

A metáfora da Guerra em Três Quarteirões e o Princípio da Proporcionalidade: considerações sobre o uso legítimo da força em cenários de conformação difusa¹

Carlos Frederico Gomes Cinelli

Doutor em Ciências Militares pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME). Doutor em Política e Estratégia Marítimas pela Escola de Guerra Naval (EGN). Mestre em Ciências Militares pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME, 2008). Oficial superior da reserva do Exército Brasileiro (Ministério da Defesa), na patente de Coronel. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6334324646085730>

Revisores: Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID: 0009-0008-2277-0512; e-mail: karollyne.neo@mpm.mp.br)
Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 02/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: Revisa brevemente o enfoque geracional das guerras, caracterizando os conflitos contemporâneos como fenômenos violentos em cenários de conformação difusa, volátil e incerta. Busca delinear os marcos jurídicos aplicáveis às situações de conflito armado (paradigma militar do uso da força) e às outras situações de violência (sob o paradigma do uso da força

¹ Artigo apresentado, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista, ao Programa de Pós-Graduação em Direito Militar da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientadora: Prof.^a Msc. Najla Nassif Palma.

para imposição da lei e da ordem), estabelecendo, respectivamente, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos como norteadores das condutas dos gestores da violência armada. Relembra o papel dos princípios fundamentais como fontes do direito, trazendo ao centro da argumentação a relevância do princípio da proporcionalidade como indutor do uso razoável da força ao longo do espectro dos conflitos. Fraciona o princípio da proporcionalidade em seus elementos constituintes, buscando estabelecer um ponto de convergência que sirva de referência para o comandante militar em operações de natureza ambivalente ou complexa (guerra e não guerra).

PALAVRAS-CHAVE: proporcionalidade; direito internacional humanitário; direito internacional dos direitos humanos; uso da força.

ENGLISH

TITLE: The metaphor of the Three Block War and the Principle of Proportionality: considerations on the legitimate use of force in scenarios of diffuse conformation.

ABSTRACT: It briefly reviews the generational approach to wars, characterizing contemporary conflicts as violent phenomena in scenarios of diffuse, volatile and uncertain conformation. It seeks to outline the legal frameworks applicable to situations of armed conflict (military paradigm of the use of force) and to other situations of violence (under the paradigm of the use of force to enforce law and order), establishing, respectively, International Humanitarian Law and International Human Rights Law as guidelines for the conduct of managers of armed violence. It recalls the role of fundamental principles as sources of law, bringing to the center of the argument the relevance of the principle of proportionality as an inducer of the reasonable use of force along the spectrum of conflicts. It breaks down the principle of proportionality into its constituent elements, seeking to establish a point of convergence that serves as a reference for the military commander in operations of an ambivalent or complex nature (war and non-war).

KEYWORDS: proportionality; international humanitarian law; international human rights law; use of force.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Conflitos armados contemporâneos (ou a metáfora da Guerra em Três Quarteirões) – 3 Guerra, não guerra e seus marcos legais – 4 A proporcionalidade sob o paradigma militar e sob o paradigma da garantia da lei e da ordem (segurança pública) – 5 Convergências da proporcionalidade em cenários de conformação difusa – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A guerra, como fenômeno social exteriorizado pelo uso da violência, sempre acompanhou a trajetória evolutiva humana e seus processos civilizatórios. Quer como um fim em si mesmo, quer como instrumento para a resolução de choques entre vontades antagônicas, o recurso aos meios violentos é uma marca, ainda que indesejável, do comportamento humano. Para o pensador Heráclito de Éfeso (540-480 a.C.), “de todas as coisas *Polemos* [a guerra] é pai, de todas as coisas é senhor; a uns mostrou deuses, a outros, homens; de uns fez escravos, de outros, livres”.²

Em 1859, Henry Dunant, um comerciante suíço a caminho de uma audiência de negócios com o Imperador Napoleão III da França, deparou com uma batalha campal envolvendo franceses e austríacos, na região que hoje é o norte da Itália. Horrorizado pelo modo como os combatentes feridos eram deixados à própria sorte, com seus corpos insepultos sendo abandonados ao apetite de aves de rapina, Dunant interrompeu sua viagem. Valendo-se de civis voluntários da própria comunidade cujo nome batizava a batalha — Solferino —, ele organizou um mutirão improvisado para prestar ajuda humanitária aos soldados moribundos e sepultar dignamente os cadáveres. No retorno à Suíça, com o apoio de outros influentes compatriotas helvéticos,

²BOCAYUVA, Izabela. *Parmênides e Heráclito: diferença e sintonia*. Artigo. *Kriterion* 51 (122). Dez 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/rWZNkL8X75xp6pFpQR8MWHN/?lang=pt>. Acesso em: 18 jun. 2021.

criou o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), 1863. Em 1864 foi assinada a primeira Convenção de Genebra, e daquele ano em diante vários tratados foram pactuados sob a égide do CICV, a quem cabe a promoção e a difusão do chamado Direito Internacional Humanitário (DIH), conjunto de leis e costumes que regulam a condução das hostilidades na guerra.

Por sua vez, um segundo pináculo de proteção da pessoa humana é o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Embora o espectro de garantias e direitos fundamentais tenha-se expandido gradualmente ao longo da história, a legislação moderna de direitos humanos, por sua vez, ganhou um decisivo impulso somente após a Segunda Guerra Mundial, sob a influência das Nações Unidas, um corpo político. A influência do movimento contemporâneo em prol da proteção internacional dos direitos humanos foi desencadeada pela Declaração Universal de 1948, a partir da qual inúmeros outros instrumentos foram sendo celebrados.

As legislações de DIH e DIDH compartilham algumas características comuns (bases filosóficas, fontes, princípios fundamentais) na medida em que perseguem o mesmo objetivo geral de proteger os seres humanos e a dignidade humana. Porém, apesar dos pontos de convergência e de eventuais intercambialidades, há diferenças importantes entre ambos.

Os cinco princípios fundamentais do DIH são: distinção, humanidade, limitação, necessidade militar e proporcionalidade. É acerca desse último que concentraremos nossa argumentação. Para o DIH — aplicável apenas às situações de conflito armado (guerra) — a proporcionalidade é observada quando uma ação militar não causa vítimas nem danos civis excessivos em relação ao resultado global esperado. Também a utilização dos meios e métodos de guerra não deve ser excessiva (portanto desproporcional) em relação à vantagem militar concreta e direta. Desse modo, o princípio da proporcionalidade no DIH desdobra-se basicamente em duas dimensões de influência: sobre o uso de certas armas; e sobre o emprego de determinados métodos de combate. Porém, somente há

que se falar em danos colaterais (ou baixas acidentais) se estiverem envolvidas pessoas ou bens civis.

Por sua vez, sob o marco do DIDH — aplicável, além dos conflitos armados, às outras situações de violência, tais como ações de imposição (garantia) da lei e da ordem — a doutrina identifica a existência de três elementos ou subprincípios compondo o princípio da proporcionalidade: a *adequação* (pertinência, conformidade ou validade do fim, vedando-se o arbítrio), a *necessidade* (a medida não excede os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo) e a *proporcionalidade stricto sensu* (a escolha deve recair sobre o meio que considere o conjunto de interesses em jogo). Nesse sentido, a proporcionalidade tem um duplo enfoque: ao mesmo tempo, há a obrigação do uso de meios adequados e a proibição quanto ao uso de meios desproporcionais.³ Quando se analisa, por exemplo, a excludente de ilicitude configurada na legítima defesa, estaremos falando de proporcionalidade no sentido de *amplitude da resposta* ou *paridade de meios* empregados pelo atacante e pela pessoa que se defende, e não em termos de *vantagem militar vs. danos colaterais*, como no DIH. Como ressalta Bonavides, a proporcionalidade “é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (abwägung), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (Übermassverbot), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção”.⁴

Ora, como o direito penal extrai sua base principiológica da força normativa da Constituição, a qual, por sua vez, é fonte primária para a aplicação do DIDH, instala-se uma diferenciação conceitual entre proporcionalidade para o DIH e proporcionalidade para o DIDH. Em se

³ PISKE, Oriana. Proporcionalidade e razoabilidade: critérios de inteligência e aplicação do direito. *TJDF*, 2011. Disponível em: <https://www.tjdf.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2011/proporcionalidade-e-razoabilidade-criterios-de-intellecao-e-aplicacao-do-direito-juiza-oriana-piske>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1988

tratando das condições para o uso legítimo da força pelo Estado, essa distinção entre os conceitos não configuraria necessariamente um problema caso os marcos legais de aplicação fossem claramente apartados, ou seja, *guerra* (DIH e DIDH) e *não guerra* (apenas DIDH). Mas como distinguir, afinal, as guerras das outras situações de violência, tais como manifestações não pacíficas, tensões e distúrbios internos?

Ocorre que, se no passado a cisão tipológica entre *guerra* e *não guerra* era identificável, contemporaneamente essas fronteiras diluíram-se. A não linearidade dos campos de batalhas, os cenários de conformação difusa, a mistura entre guerra e crime organizado e a multiplicidade de atores resultam em uma perda de nitidez acerca dos contornos legais para análise de determinada situação de violência: embates convencionais de alta intensidade, emergências humanitárias e distúrbios da lei e da ordem, por exemplo, podem perfeitamente coexistir em um espaço físico de batalha bastante diminuto, não raro estando sob a responsabilidade de um mesmo comandante de uma mesma unidade militar.

Sobrevém, então, a seguinte questão: considerando que o princípio da proporcionalidade possui elementos definidores distintos para os marcos legais de guerra e de não guerra, que referências conceituais devem nortear os comandantes militares quanto ao uso da força em cenários caracterizados por grande fluidez, ambiguidade e volatilidade?

2 CONFLITOS ARMADOS CONTEMPORÂNEOS (OU A METÁFORA DA GUERRA EM TRÊS QUARTEIRÕES)

A Paz de Westphalia – um conjunto de 11 tratados cuja assinatura, em 1648, encerrou a Guerra dos Trinta Anos – é considerada o marco na construção da ordem europeia moderna. Esse conjunto de diplomas inaugurou o moderno sistema internacional, ao tecer noções e princípios como o de soberania estatal e Estado-nação. A *razão de estado* sobrepunha-se aos princípios religiosos medievais da soberania universal do papado. Triunfava o

princípio da igualdade jurídica dos Estados, estabelecendo-se em bases sólidas o princípio do equilíbrio de poder europeu, ao mesmo tempo em que surgiam os primeiros ensaios de uma regulamentação internacional positiva.⁵ A partir daí o desenvolvimento do direito internacional público ganhou considerável impulsão.

No século XVIII, a guerra passou a ser travada por exércitos profissionais, sem que civis dela tomassem parte. Os métodos de combate cruéis também foram abolidos e as leis da guerra continuaram a evoluir sob a forma de direito consuetudinário. Porém, a codificação e o desenvolvimento da lei escrita não se iniciariam antes do século XIX.

As guerras – ou, tecnicamente, conflitos armados – são usualmente classificadas segundo variados critérios: duração no tempo, nível de intensidade das hostilidades, natureza dos contendores, formas de apoio externo às partes em conflito, ambiente operacional etc. Nas últimas décadas, uma abordagem de cunho geracional ganhou relevância, agrupando-as segundo determinadas características comuns. Essa perspectiva contemplava também a ideia de uma progressividade irreversível, ou seja, cada geração seguinte sucederia a anterior, supostamente de modo definitivo. Embora a eclosão da Guerra na Ucrânia tenha servido para demonstrar a inconsistência dessa suposta irreversibilidade geracional – ou seja, houve a eclosão de um conflito de geração anterior à atualmente predominante –, decerto que a abordagem permanece válida como indutora de um padrão para análise das técnicas, táticas, procedimentos, objetivos políticos e outros aspectos doutrinários de cada um dos modelos.

Nesse diapasão, os conflitos de 1ª geração seriam aqueles surgidos logo após a formação dos Estados modernos. Sua principal característica era a “cultura da ordem”, embrião de grande parte dos costumes, tradições e características das forças militares ao redor do planeta: uniformidade, rigor disciplinar e sistematização. Os enfrentamentos bélicos eram acordados entre

⁵ ACCIOLY, 1982, p. 8.

as partes, que definiam a hora e o campo de batalha, geralmente longe dos perímetros das cidadelas e vilarejos habitados. A ideia de entrincheirar-se ou de apelar à camuflagem inexistia, pois era confundida com covardia. Quanto mais vistosos e brilhantes os uniformes, mais galhardia eles envergavam. Como resultado, uma simples batalha que durasse algumas horas resultava frequentemente em dezenas de milhares de mortos, não devido à letalidade dos armamentos, mas ao fato de que as tropas se enfrentavam até o último homem. Esse paradigma estendeu-se aproximadamente até o início do século XX.

A chegada da I Guerra Mundial marcou o ápice do conflito de 2^a geração, as guerras de “desgaste e atrito”. A Revolução Industrial havia lançado seus tentáculos sobre a arte da guerra, permitindo a produção em escala de alguns dos mais importantes elementos para o exercício da violência por meio das ações bélicas: a pólvora, a metralhadora, o canhão, o trem e o telégrafo. Ao lado da conscrição universal introduzida por Napoleão, as nações em guerra passaram a ter um colossal potencial destrutivo, muito embora ainda restrito em termos de eficiência: guerras de trincheiras, estáticas, com bombardeios em larga escala de parte a parte, incluindo agentes químicos mortíferos. Nunca a humanidade testemunhou tantos mortos em tão pouco tempo.

O emprego da aviação e dos veículos blindados (tanques) deu novo impulso e nova roupagem às manobras terrestres. Agora era possível, por meio de um golpe relâmpago, flanquear o inimigo de surpresa ou atacar as suas linhas de retaguarda, desequilibrando seu poder de combate de modo decisivo: as guerras de 3^a geração descortinavam-se ao mundo.

A queda do muro de Berlim e todo o desenrolar histórico por ela simbolizado, marcando o fim da bipolaridade entre EUA e URSS, passaria a inserir, no espectro do recurso ao uso da força, novos atores armados que não os tradicionais Estados e seus exércitos regulares. Guerras civis e outras subespécies de conflitos internos grassariam em várias partes do globo,

fulminando as estruturas de poder e levando Estados à falência institucional. O uso da força deixa de ser monopolizado legitimamente pelo Estado e dele apropriam-se atores não estatais, grupos armados organizados e forças irregulares à margem do controle governamental, muitas vezes recorrendo a atos terroristas e outros métodos de combate repudiados pelas leis e costumes da guerra: são as guerras de 4^a geração.

Acompanhando as tendências de distribuição demográfica, as guerras, como fenômenos culturais e sociopolíticos, gradualmente tiveram seus espaços decisivos de disputa deslocados do campo para as cidades.⁶ Nas campanhas militares contemporâneas, as áreas urbanas têm sido o cenário principal em que elas são travadas. Se nas guerras do passado os combates entre os Estados-nação eram travados e decididos em amplos espaços abertos, utilizando o campo como área de operações, na atualidade houve praticamente uma inversão nesse modo de combater. Na 1^a Guerra do Golfo (1991), a última típica guerra de 3^a geração, apenas cem horas de intensos combates no deserto foram suficientes para definir o conflito. Já na Guerra do Iraque (2003) – uma espécie de transição paradigmática entre as 3^a e 4^a gerações de guerra – a campanha em terreno aberto durou aproximadamente dezesseis dias, até os arrabaldes da capital Bagdá. A partir daí, imersa num cenário de assimetria típico, as forças aliadas totalizaram quase dez anos de combates.

Uma das principais consequências da maior “urbanização” das guerras é a mudança drástica no perfil dos atingidos pelos seus efeitos: cada vez mais os civis tornam-se vítimas dos conflitos. Além das guerras mais urbanas, há outros três fatores que contribuem para essa progressiva inversão: a tecnologia como aliada dos militares (capacetes e coletes balísticos, viaturas blindadas, armamentos à prova de falhas), os resíduos de guerra (minas,

⁶ Como observa WALZER (2003, p. 275), há aí uma espécie de retorno ao passado, já que, na época das cidades-estados, as localidades eram, obviamente, o objetivo supremo.

munições *cluster*) e a indefinição dos atores no campo de batalha (misturando combatentes ilegais aos civis e aos próprios militares).

Destarte, o termo “Guerra em Três Quarteirões” foi idealizado pelo General Charles C. Krulak, Comandante do Corpo de Fuzileiros Navais dos Estados Unidos entre 1995-1999. A partir de sua experiência em cenários de “Estados falidos” como a Somália e a ex-Iugoslávia, ele desenvolveu o conceito para descrever as demandas do campo de batalha moderno: forças militares capacitadas a conduzir ações humanitárias, de manutenção/estabilização da paz (ou controle de distúrbios) e de combate convencional simultaneamente em três quarteirões contíguos, dentro de uma mesma zona de operações:

Em um momento, [...] os soldados estarão alimentando e vestindo refugiados e deslocados internos, provendo assistência humanitária. No momento seguinte, eles estarão separando duas tribos rivais, conduzindo operações de paz. Por fim, eles estarão lutando em uma batalha de intensidade média, altamente letal. Tudo isso no mesmo dia, tudo dentro de três quarteirões da cidade.⁷

A metáfora da Guerra em Três Quarteirões, embora não reflita uma premissa doutrinária militar, descreve a natureza multidimensional das missões militares modernas, e a necessidade de as forças armadas estarem capacitadas a operar ao longo de todo o espectro dos conflitos. A noção de *conflito*, ou seja, o enfrentamento intencional entre oponentes predispostos a usar variado grau de violência, embute uma ampla faixa de abrangência, percorrendo desde o conflito entre indivíduos ou grupos de indivíduos até o que ocorre entre Estados, grupos armados organizados (não estatais) ou coalizões de Estados. A guerra é o conflito no seu grau máximo de violência, conforme se depreende do Quadro 1.

⁷ DORN e VEREY, 2009, p. 38; 39.

Quadro 1: O espectro dos conflitos

CONFLITO		
CONTROLÁVEL		INCONTROLÁVEL
PAZ	CRISE	CONFLITO ARMADO (GUERRA)
NEGOCIAÇÃO		FORÇA
Outras Situações de Violência (OSV): - comícios e manifestações - tensões internas - distúrbios internos		Conflito Armado Internacional (CAI) Conflito Armado Interno (CANI)
} GLO		
Operações da Apoio à Paz (ONU)		

Fonte: o autor, adaptado de C 124-1, Estratégia (2001).

3 GUERRA, NÃO GUERRA E SEUS MARCOS LEGAIS

O Direito Internacional Humanitário (DIH) é um direito de exceção, aplicável apenas às situações de conflito armado, quer *internacionais* ou CAI (entre Estados), quer *não internacionais* ou CANI (grupos armados não estatais que lutem entre si e/ou contra Estados), porém não aplicável às outras situações de violência (OSV), tais como comícios e manifestações agressivas, tensões ou distúrbios internos.⁸ Ele oferece aos indivíduos diferentes tipos de proteção, dependendo da categoria a que pertençam. Por exemplo, existem regras específicas para doentes e feridos, náufragos, prisioneiros de guerra e população civil. O DIH vincula não apenas os Estados, mas também atores

⁸ Ver Quadro 1

N. do A.: embora haja alguns poucos entendimentos contrários a esse respeito no Brasil (particularmente devido a situações como o enfrentamento à criminalidade organizada nas comunidades do Rio de Janeiro), é pacífico que o marco legal aplicável às chamadas “outras situações de violência” (OSV), tais como tensões e distúrbios internos, não é o DIH, mas sim o arcabouço normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), bem como instrumentos de *soft law* internacionais reguladores da conduta dos agentes encarregados da aplicação da lei.

não estatais, particularmente grupos armados, e se aplica a qualquer conflito armado, independentemente de onde ele ocorra. Além disso, as regras específicas do DIH aplicáveis a um determinado conflito dependerão da natureza desse conflito. Por exemplo, todo o corpo de DIH se aplica aos conflitos armados internacionais, enquanto apenas algumas regras se aplicam aos conflitos armados não internacionais.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), por sua vez, não faz distinções equivalentes. Ele protege qualquer pessoa, em qualquer lugar — inclusive durante conflitos armados — independentemente de seu *status*, embora os Estados possam derrogar alguns desses direitos quando sua sobrevivência está em jogo.

Enquanto o DIH foi especialmente concebido para o tempo de guerra, o DIDH foi imaginado para o tempo de paz, não obstante tenha aplicação em qualquer tempo e lugar, o que inclui as épocas de tensões internas (estado de sítio, por exemplo) e os tempos de guerra. Nessas hipóteses excepcionais, diferentemente do DIH, o DIDH sofre derrogações, restando apenas a garantia de determinados direitos fundamentais considerados como essenciais pelos próprios tratados de direitos humanos.

O Quadro 2 materializa um esforço sinótico comparativo entre os dois ramos:

Quadro 2: Comparação entre DIH e DIDH

	Aplicação (quem/quando)	Proteção (contra quem)	Suspensão ou derrogação	Supervisão e coerção
DIDH	- Qualquer pessoa - Em qualquer tempo	Contra violações de agentes de seu próprio Estado	Alguns, como a liberdade de imprensa e de circulação, durante estado de sítio	Comissões/Comitês de DIDH (na ONU e regionais)
DIH	- Civis, feridos, doentes, prisioneiros de	Contra infrações graves do	Nunca	- Próprios Estados, por meio de leis penais

	guerra, civis internados, pessoal sanitário e religioso, pessoal da Cruz Vermelha - Em tempo de conflito armado.	próprio Estado ou de outros Estados, de grupos ou indivíduos armados sob comando responsável		internas - Tribunal Penal Internacional
--	---	--	--	--

Fonte: o autor.

Desse modo, o tendo por base tratados celebrados principalmente em Genebra e na Haia, o DIH busca, de um lado, proteger pessoas e bens civis dos efeitos dos combates; de outro, regular meios e métodos de combate, não permitindo que a sua escolha fique inteiramente à mercê da vontade das partes contendoras. Para Swinarski (1996), o DIH:

(...) é o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.⁹

Interessante observar que o fato de que tanto o DIH quanto o DIDH aplicarem-se aos conflitos armados não significa necessariamente que haverá choque entre ambos os corpos legais. O entendimento majoritário entre os doutrinadores é que os dois ramos são complementares entre si. Nesse sentido, a correlação entre DIH e DIDH, do ponto de vista doutrinário, é objeto de discussão em torno de três correntes de pensamento: a *integracionista* (DIH e DIDH seriam um corpo uno, monolítico), a *separatista* (seriam ramos do direito completamente diferentes) e a *complementarista* (seriam dois sistemas diferentes que se completam). Para Swinarski, que vocaliza o entendimento do CICV acerca do assunto, “os

⁹ ACCIOLY, 1982, p. 18.

sistemas são complementares, pois nascem de uma mesma preocupação: o respeito à dignidade humana”.¹⁰

Sendo, portanto, o DIH e o DIDH considerados majoritariamente como sendo dois ramos complementares, como harmonizar sua aplicação às diferentes situações e cenários em que são demandados? Ora, nesse caso é preciso inicialmente responder a outra pergunta: existem obstáculos jurídicos concretos à aplicação do DIDH em conflitos armados? Novamente num breve exercício inquisitivo, eis quatro desses possíveis obstáculos e algumas considerações para refutá-los:

1º) Há alguma previsão do DIH que exclua a aplicação concorrente do DIDH? Não, pelo contrário. O próprio artigo 75 (1) do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949 expressamente declara que:

[...] as pessoas que estejam em poder de uma Parte em conflito, e que não desfrutem de um tratamento mais favorável em virtude das Convenções ou do presente Protocolo, serão tratadas em todas as circunstâncias com humanidade, [...] sem distinção alguma de caráter desfavorável baseada na raça, cor, sexo, idioma, religião ou crença, opiniões políticas ou de outro gênero, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou contra condição ou qualquer outro critério análogo.¹¹

2º) Tratados de Direitos Humanos cessam sua aplicação durante tempo de guerra? Não. Nesse sentido, a Minuta dos Artigos Sobre Efeitos dos Conflitos Armados nos Tratados, adotada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, assim se posiciona:

Artigo 7º - [...] lista indicativa de tratados cuja matéria implica que eles continuam em vigor, no todo ou em parte, durante conflito armado [...]:
Anexo – Lista indicativa de Tratados Referidos no Artigo 7º:

¹⁰ SWINARSKI, C. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. p. 24. Brasília: CICV, 1996.

¹¹ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949*. Genebra, 1977.

[...] (f) tratados para a proteção internacional de direitos humanos. [...]”¹²

3º) Diferentemente das normas de cunho humanitário, que nunca podem ser derogadas, tratados de DIDH autorizam certas derrogações e direitos quando a sobrevivência do Estado está em risco. Sim. Porém, direitos fundamentais, tais como proibição de tortura, maus tratos, execução sumária, nunca podem ser derogados, nem mesmo em tempo de guerra. Isso significa que, mesmo as medidas destinadas a “flexibilizar” a aplicação dos tratados de DIDH, medidas essas materializadas por meio de certas derrogações, são, elas próprias, autolimitadas, ainda que seja em tempo de guerra.

4º) Um quarto e último suposto obstáculo à aplicação do DIDH em conflitos armados seria o escopo geográfico de aplicação dos tratados de DIDH, ou seja, a sua extraterritorialidade, em especial no que concerne a territórios ocupados em decorrência de conflito armado (o DIH/DICA dispõe expressamente sobre ocupação territorial na IV Convenção de Genebra de 1949). Ocorre que essa questão da abrangência geográfica do DIDH também já teve ampla aceitação internacional. Em 1968, a Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada em Teerã (Irã), em celebração ao vigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, representou um importante marco no entendimento de que o DIDH também é aplicável a conflitos armados. Ainda sob os impactos da Guerra dos Seis Dias (1967), e da ocupação de territórios vizinhos por parte de Israel, a comunidade internacional adotou várias resoluções destinadas a afirmar a aplicabilidade do espírito da Declaração de 1948 aos conflitos armados, com ênfase ao seu efeito estendido aos territórios então ocupados pelos israelenses. Por exemplo, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, ou PIDCP

¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. *Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties, with commentaries*. Yearbook of the International Law Commission, vol. II, part 2. New York, 2011. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_10_2011.pdf. Acesso em 25 jun. 2021.

(1966), refere-se expressamente a um duplo critério para sua aplicação pelos Estados Partes: jurisdição e território. Conforme o seu Artigo 2º: “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos, que se achem em seu *território* e que estejam sujeitos a sua *jurisdição*, os direitos reconhecidos no presente Pacto [...]”¹³ [destaques meus].

Segundo Israel, o critério de aplicação deveria ser cumulativo, ou seja, os indivíduos devem estar “sob sua jurisdição e em seu território”, razão pela qual ele não se aplicaria aos territórios ocupados. Porém, a Corte Internacional de Justiça, em uma opinião consultiva¹⁴ acerca da legalidade do muro construído por Israel nos territórios ocupados, baseou sua argumentação na prática costumeira do Comitê de Direitos Humanos e nos trabalhos preparatórios do Pacto, concluindo que é suficiente, para a aplicação daquele instrumento, que apenas uma das duas condições apresente-se (“dentro do território” ou “sob a jurisdição”). Em outras palavras, ficou definido que o Pacto é aplicável acerca de atos realizados pelo Estado no exercício de sua jurisdição, ainda que fora de seu próprio território.

Uma das soluções que os juristas têm construído para dissipar aparentes conflitos é a interpretação de um ramo à luz do outro, ou seja, uma espécie de “humanitarização” do DIDH e “humanização” do DIH/DICA. Em outras palavras, realizar *interpretações cruzadas*.

Em termos de “humanitarização” do DIDH a nível internacional, um dos excelentes exemplos está contido no parágrafo 24 do Parecer Consultivo

¹³ BRASIL. Presidência da República. Decreto Nr 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. *Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos*. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 19 jun. 2021.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Ocupado da Palestina*. Resolução ES-10/14, 8 dez. 2003. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/131>. Acesso em: 13 jun. 2021.

da Corte Internacional de Justiça (CIJ) sobre a Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares em Conflitos Armados:¹⁵

[...] a proteção do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não cessa em tempos de guerra, exceto por aplicação do artigo 4º da Convenção, pelo qual certas disposições podem ser derogadas em um momento de emergência nacional. O respeito pelo direito à vida não é, no entanto, uma dessas disposições. Por princípio, o direito de não ser arbitrariamente privado da vida também se aplica às hostilidades. A análise do que é uma privação arbitrária de vida, entretanto, precisa ser feita segundo observância do princípio da especialidade (*lex specialis*), nomeadamente o direito aplicável em conflitos armados, que se destina a regular a condução das hostilidades. Assim, se a perda de uma determinada vida pelo uso de uma determinada arma durante conflito armado deve ser considerada uma privação arbitrária de vida e, portanto, contrária ao artigo 6º do Pacto, isso só pode ser decidido mediante o direito aplicável aos conflitos armados, e não deduzido dos termos do próprio Pacto.

Desse modo, a Corte deixa claro não apenas que o DIDH (em particular o PDCP) é aplicável também durante conflitos armados — salvo se derrogações tenham sido submetidas e aceitas, e excetuando-se o direito à vida —, mas ela também se vale do princípio da especialidade¹⁶, que é um dos poucos mecanismos previstos no direito internacional para aparentes conflitos de normas. Adicionalmente, princípio da especialidade não foi usado simplesmente a favor do DIH, mas sim para estabelecer o próprio contexto jurídico em que o DIDH deve ser interpretado. Em outras palavras, o direito à vida, de acordo com as leis de direitos humanos, deve ser interpretado à luz do DIH.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*. Opinião Consultiva. 8 jul. 1996. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/93/14167.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

¹⁶ N. do A.: segundo esse princípio, uma norma mais específica prevalece sobre uma norma mais geral acerca da mesma matéria.

Já no sentido oposto, o da “humanização”, podemos mencionar dois exemplos de como alguns conceitos não originalmente elaborados pelo DIH/DICA são interpretados com base em significados oriundos do DIDH.

O primeiro deles é o caso da definição de tortura. Por exemplo, julgados do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia têm recorrido ao DIDH, em especial à convenção contra a tortura¹⁷, para determinar se houve o cometimento do crime de guerra de tortura.

Outro exemplo é o que envolve aspectos procedimentais e de devido processo legal. De acordo com o artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949, são proibidas “as condenações pronunciadas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio proferido por tribunal regularmente constituído, que conceda garantias judiciárias reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados”. Entretanto, como as Convenções não definem o que seriam “garantias judiciárias reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados”, a Suprema Corte do Estados Unidos, ao pronunciar-se sobre um caso acerca da legalidade das comissões militares estabelecidas pelo governo George Bush para julgar detentos de Guantánamo, indicou que “outros instrumentos adicionais dos quais os Estados Unidos é signatário incluem as mesmas proteções básicas estabelecidas na lei internacional humanitária, por exemplo, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos.¹⁸

¹⁷ BRASIL. Presidência da República. Decreto Nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. *Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 23 jun. 2021.

¹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Caso Hamdan v. Rumsfeld, Secretário de Defesa et al. Nota Nº 66 do Caso*. Disponível em: supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.

4 A PROPORCIONALIDADE SOB O PARADIGMA MILITAR E SOB O PARADIGMA DA GARANTIA DA LEI E DA ORDEM (SEGURANÇA PÚBLICA)

As fontes do DIH remontam a uma origem consuetudinária, mas foram amplamente codificadas durante o século XX e, na maior parte dos casos, continuam a ter um valor consuetudinário para os Estados que não ratificaram nem aderiram aos textos convencionais. Por sua vez, os tratados internacionais são considerados fontes por excelência do DIH.

Em algumas situações, porém, tanto os tratados quanto os costumes internacionais sobre DIH não proporcionam orientações suficientes para uma abordagem mais abrangente, o que pode ser obtido por meio dos *princípios fundamentais*. Como já mencionado, no DIH são eles: a *distinção*, a *humanidade*, a *limitação*, a *necessidade militar* e a *proporcionalidade*. Como fontes, os princípios fundamentais são também revestidos de importância destacada, pois:

(...) mesmo não havendo hierarquia entre as fontes, se se deve adotar uma ordem de precedência entre elas, o lugar primacial cabe aos princípios [fundamentais], porque estes são a base do direito [humanitário] positivo, cujas regras são apenas a cristalização e a concretização dos ditos princípios.¹⁹

[...] os princípios são normas de extrema generalidade e abstração, em contraste com as regras, cujo conteúdo normativo é sempre mais preciso e concreto. Embora aceitos em diversas culturas e civilizações, os mesmos princípios são interpretados e aplicados, em cada uma delas, mediante regras bem diversas. Por isso a reunião, num mesmo sistema, do conjunto das normas de moral, direito e religião só pode ser feita no nível dos princípios, mas não no das regras. A função social das regras consiste em interpretar e concretizar os princípios, à luz do ideário vigente, em cada época histórica, nas diferentes culturas ou civilizações.²⁰

¹⁹ ACCIOLY, 1982, p. 5.

²⁰ COMPARATO, 2006, p. 510.

Para o DIH, sob o paradigma militar, o princípio da proporcionalidade destina-se a limitar os danos causados pelas operações militares. Ele exige que o efeito dos meios e métodos de guerra utilizados não seja desproporcional em relação à vantagem militar buscada.

A proporcionalidade, assim como a necessidade militar, com a qual tem numerosos pontos em comum, é um dos componentes essenciais do direito dos conflitos armados. O termo fundamental para analisar na equação de proporcionalidade é a palavra “excessivo”. Embora a avaliação da proporcionalidade na guerra inclua necessariamente elementos subjetivos, é possível retirar alguns critérios de orientação objetivos dos termos utilizados nos tratados. Por exemplo, as lesões provocadas a pessoas ou bens protegidos somente podem justificar-se por vantagens de natureza *militar*, não de ordem política, econômica ou demais benefícios de caráter não militar. Além disso, a vantagem deve ser concreta e direta, não puramente hipotética, especulativa ou indireta. A vantagem deve ser igualmente o resultado de um ataque ou de uma operação militar específicos, e não de uma campanha militar no seu conjunto.²¹

Segundo Swinarski (1991), a proporcionalidade no DIH vem a ser a relação de equilíbrio que deve haver entre a necessidade militar e o princípio de humanidade. Proporcional é o meio adequado, razoável, capaz de atingir o fim visado produzindo o menor dano possível. A apreciação prática deste princípio, como em qualquer outro ramo do direito, não é tarefa fácil e deverá ser analisada considerando-se as circunstâncias do caso concreto. Dito de outro modo, no campo de batalha, como um comandante equilibra vidas humanas com a destruição de alvos inimigos? Podem vidas humanas ser comparadas com “coisas”? Esse é o terrível e impossível problema da proporcionalidade.²²

²¹ SOLIS, 2010, p. 274.

²² *Id.*, p. 273.

Um método prático para decidir quanto a realizar ou não um ataque levando em conta o princípio da proporcionalidade consiste em efetuar um teste composto de cinco perguntas:²³

Quadro 3 – Teste para decidir quanto a realizar ou não um ataque levando em conta o princípio da proporcionalidade

QUESTÃO A SER FORMULADA	EM OUTRAS PALAVRAS...
<i>1) Sou capaz de fazer uma identificação positiva do alvo que quero atingir?</i>	<i>1) Tenho certeza de que é um objetivo militar?</i>
<i>2) Existem bens protegidos, civis ou não combatentes, escudos humanos involuntários ou preocupações ambientais significativas dentro do alcance do armamento que eu gostaria de usar para atacar o alvo?</i>	<i>2) Morrerão civis se eu atacar com a arma ou método que planejo?</i>
<i>3) Posso atenuar os danos colaterais atacando o alvo com um armamento diferente ou com outro método de engajamento, permitindo ainda assim o cumprimento da missão?</i>	<i>3) Haverá menos dessas mortes se eu usar outra arma ou método que ainda sim cumpra a missão?</i>
<i>4) Caso negativo, quantos civis e/ou não combatentes acredito que serão feridos ou mortos pelo ataque?</i>	<i>4) Se não for possível usar outra arma ou método, quantos civis serão feridos ou mortos?</i>
<i>5) Os danos colaterais resultantes do ataque serão excessivos em relação à vantagem militar que espero conseguir?</i>	<i>5) Isso será proporcional?</i>

Fonte: o autor.

²³ CINELLI, 2016, p. 80.

Pode-se também verificar a proporcionalidade por meio da aplicação da “*Regra de Rendulic*”²⁴, que tem uma forte correlação com o princípio da necessidade militar:

Para se determinar se um ataque foi proporcional, é necessário examinar se uma pessoa razoavelmente bem informada, estando nas mesmas circunstâncias do perpetrador real (tempo e local da decisão), e fazendo uso razoável da informação disponível a ele ou a ela, poderia ter previsto excessivas baixas acidentais de civis como resultado desse ataque.

Em suma, a proporcionalidade no DIH (marco legal de conflitos armados) é uma consideração necessária nos ataques a civis, porém não a combatentes. Isso porque combatentes buscam tanto maximizar a morte de combatentes inimigos quanto maximizar a destruição de bens militares inimigos, o que é exatamente o inverso do que se busca em relação aos civis e seus bens. Entretanto, como a norma indica, proporcionalidade não é uma proibição total, muito embora o que constitui uma perda de vidas “excessiva” — tal como o significado do termo “razoável” — seja deixado à interpretação dos foros legais.²⁵ O princípio da proporcionalidade está inserido em quase todos os sistemas legais nacionais e está na base da ordem legal internacional. Sua função no direito é relacionar meios e fins.²⁶

Não obstante, a proporcionalidade possui um padrão diferente em um contexto de imposição da lei (paradigma da segurança pública ou da garantia da lei e da ordem), onde a legislação referente aos direitos humanos (DIDH) prevalece em relação ao DIH. Em um conflito armado, o uso de força letal é frequentemente o primeiro recurso utilizado. No caso de imposição da lei, quando um agente do Estado usa a força contra um

²⁴ Lothar Rendulic, general alemão durante a Segunda Guerra Mundial, foi condenado em Nuremberg há 20 anos de prisão pela execução de civis como represália, durante operações em território da antiga Iugoslávia.

²⁵ SOLIS, 2010, p. 274.

²⁶ GUTMAN *et al.*, 2007, p. 341.

indivíduo, o efeito sobre o indivíduo é sempre balanceado com o propósito de proteger a pessoa de violência ilegal ou de restrições ilegais de direitos.²⁷ A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que se deve indagar não apenas sobre a legalidade das restrições a determinados direitos (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade dessas restrições com o princípio da proporcionalidade. Com isso, o princípio da reserva legal é substituído pelo *princípio da reserva legal proporcional*, que pressupõe não somente a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, mas também a *adequação* desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a *necessidade* de sua utilização.²⁸

Em consequência, nas operações em que não esteja configurado um cenário de conflito armado (CAI ou CANI), a ação somente é proporcional se a menor intensidade de força necessária for usada. O uso de força letal só é permitido em algumas poucas circunstâncias. O meio ou método não será *necessário* se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo *adequada* e menos onerosa. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. A proporcionalidade em sentido estrito assume, desse modo, o papel de um controle de sintonia fina, indicando a justeza da solução adequada encontrada ou a necessidade de sua revisão.²⁹

Em outras palavras, enquanto os padrões de imposição da lei (paradigma da segurança pública) estabelecem que o uso da força tem que ser proporcional ao objetivo legítimo a ser alcançado, o DIH permite ataques diretos a objetivos militares, incluindo combatentes e outras pessoas que estão tomando parte diretamente nas hostilidades, já que esses bens e essas pessoas não estão abrangidos pela proporcionalidade.³⁰

²⁷ SOLIS, 2010, p. 281.

²⁸ MENDES e BRANCO, 2013, p. 226.

²⁹ MENDES e BRANCO, 2013, p. 227.

³⁰ SOLIS, 2010, p. 281.

Enquanto o DIH baseia-se principalmente nos tratados e nas normas consuetudinárias, dois dos mais importantes documentos a reger o uso da força sob o paradigma de não guerra (garantia da lei e da ordem) situam-se no espectro de *soft law*, ambos firmados no seio da Organização das Nações Unidas: o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (CCFRAL) e os Princípios Básicos para o Uso da Força e Armas de Fogo (PBUFAF). Embora não constituam tratados, o CCFRAL e o PBUFAF oferecem diretrizes e estabelecem padrões para as práticas de aplicação da lei que são consistentes com as disposições relativas aos direitos humanos e liberdades fundamentais:

Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só podem empregar a força quando tal se afigure estritamente necessário e na medida exigida para o cumprimento do seu dever.³¹

Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só podem utilizar armas de fogo para dispersarem reuniões violentas se não for possível recorrer a meios menos perigosos, e somente nos limites do estritamente necessário.³²

Sempre que o uso legítimo da força ou de armas de fogo seja indispensável, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem:

- a) Utilizá-las com moderação e a sua ação deve ser proporcional à gravidade da infração e ao objetivo legítimo a alcançar;
- b) Esforçar-se por reduzirem ao mínimo os danos e lesões e respeitarem e preservarem a vida humana; [...]³³

Nesse contexto, os princípios essenciais em que se baseiam o uso da força e das armas de fogo em um contexto de garantia (imposição) da lei e da ordem são:

- (a) legalidade;
- (b) precaução;

³¹ CCFRAL, art. 3º.

³² *Id.*, art. 4º.

³³ *Id.*, art. 5º.

- (c) necessidade;
- (d) *proporcionalidade*; e
- (e) responsabilização.

Os responsáveis pela aplicação da lei só podem recorrer ao uso da força quando todos os outros meios de alcançar um objetivo legítimo tiverem falhado (necessidade) e o uso da força puder ser justificado (proporcionalidade) em termos da importância do objetivo legítimo (legalidade) a ser alcançado. No que especificamente concerne à *proporcionalidade*, o subprincípio da *adequação* exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos, enquanto o subprincípio da *necessidade* significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo seria igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

No mesmo giro, os responsáveis pela aplicação da lei devem ser moderados quando usam a força e as armas de fogo e devem agir em proporção à gravidade da infração e ao objetivo legítimo a alcançar. Eles estão autorizados a usar apenas a força necessária para alcançar um objetivo legítimo. O uso de armas de fogo para alcançar objetivos legítimos de aplicação da lei é considerado uma medida extrema:

Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem fazer uso de armas de fogo contra pessoas, salvo em caso de legítima defesa, defesa de terceiros contra perigo iminente de morte ou lesão grave, para prevenir um crime particularmente grave que ameace vidas humanas, para proceder à detenção de pessoa que represente essa ameaça e que resista à autoridade, ou impedir a sua fuga, e somente quando medidas menos extremas se mostrem insuficientes para alcançarem aqueles objetivos. Em qualquer caso, só devem recorrer intencionalmente à utilização letal de armas de fogo quando isso seja estritamente indispensável para proteger vidas humanas.³⁴

Nas circunstâncias referidas no Princípio 9, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem identificar-se como

³⁴ PBUFAF, Princípio 9.

tal e fazer uma advertência clara da sua intenção de utilizarem armas de fogo, deixando um prazo suficiente para que o aviso possa ser respeitado, exceto se esse modo de proceder colocar indevidamente em risco a segurança daqueles responsáveis, implicar um perigo de morte ou lesão grave para outras pessoas ou se se mostrar manifestamente inadequado ou inútil, tendo em conta as circunstâncias do caso.³⁵

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã aceita que o fundamento do princípio da proporcionalidade resida tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do Estado de Direito, sendo sua aplicação decorrente de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo.³⁶ Não resta dúvida, portanto, que o princípio da proporcionalidade pertence à categoria de princípio jurídico-constitucional.³⁷

5 CONVERGÊNCIAS DA PROPORCIONALIDADE EM CENÁRIOS DE CONFORMAÇÃO DIFUSA

Um grande número de indivíduos que portam armas — forças armadas, forças de segurança, polícia, grupos armados não estatais e empresas militares ou de segurança privadas — usam a força em situações muito diversas, que vão desde a manutenção da lei e da ordem em tempo de paz até operações de combate altamente letais. Eles também usam a força em situações intermediárias, tais como manifestações violentas, tensões ou graves distúrbios.

Para lidar com questões desse tipo, a aproximação entre o DIH e o DIDH tem encontrado abrigo em resoluções adotadas em diversas Conferências internacionais, numa saudável tendência de intercâmbio entre os respectivos marcos legais, e permeando diferentes regionalidades dos sistemas protetivos.

³⁵ *Id.*, Princípio 10.

³⁶ MENDES e BRANCO, 2013, p. 218.

³⁷ SILVA, 1998, p. 97.

Considere-se, por exemplo, o seguinte cenário hipotético: em um contexto de conflito armado internacional (Estado A contra Estado B), as forças armadas do Estado A *invadem e ocupam* uma significativa porção do território do Estado B. Como ocorre em inúmeros conflitos armados, na faixa agora ocupada vivem nacionais do Estado B cuja origem étnica e identidade linguístico-cultural são comuns aos nacionais do Estado A.

Aqui se faz necessária uma explicação. Diferentemente do conceito de *território invadido* — situação transitória, breve, de irrupção violenta em território de outro Estado — um *território ocupado* é aquele que, em consequência da intenção do invasor de nele permanecer, encontra-se colocado de fato sob a autoridade do exército inimigo.³⁸ Em termos práticos, significa que cessaram as hostilidades inimigas sobre as forças invasoras, tendo sido os combatentes inimigos neutralizados ou destruídos. Existem normas detalhadas que estabelecem os direitos e deveres desse ocupante³⁹, o qual tem a obrigação de adotar as medidas necessárias para restabelecer e garantir a ordem e a vida pública, respeitando, salvo impedimento absoluto, as leis outrora em vigor. Caso contrário, ou seja, não conseguindo a autoridade ocupante se estabelecer de fato, o território não está *ocupado*, mas apenas *invadido*, sendo ainda tecnicamente um campo de batalha. Evidentemente que, a despeito dos ônus logísticos e institucionais de qualquer força ocupante, a almejada fase de estabilização pós-conflito impescinde do controle territorial pleno.

Retomando o cenário apresentado: a área do Estado B ocupada pelo Estado A consiste de um recorte territorial não linear, cujos limites físicos não são claramente definidos. Numa faixa situada nessa transição entre o território ocupado (onde não mais há, em tese, combates) e o território que ainda é um campo de batalha (onde as hostilidades bélicas inimigas diretas ainda subsistem), existe uma cidade densamente povoada. Essa localidade,

³⁸ Art. 42 do Regulamento da IV Convenção da Haia, de 1907.

³⁹ IV Convenção de Genebra, Título III, Seção III.

diante da nova configuração territorial, passa agora a ser um município fronteiriço, envolto pela instabilidade que naturalmente caracteriza essa área em disputa.

Na porção oeste da cidade, mais próxima à faixa limítrofe, escaramuças entre os combatentes das duas forças armadas exigem que os soldados ocupantes façam uso da força sob o manto do DIH, conduzindo-se segundo os critérios de necessidade e proporcionalidade do paradigma de conflito armado. Distante cerca de 2 km para leste, em um bairro contíguo, uma manifestação aparentemente pacífica forma-se em protesto à ocupação do Estado A, movendo-se para oeste.

Em dado momento, optando por não reprimir *a priori* a manifestação — possivelmente para evitar a pecha de “invasor tirano” — as forças armadas de A surpreendem-se na seguinte situação: uma extremidade do batalhão enfrenta combatentes inimigos sob o marco legal do DIH, enquanto os soldados localizados na outra extremidade do mesmo batalhão atuam agora para controlar os ânimos dos manifestantes, que gradualmente começam a fazer uso de violência (lançamento de pedras sobre a tropa, vandalização de equipamentos públicos, destruição de veículos estacionados). Um típico exemplo da metáfora da guerra em três quarteiros. Como deve agir esse comandante para compatibilizar a aplicação do princípio da proporcionalidade com as condutas esperadas em cada situação (paradigma militar e paradigma de segurança pública), considerando, conforme expresso no Protocolo Adicional I de 1977, que:

(...) a aplicação das Convenções e do Protocolo cessará, no território das Partes em conflito, ao término geral das operações militares e, *em caso de territórios ocupados, ao término de ocupação*, exceto, em ambas circunstâncias, para as pessoas cuja liberação definitiva, repatriação ou restabelecimento tenha lugar posteriormente.⁴⁰ [destaque meu]

⁴⁰ Art. 3º.

A maioria dos instrumentos de direitos humanos permite que os governos derroguem certos direitos, desde que sob condições específicas e quando confrontados com sérias ameaças públicas, ou ainda quando a sobrevivência do Estado está em jogo. No entanto, existe um “núcleo duro” de direitos básicos que os governos não podem derrogar em qualquer circunstância. Como um direito de exceção, não há derrogações permitidas pelo DIH, uma vez que esse ramo do direito foi concebido para encontrar um equilíbrio entre o direito de usar a força (situações de conflitos armados, ou seja, guerras) e a obrigação de proteger os direitos e a dignidade das pessoas. No caso do DIDH, alguns direitos, como a liberdade de imprensa e de circulação, podem ser derrogados durante o estado de sítio.⁴¹ Não há, portanto, vácuo. O uso da força sempre ocorre dentro de um arcabouço legal definido.⁴²

O delineamento conceitual da proporcionalidade, embora distinto nos dois casos (guerra; imposição da lei), possui elementos constitutivos que permitem uma mínima convergência a servir como diretiva básica para o uso da força, cuja síntese comparativa pode ser observada no Quadro 3:

⁴¹ Constituição Federal, art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- I - obrigação de permanência em localidade determinada;
- II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
- IV - suspensão da liberdade de reunião;
- V - busca e apreensão em domicílio;
- VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
- VII - requisição de bens.

⁴² CICV, 2011, p. 5.

Quadro 4 – Delineamentos conceituais do princípio da proporcionalidade

DELINEAMENTOS CONCEITUAIS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	
Paradigma Militar (uso da força em conflito armado)	Paradigma da Segurança Pública (uso da força em outras situações de violência)
Danos colaterais (baixas acidentais) x Vantagem militar concreta e direta	Adequação (legitimidade do fim pretendido) + Necessidade (limites do meio/método não excedíveis) + Proporcionalidade <i>stricto sensu</i> (escolha do meio/método com base no conjunto dos interesses em jogo)
Síntese Conceitual:	
Observado quando os danos colaterais (baixas acidentais) resultantes do uso da força <u>não são excessivos</u> em relação à vantagem militar concreta e direta	Observado quando a escolha do meio/método considera o conjunto dos fatores em análise e <u>não excede</u> os limites indispensáveis ao atingimento do fim legítimo pretendido

Fonte: o autor.

No exemplo hipotético apresentado, o dilema enfrentado pelo comandante consistirá, grosso modo, em determinar que tipo de paradigma deverá prevalecer no seio da sua unidade ao lidar com dois níveis distintos no espectro dos conflitos. A tendência será, em razão dos mecanismos de sobrevivência inerentes ao ser humano quando em situações-limite (“lei do choque ou fuga”), adotar monoliticamente o paradigma que possibilite o maior nível possível de proteção, combinado com a maior amplitude possível

de resposta. Entretanto, mesmo em se tratando de um território ocupado, no qual são aplicáveis as normas do DIH, até que cesse a referida ocupação, é imperioso recordar que não estão derogados determinados direitos tutelados pelo DIDH, sobretudo o direito à vida e à proteção contra violência ilegal. Desse modo, ainda que em uma manifestação pública com espasmos de violência localizados, em não sendo ultrapassado o limiar de intensidade requerido para um enquadramento jurídico como conflito armado, a realidade fática se imporá, exigindo a observância dos parâmetros, técnicas, táticas e procedimentos afetos ao paradigma da garantia da lei e da ordem, alguns dos quais estabelecidos na inteligência do Princípio 11 do PBUFAF:

11. As normas e regulamentações relativas à utilização de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem incluir diretrizes que:

- a) Especifiquem as circunstâncias nas quais os funcionários responsáveis pela aplicação da lei sejam autorizados a transportar armas de fogo e prescrevam os tipos de armas de fogo e munições autorizados;
- b) Garantam que as armas de fogo sejam utilizadas apenas nas circunstâncias adequadas e de modo a reduzir ao mínimo o risco de danos inúteis;
- c) Proibam a utilização de armas de fogo e de munições que provoquem lesões desnecessárias ou representem um risco injustificado;
- d) Regulamentem o controle, armazenamento e distribuição de armas de fogo e prevejam nomeadamente procedimentos de acordo com os quais os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devam prestar contas de todas as armas e munições que lhes sejam distribuídas;
- e) Prevejam as advertências a efetuar, sendo caso disso, se houver utilização de armas de fogo;
- f) Prevejam um sistema de relatórios de ocorrência, sempre que os funcionários responsáveis pela aplicação da lei utilizem armas de fogo no exercício das suas funções.

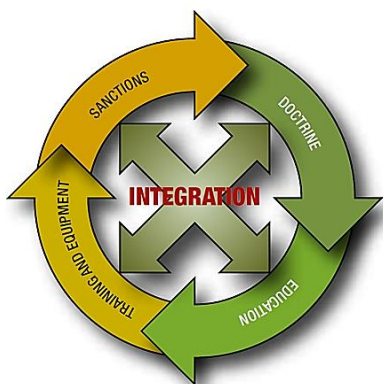
Destarte, considerando a proporcionalidade no uso da força segundo o paradigma de segurança pública, ou seja, *a escolha de um meio/método que considere o conjunto dos fatores em análise e não exceda os limites indispensáveis ao atingimento do fim legítimo pretendido*, é lícito supor que, em cenários de conflitos complexos tendentes à rápida escalada nos níveis de violência (concomitância de guerra e não guerra em espaços territoriais contíguos), ou naqueles cujo marco legal do DIDH aparentemente prevaleça (outras situações que não conflito armado), a decisão deve sempre privilegiar o emprego de meios/métodos que melhor representem a preocupação legítima em impedir a formação de uma espiral de violência. Isso significa que os membros das forças armadas precisam tanto estar aptos ao uso progressivo dos meios/métodos à sua disposição (como no caso das situações de imposição da lei que gradualmente extrapolam para distúrbios violentos), como também serem capazes de, instantânea e oportunamente, galgar a um só tempo vários níveis na escala de intensidade da força (como no caso do enfrentamento com base no *status* de inimigo). Em todos os casos, o elemento chave a nortear a avaliação das condutas parece ser o vocábulo *excesso*, quer evitando danos *excessivos* em relação à vantagem militar, quer optando por procedimentos que não *excedam* os limites impostos pela razoabilidade.

6 CONCLUSÃO

O Brasil possui um alinhamento inequívoco e histórico com os preceitos internacionais relativos ao Direito Internacional Humanitário, tendo ratificado a quase totalidade de todos os tratados que regulam a matéria. Há, de fato, um antigo envolvimento, seja como convidado a participar das primeiras convenções do século XIX, seja como atuante destacado na Conferência da Haia de 1907, ou como Estado parte dos principais tratados pertinentes.

A relevância da discussão aqui apresentada repousa, em especial, na preocupação quanto à proteção jurídica de tropas brasileiras desdobradas em cenários de conflito armado ou em operações sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU), como foi o caso dos 13 anos em que o Brasil liderou a missão no Haiti e da participação em outras operações congêneres que a precederam, sobretudo em território africano. Adicionalmente, tramita no Parlamento o Projeto de Lei 4038/2008, que implementa no ordenamento jurídico brasileiro as matérias do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional (crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crime de genocídio e crime de agressão), internalizando as normas do DIH no direito pátrio, com o objetivo regulamentar a mais excepcional das circunstâncias: a guerra. Essa integração do direito preenche um dos importantes mecanismos assecuratórios de cumprimento das normas internacionais, visto que é elemento importante do ciclo de ampliação da capacitação dos agentes do Estado encarregados do monopólio da violência, conforme se depreende da figura a seguir:

Figura 1 – Ciclo integrativo das normas de direito ao uso da força



Fonte: CICV, 2011.

Na vertente protetiva da sociedade, essas reflexões reforçam o marco legal aplicável às operações de garantia da lei e da ordem executadas pelas Forças Armadas (artigo 142 da Constituição Federal), sobretudo distinguindo com clareza as nuances da proporcionalidade aplicáveis a cada cenário de uso da força (guerra e não guerra). Porém, para além do objetivo de regular paz ou guerra, a intercambialidade entre o DIH e o DIDH tem como imperativo maior a preservação da vida e da dignidade humanas. E quando se trata disso, é de boa-fé que o conceito de humanidade, tomado em seu sentido estrito, sempre busque pairar acima de perfunctórias eventuais diferenças.

REFERÊNCIAS

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

ANNIS, F. Krulak revisited: the three-block war, strategic corporals, and the future battlefield. *Modern War Institute at West Point*. 2020. Disponível em: <https://mwi.usma.edu/krulak-revisited-three-block-war-strategic-corporals-future-battlefield> Acesso: 27 jun. 2022.

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

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05.10.1988. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 2002.

BRASIL. *Emenda Constitucional 45*. Promulgada em 08.12.2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso: 7 fev. 2008.

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

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

CANADÁ. Defesa Nacional. Estado-Maior. *B-CG-005-104/FP -021: Law of armed conflict at the operational and tactical levels*. Ottawa: National Defence Headquarters, 2003.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *et al.* As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. ICRC, 2004. Disponível em: <http://www.icrc.org/Web/por/site-por0.nsf/html/direitos-da-pessoa-humana>. Acesso em: 18 mar. 2008.

CHIARELLI, P. W.; SMITH, S. Aprendendo com as guerras modernas: os imperativos de preparação para um futuro perigoso. *Military Review*. Janeiro-fevereiro. v. LXXXVIII. N. 1. Fort Leavenworth: 2008.

CINELLI, Carlos F.G.C. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade no uso da força em conflitos armados*. 2. ed. rev. e ampliada. Curitiba: Juruá, 2016.

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

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

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

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

_____. *Direito internacional relativo à condução das hostilidades: compilação de convenções da Haia e de alguns outros instrumentos jurídicos*. Genebra: CICV, 1990.

_____. *Violência e uso da força*. Genebra: CICV, 2015.

_____. *Integrating the law*. Genebra: CICV, 2011.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional*. Genebra, 2002.

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

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

DORN, A. W. e VAREY, M. The rise and demise of the “three block war”. *Canadian Military Journal*. V. 10. N. 1. 2009.

DUNANT, H. *Recuerdo de Solferino*. Genebra: CICV, 1982.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of the Army. *FM 3-0: operations*. EUA: Washington, D.C., 2001.

EXÉRCITO. Estado-Maior. *C 2-10: glossário de expressões para uso no Exército*. Brasília, DF, 2003.

_____. *C 100-5: operações*. 3. ed. Brasília, DF, 1997.

_____. *C 124-1: estratégia*. 4. ed. Brasília, DF, 2004.

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

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

HENCKAERTS, J. *Study on customary international humanitarian law: a contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict*. Genebra: CICV, 2005, v. 87, n. 857.

HENCKAERTS, J.; DOSWALD-BECK, L. *El derecho internacional humanitário consuetudinário*. v. I: Normas.

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

JARDIM, T. DAL MASO. *O objeto da corte*. 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/partic.htm>. Acesso em: 10 abr. 2008.

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

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

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

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

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

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

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

MENDES, Gilmar F. e BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA DEFESA. Secretaria de Política, Estratégia e Assuntos Internacionais. *MD51-M-04: doutrina militar de defesa*. 2. ed. Brasília, DF, 2007.

_____. *MD35-G-01: glossário das forças armadas*. 1. ed. Brasília, DF, 2007.

MULINEM, F. *Manual sobre el derecho de la guerra para las fuerzas armadas*. Ginebra, Suíça: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Código de Conduta para os Responsáveis pela Aplicação da Lei*. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei*. Adotados por consenso em 7 de setembro de 1990, por ocasião do Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes.

PALMA, Najla N. Compliance no Direito Internacional Humanitário: o maior desafio dos 70 anos da Convenções de Genebra. *Revista do Superior Tribunal Militar*. v. 28. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/stm/index6/?numero=35&edicao=11268#page/52>

_____. Rio de Janeiro: violência urbana exacerbada, não uma guerra - *Revista do Superior Tribunal Militar*. v. 31. Brasília, 2019. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigo/rio-de-janeiro-violencia-urbana-exacerbada-nao-uma-guerra>

PEREIRA, C. F. O. *A responsabilidade de comando no estatuto de Roma e sua implementação no Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2010.

PICTET, J. *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitário*. Ginebra: Instituto Henry Dunant, 1986. 113p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SOLIS, Gary D. *The law of armed conflict*. New York: Cambridge University Press, 2010.

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

_____. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: CICR, 1996. 73 p.

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

WALZER, M. *Arguing about war*. New York: Yale University Press, 1989.