

# O Direito Internacional dos Conflitos Armados Está Desatualizado?

## A Questão dos Combatentes Irregulares

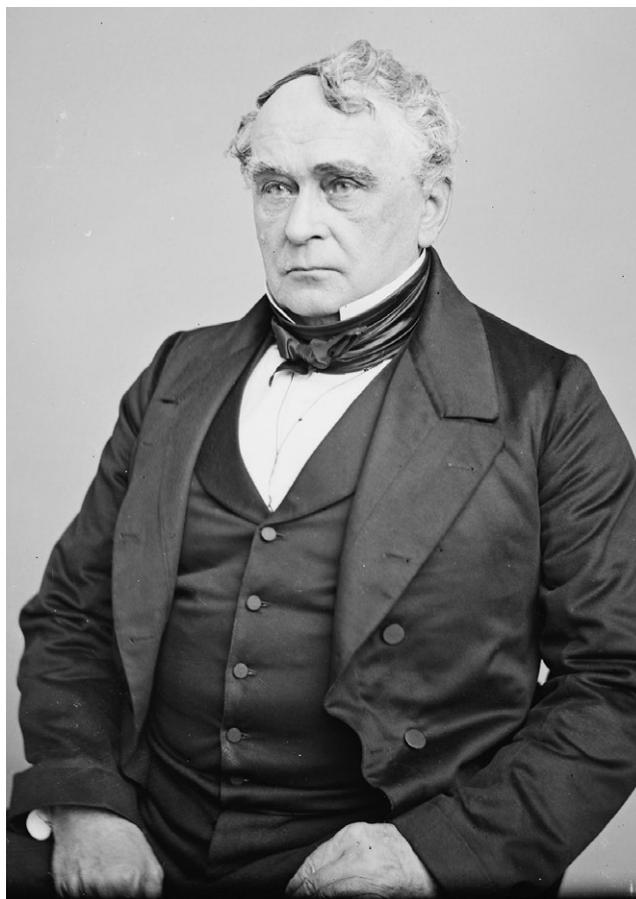
Sibylle Scheipers

© 2013 Sibylle Scheipers

*Este artigo foi originalmente publicado na revista Parameters 43 (4) (Winter 2013-14).*

O direito dos conflitos armados — do Código de Lieber aos Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra — foi criado, precisamente, em resposta aos desafios apresentados pelos combatentes irregulares. Os problemas com a aplicação da lei à guerra irregular advêm de dois aspectos: primeiro, o fato de que seus autores optaram, repetidas vezes, por uma abordagem “negativa” em relação aos combatentes irregulares. Não ofereceram uma definição explícita nem detalharam os princípios para seu tratamento legal. O segundo aspecto é que os objetivos das intervenções militares ocidentais são consideravelmente diferentes de formas anteriores de combate contra Forças irregulares: atualmente, a estabilização política e a reconciliação social são os principais objetivos políticos nesse tipo de conflito. Assim, a questão central, diante dos acadêmicos e profissionais, consiste em como o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) pode ser aplicado para buscar esses objetivos políticos.

Os ataques terroristas do 11 de Setembro e as consequentes operações militares deram início a um debate sobre o *status* e a aplicabilidade do DICA às guerras do século XXI. Os formuladores de políticas de ambos



Francis Lieber, filósofo político e jurista alemão radicado nos EUA, no século XIX.

Biblioteca do Congresso dos EUA

os lados do Atlântico se apressaram em afirmar que essa legislação, cuja maior parte havia sido elaborada durante o século XX, não se aplicava aos campos de batalha do século XXI. O argumento de que o DICA era inadequado ao novo paradigma, que ficaria conhecido como Guerra Contra o Terrorismo, foi decisivo para a decisão tomada pelo governo Bush, em fevereiro de 2002, de não aplicar as Convenções de Genebra aos combatentes da Al Qaeda e do Talibã capturados no Afeganistão<sup>1</sup>. Embora a maioria dos europeus prefira crer que seus países sempre optaram por respeitar o Estado de Direito em suas abordagens contra o terrorismo, as autoridades europeias ecoaram o argumento norte-americano<sup>2</sup>.

A premissa que serviu de base para esse parecer foi a de que o DICA havia sido formulado tendo em vista guerras interestatais simétricas, ao passo que as guerras do século XXI seriam conflitos assimétricos, em que Forças estatais regulares enfrentam uma variedade de atores, como terroristas, rebeldes, insurgentes,

milicianos, mercenários, piratas, etc., geralmente enquadrados no conceito de atores não estatais. A simetria implica reciprocidade, ou seja, que todas as partes em um conflito respeitarão as mesmas regras. O conceito de represália beligerante, que era um meio de guerra legítimo até a elaboração das Convenções de Genebra em 1949, reflete essa premissa de reciprocidade: caso uma parte em um conflito viole, sistematicamente, a legislação internacional, caberá ao adversário o direito de retaliar da mesma maneira ou com uma outra forma de punição, para garantir que a lei seja respeitada.

Nos conflitos assimétricos (e vale observar que a noção de guerra assimétrica precede a Guerra Contra o Terrorismo e engloba, além dele, conflitos na periferia das novas guerras do sistema internacional, com suas várias designações: conflito de baixa intensidade; operações de não guerra; ou guerra de quarta geração), a reciprocidade é, por definição, minada<sup>3</sup>. O conceito de guerra assimétrica implica que um adversário mais fraco, com menos recursos e capacidades militares, enfrenta um poderoso ator estatal. Os adversários fracos se valerão de praticamente quaisquer meios à sua disposição para cumprir seus objetivos na guerra: empregarão táticas terroristas, atacarão civis, colocarão bombas nas estradas e matarão os prisioneiros que conseguirem capturar<sup>4</sup>. Contudo, embora não obedeçam à lei, os adversários fracos contestarão qualquer ação do ator estatal que percebam como transgressão, explorando-a no tribunal da opinião pública internacional. Chegarão a provocar essas transgressões, utilizando escudos humanos ao redor de alvos de alto valor. Essa vulnerabilidade do lado mais forte a alegações de violação do DICA tem sido denominada de “*lawfare*” (guerra jurídica)<sup>5</sup>. Dessa ótica, portanto, defender a lei resulta em todo tipo de “ônus”, mas nenhum “bônus”, para a parte mais forte em um conflito assimétrico.

A conclusão típica desse tipo de análise é de que o DICA está desatualizado e precisa ser suspenso ou revisto e de que não devemos nos surpreender com o surgimento e institucionalização de novas normas morais e jurídicas sobre o emprego da força armada. Algo que raramente se questiona é se a legislação foi, realmente, concebida para a guerra interestatal simétrica — aquele ideal normativo ao qual os acadêmicos, comentaristas e formuladores de políticas parecem se agarrar para entender os turbulentos e confusos campos de batalha do século XXI.



Biblioteca do Congresso dos EUA

General Henry W. Halleck, oficial do Exército da União, cerca de 1865.

## Do Código de Lieber ao Protocolo I

Um dos primeiros atos do General Henry W. Halleck como comandante de todos os exércitos da União foi incumbir Francis Lieber de redigir um parecer jurídico sobre o problema da guerra de guerrilha. Halleck, que tinha formação em direito, era motivado pelo desejo de prevalecer na disputa com a liderança da Confederação quanto à legitimidade do emprego de combatentes irregulares, que havia evoluído em paralelo aos confrontos militares nos campos de batalha da Guerra Civil nos Estados Unidos da América (EUA). Em 28 de abril de 1862, o Congresso dos Estados Confederados adotou a lei denominada *Partisan Ranger Act*, que estipulava que o Presidente poderia autorizar bandos de *partisans* [guerrilheiros que resistem a tropas de ocupação — N. do T] a atuar contra as forças da União atrás das linhas inimigas. Halleck estava convencido de que essa era uma violação dos costumes da guerra e esperava que Lieber fosse apoiá-lo com um parecer jurídico abalizado. Contudo, o texto resultante, intitulado *Guerrilla Parties Considered with Reference to the Laws and Usages of War (1862)* (“Partes Guerrilheiras Consideradas com Respeito às Leis e Costumes da Guerra”, em tradução livre) deve ter sido uma decepção para Halleck. Lieber elaborou um parecer jurídico extraordinariamente detalhado sobre os combatentes irregulares, classificando-os em seis categorias: flibusteiros; bandoleiros; *partisans* e corpos de voluntários; espiões, rebeldes e conspiradores; rebeldes de guerra; e o levante em massa espontâneo<sup>6</sup>. Dessas seis categorias de combatentes irregulares, apenas os *partisans* e corpos de voluntários e os integrantes de levantes em massa, mesmo sem fardas, seriam beligerantes legais (combatentes legais), na opinião de Lieber. O guerrilheiro oscilava entre o bandoleiro, o *partisan* e o levante em massa, o que, segundo Lieber, fazia com que fosse especialmente difícil determinar seu *status* jurídico<sup>7</sup>.

Não era isso o que Halleck esperava. Para ele, até os *partisans*, isto é, unidades regulares que operassem independentemente de seu comando — portanto, os mais regulares entre os combatentes irregulares — deveriam ser considerados beligerantes ilegais e eliminados, para não falar dos levantes em massa ou guerrilheiros. A decepção de Halleck talvez tenha sido o motivo de sua relutância a apoiar um projeto mais ambicioso de Lieber, que ficaria conhecido como seu “Código”<sup>8</sup>. A abordagem de Lieber

em relação aos combatentes irregulares é menos detalhada no Código, elaborado em 1863. Manteve a distinção entre *partisans* legítimos e outros tipos ilegais de combatente irregular, reafirmando, assim, sua divergência de opinião com Halleck. Contudo, não mencionou o levante em massa nem discutiu a questão problemática da legalidade da guerrilha<sup>9</sup>.

Considerando a opinião de Halleck sobre o problema dos combatentes irregulares, não surpreende que boa parte dos escritos de Lieber sobre o assunto não tenha encontrado receptividade entre os comandantes da União e as tropas em campanha. Contudo, os oficiais da União seguiram uma seção de seu Código com uma atenção bem maior: a intitulada “Insurreição — Guerra Civil — Rebelião”. Atribui-se a Lieber, com frequência, a tentativa de codificar proteções para civis na guerra<sup>10</sup>. Contudo, essa noção está parcialmente correta. Na realidade, Lieber mostrou certa ambivalência quando se tratava de proteger os civis contra os efeitos da guerra. Não os concebeu como um grupo protegido em si; empregou a expressão “cidadãos desarmados”. O que é mais importante: o Código de Lieber continha duas abordagens contrastantes em relação ao tratamento concedido àqueles que chamaríamos de “civis” hoje em dia. Por um lado, Lieber afirmou que “o cidadão desarmado deve ser poupado, quanto à sua pessoa, propriedade e honra, na medida que permitirem as exigências da guerra”<sup>11</sup>. Por outro lado, na seção sobre “Insurreição — Guerra Civil — Rebelião”, Lieber afirmou:

O comandante militar do governo legítimo, em uma guerra de rebelião, distingue entre o *cidadão leal* da região rebelada do país e o *cidadão desleal*. Os *cidadãos desleais* podem ser classificados, ainda, em *cidadãos que, reconhecidamente, aprovam a rebelião sem apoiá-la explicitamente e aqueles que, sem pegar em armas, fornecem apoio e guarida ao inimigo rebelde sem serem fisicamente coagidos*. [...] O comandante imporá a carga da guerra, dentro do alcance de seu poder, aos *cidadãos desleais* da região ou Província rebelada, sujeitando-os a uma força policial mais rigorosa que a dos inimigos não combatentes durante uma guerra regular [...] ele poderá *expulsar, transferir, encarcerar ou multar* os cidadãos rebelados que se recusarem a prestar novo juramento como cidadãos obedientes às leis e leais ao governo<sup>12</sup>.



Brown University, Providence, RI

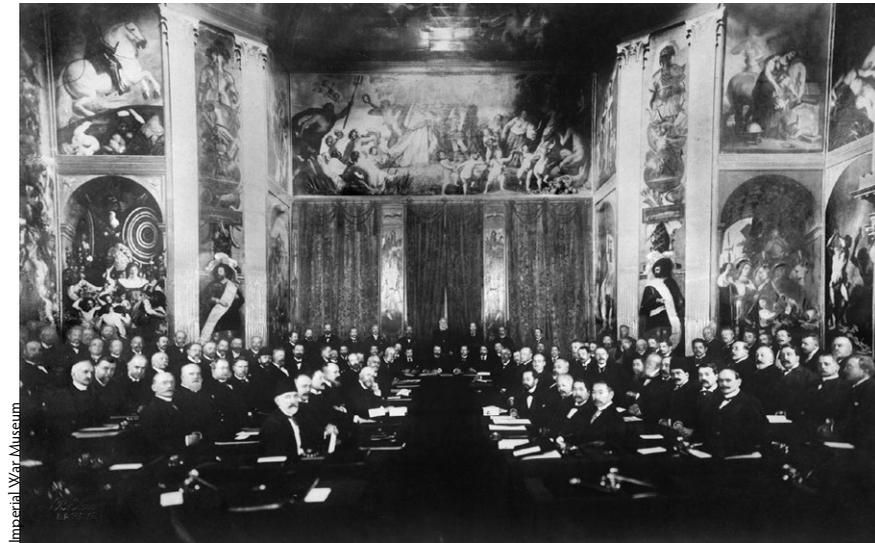
Militares franceses ao lado de canhão, em 23 de julho de 1870, durante a Guerra Franco-Prussiana.

A abordagem jurídica de Lieber quanto a uma guerra de rebelião fez com que as proteções para os civis dependessem de seu comportamento e até de sua visão de mundo política. Colocou, efetivamente, todos os civis em território inimigo sob suspeita geral. Assim, o Código de Lieber “criou poucas barreiras fortes contra o tratamento severo” de civis<sup>13</sup>. Essa abordagem foi seguida à risca porque Lieber havia, com efeito, se inspirado na prática em campanha ao redigir essa parte. A abordagem de três níveis, que diferenciava entre cidadãos leais, passivamente desleais e ativamente desleais, havia sido formulada em 1862 por comandantes locais da União em Missouri, sendo aprovada, mais tarde, pelo próprio Halleck<sup>14</sup>. Lieber só espelhou o que já era praxe em campanha.

Logo após o término da Guerra Civil nos EUA, a questão de como lidar com combatentes irregulares se tornou premente mais uma vez — só que no lado europeu do Atlântico. Em 1870, o Exército prussiano havia derrotado as tropas francesas, chegando quase a capturar Paris, quando o governo francês, então sob a liderança do republicano Leon Gambetta, fez uma última tentativa desesperada de evitar a derrota. Em outubro de 1870, Gambetta conclamou seus concidadãos a resistirem às forças de ocupação alemãs como *francs-tireurs* (francoatiradores) e a atacarem suas

linhas de comunicação. A liderança prussiana ficou enfurecida. Apesar da insistência do governo francês de que os francoatiradores eram combatentes legais, o quartel-general prussiano expediu uma ordem segundo a qual eles não deveriam ser tratados como prisioneiros de guerra, mas executados assim que capturados. Essa ordem foi modificada posteriormente, passando a estipular dez anos de trabalho forçado em vez de execuções imediatas. Ainda assim, as tropas alemãs, trataram a maioria dos francoatiradores capturados como prisioneiros de guerra. Os civis, no entanto, sofreram um tratamento cruel pelas forças alemãs, particularmente nas áreas onde os francoatiradores eram ativos. Da mesma forma que as tropas da União durante a Guerra Civil dos EUA, os alemães optaram por uma abordagem punitiva, calcada na premissa de que a população local era, em última análise, responsável pelo problema dos francoatiradores.

A característica determinante da Guerra Civil dos EUA e da Guerra Franco-Prussiana foi o fato de que os adversários tinham ideias divergentes sobre quem seria um beligerante legal. Não surpreende, assim, que seus contemporâneos tenham sentido a necessidade de esclarecer as leis da guerra e, em particular, a definição de “combatente irregular”. Nos EUA, o Código de Lieber serviu a esse propósito, embora os comandantes da



Imperial War Museum

Representantes reunidos na 1ª Conferência Internacional da Paz, realizada em maio-junho de 1899 em Haia.

União raramente tenham respeitado suas disposições sobre combatentes irregulares. Na Europa, a Guerra Franco-Prussiana levou a esforços para negociar e codificar as leis de guerra. Sem dúvida, foi a experiência com o problema dos francoatiradores que produziu o principal ímpeto. As negociações na Europa foram fortemente influenciadas pelo Código de Lieber, que formou a base de várias propostas preliminares discutidas durante a conferência em Bruxelas, em 1874.

A conferência não produziu nada que fosse considerado aceitável para todas as partes envolvidas; assim, não se adotou nenhuma lei. A questão da legalidade dos combatentes irregulares havia ficado tão entremeadada com problemas de poder militar e político e diferenças ideológicas que não foi possível chegar a nenhum acordo entre as principais potências europeias. Contudo, as tentativas de elaboração de um código jurídico deram início ao confronto de definições e ajudaram a esclarecer as diferentes posturas existentes. As linhas divisórias políticas logo ficaram em evidência: a Alemanha e a Rússia, ambas as quais contavam com grandes exércitos ativos, pretendiam manter uma definição extremamente restrita de beligerância legal, excluindo, assim, um levante em massa defensivo ou até forças milicianas. Em contrapartida, os Estados menores, que dependiam de milícias para a defesa nacional, se opunham a essa proposta restritiva. Contavam com o apoio da Grã-Bretanha e da França. A conferência de Bruxelas se dissolveu após um mês de negociações,

sem que se adotasse nenhum texto jurídico. Emitiu-se uma declaração apenas. Entretanto, esse resultado não desanimou os advogados internacionais aparentemente. Em 1880, o Instituto Oxford de Direito Internacional publicou seu próprio manual, intitulado *The Laws of War on Land* (“As Leis da Guerra Terrestre”, em tradução livre).

A declaração de Bruxelas e o Manual de Oxford se assemelhavam em estrutura e conteúdo. Ambos os textos eram mais inclusivos que o Código de Lieber com respeito à questão da legalidade dos combatentes irregulares. Os artigos 9º e 10º da declaração de Bruxelas

estipulavam que os exércitos regulares, as forças milicianas, os corpos de voluntários e um levante em massa espontâneo contra uma invasão eram formas legítimas de defesa nacional<sup>15</sup>.

O fato de que nem a declaração de Bruxelas nem o Manual de Oxford obtiveram ampla aceitação demonstra que a questão de definição e tratamento de combatentes irregulares ainda não havia sido decidida. Só se chegou a um consenso sobre a definição de beligerância legal em 1907, na Convenção de Haia sobre as Leis e Costumes da Guerra Terrestre. A Convenção de Haia manteve as disposições sobre a legalidade do levante em massa defensivo em territórios não ocupados, embora não mencionasse outras organizações militares constantes do Manual de Oxford, como guardas nacionais, *landsturm* [antigas forças de reserva, em países de idioma alemão, comparáveis às antigas milícias — N. do T.] e corpos de voluntários<sup>16</sup>.

Em suma, a história do direito dos conflitos armados, de Lieber à Convenção de Haia, demonstra, primeiro, que os esforços de codificação foram desencadeados pela experiência com o combate irregular na Guerra Civil dos EUA e na Guerra Franco-Prussiana. Segundo, mostra que o alcance das definições de beligerância legal foi contestado entre os principais atores políticos. Por último, revela que, devido a essa disputa, a definição jurídica de “irregular” foi obtida com base em uma negativa, sem que houvesse disposições sobre o tratamento a ser concedido a pessoas nessa categoria.

Embora Lieber houvesse começado com uma relação detalhada de categorias definidas de combatentes irregulares, a Convenção de Haia só define a beligerância legal. Assim, segundo a legislação de Haia, os combatentes irregulares são todos aqueles que *não* se qualificam como beligerantes legais e que *não* gozam de proteções legais, como o *status* de prisioneiro de guerra.

Embora muitos detalhes e nuances dos textos iniciais de Lieber sobre a questão de definição de combatente irregular houvessem sido deixados de lado, a tendência de culpar civis pela atividade de combatentes irregulares e de sujeitá-los a medidas punitivas persistiu nos primeiros textos europeus. Tanto a declaração de Bruxelas quanto o Manual de Oxford estipulam que as forças de ocupação podem impor multas à população<sup>17</sup>. O Manual de Oxford é mais explícito quando se trata da proteção de civis (mas cabe lembrar que os textos jurídicos da época não utilizavam nem definiam essa categoria), afirmando: “É proibido maltratar populações inofensivas”<sup>18</sup>. Ao mesmo tempo, deixa claro que os “habitantes de um território ocupado que não se submetem às ordens da força de ocupação podem ser forçados a isso”<sup>19</sup>. Assim, o resultado das tentativas iniciais de codificar as leis da guerra era que a população civil só teria direito à proteção caso se sujeitasse completamente às forças de ocupação. Essa abordagem quanto às leis da guerra foi uma tentativa tanto de humanizá-la e proteger as populações locais contra a crueldade desenfreada quanto de disciplinar os civis. Seu enfoque em relação a civis sempre foi potencialmente punitivo, devendo-se essa postura severa aos possíveis vínculos entre eles e os combatentes irregulares: poderiam ajudá-los ou até pegar em armas. Assim, se a linha divisória entre combatentes regulares e irregulares não estava clara no final do século XIX, os limites entre o combatente irregular e o civil eram ainda mais incertos. Essa tendência persistiu nas leis de Haia<sup>20</sup>. As atrocidades que as tropas alemãs (cujo medo dos francoatiradores chegava a ser uma paranoia) cometeram na Bélgica e no norte da França, durante os primeiros meses da Primeira Guerra Mundial, comprovaram que a abordagem punitiva havia se tornado ainda mais significativa nas operações militares terrestres<sup>21</sup>.

Só seriam efetuadas mudanças na lei com as Convenções de Genebra de 1949, que conferiram proteções mais abrangentes para civis em territórios ocupados. Essas mudanças foram, mais uma vez, provocadas por

uma transformação da percepção quanto ao combatente irregular. A Segunda Guerra Mundial é lembrada, principalmente, como um exemplo clássico de uma guerra interestatal simétrica, mas contou com importantes aspectos irregulares<sup>22</sup>. Ainda que os grupos da resistência contra a ocupação nazista na Europa e contra a ocupação japonesa na Ásia não tenham tido um impacto estratégico decisivo, a experiência da resistência irregular e as terríveis respostas dos países do Eixo deixaram um importante legado para a evolução do Direito Internacional dos Conflitos Armados após a guerra. Foi difícil manter a imagem do combatente irregular como um rebelde ilegítimo, uma vez que a guerra havia validado a causa moral dos movimentos de resistência.

A incômoda verdade era que a abordagem potencialmente punitiva em relação aos civis presentes em territórios ocupados, constante do Direito de Haia, pouco havia feito para conter os excessos genocidas das tropas de ocupação alemãs na Frente Leste e, em menor medida, nas regiões ocupadas da Europa Ocidental. Evidentemente, o Direito de Haia não havia previsto nem apoiado a matança de milhões de judeus do Leste Europeu, mas a ótica punitiva em relação aos combatentes irregulares e seus supostos simpatizantes civis provavelmente contribuiu para tornar as ações das tropas de ocupação alemãs justificáveis nas mentes de alguns de seus oficiais e soldados<sup>23</sup>. Assim, foi lógico tratar da proteção de civis em territórios ocupados como uma das questões mais prementes das Convenções de Genebra de 1949. A Quarta Convenção, relativa aos civis, representa, assim, a inovação jurídica mais importante obtida em Genebra. Ela os define como uma categoria à parte, com direito a proteções específicas na guerra, e abandona a abordagem potencialmente punitiva de civis ao proibir que sejam sujeitos a represálias, multas e tomada de reféns<sup>24</sup>. Também separa, simbolicamente, os civis de seus supostos vínculos com os combatentes irregulares.

Ao mesmo tempo, as Convenções de Genebra obtiveram poucos avanços com respeito à definição de “combatente irregular” e disposições relacionadas. Os artigos sobre beligerância legal foram, em essência, extraídos das regras de Haia. Mais uma vez, essa decisão se resumiu a considerações políticas. A delegação francesa em Genebra, que incluía muitos ex-integrantes da resistência, havia pressionado pela inclusão de disposições sobre as condições para ações legítimas de resistência contra

forças de ocupação, mas as delegações dos EUA e do Reino Unido não mostraram interesse. No final das contas, a França teve de se dar conta de que havia mudado de lado: deixava de ser o país ocupado, passando a fazer parte das forças de ocupação aliadas na Alemanha<sup>25</sup>.

## ...não surpreende que inovações jurídicas relacionadas a combatentes irregulares só tenham sido criadas depois que as grandes potências europeias perderam suas colônias.

Contudo, em um aspecto importante, novas disposições para combatentes irregulares foram introduzidas em Genebra: o Artigo 3º, comum às Convenções, detalha as proteções mínimas a serem aplicadas em conflitos armados que não tenham “caráter internacional”. Elas incluem a proibição contra a tortura e contra o tratamento degradante e a proibição contra execuções sem “juízo prévio por um tribunal regularmente constituído”<sup>26</sup>. Não surpreende que as potências coloniais, principalmente o Reino Unido, tenham ficado alarmadas com o amplo alcance do Artigo 3º, comum às Convenções de Genebra. Na época da Conferência de Genebra, as forças britânicas combatiam uma insurgência comunista na Malásia e temiam que ele fosse “possivelmente restritivo para as operações”<sup>27</sup>. Tanto a Grã-Bretanha quanto a França tentaram lidar com esse problema de possíveis restrições às operações militares nas colônias, insistindo que as guerras no Quênia e na Argélia, por exemplo, consistiam em emergências internas e não chegavam a representar conflitos armados de caráter não internacional.

Considerando esses fortes interesses políticos, não surpreende que inovações jurídicas relacionadas a combatentes irregulares só tenham sido criadas depois que as grandes potências europeias perderam suas colônias. A justificativa para os Protocolos I e II de 1977, adicionais às Convenções de Genebra, adveio, mais uma vez, de uma visão retrospectiva apoiada na história: as guerras de descolonização haviam mostrado que, às vezes, os

combatentes irregulares realmente conduzem guerras moralmente defensáveis, embora empreguem métodos difíceis de conciliar com os requisitos de beligerância legal estipulados nos Direitos de Haia e de Genebra. Contudo, suas deficiências podem ser desculpáveis à luz de sua situação: em virtude da opressão colonial, muitos não estavam aptos a obedecer tais requisitos, e puni-los teria perpetuado o regime opressor que estavam combatendo. A solução foi restringir as condições para a beligerância legal, estipulando que combatentes legais seriam os integrantes de quaisquer forças, unidades ou grupos armados comandados por um responsável perante uma das partes no conflito armado em questão, “ainda que tal Parte seja representada por um governo ou autoridade não reconhecidos pela Parte adversa”<sup>28</sup>. Como um requisito processual, o Protocolo I estipula que os combatentes precisam portar armas abertamente enquanto estiverem engajados em um ataque ou operação militar preparatória<sup>29</sup>.

Apesar dessa inovação, o DICA manteve sua abordagem negativa em relação ao problema dos combatentes irregulares. Com efeito, o Protocolo I diminuiu os requisitos para o privilégio de combatente, aumentando assim a variedade de pessoas que se qualificam para o *status* de prisioneiro de guerra. Ao mesmo tempo, não trata da questão de como classificar as pessoas que não se qualificam, por violarem os requisitos organizacionais ou processuais estipulados nos Artigos 43º e 44º ou por serem civis que pegaram em armas contra forças de ocupação. Vários pareceres jurídicos emitidos pelos governos norte-americanos subsequentes, assim como o discurso acadêmico, empregaram o termo “combatentes ilegais” como rótulo para indivíduos que não fossem considerados nem combatentes com respectivos privilégios, nem civis “pacíficos”<sup>30</sup>. Outros argumentaram com veemência que o termo “combatentes ilegais” não é uma categoria do DICA<sup>31</sup>. Mesmo que deixemos de lado a questão de rótulos, ainda há o problema de que existem poucas disposições jurídicas sobre o tratamento desses indivíduos<sup>32</sup>. Além disso, importantes atores internacionais como os EUA e Israel não ratificaram o Protocolo I, estando, assim, sujeitos apenas às disposições sobre combatentes irregulares que se tornaram parte do direito internacional consuetudinário (em particular, os Artigos 43º e 75º).

## Conflitos do Século XXI

A história da codificação do DICA mostra que ele não foi exclusivamente concebido tendo em vista

a guerra interestatal simétrica. Ao contrário, foi a experiência com os problemas apresentados pelos combatentes irregulares que impulsionou a legislação, passo a passo, de seus estágios iniciais aos Protocolos de 1977, adicionais às Convenções de Genebra. Uma importante falha do DICA foi corrigida ao longo desse período: a ideia de que civis ficariam sujeitos à punição, caso combatentes irregulares houvessem atuado em seu território. Outra importante deficiência é sua abordagem negativa em relação à definição de combatentes irregulares e a inexistência de disposições referentes a esse *status*, o que persistiu ao longo dos diferentes estágios de codificação.

Assim, os acadêmicos e profissionais jurídicos que afirmam que os EUA (e outros países) não dispunham de subsídios jurídicos quanto à questão de como deveriam tratar suspeitos da Al Qaeda e outros combatentes irregulares, em operações recentes, não estão totalmente equivocados, embora a razão disso não seja o fato de a legislação estar desatualizada<sup>33</sup>, e sim de que importantes atores internacionais, em sucessivos ciclos de codificação da lei, não tiveram interesse em detalhar o que constituiria a beligerância ilegal ou estipular disposições para o tratamento de pessoas que se enquadrassem nessa categoria. A abordagem de exclusão da lei, em relação aos combatentes irregulares, tornou extremamente fácil marginalizá-los simplesmente por serem vistos como uma anormalidade, sobre a qual não existiam disposições jurídicas.

Essa perspectiva ocasionou uma lamentável distorção no debate sobre combatentes irregulares, na medida em que impediu que se fizesse a pergunta mais relevante: como o Ocidente deveria tratá-los, a fim de promover seus objetivos estratégicos em operações militares? Em vez disso, levou a extremos legais. Surgiram duas posturas radicalmente opostas sobre o tratamento jurídico de combatentes irregulares. Embora ambas considerem a legislação desatualizada, chegaram a conclusões opostas sobre que rumo tomar. Em um extremo do espectro, estão os que visam a criar regras mais explícitas e acrescentar novas restrições; no outro, estão os que afirmam que o DICA não se aplica a combatentes irregulares e que eles não contam, assim, com nenhum direito ou proteção legal. Ambos os enfoques apresentam várias dificuldades.

Com respeito ao primeiro, advogados internacionais, comentaristas e ativistas críticos observaram,

repetidas vezes, que a abordagem do Ocidente em relação a combatentes irregulares na Guerra Contra o Terrorismo e, em particular, à sua detenção e interrogatórios, tem se caracterizado pela criação de “buracos negros” jurídicos e pela exploração de “brechas” legais<sup>34</sup>. A demanda pela criação de legislação adicional pareceu ser uma conclusão lógica. Contudo, não é de todo correto afirmar que os aspectos mais desastrosos do tratamento concedido a combatentes irregulares, em conflitos recentes, tenham resultado da inexistência de legislação ou fundamentação jurídica. Ao contrário, os inúmeros pareceres jurídicos sobre combatentes irregulares, emitidos desde 2001 foram redigidos por advogados e incluíram argumentos e conceitos jurídicos<sup>35</sup>. Assim, é difícil ver como a opção de criar legislação adicional teria oferecido proteções e soluções viáveis. Além disso, o fato de que existe uma gama de conceitos e ideias sobre como o DICA deve ser atualizado, para regulamentar o tratamento de combatentes irregulares, indica que seria difícil e demorado chegar a um novo consenso internacional. Estão em curso alguns esforços limitados de formular normas preliminares, como o Processo de Copenhague sobre o Tratamento de Detentos, no qual estão envolvidos a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) e seus países membros, a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha<sup>36</sup>. Embora esses debates preliminares sejam louváveis e úteis, até mesmo essas tentativas limitadas levarão tempo para produzir resultados que possam ser utilizados como uma orientação firme em operações no terreno.

No outro extremo, estão os que presumem que o Direito Internacional dos Conflitos Armados não se aplica. Contudo, conforme discutido anteriormente, o Artigo 3º, comum às Convenções de Genebra, e o Artigo 75º do Protocolo I oferecem proteções mínimas para todas as categorias de pessoas em conflitos armados, incluindo, assim, os combatentes irregulares. Essas fontes incluem proibições contra o homicídio, a tortura e o tratamento desumano e degradante; contra a prostituição forçada; contra a tomada de reféns; contra os castigos coletivos; e contra ameaças de cometer qualquer um desses atos. Além disso, detalham algumas regras processuais básicas para processar indivíduos por delito penal<sup>37</sup>. Permitem a detenção ou internamento de indivíduos que representem uma ameaça à segurança de Estados envolvidos em um

conflito armado. O que não esclarecem é, primeiro, que tipo de evidência deve servir de base para essa detenção e, segundo, quais são os critérios e procedimentos para continuá-la ou suspendê-la<sup>38</sup>.

Na falta de novas normas jurídicas, será preciso encontrar soluções políticas e estratégicas para essas questões. O desafio básico consiste em direcionar o tratamento de combatentes irregulares em teatros de operações comparáveis ao Afeganistão e ao Iraque ao objetivo de estabilização política e reconciliação social. Os conflitos assimétricos e os dilemas relacionados ao tratamento concedido a combatentes irregulares não são algo novo. O que é novo, porém, é a ênfase na pacificação sustentável — estabilização é a palavra da moda — como objetivo supremo nessas guerras. Com esse cenário, é duvidoso que uma abordagem puramente de exclusão seja a opção a tomar. A estabilização política requer a reconciliação social e a reintegração de combatentes irregulares no sistema social e político do Estado-alvo em questão. As negociações com os líderes do Talibã, que tiveram início em junho de 2013 em Qatar, comprovam o reconhecimento (tardio) do Ocidente de que a reconciliação e a reintegração são componentes vitais da estabilização de longo prazo.

Essa perspectiva se aplica, em particular, aos indivíduos que prestam lealdade, acima de tudo, à insurgência local, isto é, combatentes que não estejam envolvidos em operações terroristas mundiais. A questão de seu tratamento é discutida, de maneira útil, pelo prisma do término da guerra: como os combatentes devem ser tratados para possibilitar sua reintegração à sociedade ao fim do conflito? Como seu tratamento afetará as chances de uma futura reconciliação e, assim, a obtenção de uma paz duradoura<sup>39</sup>? Comentaristas, supostamente mais esclarecidos, em particular do lado europeu do Atlântico, sugerem, com frequência, que tratá-los como criminosos, em vez de recompensá-los com o *status* de combatente, é a direção a ser tomada quando se trata do tratamento de combatentes irregulares. Contudo, há indícios, com base em casos históricos — particularmente a experiência do Reino Unido com o Exército Republicano Irlandês, mais conhecido como IRA (do inglês Irish Republican Army), nos anos 70 e 80 —, de que reconhecer algum tipo de *status* de combatente para os irregulares detidos e os terroristas locais pode abrir caminho para soluções políticas de longo prazo<sup>40</sup>. Por outro lado, processos criminais seriam a solução

preferível para os suspeitos de envolvimento no planejamento ou execução de ataques terroristas de caráter mundial. O fato de que esses processos falharam parecer pouco a ver com obstáculos intrínsecos. Na verdade, os dois grandes fatores de inibição foram, primeiro, que as comissões militares inicialmente incumbidas de levar esse grupo de indivíduos a julgamento apoiaram-se em normas e procedimentos extremamente falhos, a ponto de ser quase impossível corrigi-los. Segundo, algumas das evidências a serem utilizadas contra os suspeitos foram obtidas por meio da tortura, sendo, assim, inadmissíveis em julgamento<sup>41</sup>. Essas complicações poderiam ter sido evitadas se as proteções mínimas, estipuladas no Artigo 75º do Protocolo I, houvessem sido implementadas.

## Conclusão

O Direito Internacional dos Conflitos Armados é um campo peculiar do direito, por se negar a regulamentar um fenômeno que, repetidas vezes, forneceu o principal ímpeto para sua progressiva codificação: os combatentes irregulares. Em vez de fornecer definições e normas sobre o tratamento de combatentes irregulares, sucessivas gerações de legisladores optaram por uma abordagem negativa em relação ao fenômeno: irregular se refere àqueles que não se qualifiquem ao *status* de combatente e seus respectivos privilégios e proteções. Essa peculiaridade da legislação deu margem a alegações de que as normas legais estabelecidas nas Convenções de Haia e Genebra estão desatualizadas, sendo inaplicáveis às guerras do século XXI.

Contudo, o que essas alegações desconsideram é que a legislação foi influenciada por considerações de poder político e conveniência militar em todos os estágios de sua codificação. Halleck rejeitou as ideias de Lieber sobre o tratamento de combatentes irregulares, por considerá-las tolerantes demais e temer que sua implementação pudesse colocar em risco a vitória da União na Guerra Civil dos EUA. Nem a Alemanha nem a Rússia tiveram interesse em considerar as milícias de pequenos Estados como beligerante legais. Além disso, embora os Aliados, após a Segunda Guerra Mundial, considerassem ético e útil ampliar as proteções para os civis na guerra, a França e a Grã-Bretanha, em particular, receavam codificar a lei de modo que pudesse pôr em risco sua autoridade colonial na época. Em todos esses casos, Estados poderosos tinham forte interesse em excluir os combatentes irregulares do escopo do DICA.

O direito internacional, incluindo o DICA, é formulado, principalmente, por Estados. Não é algo surpreendente nem inteiramente censurável que ele se caracterize pelo interesse estatal. O importante, porém, é ter consciência de que, no início do século XXI, a total exclusão de combatentes irregulares pode não ser de interesse estratégico para o Ocidente. Como mencionado anteriormente, os conflitos assimétricos não são algo novo. Sempre

existiram combatentes irregulares na história da guerra. O que é novo, porém, são os objetivos estratégicos e políticos do Ocidente relacionados à estabilização em conflitos contra combatentes irregulares. No século XXI, as nações ocidentais encaram o desafio de alinhar o Direito Internacional dos Conflitos Armados com o objetivo estratégico de estabilização, ou melhor, de aplicá-lo de uma maneira que não prejudique tal objetivo. ■

Sibylle Scheipers, Ph.D., é professora de Relações Internacionais na University of St. Andrews e pesquisadora associada sênior do Programa Changing Character of War ("O Caráter Mutável da Guerra"), na Oxford University.

## Referências

1. Memorando do Presidente ao Vice-Presidente, Secretário de Estado, Secretário de Defesa, Procurador Geral, Chefe da Casa Civil, Diretor de Inteligência Central, Assistente do Presidente para Assuntos de Segurança Nacional e Chefe da Junta de Chefes do Estado-Maior, "Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees" (Washington, DC, 7 Feb. 2002). O memorando declara: "Segundo suas disposições, as Convenções de Genebra se aplicam a conflitos que envolvam 'Altas Partes Contratantes', que só podem ser Estados. Além disso, pressupõem a existência de Forças Armadas 'regulares' que combatam em nome dos Estados. Entretanto, a guerra contra o terrorismo introduz um novo paradigma, no qual grupos com amplo alcance internacional cometem atos terríveis contra civis inocentes, às vezes com o apoio direto dos Estados. Nossa nação reconhece que esse novo paradigma — que não foi introduzido por nós, mas pelos terroristas — requer novas formas de pensar no direito da guerra, as quais devem ser, não obstante, compatíveis com os princípios de Genebra."
2. John Reid, "Twenty-First Century Warfare — Twentieth Century Rules," *RUSI Journal* 151, no. 3 (2006): p. 14-17.
3. Uma visão geral da guerra assimétrica consta de Rod Thornton, *Asymmetric Warfare: Threat and Response in the Twenty-First Century* (Cambridge: Polity, 2007). Para obter informações gerais sobre a suposta transformação global da guerra, veja Mary Kaldor, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era* (Stanford, CA: Stanford University Press, 2007); Martin van Creveld, *The Transformation of War* (New York: Free Press, 1991). Quanto à guerra de quarta geração, veja T.X. Hammes, *The Sling and the Stone: On War in the Twenty-First Century* (St Paul, MN: Zenith Press, 2006).
4. Michael L. Gross, *Moral Dilemmas of Modern War: Torture, Assassination and Blackmail in an Age of Asymmetric Conflict* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010). Uma crítica dessa interpretação estrita de reciprocidade consta de Mark Osiel, *The End of Reciprocity: Terror, Torture and the Law of War* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).
5. Veja, por exemplo, Charles C. Dunlap, "Lawfare amid Warfare," *The Washington Times*, 3 Aug. 2007.
6. Richard Shelly Hartigan, *Lieber's Code and the Law of War* (Chicago: Precedent Publishing, 1983), p. 34-39.
7. *Ibid.*, p. 40
8. Quando Lieber escreveu a Halleck, em novembro de 1862, sugerindo um conjunto mais abrangente de regras para a condução da guerra, Halleck respondeu bruscamente: "Não tenho tempo, no momento, para considerar o assunto". Foi apenas por causa da perseverança de Lieber que o código foi finalmente adotado; Mark Grimsley, *The Hard Hand of War: Union Military Policy towards Southern Civilians, 1861-1865* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), p. 149.
9. Hartigan, *Lieber's Code*, p. 60.
10. Veja, por exemplo, Theodor Meron, "Lieber's Code and the Principles of Humanity," *Columbia Journal of Transnational Law* 36, no. 22 (1997): p. 269-81.
11. *Ibid.*, p. 49.
12. *Ibid.*, p. 71, grifo nosso.
13. Grimsley, *Hard Hand*, p. 150.
14. Um relato mais detalhado consta de Sibylle Scheipers, *Unlawful Combatants: A Genealogy of the Irregular Fighter* (Oxford: Oxford University Press, forthcoming 2014), capítulo 2.
15. "The Laws of War on Land", *Institute of International Law at Oxford*, 9 Sept. 1880, <http://www1.umn.edu/humanrts/ins-tree/1880a.htm>.
16. Annex to the Convention "Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land", Section I, Chapter I, Art 1-2, in *Documents on the Laws of War*, ed. Adam Roberts and Richard Guelff (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 73.
17. "Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War", Art 36-48, Brussels, 27 Aug. 1874, <http://www.icrc.org/ihl/INTRO/135>; "The Laws of War", Art 43-60.
18. "The Laws of War", Art 7.
19. *Ibid.*, Art 48.
20. Karma Nabulsi, "Evolving Conceptions of Civilians and Belligerents: One Hundred Years after the Hague Peace Conferences", *Civilians in War*, ed. Simon Chesterman (Boulder, CO: Lynne Rienner, 2001), p. 9-24.
21. John Horne e Alan Kramer, *German Atrocities, 1914: A History of Denial* (New Haven, CT: Yale University Press, 2002).

22. Jonathan E. Gumz chega a propor a reconceitualização da Segunda Guerra Mundial "como uma série de insurgências ilimitadas, na medida em que não se limitavam, exclusivamente, às forças militares profissionais, mas envolviam diversos grupos ideológicos e nacionalizados"; "Reframing the Historical Problematic of Insurgency: How the Professional Military Literature Created a New History and Missed the Past", *Journal of Strategic Studies* 32, no. 4 (2009): p. 553-88.

23. Por mais fracos que tenham sido seus argumentos em defesa de suas ações, alguns oficiais, durante o julgamento do SS-Einsatzgruppen em Nuremberg, argumentaram que as execuções que haviam conduzido eram legais, porque "os que foram mortos foram julgados culpados de guerra de guerrilha e roubo". Hilary Earl, *The Nuremberg SS-Einsatzgruppen Trial, 1945-1958: Atrocity, Law and History* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 144.

24. Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949, Part I, Art 4, 13, 33 and 43, in Documents, ed. Roberts and Guelff, p. 302, p. 306, p. 312.

25. Karma Nabulsi, *Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law* (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 14; Geoffrey Best, *War and Law since 1945* (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 118.

26. Common Article 3 to the Geneva Conventions, Documents, ed. Roberts e Guelff, p. 198.

27. Army Council Secretariat brief for Secretary of State for War, 1 December 1949, quoted in Hugh Bennett, *Fighting the Mau Mau: The British Army and Counter-Insurgency in the Kenya Emergency* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p. 68.

28. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Section II, Art 43 (1), in Documents, ed. Roberts and Guelff, p. 444.

29. *Ibid.*, Section II, Art 44 (3), in Documents, Roberts and Guelff, p. 444.

30. Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 30ff.

31. International Committee of the Red Cross, "Report on the Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities", The Hague, 25-26 October 2004, p. 17.

32. O Artigo 45º do Protocolo Adicional estipula que aqueles que tiverem seu *status* de prisioneiro de guerra negado por não atenderem aos requisitos de beligerância legal têm direito a uma revisão de seu *status* "perante um tribunal judicial". Mesmo que não recebam *status* de prisioneiro de guerra, precisam ser tratados de acordo com o Artigo 3º, comum às Convenções de Genebra, e o Artigo 75º do Protocolo I, considerado direito internacional consuetudinário; todos impressos em Documents, Roberts and Guelff, p. 446, p. 198, p. 463.

33. Veja, por exemplo, Benjamin Wittes, *Law and the Long*

*War: The Future of Justice in the Age of Terror* (New York: Penguin, 2008); John B. Bellinger III, "Legal Issues Related to Armed Conflict with Non-state Groups" in *Prisoners in War*, ed. Sibylle Scheipers (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 251-62.

34. Até certo ponto, essa crítica também é feita contra a prática de eliminações seletivas. Embora o discurso jurídico sobre as eliminações seletivas esteja relacionado às questões discutidas aqui, não é possível abordá-lo devido ao limitado espaço. Para um útil ponto de partida jurídico, veja Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

35. A maioria dos pareceres emitidos pelo governo Bush entre 2002 e 2004 foi reunida e publicada em Karen J. Greenberg, Joshua L. Dratel e Anthony Lewis, eds., *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005). Documentos posteriores emitidos pelos governos dos EUA, assim como pareceres jurídicos por outros Estados da OTAN, relevantes para o tratamento de combatentes irregulares, continuam sob classificação de sigilo.

36. "Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations", Udenrigsministeriet Ministry of Foreign Affairs of Denmark, <http://um.dk/en/politics-and-diplomacy/copenhagen-process-on-the-handling-of-detainees-in-international-military-operations/>; sobre o debate de novas normas jurídicas sobre a detenção, veja também Adam Roberts, "Detainees: Misfits in Peace and War", in *Prisoners in War*, ed. Sibylle Scheipers (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 276f.

37. Além disso, algumas partes da legislação internacional sobre os Direitos Humanos talvez também se apliquem, em casos específicos. Contudo, as proteções aos direitos humanos provavelmente não iriam significativamente além dos princípios detalhados no Artigo 75º do Protocolo I, embora princípios específicos como o de não repulsão (que trata da proibição contra a transferência de detentos para um Estado que possa torturá-los) teriam algum efeito sobre as operações.

38. Roberts, "Detainees", p. 270.

39. Uma discussão mais detalhada dessa questão consta de Sibylle Scheipers, "Conclusion: Prisoners and Detainees in Current and Future Military Operations", in *Prisoners in War*, 313-20.

40. Embora o governo Thatcher nunca tenha aceitado oficialmente a alegação do IRA de que seus combatentes detidos fossem prisioneiros de guerra, atendeu, tacitamente, à maioria das exigências dos detentos que fizeram greve de fome, as quais visavam, primordialmente, a eliminar o estigma da criminalização dos prisioneiros do IRA. Essas concessões ocorreram em uma época em que a interação do IRA com o sistema político havia aumentado. O tratamento dos prisioneiros do IRA teve, no mínimo, um efeito estabilizador no engajamento político não violento da organização. Veja também Richard English, *Armed Struggle: The History of the IRA* (London: Macmillan, 2003), capítulos 5 e 6.

41. Roberts, "Detainees", p. 272.