, adotado pela *Assembly of the International Committee of the Red Cross* em 26 de fevereiro de 2009.

Portanto, o emprego da força proporcional e necessária não pode ser considerado como participação direta nas hostilidades.²⁰⁰

6.3 A CONVENÇÃO SOBRE A SEGURANÇA DA ONU E PESSOAL ASSOCIADO

Na década de 1990, houve um aumento significativo das OMP conduzidas em Estados “débeis e falidos”, caracterizados pela instabilidade política e econômica, observando-se, eventualmente, a restauração das hostilidades entre as forças armadas regulares e facções dissidentes ou entre grupos armados organizados.

Envoltos nesse cenário, as tropas militares e civis da ONU tornaram-se mais vulneráveis a ataques, que podem ser ilustrados pelo pessoal da ONU utilizado como escudo humano e feito refém, na Bósnia e Herzegovina, Croácia e Serra Leoa²⁰¹. (SHRAGA, 2003).

Na OMP na Somália (UNOSOM I-II), bem como no emprego da Força de Proteção das Nações Unidas na antiga Iugoslávia (UNPROFOR), foram registrados ataques deliberados contra suas respectivas tropas, sinalizando um crescente desrespeito à ONU e ao seu pessoal. Nesse ambiente hostil e volátil onde as OMP estavam desdobradas, constantemente envolvidas em combates, ficou notório que as questões de segurança eram vitais. (ENGDAHL, 2007).

Em junho de 1993, após o ataque sofrido pelo contingente paquistanês integrante das tropas da ONU na Somália, que resultou em 24 mortes e 56 feridos²⁰², a resolução 837 do CSNU²⁰³ autorizou o emprego de “todas as medidas necessárias” contra as forças que impedissem a UNOSOM II de

²⁰⁰ Cf. CICV, “*Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, Vol 90, No. 872 (dezembro 2008), página 1028, adotado pela *Assembly of the International Committee of the Red Cross* em 26 de fevereiro de 2009.

²⁰¹ Na Bósnia e Herzegovina 450 *staff* da ONU foram detidos para impedir ataques aéreos da OTAN; na Croácia militares do contingente dinamarquês foram empregados como escudos humanos quando forças croatas atacaram posições sérvio-croatas em Knin; em Serra Leoa 500 *peacekeepers* foram feitos reféns, pela RUF.

²⁰² Relatório resultante do parágrafo 5º da Res 837 (1993) do CSNU sobre a investigação realizada sobre o ataque realizado em 05 de junho de 1993, contra forças da ONU na Somália. UN DOC S/26351 (1993), anexo, relatório da investigação por Mr Tom Farer, parágrafo 1º.

²⁰³ Conforme UN Doc. S/RES/837 (1993), parágrafo 5º.

implementar o seu mandato. A resolução incluiu, também, a determinação para deter os responsáveis pelo ataque para julgamento e punição.

O grande número de fatalidades registradas, nesse período, motivou a AGNU a promulgar, em dezembro de 1994, a Convenção sobre a Segurança da ONU e Pessoal Associado (CSOPA)²⁰⁴, visando ao aumento da proteção legal à ONU e ao seu pessoal.

Os especialistas, que trabalharam na elaboração da CSOPA, identificaram que o problema com a proteção do pessoal da ONU estava diretamente ligado à falta de aplicação das normas já existentes²⁰⁵. O desenvolvimento de uma cultura de impunidade em relação aos ataques ao pessoal da ONU em OMP era uma das questões mais alarmantes. (ENGDAHL, 2007).

O capacete azul, na realidade, não funcionava mais como um símbolo de proteção da ONU. Pelo contrário, parecia que as tropas tornavam-se alvos, justamente por sua ligação com a ONU. As ações realizadas pela ONU, em uma parte do globo, geravam ataques contra o seu pessoal em outras áreas do mundo.²⁰⁶

A CSOPA está entre as fontes primárias do direito internacional, segundo o Estatuto da Corte Internacional de Justiça²⁰⁷, gerando direitos e obrigações apenas para os Estados signatários.²⁰⁸ Uma forma de ampliar o espectro da convenção surgiu com a proposta do SGNU de incluir no SOFA das missões as cláusulas principais da convenção²⁰⁹. Esta alteração permitiu que as obrigações estabelecidas na convenção fossem cumpridas pelo Estado anfitrião de uma OMP, independente do fato dele ser ou não signatário da CSOPA.

²⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: < http://treaties.un.org/doc/Treaties/1994/12/19941215%2007-58%20AM/Ch_XVIII_8p.pdf. Acesso em 18 Dez 2012.

²⁰⁵ Conforme palavras do SGNU, em seu Relatório sobre o *Scope of legal protection under the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, parágrafo 28 UN Doc A/58/187 (2003), antes mesmo da conclusão dos trabalhos relativos a CSOPA, os Estados tinham a obrigação de processar e punir crimes de assassinatos e ataques físicos contra o pessoal da ONU.

²⁰⁶ Cf. Relatório do SGNU, *Security of United Nations Operations*, parágrafo 18, UN Doc. A/48/349 – S/26358 (1993).

²⁰⁷ Cf. artigo 38 da CIJ uma das fontes primárias do direito internacional são as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes.

²⁰⁸ Cf. Artigo 34 da Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados de 23 de maio de 1969.

²⁰⁹ Cf. Relatório do SGNU sobre o *Scope of legal protection under the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, parágrafo 24, UN Doc. A/55/637 (2000).

Para Engdahl (2007) a CSOPA representa, incontestavelmente, um importante instrumento para a proteção do pessoal em uma OMP. Ela é baseada na proteção legal existente em uma grande diversidade de fontes legais tais quais os direitos humanos internacionais, responsabilidade dos Estados, privilégios e imunidades e direito de autodefesa. O resultado é um amplo ordenamento de regra preenchendo as lacunas do direito internacional, para a proteção do pessoal envolvido em operações desta natureza.

A convenção entrou em vigor em 15 de janeiro de 1999,²¹⁰ segundo seu artigo 27, e é considerada o primeiro instrumento legal multidimensional que versa sobre a proteção legal do pessoal empregado em OMP, proporcionando uma importante contribuição para a emergência de um regime legal internacional de punição para crimes cometidos contra pessoal em OMP. (ENGDAHL, 2007).

Um de seus principais propósitos é impedir e punir ataques deliberados contra as tropas da ONU. Os Estados, por sua vez, devem assegurar a segurança e garantir a incolumidade do pessoal da ONU, e assumir o compromisso de criminalizar, em suas respectivas legislações domésticas, os atos hostis perpetrados contra os *peacekeepers*.²¹¹

Posteriormente, baseado *inter alia* discussões no âmbito do CSNU, a AGNU solicitou ao Secretário-Geral que submetesse um relatório sobre o escopo da proteção legal disponível segundo a CSOPA²¹². O relatório foi, então, apresentado para a AGNU em novembro de 2000²¹³. Como consequência, em dezembro do mesmo ano, foi estabelecido um comitê Ad Hoc pela AGNU²¹⁴, o qual se reuniu em quatro oportunidades durante os anos de 2002 a 2005, com o objetivo de aumentar e fortalecer a proteção proporcionada pela convenção.²¹⁵

²¹⁰ Cf. Resolução da AGNU 49/59 *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, 49ª Seção. UN Doc. A/RES/49/59 (1994).

²¹¹ Cf. artigos 7- 9 da CSOPA.

²¹² Cf. Resolução da AGNU 54/192, *Safety and security of humanitarian personnel and protection of United Nations personnel*, UN GAOR 54ª Seção., UN Doc. A/RES/54/192 (1999).

²¹³ Cf. Relatório do Secretário- Geral, *Scope of legal protection under the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, UN Doc. A/55/637 (2000).

²¹⁴ Cf. Resolução da AGNU 56/89, *Scope of legal protection under the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, UN GAOR 56ª Seção., UN Doc. A/RES/56/89 (2001).

²¹⁵ Cf. AGNU, Relatório do Comitê Ad Hoc *on the Scope of Legal Protection under the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, UN Doc. A/57/52

Em 2005 um protocolo adicional foi adotado ampliando o escopo de aplicação da CSOPA para as operações estabelecidas pelo CSNU e conduzidas sob a autoridade e controle da ONU, com a finalidade de proporcionar assistência humanitária, política ou de desenvolvimento em missões de *peacebuilding*, ou disponibilizar assistência humanitária de emergência.²¹⁶

A CSOPA inicia estabelecendo definições minuciosas sobre o pessoal da ONU e respetivas categorias que devem usufruir da cobertura proporcionada pela convenção, assim como seu relacionamento com o direito internacional dos conflitos armados (artigos 1-2).

Seguem-se cláusulas relacionadas com o status legal do pessoal da ONU e os seus deveres em respeitar as leis locais (artigos 3-6). Os Artigos 7-8 manifestam o dever dos Estados de zelar pela segurança do pessoal e, particularmente, nas situações em que o pessoal da ONU seja detido, estabelece que eles devem ser tratados segundo as normas dos DIH e do DICA, e prontamente colocados em liberdade.

O artigo 9º é de grande relevância, pois estabelece que qualquer ataque contra pessoal e instalações da ONU deve ser considerado como crime, segundo o ordenamento jurídico nacional dos Estados-membros. Ao mesmo tempo em que tipifica estes crimes, assevera o comprometimento dos Estados em incorporá-los as suas legislações domésticas. Desta forma, permite que estes Estados possam lidar com esses crimes em suas respectivas jurisdições (artigo 10).

Os artigos seguintes (11-18) versam, mormente, sobre a cooperação em assuntos criminais, incluindo o proeminente princípio do direito internacional de *aut dedere aut judicare*²¹⁷, e o tratamento legal dos eventuais acusados. Eles

(2002); AGNU, Relatório do Comitê Ad Hoc *on the Scope of Legal Protection under the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, UN Doc. A/58/52 (2003); AGNU, Relatório do Comitê Ad Hoc *on the Scope of Legal Protection under the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, UN Doc. A/59/52 (2004); AGNU, Relatório do Comitê Ad Hoc *on the Scope of Legal Protection under the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, UN Doc. A/60/52 (2005).

²¹⁶ Cf. Resolução da AGNU 60/42, Protocolo Opcional para a CSOPA, 60ª Seção. UN Doc A/RES/60/42 (2005).

²¹⁷ Princípio do direito internacional que se refere à obrigação legal dos Estados de processar pessoas que tenham cometido sérios crimes internacionais, nas ocasiões em que nenhum outro Estado tenha solicitado extradição. Essa obrigação existe independente da natureza

proporcionam os instrumentos necessários para a criação de um efetivo sistema interestatal de cooperação legal para crimes cometidos contra a ONU e seu pessoal, contribuindo para a diminuição da impunidade.

De forma similar às CG, as partes signatárias da Convenção se comprometem a disseminar o conteúdo dos seus termos, incluindo a sua inserção nos seus respectivos programas de treinamento militar (artigo 19). Na sequência, algumas cláusulas de exceção são apresentadas (artigo 20), bem como o direito de autodefesa é assegurado (artigo 21).

É mister, antes de qualquer análise a respeito da CSOPA e dos seus reflexos para as tropas em uma OMP, determinar para quem, quando e como ela se aplica. A caracterização clara do universo de aplicação cresce de relevância na medida em que certas ações consideradas como crimes à luz da convenção são consideradas legítimas pelo DICA.

Durante os trabalhos preparatórios do Comitê Ad Hoc para a elaboração da CSOPA houve dois posicionamentos principais a respeito do pessoal que deveria ser favorecido pela Convenção, sendo um mais abrangente e o outro mais restritivo,²¹⁸ prevalecendo o que proporcionava a maior cobertura ao pessoal da ONU e associados.

Foi salientado, durante os debates no Comitê Ad Hoc, que a definição do termo utilizado pela Convenção deveria ser o mais precisa possível para que ela pudesse ser implementada e amplamente aceita. Ressaltou-se, ainda, a necessidade de clareza sobre essa definição, tendo em vista as cláusulas penais previstas na convenção²¹⁹.

Ao final, ficou estabelecido no seu artigo 1º, na alínea (a) letra (i) que entre o pessoal da ONU estão as pessoas engajadas ou desdobradas pelo SGNU como membros do componente militar da operação, portanto

extraterritorial do crime e tampouco do fato de que o acusado e a vítima sejam de nacionalidade estrangeira. (HALL, 2006). O princípio é mencionado nas seguintes resoluções da AGNU: Resolução da AGNU 59/41, Relatório da *International Law Commission on the work of its fifty-sixth session*, de 16 de dezembro de 2004, A/RES/59/41; Resolução da AGNU 60/22, Relatório da *International Law Commission on the work of its fifty-seventh session*, de 06 de janeiro de 2006, A/RES/60/22.

²¹⁸ Cf. Discussões do *Sixth Committee (49ª Seção) Summary record of the 29th – 32nd, 34th – 35th Meetings*, UN Docs. A/C.6/49 /SR.29 – 32, 34 – 35 (1994).

²¹⁹ Cf. Relatório do *Ad Hoc Committee on the Elaboration of an International Convention Dealing with the Safety and Security of United Nations and Associated Personnel*, relativo aos trabalhos realizados no período de 28 de março a 8 de abril de 1994, parágrafo 21, UN Doc. A/AC.242/2 (1994).

enquadrando as tropas do componente terrestre nacional, eventualmente empregadas em uma OMP. Esse artigo abrange as contribuições em pessoal realizadas por parte dos Estados-membros participantes das operações da ONU, usualmente denominados como *peacekeepers*.²²⁰

Ressalta-se o estabelecido no artigo 1º, alínea (c), letra (i), que a convenção se aplica às operações de paz estabelecidas pelo órgão competente das Nações Unidas, segundo a sua Carta, e conduzidas sob o comando e controle da ONU, que tenham como propósito manter ou restaurar a paz e segurança internacionais.

O SGNU ao referir-se ao termo “comando e controle” estabeleceu três níveis de autoridade:

- a) Completa direção política, a qual pertence ao CSNU;
- b) Direção e comando executivo, pelos quais o SGNU é responsável;
- c) Comando no terreno, o qual é delegado pelo SGNU ao Chefe da Missão (representante especial / *force commander* / chefe dos observadores militares).²²¹

Ao aliar-se a delimitação estabelecida na definição do pessoal da ONU como sendo apenas aqueles engajados ou desdobrados pelo SGNU, com a definição das operações, restringindo-as àquelas conduzidas sob o comando e controle da ONU, exclui-se a participação de tropas brasileiras atuando diretamente sob o comando nacional ou de uma organização regional.

Ao tratar sobre o escopo da convenção o comitê *Ad Hoc* buscou regular o relacionamento da Convenção com o DICA, estabelecendo quando cada regime deveria vigorar. Debateu-se sobre o fato de que a distinção deveria ser estabelecida nas situações em que as tropas da ONU atuassem como parte de um conflito armado, não importando a natureza do conflito²²² (internacional ou

²²⁰ Cf. Relatório do *Ad Hoc Committee on the Elaboration of an International Convention Dealing with the Safety and Security of United Nations and Associated Personnel*, relativo aos trabalhos realizados no período de 1º a 12 de Agosto de 1994, Anexo I do parágrafo 2º. UN Doc. A/49/22.

²²¹ Cf. Relatório do SGNU, *Supplement to An Agenda for Peace, position paper of the Secretary-General on the occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, parágrafo 38, UN Doc. A/50/60-S/1995/1 (1995).

²²² Cf. Relatório do *Ad Hoc Committee on the Elaboration of an International Convention Dealing with the Safety and Security of United Nations and Associated Personnel*, relativo aos trabalhos realizados no período de 28 de março a 08 de abril de 1994, parágrafo 169, UN Doc. A/AC.242/2 (1994).

não-internacional), devendo haver uma diferenciação entre as OMP e as operações de *enforcement*.²²³

Ficou, portanto, estabelecido no artigo 2º, (2) da convenção que:

“Esta Convenção não se aplicará às operações das Nações Unidas autorizadas pelo CSNU com ações de *enforcement*, sob o capítulo VII da carta das Nações Unidas, nas quais qualquer um do seu pessoal esteja engajado como combatente contra forças armadas organizadas e para as quais a lei dos conflitos armados internacionais se aplica.”

Segundo Engdahl (2007) este parágrafo reúne uma lista de condições que, quando se aplicam cumulativamente a uma determinada situação, inviabilizam a aplicação da convenção.

Pode-se, portanto identificar as seguintes condições:

- 1) A operação deve ser de *enforcement*, autorizada pelo CSNU, e baseada no capítulo VII da carta das nações;
- 2) Qualquer integrante do pessoal da ONU esteja engajado como combatente; e
- 3) Conduzida na oportunidade em que a lei dos conflitos armados internacionais seja aplicada.

A terceira condicionante gera certa ambiguidade na interpretação do parágrafo 2º (2), na medida em que permite o entendimento de que a convenção seja observada nas situações em que as operações da ONU sejam desdobradas em um cenário de conflito não-internacional, havendo uma sobreposição de regimes²²⁴.

A delegação norte-americana, integrante do Comitê Ad Hoc, solicitou que houvesse essa superposição de regimes, no que se refere aos conflitos não internacionais, baseado na trágica experiência vivenciada por militares norte-americanos na Somália. Para a delegação esta foi considerada uma exceção necessária à regra geral. (ENGDAHL, 2007).

Sobre esta questão, o SGNU afirmou que a distinção entre os regimes instituídos pela convenção e pelo DICA deve ser estabelecida na prática.

²²³ Cf. Relatório do *Ad Hoc Committee on the Elaboration of an International Convention Dealing with the Safety and Security of United Nations and Associated Personnel*, relativo aos trabalhos realizados no período de 28 de março a 08 de abril de 1994, parágrafos 77 a79, UN Doc. A/AC.242/2 (1994).

²²⁴ Cf. Relatório do SGNU sobre o *Scope of legal protection under the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, parágrafo 7, nota de roda pé N° 3 UN Doc. A/55/637 (2000).

Todavia não é a natureza do conflito que irá determinar qual o regime que vigorará, mas se os membros da ONU em uma OMP estiverem “engajados ativamente” como combatentes estarão sob a égide do DICA, caso contrário serão considerados como civis à luz do direito internacional e cobertos pelo regime da convenção. Fica evidente que para o SGNU ambos regimes são mutuamente excludentes.²²⁵

Entretanto o SGNU, naquela ocasião, estabeleceu uma nova condição, ou, ao menos, uma variação da 2ª condicionante, ao empregar a expressão “engajados ativamente”, mesmo termo empregado no Boletim do SGNU de 1999²²⁶, versando sobre a observância do DICA pelas forças da ONU.²²⁷ As redações da convenção e do respectivo relatório do SGNU, sobre o escopo da proteção legal da CSOPA, não definem com clareza o momento em que as tropas da ONU devem ser consideradas “ativamente engajadas” e portanto colocadas sob o regime único do DICA.

6.4 A PROTEÇÃO DAS TROPAS DA ONU SEGUNDO O DICA

Conforme mencionado anteriormente, as tropas da ONU em uma OMP possuem o status de civis, à luz do DICA, enquanto não estiverem engajadas ativamente como uma das partes de um conflito armado.

As CG de 1949 aportaram uma relevante contribuição para a proteção dos não-combatentes, ao estabelecer padrões de cobertura para civis, feridos e prisioneiros de guerra. Particularmente, salienta-se a 4ª CG dedicada à proteção exclusiva dos civis nos conflitos armados e na ocupação de territórios, sendo complementada posteriormente pelo PAI, buscando estabelecer um equilíbrio entre a necessidade militar e o respeito pela humanidade.²²⁸

²²⁵ Relatório do SGNU sobre o *Scope of legal protection under the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, parágrafo 7, nota de rodapé 3, UN Doc. A/55/637 (2000).

²²⁶ Parágrafo 1.1 do Boletim do SGNU de 06 de agosto de 1999 versando sobre a observância do DICA pelas forças da ONU.

²²⁷ O Artigo 51 (3) do PAI estabelece que os civis deixam de gozar da proteção concedida pelo DICA se participarem diretamente nas hostilidades e enquanto durar esta participação, não empregando o termo “ativamente”.

²²⁸ Cf. artigo 50 - 52 do PAI.

Como as CG (1949) foram elaboradas antes da realização da primeira OMP,²²⁹ com emprego de contingente militar constituído, as tropas da ONU não foram mencionadas em nenhum dos seus respectivos textos. Pelo fato das OMP ainda serem consideradas um conceito relativamente novo, existem poucas normas, positivadas no direito internacional, versando sobre a proteção do seu pessoal²³⁰, entretanto elas contam com a cobertura genérica oferecida aos civis pelo DICA.

Todas as partes envolvidas em um conflito armado, ao conduzir operações militares, devem procurar, constantemente, poupar a população civil e os bens de caráter civil²³¹, pois qualquer ataque direto contra a população civil, civis individuais que não estejam participando das hostilidades, e instalações civis é considerado como crime de guerra segundo o Estatuto de Roma²³².

O fato das tropas da ONU receberem o status de civis, segundo o DICA, não significa que elas estão totalmente isentas dos efeitos de ataques e demais consequências das hostilidades.

O DICA estabelece que alvos militares legítimos podem sofrer ataques e a presença de civis nas cercanias, não necessariamente caracteriza uma violação de suas normas. A tolerância de perdas civis em prol da necessidade militar fica clara ao analisar-se o Art 57 (2) (a) (iii) do PAI que estabelece que as tropas que planejam e realizam um ataque devem:

“Abster-se de lançar um ataque do qual se possa esperar que venha a causar acidentalmente perdas de vidas humanas na população civil, ferimentos nos civis, danos nos bens de caráter civil ou uma combinação dessas perdas e danos que seriam excessivos relativamente à vantagem militar concreta e direta esperada.” (CICV, 1998, p.46).

As tropas da ONU em uma OMP podem sofrer os efeitos colaterais de uma operação militar legítima caso estejam nas proximidades de alvos

²²⁹ A UNEF I (FIRST UNITED NATIONS EMERGENCY FORCE) foi estabelecida para assegurar e supervisionar o fim das hostilidades, incluindo o retraimento das forças armadas da França, Israel e Reino Unido do território Egípcio. Após esse retraimento serviu como zona de amortecimento entre as forças de Israel e do Egito (Novembro de 1956 a junho de 1967). Disponível em: < <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unefi.htm> > Acesso em 18 Dez 2012.

²³⁰ Cf. artigo 12 (2) (a) do Protocolo sobre proibições e restrições do uso de minas, armadilhas, e outros instrumentos modificado em 03 de maio de 1996 (Protocolo II da convenção de 1980); proibição do uso de distintivos e emblemas da ONU (Art 38 PAI).

²³¹ Cf. artigo 57 (1) do PAI.

²³² Cf. artigo 8 (2) (b) (i) e (iv); (e) (i) e (iv) do Estatuto de Roma.

militares. Contudo as partes envolvidas no conflito devem tomar todas as precauções necessárias, ao planejar seus ataques, quanto à escolha dos métodos e meios a serem empregados²³³, para reduzir ao mínimo as perdas de vidas humanas civis, e até mesmo abster-se de realizá-lo²³⁴.

6.5 A CSOPA X O DICA E OS REFLEXOS PARA AS TROPAS DO CONTINGENTE MILITAR TERRESTRE EM UMA OMP

A CSOPA representou um relevante passo para aumentar a proteção das instalações, bens materiais e tropas da ONU empregadas nas OMP. Entretanto, uma polêmica foi gerada ao analisar-se o relacionamento do DICA com o regime protetor estabelecido pela Convenção.

Existe um estado de tensão criado pelo tratamento igualitário, por parte do DICA, de todas as partes envolvidas em um conflito armado, ao menos nos de caráter internacional, excluindo a punição dos combatentes pelo mero ato de combater, e pelo desejo da ONU e dos países contribuintes de tropa em manter uma fachada de neutralidade, e insistir na responsabilidade criminal daqueles que atacarem seu pessoal. (GREENWOOD, 1998).

Esta situação ocasiona um debate a respeito do status legal das tropas da ONU ao recorrerem ao emprego da força em um contexto de OMP. No âmbito da ONU há o entendimento de que os *peacekeepers* passam a ser considerados como uma das partes do conflito ao engajar-se diretamente nas hostilidades²³⁵, tornando-se, portanto, combatentes à luz do DICA. Outro foco proeminente da discussão está em que ocasião, ou qual a intensidade das ações que caracterizam esta mudança de status das tropas da ONU de civis para combatentes.

A questão é de grande relevância para a proteção das tropas da ONU, pois elas não podem ser alvo de ataque, sob o manto da CSOPA. Todavia em situações de conflito armado, ao serem engajadas como combatentes, perdem a cobertura da Convenção e passam a ser protegidas apenas pelas leis e princípios do DICA. (SHRAGA, 2003).

²³³ Cf. artigo 57 (2) (a) (ii) do PAI.

²³⁴ Cf. artigo 57 (2) (a) (iii) do PAI.

²³⁵ Cf. Seção 1.1 do boletim do SGNU de 1999.

Ao perder a cobertura da CSOPA as tropas da ONU tornam-se mais vulneráveis às hostilidades, pois ao engajar-se em um conflito armado passam a constituir alvos legítimos e podem sofrer ataques, sem que se configure uma violação do DICA, na medida em que nenhum método de combate ou armamentos proibidos²³⁶ sejam empregados. (GREENWOOD,1998).

Engdahl (2007) afirma que as forças envolvidas em operações clássicas de manutenção da paz são autorizadas a utilizar a força em autodefesa, mas não significa que, ao fazer uso deste recurso, as forças serão consideradas combatentes. Segundo o seu entendimento, mesmo nas operações em que as tropas da ONU sejam autorizadas a empregar a força para garantir o cumprimento do mandato, não necessariamente elas devem ser consideradas como combatentes, engajadas no conflito armado.

Corroborando com este pensamento Kolb (2003) acredita que atos de autodefesa contra ataques esporádicos não são suficientes para escalar a situação até um nível de conflito armado. Contudo, se os ataques assumirem um padrão constante e as forças iniciarem a condução de operações militares para responder aos atos de guerra da outra parte, estabelecer-se-á um contexto de conflito armado.

Esse entendimento não é lugar-comum na academia internacional. Glick (1995) acredita em um limiar mais brando para determinar o envolvimento de tropas da ONU em um conflito armado como combatentes. O autor demonstra preocupação com a interpretação da ONU de que o direito de autodefesa inclua a resistência, com o emprego da força, contra tentativas exógenas de impedir o cumprimento dos objetivos do mandato da missão²³⁷, podendo comprometer o respeito pelo DICA.

Sob uma perspectiva totalmente contrária, Walter (1999) acredita que as forças da ONU deveriam contar com privilégios e imunidades especiais, na medida em que atuam em nome da comunidade internacional. Segundo o autor a restrição do escopo de aplicação da CSOPA prevista no seu artigo 2 (2) deveria ser extinta.

²³⁶ Cf. *Final Act of the United Nations Conference on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects*, 19 I.L.M. 1523, 10 de outubro de 1980.

²³⁷ Conforme Relatório do Secretário Geral da ONU sobre a implementação da Resolução 340 do CSNU de 1973, parágrafo 4 (d); relatório do Secretário Geral da ONU sobre a implementação da Resolução 425 do CSNU de 1978, parágrafo 4 (d).

Walter (1999) acrescenta que ao considerar-se que um único ataque contra o pessoal da ONU possa representar um crime segundo o direito internacional, uma série de ataques que conduza a uma resposta armada por parte da ONU, de tal intensidade, que suas tropas possam engajar-se como combatentes, pode evitar a ilegalidade. Desta forma, a CSOPA estaria encorajando eventuais atacantes a aumentar a intensidade e o volume das hostilidades para tornar suas ações legais.

A ideia de que existe um padrão mais elevado para que as forças da ONU sejam consideradas combatentes, do que normalmente é considerado para outras forças militares, utiliza como critério a necessidade da tropa estar “ativamente engajada” em um conflito armado. (ENGDAHL, 2007)

Essa argumentação baseia-se no Boletim Especial do SGNU de 06 de agosto de 1999, onde consta que as tropas da ONU devem respeitar os princípios e normas do DICA, nas situações em que estejam engajadas ativamente como combatentes, durante a extensão e a duração do seu engajamento. Devem, portanto, observá-los nas ações de *enforcement*, ou em OMP quando o uso da força é permitido em legítima defesa.²³⁸

Esta condição suscita uma maior resistência em se reconhecer a existência de um conflito armado nas situações em que há o engajamento de tropas da ONU e outras forças associadas em uma missão, que tenha um caráter inicial humanitário ou de manutenção da paz, do que nos casos normais de conflitos entre Estados. (GREENWOOD, 1998).

Na Somália, tanto a ONU como os EUA apresentaram uma grande relutância em admitir a UNOSOM e as tropas norte-americanas como partes integrantes do conflito armado, apesar da intensidade das hostilidades entre suas tropas e a facção de Aideed. Ao final, reconheceram a existência de um conflito armado não-internacional, observando apenas a aplicação do Artigo 3º comum às CG (KOLB, 2003).

Posteriormente, o massacre de membros do contingente belga da UNAMIR, em abril de 1994, durante a guerra civil em Ruanda, representou uma grave violação do Artigo 3º das CG, que motivou o CSNU a condenar os ataques e considerá-los uma grave violação do DICA. Apesar da vigência de

²³⁸ Conforme consta na Seção 1.1 do Boletim do Secretário Geral das Nações Unidas de 06 de agosto de 1999.

um conflito armado não-internacional no país, as tropas da ONU não foram consideradas como parte envolvida no conflito, devendo ser qualificadas como “pessoas sem participação ativa nas hostilidades”, segundo os propósitos do artigo 3º comum. (GREENWOOD, 1998).

Segundo Greenwood (1998) as forças da ONU serão consideradas partes de um conflito armado somente quando elas estiverem engajadas em hostilidades segundo uma escala compatível com a visualizada para o propósito de uma ação de *enforcement*. Esta escala será considerada extremamente alta em comparação com a empregada para conflitos armados com outros desígnios.

Entretanto, apesar de na prática constatar-se a aplicação do critério de “ativo engajamento nas hostilidades” citado por Engdahl (2007), não existe nenhuma menção a esse respeito nas CG. Os civis perdem a proteção concedida devido aos seus respectivos status, ao participarem diretamente nas hostilidades e enquanto durar essa participação.²³⁹

Apesar dos propósitos nobres e ilibados das tropas da ONU em uma OMP, o Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra deixa bem claro, em seu preâmbulo, que não existe um tratamento diferenciado para as partes envolvidas em um conflito armado, ao estabelecer que:

“As cláusulas das Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e deste protocolo devem ser aplicadas em todas as circunstâncias para todas as pessoas que são protegidas por estes instrumentos, sem nenhuma distinção baseada na natureza ou origem do conflito armado ou nas causas adotadas ou atribuídas às partes do conflito.”²⁴⁰

Uma importante consequência deste texto é que o combatente, mesmo servindo nas forças armadas do agressor não é passível de punições em função da realização de atos de violência, que não infrinjam o DICA. (GREENWOOD, 1998).

No relatório do encontro²⁴¹ de experts organizado pelo CICV, em Genebra (2003), sobre a aplicabilidade do DICA nas operações de paz

²³⁹ Artigo 51 (3) PAI.

²⁴⁰ Conforme consta no preâmbulo do Protocolo Adicional I de 1977. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-prot-i-conv-genebra-12-08-1949.html>>. Acesso em 10 Out 2014.

²⁴¹ *Expert Meeting On Multinational Peace Operations: Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights to UN Mandated Forces*, Genebra 11-12

multinacionais, grande parte dos especialistas concordou com a afirmativa de que a aplicação do DICA pelas tropas da ONU depende da realidade dos fatos no terreno.

Nesse sentido, o momento em que as tropas da ONU perdem o seu status como civis e tornam-se combatentes deve ser avaliado à luz de um critério objetivo (realidade dos fatos no terreno) e até certo ponto por um critério subjetivo. Caso as forças sejam atacadas, elas devem ser autorizadas a empregar a força mínima necessária, mantendo os seus respectivos status como civis. Na hipótese do uso da força ser considerado legítimo à luz dos DH²⁴², as tropas não devem ser consideradas combatentes. (ENGDAHL, 2007).

Caso o propósito do emprego da força transcenda a autodefesa, ou as condições estabelecidas pelos DH, o status civil das tropas da ONU, à luz do DICA, poderá ser comprometido. Nesse sentido convém salientar, conforme mencionado anteriormente, que conceito de autodefesa da ONU é extensivo. O fato das operações recentes envolverem um mandato explícito²⁴³ de proteção da população civil, pode turvar a distinção entre autodefesa e ações adotadas em um conflito armado em prol do cumprimento do mandato da missão. (ENGDAHL, 2007).

Portanto, pode inferir-se que existe uma resistência por parte da ONU e dos países contribuintes de tropa em reconhecer o “engajamento ativo” das suas tropas desdobradas em uma OMP, durante uma situação de conflito armado. Essa postura procura caracterizar as ações militares dos *peacekeepers* como autodefesa, com o objetivo de proporcionar uma maior proteção às tropas, consideradas como civis à luz do DICA, permanecendo cobertas pela CSOPA.

Contudo, mesmo se a força for empregada com o propósito de autodefesa, ela deve ser julgada segundo um critério objetivo considerando a intensidade do conflito e sua duração. O argumento da autodefesa não pode ser utilizado indefinidamente para evitar a aplicação do DICA. (ENGDAHL, 2007).

dezembro 2003, organizado pelo CICV em cooperação com a *University Centre for International Law*.

²⁴² De acordo com o artigo 2º da Corte Europeia de Direitos Humanos (ECHR).

²⁴³ UN Doc. S/RES/1291 parágrafo 8º; UN Doc. S/RES/1296 (2000) parágrafo 8º.

Observa-se que o critério objetivo proposto por Engdahl (2007), baseado na intensidade e duração das hostilidades envolvendo as tropas da ONU e outros grupos armados organizados, encontra amparo no teste formulado pelo TPII²⁴⁴ para a definição de um conflito armado, corroborando com o pensamento de Kolb (2003) supracitado.

Conclui-se, parcialmente, que as tropas da ONU precisam contar com uma ampla proteção para cumprir os objetivos propostos no mandato de uma OMP. Entretanto, essa proteção não legitima as ações bélicas conduzidas pelos *peacekeepers*, que ultrapassem o escopo da autodefesa, sob a pena de comprometer a aplicação do DICA, conforme alertado por Glick (1995).

²⁴⁴ TPII. “*Prosecutor v Tadic*”. Caso IT - 94 -1 - T, julgamento em 07 de maio de 1997, parágrafo 562

7 A JURISDIÇÃO CRIMINAL DAS TROPAS DO CONTINGENTE MILITAR TERRESTRE EM UMA OMP, E A ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NACIONAL

A atuação do CSNU, nos últimos anos, em face das violações do DICA tem empregado, notoriamente, a via da responsabilidade penal dos indivíduos. Esta postura fica evidente ao serem analisadas as resoluções 808 e 827, de 1993, que determinaram a criação de um tribunal *ad hoc* para julgar os responsáveis pelas violações do DICA, na antiga Iugoslávia, concedendo uma forma concreta à estratégia do CSNU de combater a impunidade. Esta situação se repetiu com a resolução 995, de 08 de novembro de 1994, que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, responsável por julgar os crimes de guerra, incluindo o crime de genocídio. (AMARAL JUNIOR, 2008).

O Brasil é signatário de diversas Convenções e Tratados sobre o DICA, entretanto ainda persiste um déficit acentuado entre os compromissos assumidos, internacionalmente, e a implementação dessas obrigações legais no ordenamento jurídico nacional. (PALMA, 2009).

Essa seção irá ater-se, particularmente, à responsabilidade do Estado Brasileiro em relação ao julgamento de crimes de guerra, considerando o esforço internacional de combate à impunidade aos crimes dessa natureza, e as limitações do atual ordenamento jurídico brasileiro.

Na sequência, será analisada a possibilidade de um militar brasileiro ser julgado por outro Estado à luz do princípio da jurisdição universal e, adicionalmente, a viabilidade legal desse militar ser julgado pelo TPI, segundo o princípio da complementaridade.

7.1 A JURISDIÇÃO NACIONAL E OS CRIMES DE GUERRA NO CONTEXTO DE UMA OMP

O Estado tem a responsabilidade primária de processar e julgar criminosos internacionais, fundamentada no princípio universal “*aut dedere aut judicare*”, segundo regulado em tratados e Convenções, ou nas próprias bases consuetudinárias internacionais.

O princípio rege que o Estado tem o dever de processar e julgar um indivíduo que tenha cometido um crime internacional, com previsão em um

tratado internacional do qual seja signatário, e, na impossibilidade de efetivar esta ação, impõe a obrigação de extradição da pessoa em tela para um Estado que tenha a capacidade e jurisdição competentes para realizar tal juízo.

No universo dos instrumentos legais do DICA ressalta-se a previsão do princípio “*aut dedere aut judicare*” nas CG, segundo o artigo 49 da CG I, o artigo 129 da CG III e o artigo 146 da CG IV, *in verbis*:

“As Altas Partes Contratantes comprometem-se a tomar todas as medidas legislativas necessárias para fixar as sanções penais adequadas a serem aplicadas às pessoas que tiverem cometido ou dado ordens para que se cometa qualquer uma das infrações à presente Convenção, definidas no artigo seguinte. Cada Parte Contratante tem a obrigação de procurar as pessoas acusadas de terem cometido ou dado ordens para que se cometa qualquer uma dessas infrações graves e de remetê-las a seus próprios tribunais, seja qual for sua nacionalidade. Poderá também, se assim preferir, e segundo as disposições previstas em sua própria legislação, remetê-las para julgamento a uma outra Parte Contratante interessada, desde que esta possua elementos de acusação suficientes contra as referidas pessoas”. (CICV, 1992, p. 35, 109 e 176).

Palma (2009) salienta que para certos crimes, considerados por alguns autores como violações do *jus cogens*, os Estados teriam a obrigação *erga omnes*²⁴⁵, mesmo não sendo signatários dos tratados internacionais, de processar, julgar ou extraditar os responsáveis por graves violações como os crimes contra a humanidade, o *apartheid*, o genocídio, a tortura e demais crimes de natureza hedionda e cruel.

No contexto de uma OMP, o SOFA da missão, firmado entre a ONU e o país hospedeiro, garante aos militares membros dos contingentes nacionais, imunidade em relação aos atos realizados devido as suas atribuições funcionais²⁴⁶. O documento estabelece, ainda, que os militares que, eventualmente, venham a cometer algum crime, deverão ser submetidos à

²⁴⁵ É um termo jurídico em latim que significa que uma norma ou decisão terá efeito vinculante, ou seja, valerá para todos. Por exemplo, a coisa julgada *erga omnes* vale contra todos, e não só para as partes em litígio. Mello (2004, p. 87) salienta que “As noções de crime internacional, norma de *jus cogens* e obrigação *erga omnes* visam a proteger os interesses comuns da sociedade internacional”. O autor destaca, ainda, que toda norma *jus cogens* cria uma obrigação *erga omnes*.

²⁴⁶ O modelo de SOFA, no seu parágrafo 46 estabelece que:

“Todos os membros de uma OMP, incluindo o pessoal recrutado localmente, gozam de imunidade da jurisdição em razão de todos os atos efetuados no exercício de suas funções oficiais (incluindo palavras e escrita). Esta imunidade terá efeito mesmo que eles não sejam mais membros da OMP ou empregados por ela e após a expiração das outras disposições do presente Acordo.”(UNITED NATIONS, 1990).

jurisdição do seu país de origem²⁴⁷, o qual terá a responsabilidade de conduzir o respectivo processo e julgamento.

Corroborando com essa concepção, no modelo de memorando de entendimento firmado entre a ONU e os países contribuintes de tropa consta, igualmente, que os membros dos contingentes militares estarão sujeitos à exclusiva jurisdição dos seus respectivos governos, no que diz respeito a eventuais crimes cometidos.²⁴⁸

Os governos dos países contribuintes de tropa se comprometem com a ONU que irão exercer essa jurisdição penal²⁴⁹, nos casos de crimes cometidos por suas forças no território do país anfitrião²⁵⁰. Caberá à ONU acompanhar e fiscalizar os procedimentos legais, zelando para que os Estados-membros cumpram e respeitem o DICA, combatendo a impunidade.

7.2 OS CRIMES DE GUERRA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O relacionamento entre o direito internacional e o direito interno brasileiro segue a concepção monista com a primazia do DIP²⁵¹, desenvolvida, principalmente, pela escola de Viena, que sustenta a existência de uma ordem jurídica única, mas com a predominância do direito internacional, em caso de conflito entre as duas esferas do direito²⁵². (MELLO, 2004a).

²⁴⁷ O SOFA da MINUSTAH firmado entre a ONU e o governo do Haiti estabelece na letra b do artigo 50 do Estatuto dos Militares que: “Os membros militares da parte militar da MINUSTAH são submetidos à jurisdição exclusiva do Estado participante a que eles pertencem para toda infração penal que ele possa vir a cometer no Haiti.”

²⁴⁸ O artigo 7 *quinqüiens* do MOU revisado pelo Comitê Especial de Operações de Paz estabelece que:

“Membros militares são sujeitos à exclusiva jurisdição dos seus governos, no que diz respeito aos crimes e ofensas que possam ter sido cometidos por eles, enquanto forem designados para o componente militar da OMP”. (UNITED NATIONS, 2007).

²⁴⁹ O Estado tem a prerrogativa de exercer a jurisdição penal sobre os atos praticados por seus nacionais, integrantes de contingentes formados da ONU, dentro ou fora do exercício de suas atribuições funcionais. Entretanto a imunidade de jurisdição civil é assegurada apenas para os atos realizados no exercício de suas respectivas funções. (MELLO, 2004b)

²⁵⁰ Cf. o artigo 7 *quinqüiens* do MOU (UNITED NATIONS, 2007).

²⁵¹ No Brasil existem vários acordãos consagrando a primazia do DIP como por exemplo: “... o caso da União Federal v. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação cível nº 9.587)”. (MELLO, 2004a, p. 130).

²⁵² Vale ressaltar que devem ser observados os ditames constitucionais ou poderá ser invocado o Artigo 119, III, “b”, da Constituição Federal que concede ao Superior Tribunal Federal (STF) a competência para declarar a inconstitucionalidade do tratado.

Para que um tratado torne-se obrigatório para os órgãos judiciais são necessárias as suas respectivas ratificação, promulgação e publicação no âmbito interno do Estado. No Brasil a promulgação é feita por intermédio de um Decreto Presidencial, que é seguida de sua publicação no Diário Oficial da União. (MELLO, 2004a).

O Brasil ratificou as CG no ano de 1957 e, até a presente data, os crimes de guerra²⁵³ regulados nesses documentos, não foram tipificados em sua legislação interna. O próprio código penal militar, promulgado 12 anos após a adesão brasileira às CG, não tipifica os crimes de guerra, aos moldes do que foi estabelecido nas CG, deixando-se de respeitar o previsto no artigo 146 da CG IV, que estabelece que:

“As Altas Partes Contratantes comprometem-se a tomar todas as medidas legislativas necessárias para fixar as sanções penais adequadas a serem aplicadas às pessoas que tiverem cometido ou dado ordens para que se cometa qualquer uma das infrações à presente Convenção, definidas no artigo seguinte”. (CICV, 1992, p. 176).

Uma evidente antinomia, que exemplifica o patente desacerto entre a legislação brasileira e o DICA, figura no artigo 395 do CPM, que prevê a punição de um prisioneiro de guerra que tenha se evadido e retorne a combater contra o Brasil ou país aliado, contrariando explicitamente o previsto no artigo 91 da CG III, onde esta conduta não é passível de nenhuma sanção penal.

A desarmonia entre as posturas externa e interna do Brasil em relação à questão do *jus in bello* poderia ser justificada pela índole pacífica da nação brasileira, que não visualiza o envolvimento do país em conflitos armados. Entretanto, a maior participação do Brasil em OMP demonstra a relevância do tema, particularmente pela possibilidade de um militar brasileiro engajar-se em um conflito armado, ao cumprir sua missão, devendo respeitar as normas do DICA. (PALMA, 2009).

Dos diversos crimes elencados no artigo 8º do Estatuto de Roma, apenas o crime de genocídio é tipificado no ordenamento jurídico brasileiro, constando a sua previsão no CPM, nas situações de paz (artigo 208) e de guerra (artigos 401 e 402).

²⁵³ Os crimes de guerra são “sérias violações ao direito costumeiro ou, quando aplicáveis, de regras pactuadas que dizem respeito ao *corpus* do Direito Internacional dos Conflitos Armados”. (CASSESE, 2008, p.81).

Palma (2009) ressalta que de acordo com o princípio da legalidade²⁵⁴ dos delitos e das penas, quando tratar-se de incriminação de condutas, é fundamental a existência de uma lei nacional²⁵⁵ descrevendo os tipos penais. A ausência de leis domésticas tipificando determinados crimes de guerra e crimes contra a humanidade impossibilita o processo de julgamento de certas condutas²⁵⁶.

Do exposto, pode inferir-se que fruto da falta de tipificação dos crimes de guerra no direito pátrio, em uma eventual situação na qual um militar integrante de um contingente nacional venha a violar o DICA em uma OMP, o Estado brasileiro terá dificuldades para invocar a jurisdição penal e assegurar a cumprimento dos procedimentos legais cabíveis. Este fato poderá implicar em desdobramentos jurídicos que serão analisados nas próximas subseções.

7.3 AS GRAVES VIOLAÇÕES DO DICA E A JURISDIÇÃO UNIVERSAL

É geralmente admissível que um Estado possa exercer sua jurisdição se existir uma legítima ligação entre o Estado e uma ofensa específica, à luz do direito internacional. Segundo Haye (2008) existem alguns princípios que constituem a base legal legítima para a jurisdição criminal dos Estados:

- O princípio da territorialidade segundo o qual um Estado exerce sua jurisdição, pois a ofensa foi realizada no seu território; No caso das OMP o país anfitrião poderia invocar esse princípio para julgar eventuais crimes de guerra cometidos por não-nacionais. Contudo, Beirão (2013) lembra que esta regra

²⁵⁴ Segundo Greco (2007, p. 96):

“O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais:
1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);
2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);
3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);
4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).”

²⁵⁵ O princípio “*nullum crimen nulla poena sine lege*” é cláusula pétrea da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e fundamento do Direito penal brasileiro. Segundo o princípio da reserva legal previsto no artigo 5º inciso XXXIX da CRFB “não há crime sem lei anterior que o defina...”.

²⁵⁶ O Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro N° 12.376 de 30 de dezembro de 2010 estabelece que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Todavia é senso comum entre os operadores do direito que não existe analogia de norma penal incriminadora – *in malam partem*. A analogia é apenas empregada para beneficiar o acusado – *in bonam partem*.

geral está condicionada a concessão de imunidades e acordos específicos, facultando aos contingentes solicitar a imunidade de jurisdição penal, amparado nos SOFA firmados.

- O princípio da nacionalidade, quando um Estado estende sua jurisdição sobre um ofensor que é nacional do Estado. Este princípio é observado nos principais instrumentos legais (SOFA, MOU) que regulam as OMP, e garante que os militares brasileiros sejam submetidos à jurisdição nacional. Beirão (2013, p. 264) salienta que “tal princípio pode, no entanto causar nebulosidade em casos em que o ato praticado for considerado crime no Estado-anfitrião e não no Estado-contribuinte”. Para o presente trabalho essa observação é relevante, pois apesar do BRASIL ser signatário dos principais tratados e convenções do DICA, há necessidade de que as violações de suas normas sejam consideradas crimes, segundo o ordenamento jurídico nacional.

- O princípio da personalidade passiva, quando um Estado exerce sua jurisdição sobre um ofensor, cuja vítima é um nacional ou o próprio Estado.

- O princípio da proteção, segundo o qual a jurisdição se estende às condutas que ameacem os interesses ou a integridade do Estado.

Além dessas bases para a jurisdição, o princípio da jurisdição universal é usualmente visto como uma base subsidiária, suplementar e opcional, para uma limitada categoria de crimes, na ausência de qualquer outro nexos jurisdicional, na ocasião em que o crime foi cometido. (HAYE, 2008).

A essência da jurisdição universal reside no direito internacional consuetudinário, onde crimes como a pirataria, o tráfico de mulheres, as graves violações do DICA, dentre outros, são considerados tão hediondos que qualquer Estado tem o interesse no processo e julgamento dos responsáveis por tais crimes. (SOLIS, 2009).

A ONU, como forma de combater a impunidade em relação aos crimes internacionais particularmente, os crimes de guerra e contra a humanidade, fundamentou suas ações, em mais de uma oportunidade, no princípio da jurisdição universal. Ao instituir os tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Ruanda, o CSNU centralizou a capacidade sancionatória que, em princípio, pertencia aos Estados a respeito de certos crimes de natureza universal, reconhecidos como graves violações do DICA, que transcendem os interesses nacionais. (AMARAL JUNIOR, 2008).

As graves violações do DICA são definidas nas CG e em seus PA. As próprias Convenções estabelecem um sistema para completar eventuais lacunas na aplicação de suas normas.

Segundo Solis (2010), esse sistema é baseado em três obrigações fundamentais concernentes às Altas Partes Contratantes:

- A obrigação de estabelecer uma legislação competente²⁵⁷, não apenas para os seus nacionais, mas para qualquer pessoa que cometa uma grave violação do DICA, incluindo seus inimigos;

- A obrigação de buscar qualquer pessoa acusada de uma violação do DICA;

- A obrigação de processar e julgar tais pessoas ou se a alta parte contratante preferir, entregá-las para que sejam julgadas em outro Estado.²⁵⁸

O princípio da competência universal, entretanto, necessita de uma base legal específica, uma definição precisa dos elementos constitutivos do crime e meios na legislação nacional que permitam a aplicação do princípio, afim de que a jurisdição nacional seja competente para tratar com esse crime internacional. (PALMA, 2009).

Embora o Brasil não tenha implementado, no seu plano interno, o princípio da competência universal para determinados crimes internacionais, o projeto de lei de implementação do TPI²⁵⁹ prevê que para alguns graves crimes de guerra e contra a humanidade, a lei brasileira será aplicada a não-nacionais. Para tanto eles deverão se encontrar em território nacional ou haver uma representação do Advogado-Geral da União, sendo respeitadas determinadas condições. (PALMA, 2009).

O exercício da jurisdição universal por um Estado pode ser considerado ofensivo à soberania de outros Estados. Por esta razão, é geralmente presumido que os Estados devem ter consentido o exercício da jurisdição universal em um determinado tratado, ou que o exercício seja proveniente do direito consuetudinário internacional, para uma classe particular de crimes. (SOLIS, 2010).

²⁵⁷ O Estatuto do TPII declarou que nenhum Estado poderá invocar o seu direito interno para justificar o não-cumprimento das obrigações internacionais que assumiu. (AMARAL JUNIOR, 2008).

²⁵⁸ Cf. o artigo 49 da CG I, o artigo 129 da CG III e o artigo 146 da CG IV.

²⁵⁹ Projeto de lei com 130 artigos apresentado ao Ministro Chefe da Secretaria Especial de Direito Humanos da Presidência da República em 19/12/2006, versando sobre a definição de crimes de guerra, instituição de normas processuais específicas, cooperação com o TPI, dentre outros temas relacionados.

A ratificação do Estatuto de Roma tem conduzido um número grande de Estados a examinar suas legislações domésticas e implementar novas provisões que venham a incluir os crimes previstos no Estatuto. De forma similar, a ratificação do Estatuto do TPI tem despertado debates sobre o regime jurisdicional para esses crimes, embora ele mesmo não tenha adotado a jurisdição universal, nem estabelecido esta obrigação para os Estados signatários. (HAYE, 2008).

Do exposto pode-se concluir que nada impede que um Estado, invocando o princípio da jurisdição universal, possa processar e julgar um militar brasileiro que tenha cometido um crime de guerra, e não tenha sido responsabilizado à luz do ordenamento jurídico nacional. Entretanto, Beirão (2013) ressalta que, embora possível, essa situação é improvável, particularmente pela experiência e profissionalismo dos contingentes brasileiros.

7.4 O BRASIL E A ENTREGA DE NACIONAIS AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A presente seção tem por objetivo analisar a viabilidade legal da entrega de nacionais ao TPI, particularmente em um eventual caso de violação do DICA, em um contexto de uma OMP, à luz do princípio da complementaridade previsto no Estatuto de Roma.

Será inicialmente realizado um breve relato histórico dos antecedentes da criação do TPI, destacando-se a influência dos tribunais internacionais pós 2ª Guerra Mundial para o combate à impunidade.

Serão analisadas, a seguir, a responsabilidade dos comandantes de contingentes militares e do Brasil como Estado – Parte. Nesse segundo momento, serão caracterizados os princípios da entrega e da extradição de nacionais, ressaltando-se a discussão sobre a viabilidade legal da entrega de nacionais ao TPI.

Na sequência, será analisada a adequação do sistema jurídico nacional ao ER, salientando-se as principais celeumas jurídicas identificadas entre a Constituição Federal Brasileira e o referido tratado, que ainda não foram totalmente pacificadas. Por fim serão apresentados os principais reflexos da

eventual aprovação do PI 4038/2008, para a adequação da legislação nacional ao Estatuto de Roma.

7.4.1 Antecedentes do Tribunal Penal Internacional

A criação do Tribunal Penal Internacional²⁶⁰, por intermédio da aprovação do Estatuto de Roma (ER)²⁶¹, na Conferência de Plenipotenciários em 1998, foi saudada pela comunidade internacional como um dos acontecimentos mais relevantes no âmbito do DI, ensejando uma nova fase na persecução penal dos indivíduos.

A criação do Tribunal teve como grande fator motivador a convicção de que era preciso por um fim à impunidade dos autores de crimes que chocaram a humanidade, a exemplo dos ocorridos nos conflitos armados do século XX, tanto de caráter internacional como não internacional.

Segundo Faganello (2013, p.318):

“A criação do TPI deu fôlego à comunidade internacional no que diz respeito à necessidade de garantir e proteger os direitos humanos. O novo Tribunal entrou para o rol dos mecanismos internacionais protetivos e assecuratórios dos *ius gentiu*, como bem indica o preâmbulo e o seu artigo primeiro.”

Seus antecedentes podem ser identificados nos tribunais militares internacionais de Nuremberg e de Tóquio, criados para julgar e punir os grandes crimes ocorridos na II Guerra Mundial. Naquela ocasião, pela primeira vez indivíduos foram acusados pela violação de normas internacionais, tendo sido efetivamente julgados e processados por instâncias internacionais. (JANKOV, 2005).

Segundo Amaral Junior (2008, p.259), a construção da responsabilidade internacional, após a 2ª Guerra Mundial, foi influenciada pelos princípios que surgiram como relevante legado da atuação desses tribunais:

“a) afirmação da responsabilidade por crimes definidos pelo direito internacional, independentemente da existência de lei interna;

²⁶⁰ Tribunal Penal Internacional, *International Criminal Court* (ICC), ou ainda, Corte Internacional Criminal (CIC).

²⁶¹ O texto ora em apreciação é uma tradução da versão em língua espanhola do Estatuto aprovado em Roma, no dia 17/06/1998, encontrada na publicação Tribunal Penal internacional / organizadores Fauzi Hassan Choukr, Kai Ambos. – São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2000.

- b) não-reconhecimento de imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo direito internacional;
- c) não-reconhecimento de ordens superiores como escusa de responsabilidade. A Resolução 95.1 da Assembleia Geral da ONU, aprovada em 1946, integrou os princípios de Nurembergue ao direito internacional geral”.

Dos julgamentos do Tribunal de Nuremberg advieram diversas inovações para a ordem jurídica internacional, entre as quais o reconhecimento da “responsabilidade civil dos Estados no direito internacional, a responsabilidade penal dos Estados perante outros Estados e a humanidade, assim como **a responsabilidade penal internacional dos indivíduos.**”(MENDES, 2005, p.56, grifo nosso). A maior novidade foi, portanto, a inserção no direito internacional da responsabilidade dos indivíduos, admitidos como sujeitos de direito internacional e, portanto capazes de responder por seus atos durante conflitos armados.

Já na década de 1990, outros dois Tribunais *ad hoc*, mencionados anteriormente, foram instaurados. O Tribunal para a ex-Iugoslávia e o de Ruanda, instituídos pelo CSNU com base na Carta das Nações Unidas e através das Resoluções 808 de 22 de fevereiro de 1993 e 955 de 08 de novembro de 1994, respectivamente. Os dois tribunais com sede em Haia, na Holanda, solicitaram a transferência de indivíduos acusados de crimes de grande repercussão internacional e contra os quais foram expedidos mandados de captura. Vale salientar que não foi observada a pena de morte por esses Tribunais, sendo a prisão perpétua a pena mais severa a ser aplicada (VIDAL, 2008).

Sabóia (2000) credita o advento do TPI a uma conjuntura particular influenciada pelo fim da guerra fria, que abrandou os alinhamentos ideológicos os quais impediam a evolução do DI. Por outro lado, o final dessa era conduziu a eclosão de conflitos étnicos e religiosos, que caracterizaram ameaças à paz e à segurança internacionais. Aliou-se, a esse cenário, os reflexos da globalização e da interdependência, que demandaram uma maior coordenação e normatização de certas áreas das relações internacionais.

Ao discorrer sobre a importância do TPI, Sardenberg (2004) afirma que o estabelecimento do Tribunal foi um importante passo para evitar uma lacuna na arquitetura dos direitos humanos, na medida em que é uma estrutura judiciária

moderna e sofisticada, que combate a impunidade dos crimes que afrontam a dignidade humana. Acrescenta, ainda, que:

“a criação do Tribunal constituiu exemplo marcante de como a ação multilateral nas Nações Unidas pode obter resultados, de maneira rápida e eficaz, impulsionada pela vontade política, apesar de um cenário de articulação nem sempre favorável.” (SARDENBERG, 2004, p. 15).

O advento do TPI deu novo impulso à necessidade de garantir e proteger os direitos humanos em âmbito global, como indicado no preâmbulo e no artigo 1º do Estatuto de Roma:

“Tendo presente, que no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade [...] decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes [...] Artigo 1º. É criado pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional. O tribunal será uma intuição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional [...]”

O seu preâmbulo contém, ainda, duas premissas importantes, que convém salientar desde já. A primeira é a de que a jurisdição do TPI tem como foco “os crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto”. Portanto, crimes que não se enquadram nessa categoria permanecem na esfera das jurisdições nacionais.

A segunda é a de que a ação do Tribunal “deverá ser complementar às jurisdições penais nacionais”²⁶², a quem caberá, primariamente, a apuração e o julgamento desses crimes. Há, contudo, um alerta ainda no preâmbulo, onde se recorda que “é dever de todo o Estado exercer a sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais”. Destarte, os Estados não podem se furtar à responsabilidade de julgar os seus nacionais eventualmente acusados de crimes previstos no Estatuto.

O TPI torna-se, portanto, um fiscal das obrigações estatais de processar e julgar criminosos internacionais, atuando na inação ou na ineficiência desses Estados em cumprir este dever. (PALMA, 2009).

Entretanto, para que o Estado possa exercer tempestivamente sua responsabilidade primária, no julgamento dos crimes tipificados no artigo 5º do

²⁶² O princípio da complementariedade é mencionado no 10º parágrafo do preâmbulo do Estatuto do TPI: “Enfatizando que o TPI estabelecido sob este estatuto deve ser complementar às jurisdições penais nacionais”. E no artigo 1º do estatuto “... deve ser complementar às jurisdições penais nacionais.”

Estatuto de Roma, é mister instrumentalizar a sua legislação doméstica de forma adequada, do contrário o TPI poderá julgar-se competente e invocar o princípio da complementaridade.

7.4.2 A Constituição e a Competência do TPI

O Estatuto de Roma possui 128 artigos que definem a sua jurisdição, composição e funcionamento. O Tribunal é composto por um grupo de juízes e um promotor e tem o seu funcionamento baseado em câmaras constituídas para apreciar cada processo ou grupo de processos. Os juízes e o promotor gozam dos indispensáveis privilégios e imunidades para o cumprimento das suas funções, dentro do território de cada Estado-parte.

O artigo primeiro do Estatuto define o TPI como um tribunal permanente e com jurisdição sobre indivíduos (e não Estados ou organizações). Reitera as concepções de que sua jurisdição visa aos crimes mais graves de transcendência internacional e tem caráter complementar às jurisdições penais nacionais, como já referido no seu preâmbulo.

Segundo Schabas:

“O Tribunal Penal Internacional, como no modelo inicial de Nuremberg, Haia e Arusha, é responsável pelo julgamento das atrocidades acontecidas em larga escala. A maior parte da sua clientela será não dos atuais perpetradores de crimes, mas de seus mentores, aqueles que organizam, planejam e incitam o genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.” (2000, p.165).

Os artigos segundo e terceiro estabelecem que o Tribunal é um órgão independente e vinculado à Organização das Nações Unidas, com sede na cidade de Haia, nos Países Baixos. É composto basicamente por uma Presidência, pela Promotoria e Seções de Questões Preliminares, de Primeira Instância e Apelações²⁶³.

O acionamento do Tribunal poderá se dar de três formas, conforme o artigo 13: 1) por iniciativa de um Estado-parte, que apresentará denúncia; 2) por iniciativa do Conselho de Segurança da ONU; 3) ou de forma autônoma, pela própria Promotoria do Tribunal.

²⁶³ Cf. artigo 34 do Estatuto de Roma.

Os crimes sob jurisdição do Tribunal estão elencados no artigo 5º, a saber: 1) genocídio²⁶⁴; 2) crime de agressão; 3) crimes contra a humanidade; 4) crimes de guerra.

Para os criminalistas em geral, a lei penal exige um alto nível de precisão, o que não ocorreria com essa conceituação. No que tange ao crime de genocídio, há dúvidas se seria necessário um certo número de vítimas para tipificar o crime, e mesmo sobre os parâmetros para caracterizar uma nação, etnia, raça ou grupo religioso. (SUNGA, 2000). Pode-se acrescentar a discussão atual sobre o conceito de raça, sobre o qual há várias interpretações.

No caso da participação brasileira nas operações de paz, é pouco provável a ocorrência de um crime dessa natureza (genocídio), com a implicação de militares brasileiros, pelas próprias características de miscigenação e tolerância da sociedade brasileira, e da ausência de tensões desse tipo no histórico de formação da própria nação.

É necessário, contudo, atenção quando o comando for brasileiro e os contingentes militares forem multinacionais, como no Haiti. Nesses casos, não se pode garantir, a priori, que tensões étnicas ou religiosas eventualmente presentes em algum desses países não venham a refletir-se no comportamento de suas tropas.

Quanto ao crime de agressão, ele ainda não está perfeitamente definido no Estatuto, como reconhece o item 2. do artigo 5. Depende ainda de um dispositivo que o conceitue e do estabelecimento de regras para a ação do Tribunal. Além disso, segundo o capítulo VII da Carta da ONU, o Conselho de Segurança é o órgão responsável para responder aos casos de agressão entre Estados.

Sobre esse tema, Sunga (2000, p.197) lembra que:

“qualquer papel do Conselho de Segurança da ONU em processos criminais internacionais faz surgir a discussão acerca da independência da Corte perante o CSNU, um corpo político no qual os membros permanentes podem exercer o poder de veto.”

No que diz respeito aos crimes contra a humanidade, tal como definidos no artigo 7, itens 1 e 2, há certas limitações impostas na própria

²⁶⁴ Sobre o genocídio, o conceito do artigo 6 do Estatuto é o mesmo que consta no artigo II Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, aprovada na III Assembleia geral da ONU, Paris, 11/12/48, disponível em : <www.2.camara.leg.br/.../decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacao>. Acesso em 14 de março de 2014.

conceituação que neutralizam a sua aplicação, no caso das Operações de Manutenção da Paz. Por exemplo, segundo o item 1, o crime se caracterizaria caso os atos praticados fizessem parte de “um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil”, e com o conhecimento desta (população) sobre as motivações do ataque. O item 2, alínea “a” acrescenta que, para ser considerado crime contra a humanidade, tal ataque seria praticado “em conformidade com uma política de Estado ou de uma organização”, o que evidentemente não se coaduna com os propósitos de uma Operação de Manutenção da Paz.

Portanto, a ocorrência de crimes contra a humanidade não é algo esperado como consequência das ações empreendidas por forças de paz internacionais. Por outro lado, excepcionalmente, atos cometidos por forças de paz poderão a vir a ser investigados como crimes de guerra. (BERGSMO, 2000).

Segundo Bergsmo (2000, p.227), “é compreensível que crimes de guerra cometidos por membros de uma força de paz internacional sejam tão sérios que possam vir a ser perseguidos pelo Ministério Público do TPI”.

Destarte, dos quatro crimes sobreditos, os de maior interesse para os objetivos deste estudo são os crimes de guerra, tipificados no artigo 8º, os quais serão examinados a seguir.

Inicialmente, cabe observar que o *caput* do referido artigo não limita totalmente, mas particulariza como de maior interesse os crimes que forem cometidos “como parte de um plano ou política ou como parte da prática em grande escala de tais crimes”²⁶⁵.

Os itens 2. a) e 2. b) do artigo 8 tratam dos crimes à luz das Convenções de Genebra de 1949, referindo-se portanto aos conflitos armados de natureza internacional.

Já os itens 2. c) e 2. e) estabelecem especificamente os crimes tipificados para os conflitos armados de caráter não internacional, mais recorrentes no cenário atual, onde as OMP tem sido desdobradas. É

²⁶⁵ A ideia predominante é a da prática em grande escala. Mesmo que os atos não tenham sido perpetrados como parte de uma estratégia ou política, eles poderão ser qualificados como da competência do Tribunal, desde que cometidos massivamente.

interessante notar que o item 2. c) é uma transcrição do artigo 3º, comum às quatro Convenções de Genebra.

7.4.3 A Responsabilidade dos Comandantes Militares

Como já mencionado anteriormente, a jurisdição do Tribunal recai sobre pessoas naturais como prevê o artigo 25 do ER, e não sobre Estados ou organizações.

O documento “U.N. Doc. A/CONF.183/C1/L.76/Add.3,p2”, citado por Schabas (2000, p.163), que versa sobre o Tribunal de Nuremberg, destaca que os “crimes contra o direito internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas, e apenas punindo os indivíduos que cometeram tais crimes poderão as leis internacionais serem respeitadas”.

Nesse sentido, o indivíduo será responsabilizado perante o Tribunal se cometer um crime individualmente, em conjunto com outra pessoa ou por meio de terceiros.²⁶⁶

Da mesma forma, será responsabilizado se ordenar, propor ou induzir à prática do crime, ou ainda ajudar, encobrir ou colaborar na prática do crime ou na tentativa de praticá-lo. O artigo 25 faz outras considerações sobre a tipificação da individualidade do crime.

Ambos (2000, p.35, grifo nosso) apresenta, ainda, as seguintes observações sobre o artigo 25, particularmente sobre a responsabilidade de quem emite ordens:

“A pessoa que ordena o crime é verdadeiramente um **autor mediato**, usando um subordinado para o cometimento do crime. Na verdade, idêntico artigo, 2 (1) (b), no projeto de 1996 pretendia a responsabilidade criminal **para oficiais intermediários** que determinassem a seus subordinados o cometimento de crimes. Neste sentido, a primeira alternativa do subparágrafo (b) (**verbo ordenar**), complementa a responsabilidade criminal contida no artigo 28; nesta última hipótese, o superior é responsável por omissão; no caso de uma ordem para cometimento de um crime, o superior é responsável por comissão”.

O artigo 27 trata da irrelevância da função oficial desempenhada pelo acusado, para efeito de indiciamento. O Estatuto será aplicado a todos, igualmente, independente da função que ocupar, seja chefe de Estado ou

²⁶⁶ Cf. consta no artigo 8º 3. a) do ER.

comandante militar. Nesse caso, imunidades ou regalias especiais não constituem obstáculo à ação do Tribunal.

O artigo 28 versa exclusivamente sobre a responsabilidade de comandantes e outras autoridades que desempenhem funções de mando. Por oportuno, transcreve-se abaixo o caput e o parágrafo 1, que trata da responsabilidade dos comandantes militares:

“Além de outros fatores determinantes de responsabilidade penal, em conformidade com este Estatuto, por crimes do âmbito da jurisdição do Tribunal:

1. O comandante militar ou o indivíduo que atue efetivamente como comandante militar será responsável penalmente pelos crimes sob a jurisdição do Tribunal que tiverem sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivo, ou sua autoridade e controle efetivo, dependendo do caso, por não ter exercido apropriadamente o controle sobre as forças quando:

b) Aquele comandante militar ou indivíduo **sabia ou**, em razão das circunstâncias do momento, **deveria saber** que as forças estavam cometendo ou pretendiam cometer tais crimes; e

c) Aquele comandante militar ou indivíduo **não tenha adotado todas as medidas** necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua perpetração ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução.” (Grifo nosso)

Da leitura do texto, verifica-se que os comandantes militares poderão ser responsabilizados por negligência ou omissão no exercício do comando. Sobre essa questão, Ambos (2000,p. 46) se pronuncia da seguinte forma:

“O superior é ainda responsável por omissão por não prevenir as atrocidades por suas tropas e fundamentalmente por perder o controle sobre elas em campo, caso fosse possível fazê-lo. Tal responsabilidade por omissão é única no campo internacional.”

Corroborando com esse entendimento, Schabas (2000, p.176) complementa, ao afirmar que:

“Quando homicídios, estupros e atos de revanchismo, além dos mais variados crimes acontecem, sem que o comandante sequer tente descobrir e controlar estes crimes, deve tal comandante ser responsabilizado, mesmo criminalmente, pelos atos de suas tropas.”

Prosseguindo na análise do ER, o artigo 31 trata das circunstâncias que excluem a responsabilidade penal. Estão previstas nessa categoria a doença ou deficiência mental, estado de intoxicação e a legítima defesa ou ato praticado em defesa de terceiros. Também constam a coação e o erro de fato ou de direito. O texto discorre sobre as condições para que cada uma delas se verifique.

No caso dos crimes de guerra, a defesa de um bem essencial para a sobrevivência própria ou de terceiros, seja ele ainda essencial para o cumprimento da missão, ou a defesa contra o iminente e ilegal uso da força, são também circunstâncias excludentes.

O artigo 33 trata de um assunto de especial interesse para os militares. Segundo ele, o fato do crime ter sido cometido em cumprimento a uma ordem superior não exime o autor da responsabilidade penal, ressalvadas as seguintes situações: a) se este estivesse obrigado por lei a obedecer ordens do governo ou do superior que a emitiu; b) não soubesse que a ordem era ilícita; c) a ordem não fosse manifestamente ilícita. Nesse último caso, não estão, obviamente, enquadradas as ordens de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade.

Do artigo em tela, permanece em aberto a questão suscitada na letra a), já que o conceito de ordem superior é muitas vezes justificado pela necessidade de manter a ordem e a disciplina em qualquer força armada.

Entretanto, a tendência do direito internacional é a de rejeitar ordens superiores como argumento de defesa. Segundo Ambos (2000), uma pessoa não pode ter a sua responsabilidade criminal excluída com o argumento de que estava seguindo ordens superiores. Convém, ainda, frisar que os crimes sob jurisdição do Tribunal são imprescritíveis, conforme reza o artigo 29 do ER.

7.4.4 As Responsabilidades do Brasil como Estado-Parte

O Brasil, como um dos signatários do Estatuto de Roma, assumiu o compromisso de cooperar plenamente com o Tribunal na investigação e persecução dos crimes sob a jurisdição daquela Corte. Isso é o que estabelece o artigo 86 do Estatuto.

A cooperação diz respeito especialmente a pedidos de captura e entrega de acusados por tais crimes, conforme dispõe o artigo 89, além da atenção aos pedidos de assistência relacionados com investigações, andamento de processos penais. O artigo 93 estende-se sobre essas outras formas de cooperação.

O artigo 59 estabelece que, ao receber um pedido de prisão provisória ou de prisão e entrega, o Estado-parte deve tomar imediatamente as medidas necessárias para a captura, em conformidade com o seu direito interno.

O artigo 120 estabelece que não se admitem reservas ao Estatuto. Por esta razão, os Estados-partes se comprometem a adequar o seu direito interno de modo a que sejam previstos, nas legislações de cada país, os procedimentos necessários à aplicação de todas as formas de cooperação constantes do Estatuto.

Hassan Choukr e Kai Ambos (2000, p.10), organizadores da obra Tribunal Penal Internacional, no seu preâmbulo, reforçam o conteúdo do artigo 20 do ER afirmando que:

“Não pode haver nenhuma reserva para o Estatuto. Isso evita disputa sobre quais reservas são admissíveis no direito internacional e retira dos países cépticos uma ferramenta importante para evitar suas obrigações. Se reservas fossem admissíveis, um país poderia, por exemplo, excluir a extradição de seus nacionais alegando que isso violaria sua Constituição [...] tal interpretação condenaria o TPI à inatividade.”

Sendo a entrega dos acusados a questão - chave da cooperação dos Estados-partes com o Tribunal, especialmente quando se trata da entrega dos seus nacionais, é importante analisar o comportamento do Tribunal em relação ao cumprimento ou não, pelos Estados-partes, das suas responsabilidades como jurisdições primárias.

Com esse intuito, verifica-se que o artigo 17 estabelece que o Tribunal decidirá pela inadmissibilidade de uma denúncia quando o caso já estiver sendo investigado ou em processo de julgamento pelo Estado-parte. Todavia, ressalva que esta posição poderá mudar, caso o Estado não seja capaz ou não mostre disposição de levar adiante a investigação ou o processo.

A propósito dessa importante questão, o item 2. a) do mesmo artigo alerta que o Tribunal examinará o processo, para verificar se ele está sendo conduzido com o objetivo de subtrair o acusado da sua responsabilidade penal, perante a justiça internacional; b) ou se houve um atraso injustificado no processo, incompatível com o propósito de submeter o acusado à justiça; c) ou ainda, se o processo não foi ou não está sendo conduzido de forma independente ou imparcial, ou de forma incompatível com a intenção de submeter o acusado aos ditames da justiça.

Sobre esse tema, Ramos (2000, p.277, grifo nosso) faz a ressalva de que:

“no caso brasileiro, se a possibilidade de ter sido obtida uma sentença penal transitada em julgado para fins espúrios é remota, por outro lado, **a delonga injustificável para investigar, julgar e condenar os acusados destes crimes bárbaros é uma possibilidade infelizmente viável em face da atual crise do Poder Judiciário pátrio.**”

Nesses casos, o Tribunal poderá decidir pela admissibilidade da denúncia e avocar a si a responsabilidade de processar o acusado. É oportuno atentar para a afirmação de Ramos (2000, p.277), quando lembra:

“(...) que não há hierarquia entre os tribunais nacionais e os internacionais e a compatibilidade de suas decisões existe, já que o tribunal internacional não reforma decisão interna, apenas ordena ao Estado a entrega do acusado para que este seja agora julgado perante a instância internacional.”

Segundo esse pensamento Ramos (2000, p.278) complementa que:

“As cortes internacionais apreciam o ato interno como sendo um ato do Estado, não importa a sua origem (judicial, administrativa, ou legislativa) e a decisão internacional que ordene a entrega do acusado não colide com a decisão local, eventualmente absolutória, já que o fato ilícito cometido será apreciado agora pela corte internacional e pelo direito internacional.”

Finalmente conclui afirmando que o Brasil, ao aderir ao Estatuto de Roma, concorda com a entrega de acusado, eventualmente processado ou mesmo absolvido, sem que isso constitua violação da Constituição. (RAMOS, 2000).

Cabe, ainda, assinalar que a eventual falta de cooperação dos Estados-partes é discutida em Assembleia realizada uma vez ao ano, na sede do Tribunal ou na sede das Nações Unidas, como prescreve o artigo 112.

7.4.5 A Adequação do Sistema Jurídico Nacional ao Estatuto de Roma

O artigo 88 faz a previsão de que os Estados-partes deverão adequar a sua legislação interna ao estabelecido no Estatuto de Roma, de tal forma que todas as formas de cooperação e procedimentos estejam amparadas nas leis internas.

A propósito, cabe observar que a própria Constituição brasileira estabelece amplas bases para essa cooperação, ao registrar no seu artigo primeiro, inciso III, que a República Federativa do Brasil tem como um dos

seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Em seguida, no artigo quarto, inciso II, reza que o Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Faganello (2013, p. 319) confirma essa tese ao afirmar que:

“Tendo em vista o caráter de tribunal penal internacional de direitos humanos conferido ao TPI, cumpre observar que o Brasil corrobora tal entendimento, uma vez que ao ratificar o ER, em 20 de junho de 2002, concretiza sua ambição consubstanciada no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que previa que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”

Coerente com tais princípios, em 25 de setembro de 2002, o Presidente de República, através do decreto Nr. 4.388, promulgou o Estatuto de Roma, após cumprido o rito da assinatura (17/07/1998), da aprovação pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo Nr. 112, de 06 de junho de 2002, e da sua respectiva ratificação (20/06/2002)²⁶⁷.

Dessa forma, aquele ato internacional passou a vigorar em 1º de setembro de 2002, de acordo com o artigo 126 da Constituição Federal. É oportuno registrar que o seu artigo primeiro (do decreto Nr. 4.388) estabelece que “O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (...) **será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém**”. (grifo nosso).

Por fim, a Emenda à Constituição Nr. 45, de 30 de dezembro de 2004, incluiu no artigo 5º, parágrafo 4º da Carta magna, o compromisso de que “**O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão**”, numa clara alusão ao TPI. (grifo nosso).

Portanto, é lícito admitir que as intenções brasileiras estão em consonância com aquilo que o Tribunal espera de cada um dos Estados-parte. No entanto, em termos objetivos, também é forçoso aceitar que o Brasil ainda não se adequou inteiramente aos compromissos assumidos com o Tribunal.

O Ministro Celso de Mello do STF, por exemplo, motivado pelo pedido feito ao Brasil de detenção e entrega do Presidente Omar Al Bashir²⁶⁸,

²⁶⁷ Cf. Decreto da Presidência da República Nr. 4.388 de 25 de setembro de 2002. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002 >. Acesso em 17/03/2014.

²⁶⁸ Em 16 de julho de 2009 foi protocolado no STF o pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário feito pelo TPI ao Brasil, visando à detenção e entrega do presidente do Sudão, Omar Al Bashir, quando em trânsito pelo País, por estar sendo acusado de crimes

levantou questionamentos que, ao seu juízo, poderiam inviabilizar a cooperação entre o Brasil e o TPI.

O principal questionamento refere-se à extradição (*tradere*). A Constituição Federal proíbe a extradição de nacionais e, mediante algumas condições, também de cidadãos naturalizados, conforme o disposto no artigo 5, parágrafo LI. Além disso, não prevê o instituto da entrega (*surrender*).

Na verdade, tratam-se de institutos diferentes - a extradição e a entrega - como define o artigo 102 do ER, e essa interpretação foi aceita pelos Estados que o subscreveram, entre eles o Brasil.

Em defesa dessa tese, Ramos (2000, p.270, grifo nosso) argumenta que o artigo 102 do Estatuto:

“expressamente diferencia a extradição do ato de entrega (*surrender*). A extradição é termo reservado ao ato de cooperação judicial entre Estados soberanos. Já o *surrender* é utilizado no caso específico de cumprimento de ordem de organização internacional de proteção de direitos humanos, como é o caso do Tribunal Penal Internacional. **Logo, não haveria óbice constitucional ao cumprimento de ordem de detenção e entrega de acusado brasileiro ao Tribunal...**”.

Por seu turno, Japiassu (2005, p.206) ensina que

“a hipótese de entrega de nacional para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional significa a entrega de indivíduo perante Tribunal Internacional do qual o Brasil é membro, e não a Tribunal estrangeiro. O conceito de extradição se relaciona com a entrega de um indivíduo por um Estado a outro.”

As outras questões levantadas referem-se à possibilidade da prisão perpétua prevista no artigo 77 do Estatuto, e proibida pelo artigo 5º, XLVII, a, da Constituição Federal; a imprescritibilidade dos crimes sob jurisdição do Tribunal, definida no artigo 29, enquanto a Constituição reconhece como imprescritíveis somente os previstos no artigo 5º, parágrafos XLII e XLIV; e a indeterminação das penas tal como se verifica no artigo 77.²⁶⁹

Sobre esses questionamentos, o ministro Celso de Mello solicitou em 3 de agosto de 2009, um parecer à Procuradoria Geral da República, para

contra a humanidade no território de Darfur. O pedido, o primeiro do gênero, suscitou uma série de questionamentos sobre a viabilidade da cooperação com o TPI.

²⁶⁹ Constitui máxima no direito penal brasileiro a observância do princípio da “reserva legal”, segundo o qual “não existe crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal” (artigo 1º do Código Penal). No caso do Estatuto de Roma, o artigo 77 não define as penas com precisão.

tornar eficaz a cooperação entre o Brasil e o TPI. O parecer ainda não foi divulgado.²⁷⁰

Por outro lado, uma respeitável corrente de juristas brasileiros não vê problemas de incompatibilidade entre a Constituição brasileira e o Estatuto de Roma.

Dentre esses, Ramos (2000, p. 289) conclui que “(...) o Estatuto de Roma pode ser aplicado imediatamente, não necessitando de nenhuma legislação interna (...) que estipule o modo de aplicação das decisões do Tribunal (...)”.

Por sua vez, Pereira (2005, p.224) manifesta-se na mesma direção, ao afirmar que “muito se tem discutido sobre essas supostas limitações à aplicação do Estatuto de Roma. Em todos os casos a solução se apresenta no campo interpretativo, não sendo nenhum desses temas óbice intransponível”.²⁷¹

Contudo, se por um lado as questões colocadas anteriormente podem ser solucionadas através de formas de interpretação que lhe sejam favoráveis, há outras lacunas na legislação brasileira que exigem maior atenção.

No caso específico da legislação penal militar brasileira, por exemplo, Pereira (2005), faz críticas severas sobre a sua desatualização, que são oportunas ressaltar, ainda mais se considerarmos que essa é a especialidade do autor.

Sobre o Estatuto de Roma, Pereira (2005, p.228) salienta que:

“O ER, rigorosamente, para o nosso País, não consagra nenhuma novidade em termos de previsão de violações ao DIH (...) As incriminações do artigo 8º refletem compromissos internacionais assinados pelo nosso país há muito tempo (Convenções de Genebra e Protocolos Adicionais) e que já deveriam configurar crime, de acordo com a nossa legislação interna.”

Ainda sobre as responsabilidades do Brasil na repressão a esses crimes, Pereira (2005, p.228) lamenta ao dizer que “era de se esperar que a nossa legislação penal militar, (...) cumprisse com o acordo e fizesse previsão

²⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acompanhamento Processual – Pet. 4625 (STFa, 2009). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 12/03/14.

²⁷¹ Quando escreveu o artigo da referência, Carlos Frederico de Oliveira Pereira era Subprocurador-geral da Justiça Militar e professor-assistente de Direito Penal da UnB.

das graves violações ao direito humanitário”. E conclui constatando que “Não é isso que aconteceu. O nosso Código Penal Militar é extremamente lacunoso em relação aos ditos tratados”.

Ulteriormente, Pereira (2005, p.229) aponta outra grave lacuna, ao dizer que “A nossa legislação penal militar (...) ignora ainda o tratamento jurídico internacional dado aos conflitos armados não – internacionais”.

O autor aponta como consequência provável o fato de que:

“(...) em situação de conflito armado internacional não caracterizado como guerra externa formalmente declarada, a Justiça Militar Federal terá que aplicar o Direito penal militar em tempo de paz, muito mais Mais adiante lacunoso que o Direito Militar em tempo de guerra (...)” (PEREIRA, 2005, p.230)

Prosseguindo, Pereira (2005, p.230) exemplifica os problemas que surgirão dessa lacuna com a seguinte situação:

“Pense-se, por exemplo, em uma operação de paz em que eventualmente o nosso país se envolva no conflito, hipótese não muito difícil de acontecer. A maioria das operações de paz atualmente é estruturada juridicamente de acordo com o capítulo VII da Carta das Nações Unidas e não raro ocorrem em lugares de conflitos armados não internacionais (...)”.

E conclui dizendo:

“Ora, havendo a lacuna legal diante dos crimes de guerra elencados no artigo 8º do ER, surge imediatamente a possibilidade de o TPI assumir o caso, diante do princípio da complementaridade, daí por que faz-se necessário imediatamente que o nosso país promova a adequação do nosso Direito Penal, particularmente o Direito Penal Militar, em face dessas normas para evitar a instauração da jurisdição internacional (...)”. (PEREIRA, 2005, p.230).

Sobre as iniciativas legais para solucionar essas questões, cabe assinalar que em 06/03/2007, foi apresentado na Câmara dos Deputados o projeto de lei PL 301/2007, com o seguinte propósito: “define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências.”²⁷²

Em 17/09/2008, a Presidência da República enviou ao Congresso o projeto de lei Nr. 4638/2008, bem mais completo, que “dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui

²⁷² Cf. PL 301/2007. Disponível em:< www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop>. Acesso em 14/04/2014.

normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências.”²⁷³

Este segundo projeto foi desenvolvido ao longo de quatro anos por um grupo de trabalho coordenado pela Secretaria de Estado de Direitos Humanos da Presidência da República, e integrado por representantes do Ministério Público Militar, do Ministério das Relações Exteriores, Ministério Público Federal, da Advocacia Geral da União, da Casa Civil, do Senado Federal, e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

Na exposição de motivos interministerial que o encaminhou ao Presidente da República em 20/11/2007, estão definidos os seus objetivos que são os de “incorporar o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico nacional”, “possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro e viabilizar a cooperação com o TPI de tal modo que em nenhuma hipótese uma pessoa ou crime internacional, sujeito à jurisdição penal brasileira, renda ensejo à atuação da jurisdição do TPI.”²⁷⁴

No Título I das Disposições Gerais do referido projeto, o artigo 13 estabelece que “aplicam-se subsidiariamente aos crimes previstos nesta lei o (...) Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, quando (os crimes forem) processados e julgados pela Justiça Militar da União”. Com essa previsão, atualiza-se a legislação penal militar de modo a sanar os problemas mais sérios identificados por Pereira (2005), e mencionados anteriormente.

No projeto, os crimes contra a humanidade (Título III) e os crimes de guerra (Título IV) estão bem definidos e as respectivas penas devidamente atribuídas (atendendo ao princípio da reserva legal). Os artigos 38 e 39 definem, respectivamente, conflito armado internacional e conflito armado não internacional, sanando mais um problema identificado por Pereira (2005).

Em relação aos crimes de guerra especificamente, é interessante observar que o Capítulo II do Título IV, que trata dos conflitos armados internacionais, reúne em trinta e oito artigos os crimes contidos no artigo 8, 2. a) do Estatuto de Roma, atribuindo-lhes as penas correspondentes.

²⁷³ Cf. PL 4038/2008. Disponível em:< www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop>. Acesso em 14/04/2014.

²⁷⁴ Cf. Exposição de Motivos Interministerial Nr. 18 SEDH-PR/MJ/MRE//AGU, de 20 de novembro de 2007 apensa ao PL 4638/2008. Disponível em:< www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop>. Acesso em: 14/04/2014.

Por outro lado, o Capítulo III, que trata dos conflitos armados não internacionais, é composto de um único artigo que remete ao anterior, ao afirmar que “Constituem também crimes de guerra, sujeitos às mesmas penas, as condutas previstas no Capítulo II deste Título, quando praticadas em conflitos armados de caráter não internacional (...)”.

Trata-se, portanto, de uma simplificação, ao admitir-se que o elenco de crimes é o mesmo, independente da natureza do conflito armado.

A propósito dessa questão, Pereira (2005, p.230) observa que houve uma “extensão da conceituação de crimes de guerra para as hipóteses de conflito armado não internacional, o que aconteceu por força da jurisprudência dos tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda”. No seu modo de ver, há uma tendência atual de convergência dos conceitos de conflito armado internacional e não internacional.

Feitas essas considerações sobre o conteúdo do PL 4038, o fato é que ele está apenso ao PL 301/2007, que começou a tramitar no plenário em 06/03/2007. Por razões ligadas ao funcionamento da Câmara, seu último movimento foi registrado em 12/06/2013, quando a matéria deixou de ser apreciada por falta de quórum.

8 APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS DA PESQUISA DE CAMPO

Serão apresentados nesse capítulo os resultados obtidos por intermédio da pesquisa de campo, a qual foi estruturada da seguinte forma:

- Os itens “B” e “C” foram direcionados para a questão de pesquisa I; os itens “D”, “E”, “F” e “H” destinaram-se à questão de pesquisa II; o item “G” abordou a questão de pesquisa III; e finalmente o item “I” referiu-se à questão de pesquisa IV.

Buscou-se com o auxílio da ferramenta ATLAS.ti.5.0. realizar uma análise amparada em um procedimento quantitativo, ao privilegiar as frequências, ou seja as ocorrências de certas ideias comuns, presentes nas respostas dos colaboradores.

Nem sempre foi possível atingir o nível de saturação desejado, devido à limitação de acesso a especialistas sobre o tema. Nos itens em que se observou essa restrição, buscou-se, posteriormente, no capítulo referente à discussão dos resultados, minimizá-la com a conjugação dos dados obtidos por meio das pesquisas documental e bibliográfica.

Complementarmente, a análise teve um cunho qualitativo, ao focalizar as peculiaridades e as relações entre os elementos (VERGARA, 2009). Desta forma, enfatizaram-se ideias consideradas relevantes, mesmo não constando, necessariamente, na maioria das respostas.

8.1 ITEM B - RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

Em julho de 2011, uma decisão da Corte de Apelação de Haia (no caso MUSTAFIC e NUHANOVIC X o Estado Holandês) responsabilizou o governo holandês pela cooperação com a evacuação de três bósnios mulçumanos, que foram posteriormente mortos por sérvios bósnios, no episódio que ficou internacionalmente conhecido como “o massacre de Srebrenica”. Na sua opinião, considerando que as tropas da ONU permanecem sob o seu controle operacional, os crimes de guerra perpetrados por essas tropas são de responsabilidade da ONU, do país contribuinte ou de ambos?

A maioria absoluta dos especialistas consultados considerou que a responsabilidade é definida, de acordo com cada situação, em função da autoridade que exerce o efetivo controle das ações na ocasião determinada (Gráfico 2).

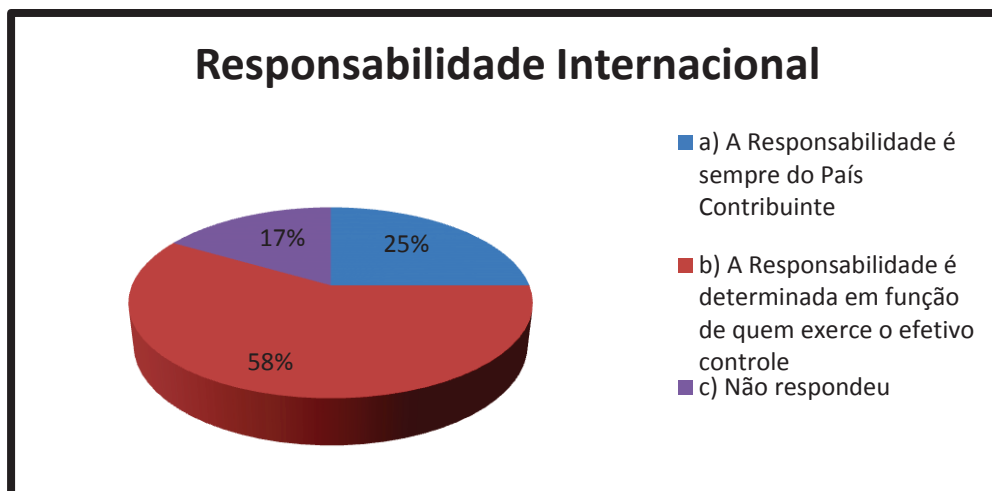


Gráfico 2 – Item B do Instrumento de Pesquisa (Responsabilidade Internacional)
Fonte: o autor

Os colaboradores “D”²⁷⁵, “G” e “H”²⁷⁶ mencionaram em suas respectivas respostas o previsto no artigo 7º dos “*Draft Articles on The Responsibility of International Organizations*”, que estabelece que o comportamento de um órgão de um Estado colocado à disposição de uma organização internacional é da sua responsabilidade, na medida em que ela exerça o controle sobre os atos desse órgão.

Para o colaborador “A” “se uma decisão parte diretamente da ONU, do comandante (da ONU) responsável pela operação, que coordena as operações de paz, e o país simplesmente a cumpre, neste caso, a responsabilidade seria unicamente da ONU”.²⁷⁷

²⁷⁵ Segundo o colaborador “D” “há que averiguar quem tem o controle efetivo sobre o comportamento que está na origem da responsabilidade. E de acordo com a conclusão a que se chegou na matéria, a responsabilidade poderá ser da ONU, do país contribuinte ou de ambos”.

²⁷⁶ Ratificando esse entendimento, o colaborador “H” afirma que “a responsabilidade é vinculada a uma situação de controle” e “essa responsabilidade deve ser partilhada, na medida que se estude o caso concreto, e se saiba qual o controle que se tinha naquela circunstância”.

²⁷⁷ O colaborador “I” tem uma visão diametralmente oposta e acredita que “o Comando das tropas é do seu país de origem. A ele obedecem. Há o discernimento de cada país em cumprir a ordem dada pela ONU comparando-a com o Mandato que receberam e com as instruções emanadas de seu Governo”.

O colaborador “H” destacou um ponto relevante, no sentido de que a responsabilidade criminal será sempre do indivíduo²⁷⁸. Entretanto, a responsabilização / reparação por danos civis, pode estar a cargo do Estado, concorrentemente com a ONU, dependendo do controle efetivo das ações.

Outro ponto ressaltado por grande parte dos colaboradores foi o fato do país contribuinte ser responsável pelas medidas disciplinares e pelo exercício da jurisdição criminal. Nesse sentido, mesmo que a ONU exercesse o controle em uma determinada situação, a responsabilidade para que os militares fossem julgados por eventuais violações do DICA seria dos seus respectivos Estados.

Pode-se concluir que a maioria absoluta dos colaboradores considerou que a responsabilidade, em caso de violações do DICA, é devida ao órgão que estiver exercendo o efetivo controle das ações. Entretanto, convém salientar que a responsabilidade de processar os responsáveis pelas violações do DICA é do estado de origem, com a supervisão da ONU. Portanto ela invariavelmente será, de alguma forma, compartilhada.

8.2 ITEM C - DICA X MANDATO DAS OMP

No SOFA da MINUSTAH, a ONU assegura que a missão no Haiti ocorrerá no amplo respeito dos princípios e normas das convenções internacionais relativas à conduta do pessoal militar (incluindo as quatro Convenções de Genebra de 1949, seus Protocolos adicionais de 1977 e a Convenção internacional da UNESCO de 1954), sem prejuízo do mandato da MINUSTAH e do seu estatuto internacional. O Sr (a) acredita que a aplicação do DICA deve estar limitada pelos mandatos e estatutos das operações de manutenção da paz?

A maioria expressiva dos colaboradores (apenas dois expressaram opiniões divergentes) considerou que o DICA não pode ser limitado pelos mandatos das operações de manutenção da paz, sob a égide da ONU (Gráfico 3). Para o colaborador “I” “seria um contrassenso a ONU implementar uma Operação

²⁷⁸ O colaborador “H” destacou a existência do artigo 25, inciso 4, no estatuto de Roma que estabelece que o previsto no estatuto, não afeta a responsabilidade dos Estados.

que não respeitasse os princípios do Direito Internacional Humanitário, independentemente de que todos os Estados participantes da missão sejam ou não signatários de todos os instrumentos legais referentes ao DICA.

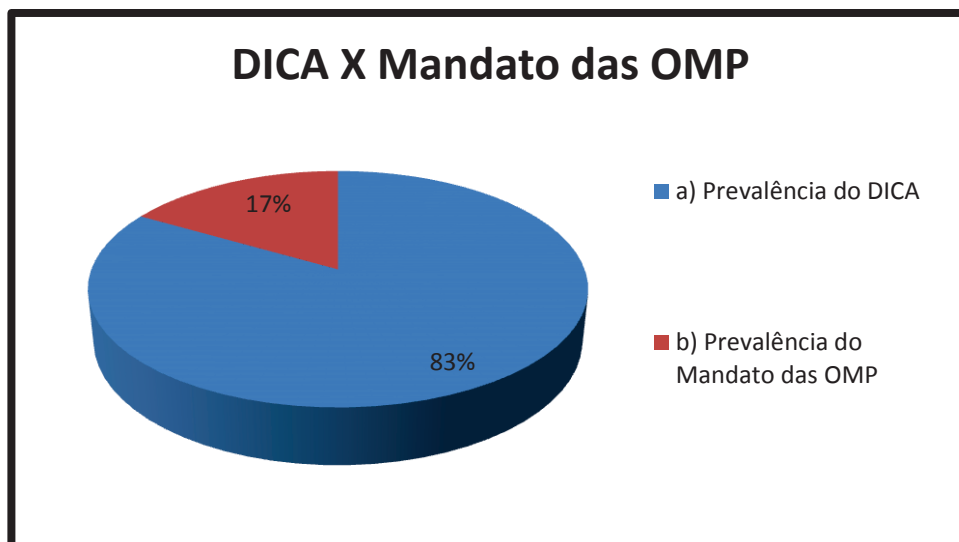


Gráfico 3 – Item C do Instrumento de Pesquisa (DICA X Mandato das OMP)
Fonte: o autor

O colaborador “E”, possuidor de vasta experiência como assessor de assuntos legais em OMP, conforme atesta seu CV, salientou que a cláusula no SOFA original da missão no Haiti, onde consta a expressão “*sans préjudice au mandat de la MINUSTAH et à son statut international*”, segue um modelo padrão da ONU. Na sua visão, o estabelecimento hipotético de uma missão cujo mandato contrarie o DICA seria incoerente com a própria Carta das Nações Unidas.

O colaborador “H” ressaltou que a ONU está cada vez mais se integrando ao DICA, particularmente após a publicação do Boletim do SGNU de 1999. Essa maior normatividade que busca estabelecer limites ao emprego da força, “é sempre positiva para a proteção de quem sofre com os efeitos de um conflito armado”, e “seria um andar para trás limitar no mandato o que em 1999 se consignou de forma genérica”.

Os colaboradores “E” e “H” mencionaram a situação atual na MONUSCO, onde foi criada uma Brigada de Intervenção para neutralizar grupos armados. Nesse contexto de uma OMP, mas com a previsão de emprego da força em grande escala, o colaborador “E” destacou que o mandato originário da resolução do CSNU 2098 estabelece que as ações

dessa brigada devem ser realizadas em estrito cumprimento do direito internacional, incluindo o DICA e os direitos humanos internacionais.

Os colaboradores “A”²⁷⁹ e “L”²⁸⁰ demonstraram a relevância do DICA, no âmbito do direito internacional, ao ressaltarem a universalidade e a primazia de suas normas, em uma situação de conflito armado.

Pode-se, ao final, inferir-se que na visão quase consensual do grupo de especialistas consultados, o DICA deve ser observado em uma OMP, quando vigente uma situação de conflito armado, e a sua aplicação deve ser universal e abrangente, sem estar limitada por nenhuma cláusula prevista no mandato da missão.

8.3 ITEM D - O BOLETIM DO SECRETÁRIO GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS DE 1999

O Sr (a) acredita que o Boletim Especial do Secretário-Geral da ONU de 06 de agosto de 1999 é suficientemente abrangente para regular os princípios e normas do DICA que devem ser observados pelas tropas da ONU? O Sr (a) acredita que este documento demanda de uma autoridade competente para que todos os países contribuintes de tropa respeitem o seu conteúdo, ou uma resolução do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral seria mais adequada?

No que diz respeito à abrangência do Boletim, a opinião da maior parte dos especialistas foi de que o documento é incompleto e não abarca todas as normas aplicáveis em um contexto de conflito armado (Gráfico 4). O colaborador “H” destacou que o boletim abarca apenas os princípios e normas gerais, dentre os mais de 600 artigos das CG e seus protocolos adicionais. Apenas o especialista “E” acredita que o Boletim é amplo o suficiente para identificar as normas e princípios do DICA, que devem ser aplicados pelas tropas da ONU em uma OMP.

²⁷⁹ Segundo o colaborador “A” o DICA “deve ter vigência universal. Deve ser obedecido e seguido por se tratar da proteção básica ao ser humano, não devendo ser limitado por outras normas ou regras, que poderiam enfraquecer esta proteção ou flexibilizá-la”.

²⁸⁰ Para o colaborador “I” “o DICA está acima dos demais tratados e convenções, em caso de ocorrência de conflitos armados, como se vê da Seção 1 do Boletim Especial do Secretário-Geral da ONU de 06 de agosto de 1999”.

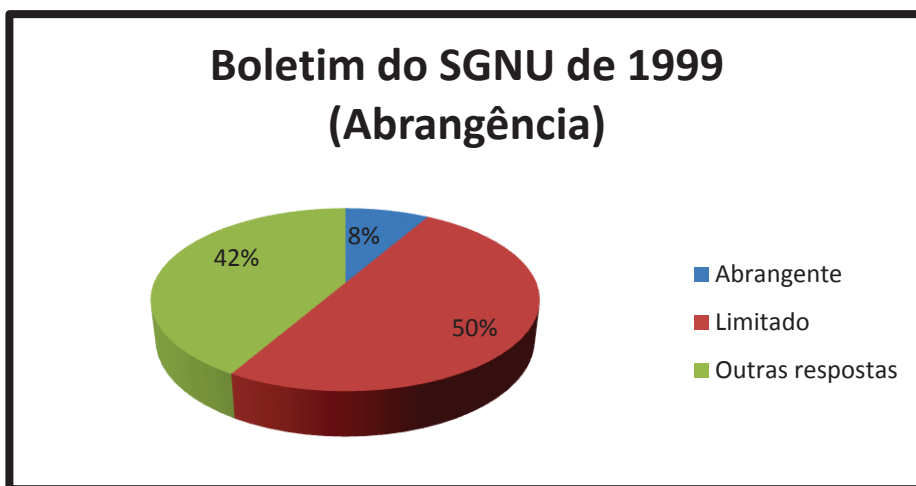


Gráfico 4 – Item D1 do Instrumento de Pesquisa (Boletim do SGNU de 1999)
Fonte: o autor

O colaborador “F” questionou a clareza do boletim no que tange ao escopo de aplicação do DICA. Para esse especialista o boletim é confuso ao estabelecer que o DICA é aplicado quando as forças da ONU estão “ativamente engajadas” e durante “a extensão e a duração do seu engajamento”, sem definir com precisão o que vem a ser cada um desses conceitos.

Grande parte dos especialistas consultados acredita que o boletim do SGNU de 1999 não tem um caráter mandatório, de forma a gerar um efeito vinculante sobre os Estados que contribuem com tropas para as OMP, sob a égide da ONU (Gráfico 5). Todavia serve como uma orientação, originando “um *standard* para os países que não são signatários de alguns tratados importantes do DICA²⁸¹”.

²⁸¹ Trecho da resposta do colaborador “G”.

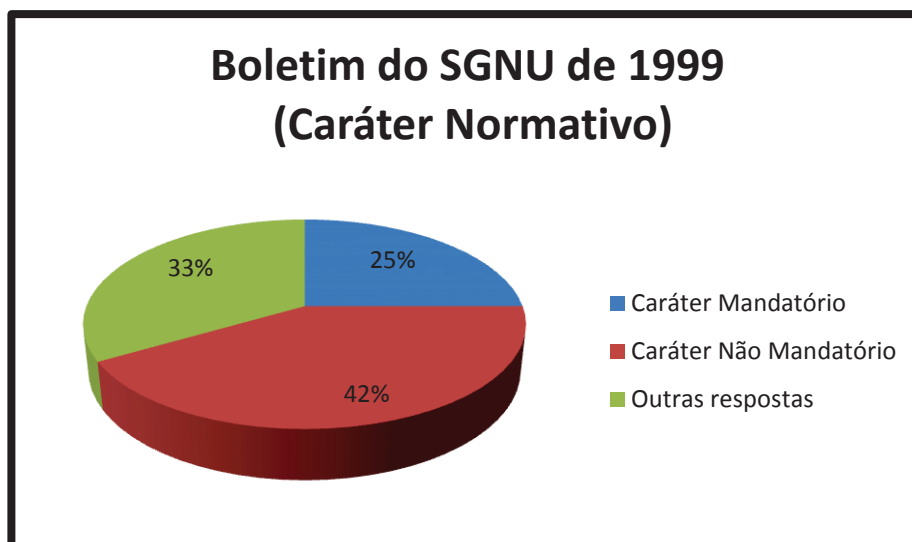


Gráfico 5 – Item D2 do Instrumento de Pesquisa (Boletim do SGNU de 1999)
Fonte: o autor

Sob esse prisma, foi salientado que não obstante o Boletim não guardar “amparo de resolução determinativa da ONU, ele serve como sinalização suficiente para balizar as resoluções determinativas vindouras”²⁸². Desta forma, conquanto o Boletim não seja mandatário, a resolução do CSNU que institui uma OMP e observa as previsões do Boletim, dispõem desse caráter.

Corroborando com esse entendimento o colaborador “E” acredita que o Boletim é relevante para assegurar que as normas do DICA sejam obrigatórias para o pessoal da ONU, principalmente suas tropas, ao serem desdobradas no terreno²⁸³. Ele recomenda que seja feita uma referência às normas do Boletim na resolução do CSNU que estabeleça ou altere o mandato da missão, como consta na resolução 2098, que criou a Brigada de Intervenção no Congo²⁸⁴. De forma similar, o colaborador sugere, ainda, que outras provisões *ad hoc* devem ser incluídas nos memorandos de entendimento firmados entre a ONU e os países contribuintes de tropa (TCC), bem como nas regas de engajamento das missões.

Foi ressaltada, pelo colaborador “D”, a natureza consuetudinária de considerável parcela das normas do DICA e a responsabilidade dos Estados contribuintes de tropa em cumprir as obrigações assumidas, ao tornarem-se signatários dos tratados e convenções internacionais que versam sobre esse

²⁸² Trecho da resposta do colaborador “I”.

²⁸³ Para o colaborador “H” o “ato do SGNU já é um ato da casa e as OMP são um órgão da ONU (...)”, portanto existe uma “força normativa de obrigatoriedade”.

²⁸⁴ Na realidade a resolução não menciona especificamente o Boletim, mas ressalta em seu parágrafo 12, alínea b que a neutralização de grupos armados pela Brigada de Intervenção deverá ser realizada em estrito cumprimento do direito internacional, incluindo o DICA.

tema. Essa constatação abrevia a importância e o alcance do Boletim, evidenciando mais um caráter de recomendação, que retrata o compromisso do SGNU com o respeito ao DICA. Desta feita, a responsabilidade primária pela aplicação dos seus princípios e normas permanece como dever dos próprios Estados.

Nenhum dos especialistas julgou necessário que o boletim fosse obrigatoriamente reforçado por uma resolução do CSNU ou da Assembleia Geral, embora o colaborador “E” tenha considerado recomendável uma menção nas resoluções do CSNU, conforme mencionado anteriormente. Foi ressaltado pelo colaborador “D” que uma observação da Assembleia Geral, nos termos do artigo 10º da Carta da ONU²⁸⁵ seria apenas recomendatória. Entretanto, para o colaborador “H”, ela proporcionaria uma maior legitimidade e amplitude ao Boletim, pois representaria o posicionamento de todos os Estados e não apenas do órgão executivo da ONU.

“No que se refere ao Conselho de Segurança, dado que as suas resoluções só são vinculativas se adotadas ao abrigo do capítulo VII, elas seriam certamente relativas a casos concretos (em que esse órgão considerasse haver uma situação de ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão e decidisse criar uma força para atuar no terreno)²⁸⁶”. Todavia, o mesmo especialista destacou que, dada a natureza consuetudinária dessas normas previstas no boletim, a sua menção nas resoluções do CSNU seria desnecessária. Além do mais, elas “vinculam os próprios Estados que fornecem as tropas. O fato de estarem integrados numa missão da ONU não lhes poderia retirar as obrigações que decorrem das referidas normas²⁸⁷”.

Pode-se inferir que a maioria dos colaboradores considerou o boletim importante, entretanto reconheceram que ele não tem um caráter cogente. A obrigação das tropas respeitarem o DICA decorre especialmente das obrigações, assumidas por seus respectivos Estados, e do direito consuetudinário

²⁸⁵ O artigo 10º da carta da ONU estabelece que:

“A Assembleia Geral pode discutir qualquer questão ou qualquer assunto dentro do escopo da presente carta ou relativo aos poderes e funções de qualquer órgão previsto na presente carta, e, exceto o previsto no artigo 12, pode realizar recomendações aos membros das Nações Unidas ou ao Conselho de Segurança, ou a ambos em quaisquer dessas questões e assuntos”. (UNITED NATIONS, 1945).

²⁸⁶ Trecho da resposta do colaborador “D”.

²⁸⁷ Trecho da resposta do colaborador “D”.

internacional. O conteúdo do boletim é limitado e não comporta todas as normas do DICA, servindo como referência dos principais preceitos a serem observados.

8.4 ITEM E - O DEVER DE ASSEGURAR O RESPEITO AO DICA POR TERCEIROS

As tropas da ONU tem o dever de zelar e assegurar que outras partes envolvidas em um conflito armado respeitem o DICA, mesmo se para isso for necessário o emprego da força?

A maior parte dos especialistas consultados (apenas três tiveram opiniões divergentes²⁸⁸) considerou que as tropas da ONU tem o dever de zelar e assegurar que as outras partes envolvidas em um conflito armado respeitem o DICA, mesmo se for necessário o uso da força (Gráfico 6). Entretanto, convém salientar que sete (07) colaboradores expressaram que esse “dever” necessita estar explícito no mandato da missão²⁸⁹.

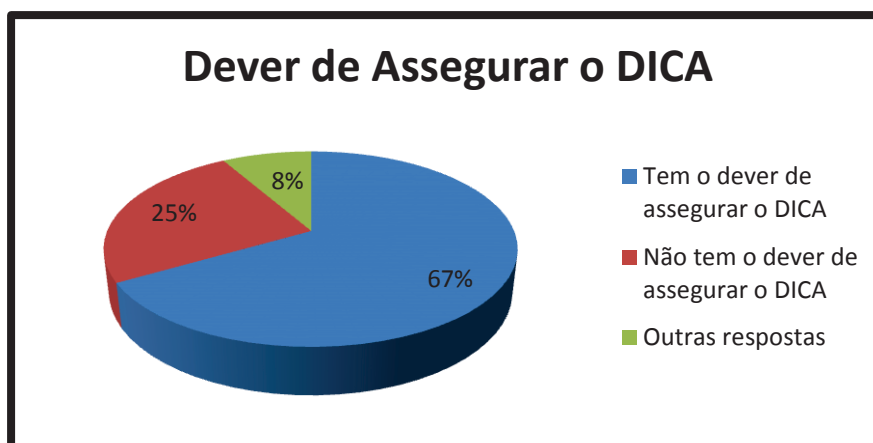


Gráfico 6 – Item E do Instrumento de Pesquisa (Dever de Assegurar o DICA)
Fonte: o autor

O colaborador “B” ressaltou o previsto no artigo 1º comum das CG onde consta que “As Altas Partes Contratantes comprometem-se a respeitar e a fazer respeitar a presente convenção em todas as circunstâncias” (CICV, 1992,

²⁸⁸ Segundo o colaborador “C” as partes tem a responsabilidade pela aplicação e respeito ao DICA, e a ONU deverá apenas encorajar as partes a respeitá-lo. Corroborando com esse entendimento o colaborador “F” mencionou o artigo 87 do PAI, que estabelece que:

“As Altas Partes contratantes e as Partes em conflito devem encarregar os comandantes militares, no que diz respeito aos membros das forças armadas colocados sob seu comando e às outras pessoas sob sua autoridade, de impedir que sejam cometidas infrações às Convenções e ao presente protocolo e, se necessário, de as reprimir e denunciar às autoridades competentes.” (CICV, 1998, p.72).

²⁸⁹ Para o colaborador “D” “o emprego da força pelas tropas da ONU terá de ser regido pelo seu mandato, tal como definido pelo Conselho de Segurança”.

p.19). Todavia a atuação das tropas da ONU deverá ser limitada por suas respectivas leis nacionais e pelas normas emitidas pela ONU.

Para o colaborador “H” tudo depende da situação e do que está previsto no mandato da missão. Na visão desse especialista, no caso de outras partes estarem violando o DICA “poderia haver sim uma ação suficiente para fazer cessar, com o uso progressivo, proporcional e necessário da força apenas para fazer cessar a ameaça e reportar o mais rápido possível”. Do contrário, poderá acontecer uma tragédia, como a humanidade já presenciou, e a comunidade internacional ser alvo de pesadas críticas.

Corroborando com esse pensamento, o especialista “E” ressaltou que embora dependa do mandato, o emprego da força²⁹⁰ deve ser uma opção extrema, apenas nos casos de iminente ameaça à vida e para a proteção dos membros da população local.

Do exposto pode-se inferir que, na opinião da maior parte dos especialistas consultados, as tropas da ONU, na medida em que esteja previsto no mandato da missão, devem assegurar que as outras partes envolvidas respeitem o DICA. O emprego da força deverá ser gradativo e proporcional, visualizado apenas nas situações que representem grave ameaça à vida humana²⁹¹, seja dos integrantes da missão ou da população local.

8.5 ITEM F - A NATUREZA DO CONFLITO ARMADO

Suponha-se que, em um contexto de uma operação de manutenção da paz, motivada por um conflito armado, caracterizado como não-internacional, a situação beligerante foi restaurada. As tropas da ONU tornam-se uma terceira parte deste conflito, segundo a perspectiva do DICA? Em sua opinião, as normas do DICA que devem ser aplicadas pelas tropas da ONU nessa situação, são aquelas que se referem a um conflito internacional ou não-internacional?

²⁹⁰ Segundo o especialista “I” “O emprego da força não é rechaçado pelo DICA. Apenas o emprego da força sem a observância dos princípios basilares que o norteiam”.

²⁹¹ Conforme destacado pelo colaborador “E”.

Não houve um consenso, todavia, grande parte dos colaboradores considerou que, na situação proposta, devem ser observadas as normas relativas aos conflitos internacionais²⁹² (Gráfico 7).

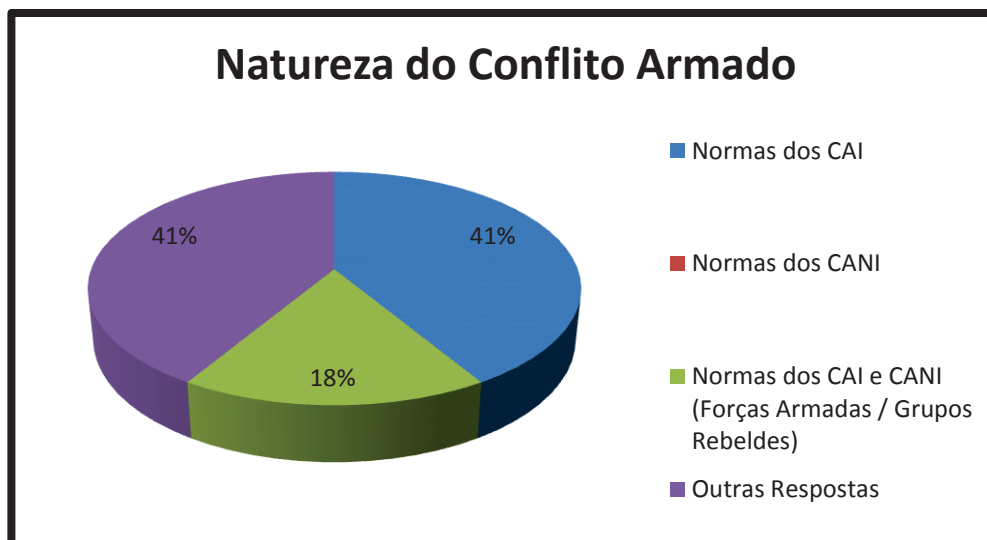


Gráfico 7 – Item F do Instrumento de Pesquisa (Natureza do Conflito Armado)
Fonte: o autor

Dois especialistas consideraram que a natureza do conflito é definida em função do tipo de tropa que está engajada em combate com as tropas da ONU (Normas dos CAI / CANI). Para o colaborador “G”, no caso dessas tropas serem forças governamentais, os capacetes azuis deverão observar as normas relativas aos conflitos internacionais. Entretanto, se as tropas adversas forem constituídas por movimentos rebeldes aplicar-se-á o arcabouço legal característico dos conflitos armados de caráter não internacional.

Outros dois especialistas afirmaram que deveriam ser observadas as normas pertinentes aos conflitos internacionais, apenas nas situações em que as tropas adversas fossem de natureza estatal.

O colaborador “F” salientou que, na missão em curso na República do Congo (MONUSCO), as tropas da ONU “cruzaram a fronteira” ao tornarem-se efetivamente parte do conflito. Segundo esse especialista, a posição oficial dos EUA em situações semelhantes à formulada pela questão em tela é de que se

²⁹² Segundo o colaborador “I”, mesmo em um contexto de conflito não internacional, “ainda assim, os princípios basilares de comportamento das partes beligerantes são os mesmos dos conflitos internacionais, logo apenas situações específicas seriam diferentes”.

deve aplicar o arcabouço legal mais robusto (específico dos conflitos internacionais), independente da natureza do conflito.

Corroborando com esse entendimento o colaborador “I” destacou que, na sua visão, o ideal seria que fosse observado o aparato normativo relativo aos conflitos internacionais por ser “imensamente, qualitativamente e quantitativamente superior a dos conflitos não internacionais.”

Pode-se concluir que, não obstante a ausência de homogeneidade das respostas, predominou, mesmo que não de forma absoluta, a opinião de que devem ser observadas as normas referentes aos conflitos armados de natureza internacional, particularmente pela maior abrangência da proteção disponibilizada ao ser humano.

8.6 ITEM G – O STATUS LEGAL DAS TROPAS DO CONTINGENTE MILITAR TERRESTRE EM UMA OMP

A “*Convention on The Safety of UN and Associated Personnel (1994)*” estabelece, no seu artigo 9º, que qualquer ataque contra pessoal ou instalações da ONU constitui crime e deve ser passível de punição pelos Estados membros. Em um contexto de Operação de manutenção da paz, onde a situação de conflito armado é restabelecida, as tropas da ONU, sob a égide do DICA, passariam a constituir alvos legítimos e, portanto, perderiam a cobertura da Convenção? Caso positivo, a partir de que momento o DICA seria aplicado?

No que tange ao primeiro questionamento, as opiniões foram divididas e não foi identificado um consenso, nem tampouco pode ser determinada uma maioria absoluta entre as opiniões dos especialistas consultados (Gráfico 8).

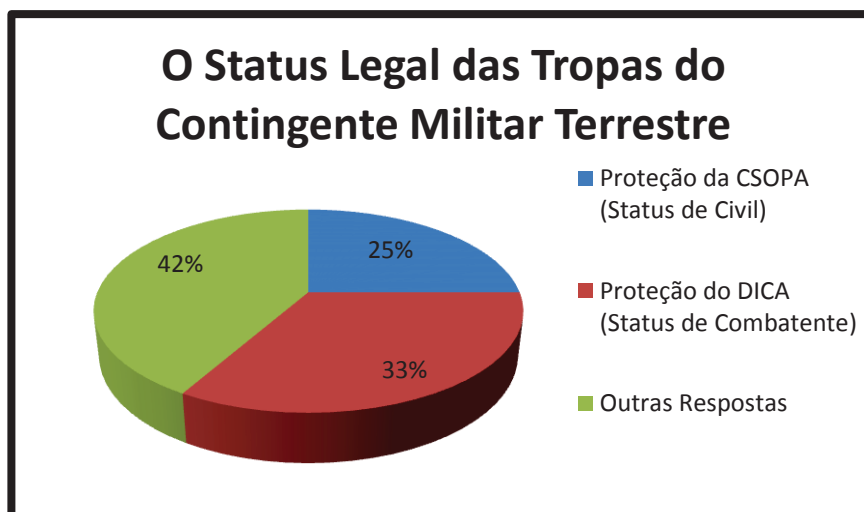


Gráfico 8 – Item G do Instrumento de Pesquisa (O Status Legal das Tropas do Contingente Militar Terrestre)

Fonte: o autor

Uma parte dos especialistas considerou que as tropas da ONU possuirão sempre um status de neutralidade, contando, invariavelmente, com a proteção proporcionada pela “*Convention on The Safety of UN and Associated Personnel (1994)*”. Fundamentando esse entendimento os colaboradores “E” e “K” mencionaram o previsto no Art 8º (2-b-iii) do Estatuto de Roma, que considera como crime de guerra:

“Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados.”

Outra parte dos especialistas considerou que as tropas da ONU podem perder a cobertura da convenção e tornarem-se um alvo legítimo à luz do DICA. Entretanto os colaboradores “G”, “H”²⁹³ e “J”, que sustentaram essa opinião, ressaltaram que em caso de legítima defesa os capacetes azuis seguem com o status de civis e sob a proteção da CSOPA²⁹⁴. Apenas nas

²⁹³ Segundo o especialista “H” não é possível que as tropas da ONU estejam simultaneamente sob a cobertura da CSOPA e do DICA “senão elas irão ter ao mesmo tempo a proteção do civil e a proteção do combatente e isso fica normativamente difícil de construir”. Para esse especialista, na prática, é complexo identificar o momento de transição do status de civil para o de combatente. Para ter esse entendimento mais claro, ele recomenda que seja observado o guia interpretativo da Cruz Vermelha sobre a participação em hostilidades.

²⁹⁴ Para o colaborador “C”, na situação proposta pela questão, se as tropas da ONU estiverem atuando em legítima defesa, elas não perdem a cobertura a Convenção.

situações em que estejam ativamente engajados em combate passariam a gozar exclusivamente da proteção proporcionada pelo DICA.

Para os colaboradores “G” e “J” esse engajamento efetivo em combate seria caracterizado por intensos combates e uma atuação proativa por parte dos TCC contra objetivos militares das forças adversas.

Do exposto, pode-se concluir que não foi possível identificar um consenso ou uma maioria absoluta dentre as respostas apresentadas. Contudo foram identificadas claramente duas correntes de pensamento. A primeira, mais conservadora, considerou que as tropas da ONU, por serem imparciais, terão sempre um status de neutralidade e gozarão da cobertura prevista pela CSOPA, endossada pelo próprio Estatuto de Roma. A segunda corrente, com um viés mais legalista, considerou que as tropas da ONU podem perder a proteção da convenção, no momento em que estiverem ativamente engajadas em combate com as outras partes presentes, dentro de um cenário de conflito armado.

8.7 ITEM H – LEI DA OCUPAÇÃO NO CONTEXTO DAS OMP

Nas operações de paz onde a ONU é responsável pela administração de um território internacional, como foi o caso da missão no Timor Leste (UNTAET), o Sr (a) acredita que devem ser aplicadas *de jure* ou *de facto* as normas do DICA relativas à ocupação de territórios?

Grande parte dos especialistas consultados considerou que as normas do DICA relativas à ocupação de territórios não podem ser aplicadas *de jure*²⁹⁵ ou *de facto*²⁹⁶, em missões de paz onde a ONU é responsável pela administração de um território internacional (Gráfico 9). Contudo parte destes

²⁹⁵ Os colaboradores “A”, “E” e “L” consideraram que a LO deve ser aplicada *de jure*. Para o colaborador “A”, por tratar-se de “medida para proteção do ser humano, fundamentada em Direito Natural, sem lei maior a lhe contestar a validade e/ou vigência. O colaborador “L” apresentou como única ressalva a possibilidade do mandato da missão definir a aplicação de outra forma, do contrário o DICA deve ser observado *de jure*.

²⁹⁶ Os colaboradores “F” e “G” embora não acreditem que as missões da ONU responsáveis pela administração de território internacional não reúnam as condições para que a lei da ocupação seja aplicada *de jure*, consideraram que elas podem ser aplicadas *de facto*.

colaboradores considerou que a lei da ocupação pode ser empregada por analogia²⁹⁷.

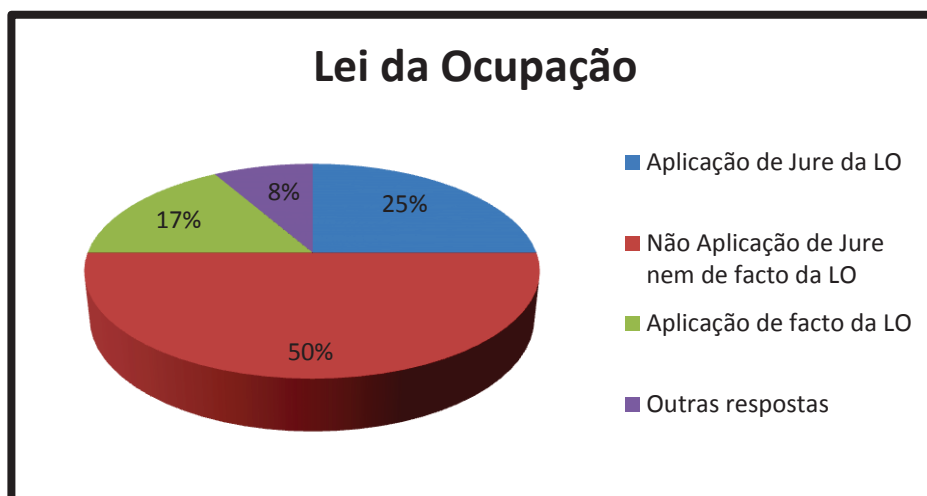


Gráfico 9 – Item H do Instrumento de Pesquisa (Lei da Ocupação)
Fonte: o autor

Para o colaborador “C” os *standards* do DICA relativos à ocupação territorial podem ser aplicados, todavia a lei da ocupação só pode ser estabelecida se a ONU constituir uma força de ocupação, fato este que não foi observado no Timor Leste.

O colaborador “D” salientou que a UNTAET não sobreveio a um conflito armado, mas foi estabelecida “na sequência de um processo de autodeterminação (em que houve confrontos, é certo), sucedendo à UNAMET, cuja função era organizar e conduzir uma consulta popular por escrutínio direto, secreto e universal”.

Seguindo nessa linha de pensamento o colaborador “K” ressaltou que “o Timor Leste foi reconhecido pela comunidade internacional após o referendium, onde a população apoiou a criação do novo país”. A seguir ele destacou que “a missão da ONU foi aceita pelas autoridades nacionais constituídas”, não caracterizando, portanto, uma ocupação territorial.

Pode-se inferir das respostas formuladas pelos especialistas “C”, “D” e “K” que as missões onde a ONU é responsável pela administração de um território internacional, como foi o caso do Timor Leste, não podem ser

²⁹⁷ Segundo o colaborador “B”, algumas normas são aplicáveis por analogia, sejam elas relativas aos direitos e deveres das forças ocupantes, ou da população alvo da ocupação.

consideradas como ocupação, tendo em vista haver o consentimento das autoridades locais e da própria comunidade internacional.

Nesse sentido, o colaborador “I” salientou que o entendimento da própria ONU é de que “estar responsável pela administração” não representa “ocupação de território”. Na visão desse especialista o DICA não se aplica, nessa situação, nem *de facto* nem *de jure*, mas “continua como parâmetro para que as tropas da ONU não atuem em desacordo com as Convenções”.

Finalmente, pode-se concluir que o entendimento majoritário dos colaboradores consultados é de que as normas do DICA, referentes à LO, não devem ser aplicadas *de jure* ou *de facto*, entretanto alguns especialistas consideraram a viabilidade das normas serem aplicadas por analogia, servindo como um *standard* para as tropas da ONU.

8.8 ITEM I - A ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NACIONAL

Suponha-se que, em um contexto de uma operação de manutenção da paz, a situação beligerante foi restaurada e, nessas circunstâncias, um militar do contingente brasileiro, integrante das tropas da ONU, cometeu uma violação grave do DICA. O arcabouço legal nacional permite que crimes dessa natureza sejam efetivamente julgados? Caso negativo, esse militar poderia ser julgado em outro Estado ou em um tribunal internacional?

Convém, inicialmente, ressaltar que todos os colaboradores mencionaram que no caso de um militar brasileiro violar o DICA, ao estar integrando uma operação de manutenção da paz sob a égide da ONU, ele estará sujeito à jurisdição nacional²⁹⁸. Deverá, portanto, ser processado e julgado segundo as leis brasileiras, advindo daí o questionamento primário a respeito da adequação do arcabouço legal doméstico, de forma a permitir que crimes dessa natureza sejam efetivamente julgados.

²⁹⁸ Sobre esse aspecto o colaborador “L” destacou “o previsto na Seção 4 do Boletim Especial do Secretário-Geral da ONU de 06 de agosto de 1999, que informa que os integrantes do componente militar serão julgados nos tribunais de seu país, nos casos de violação ao DIH, que a norma toma como sinônimo de DICA”.

Parte expressiva dos especialistas consultados considerou que o ordenamento jurídico brasileiro não está totalmente atualizado, de acordo com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, particularmente no que diz respeito ao DICA (Gráfico 10). O colaborador “H” reconheceu que “nós vivemos um déficit legislativo porque nós não temos implementados, na nossa legislação interna, todos os tipos penais com essa taxatividade, da forma como eles estão expressos no estatuto de Roma”.

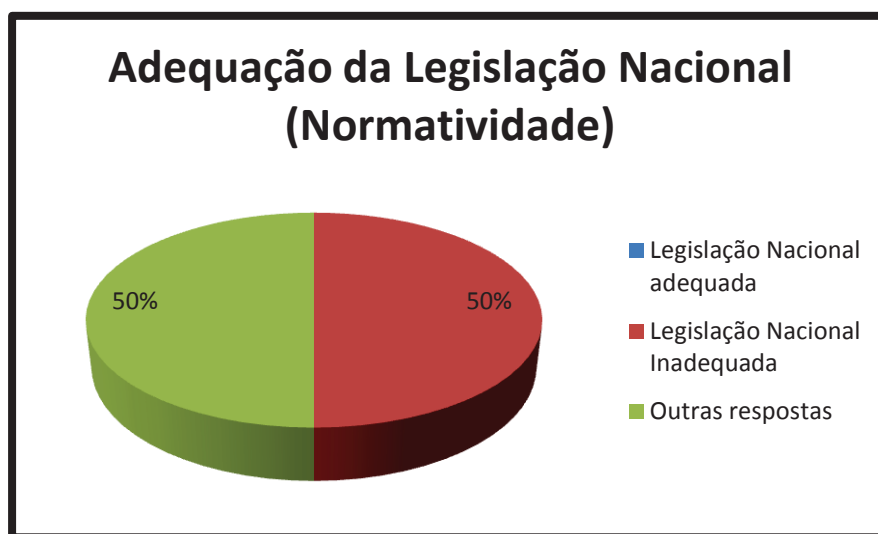


Gráfico 10 – Item I1 do Instrumento de Pesquisa (Adequação da legislação Nacional)
Fonte: o autor

Fruto dessa situação, o colaborador “H” aquilatou que o Brasil corre um sério risco pois:

“nós temos os contingentes de missões de paz e como a gente sabe é possível que eles tenham que se engajar num conflito (...) e tenham que respeitar o DICA e se violarem poderão estar cometendo uma violação que será um crime de guerra. Então hoje nós vivemos um risco, estamos expostos, pois a nossa legislação tem um déficit legislativo no que diz respeito aos crimes de guerra que são as violações graves do DICA, dentre as obrigações dos Estados que se vinculam aos tratados de direito internacional humanitário está a de processar e julgar, que são inclusive emanadas para o tempo de paz”²⁹⁹.

O colaborador “I” salientou que nem sempre os crimes de guerra, no Brasil, seriam facilmente caracterizados como crime militar, podendo “até mesmo serem julgados por outro órgão judiciário”. Na visão do colaborador “K”, as violações do DICA deverão ser julgadas “pela legislação nacional, mesmo

²⁹⁹ Trecho extraído da resposta do colaborador “H” ao instrumento de pesquisa.

que não haja uma tipificação específica”. Entretanto ao se agir dessa forma, existe o risco, sublinhado pelo colaborador “H” de criar-se “um malabarismo jurídico que fere o princípio da legalidade, da reserva legal, que nós na nossa constituição somos muito estritos”. O especialista ainda lembrou que “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal, então nossa concepção estrita do princípio da legalidade exige uma lei que dê todos os detalhes dos tipos penais”.

A maioria absoluta dos colaboradores consultados julgou ser viável a possibilidade de julgamento de um militar brasileiro, acusado de cometer uma violação do DICA, pelo TPI, à luz do princípio da complementaridade³⁰⁰, ou por um tribunal de um outro Estado, à luz do estatuto da jurisdição universal³⁰¹ (Gráfico 11). Contudo, todos eles salientaram que ambas as hipóteses são extremamente remotas.

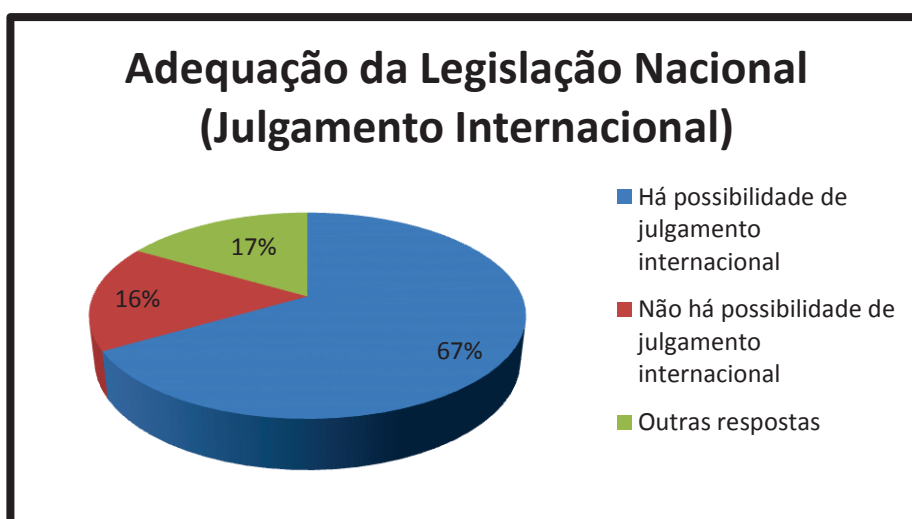


Gráfico 11 – Item I2 do Instrumento de Pesquisa (Adequação da legislação Nacional)
Fonte: o autor

Pode-se concluir que na opinião da maioria dos especialistas consultados, os militares brasileiros que violarem o DICA, em uma OMP,

³⁰⁰ Segundo o colaborador “K” o “TPI poderá acompanhar o processo, seguindo o espírito da complementaridade”.

³⁰¹ A opinião do colaborador “I” sobre a viabilidade da aplicação da jurisdição universal é de que “ainda que remota a possibilidade e pouco provável, mas normativamente ela existe, porque o outro Estado que tem a obrigação junto com as CG pode já ter implementado no seu ordenamento jurídico interno”. O especialista complementou dizendo que se houve um crime e o militar brasileiro adentrou no território de um país que tem o princípio da jurisdição universal consignado, esse “Estado pode processar ou extraditar de volta o brasileiro para ser julgado no Brasil”.

deverão responder criminalmente no país de origem, entretanto o ordenamento jurídico nacional está defasado em relação aos tratados internacionais firmados pelo Brasil, na esfera do DICA³⁰². Desta forma, existe, mesmo que remota, a possibilidade desses militares serem julgados pelo TPI, segundo o princípio da complementaridade, ou por um tribunal de outro Estado que invoque o estatuto da jurisdição universal.

³⁰² Dessa conclusão vale ressaltar o alerta do colaborador “I”, a respeito da responsabilidade do Estado Brasileiro em “implementar o mais rápido possível e habilitar os seus operadores do direito a tratar com crimes internacionais, porque não só os crimes de guerra, mas os crimes contra a humanidade estão muito evidentes”.

9. DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Nesse capítulo será realizada a discussão dos resultados baseada no “multiplismo crítico” (GUBA, 1990), ao realizar-se uma triangulação dos dados obtidos por intermédio de diversas fontes, provenientes das pesquisas de campo, bibliográfica e documental.

9.1 QUESTÃO DE PESQUISA I – POSICIONAMENTO OFICIAL DA ONU E DO BRASIL

“Qual o posicionamento oficial da ONU e do Brasil sobre a aplicabilidade do DICA, em um contexto de uma OMP e as responsabilidades inerentes a esta questão?”

Essa questão de estudo buscou, inicialmente, dirimir quaisquer pontos abstrusos, do ponto de vista legal, que pudessem inviabilizar a aplicabilidade do DICA, em um contexto de OMP.

Ao longo da história identificou-se uma expressiva resistência por parte da própria ONU em reconhecer o regime legal do DICA para as suas tropas, que, eventualmente, estivessem desdobradas em áreas onde a situação de conflito armado tivesse sido restabelecida.

Comprovou-se que o fato da ONU não ser signatária dos tratados do DICA não impede que a organização e seu respectivo pessoal respeitem os seus princípios e normas. A própria Corte Internacional de Justiça reconhece que a ONU está sujeita às leis internacionais e às respectivas responsabilidades intrínsecas. Este fato é reforçado pela ampliação significativa do direito consuetudinário internacional, abarcando uma gama maior de normas ainda não positivadas, que se tornam pertinentes a todos os entes da sociedade internacional.

O fato das OMP não terem sido abordadas nas CG, e, conseqüentemente, as situações que possam ocorrer durante a condução de suas ações operacionais não serem reguladas por normas específicas positivadas no DI, não constitui um óbice para a aplicação do DICA. A cláusula Martens prevista no PAI e em outros tratados internacionais preenche satisfatoriamente qualquer lacuna fortuita identificada.

A cláusula “*si omnes*”, segundo a qual só existe a obrigatoriedade de aplicação das leis quando todas as partes envolvidas são signatárias das convenções, é infirmada pelo artigo I comum das CG e pelo PAI, que estabelecem que o DICA deve ser observado em todas as situações. Desta feita, os propósitos legítimos e humanitários que norteiam as ações empreendidas pelas Nações Unidas não justificam a não observância das normas do DICA, por suas tropas, mesmo que não haja reciprocidade na conduta das outras partes.

O artigo 103 da Carta das Nações Unidas estabelece que em caso de divergência entre as obrigações assumidas por seus membros e as obrigações estabelecidas em função de outros acordos internacionais, deverá prevalecer o previsto pela carta.

Este artigo hierarquiza as fontes legais do DI e permite a interpretação de que um mandato do CSNU³⁰³ possa, ocasionalmente, desconsiderar ou suprimir alguma norma do DICA³⁰⁴, em função do mandato da missão. Todavia, a maioria expressiva dos colaboradores consultados considerou que o DICA não pode ser cerceado pelos mandatos das operações de manutenção da paz, sob a égide da ONU.

Sobre esse tema o colaborador “H” ressaltou os avanços identificados na postura da ONU em relação ao respeito do DICA nas OMP, particularmente com a emissão do Boletim do SGNU de 1999, demonstrando uma maior preocupação da organização com a proteção dos *hors de combat*. Qualquer restrição ao DICA que conste em uma das resoluções do CSNU representará um lamentável retrocesso. Complementarmente, o colaborador “E” ressaltou a resolução do CSNU 2098, referente ao mandato da MONUSCO, determinando que as ações da brigada de intervenção sejam realizadas em estrito cumprimento do DICA.

No que tange à responsabilidade da ONU e dos TCC sobre as ações empreendidas pelas tropas em uma OMP, a jurisprudência internacional, identificada na decisão da Corte de Apelação de Haia (no caso MUSTAFIC e NUHANOVIC X o Estado Holandês), fundamentou-se no artigo 7º dos “*Draft*

³⁰³ Baseado no artigo 25 da Carta das Nações Unidas (1945, p.9) que estabelece que “os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e empreender as decisões do CSNU de acordo com a presente carta).

³⁰⁴ Qualquer norma que não seja considerada *jus cogens*.

Articles on the Responsibility of International Organizations". Segundo o texto do documento, a conduta de um órgão de um Estado colocado à disposição de outra Organização Internacional deve ser considerada um ato desta última organização, caso esta organização exerça o efetivo controle das ações.

Esse entendimento foi respaldado pela maioria absoluta dos especialistas consultados que considerou que a responsabilidade é definida, em função de cada situação particular, e pertence à autoridade que exercer o efetivo controle das ações na ocasião determinada.

O SGNU reconheceu oficialmente que as Nações Unidas assumirão a responsabilidade dos atos realizados pelas tropas desdobradas em uma OMP, mesmo nas situações em que sejam violadas as ordens e diretrizes da missão.

O colaborador "H", convenientemente, destacou que a responsabilidade criminal será sempre do indivíduo, entretanto a responsabilização a título de compensação por danos civis será imputada ao Estado ou à ONU, variando em função da efetiva autoridade que exerceu o controle durante as ações que resultaram na violação.

Nesse ponto, esbarra-se em uma limitação estrutural da ONU que não é contemplada em sua organização com um tribunal penal que possa cumprir com as normas referentes à repressão das graves violações, previstas, respectivamente, nos artigos 49, 50, 129 e 146 das CG.

Torna-se então necessária uma ação complementar por parte dos Estados membros, signatários das CG e dos memorandos de entendimento (SOFA no caso do país anfitrião) que autorizam a participação de suas tropas em uma OMP, para que os violadores do DICA sejam efetivamente julgados, em suas respectivas jurisdições nacionais. A ONU, por outro lado, deve fiscalizar e atuar para que essas ações sejam conduzidas de forma eficaz e tempestiva.

Finalmente, salienta-se que a ONU tem demonstrado uma grande preocupação com o respeito aos princípios e normas do DICA por parte de suas tropas empregadas em OMP. Esta constatação é fruto da observação dos diversos registros em documentos e relatórios oficiais, emitidos pela organização, que refletem essa postura.

O Brasil por sua vez é signatário dos principais tratados do DICA demonstrando, no cenário internacional, o seu comprometimento com a

proteção da vida humana. Tanto o Brasil como a ONU tem interesse que as suas tropas empregadas em uma OMP respeitem fielmente o DICA, pois ambos podem ser responsabilizados por violações perpetradas individual ou coletivamente, pelos capacetes azuis.

Pode-se concluir que não há nenhum óbice legal que justifique a não observância do DICA pelas tropas da ONU. Entretanto, para que a aplicação do DICA seja efetiva, há a necessidade de uma atuação estrita e complementar da ONU e dos TCC, traduzida em uma responsabilidade compartilhada na condução e supervisão das ações dos *peacekeepers*.

9.2 QUESTÃO DE PESQUISA II – ARCABOUÇO LEGAL

“Qual o arcabouço legal deve ser observado pelo contingente militar terrestre nas operações de manutenção da paz sob a égide da ONU?”

Essa é uma questão chave, pois permitiu avaliar se existe alguma norma jurídica que possa gerar uma obstrução legal à aplicabilidade do DICA pelas tropas da ONU, presentes em uma OMP. Do ponto de vista pragmático e prático, a definição das leis a serem observadas é fundamental, pois possibilita ao executor conhecer as normas e princípios do DICA que deverão ser traduzidos em procedimentos operacionais padrão claros e objetivos (regras de engajamento).

O ponto inicial da questão baseou-se na análise do Boletim do SGNU de 1999 que marcou, decisivamente, o compromisso da ONU com o respeito ao DICA em suas OMP. Todavia, o documento apresentou algumas arestas que mereceram uma atenção particular.

No que diz respeito a sua abrangência, o documento demonstrou ser incompleto, por não abarcar todas as normas do DICA, constatação ratificada pela maior parte dos especialistas consultados.

Entretanto, a própria seção segunda do documento reconhece que o seu objetivo não foi estabelecer uma lista cabal das normas do DICA que devem ser observadas pelas tropas da ONU, nem tampouco substitui ou altera as legislações nacionais. Na sua terceira seção, o SGNU afirma que a atuação do componente militar, ao conduzir suas operações, será em completo respeito

aos princípios e normas das convenções internacionais, relacionadas à conduta do pessoal militar, mesmo na inexistência de um SOFA da missão.

O Boletim carece de um maior detalhamento na parte em que se refere à detenção de pessoas. Na verdade é nítida a orientação do documento em não reconhecer a situação de prisioneiro de guerra, sem, entretanto, deixar de estabelecer algumas normas, mesmo que aplicadas *mutatis mutandis* em relação ao previsto pela 3ª CG, para salvaguardar a integridade das pessoas detidas pela ONU. Essa parte do boletim não é clara e as normas para o tratamento dos detidos referenciadas são incompletas, havendo a necessidade de uma atualização futura.

Existem ainda algumas normas que não são de natureza consuetudinária mencionadas no boletim, particularmente as referentes à restrição de meios e métodos de combate, que não poderiam ser aplicadas pela ONU devido ao seu caráter de organização internacional. As suas respectivas inclusões no boletim foram consideradas necessárias pelo SGNU, para aumentar a proteção da população local. A natureza dessas leis não gera expressivo entrave, pois embora não sejam cogentes para ONU elas atingem os Estados membros, provedores dos contingentes militares.

No que diz respeito ao seu status legal, o Boletim não integra nenhuma categoria das fontes formais do DI, adequando-se mais à definição de *soft law*. Grande parte dos especialistas corroborou com esse entendimento, desconsiderando o eventual caráter mandatório do documento, mas reconhecendo, por outro lado, a sua importância como orientação e definição de parâmetros a serem observados.

Nenhum especialista consultado julgou necessário que o Boletim fosse reforçado por uma resolução do CSNU ou da Assembleia Geral, embora alguns tenham reconhecido que tal ação poderia render efeitos positivos. Ainda, sob essa ótica, convém salientar o comentário do colaborador “I” ao mencionar que, não obstante o Boletim não guardar “amparo de resolução determinativa da ONU, ele serve como sinalização suficiente para balizar as resoluções determinativas vindouras”.

Esse também foi o pensamento que prevaleceu entre os especialistas que compareceram à Conferência “*Expert Meeting on Multinational Peace Operations*”, organizada pelo CICV em Genebra, no ano de 2003, quando

reconheceram o caráter de normativa interna do boletim. Destacou-se, naquela oportunidade, a abrangência do documento restrita às tropas sob o comando e controle da ONU, não constituindo uma obrigação legal *stricto sensu* para os seus respectivos países.

Embora o boletim do SGNU de 1999 disponha apenas de um caráter recomendatório e careça de certos aperfeiçoamentos, ele estabelece um norte para as ações empreendidas pelos contingentes militares, no que se refere ao respeito ao DICA. Complementarmente, ele retrata uma diretriz da autoridade máxima (SGNU) em uma OMP para os seus subordinados (tropas da ONU), percorrendo o canal de comando e devendo, portanto, ser fielmente observada.

O seu status legal não prejudica a aplicabilidade do DICA, pois as normas nele referenciadas, em sua maioria expressiva, fazem parte do direito consuetudinário internacional, devendo ser observadas pelas tropas da ONU e fiscalizadas pelos próprios Estados membros, conforme destacado pelo colaborador “D”.

Outro tema de relevo advém do artigo primeiro comum às 4 CG, o qual estabelece que “As Altas Partes Contratantes comprometem-se a respeitar e fazer respeitar a presente Convenção em todas as circunstâncias”. Essa normativa gera um relevante questionamento, sobre o dever das tropas da ONU intervirem no caso de outras partes não estarem respeitando o DICA em uma OMP.

Para o CICV a resposta desta questão é afirmativa. A organização externou esse pensamento em seus comentários sobre as CG, quando expressou que, nas situações em que uma potência falhe em cumprir suas obrigações, as outras partes envolvidas devem envidar esforços para trazê-la a uma atitude de respeito pelas convenções.

Nos casos históricos referentes ao genocídio em Ruanda e ao massacre em Srebrenica, na antiga Iugoslávia, a inação da ONU perante os acontecimentos no terreno foi severamente criticada, no âmbito da comunidade internacional, motivando, inclusive, uma posterior reforma no *modus operandi* das OMP. A questão principal, advinda desses dois episódios plangentes da história da humanidade, versa sobre o dever das tropas da ONU atuarem em situações dessa natureza, e qual o tipo de ação deve ser desencadeada.

A ONU precisa ter a consciência de que a mera presença de suas tropas

no terreno gera a expectativa de segurança e proteção para a população local. Este fato foi destacado no relatório do Inquérito Independente, versando sobre as ações da ONU durante o genocídio em Ruanda. Essa falsa sensação de segurança foi partilhada pela população do enclave de Srebrenica, que acreditava que a presença das tropas da UNPROFOR e o poder aéreo da OTAN iriam proporcionar uma proteção adequada, contra as ações das forças sérvias.

Saura (2007) ressalta que a ação das tropas da ONU deve ser compatível com as suas potencialidades e respectivas características. Para isso as tropas desdobradas devem estar plenamente capacitadas e equipadas com materiais e equipamentos adequados para cumprir o mandato da missão. Diferentemente, do que aconteceu na UNPROFOR, quando o seu próprio comandante reconheceu que a “manutenção de 20.000 soldados com armamento ligeiro, no meio das partes em conflito, era estrategicamente insustentável e taticamente inepta”.

Sobre esse tema, a maioria expressiva dos especialistas consultados considerou que as tropas da ONU tem o dever de zelar e assegurar que as outras partes envolvidas em um conflito armado respeitem o DICA, mesmo no caso extremo do uso da força. Entretanto, essa missão deve constar explicitamente no mandato da OMP, o que já vem acontecendo com constância nas resoluções do CSNU.

O fato de assegurar que as outras partes respeitem o DICA, não necessariamente implica em ações bélicas. Conforme destacado pelo especialista “E”, essa deve ser uma opção extrema, empregada apenas nas situações de iminente ameaça à vida e para a proteção dos civis. Mesmo no caso dessas hipóteses se concretizarem, a ação deve adotar “o uso progressivo, proporcional e necessário da força apenas para fazer cessar a ameaça e reportar o mais rápido possível”, conforme o procedimento descrito pelo colaborador “H”.

O ato de reportar também é uma forma de demonstrar proatividade, segundo Palwankar (1993), particularmente nas situações em que as tropas da ONU estejam em inferioridade numérica ou de material de emprego militar (MEM). O relatório sobre a atuação do componente militar da ONU em Srebrenica registra como um dos graves erros cometidos pela tropa holandesa,

justamente o fato de nada ter sido reportado a respeito das atrocidades que estavam em curso, o que poderia ter motivado uma reação da ONU e da comunidade internacional, evitando a perda de várias vidas.

Para que este fluxo de informações seja oportuno é fundamental que o sistema de inteligência dentro da OMP seja amplo e eficiente, proporcionando um maior compartilhamento de informações entre os países contribuintes de tropa, presentes na missão. Essa foi uma das debilidades apontada pelo relatório da ONU sobre a queda de Srebrenica.

As tropas da ONU devem, portanto, coibir violações do DICA perpetradas por outras partes presentes na área da missão, na medida em que essas ações estejam previstas nos respectivos mandatos expedidos pelo CSNU. O tipo e a intensidade da ação a ser desencadeada será proporcional ao nível das ameaças, sem prejudicar ou favorecer qualquer uma das partes envolvidas (imparcialidade).

Outra questão relevante para a identificação do arcabouço legal pertinente reside na determinação da natureza do conflito armado. Quando as tropas da ONU encontram-se ativamente engajadas com as forças armadas regulares de um país, não há dúvida que se trata de um CAI. Entretanto, na ocasião em que o partido adversário é composto por forças rebeldes irregulares, aflora o questionamento a respeito da natureza do conflito.

Segundo o professor Kolb³⁰⁵ (2003), já existe um entendimento jurídico, predominante na comunidade internacional, de que em situações dessa natureza devem ser observadas as leis referentes aos conflitos internacionais.

A própria natureza da ONU como organização internacional harmoniza-se mais com esse arcabouço legal. Alia-se a esse fato os seus próprios objetivos organizacionais que visam ao estabelecimento dos patamares mais elevados de proteção da vida humana e respeito aos direitos humanos e ao DICA.

Nesse sentido, floresce, no meio da sociedade internacional, uma maior preocupação em proporcionar a proteção mais adequada às vítimas dos

³⁰⁵ Responsável pela elaboração do “*Background document 1*” do Expert Meeting on Multinational Peace Operations - The Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces.

conflitos armados, materializada pelo incremento das leis que integram o direito consuetudinário internacional.

Do ponto de vista prático do *peacekeeper*, esta questão precisa ser definida de forma objetiva e evitar-se que, em uma mesma missão, sejam estabelecidos arcabouços legais distintos, em função das diferentes naturezas dos atores envolvidos. É fundamental que seja estabelecido um parâmetro único, que resulte em uma regra de engajamento clara. Para o elemento executor não é viável, em uma situação de confronto armado, ter que identificar a natureza do partido em contato e só então definir qual o arcabouço legal deverá ser observado.

Entre os especialistas consultados não houve um consenso, contudo uma parte expressiva considerou mais adequado que seja observado o arcabouço legal para as situações de conflito armado internacional, independente da natureza do partido beligerante. O colaborador “I” reforçou sua opinião ao destacar que esse arcabouço legal é “imensamente, qualitativamente e quantitativamente superior a dos conflitos não internacionais.”

Considera-se que apesar da falta de homogeneidade nas respostas dos especialistas, a opção pela adoção do arcabouço legal previsto para os CAI, independente da natureza dos atores envolvidos nas hostilidades, possui mais legitimidade no meio acadêmico internacional, proporciona uma maior proteção aos civis envolvidos no conflito e evita a duplicidade de procedimentos, que podem causar sérias dificuldades para o escalão executor.

O derradeiro questionamento sobre esse tema versa sobre a aplicação da LO nas situações em que a ONU é responsável pela administração de um território internacional.

Na visão dos especialistas presentes no “*Expert Meeting: Occupation and other forms of Administration of Foreign Territory*”, organizado pelo CICV, em 2012, a moldura legal pertinente a uma ATI fundamenta-se em duas fontes: a própria resolução do CSNU e outras normas provenientes de instrumentos do direito internacional, que possam complementar as lacunas deixadas pela fonte principal.

Durante o evento foi aceita por unanimidade a “*Default Rule Theory*” que estabelece que o mandato da ONU será o instrumento legal precípua para a

OMP, entretanto haverá sempre a necessidade de uma complementação. Nas situações em que haja o consentimento do país anfitrião, os DHI constituirão o regime *default*, e na sua ausência o DICA será observado como regime legal medular.

Para a configuração do regime (de ocupação) previsto no artigo 42 da Convenção de Haia, foi formulado, durante esse evento³⁰⁶, o “*Three Pronged Test*”. O teste estabeleceu os seguintes critérios para o estabelecimento da LO como regime *default* :

- A presença da ONU no território de um Estado não é consentida;
- O governo local é considerado substancialmente ou completamente incapaz de exercer seus poderes em função da presença da ONU;
- A ONU está em posição de exercer a autoridade no lugar do governo local.

Como as OMP norteiam-se pelo princípio do consentimento, dificilmente será atendido o primeiro critério, inviabilizando a aplicação *de jure* da LO. Corroborando com esse entendimento, a opinião unânime dos especialistas, presentes no *Expert meeting*, foi de que a LO não é aplicada *de jure*, quando há o consentimento do Estado anfitrião, pois não fica configurada a ocupação *stricto sensu*.

Grande parte dos especialistas consultados na pesquisa de campo considerou que as normas do DICA relativas à ocupação de territórios não podem ser aplicadas *de jure* ou *de facto*.

A questão do consentimento foi, igualmente, abordada pelos colaboradores “C”, “D” e “K”, os quais destacaram que a administração de território internacional, conforme evidenciada no Timor Leste, não pode ser considerada como ocupação, pois contou com o consentimento das autoridades locais e da própria comunidade internacional.

Segundo Zwanenburg (2003) existe uma demanda tangível dos comandantes militares, participantes em uma ATI, por orientações detalhadas, fundamentadas no direito internacional, que possibilitem a elaboração de regras de engajamento claras para as suas tropas.

³⁰⁶ *Expert Meeting: Occupation and other forms of Administration of Foreign Territory*, organizado pelo CICV, em 2012.

Visando atender essa necessidade axiomática do escalão executor, a LO pode servir como modelo e relevante fonte de orientação, notadamente nas situações em que não seja visualizada a sua aplicação *de jure*. Para Ratner (2012), em contextos dessa natureza, visualiza-se a aplicação da LO sob a forma de uma política da ONU englobando todas ou determinadas normas convencionais ou consuetudinárias, sem uma obrigação legal (aplicação *de facto*), ou o emprego da LO como referência para a formulação de uma orientação, sem a adesão efetiva as suas normas (aplicação por analogia).

Essa última situação foi considerada viável por uma parte dos especialistas consultados, que visualizaram o emprego da LO por analogia, contribuindo como *standard* para a formulação de diretrizes de uma ATI.

Pode-se inferir que nas ATI onde haja o consentimento do país anfitrião não será configurada a situação de ocupação militar, deixando-se de aplicar a LO *de jure*. Entretanto, nada impede que os seus artigos, particularmente aqueles que foram formulados para situações similares às vivenciadas em uma OMP, sejam empregados por analogia e sirvam como referência para elaboração de normas de engajamento claras para o componente terrestre.

9.3 QUESTÃO DE PESQUISA III – STATUS DO COMPONENTE TERRESTRE

“Qual o status, à luz do DICA, das tropas do contingente terrestre nacional empregado em uma OMP sob a égide da ONU, em um contexto de conflito armado?”

O ponto inicial para a discussão dessa questão reside na identificação da base legal, à luz do direito internacional, para se determinar o status das tropas da ONU, integrantes de uma OMP, em um contexto onde a situação de conflito armado foi restabelecida.

Nas Convenções de Genebra (1949) não consta nenhuma provisão legal a respeito do status das tropas da ONU, tendo em vista que as Operações de Manutenção da Paz, com emprego de contingentes constituídos, só foram desdobradas a partir de 1956.

O artigo 50 (1) do PAI estabeleceu, entretanto, que, em caso de dúvida sobre o status de um indivíduo ele deve ser considerado civil. Valendo-se dessa ressalva Engdahl (2007) salienta que as tropas da ONU empregadas em

uma OMP recebem a proteção concedida aos civis, em uma situação de conflito armado, na medida em que não estejam engajadas como uma das partes do conflito.

A CSOPA, considerada uma das fontes primárias do direito internacional, segundo o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, com o fito de proporcionar uma maior proteção às tropas da ONU, estabeleceu, no seu artigo 9, a tipificação dos crimes contra o pessoal da ONU e suas instalações. No mesmo artigo, determinou aos Estados signatários que adequassem as suas respectivas legislações nacionais, de forma a criminalizar as ações hostis contra a ONU e seu pessoal. Desta forma, ao descaracterizar as tropas da ONU como combatentes, atribuiu-lhes, por exclusão, o status de civil, à luz do DICA.

Em 2000, o SGNU apresentou uma proposta, que veio a ser acatada posteriormente, para que fosse incluída no SOFA das missões de paz, as principais cláusulas da CSOPA, aumentando o seu espectro de atuação, independente do Estado anfitrião ser signatário da Convenção.

Nesse mesmo ano, o relatório do SGNU que tratou sobre o escopo de aplicação da CSOPA, esclareceu que a natureza do conflito (internacional ou não internacional) não determina o regime legal a ser observado (DICA – CSOPA). Todavia, no caso das tropas da ONU, em uma OMP, estarem “engajadas ativamente” como combatentes, prevalecerá o DICA, de outra forma serão consideradas como civis à luz do direito internacional e cobertas pelo regime da convenção. Ficou claro que, na perspectiva do SGNU, ambos regimes são mutuamente excludentes.

O Estatuto de Roma veio a ratificar essa situação ao criminalizar, no seu artigo 8, os ataques diretos ao pessoal e instalações da ONU, enquanto eles estiverem gozando da proteção concedida aos civis e instalações civis, segundo o direito internacional.

O posicionamento oficial da ONU a respeito do status de suas tropas ficou materializado no Boletim do SGNU de 06 de agosto de 1999. Em seu preâmbulo asseverou-se que o propósito do documento era estabelecer os princípios e normas do DICA aplicáveis para as tropas das Nações Unidas, conduzidas sob o comando e controle da organização (tipo de operações onde se enquadram as OMP).

Na primeira seção do boletim, o SGNU complementou ao afirmar que esses princípios e normas devem ser aplicados para as forças da ONU quando, em situações de conflito armado, elas estiverem ativamente engajadas como combatentes, durante a extensão e a duração do seu engajamento. Eles serão, portanto, aplicáveis nas ações de *enforcement* e nas OMP, quando o uso da força é permitido em autodefesa.

Na seção 1.2 foi ressaltada que a promulgação do boletim não afetaria a cobertura proporcionada às tropas da ONU pela CSOPA, enquanto elas estivessem sob a proteção concedida aos civis, segundo as leis dos conflitos armados internacionais, caracterizando, uma vez mais, o status de civis dos *peacekeepers*.

Os objetivos nobres e legítimos das OMP que atuam segundo uma determinação do CSNU, não justificam, à luz do PAI, a existência de um tratamento diferenciado para as tropas da ONU, conforme consta em seu preâmbulo. Nele ressalta-se que o DICA deve ser observado em todas as situações, independente das causas adotadas ou atribuídas às partes do conflito.

Da análise das fontes legais do direito internacional supracitadas e do posicionamento oficial da ONU sobre essa questão, pode-se inferir que as tropas da ONU possuem o status de civil à luz do DICA, conquanto não estejam engajadas diretamente nas hostilidades.

Esse, entretanto, não foi o pensamento consensual, nem majoritário dos especialistas consultados pela pesquisa de campo. Apesar da falta de homogeneidade nas respostas apresentadas, a base legal internacional está alinhada com a corrente dos colaboradores que acredita que as tropas da ONU podem ser consideradas combatentes, segundo o DICA, no momento em que se tornam engajadas ativamente no conflito.

Apesar de não haver, igualmente, um consenso no âmbito da Academia Internacional, autores renomados como Greenwood, Engdahl, Shraga, Kolb, dentre outros, e o próprio CICV corroboram com esse entendimento. Este posicionamento foi considerado, na presente tese, mais coerente com a fundamentação legal e com maior legitimidade no âmbito internacional, por refletir o posicionamento de organizações como a ONU e o CICV.

Ao consultar-se o Boletim do SGNU de 1999, verifica-se que alguns conceitos não foram aparentemente definidos e são de grande relevância, particularmente para as tropas que irão atuar na prática, segundo as determinações, muitas vezes subjetivas, do direito internacional.

O Boletim estabelece que o DICA deverá ser observado quando as tropas da ONU estiverem engajadas ativamente como combatentes e durante a extensão e a duração desse engajamento. Falta, entretanto, clareza para se determinar em que momento pode-se considerar esse engajamento ativo, ou seja, qual o nível de intensidade dos combates necessário para caracterizar essa situação. Outra dificuldade é mensurar a duração do engajamento, ou seja, em que momento deixa-se de aplicar o DICA e as tropas da ONU restauram o status de civil.

Para os colaboradores “G” e “J” esse engajamento efetivo em combate deve ser caracterizado por intensos combates e marcado por uma atuação proativa das tropas da ONU contra objetivos militares das outras partes.

Na busca de um critério mais pragmático, Engdahl (2007) sugere a aplicação do entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, segundo o qual, na hipótese do uso da força ser considerado legítimo à luz dos DH, as tropas não devem ser consideradas combatentes.

Para responder esse questionamento de forma objetiva o “Guia Interpretativo do CICV sobre a Noção da Participação Direta em Hostilidades Segundo o Direito Internacional Humanitário” apresenta uma proposta clara e pragmática, conforme destacado pelo especialista “H”.

De acordo com esse estudo do CICV, para que as tropas da ONU caracterizem seus atos como “direta participação nas hostilidades” elas devem, cumulativamente: afetar adversamente a(s) outra(s) parte(s), de forma a infligir mortes, ou danos materiais; ser fruto de uma operação militar coordenada; e ser dirigida para causar o dano, em benefício a uma parte do conflito.

No aspecto temporal, a participação ativa nas hostilidades engloba as atividades de preparação, a execução da ação propriamente dita e todos os deslocamentos de ida e retorno.

Outra relevante questão subsidiária versa sobre a interpretação do Boletim do SGNU, segundo a qual o DICA deva ser aplicado nas OMP, nas

situações de autodefesa, contrariando a opinião dos colaboradores “G”, “H” e “J”, os quais consideram, nessa situação, que os capacetes azuis seguem com o *status* de civis e sob a proteção da CSOPA.

Walter (1999) demonstra a preocupação de que caso o emprego da força, em resposta a ataques deliberados contra a ONU, não seja considerado como ação de autodefesa, as tropas podem tornar-se alvos legítimos à luz do DICA. Justamente por este fato é importante que as ações empreendidas em legítima defesa a ataques ilegais de outras partes, não mude o status das tropas, sob a pena de aviltar um crime tipificado no artigo 8 do Estatuto de Roma.

Por outro lado, é fundamental que seja definido um critério do que venham a ser ações de autodefesa. A interpretação abrangente da ONU é de que o emprego da força para coibir ações contrárias aos objetivos do mandato, deve ser considerado dentro do escopo das ações de autodefesa. Existe uma grande resistência da Organização e dos países contribuintes de tropa em reconhecer as ações militares da ONU fora do contexto de autodefesa.

Esse entendimento pode comprometer a aplicação e a própria autoridade do DICA, conforme salientado por Glick (1995). Para Engdahl (2007) mesmo se a força for empregada com o propósito de autodefesa, ela deve ser avaliada de acordo com um critério objetivo considerando a intensidade do conflito e sua duração. Essa proposição vai ao encontro do teste formulado pelo TPII³⁰⁷, para a definição de um conflito armado.

Para Kolb (2003) se as ações militares assumirem uma constância e forem iniciadas operações militares contra a(s) outra (s) parte (s), elas deixariam de ser caracterizadas como autodefesa. Greenwood (1998) propõe um nível maior de intensidade, devendo as ações empreendidas assumirem o caráter de *enforcement*, para efetivamente mudar o status das tropas da ONU.

Nesse contexto, fica difícil, por exemplo, caracterizar as operações militares robustas realizadas pela Brigada de Intervenção da MONUSCO contra as facções rebeldes no Congo, como ações de autodefesa, simplesmente pelo fato de estarem previstas no mandato da missão. A própria resolução do CSNU 2089 ressalta que a FIB deverá respeitar as normas do DICA.

³⁰⁷ TPII. “*Prosecutor v Tadic*”. Caso IT - 94 -1 - T, julgamento em 07 de maio de 1997, parágrafo 562

Face ao exposto, conclui-se que as tropas da ONU presentes em uma OMP possuem o status de civil, à luz do DICA, atuando baixo a proteção da CSOPA. Entretanto, em um contexto de conflito armado, ao se engajarem ativamente nas hostilidades e durante a extensão desse engajamento tornam-se combatentes, devendo conduzir suas ações de acordo com as normas e princípios do DICA.

O emprego da força contra ataques deliberados de outras partes envolvidas no conflito caracterizam ações de autodefesa, mantendo inalterado o status de civil das tropas da ONU. Entretanto se forem empreendidas operações militares com constância e alta intensidade, abrangendo os três critérios propostos pelo CICV supracitados, sugere-se o entendimento de que seja caracterizada a participação direta nas hostilidades, devendo ser respeitado o DICA, e alterado o status das tropas da ONU.

É fundamental que o conceito de autodefesa não seja empregado para encobrir ações de combate de maior envergadura, de forma a não comprometer a aplicação do DICA, nem afetar a sua credibilidade. Essa preocupação foi evidenciada pela própria ONU, na resolução do CSNU 2089, ao reafirmar o respeito aos princípios e normas do DICA pela FIB em suas ações, dentro de um contexto de uma OMP.

9.4 QUESTÃO DE PESQUISA IV – ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NACIONAL

“O ordenamento jurídico nacional está adequado aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, ratificados nos instrumento legais que versam sobre o DICA?”

O Brasil é signatário dos principais tratados que versam sobre o DICA, destacando-se, mormente, nesse universo as CG. Estas estabelecem, em seus respectivos textos, a responsabilidade das Altas Partes Contratantes, segundo o princípio “*aut dedere aut judicare*”, de fixar em suas legislações domésticas as sanções penais pertinentes aos violadores das suas normativas.

Os memorandos de entendimento firmados entre o Brasil e a ONU estabelecem a jurisdição nacional para os casos de violação do DICA. Nesse

sentido, o militar brasileiro que venha a cometer um crime de guerra deverá ser julgado em território nacional, cabendo à ONU apenas o acompanhamento do processo.

Na visão de relevantes operadores do direito nacional como Pereira, Ambos, Palma, dentre outros, nossa legislação doméstica não é contemplada com a tipificação dos crimes previstos no Estatuto de Roma. Esta constatação foi compartilhada por grande parte dos especialistas consultados, que considerou o ordenamento jurídico brasileiro desatualizado, em relação aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

O princípio da reserva legal previsto no artigo 5º inciso XXXIX da CRFB inviabiliza, portanto, que um nacional perpetrador de uma violação do DICA, em uma OMP, possa ser julgado no Brasil, devido à carência de tipificação penal. Essa visão foi ratificada pelo colaborador “H” ao afirmar que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal, fazendo com que a nossa concepção estrita do princípio da legalidade exija uma lei que proporcione todos os detalhes dos tipos penais.

Sobre a possibilidade de um militar brasileiro ser julgado por um tribunal internacional, a maioria absoluta dos especialistas consultados julgou ser viável o julgamento por um tribunal de outro Estado, à luz do estatuto da jurisdição universal, ou pelo TPI, segundo o princípio da complementaridade. Contudo, todos eles salientaram que ambas as hipóteses são extremamente remotas.

No que tange à segunda hipótese formulada, é possível inferir-se que os crimes da jurisdição do TPI são, em princípio, os de natureza mais grave, cometidos em grande escala e que trazem maior preocupação à comunidade internacional como um todo.

Nessa ótica, os principais responsáveis estarão entre aqueles que exercem altas funções de governo, ou de mando militares. São os mandantes, mais do que os perpetradores, os alvos da atenção do Tribunal. Nessa categoria, estão enquadrados os comandantes militares e até os oficiais intermediários.

Pelas razões expostas, anteriormente, os crimes de guerra são os que mais interessam para os militares brasileiros empregados em operações de manutenção da paz. Os crimes de genocídio, agressão e contra a humanidade têm sentido e tipificação mais restritos.

O artigo 28 do ER responsabiliza os comandantes militares por omissão e negligência pelos crimes cometidos por seus subordinados. Vale ressaltar, ainda, que a alegação de cumprimento de ordens superiores tem um apelo limitado, ao ser evocada como excludente de culpa.

O Brasil é signatário do Estatuto de Roma, o que lhe impõe regras claras de cooperação, sendo a mais séria a possibilidade da entrega de nacionais (militares brasileiros, em particular) para serem julgados por aquele Tribunal.

Sobre a cooperação com o TPI, o Estado brasileiro ainda necessita adequar a sua legislação interna às normas do Estatuto. A conceituação e a tipificação dos crimes de guerra, por exemplo, dependem da discussão em torno do PL 301/2007 e seus apensos, ainda em tramitação no Congresso Nacional.

No caso dos integrantes do contingente nacional de força de paz, serem envolvidos em crimes, os SOFA preveem o retorno desses militares ao Brasil, para serem submetidos a julgamento pela Justiça nacional.

Caso o crime seja enquadrado na jurisdição do TPI, após a denúncia, caberá à Justiça brasileira exercer a jurisdição primária sobre o caso. Contudo, se a legislação brasileira ainda não dispuser da tipificação penal do crime em questão (situação atual), não será viável conduzir o processo legal, sem violar o princípio constitucional da reserva legal. Nessa situação, de acordo com o princípio da complementaridade, o caso poderá ir a julgamento no TPI.

Caso o crime em questão já esteja previsto na legislação brasileira (aprovação do PL 301/2007), o julgamento dar-se-á no País. Mas se o Tribunal entender que o julgamento não obedeceu aos parâmetros de imparcialidade esperados, ou que o tempo para a finalização do processo é demasiado longo, ou ainda, que a decisão é questionável diante do direito internacional, O Tribunal poderá proceder a novo julgamento.

Em síntese, não havendo a previsão do crime na legislação interna, que lamentavelmente ainda é a situação atual do País, o militar brasileiro que cometer crime de guerra em uma operação de paz poderá ser entregue ao TPI. Na hipótese do ilícito em questão já estar previsto na legislação interna, ele poderá, igualmente, ser julgado por aquele Tribunal, após percorrida a etapa da jurisdição primária de responsabilidade do Brasil, caso sejam identificados problemas no decurso do processo pelo tribunal.

10 CONCLUSÃO

O perfil das OMP mudou substancialmente a partir do início do século XXI. Surgiram as missões multidimensionais, caracterizadas por mandatos mais complexos, pelo emprego da força mais robusto e por uma maior participação de atores civis, no terreno, integrantes das diversas agências da ONU, de organizações internacionais e ONG.

Estas operações foram e estão sendo desdobradas, invariavelmente, em países falidos, com governos débeis, onde a situação de segurança é instável. Os conflitos que eclodiram nesses Estados, originalmente, apresentam novas características. São marcados pelo maior envolvimento de atores civis, por sua natureza não internacional e pela maior e tempestiva participação da mídia, fruto do advento das novas tecnologias, características da era da informação.

Nos cenários pós-conflito enfrentados pela nova geração de OMP existe sempre a possibilidade do conflito armado ser restabelecido, e as tropas da ONU presentes serem envolvidas nas hostilidades. Esse é o contexto onde se visualiza a aplicabilidade do DICA. Outra possibilidade de aplicação dessa normativa adveio com a criação da Brigada de Intervenção na MONUSCO, quebrando um paradigma das missões de paz, no momento em que esta tropa recebeu a autorização do CSNU, para realizar ações ofensivas robustas, contra movimentos rebeldes congolese, devendo para isso respeitar o DICA.

O trabalho em tese não identificou nenhum entrave legal que inviabilizasse a aplicação do DICA pela ONU ou pelo contingente nacional terrestre, integrante de uma OMP. A possibilidade, inclusive, do mandato das OMP contrariarem alguma norma do DICA não foi considerada factível.

Foi constatado um posicionamento favorável da ONU e do Brasil no que tange ao respeito ao DICA, ilustrado pelos diversos documentos e relatórios oficiais divulgados pela organização e pela postura brasileira peremptória, perante à comunidade internacional, ao ratificar os principais instrumentos do DICA. Todavia, apesar do contexto auspicioso, alguns óbices e limitações foram identificados.

No que se refere ao arcabouço legal que deve ser observado pelo contingente nacional terrestre, salienta-se que o conteúdo do boletim do SGNU de 1999 é incompleto, não tem caráter mandatório, contudo serve como uma

relevante orientação formal. Este fato, entretanto, não gera nenhuma restrição à aplicação do DICA por contingentes terrestres nacionais, uma vez que o Brasil é signatário das principais convenções do DICA.

Por outro lado, há que se observar em missões da ONU, nas quais as tropas brasileiras sejam reforçadas por contingentes internacionais, como é o caso do Haiti (pelotões paraguaio e canadense), que os países contribuintes dessas tropas sejam, igualmente, subscritores dos tratados do DICA. Dessa forma, evitar-se-á a diferença de *standards* nas ações operacionais, e assegurar-se-á o respeito ao DICA, por todos os militares sob a responsabilidade do comandante do contingente brasileiro.

Sobre a influência da classificação dos conflitos armados, julga-se oportuno que sejam observadas as leis referentes aos CAI, independente da natureza do partido opositor. Esse arcabouço legal proporciona uma maior proteção à vida humana, e a sua padronização de emprego impede a aplicação de *standards* diferentes pelo escalão executante, evitando confusão na aplicação das RE. Ressalta-se que, no caso de detenção de integrantes de forças irregulares oponentes, deverão ser observadas *mutatis mutantis* as normas da 3ª CG, conforme prescreve a seção 8 do Boletim do SGNU de 1999.

As CG determinam que o DICA seja aplicado em todas as situações. A ONU, ao longo de sua história, foi alvo de graves críticas por uma conduta omissa em situações onde foram cometidas sérias violações do DICA. Para que o contingente militar terrestre zele para que as demais partes envolvidas respeitem o DICA, e ofereça a proteção adequada aos civis presentes na área de operações, essa missão deve figurar, categoricamente, no mandato da missão.

As tropas da ONU deverão ser, portanto, dimensionadas adequadamente em termos de efetivo e disponibilidade de armamentos e equipamentos, de forma a cumprir as missões estabelecidas pelo CSNU em suas resoluções. Deverão atuar em conformidade com as RE, empregando a força de forma proporcional ao grau da ameaça apresentada. Nos casos em que presenciar ou dispor de informações sobre violações do DICA em curso, mas estiver em desvantagem operacional (numérica ou qualitativa), deverá reportar essa informação ao seu escalão superior. Para que as medidas

adequadas sejam tomadas é imperioso que as OMP disponham de um serviço de inteligência eficiente, contando com a cooperação de todos os países presentes na missão.

Nas OMP responsáveis pela administração de território internacional em que haja o consentimento das autoridades locais legítimas não se aplicará a LO *de jure*. Entretanto, visualiza-se o emprego, por analogia, das normativas do DICA, previstas para uma situação de ocupação militar, como referência para a elaboração das RE da tropa, de forma a atender às necessidades dos comandantes militares.

As tropas da ONU possuem o status de civil segundo o DICA, conforme estabelece a CSOPA, o ER e o Boletim do SGNU de 1999. Contudo nas situações em que participarem ativamente das hostilidades, tornam-se combatentes devendo observar os princípios e normas do DICA. Exclui-se desse contexto as ações realizadas em autodefesa.

Recomenda-se que sejam observados os critérios objetivos propostos pelo CICV elencados no seu “Guia Interpretativo do CICV sobre a Noção da Participação Direta em Hostilidades”, para se determinar o momento de transição que caracteriza esse engajamento ativo das tropas da ONU e a sua respectiva duração.

Finalmente, as normas do DICA que determinam aos países signatários que realizem a adequação de suas respectivas legislações domésticas, de forma a criminalizar as suas violações, não foram, ainda, observadas pelo Brasil. A ausência, no arcabouço legal nacional, da tipificação penal dos crimes de guerra previstos nos instrumentos do DICA, gera óbices jurídicos para que militares que, ocasionalmente, violem o DICA sejam julgados pela justiça pátria. Dessa forma, torna-se, praticamente, inviável a aplicação das normas do DICA relativas a essa questão.

Por outro lado, essa lacuna na legislação nacional dá margem, mesmo que remotamente, a que nacionais sejam julgados em tribunais de outros Estados, aplicando-se a jurisdição universal, ou pelo TPI, à luz do princípio da complementaridade.

Pode-se concluir que não há mais espaço para a inobservância dos princípios e normas do DICA, por parte dos contingentes terrestres, desdobrados em OMP, quando envolvidos em contextos que demandam a

aplicação dessa normativa internacional. A atuação da ONU e do Brasil deve ser conjunta, desde a preparação dos contingentes nacionais, até a respectiva desmobilização, uma vez que da mesma forma que os dividendos auferidos em função dos êxitos alcançados serão sempre repartidos, o ônus proveniente das violações do DICA serão, igualmente, compartilhados.

Desta feita, espera-se ao final do trabalho ter-se demonstrado que o DICA deve ser observado e pode ser aplicado, com certas restrições, no emprego dos contingentes nacionais terrestres em operações de paz, de acordo com a perspectiva legal. Da mesma forma, almeja-se ter proporcionado parâmetros de entendimento legal, para que as tropas da Força Terrestre tenham condições de dirimir a complexidade dessas questões abstratas, e conduzir ações alinhadas com a legislação do direito internacional dos conflitos armados, ao atuarem em uma operação de manutenção da paz.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, S. **De Civitate Dei Contra Paganos**. Livro XIX. Tradução para o inglês de W. C. Greene. Loeb Classical Library. Londres: heinemann, 1960.

AQUINO, S. T. **Summa Theologiae vol. 41: Virtues of justice in the human community**. tradução para o inglês de T. C. O'Brien. Londres: *Blackfriars*, 1972.

ALEXY R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith e GEWANDSNAJDER, Fernando. **O Método nas Ciências Naturais e Sociais**. 2ª ed. São Paulo: Pioneira, 2001.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008.

AMBOS, Kai. **Os princípios gerais de direito penal no estatuto de Roma**. In: Tribunal Penal Internacional .CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.25 – 61.

ASSUNÇÃO, Maria do Vale Pereira. **A intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BATES, A. ; DURHAM, H. ; OSWALD, B. **Documents on the Law of UN Peace Operations**. New York: Oxford University Press, 2010.

BEIRÃO, Panno André. **In Bello, Pax: A responsabilidade penal dos brasileiros em Operações de Paz**. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

BERGSMO, Morten. **O regime jurisdicional da Corte Internacional Criminal**. In: Tribunal Penal Internacional. CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS, Kai (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.221-243.

BOUVIER, A. A. **Direito internacional dos conflitos armados e Direito dos Conflitos Armados**. Williamsburg: Instituto para Treinamento em Operações de Paz, 2011.

BOUVIER, A. A; SASSOLI, M. **How does Law protect in war? Cases, documents and teaching materials on contemporary practice in Internacional Humanitarian Law**. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

_____. Decreto Nr. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 17 de março de 2014.

_____. Decreto nº 373, de 29 de setembro de 2013. **Aprova a Política Nacional de Defesa, a Estratégia Nacional de Defesa e o Livro Branco de Defesa Nacional, encaminhados ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 83, de 2012 (Mensagem nº 323, de 17 de julho de 2012, na origem)**. Brasília, DF, 2013.

_____. Exército. COTER. **Guerra Assimétrica: adaptação para o êxito militar**. Brasília: Revista Defesa Nacional, 2º quadrimestre, 2009.

_____. Exército. ECEME. **Elaboração de Trabalhos de Pesquisa na ECEME - Manual**. Rio de Janeiro, 2012.

_____. Exército. ECEME. **Formatação de trabalhos acadêmicos**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2008.

_____. Exército. Estado-Maior. **C 95-1: Operações de Manutenção da paz**. 2. Ed. Brasília, 1998.

_____. Ministério da Defesa. **MD-34-M-92: Manual de Operações de Paz**. 2. Ed. Brasília, 2007.

_____. Projeto de lei Nr. 301/07. **Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências**. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop>. Acesso em 14 de março de 2014.

_____. Projeto de Lei Nr. 4038/2008. **Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispões sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências**. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop>. Acesso em 14/03/2014.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acompanhamento Processual – Pet 4625 (STFa)**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 12 de março de 2014.

CARDOSO, A. J. S. **O Brasil nas Operações de Paz das Nações Unidas**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

CASSESE, Antônio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. **International Law in a Divided World**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

CERONE, John. **Minding the gap: outlining KFOR accountability in post-conflict Kosovo**. *European Journal of International Law*, Vol 12, N° 3, p. 469 - 488, 2001.

CHIZZOTTI, A. **Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2000, p.387-484.

CÍCERO. **De Officiis**. Livro I. Tradução para o inglês de W. Miller. Harvard: Loeb Classical library, 1913.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV). **Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949**. Genebra: CICV, 1992.

_____. **Customary International Law – Volume I: Rules**. New York: Cambridge University Press, 2005.

_____. **Direito Internacional Relativo às hostilidades (Compilação de Convenções de Haia e de alguns outros instrumentos jurídicos)**. Genebra: CICV, 2001.

_____. **Expert Meeting: Occupation and other forms of Administration of Foreign Territory**. Genebra: CICV, 2012.

_____. **Expert Meeting On Multinational Peace Operations: Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights to UN Mandated Forces**. Genebra: CICV, 2003.

_____. **Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law**. *International Review of the Red Cross*. Vol 90, N° 872, Dezembro 2008. Genebra: CICV, 2008.

_____. **Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949**. Genebra: CICV, 1998.

CONSIGLI, J. A. ; VALLADARES G. P. **Las Operaciones de Mantenimiento de la Paz y el Derecho Internacional Humanitario (1998)**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlhv.htm>>. Acesso em 11 de maio de 2013.

DINSTEIN YORAM. **The Conduct of Hostilities Under The Law of International Armed Conflict**. New York: Cambridge University Press, 2004a.

_____. **Guerra Agressão e Legítima defesa**. Tradução Mauro Raposo de Mello. 3ª Ed. Barueri: Manole, 2004b.

DUFFIELD, Mark. **Global Governance and the New Wars - The Merging of Development and Security**. Londres: Zed Books, 2001.

EMANUELLI Claude. **Les Actions Militaires de l'ONU et le Droit International Hummanitaire**. Montreal : Wilson & Lafleur Itée, 1995.

_____. **Les casques bleus: policiers ou combattants?** Montreal : Wilson & Lafleur Itée, 1997.

ENGDAHL, Ola. **Protection of Personnel in Peace Operations: The Role of the 'Safety Convention' against the Background of General International Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

FAGANELLO, Priscila Fett. **Caso Omar Al Bashir: um precedente que se abre no sistema jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes: ano 18, N°18, 2013. p.317 - 337.

_____. **Operações de Manutenção da Paz da ONU**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

FERRARO, Tristan. **The applicability of the Law of Occupation to Peace Forces**. In: Expert Meeting on Multinational Peace Operations - The Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces. Genebra: CICV, 2003.

FONTOURA, P. R. C. **T.O Brasil e as Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2005.

GENTILI, Alberico. **O Direito de Guerra (De Iure Belli Libri Tres)**. Introdução de Diego Panizza, Tradução de Ciro Mioranza. 2ª edição. Ijuí: Unijuí, 2006.

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1996.

GLICK, Richard D. **Lip Service to the Laws of War: Humanitarian Law and United Nations Armed Forces**. Michigan: Michigan Journal of International Law, 1995.

GONSALVES, E. P. **Conversas sobre iniciação à Pesquisa Científica**. Campinas, SP: Alínea, 2007.

GRAY, Colin S. **Another Bloody Century: Future Warfare**. London: Orion Books, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. I, 9 ed. Niteroi: Impetus, 2007.

GREEN L. C. **The contemporary Law of Armed Conflict**. 5.ed. Manchester: Juris Manchester University Press, 2000.

GREENWOOD, C. **International Humanitarian Law and United Nations Military Operations**. Yearbook of International Humanitarian Law, volume 1, 1998, p.3-34.

GROTIUS, H. **De Jure Belli Ac Pacis Libri III Vol II** . Tradução para o inglês de Francis W Kelsey. Buffalo: Willian Hein reprint, 1995.

GUBA, E. G. **The Paradigm Dialog**. London: Sage, 1990.

GUSTIN, B. S. M. & DIAS Fonseca Maria Tereza. **Repensando a Pesquisa Jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HALL, Stephen. **International Law**. 2nd ed. Sydney: Lexis Nexis Butterworths, 2006.

HAMMES, T. X. **4th-generation Warfare: Our Enemies Play to Their Strengths**. Armed Forces Journal, November 2004, p. 40-44.

_____. **Insurgency: Modern Warfare Evolves into a Fourth Generation**. Institute for National Strategic Studies, National Defense University. Strategic Forum No 214, January, 2005.

HAYE, Eve La. **War crimes in Internal Armed Conflicts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HENKE, M. **The International Security Cooperation Market Coalition Building in Pursuit of Peace**. Dissertação (Doutorado em Filosofia) Faculty of Princeton University, New Jersey, 2012.

HOOKER, J. R. D. **Beyond Vom Kriege: The Character and Conduct of Modern War**. Parameters: US Army War College, Summer, Vol. 35, Issue 2, 2005.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **Conditions of Application of Humanitarian Rules of Armed Conflict to Hostilities in which United Nations Forces May be Engaged**. 1971. disponível em: <http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1971_zag_03_en.pdf>. Acesso em 01 Ago. 2012.

INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY (ICISS). **The Responsibility to Protect**. Ottawa: International Development Research Center, 2001.

INTERNATIONAL INSITUTE OF HUMANITARIAN LAW (IIHL). **International Humanitarian Laws Human Rights and Peace Operations - 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law**. San Remo, 2008.

JANKOV, Fernanda F. **O Princípio da Universalidade da Jurisdição no Direito Internacional Penal: Mecanismo de Implementação do Tribunal**

Penal Internacional. Monografia (Pós – graduação em direito do Setor de Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Possibilidades e Desafios de Adequação do Estatuto de Roma à Ordem Constitucional Brasileira.** In: Tribunal Penal Internacional, possibilidades e desafios. AMBOS, Kai; JAPIASSU, Carlos E. Adriano (Org.). São Paulo: Lumen Juris Ed. , 2005, p. 199 – 222.

JELENA Pejic. **The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye.** International Review of the Red Cross. Volume 93, Number 881 March 2011.

JINKS Derek. **The Applicability of the Geneva Conventions to the 'Global War on Terrorism.** University of Texas School of Law: Virginia Journal of International Law V. 46, 2006.

KALDOR, Mary. **New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era.** 2. Ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

KEEGAN, J. **Uma História da Guerra.** São Paulo: companhia das Letras, 2006.

KELSEN, Hans. **Principles of International Law.** New York: Rinehart & Company, 1952.

KOLB R. **Applicability of International Humanitarian Law to Forces under the Command of an International Organization.** In: Expert Meeting on Multinational Peace Operations - The Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces. Genebra: CICV, 2003. p. 61-69.

LAUTERPACHT, Hersch. **The International Protection of Human Rights.** Haia: Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1947.

LEONARD, A. R. **Clausewitz: Trechos de sua Obra.** Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1988.

MARCONI, M. A. ; LAKATOS, E. M. **Técnicas de Pesquisa.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, C. D. A. **Curso de Direito Internacional Público - 1º Volume.** 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a.

_____. **Curso de Direito Internacional Público - 2º Volume.** 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004b.

MENDES Neto, José Ignácio C. **Modelo de Cooperação entre estados integrantes: o Tribunal Penal Internacional como emergência de um**

primeiro regime de Direito Internacional Penal. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005

MILANO, Enrico. **Security Council Action in the Balkans: reviewing the legality of Kosovo's Territorial Status.** European Journal of International Law, V. 14, N.5, 2003.

NASSER, Salem Hikmat. **Soft Law e a transformação do Direito Internacional.** Estudos de direito internacional: anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Wagner Menezes (Org.). Curitiba: Juruá, 2004, p. 253-258.

NEVES, E. B.; DOMINGUES, C. A. **Manual de metodologia da pesquisa científica.** Rio de Janeiro: Exército Brasileiro – Centro de Estudos de Pessoal, 2007.

NEWMAN, Edward. **The “New Wars” Debate: A Historical Perspective is Needed.** Security Dialogue, Oslo, V.35, N.2, p.173-189, June 2004.

OPPENHEIM, L. **International Law: A Treatise.** Editado por H. LAUTERPACHT. 7 ed. Volume II. Londres: Longmans Green, 1952.

PALMA, Najla Nassif. **Curso de Direito Militar: Direito internacional dos conflitos armados e Direito Penal Internacional.** Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2009.

PALWANKAR Umesh. **Applicability of International Humanitarian Law to United Nations peacekeeping forces.** International Review of The Red Cross, Nº 294, 1993. Disponível em: < www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmbh.htm >. Acesso em 22 Jul. 2012.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **Implementação do Estatuto de Roma e Aplicação Direta.** In: Tribunal Penal Internacional, possibilidades e desafios. AMBOS, Kai; JAPIASSU, Carlos E. Adriano (Org.). São Paulo: Lumen Juris Ed., 2005, p. 223 – 231.

PICTET, Jean. **Commentary: the first Geneva Convention.** Geneva: ICRC, 1952a.

_____. **Commentary: the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War.** Geneva: ICRC, 1952b.

PINHEIRO, A. D. S. **A nova ordem mundial, o conflito de 4ª geração e as forças de operações especiais do Brasil.** Brasília: Revista Defesa Nacional, 2º quadrimestre, 2009.

PINTO, P. E. da C. **A Aplicabilidade do Direito Internacional dos Conflitos Armados às Forças de Paz das Nações Unidas.** Rio de Janeiro: Escola de Guerra Naval, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**. In: Tribunal Penal Internacional. CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.245-287.

RATNER, Steven. **Administration of Territories by the United Nations: is there room for international humanitarian law?**. In: Expert Meeting on Multinational Peace Operations - The Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces. Genebra: CICV, 2003.

_____. **Foreign Occupation and International Territorial Administration: the challenges of Convergence**. European Journal of International Law, V. 16, N. 4, p. 695–719, 2005.

_____. **The Law of Occupation And Un Administration Of Territory: Mandatory, Desirable, or Irrelevant?** In: Expert Meeting: Occupation and other forms of Administration of Foreign Territory. Genebra: CICV, 2012.

REUTER, Paul. **Introduction au droit des traits**. Paris: A. Colin, 1972.

_____, Paul. **Droit Internacional Public**. 5 Ed. Paris: PUF, 1976.

REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ROBERTS, A. **What is Military Occupation?** British Yearbook of International Law, V. 55 (1), p. 249-305, 1984.

ROSSEAU, Charles. **Droit International Public**. Paris: Sirey, 1970.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **O Contrato Social. Princípios de Direito Político**. Tradução de Antônio P. Machado. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

SABÓIA, Gilberto V. **A Criação do Tribunal Penal Internacional**. Revista CEJ nº 11, Ago, Brasília, 2000.

SARDENBERG, Ronaldo M. **Brasil, Política Multilateral e Nações Unidas**. In: Conferência do Mês do Instituto de Estudos Avançados da USP. Anais. São Paulo, 2004.

SASSOLI, Marco. **International Humanitarian Law And Peace Operations, Scope of Application Ratione Materiae**. University of Geneva, 2003. Disponível em: < http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/sanremo-2008_peace_ops.pdf > Acesso em 14 Dez 2012.

_____. **Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers**. European Journal of International Law, V. 16 N. 4, 2005, p. 661-694.

SAURA, J. **Lawful Peacekeeping: Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Operations.** *Hasting Law Journal*, v. 58, 3 ed. , p. 479-531. São Francisco, 2007.

SCHABAS, William. **Genocide in International Law: The Crimes of Crimes.** Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

SCHUURMAN, B. **“Clausewitz e os estudiosos da ‘nova guerra”.** *Military Review*, setembro-outubro de 2011.

SEYERSTED, Finn. **United Nations Forces in the Law of Peace and War.** Sijthoff: Leyden, 1966.

SHRAGA, Daphna **Military occupation and UN transitional administrations: The analogy and its limitations.** In Marcelo Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution Through International Law.* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p. 479, 495, 2007.

_____. **The applicability of International Humanitarian Law to Peace Operations, from Rejection to Acceptance.** In: *Expert Meeting on Multinational Peace Operations - The Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces.* Genebra: CICV, 2003.

_____. **The United Nations as an Actor Bound by IHL.** *International Peacekeeping*, v. 5, 2 ed., p. 64-81, 1998.

_____. **UN Peacekeeping Operations : Applicability Of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations – Related Damage.** *American Journal of International Law*, v. 94, no 2, p. 406-411, 2000.

SHRAGA, Daphna; ZACKLIN, Ralph. **L’ Applicabilité du DIH aux Opérations de Maintien de la Paix des Nations Unies: questions conceptuelles et pratiques.** in: *Symposium sur l’ action humanitaire e les opérations de maintien de la paix, rapport.* Genebra: CICV, 1995.

SMITH, Rupert. **A Utilidade da Força – A Arte da Guerra no Mundo Moderno.** Tradução Miguel Mata. Lisboa: Edições 70, 2008.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A Proteção Internacional do Meio Ambiente.** Barueri: Manole, 2003.

SOLIS, D. G. **The Law of Armed Conflict.** New York: Cambridge University Press, 2010.

SOUSA, M. T. C. **Direito internacional dos conflitos armados.** 2ª Ed. 2ª Reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SUMMA, G. C. Centro de Informações das Nações Unidas, **Revista Verde-Oliva**, n. 202, Brasília: CCOMSEx, 2009.

SUNGA, Lyal S. **A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma**. In: Tribunal Penal Internacional. CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.191- 218.

SWINARSKI, C. **Introducción al Derecho Internacional Humanitario**. Genebra: CICV, 1984.

_____. **Direito Internacional dos Conflitos Armados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

THAROOR, Shashi. **Should UN Peacekeeping Go “Back to Basics”?** *Survival*, V. 37, N° 4, 1995.

TITTEMORE, Brian D., **Belligerents in Blue Helmets: Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations**. Standford: Standford Journal of International Law (33 Stan. J Int'l L. 61), 1997.

TRINDADE, Cançado. **Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights**. Haia: Academy Of International Law, 1987.

TRIVIÑOS, N. S. Augusto. **Introdução à Pesquisa em Ciências Sociais**. São Paulo: Atlas, 1987.

UK. Ministry of Defence. **The Manual of the Law of Armed Conflict**. Oxford: Oxford Press, 2004.

UNITED NATIONS. **Charter of United Nations**. São Francisco, 1945. Disponível em: < <http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>. Acesso em 12 Mar 2012.

_____. Cour Internationale de Justice. **Réparation des Dommages subis au service des Nations Unies**. 1949. disponível em: <www.CIJ-cij.org/docket/files/4/1835.pdf>. Acesso em 01 Ago 2012.

_____. Department of Peacekeeping Operations. **United Nations Peacekeeping Operations Principles and Guidelines” (“Capstone Doctrine”)**. 2008. Disponível em: < [http://pbpu.unlb.org/pbps/library/Capstone Doctrine ENG.pdf](http://pbpu.unlb.org/pbps/library/Capstone_Doctrine_ENG.pdf)>. Acesso em 10 Mar 2012.

_____. General Assembly. **Model Status of forces agreement for peacekeeping operations**. Report of the Secretary – General [SOFA Model]. UN docs. A/45/594 9 oct 1990. Disponível em:< <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N90/254/55/IMG/N9025455.pdf?OpenElement> >. Acesso em 08 Fev 2013.

_____. General Assembly. **Report of the Panel on United Nations Peace Operations (“Brahimi Report”)**. New York, 2000.

_____. General Assembly. **Report of the Secretary – General pursuant to General Assembly resolution 53/55 – The Fall of Srebrenica (A/54/549)**. New York, 1999a.

_____. General Assembly. **Revised draft model memorandum of understanding**. UN. Docs. A/61/19 (Part III). Annex. 2007. Disponível em: < <http://cdu.unlb.org/Portals/0/Documents/KeyDoc8.pdf> > . Acesso em 08 Feb 2013.

_____. General Assembly. **Second report on responsibility of International Organizations**. A/CN.4/541 2004a. Disponível em: < http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_541.pdf > . Acesso em 14 de abril de 2013.

_____. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). **Prosecutor v Tadic – Opinion and Judgement 15 Jul 1999b**. Disponível em < <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf> > . Acesso em: 26 ago. 2012.

_____. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). **Prosecutor v Tadic – Decision on The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction – 02 Oct 1995**. Disponível em < <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> > . Acesso em: 26 ago. 2012.

_____. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). **Prosecutor v Tadic – Opinion and Judgement 07 May 1997**. Disponível em < <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf> > . Acesso em: 26 ago. 2012.

_____. International Court Of Justice (CIJ). **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**. Disponível em < <http://www.CIJ-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> > . Acesso em: 26 ago. 2012.

_____. International Peace Academy. **The Peacekeepers Handbook**. New York: Pergamon Press, 1984.

_____. International Law Commission. **Draft articles on the responsibility of international organizations 2011**. Disponível em: < http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_11_2011.pdf > . Acesso em 14 de abril de 2013.

_____. Security Council. **Letter dated 15 December 1999 from the members of the Independent Inquiry into the actions of the United Nations during the 1994 genocide in Rwanda addressed to the Secretary General (S/1999/1257)**. New York: 1999c.

_____. Security Council. **Letter dated 12 December 2013 from the Group of Experts on the Democratic Republic of The Congo addressed to the Chair of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1533 (2004) concerning the Democratic Republic of The Congo, prepared in pursuance of paragraph 5 of Security Council Resolution 2078 (2012).** New York: 2013.

_____. United Nations High-Level Panel on Threats, Challenges and Change (“UNHLPTCC”). **A more secure world: Our shared responsibility**, 2004b, disponível em: <<http://www.un.org /secureworld/report2.pdf>>. Acesso em 11 Mar. 2012.

US. Department of The Army. **The Law of Land Warfare – Field Manual 27-10.** Washington: Government Publications Office, 1956.

_____. War Department. **Instructions for the Governments of Army of the United States in the Field – General Order No 100 – Lieber Code.** Washington, 1863.

VERGARA, C. S. **Métodos de Coleta de Dados no Campo.** São Paulo: Atlas, 2009.

VIDAL, Hélvio S. **Direitos Humanos e o Direito Internacional Penal** . Revista dos Tribunais, São Paulo, V. 877, nov 2008.

WALTER Gary Sharp, Sr. **Jus Paciarii: Emergent Legal Paradigms for UN Peace Operations in the 21st Century.** Stafford: Paciarii International, 1999.

ZWANENBURG, Marten. **Pieces of the Puzzle: Peace Operations, Occupation and the Use of Force.** Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre Vol 45, 2006, p. 239-48.

_____. **Substantial Relevance of the Law of Occupation for Peace Operations.** In: Expert Meeting on Multinational Peace Operations - The Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces. Geneva: CICV, 2003.

ANEXO A – INSTRUMENTO DE PESQUISA NA LÍNGUA VERNÁCULA

Rio de Janeiro, BRASIL, 03 de março de 2013

Sr (a) Digníssimo (a) colaborador (a),

Sou o Major ENIO B. FETT DE MAGALHÃES do EXÉRCITO BRASILEIRO e, atualmente, estou cursando a ESCOLA DE COMANDO E ESTADO-MAIOR na cidade do Rio de Janeiro. Como parte das minhas atividades discentes estou empenhado em um projeto de pesquisa para a obtenção do grau de DOUTOR EM CIÊNCIAS MILITARES. O tema a ser desenvolvido é o da “Aplicabilidade do Direito Internacional dos Conflitos Armados nas Operações de Paz da ONU”. A ficha anexa traz mais informações sobre o assunto e um questionário a ser respondido.

Para atingir tal objetivo, seria extremamente relevante poder contar com a colaboração de especialistas altamente qualificados e de reconhecido prestígio no meio acadêmico internacional e nacional, como é o caso de V. Sa. Por esse motivo, estou lhe dirigindo essa mensagem.

Desejo pedir a sua valiosa colaboração na resposta ao questionário anexo, que me permitirá desenvolver, preliminarmente, o tema escolhido e estabelecer novas metas para a pesquisa. Ao mesmo tempo, solicito a V. Sa. a possibilidade de mais adiante tornar a consultá-lo (a), se necessário, dependendo dos rumos que a pesquisa tomar.

Tenho a convicção de que o trabalho em que estou empenhado dará uma contribuição significativa ao Exército Brasileiro no que diz respeito à aplicação do DICA nas operações de manutenção da paz da ONU.

Desde já, agradeço a acolhida que V. Sa. dispensar ao meu pleito e aproveito para renovar meus sentimentos de satisfação e grande honra em poder contar com a sua inestimável cooperação.

Atenciosamente

ENIO BARBOSA FETT DE MAGALHAES



**MINISTÉRIO DA DEFESA
EXÉRCITO BRASILEIRO
ESCOLA DE COMANDO E ESTADO-MAIOR DO EXÉRCITO
(ESCOLA MARECHAL CASTELLO BRANCO)**

**PESQUISA DE CAMPO PARA TRABALHO DE
DISSERTAÇÃO DE DOUTORADO**

ÁREA DE ESTUDO: ESTUDOS DA PAZ E DA GUERRA

TEMA: “A Aplicabilidade do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) no Emprego das Tropas do Exército Brasileiro, em Operações de Manutenção da Paz sob a égide da ONU”.

1. REFERÊNCIA

Prezado (a) senhor (a) colaborador (a) e especialista, a presente pesquisa tem por objetivo subsidiar a dissertação de doutorado do Major de Infantaria ENIO BARBOSA FETT DE MAGALHÃES³⁰⁸, aluno do 2º Ano do Curso de Comando e Estado-Maior (CECM), da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército Brasileiro (ECEME).

2. INFORMAÇÕES

Senhor (a) colaborador (a), com o intuito de facilitar o entendimento dos objetivos do presente trabalho de pesquisa, bem como de auxiliá-lo nas

³⁰⁸ O pesquisador foi observador militar no Sudão (2005-2006), instrutor do Centro de Instrução de Operações de Paz do Exército Brasileiro e instrutor do “*Bundeswehr UN Training Centre - Alemanha*”. É mestre em Ciências Militares pela ESAO, realizou o curso de pós-graduação em “História das Relações Internacionais”, na UERJ, e o “*UN Junior Officer Course*”, no “*Swedish Armed Forces International Centre - Suécia*”.

respostas dos itens, passarei algumas informações acerca do tema em questão.

A aplicabilidade do DICA nas operações de paz, conduzidas sob a égide da ONU, é um tema que já vem sendo discutido há muitos anos, no âmbito da comunidade internacional. Pode-se dizer que os primeiros debates sobre o tema surgiram durante a Guerra da Coréia, oportunidade em que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) realizou gestões junto à ONU para que os princípios e fundamentos do DICA fossem observados pelos *peacekeepers*.

Nas primeiras décadas que sucederam o conflito supracitado, as operações de paz seguiram o modelo tradicional militar, baseado no capítulo VI da Carta das Nações Unidas, onde se limitaram a apenas monitorar o processo de estabelecimento da paz entre Estados beligerantes, contudo sem o efetivo engajamento de suas tropas nos conflitos locais.

Na década de 1990, em missões como as da Somália e da Bósnia e Herzegovina, foram registrados diversos casos de ataques a tropas e instalações da ONU, resultando, inclusive, em baixas letais. Por outro lado, foram apresentadas sérias denúncias sobre violações dos direitos humanos e crimes de guerra, supostamente perpetrados por integrantes das Nações Unidas. Nesse contexto, voltou-se a debater sobre a necessidade da aplicação do DICA nas operações de paz.

Nesse sentido, foi introduzido, pela primeira vez, no *Status of Force Agreement (SOFA)*³⁰⁹ da Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda (UNAMIR), um artigo estabelecendo que os princípios do DICA deveriam ser observados pelas tropas da ONU. Naquela ocasião, foi constatada uma grande dificuldade por parte dos capacetes azuis, em traduzir na prática o entendimento destes princípios.

Em 06 de agosto de 1999, o Secretário-Geral das Nações Unidas emitiu um Boletim Especial recomendando a observância do DICA pelas Forças da ONU. Este documento representou um importante passo para que os princípios e normas do DICA fossem seguidos pelos *peacekeepers*.

O presente trabalho tem como escopo analisar apenas as operações de manutenção da paz sob a égide da ONU, tendo em vista a constituição

³⁰⁹ Documento firmado entre a ONU e o país anfitrião, que constitui o instrumento legal o qual garante o status da força de paz.

b. Em julho de 2011, uma decisão da Corte de Apelação de Haia (no caso MUSTAFIC e NUHANOVIC X o Estado Holandês) responsabilizou o governo holandês pela cooperação com a evacuação de três bósnios mulçumanos, que foram posteriormente mortos por sérvios bósnios, no episódio que ficou internacionalmente conhecido como “o massacre de Srebrenica”. Na sua opinião, considerando que as tropas da ONU permanecem sob o seu controle operacional, os crimes de guerra perpetrados por essas tropas são de responsabilidade da ONU, do país contribuinte ou de ambos?

c. No SOFA da MINUSTAH, a ONU assegura que a missão no Haiti ocorrerá no amplo respeito dos princípios e normas das convenções internacionais relativas à conduta do pessoal militar (incluindo as quatro Convenções de Genebra de 1949, seus Protocolos adicionais de 1977 e a Convenção internacional da UNESCO de 1954), **sem prejuízo** do mandato da MINUSTAH e do seu estatuto internacional. O Sr (a) acredita que a aplicação do DICA deve estar limitada pelos mandatos e estatutos das operações de manutenção da paz?

d. O Sr (a) acredita que o Boletim Especial do Secretário-Geral da ONU de 06 de agosto de 1999 é suficientemente abrangente para regular os princípios e normas do DICA que devem ser observados pelas tropas da ONU? O Sr (a) acredita que este documento demanda de uma autoridade competente para que todos os países contribuintes de tropa respeitem o seu conteúdo, ou uma resolução do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral seria mais adequada?

e. As tropas da ONU tem o dever de zelar e assegurar que outras partes envolvidas em um conflito armado respeitem o DICA, mesmo se para isso for necessário o emprego da força?

f. Suponha-se que, em um contexto de uma operação de manutenção da paz, motivada por um conflito armado, caracterizado como não-internacional, a situação beligerante foi restaurada. As tropas da ONU tornam-se uma terceira parte deste conflito, segundo a perspectiva do DICA? Em sua opinião, as normas do DICA que devem ser aplicadas pelas tropas da ONU nessa situação, são aquelas que se referem a um conflito internacional ou não-internacional?

g. A “*Convention on The Safety of UN and Associated Personnel (1994)*” estabelece, no seu artigo 9º, que qualquer ataque contra pessoal ou instalações da ONU constitui crime e deve ser passível de punição pelos Estados membros. Em um contexto de Operação de manutenção da paz, onde a situação de conflito armado é restabelecida, as tropas da ONU, sob a égide do DICA, passariam a constituir alvos legítimos e, portanto, perderiam a cobertura da Convenção? Caso positivo, a partir de que momento o DICA seria aplicado?

h. Nas operações de paz onde a ONU é responsável pela administração de um território internacional, como foi o caso da missão no Timor Leste (UNTAET), o Sr (a) acredita que devem ser aplicadas *de jure* ou *de facto* as normas do DICA relativas à ocupação de territórios?

i. Suponha-se que, em um contexto de uma operação de manutenção da paz, a situação beligerante foi restaurada e, nessas circunstâncias, um militar do contingente brasileiro, integrante das tropas da ONU, cometeu uma violação grave do DICA. O arcabouço legal nacional permite que crimes dessa natureza sejam efetivamente julgados? Caso negativo, esse militar poderia ser julgado em outro Estado ou em um tribunal internacional?

4. INFORMAÇÕES ADICIONAIS

5. OBSERVAÇÕES DIVERSAS

a. Antecipadamente, agradeço ao Sr (a) o apoio, o tempo e a dedicação dispensados para com o meu trabalho de pesquisa. Aproveito a oportunidade para solicitar que as respostas sejam enviadas diretamente para o meu e-mail particular (fettmagalhaes@yahoo.com.br).

b. Em caso de dúvida ou algum outro esclarecimento necessário, por favor, utilize o e-mail supramencionado ou os telefones (55 -21) 21474716 e (55-21) 82334433.

Rio de Janeiro, Março, 2013.

ENIO B. FETT DE MAGALHÃES

ANEXO B – INSTRUMENTO DE PESQUISA NA LÍNGUA INGLESA

Brazil, Rio de Janeiro, March 3rd, 2013

I am Major ENIO B. FETT DE MAGALHÃES a member of the Brazilian Army and I am currently attending the Brazilian Command and General Staff College, which is based in Rio de Janeiro. As part of my student activities, I am completing a research project for a PhD degree in MILITARY SCIENCE. The thesis is entitled “The Applicability of International Law in Armed Conflict (LOAC) with respect to Brazilian Army troops, who are engaged in United Nations (UN) peacekeeping operations”. I have attached a sheet, which provides more information on the subject and a questionnaire to be answered.

In order to properly complete the PhD program, it is extremely important to have the insights of highly qualified specialists from international academic circles. To this end, I am directing this message for you.

I would like to ask for your valuable collaboration in responding to the questionnaire attached, which will allow me to develop the preliminary theme and set new targets for research. At the same time, I would like to ask you about the possibility of making further contact with you, if necessary, depending on the direction that this research will take.

I am convinced that the work to which I am committed will provide a significant contribution to the Brazilian Armed Forces, regarding the implementation of LOAC during UN peacekeeping operations.

In advance I would like to thank you for your attention and dedication to this project and say how much I appreciate your invaluable cooperation.

Best regards,

ENIO B FETT DE MAGALHAES



MINISTRY OF DEFENSE
BRAZILIAN ARMY
SCHOOL OF HIGHER COMMAND AND STAFF OF THE BRAZILIAN ARMY
(MARECHAL CASTELLO BRANCO SCHOOL)

FIELD RESEARCH FOR PhD THESIS

AREA OF STUDY: **LAW OF ARMED CONFLICTS**

SUBJECT: "The applicability of International Law of Armed Conflict (LOAC) by Brazilian Army troops, while engaged in UN peacekeeping operations".

1. RESEARCHER

Dear Mr (s) expert, this research aims to support the doctoral thesis of Infantry Major ENIO BARBOSA FETT DE MAGALHÃES³¹⁰, a 2nd year student at the Brazilian Army's Command and General Staff College, based in Rio de Janeiro, Brazil.

2. INFORMATION ON THE SUBJECT OF RESEARCH

The applicability of the Law of Armed Conflicts in United Nations (UN) peacekeeping operations is a theme that has been discussed for many years within the international community. In fact, it is possible that the first debates on the topic arose during the Korean War (1950's), a time in which the International

³¹⁰ The researcher was a military observer in Sudan (2005-2006), former instructor of the Joint Operations Center for Peacekeeping Operations in Brazil and former instructor of the "Bundeswehr UN Training Centre - Germany." The researcher also has a Master's degree in Military Sciences from the Brazilian Army Officer School; has a Post-Graduate degree in "History of International Relations," by the State University of Rio de Janeiro, and has attended the "UN Junior Officer Course" in the "Swedish Armed Forces International Centre - Sweden".

Committee of the Red Cross launched numerous initiatives regarding the necessity for UN peacekeeping operations of the principles and underlying principles of LOAC.

In the first decades that followed the Korean conflict, UN peacekeeping operations adopted the traditional military standard, which were limited to monitor the peace between warring states, without the effective engagement of its troops in local conflicts.

In the 1990's, missions such as Somalia and Bosnia and Herzegovina had several cases of attacks to UN facilities and troops, resulting, in some cases, in death casualties. On the other hand, a number of serious complaints about human rights violations and war crimes allegedly perpetrated by members of the United Nations were presented. In this context, the applicability of the LOAC in UN peacekeeping operations was once again in debate.

In this sense, was introduced for the first time, in the *Status of Force Agreement* (SOFA) of the Mission of the United Nations Assistance for Rwanda (UNAMIR), an article stating that the principles of the LOAC should be observed by UN troops. At that time, a great difficulty on the part of peacekeepers was found towards translating the practical understanding of these principles.

On August 6th, 1999, the Secretary-General of the United Nations issued a bulletin (ST/SGB/1999/13) recommending the observance of the LOAC by the UN Forces. This document represented an important step for the principles and rules to be followed by peacekeepers.

The scope of this research is limited by the UN peacekeeping operations, when there is the consent of the host nation, due to the fact that the Brazilian Constitution doesn't allow the employment of national troops in peace enforcement operations.

Nevertheless, the United Nations clear position that the LOAC must be observed in its peacekeeping operations still remains controversial with varying interpretations within the international community. Some gaps and questions still exist concerning the applicability of the LOAC in UN peacekeeping operations, what this research aims to clarify.

3. QUESTIONS REGARDING THE ABOVE METIONED SUBJECT

Mr (s), you may exceed the lines when responding to the questions. At the end of the questionnaire you will find additional lines to be used for any further information.

Full name:

Email address:

a. Mr (s) may you attach to this questionnaire a copy of your *Curriculum Vitae (CV)* or, briefly describe your CV?

b. In July of 2011, a decision by the Court of Appeals at The Hague (case MUSTAFIC and NUHANOVIC X State of The Netherlands) declared that the Dutch government was responsible for cooperation with the evacuation of three Bosnian Muslims, that were subsequently killed by Bosnian Serbs in an incident that became international known as “the Srebrenica massacre”. In your opinion, considering that the UN troops remain under its operational control, are the war crimes perpetrated by these troops the responsibility of the UN, the Troop Contributing Country or both?

c. In MINUSTAH'S SOFA, the UN ensures that the mission in Haiti will be conducted with ample respect for the principles and norms of international conventions, regarding the conduct of military personnel (including the four Geneva Conventions of 1949, its Additional Protocols of 1977 and the International Convention of UNESCO, 1954), but it outlines that the observance of the LOAC will not jeopardize MINUTAH'S mandate and its international status. Do you believe that the application of the LOAC must be constrained by the mandates and statutes of peacekeeping operations?

d. Do you think that the Secretary-General's bulletin, 06th august 1999, is broad enough to regulate the LOAC principles and norms that should be applied to UN troops in a peacekeeping operation? Do you think that this document is binding enough to make all Troop Contributing Countries accept its content, or would a Security Council or a General Assembly resolution be the best way to achieve this goal?

e. Do UN troops have the responsibility to ensure and guarantee that other parties involved in the armed conflict respect the LOAC, even if the use of force is required?

f. Let's suppose, that in a context of peacekeeping operations, motivated by an armed conflict, which is classified as non - international, and the belligerents break the cease-fire agreement resuming the hostilities. Do UN troops therefore become a third party in the conflict, under the LOAC perspective? In your opinion, what body of international law should be observed by the UN Troops in such situation (the law of international or non-international armed conflict)?

g. The "Convention on the Safety of UN and Associated Personnel (1994)" provides in Article 9, that any attack against UN personnel or facilities is a crime and should be punishable by the participating States. In the context of

peacekeeping operations, where UN troops are under combat conditions, would they become a legitimate target, in accordance with LOAC perception, and thus would lose the coverage of the mentioned Convention? If yes, what would be the threshold for LOAC applicability?

h. In peacekeeping operations where the UN is responsible for the administration of an international territory, as was the case in the East Timor mission (UNTAET), do you believe that the LOAC standards regarding the territorial occupation should be applied *de jure* or *de facto*?

4. ADDITIONAL COMMENTS

5. FINAL OBSERVATION

- a. In advanced, I would like to thank you for your collaboration and dedication to this project.
- b. If you prefer to email me the answers or to have further contact, my email address is fettmagalhaes@yahoo.com.br.

Rio de Janeiro, March, 2013.

ENIO BARBOSA FETT DE MAGALHÃES