

Direito Internacional Humanitário e riscos à ação de comando

Substitutivo ao Projeto de Lei Nr 301/2007 (Apenso PI Nr 4.038/2008)

Haryan Gonçalves Dias¹

Introdução

Atualmente, novas questões vêm surgindo no que diz respeito aos crimes de guerra, ou seja, naquilo que envolve o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA). Sobretudo o enfoque sobre a responsabilidade do comando tem tomado grau de profundidade e abrangência que, cada vez mais amarra e tolhe a iniciativa dos comandantes nos combates.

Em um primeiro momento, surgiu a dúvida sobre que tipo de condutas eram abrangidas por esse direito. Mais precisamente, se dizia respeito somente aos conflitos armados internacionais ou se se aplicava, também, aos conflitos armados de caráter interno aos Estados.

Nesse sentido, aguçando os questionamentos, as operações de garantia da lei e da ordem (GLO), por seu caráter dubio na doutrina jurídica, como sendo ou não atividades tipicamente militares, trouxeram novas necessidades de estudos. Era fato que o Brasil participava da MINUSTAH, no Haiti, daí decorrendo situações novas de GLO, de

guerra externa, ou de guerra interna em país soberano.

Tudo isso, apesar dos esforços em se regular a matéria, ficou ao encargo do intérprete juiz, quanto ao diploma a ser aplicado em cada caso específico. Os diplomas versando sobre GLO: Lei Complementar Nr 97, de 9 de junho de 1999; Lei Complementar Nr 117, de 2 de setembro de 2004; e Lei Complementar Nr 136, de 25 de agosto de 2010; atinentes ao direito interno brasileiro; ou os Códigos Penal Militar (CPM) e de Processo Penal Militar (CPPM). A competência da Justiça Militar da União (JMU), aplicando estes últimos; ou da Justiça Federal (JF), aplicando o Código Penal Comum (CP). Ou seja, a questão ainda paira e não está pacificada.

Além disso, o surgimento do Tribunal Penal Internacional (TPI), em 2002, ampliou as dúvidas, pois deu a possibilidade de competência para o julgamento de militares brasileiros a um tribunal extracontinental, caso não internalizados os novos tipos penais surgidos. Isso significa que, se o Brasil não julgasse estes nacionais internamente, poderia o TPI fazê-lo, à revelia das autoridades brasileiras. Surgiu assim, a ne-

¹ Major do Exército Brasileiro; graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (2004); mestre em Ciências Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (2006). Atualmente é instrutor na Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. <haryangoncalvesdias@gmail.com>

cessidade de internalizar os novos crimes de guerra trazidos pelo TPI, a fim de manter-se a competência nacional no assunto, não se submetendo o Brasil à vexatória situação de não possuir competência para julgar seus próprios nacionais. Esse direcionamento à internalização se deu por meio do Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002, faltando, porém, a sua regulamentação.

Daí decorre o **problema** cerne deste estudo, qual seja a necessidade de internalizar e tornar aplicável no Regime Jurídico Nacional, a penalização de crimes de violação do Direito Internacional Humanitário (DIH), também entendido como Direito Internacional dos Conflitos Armados. Isso se dá por meio de lei que regulamente e abranja as condutas tipificadas pelo TPI, a fim de manter a competência interna para julgar brasileiros acusados desse tipo de crimes.

Essa tentativa de internalização vem-se configurando, através do Projeto de Lei nº 301, de 2007, de autoria do deputado Dr. Rosinha; Apenso ao Projeto de Lei nº 4.038, de 2008. Corroborando tal situação, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) já propôs um texto substitutivo a tais projetos de lei, a serem apresentados ao Congresso Nacional.

Ocorre que esse texto trará sérias limitações e colocará mesmo em risco a **iniciativa**, a **liberdade de ação** e a **liderança dos comandantes brasileiros** em operações internacionais. Assim, este trabalho tem por objetivo explorar, brevemente, o seguinte problema: os reflexos possíveis e nocivos aos aspectos citados, decorrentes, principalmente, dos **enunciados dos artigos 5º, 6º e 54 do referido dispositivo**. Faz isso, com a intenção

de examinar, no estágio cognitivo de análise, de que modo esses enunciados depreciam e dificultam a atuação dos comandantes militares, restringindo-lhes a segurança jurídica nas suas decisões a um nível mínimo.

O substitutivo aos projetos de lei: Nr 301/07 e Nr 4.038/08

Em que pese a intenção do governo brasileiro de internalizar as normas do TPI, o que é necessário em vista de manter-se a competência interna para julgar brasileiros que pratiquem condutas tipificadas no Estatuto de Roma, há que se ter cuidado ao descrever cada tipo penal. Em particular, este estudo se preocupa com o previsto nos artigos 5º, 6º e 54 do referido Substitutivo. Esses artigos são os que demonstram o grau de profundidade que alcança a responsabilidade do comandante em operações, quase chegando à situação de se obrigar a prever resultados imprevisíveis, a fim de, quem sabe, ter alguma chance de ver justificadas as suas decisões.

Em seu arrazoado, o relator do Substitutivo, deputado Antônio Carlos Biscaia, busca justificar os acertos da proposta, faz observações gerais sobre a necessidade de internalizar as condutas tipificadas como crimes no TPI e realiza algumas observações sobre o conteúdo do texto. Acaba assim, por fazê-lo mais como justificativa para adotá-lo, do que como um exame crítico de seu conteúdo, o que deixa ao Congresso Nacional, em momento futuro. Não observa, em sua exposição de motivos, o conteúdo de mérito de cada dispositivo, a fim de apreciá-los como realmente merecem, ou seja, sob o enfoque

das responsabilidades que demandam, sobretudo em operações.

Assim, caso o texto passe na Casa Legislativa com o conteúdo atualmente disposto, a responsabilidade dos comandantes, sobretudo em momentos em que as decisões e as iniciativas do combate deverão ser prontamente tomadas, estará completamente amarrada. Qualquer que seja o caminho escolhido pelo chefe militar, permanecerá sempre comprometido penalmente com o resultado, mesmo que imprevisível.

Aliás, vale citar que, em 12 de junho de 2013, o Substitutivo foi a Plenário, só não tendo sido votado por falta de *quorum*.

Adentrando no Substitutivo propriamente dito, vale inicialmente citar a sua estrutura. É composto do Título I, das Disposições Gerais; do Título II, do Crime de Genocídio; do Título III, dos Crimes contra a Humanidade; do Título IV, dos Crimes de Guerra, subdividido em três Capítulos, das Disposições Gerais, dos Crimes de caráter internacional e dos Crimes de caráter não internacional; Título V, dos Crimes contra a Administração da Justiça do TPI, subdividido em dois Capítulos, das Disposições Gerais e dos Crimes em Espécie; do Título VI, das Normas Processuais; do Título VII, da Cooperação Com o TPI, com cinco Capítulos, versando sobre Disposições Gerais, Prisão Preventiva e Entrega, Prisão Preventiva Antecipada, Outras Formas de Cooperação e Execução das Penas impostas pelo TPI; e, por fim, do Título VIII, das Disposições Finais.

A partir dessa divisão, observa-se que o Substitutivo divide em três grandes temas tipificados, nos quais as condutas dos comandantes podem ser enquadradas, quais sejam

o **Genocídio**, os **Crimes contra a Humanidade** e os **Crimes de Guerra**. Deixa assim de abordar os chamados Crimes de Agressão. Dentre os três citados, os primeiros são os crimes que têm como sujeito passivo grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Os crimes contra a humanidade são aqueles que se dirigem contra a população civil, diretamente. Os últimos são aqueles praticados em tempo de conflito armado ou depois de cessadas as hostilidades e que se dirigem às vítimas sob domínio da parte beligerante, mesmo que indiretamente. Essa divisão, embora não seja o escopo deste trabalho, é de necessário conhecimento, a fim de se visualizar o enquadramento dos dispositivos elencados neste estudo.

É nesse sentido que cabe o exame dos artigos citados anteriormente, que versam sobre a responsabilidade do comandante, quais sejam o artigo 5º, o 6º e o 54 do Substitutivo. Os dois primeiros encontram-se nas Disposições Gerais, ou seja, aplicam-se a todo e a qualquer conduta típica abrangida pelo texto normativo. O artigo 54 encontra-se disposto como um dos tipos descritos como Crime de Guerra, ou seja, basta afetarem quaisquer vítimas civis, ainda que indiretamente.

Eis os dispositivos (BRASIL, 2008a):

Art. 5º. O comandante, ou a pessoa a ele equiparada, será criminalmente responsável por crimes que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de **não exercer um controle apropriado** sobre essas forças quando:

I – **Tiver conhecimento** ou, em virtude das circunstâncias do momento, **deveria**

ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

II - Não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Art. 6º A **necessidade militar não exclui a responsabilidade penal.**

[...]

Crime de guerra por ataque excessivo e desproporcional

Art. 54. Lançar **ataque, ciente de sua aptidão de causar perdas acidentais de vidas humanas, lesões a civis ou danos a bens civis, ou danos extensos, duradouros e graves ao meio ambiente,** manifestamente excessivos em relação à **vantagem militar concreta e direta** pretendida:

Pena: reclusão, de cinco a dez anos.

§ 1º. A pena será aumentada de um terço a dois terços, se da **conduta resultar danos.** Modalidade qualificada

§ 2º. A pena será de dez a vinte anos de reclusão, se da **conduta resultar morte, incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente, aborto, aceleração de parto, incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias,** e as circunstâncias evidenciarem que o **agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.** (grifo nosso)

Cabe citar ainda que o artigo 5º é cópia fiel do artigo 28 do Estatuto de Roma, sem contudo ser tão específico quanto este, deixando de especificar em que circunstâncias não há um controle apropriado dos subordinados. O artigo 28, em sua alínea b, traz essas possibilidades, ou seja, limita as

hipóteses de aplicação, o que não é feito no Substitutivo em estudo.

Mais grave ainda é o fato de não prever o Substitutivo causas de exclusão da responsabilidade penal, deixando, independentemente da causa da conduta praticada, o comandante sujeito à criminalização. Cita apenas, na exposição de motivos, que estas causas não fazem parte do texto a ser apreciado no Congresso Nacional, pois não se fazem necessárias, já que presentes no Direito Pátrio.

Faz isso, nos seguintes termos (BRASIL, 2008c):

Não há necessidade de prever a coação irresistível e a obediência hierárquica como excludentes de culpabilidade, uma vez que o nosso Código Penal já dispõe claramente sobre essa questão, no seu art. 22. Trata-se de hipóteses de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, previstas na parte geral do Código, não havendo necessidade de sua repetição em lei especial.

É, no mínimo, de desleixo tal afirmação, pois que, se os princípios da culpabilidade aplicados pelo Estatuto de Roma são muito mais rígidos que os do direito penal pátrio, não há como se compatibilizarem as excludentes deste com as daquele, sem o fazer em específico.

Nesse sentido, então, cumpre apreciar, por ora, o que vem a ser a responsabilidade de comandante e a qual forma ela mais se adapta.

A responsabilidade do comandante

A responsabilidade do comandante em operações militares é tema que vem sen-

do estudado há tempos. Particularmente, desde a 1ª Guerra Mundial. No entanto, remonta à 2ª Guerra Mundial e ao chamado caso Yamashita (general de Exército japonês), o primeiro caso emblemático sobre responsabilidade do comando em operações, sobretudo no aspecto omissivo. É fato que, à época, foi julgada em Tribunal de Exceção norte-americano, que condenou o réu. No caso, foi a justiça aplicada pelo vencedor ao derrotado na Guerra. No entanto, o que interessa a este estudo são os pressupostos utilizados para a responsabilização daquele comandante.

Os subordinados de Yamashita haviam cometido crimes contra civis filipinos sobre os quais o comandante **deveria ter tido conhecimento**. Essa responsabilidade abrange as chamadas “por comissão” e “por omissão própria ou imprópria”. A primeira é a que deriva de conduta do próprio agente, dolosa ou culposa. A segunda, em sua primeira modalidade, é aquela em que, estando presente, não evita o fato. A imprópria, utilizada para condenar o general japonês pela Corte americana, é aquela que deriva do dever de garantia que possuía o comandante militar, qual seja, segundo Walzer (2003, p. 540), o fato de ele ser “responsável pela **proteção** dos fracos e desarmados” (grifo nosso).

Ou seja, nesta fase da história, introduziu-se um maior nível de responsabilidade aos comandantes militares, não só pelo que faziam ou mandavam fazer, mas pelo que era feito sem que evitassem e pelo quê, podendo evitar, não o fizeram. Esta última forma vem expressa sucintamente na expressão **deveria ter tido co-**

nhecimento e pode ser traduzida como forma de **responsabilidade objetiva**.

Mais tarde, em 1968, pode-se dizer que houve certo retrocesso nessa visão, referindo-se ao chamado caso My Lai. Nesta situação, um comandante de companhia chamado Medina teria dado a ordem a um de seus comandantes de pelotão para eliminar inimigos em uma vila vietnamita (My Lai). Este último, tenente Calley, cumpriu a ordem, eliminando mulheres e crianças presentes no local. Em Tribunal que julgou o caso, também americano, Medina afirmou não ter dada a referida ordem e que, **caso tivesse conhecimento** da situação local, teria agido. Calley, executor da mesma, em tese ilegal, foi condenado.

Nesse caso, diferentemente do anterior, puniu-se a conduta comissiva (Ten Calley), mas não a omissiva (Cap Medina), refletindo certo retrocesso na evolução do Direito Internacional Humanitário e nos critérios de responsabilização do comandante. O fato de o capitão Medina utilizar-se do desconhecimento para justificar a sua omissão, ao afirmar que **agiria para fazê-lo caso tivesse conhecimento**, revela um retorno aos critérios da responsabilidade puramente subjetiva. Esse entendimento é bem inteligível em Cinelli (2011, p. 202), ao tratar sobre (ir)responsabilidade de comando. Ou seja, para esse autor, o retrocesso está em se retornar a critérios de responsabilização do comando decorrentes tão somente do seu pleno conhecimento e consequente omissão no dever de agir para impedir o resultado. Retorna-se à necessidade de saber do sujeito agente e não ao dever objetivo de saber deste.

A partir desses dois parâmetros emblemáticos, é possível compreender em que sentido vêm tratar a questão da responsabilidade do comando o Protocolo Adicional I, de 1977, (PA I) às Convenções de Genebra de 1949 e o Estatuto de Roma de 2002.

O PA I trata do assunto em seus artigos 86 e 87, nos seguintes termos:

Art 86. Omissões

1 - As Altas Partes Contratantes e as Partes no conflito devem reprimir as infracções graves e tomar as medidas necessárias para fazer cessar quaisquer outras infracções às Convenções ou ao presente Protocolo que resultem de uma **omissão contrária ao dever de agir**.

2 - O facto de uma infracção às Convenções ou ao presente Protocolo ter sido cometida por um subordinado **não isenta os seus superiores da sua responsabilidade penal ou disciplinar**, consoante o caso, **se sabiam ou possuíam informações que permitissem concluir**, nas circunstâncias do momento, que aquele subordinado cometia ou ia cometer tal infracção e **não haviam tomado todas as medidas praticamente possíveis** dentro dos seus poderes para impedir ou reprimir essa infracção.

Art 87. Deveres dos comandantes

1 - As Altas Partes Contratantes e as Partes no conflito devem encarregar os comandantes militares, no que respeita aos membros das forças armadas colocadas sob o seu comando e às outras pessoas sob a sua autoridade, **de impedir que sejam cometidas infracções às Convenções e ao presente Protocolo** e, se necessário, **de as reprimir e denunciar às autoridades competentes**.

2 - A fim de impedir que sejam cometidas infracções e de as reprimir, as Altas Partes Contratantes e as Partes no conflito devem exigir que os comandantes, consoante o seu nível de responsabilidade, se certi-

fiquem de que os membros das forças armadas colocadas sob o seu comando conheçam as suas obrigações nos termos das Convenções e do presente Protocolo. 3 - As Altas Partes Contratantes e as Partes do conflito devem exigir que qualquer comandante que **tiver conhecimento de que subordinados seus ou outras pessoas sob a sua autoridade vão cometer ou cometeram uma infracção às Convenções ou ao presente Protocolo tome as medidas necessárias para impedir tais violações às Convenções ou ao presente Protocolo** e que, oportunamente, tome a iniciativa de uma **ação disciplinar ou penal contra os autores das violações** (PA I, 1977). (grifo nosso)

O Estatuto de Roma (ER) o aborda da seguinte forma:

Art 28. Responsabilidade de comandantes e outros superiores

Além de outros fatores determinantes de responsabilidade penal, em conformidade com este Estatuto, por crimes do âmbito da jurisdição do Tribunal:

a) O comandante militar ou o indivíduo que atue efetivamente como comandante militar será **responsável penalmente pelos crimes** sob a jurisdição do Tribunal que tiverem **sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivo, ou sua autoridade e controle efetivo**, dependendo do caso, por **não ter exercido apropriadamente o controle sobre as forças quando**:

i) Aquele **comandante militar ou indivíduo sabia** ou, em razão das circunstâncias do momento, **deveria saber** que as forças estavam cometendo ou pretendiam cometer tais crimes; e

ii) Aquele comandante militar ou indivíduo **não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir**

sua perpetração ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução.

b) No que se refere às relações entre superior e subordinado não descritas no parágrafo 1º, o superior será responsável penalmente pelos crimes sob a jurisdição do Tribunal que tiverem sido cometidos **por subordinados sob sua autoridade e controle efetivo, em razão de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados**, quando:

i) Tinha conhecimento ou de forma deliberada não levou em consideração informações que indicavam claramente que os subordinados estavam cometendo tais crimes ou se propunham a cometer tais crimes;

ii) Os crimes guardam relação com atividades que estavam no âmbito efetivo da responsabilidade ou controle do superior; e

iii) O superior não adotou todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua perpetração ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução (ER, 2002). (grifo nosso)

Observa-se que o PA I e o ER retornam ao padrão da responsabilidade objetiva, abrangendo tanto condutas comissivas quanto omissivas. Daí decorrem as seguintes condicionantes da Responsabilidade do Comando, em suma: é responsável o comandante que, **devendo agir, não o faz, por falta de controle efetivo de suas forças, sabendo, ou não sabendo tendo condições de saber para reprimir e denunciar condutas criminosas de tropas no âmbito de sua responsabilidade.**

Ou seja, a responsabilidade do comando no PA I e no ER vem claramente no

sentido da “objetivação” da mesma, sendo que os comandantes, no melhor dizer de Cinelli (2011, p. 206) “devem sempre apoiar sua conduta num tripé obrigatório de responsabilidades, operacionalizadas por meio de três verbos: *instruir, impedir e reprimir*” (grifo no original).

No viés da internalização para o Direito Pátrio, a Proposta de Substitutivo de Projeto de Lei em exame, apresentada ao Congresso Nacional, dá-se, como foi visto em seu artigo 5º, nos mesmos moldes do artigo 28 *caput* e alínea a, do ER. A responsabilidade é, portanto, **objetiva, por dolo ou culpa, seja ela culpa consciente** (que pode ser prevista pelo homem mediano, padrão de coerência) **ou culpa inconsciente** (que nem sequer está na previsão do agente). É, ainda, causada por **erro de proibição** (que recai sobre a ilicitude do fato) ou por **ignorância inescusável** (desconhecimento). Ainda, há que se ressaltar que a culpa inconsciente somente será escusável se **inevitável**, o que atenua o nível de profundidade exigido à tipificação em condutas como as que se **sabe ou deveria saber o resultado.**

Há ainda aqui, uma última observação a fazer, que diz respeito ao **resultado**. A conduta típica sugerida pelo artigo 54 é justamente a que traz à baila a possibilidade de responsabilidade sem a necessidade do resultado, ao afirmar que basta a mesma ser **apta a causar** danos diversos. Essa previsão é mais explícita e gravosa que aquelas do próprio ER, pois inclui a **possibilidade de responsabilização do comandante por omissão, com culpa inconsciente, quanto a erro de proibição,**

independentemente de ter produzido qualquer resultado.

O tratamento das excludentes de responsabilidade

As excludentes possíveis de serem arguidas, a fim de se ver afastada a responsabilidade dos comandantes, conforme o regime previsto no Estatuto de Roma, são as dos artigos 31, 32 e 33.

Art 31. Circunstâncias que excluem a responsabilidade penal:

[...] um indivíduo **não será criminalmente responsável** se, no momento da prática de determinada conduta:

a) Sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a **prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta** a fim de não violar a lei;

b) Estiver em **estado de intoxicação que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta** a fim de não transgredir a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder;

c) Agir em **defesa própria ou de terceiro com razoabilidade** ou, em caso de crimes de guerra, em **defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar**, contra o uso iminente e ilegal da força, de **forma proporcional ao grau de perigo** para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O fato de participar em uma força que realize uma operação de defesa não

será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea;

d) Tiver incorrido numa conduta que presumivelmente constitui crime da competência do Tribunal, em consequência de **coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem**, e em que se veja compelida a **atuar de forma necessária e razoável** para evitar essa ameaça, desde que **não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se propunha evitar**.

Essa ameaça tanto poderá:

i) Ter sido feita por outras pessoas; ou

ii) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade.

[...]

Art. 32. Erro de fato ou erro de direito

1. O **erro de fato** só excluirá a responsabilidade criminal se **eliminar o dolo** requerido pelo crime.

2. O **erro de direito** sobre se determinado tipo de conduta constitui crime da competência do Tribunal **não será considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal**. No entanto, o erro de direito poderá ser considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal **se eliminar o dolo** requerido pelo crime ou se decorrer do artigo 33 do presente Estatuto.

Artigo 33 **Decisão Hierárquica e Disposições Legais**

1. Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um Governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, **não será isento de responsabilidade criminal**, a menos que:

a) Estivesse **obrigado por lei a obedecer a decisões** emanadas do Governo ou superior hierárquico em questão;

b) **Não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal**; e

c) A **decisão não fosse manifestamente ilegal**.

2. Para os efeitos do presente artigo, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal. (grifo nosso)

Vê-se que se trata de excludentes ora da ilicitude, ora da culpabilidade.

No artigo 31, alíneas a e b, aborda-se a inimizabilidade, que é uma das **excludentes de culpabilidade**. A inimizabilidade significa dizer que o agente não tem a aptidão necessária para ser culpável. Ou seja, diz respeito a uma condição do agente, não ao fato propriamente dito. É a capacidade subjetiva de ser culpável. (TOLEDO, 1999, p. 312-314)

No caso do ER, não houve grandes diferenças em relação ao sistema penal já em vigor no Brasil. A norma, dessa forma, está adequada ao sistema jurídico pátrio.

A alínea c do mesmo artigo trata da legítima defesa, que é uma **excludente de ilicitude**. Esta excludente pode-se dar em defesa de direito próprio ou alheio, ou de outro bem juridicamente tutelado, como no caso de **um bem que seja essencial à realização de uma missão militar**. A agressão deve ser iminente e injusta (ilícita, ilegal), e a reação deve ser proporcional, ou seja, realizada com a moderação necessária a fazer cessar aquela.

A norma da alínea é bem semelhante e não traz, até esse momento, novidades em relação ao sistema jurídico brasileiro. No entanto, ao dizer que o fato de participar de uma operação de defesa não é justificativa suficiente, passa a afetar diretamente a **missão** de uma força militar, seu **conceito da operação**, pois o **comandante** deverá defen-

der, ou seja, cumprir sua missão, sempre no limite mínimo do emprego da força e considerando a atitude inimiga como ilícita.

A alínea d trata da chamada coação irresistível, que é uma **excludente de culpabilidade**. A coação física irresistível (*vis absoluta*), no sistema jurídico nacional, exclui a própria autoria e com ela, a tipicidade. Este não é o caso da alínea. Ela refere-se a se ver compelido a realizar a conduta, ou seja, trata da coação moral irresistível (*vis compulsiva*). Esta exclui a culpabilidade por haver a inexigibilidade de o agente se comportar diferentemente ao que praticou.

Nesse caso, o sistema brasileiro é compatível com a previsão. No entanto, a questão da proporcionalidade deve ser atendida, conforme prevê o dispositivo.

O artigo 32 trata do erro de fato e do erro de direito, que **excluem o tipo e a ilicitude**, respectivamente. No caso em tela, diz respeito somente aos tipos dolosos. Como este trabalho está a estudar os artigos 5º, 6º e 54, que são tipos culposos, o exame dessa previsão não se faz necessário. Vale dizer apenas, que e a disciplina pode ser vista sob outro foco, qual seja dos conceitos de erro de tipo e erro de proibição. Assim, pela doutrina nacional, em determinadas circunstâncias, tanto um quanto o outro poderiam ser ora inescusáveis, ora escusáveis.

O regime do ER coloca a situação de forma que o dolo, componente dos tipos dolosos, caso excluído, poderá excluir o próprio crime e, com ele, a conduta, o fato. Porém, se o delito for punível a título de culpa, então não há como se ex-

cluír qualquer conduta por erro de fato, ou seja, para crimes culposos não cabe a alegação de exclusão do crime com base no número 1 do artigo 32.

Da mesma forma, ocorre com o erro de proibição, disposto no número 2 do mesmo artigo. A única observação é que traz a hipótese de, por erro de proibição, poder-se excluir o crime pela circunstância do artigo 33, qual seja a obediência hierárquica.

Assim sendo, o artigo 33 trata dessa excludente de culpabilidade. Por haver essa previsão, nem é necessária tal observação no número 2 do artigo 32. Quem age obedecendo, só pode fazê-lo lícita ou ilícitamente. Neste caso, sob a forma de erro de proibição chamado indireto, está agindo ilícitamente, mas acreditando que sob uma norma permissiva prevalente, isto é, a própria ordem.

A diferença então é muito sutil. Existe a remota possibilidade de exclusão da culpabilidade no sistema jurídico penal pátrio. No ER, entretanto, esta só é possível diante de decisão hierárquica que seja: decorrente de superior hierárquico a que se obriga por lei o agente, não ter este conhecimento da ilegalidade da ordem e não ser essa ilegalidade manifesta.

Há que se dizer ainda que a necessidade militar poderá excluir a responsabilidade criminal do comandante, pelo ER. Esta observação decorre, **por exclusão**, do preceituado no artigo 8º, 2., alínea a, iv e xiii, e alínea e, xii. A questão, no entanto, do que é a necessidade militar justificadora, fica à apreciação do mérito pelo Tribunal. Observe-se então (BRASIL, 2002):

Art 8º Crimes de Guerra

[...]

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entendem-se por "crimes de guerra":

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

[...]

iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando **não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária**;

[...]

xiii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões sejam **imperativamente determinadas pelas necessidades da guerra**;

[...]

e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos:

[...]

xii) Destruir ou apreender bens do inimigo, **a menos que as necessidades da guerra assim o exijam**. (grifo nosso)

Neste ponto, antes de prosseguir no estudo da Proposta, vale bem compreender o conceito de necessidade militar. Trata-se de um dos princípios do DIH, que significa que se:

justifica o emprego da violência e da astúcia, nos limites em que a violência e a astúcia são indispensáveis para atingir o fim da guerra, a redução do adversário à impotência, à impossibilidade de prorrogar a resistência. (FAUCHILLE, 1921, t. 2, p. 12)

Mello (1997, p. 122) complementa ainda esse entendimento, ao afirmar que a necessidade militar sempre se relaciona a alguma coisa, sendo uma questão de comparação entre os “males supérfluos” que uma arma pode causar com a “vantagem militar” que pode resultar do uso desta mesma arma.

No que se refere à Proposta de internalização do regime do TPI, objeto deste exame, ela não aborda, em momento algum, a existência ou a possibilidade de qualquer excludente de responsabilidade do comandante. Vai mais longe ainda, ao dizer, no artigo 6º, que a necessidade militar não exclui a responsabilidade penal, ou seja, retira esta possível excludente do rol das aplicáveis em casos concretos. Para ela, não existe relação de forças a ser feita entre mal causado e vantagem militar, todo risco é mal e, por isso, merece ser banido.

Pode-se dizer que, apenas no voto do relator, deputado Antônio Carlos Biscaia, no texto do Substitutivo, citam-se algumas excludentes, mas o legislador já as rechaça como sendo avaliáveis em cada caso concreto e no sistema do Código Penal Comum. Às demais, consequentemente, resta à dúvida se não seriam internalizadas ou se seguiriam também o Código Penal Comum. Aliás, fica outro grande questionamento sobre a aplicação do Código Penal Comum ou Militar, conforme disposto para casos específicos na própria Proposta, em seu artigo 7º, caput e parágrafo único, combinado com seu artigo 126; qual seja se caberia a aplicação da Lei Especial mais restritiva, acompanhando a direção de maximização das responsabilidades intencionada pelo ER. Eis o texto:

Não há necessidade de prever a **coação irresistível e a obediência hierárquica** como excludentes de culpabilidade, uma vez que o **nosso Código Penal já dispõe claramente sobre essa questão, no seu art. 22**. Trata-se de hipóteses de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, previstas na parte geral do Código, não havendo necessidade de sua repetição em lei especial (BRASIL, 2008c, p. 6, grifo nosso).

Pressupostos do comando

Comandar é um ato de extrema dificuldade, pois exige preparação técnica e emocional. Além disso, tais condições têm que ser continuamente alimentadas, já que os ambientes operacionais, as pessoas e os valores mudam no decorrer da história. Os conflitos passam por gerações (está-se na 5ª para alguns, para outros na 4ª). Ou seja, o ambiente operacional de hoje não é mais o mesmo da 2ª Guerra Mundial, ou mesmo da Guerra do Vietnã. Vive-se o amplo espectro das operações, em que são exigidas novas e diversas capacidades de cada tropa e de seus comandantes.

Nesse contexto, também o Direito Internacional Humanitário ganhou força ao longo dessas décadas, buscando satisfazer a complexidade que se lhe apresentava. O nível de cobrança de responsabilidade dos comandantes em operações cresceu, e a ordem vigente ensina: combates com o mínimo de perdas e baixas de combatentes e não combatentes, com o mínimo de danos a bens e ao patrimônio em geral, e pelo mais curto prazo. Isso significa que os limites à livre atuação e poder decisório dos comandantes diminuiu. Mas, até que ponto, pois a doutrina

ainda ensina as ações cada vez mais dinâmicas em combate? Conceitos típicos das operações vistas pelo mundo continuam em vigor, contrastando com as imposições do DIH. A iniciativa do comandante, sua liberdade de ação para decidir e, mesmo sua liderança, estão sendo afetadas pelo DIH? Parece que a resposta positiva é óbvia. Vale, então, entender esses conceitos junto à doutrina nacional para depois se verificarem as consequências a esta, ocasionadas pela possível internalização desse pensamento jurídico, à luz da Proposta de Projeto de Lei em exame.

Eis o que diz, a respeito dos contextos da chamada Guerra de Movimento, o MD35-G-01, Glossário das Forças Armadas (BRASIL, 2007a, p. 127):

GUERRA DE MOVIMENTO - Tipo de guerra que se caracteriza pela ausência de frente estática e no qual as forças de ambos os partidos nela empenhados procuram **obter ou conservar a iniciativa das operações**, recorrendo à manobra, à organização dos fogos e à utilização do terreno. (grifo nosso)

Também, no mesmo sentido, vem a IP 100-1, Doutrina Delta (BRASIL, 1996, p.1-1):

As concepções doutrinárias atualmente em vigor nos exércitos dos países desenvolvidos, com experiência de combate recente, consideram que, no futuro, os comandantes deverão enfrentar desafios substancialmente diferentes daqueles com que se depararam no passado. A guerra transformou-se em tarefa multidimensional, exigindo alto grau de **iniciativa**, agilidade, sincronização e capacidade de gerenciamento das informações.
[...]

A **iniciativa** permite a conservação do espírito ofensivo e a manutenção da **liberdade de ação**.

[...]

O desenvolvimento da guerra eletrônica e a consequente limitação do uso dos meios de comunicações no campo de batalha exigirão que os comandantes (Cmt) tomem decisões independentemente de ligações com seu escalão superior, ampliando a **necessidade de iniciativa e liderança**, em todos os escalões. (grifo nosso)

Aliás, segundo essa Doutrina, a iniciativa é um dos fatores de êxito no combate e um dos principais atributos do comandante, nestes termos (Ibid., p. 3-3): “**liderança**; coragem; decisão; objetividade; **iniciativa**; versatilidade; criatividade; e capacidade de coordenação e controle” (grifo nosso).

Observe-se que se trata da introdução do conceito de iniciativa.

O MD51-M-04, Manual de Doutrina Militar de Defesa, do Ministério da Defesa (MD), diz o seguinte, corroborando o exposto (BRASIL, 2007b, p. 17):

A **iniciativa** dos combates pertencem às forças atacantes, normalmente de maior poder militar. Atualmente, as percepções estratégicas de defesa são diversificadas e complexas e em nada lembram as primeiras manifestações do passado. (grifo nosso)

Ao tratar das principais estratégias de emprego das Forças Armadas, o mesmo diploma (BRASIL, 2007b, p. 36) diz:

Ofensiva: Caracteriza-se pela **iniciativa** das operações em relação ao inimigo, quer concentrando as ações em áreas de interesse, quer desencadeando-as em território

rio inimigo, sem qualquer propósito de anexação deste, mas obtendo vantagens políticas e militares iniciais, visando às futuras negociações de paz. (grifo nosso)

E, ainda, ao tratar dos princípios de guerra, comenta:

Ofensiva: Princípio que se caracteriza por levar a ação bélica ao inimigo, de forma a se obter e manter a **iniciativa** das ações, estabelecer o ritmo das operações, determinar o curso do combate e, assim, impor sua vontade (BRASIL, 2007b p. 37). [...]

Manobra: [...]

Enfatiza a exploração da aproximação indireta, não meramente em termos de mobilidade ou movimento espacial, mas também em termos de oportunidade, **iniciativa, liberdade de ação** e definição do ponto decisivo de aplicação da força. (BRASIL, 2007b, p. 42, grifo nosso)

No mesmo sentido, o Glossário das forças Armadas refere-se à operação ofensiva (BRASIL, 2007a, p. 182):

OPERAÇÃO OFENSIVA – Operação terrestre e agressiva, na qual predominam o movimento e a **iniciativa**, com a finalidade de cerrar sobre o inimigo, concentrar um poder de combate superior, no local e momento decisivo, e aplicá-lo para destruir suas forças por meio do fogo, do movimento e da ação de choque e, obtido sucesso, passar ao aproveitamento do êxito ou à perseguição. (grifo nosso)

Complementa, dizendo sobre o princípio da ofensiva (BRASIL, 2007a p. 209): “A ação ofensiva é necessária para obter-se resultados decisivos, bem como para manter a **liberdade de ação**” (grifo nosso).

E, tem-se ainda o Manual de Doutrina Militar de Defesa (BRASIL, 2007b, p. 37): “A ação ofensiva [...] é inspirada na audácia, fortalecendo o espírito de corpo e **motivando o combatente**” (grifo nosso).

Ou seja, a iniciativa dá liberdade de ação e flexibilidade ao comandante e disso resulta motivação aos seus subordinados.

Veja-se o que diz o Manual do Exército Brasileiro, C 100-5, que trata das Operações (BRASIL, 1997, p. 1-2):

A doutrina da Força Terrestre enfatiza, como fatores decisivos para a vitória final: o espírito ofensivo; a importância da **conquista e manutenção da iniciativa**; a rapidez de concepção e de execução das operações; a iniciativa dos subordinados; a flexibilidade para alterar atitudes, missões e constituição das forças; a sincronização das ações no tempo e no espaço; e a **liderança e capacidade de decisão dos comandantes** em todos os escalões. (grifo nosso)

Relativo ao princípio da ofensiva (BRASIL, 1997, p. 4-2):

b. A primeira manifestação da ofensiva é a **iniciativa** das ações.

c. A **iniciativa** permite a escolha da hora e do local do ataque, facilitando a surpresa. (grifo nosso)

Nessa mesma linha, traz o conceito operacional de Guerra de Movimento (BRASIL, 1997, p. 4-7), já tratado.

E, é um dos fundamentos das operações ofensivas do Manual de Operações (BRASIL, 1997, p. 5-3):

e. Iniciativa – A iniciativa permite ao comandante impor sua vontade para a

decisão do combate e, por isso, deve ser sempre buscada e conservada. O atacante pode escolher a hora, o local, a direção e o valor do ataque, mantendo sempre a iniciativa das ações.

O Manual C 20-10, Liderança Militar do Exército Brasileiro (BRASIL, 2011, p. 5-5), bem retrata importância da iniciativa, ora como competência necessária individual do líder militar, que traduz a capacidade de decidir por si só, mas com certa flexibilidade, o que no mínimo é questionável em face do ER e da Proposta de PL em exame:

Iniciativa – Competência para agir em face das situações inesperadas, **sem depender de ordem ou decisão superior**. É a habilidade para, rapidamente, mobilizar a si e ao grupo, no sentido de **atingir as metas estabelecidas, sem aguardar deliberação ou determinação dos superiores**. O líder dotado de iniciativa também é ágil, cognitiva e emocionalmente. Dessa forma, a iniciativa **abrange ainda o conceito de rapidez de raciocínio, que se caracteriza por antecipar-se às situações de incerteza ou de mudanças para pensar e aplicar, em tempo hábil, soluções alternativas** quando a decisão ou a ação adotada não está sendo eficaz. (grifo nosso)

Além da iniciativa, outro conceito que foi trazido ao estudo foi o de liberdade de ação, que já foi destacado em alguns trechos acima: Doutrina Delta (BRASIL, 1996, p.1-1); Doutrina Militar de Defesa (BRASIL, 2007b, p. 36); e Glossário das Forças Armadas (BRASIL, 2007a, p. 209).

No entanto, vale observar que este conceito também está presente no Manual de Doutrina Militar de Defesa (BRASIL,

2007b, p. 38-39), ao discorrer sobre o princípio da segurança:

Princípio que consiste nas medidas essenciais à **liberdade de ação** e à preservação do poder de combate necessário ao emprego eficiente das FA, [...]

A aplicação desse princípio requer adequada análise das possibilidades do inimigo, [...] com o propósito de reduzir vulnerabilidades e **de preservar a liberdade de ação**. Esse princípio não busca a eliminação de todos os riscos, mas admite o **conceito de risco calculado**. (grifo nosso)

Vale observar a importante consideração que se faz quanto à segurança: é possível falar-se em risco calculado diante do DIH, ER e da Proposta de Projeto de Lei em estudo?

O Glossário das Forças Armadas bem define o que é liberdade de ação (BRASIL, 2007b, p. 145):

1. Capacidade de planejar e executar as ações necessárias à consecução do objetivo estabelecido. 2. Capacidade de executar ações estratégicas, na busca da concretização de interesses ou objetivos nacionais, com o **mínimo possível de restrições de Estados, organismos ou opinião pública, internacional ou nacional**. (grifo nosso)

Ao discorrer sobre comando no teatro de operações, o manual C 100-5: Operações (BRASIL, 1997, p.2-5), diz que se

deve garantir a direção centralizada da operação [...], descentralização na sua execução, para proporcionar flexibilidade e liberdade de ação aos comandos subordinados.

Também, utiliza o conceito ao tratar do fundamento da ofensiva “manutenção do contato” (BRASIL, 1997, p. 5-2):

A manutenção do contato é um fundamento da ofensiva que garante ao comandante de qualquer escalão a obtenção de informações sobre o inimigo, a **liberdade de ação** e a conservação da iniciativa, evitando a surpresa. O contato com o inimigo deve ser estabelecido e mantido o mais cedo possível (grifo nosso).

Outra questão sobre a qual se julga conveniente tecer comentários é a liderança. Já foram citados nos textos Doutrina Delta (BRASIL, 1996, p.3-3), do Manual de Operações Exército Brasileiro (BRASIL, 1997, p. 1-2) e no próprio Manual sobre esse tema, o C 20-10 (BRASIL, 2011, p. 5-5), aspectos importantes atinentes à mesma. Cumpre ora delineá-la:

Segundo o Dicionário Aurélio da língua portuguesa, **liderança** é uma forma de dominação baseada no prestígio pessoal, a qual é aceita pelos dirigidos; é a capacidade de liderar, espírito de chefia; é a função de líder. (p. 2-1, grifo nosso)

Assim, o estudo da liderança enfatiza quatro correntes básicas, sendo a mais aceita no meio militar brasileiro, a Integradora, fundamentada na Teoria do Campo Social, de Kurt Lewin (1890-1947), que a vê como “fruto da interação de quatro fatores — situação, líder, liderados e interação” (BRASIL, 2011, p. 2-5).

Esse documento a conceitua então, da seguinte forma:

A **liderança militar** consiste em um processo de influência interpessoal do líder

militar sobre seus liderados, na medida em que implica o estabelecimento de vínculos afetivos entre os indivíduos, de modo a favorecer o logro dos objetivos da organização militar em uma dada situação (BRASIL, 2011, p. 3-4).

A liderança militar estabelecer-se-á apoiada basicamente em três pilares:

- proficiência profissional;
- senso moral e traços de personalidade característicos de um líder; e
- atitudes adequadas.

Assim, observa-se o que o líder deve **saber, ser e fazer** [...]

A **proficiência profissional** indica capacidade, conhecimento, cultura. [...] é a primeira qualidade que se observa e se exige de alguém que exerce uma função de comando. Abrange, além dos **conhecimentos peculiares à profissão**, [...]

O **senso moral** diferencia os que usam o poder que determinado cargo lhes confere para fazer o bem e agir em prol da coletividade e da missão [...]

A **atitude adequada**, [...] evidenciada na forma como o homem emprega os valores e as competências de sua personalidade com as ferramentas que seus **conhecimentos** lhe oferecem. (BRASIL, 2011, p. 3-5, grifo nosso)

Vê-se que se falou em conhecimentos como necessários ao comandante. Um destes pode ser justamente aquele sobre o DIH.

Ainda, ao se referir à liderança no nível estratégico, que é aquele mais afeto a um comandante com certo poder de decisão em combate, o referido Manual faz alusão aos conhecimentos em relações internacionais, nas quais se inclui o DIH. Diz (BRASIL, 2011, p. 6-8):

No nível estratégico, o líder militar deve estar motivado, ainda, para acumular conhecimentos nas áreas da liderança, da

estratégia, da geopolítica, da História Militar, da administração, da gestão empresarial, da gestão de recursos humanos, **das relações internacionais**, dentre outras. (grifo nosso)

Diante do exposto, observa-se que a iniciativa, a liberdade de ação e a liderança, são necessidades inafastáveis ao comandante militar em operações. Limitá-las pode trazer repercussões ao próprio resultado da contenda e ao cumprimento da missão. Para, tanto, segue-se a discussão.

Discussão

A questão das limitações impostas, então, aos comandantes em operações militares, decorre do exame da Proposta de Substitutivo em estudo, quando colocada diante de necessidades típicas à ação de comando destes chefes, quais sejam a iniciativa, a liberdade de ação e a liderança.

Do exposto, observa-se que a Proposta, no que se refere a seus artigos 5º, 6º e 24, trata especificamente de **tipos culposos**. Segue os rumos do ER, porém sem especificar as excludentes.

Assim, não há dúvida quanto à responsabilidade pelas condutas praticadas **dolosamente**, pois são, por óbvio, criminalizadas. As condutas **culposas**, pelo que se observa do Substitutivo, dão conta de que se aplicam inclusive aos casos em que os comandantes agem com **culpa inconsciente** (artigo 5º), **causando ou não resultados lesivos ou danos** (artigo 54), a pessoas ou a bens.

Desse modo, é perceptível que se está diante de casos de **responsabilização objetiva**, que abarca condutas tanto **comissivas**,

quanto **omissivas**, retornando àquele padrão desejado já no precedente Yamashita. A diferença está no fato de ora ser bem mais profunda a responsabilização. A Proposta enseja que o Comandante seja responsabilizado pelas **condutas que faz, pelas que não faz e sabe, pelas que não faz e deveria saber que foram feitas**, isto é, pelo seu não controle. E, ainda, pelas suas **omissões em fazer cessar** condutas criminosas de seus subordinados, **prevenindo-as, reprimindo-as ou denunciando-as**, isto é, pela omissão de seu dever de instruir impedir e reprimir.

Mais que isso ainda, não faz a menção às excludentes, já que as considera implícitas no Sistema Jurídico Brasileiro. Cita apenas duas delas, a coação irresistível e a obediência hierárquica, como se as demais nem existissem. Deixa, portanto, de especificar, embora seja Projeto de Lei Especial, excludentes de ilicitude, como a legítima defesa e o erro de proibição; e excludentes de culpabilidade, como a inimizabilidade.

Outro aspecto importante quanto às excludentes, é que a Proposta de Substitutivo aplica a elas ainda o critério da **proporcionalidade, princípio do DIH**. Esta só torna permissiva, **escusável**, uma conduta, desde que o mal causado seja inferior ao bem preservado. E, como a escusabilidade se liga à **inevitabilidade**, quem previu, poderia prever ou deixou de prever, acabou por omitir-se de alguma forma; ou na instrução, ou no impedimento ou na repreensão às condutas delituosas. É, neste sistema, da proporcionalidade combinada com a escusabilidade, praticamente impossível não haver uma ínfima culpa responsabilizadora.

Ademais, não há que se pensar, no regime da Proposta, a possibilidade de se argumentar, afastando a responsabilização, que a **necessidade militar, outro princípio do DIH**, mesmo que imperiosa, decisiva, singular à missão, impunha determinada ação do Comandante, pois que o artigo 6º a exclui de maneira absoluta, não deixando margem a dúvida e, inclusive, sendo mais rigoroso que o próprio ER. Ou seja, a Proposta não privilegia, não recebe o conceito internacionalmente reconhecido de necessidade militar. Não importa o quão imperiosa seja a necessidade, basta que dela decorra qualquer risco, para ser, então, afastada.

Aliás, já é reconhecida a impossibilidade de se afastar o risco decorrente de qualquer que seja a necessidade militar. O risco lhe é inerente. Ao ratificar a inexistência de uma harmonia entre Partes, mas tão somente um limite até onde é possível correr riscos e acima do qual se torna inaceitável, Philippe Delmas confirma a existência do risco na guerra, decorrente da necessidade militar:

Podemos garantir a paz? A pergunta é quase absurda, já que a História é praticamente a História da guerra. [...] Ao longo do tempo, os Estados inventaram a 'ordem'. Não é a harmonia, mas o limite do inaceitável (DELMAS 1996, p. 11).

Por outro lado, percebe-se que, em todos os Manuais das Forças Armadas consultados, a iniciativa, a liberdade de ação e a liderança são, mais que características, necessidades do comandante militar em combate. Este homem necessita poder agir, decidir, ter flexibilidade e autonomia para fazê-lo, inclusive calculando o risco, com pouco tempo

para pensar, e com seu conhecimento prévio, inclusive no campo das relações internacionais e do DIH.

Ora, esses pressupostos — verdadeiras necessidades do comandante militar em combate — contêm, implicitamente, um permanente cálculo de risco. Mas, se o regime da Proposta não admite riscos, conforme bem explicita seu artigo 54, parece perceptível certa incompatibilidade. Diante disso, cabe então concluir sobre que consequências restam à ação de comando em operações militares em caso da aprovação da referida Proposta.

Conclusões e recomendações

A partir do que foi possível se verificar do exame da Proposta de Substitutivo de Projeto de Lei apresentado ao Congresso, a fim de internalizar no Sistema Jurídico Pátrio, o que vem sendo propugnado pelo ER, tem-se uma tendência a aumentar o nível de responsabilidades do comandante em operações. Esse direcionamento vem no sentido de corroborar o ideário presente no cenário internacional, de maior respeito ao DIH e à dignidade humana, à luz dos quais, em qualquer conflito, passa a ser cada vez mais exigível um menor número de vítimas e de danos a bens civis.

Assim, configura-se como louvável e necessária, nestes tempos, a internalização das normas do ER, do qual o Brasil é signatário. Mais do que isso, o país tem-se destacado pela sua característica, internacionalmente conhecida, de defensor dos direitos humanos, da democracia e da solução pacífica dos conflitos. No entanto, não é isso que se está

a estudar, mas sim o nível de influência que esta internalização trará à capacidade decisória dos comandantes militares.

A inserção, no sistema nacional, de um tipo de responsabilidade objetiva, quase que inescusável, **torna extremamente prejudicados quaisquer esforços dos comandantes para buscar resultados efetivos em combate, em termos de cumprimento de suas missões.** As previsões dos artigos 5º e 54 da Proposta abrangem toda e qualquer ação ou inação, intenção ou falta desta, dirigidas ao cumprimento de uma missão. Os comandantes passam a ser responsáveis até mesmo pela possibilidade de dano de um ataque. Exigir-se que este ataque não cause dano é uma coisa, mas se exigir que um ataque não tenha possibilidade de causá-lo é outra; é como não atacar. E, observe-se que não há critério de proporcionalidade no texto do artigo 54. O menor ataque, com a menor probabilidade, desde que exista, e não há como não existir, é passível de responsabilização.

Agrava-se ainda, a situação, por vir o Substitutivo sem a possibilidade das excludentes especificamente previstas, nem mesmo a da necessidade militar, como possibilidade de balancear a humanidade, a limitação e a distinção, princípios do DIH, através do critério da proporcionalidade. Na Proposta a ser internalizada, nos exatos termos do seu artigo 6º, a necessidade militar passa a não ser causa escusável; é como que banida, apesar de princípio existente no DIH.

Assim, já se percebe que, tendo por base esses princípios consagrados pelo DIH e que estão presentes nos manuais, há que se ter uma visão, no mínimo, com ressalvas,

É fato que os regulamentos e manuais militares são as principais fontes de consulta para os comandantes, porém devem sempre adaptar-se e atualizar-se conforme a lei e não o contrário. Portanto, atuar conforme os manuais, com lei posterior modificadora dos conceitos neles inseridos pode ser temerário. Pode levar, contraditoriamente, à prática de um crime, ao invés de proteger a conduta do comandante.

Isso significa que conceitos como iniciativa, liberdade de ação e liderança podem trazer riscos, pois, apesar de desejáveis ao líder militar, podem ser interpretados, à luz da lei, como condenatórios da ação desse mesmo chefe. A **iniciativa**, que deve ser sempre buscada como princípio de guerra e conceito de guerra de movimento, pode, conforme o Direito, dar luz ao entendimento de que conservá-la a todo tempo é algo a ser revisto. A **liberdade de ação**, necessária para agir com o mínimo possível de restrições — com a assunção de riscos calculados pelo comandante — também é algo que pode ser questionado juridicamente, principalmente se uma nova norma legal não admitir risco algum, nem o mínimo. E a **liderança**, que atua como fator de motivação a qualquer tropa e que é calcada no conhecimento e no senso moral do comandante. Se o Direito impuser maiores restrições à iniciativa deste chefe, por certo a sua liderança também será afetada. Isso poderá gerar oscilações na captação de confiança dos combatentes para com seu comandante, mesmo quando uma ação imediata for necessária para obtenção de uma vantagem militar decisiva.

Ora, se isso não é desejável e não traz a devida **segurança jurídica** ao comandante

em operações, há que se pensar em buscar a discussão e levar a opinião e o conhecimento profundo dos “peritos da guerra” àqueles que aprovam, emendam ou rejeitam iniciativas de leis.

Ou seja, infere-se que os termos em que vem a internalização da Proposta de Substitutivo ao PL 301/2007 (Apenso PL 4.038/2008) são, no mínimo, preocupantes aos comandantes de operações militares. Suas condutas ou sua inação involuntária, ainda que pautadas em um preciso e coerente cálculo do risco, poderão ser questionadas em face da abrangência dos tipos penalizadores do Substitutivo, em particular os artigos 5º, 6º e 54.

Além de preocupante para os escalões superiores das Forças Armadas, a situação da perda de iniciativa, de liberdade de ação e, daí, também de liderança, por parte de seus comandantes, fica uma breve consideração: se a Proposta de Substitutivo for aprovada nos termos atuais, as condutas dos comandantes e a própria doutrina militar poderão sempre, em quaisquer hipóteses, ser questionadas. Ainda que a necessidade militar lhes imponha o dever de agir, ainda que o risco seja calculado e aceitável, poder-se-ão ver ante um tribunal. Suas condutas nunca estarão à altura de um diploma legal que não aceite riscos e que não reconheça o princípio da necessidade militar. Ou seja, a Proposta

não reconhece o risco inerente à guerra. E, mais ainda, somente os profissionais do combate, os chefes militares, podem auxiliar a clarificar o significado dessa Proposta, amenizando a abrangência dos termos em que foi escrita. Esta é a única forma para que a nova legislação não venha a tolher as ações dos comandantes militares diante de graves decisões que põem em risco a sua vida e a de seus subordinados, mas, principalmente, os destinos da nação. Só eles bem sabem, na prática e sob fogo, que o DIH é a tentativa de se regular e limitar o caos da guerra, não de negar a sua existência.

Enfim, é hora de melhor se reconhecerem os preceitos da humanidade, protegidos e enfatizados pelo DIH. Porém, nos termos e expressões dos dispositivos potencialmente legais em questão, a internalização do ER através da Proposta em estudo pode-se revelar, pela criminalização dos riscos da ação de comando, uma ameaça aos interesses da Nação brasileira, principalmente em momentos de extrema gravidade, como são as guerras. Se há que se internalizarem os preceitos do Estatuto de Roma, regularizando o que o Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002 já determinou, que isso seja feito com a participação e o debate junto aos comandantes militares, que conhecem a outra face da idealizada paz, nem sempre tão possivelmente digna e humana. Guerra sem riscos não existe. Fica o alerta. ☺

Referências

BELO, Warley. Culpabilidade material em Jackobs e Roxin, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 221, p. 6, abr. 2011.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; García-Pablos de Molina, Antônio. **Direito penal : introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 17. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Projeto de lei nº 301, de 2007**. Brasília, DF: [Congresso Nacional, 2008a].
- _____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Projeto de lei nº 4.038, de 2008**. Brasília, DF: [Congresso Nacional, 2008b].
- _____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Substitutivo ao projeto de lei nº 301, de 2007 (Apenso PL nº 4.038, de 2008)**. Brasília, DF: [Congresso Nacional, 2008c].
- _____. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da [República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 26 set. 2002.
- _____. Exército. Estado-Maior. **Instruções provisórias**: bases para a modernização da doutrina de emprego da força terrestre (Doutrina Delta): IP 100-1. Brasília, DF: Ministério do Exército, 1996.
- _____. Exército. Estado-Maior. **Manual de campanha**: liderança militar: C 20-10. 2. ed. Brasília, DF: Ministério do Exército, 2011.
- _____. Exército. Estado-Maior. **Manual de campanha**: operações: C 100-5. 3. ed. Brasília, DF: Ministério do Exército, 1997.
- _____. Ministério da Defesa. **Glossário das Forças Armadas**: MD35-G-01. 4. ed. Brasília, DF: Ministério da Defesa, 2007a.
- _____. Ministério da Defesa. Secretaria de Política, Estratégia e Assuntos Internacionais. **Doutrina Militar de Defesa**: MD51-M-04. 2. ed. Brasília, DF: Ministério da Defesa, 2007b.
- CINELLI, Carlos Frederico Gomes. **Direito internacional humanitário**: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados. Curitiba: Juruá, 2011.
- CONTI, Eduardo Martin. Teoria da actio libera in causa, tipicidade culposa e responsabilidade penal objetiva. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3725, 12 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25277>>. Acesso em: 6 dez. 2013.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código penal**. 7. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DELMAS, Philippe. **O belo futuro da guerra**. Rio de Janeiro: Record, 1996.
- FAUCHILLE, Paul. **Traité de droit international public**. Paris: A. Rousseau, 1921. t. 2
- GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Convenção I, convenção de Genebra para melhorar a situação dos feridos e doentes das forças armadas em campanha**. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-I-12-08-1949.html>>. Acesso em: 4 dez. 2013.

_____. **Convenção II, convenção de Genebra para melhorar a situação dos feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar, de 12 de agosto de 1949.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-II-12-08-1949.html>>. Acesso em: 4 dez. 2013.

_____. **Convenção III, convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra de 12 de agosto de 1949.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html>>. Acesso em: 4 dez. 2013.

_____. **Convenção IV, convenção de Genebra relativa à protecção das pessoas civis em tempo de guerra, de 12 de Agosto de 1949.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-IV-12-08-1949.html>>. Acesso em: 4 dez. 2013.

_____. **Protocolo I adicional às convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à protecção das vítimas dos conflitos armados internacionais.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-I-conv-genebra-12-08-1949.html>>. Acesso em: 4 dez. 2013.

_____. **Protocolo II adicional às convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à protecção das vítimas dos conflitos armados não internacionais.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-II-conv-genebra-12-08-1949.html>>. Acesso em: 4 dez. 2013.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista.** São Paulo: R. dos Tribunais, 2005.

HUNGRIA, Nélson et al. **Comentários ao Código penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. 2

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the adoption of an additional distinctive emblem (Protocol III), 8 December 2005.** Disponível em: <<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/615?OpenDocument>>. Acesso em: 4 dezembro 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: 1. volume : Parte geral.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **Direito internacional penal: a responsabilidade de comando no estatuto de Roma e sua implementação no código penal militar.** Curitiba: Juruá, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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