

# Os combatentes nos conflitos armados internacionais e suas proteções

Gustavo Sénéchal de Goffredo\*

## Introdução

É somente com a criação da ONU que o uso da força fica proibido na ordem internacional, conforme determina o artigo 2º, alínea 4 da Carta. O mesmo documento admite exceções, expressas na competência do Conselho de Segurança diante de ameaça ou ruptura da paz ou atos de agressão (artigo 42) e no exercício do direito à legítima defesa, autorizado pelo artigo 51.

Entretanto, a interdição do uso da força não inibiu a ocorrência de inúmeros conflitos armados, não só por sua admissão nas guerras de descolonização, através de inúmeras resoluções da Assembléia Geral, mas também pela paralisia do Conselho de Segurança durante a Guerra Fria.

A situação não é diferente com o fim da Guerra Fria. Após a ação do Conselho de Segurança na Guerra Iraque-Kuwait verifica-se um recrudescimento dos conflitos armados, internacionais ou não internacionais e a inibição daquele órgão diante de tais situações.

Neste sentido, um dos ramos do direito Internacional cuja importância de estudo, divulgação e, principalmente, de aplicação se torna cada vez fundamental é o Direito Internacional Humanitário (DIH).

O objetivo do presente trabalho é analisar alguns aspectos do DIH, no que diz respeito à identificação do combatente, especificamente, o legítimo, assinalando os meios de proteção que lhes são garantidos pelo direito diante de conflitos armados.

---

\* Professor de Direito Internacional Público na PUC-Rio. Doutor em Direito Internacional pela UERJ e Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. E-mail: senechal@jur.puc-rio.br.

## 1. A identificação convencional do combatente

A limitação ou a interdição do uso da força é consequência de uma longa evolução normativa no Direito Internacional. Nesse sentido, merecem ser lembrados os esforços das Conferências da Haia de 1899 e 1907, para estabelecer as bases para a solução pacífica das controvérsias e, ao mesmo tempo, disciplinar a guerra entre os Estados.

Ao contrário do que pode parecer, os objetivos das Conferências não são antagônicos, pois, naquele período, o recurso à guerra constituía uma decisão soberana e lícita dos Estados. Assim, a construção de mecanismos de solução pacífica de controvérsias buscava evitar o uso da força na ordem internacional e, se falidos tais esforços, o recurso à guerra merecia ter limites quanto aos métodos e meios de condução dos combates.

Nessa linha de raciocínio, SALCEDO<sup>1</sup> afirma que

podiera parecer paradójico que unas Conferencias denominadas de la paz se ocuparan tan ampliamente de la regulación de guerra pero es que, como se ha dicho autorizadamente, aunque surgidas de un deseo de paz, las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907 obedecieron a una de las lecciones de la historia: para eliminar la guerra es preciso comenzar por darle normas, por regulamentarla, a fin de contribuir a la consolidación jurídica de la idea civilizadora de que en la guerra son lícitos los medios que conduzcan a la derrota del adversario *siempre que tales medios no se opongan a prohibiciones establecidas por normas jurídicas internacionales*.

O Regulamento Concernente às Leis e Usos da Guerra terrestre, anexo à Convenção para o mesmo fim adotada em 1899, é o primeiro documento que identifica a figura do combatente ao circunscrever a sua aplicação não somente aos exércitos, mas também às milícias e aos corpos de voluntários, sob condição de serem liderados por pessoa responsável pelos subordinados, exibirem distintivo fixo e visível, portarem armas e obedecerem às leis e usos da guerra. Estende, ainda, o Regulamento a condição de beligerante à população de um território não ocupado que, sem conseguir organizar-se, pega em armas para combater as tropas invasoras. A mesma identificação de combatente é repetida no Regulamento de 1907.

---

<sup>1</sup> SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *El Derecho Internacional em Perspectiva Histórica*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 36.

A Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, de 1929, reporta-se ao conceito de combatente do Regulamento da Haia de 1907 e estende a sua proteção aos membros das forças armadas capturados no decurso de operações de guerra marítima e aérea, atendendo à nova realidade dos conflitos armados.

A Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949, Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (III Convenção)<sup>2</sup> identifica, no artigo 4 A, alíneas 1, 2, 3 e 6, identifica os combatentes por ela amparados, ao caírem em poder da força inimiga:

- 1) membros das forças armadas de uma Parte em conflito, assim como os membros das milícias e dos corpos de voluntários pertencentes a essas forças armadas;
- 2) membros de outras milícias ou de outros corpos de voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, pertencentes a uma Parte em conflito, que operem fora ou no interior de seu próprio território, mesmo quando ocupado, desde que essas milícias ou corpos de voluntários, incluindo os movimentos de resistências organizados, satisfaçam as seguintes condições:
  - a) sejam comandados por uma pessoa responsável por seus subordinados;
  - b) possuam um sinal distintivo fixo e reconhecível à distância;
  - c) tragam armas à vista;
  - d) respeitem, em suas operações, as leis e costumes da guerra;
- 3) membros das forças armadas regulares a serviço de um Governo ou de uma autoridade que não seja reconhecida pela Potência detentora;  
(...)
- 6) a população de um território não-ocupado que, à aproximação do inimigo, pegar espontaneamente em armas para combater as tropas invasoras, sem ter tempo de organizar-se em forças armadas regulares, desde que traga à vista e respeite as leis e costumes da guerra.

---

<sup>2</sup> Como é sabido, em 12 de agosto de 1949, foram adotadas quatro Convenções sobre DIH: para a Melhoria das Condições dos Feridos e Enfermos das Forças Armadas em Campanha (Convenção I), para a Melhoria das Condições dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar (Convenção II), a Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (Convenção III) e a Relativa à Proteção dos Civis em tempo de Guerra (Convenção IV).. Entre 1974 e 1977, realiza-se a Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e Desenvolvimento do DIH Aplicável nos Conflitos Armados, que culmina com a aprovação, em 8 de junho de 1977, de dois Protocolos Adicionais às Convenções: o Protocolo I, Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais, e o Protocolo II, Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não-Internacionais. As Convenções e os Protocolos serão mencionados pelas respectivas numerações.

Por sua vez, o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo I), de 1977, expressa, no artigo 43 que

As forças armadas de uma Parte em conflito se compõem de todas as forças, as unidades e os grupos armados e organizados, colocados sob um comando responsável pela conduta de seus subordinados diante dessa Parte, mesmo que essa Parte seja representada por um governo ou uma autoridade não reconhecida pela Parte adversa. Essas forças armadas devem ser submetidas a um regime de disciplina interna que assegure particularmente o respeito às regras do direito internacional aplicável nos conflitos armados.

Diante das inúmeras peculiaridades das pessoas envolvidas nos conflitos armados e seguindo com alterações a sistematização de Funes<sup>3</sup>, podem-se identificar as seguintes categorias de combatentes:

- 1) combatentes legítimos, que podem ser regulares, excepcionais e anômalos; e
- 2) combatentes ilegítimos, integrados pelos espões, mercenários, franco-atiradores, sabotadores e terroristas.

Para os propósitos deste trabalho, interessa analisar as tipificações dos combatentes em conflitos armados internacionais e as formas de proteção que lhes são garantidas pelo Direito Internacional Humanitário.

### **1.1 Combatentes legítimos**

Combates legítimos são os que, ao cumprirem os requisitos legais, individuais e coletivos, têm “direito de participar diretamente das hostilidades”, nos termos do artigo 43, 2, do Protocolo I, de 1977.

Segundo as Convenções de Genebra de 1949 (artigo 13, das Convenções I e II e artigo 4º, da Convenção III), os membros das forças armadas gozam da óbvia presunção de que são combatentes legítimos. Em relação às milícias, membros de corpos de voluntários e os integrantes dos movimentos de resistência organizados, os textos genebrinos impõem exigências coletivas que são a submissão a um comando responsável e o respeito às leis e costumes da guerra, e individuais, que

---

<sup>3</sup> FUNES, José Luis Fernández-Flores y de. El Derecho de los Conflictos Armados: *De iure belli*, el derecho de guerra, el derecho internacional humanitário, el derecho humanitário bélico., p. 401 e segs.

compreendem o uso de sinal fixo e reconhecível à distância e portar armas à vista.

Mencione-se, ainda, que o Protocolo I acrescentou à lista dos combatentes legítimos, os guerrilheiros, cuja ação bélica permite, implícita e provisoriamente, a falta de distinção em relação à população civil.

### **1.1.1 Combatentes regulares**

Os combatentes regulares são os membros das forças armadas das Partes em conflito ou os a eles assimilados que participam dos combates de forma tradicional.

#### **(A) Os membros das forças armadas, incluídos os membros das milícias e corpos de voluntários a elas integrados, excluídos o pessoal sanitário e religioso**

A composição das forças armadas compreende contingentes terrestres, marítimos e aéreos. A forma de recrutamento de seus integrantes é da competência exclusiva do Estado.

A restrição relativa a critério de idade de recrutamento foi estabelecida pelo artigo 77, 2 do Protocolo I, ao expressar que

As Partes em conflito tomarão todas as medidas possíveis na prática para que as crianças de menos de 15 anos não participem diretamente das hostilidades, abstendo-se em particular de as recrutar para as suas forças armadas. Quando incorporarem pessoas de mais de 15 anos e menos de dezoito, as Partes em conflito se empenharão em dar prioridade aos mais velhos.

O parágrafo 3 do mesmo artigo contempla a excepcionalidade de um menor de 15 anos participar das hostilidades, garantindo-lhe os direitos estabelecidos pelo mesmo dispositivo, independentemente de ser qualificado como prisioneiro de guerra.

Na mesma linha de proteção está a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1989, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, que acompanha a mesma faixa etária do texto genebrino.

Embora o seu artigo 1 defina como criança “todo ser humano menor de 18 anos”, o artigo 38, 3 determina que

Os Estados Partes abster-se-ão de recrutar pessoas que não tenham completado quinze anos de idade para servir em suas forças armadas.

Caso recrutem pessoas que tenham completado quinze anos, mas que tenham menos de dezoito, deverão procurar dar prioridade aos de mais idade.

Igualmente, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional qualifica, no artigo 8º, **b**, XXVI, como crime de guerra “recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente das hostilidades”.

A interdição de recrutamento de crianças para as forças armadas evolui em dois textos posteriores.

O primeiro é a Convenção sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação (Convenção 182), adotada em 17 de julho de 1999, pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho.

Nesse tratado, criança é toda pessoa menor de 18 anos e, sem excepcionar idade inferior, considera, entre outras, como piores modalidades de trabalho infantil

Todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como a venda e o tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, incluindo o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para utilizá-las em conflitos armados (artigo 3, a).

O Segundo texto convencional é o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança, Relativo à Participação das Crianças em Conflitos Armados, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 2 de maio de 2000. Por este compromisso, os Estados se obrigam a aumentar a idade mínima de recrutamento, prevista no artigo 38, 3 da Convenção, reconhecendo que os menores de 18 anos têm direito a uma proteção especial, devendo, em conseqüência, implementar medidas para que não sejam recrutadas obrigatoriamente nem participem diretamente das hostilidades crianças com idade inferior.

Percebe-se, pois, que a partir da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho e do Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança, Relativo à Participação das Crianças em Conflitos Armados, a maioria militar passa a ser de 18 anos, obrigando-se os contratantes a adotarem em suas respectivas legislações esse critério de idade para recrutamento obrigatório em suas forças armadas.

A menção aos corpos de milícias e voluntários, integrados às forças armadas, já presente no Regulamento de Haia, contempla Estados cujo exército é composto exclusivamente por esta modalidade de integrantes, além de, por exemplo, polícias armadas que constituem forças auxiliares dos exércitos, de acordo com a legislação dos Estados.

Ressalte-se, por outro lado, que nem todos os integrantes das forças armadas são combatentes. Neste sentido, o artigo 33 da Convenção III, indica que “o pessoal sanitário e religioso retido pela Potência detentora com o fim de prestar assistência aos prisioneiros de guerra não será prisioneiro de guerra”, por não serem combatentes.

**(B) Membros de outras milícias e membros de outros corpos de voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, pertencentes a uma Parte em conflito, que operem fora ou no interior de seu próprio território, mesmo quando ocupado**

Esta categoria de combatentes, incluída pelas Convenções de Genebra de 1949, refere-se aos integrantes dos movimentos de resistência, com o objetivo de impedir a repetição dos episódios ocorridos no transcurso da II Guerra Mundial, quando os integrantes dos movimentos de resistência não desfrutavam do estatuto de combatentes e eram tratados como franco-atiradores, sabotadores ou terroristas e, portanto, sujeitos às medidas internas de repressão.

Tal desamparo se justificava pelo fato de que a Convenção Relativa ao tratamento dos Prisioneiros de Guerra, de 27 de julho de 1929, ao regular a sua aplicação, no artigo 1, reportava-se aos artigos 1º, 2º e 3º do Regulamento de Haia de 1907, que não previam tal tipo de combatente.

**(C) Membros das forças armadas regulares a serviço de um Governo ou de uma autoridade que não seja reconhecida pela Potência detentora**

Também nesta hipótese, a inclusão de tal categoria de combatentes deveu-se também às ocorrências na II Guerra Mundial, quando o armistício entre a França e a Alemanha, celebrado em 1940, estabeleceu que os franceses que continuassem a luta não gozariam da proteção do direito de guerra, deixando ao desamparo os membros do exército francês que se manteve sob a autoridade do Governo no exílio.

### 1.1.2 Combatentes excepcionais

Na categoria de combatentes excepcionais encontram-se os guerrilheiros, incluídos pelo artigo 44, 3, do Protocolo I, *in fine*:

No entanto, levando em conta que há situações nos conflitos armados em que, devido à natureza das hostilidades, um combatente armado não pode se distinguir da população civil, ele conservará o estatuto de combatente desde que, em tais situações, use as suas armas abertamente:

- a) durante cada ação militar; e
- b) enquanto estiver à vista do adversário, ao tomar parte em uma evolução militar que precede o lançamento do ataque em que deve participar.

Como determina o mesmo artigo, a satisfação das condições acima afasta a hipótese de perfídia, que constitui prática ilícita nos conflitos armados.

Segundo observa Omedas<sup>4</sup>,

Frente a la posición tradicional establecida en los Convenios de Ginebra, que obligava al combatiente a llevar las armas a la vista y a usar el uniforme o signo distintivo equivalente, triunfó finalmente la tesis de dejar a la elección del combatiente, por así decirlo, la manera de distinguirse de la población civil, bien mediante el atuendo con prendas militares o bien solamente mediante el uso abierto y ostensible de las armas en el curso del ataque o de una operación militar preparatoria.

Certo está Funes, quando afirma que

El “guerrillero”, por lo común, es un combatiente civil, sin distintivo alguno militar, que lucha dentro de una “guerrilla”, grupo al mando de un jefe y con dependencia o no de un mando central, más o menos apoyado por la población civil, mediante el procedimiento de “guerra de guerrilla”, que implica una serie de combates intermitentes, por aparición y desaparición del grupo, frente a un enemigo que, normalmente, ha invadido el territorio de los guerrilleros<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> OMEDAS, José Luis Doménech. Los sujetos combatientes. In: PRIETO, Jose Luis Rodríguez-Villasante (org.) Derecho internacional Humanitario. Valencia: Tirant Lo Blanch; Madrid: Cruz Roja Española, 2002, p. 156.

<sup>5</sup> FUNES, José Luis Fernández-Flores y de. op. cit., p. 415.

Embora o primeiro registro moderno de guerra de guerrilhas manifeste-se na luta dos espanhóis contra a invasão francesa, entre 1808 e 1813, o guerrilheiro ficou, durante muito tempo, à margem de qualquer proteção, em todas as normas de DIH.

O Regulamento de Haia de 1907, no artigo 1º, admitiu como combatentes as milícias e corpos de voluntários, desde que, além do respeito às leis e usos da guerra, ostentassem armas, se submetessem a comando e exibissem sinais distintivos fixos e visíveis à distância. Tais prescrições conduzem à conclusão de que, se os guerrilheiros as cumprissem, deixariam de sê-lo. Se não as cumprissem, eram combatentes ilegítimos e, portanto, não desfrutariam da qualificação de prisioneiros de guerra, se capturados.

As Convenções de 1949 também não apresentaram uma solução para a regularização da figura do guerrilheiro, na medida em que mantiveram as mesmas exigências do Regulamento de Haia às “outras milícias ou de outros corpos de voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados”.

Neste sentido, tem razão Schmitt<sup>6</sup>, quando adverte que

El desarrollo que conduce a los Convenios de Ginebra de 1949 se caracteriza por un reconocimiento de los relajamientos cada vez mayores del Derecho internacional que hasta entonces había sido puramente estatal y europeo. Categorías cada vez más amplias de participantes en la guerra pasan ahora por combatientes. También las personas civiles, en los territorios militarmente ocupados – es decir, el verdadero campo de acción para el partisano que lucha a espaldas del ejército enemigo – disfrutan de una mayor protección jurídica que a tenor de la Ordenación de la guerra terrestre de 1907. Muchos cooperadores en la lucha, que se consideraron hasta entonces partisanos, están equiparados a combatientes regulares, y tienen sus derechos y privilegios. En el fondo ya no se pueden llamar partisanos. Pero las nociones son todavía vacilantes y poco precisas.

A incorporação do “combatente invisível” justifica-se pela ampla utilização da guerra de guerrilha pelos movimentos de libertação nacional que, por seu turno, passaram a integrar a categoria de conflitos internacionais, nos termos do artigo 1, 4 do Protocolo I, quando, re-

---

<sup>6</sup> SCHMITT, Carl. Teoría del partisano. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 35-36.

portando-se ao artigo 2 comum das Convenções de 1949, que define a sua aplicação “a guerra declarada ou a qualquer outro conflito armado” entre as Altas Partes Contratantes, afirma que

estão incluídos os conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas, no exercício do direito dos povos à autodeterminação, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração relativa aos princípios do direito internacional no que diz respeito às relações amigáveis e à cooperação entre os Estados nos termos da Carta das Nações Unidas.

A referência à Declaração relativa aos princípios do direito internacional no que diz respeito às relações amigáveis e à cooperação entre os Estados nos termos da Carta das Nações Unidas é de extrema importância. Ela foi aprovada por consenso pela Assembléia Geral em 24 de outubro de 1970, vigésimo quinto aniversário das Nações Unidas, através da Resolução 2625 (XXV) e consagra sete princípios: proibição do uso da força, solução pacífica das controvérsias, não intervenção nos assuntos de jurisdição doméstica dos Estados, obrigação de cooperação entre os Estados, igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, igualdade soberana dos Estados e cumprimento de boa-fé das obrigações internacionais.

Da análise do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos ressaltam os seguintes aspectos:

- a) todos os povos têm o direito de determinar, sem ingerência externa, sua condição política e de buscar o seu desenvolvimento econômico, social e cultural;
- b) todo Estado tem o dever de promover o princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, com o objetivo de incrementar relações de amizade e cooperação;
- c) todo Estado tem o dever de promover o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais;
- d) todo Estado tem o dever de abster-se do recurso à força para impedir que um povo exerça seu direito à autodeterminação;
- e) os povos podem pedir e receber apoio para resistir aos que se opõem ao exercício do direito à autodeterminação; e
- f) o território colonial ou outro não autônomo tem uma condição jurídica distinta e separada do território do Estado que o administra.

### 1.1.3 Combatentes anômalos

Esta modalidade de combatente está prevista nos artigos 13, §6º, das Convenções I e II e artigo 4,§ 6º, da Convenção III e constitui

a população de um território não-ocupado que, à aproximação do inimigo, pegar espontaneamente em armas para combater as tropas invasoras, sem ter tempo de organizar-se em forças armadas regulares, desde que traga as armas à vista e respeite a lei e os costumes da guerra.

As características fundamentais deste tipo de combatente são a desorganização e a espontaneidade diante da ocupação do território nacional pelo inimigo, além das obrigações de exibir armas e respeitar as leis e usos da guerra.

Esta modalidade de combatente, prevista no Regulamento de Haia de 1899, é reiterada no Regulamento de 1907. Observe-se, no entanto, que o artigo 2º do Regulamento de 1899 exigia tão somente o respeito às leis e usos da guerra, ao passo que o de 1907 introduz a obrigação de portar armas abertamente, exigência reiterada nos textos de 1949.

Tal como acontece com os guerrilheiros, não há exigência de exibição de sinais fixos e visíveis, tendo em vista seu caráter emergencial e provisório, devendo, entretanto, portar armas à vista.

Sem dúvida, esta situação ocorre tanto nos casos insurreição em massa, de caráter espontâneo, quanto nos levantamentos em massa, em virtude de chamamento do governo. Um aspecto peculiar destes combatentes é que eles se manifestam em território não-ocupado e diante da aproximação do inimigo, o que faz presumir que se o território for ocupado desaparece a figura, fazendo surgir outras categorias de combatentes, excepcionais ou regulares.

No mesmo sentido está o Manual do Ministério da Defesa britânico, quando menciona que

However, it should be stressed that the rules relating to the *levée en masse* apply only to inhabitants of territory not yet occupied who are reacting to the approach of the enemy. The inhabitants of territory already occupied who rise in arms do not enjoy such privileges and are not entitled to be treated as prisoners of war unless they are members of organized resistance or liberation movements<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> UK MINISTRY OF DEFENSE. The Manual of the Law of Armed Conflict. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 45.

## 1.2 Combatentes ilegítimos

São os que participam diretamente das hostilidades, mas não atendem os requisitos individuais ou coletivos estabelecidos nas normas internacionais e que garantem a legitimidade de participação no conflito. Em consequência, não desfrutam, se capturados, da condição de prisioneiro de guerra, estando sujeitos aos rigores das leis do captor, com as limitações impostas pelo DIH.

São identificados como combatentes ilegítimos os espíões, os mercenários, os franco-atiradores, os sabotadores e os terroristas.

### 1.2.1 Espíões

O Regulamento de Haia de 1907, repetindo os termos do texto de 1899, define, no artigo 29, o espião como “o indivíduo que, obrando clandestinamente ou com pretextos falsos, recolhe ou trata de recolher informações na zona de operações de um beligerante com a intenção de comunicá-los à Parte contrária”.

As características fundamentais do ato de espionagem, segundo o Regulamento, são a clandestinidade e o território em que se realiza, não importando se for perpetrada por civil ou militar.

Neste sentido, vale recordar Oppenheim, cujo entendimento é que

Los soldados que no están disfrazados, que penetran en la zona de operaciones del enemigo, no son espías. Son exploradores que gozan de los privilegios de los miembros de las fuerzas armadas y deben, si son capturados, ser tratados como prisioneros de guerra<sup>8</sup>.

A espionagem sempre foi admitida no direito de guerra, mas, embora sua utilização seja legal pelo beligerante que dela se serve, pode ser punida pela Parte adversa. A aceitação deste método encontra-se no artigo 24 do Regulamento de Haia, ao permitir a legalidade da utilização dos meios necessários para a obtenção de informações sobre o inimigo.

Como informa o mesmo autor acima citado<sup>9</sup>,

La guerra no puede hacerse sin toda clase de información acerca de las fuezas y de las intenciones del enemigo y acerca del carácter del país donde está la zona de operaciones militares. Para obtener la informa-

---

<sup>8</sup> OPPENHEIM, L. e LAUTERPACHT, H. Tratado de Derecho Internacional Publico. Barcelona: Bosch, 1966, p. 430.

<sup>9</sup> Id., p. 429.

ción necesaria se ha considerado siempre legal emplear espías y, también, hacer uso de la traición de soldados enemigos o súbditos privados enemigos, bien sean subornados u ofrezcan la información voluntaria y gratuitamente.

A IV Convenção de Genebra, no artigo 5, exclui de sua proteção a pessoa que, no território de uma Parte, for suspeita ou efetivamente exercer atividades prejudiciais à segurança do Estado e, se tratar-se de território ocupado, o espião ou sabotador perde o direito de comunicação previsto no tratado. Inafastável é, entretanto, a garantia de tratamento com humanidade e processo imparcial e regular. Ressalte-se que o artigo 45,3, do Protocolo I, garante o direito de comunicação do sabotador, mantendo a restrição somente em relação ao espião.

Por sua vez, o Protocolo I limita-se, no artigo 46, a regular a espionagem realizada por membro das forças armadas.

O parágrafo 1 exclui do benefício do tratamento de prisioneiro de guerra o membro das forças armadas que cair em poder do adversário quando se dedica à atividade de espionagem, autorizando a Parte captora a tratá-lo como espião, o que significa submetê-lo aos rigores da legislação do Estado prejudicado.

Segundo os parágrafos 2 e 3 do mesmo artigo, não será considerado espião o membro das forças armadas, devidamente uniformizado, que recolher ou tentar recolher informações dentro do território controlado pela Parte inimiga ou, na hipótese de residir em território ocupado pela Parte adversa, a menos, no último caso, que “proceda sob pretextos falsos ou de maneira deliberadamente clandestina” ou se for pego em flagrante.

Por fim, o último parágrafo do artigo mencionado garante o estatuto de prisioneiro de guerra ao membro das forças armadas não residente em território ocupado pela Parte adversa que conseguir evadir-se, juntando-se à sua tropa. A perda do tratamento de prisioneiro só é admitida na hipótese de sofrer captura antes de reuni-se à sua força armada.

### **1.2.2 Mercenários**

Figura utilizada na Idade Média e no Renascimento, os mercenários voltam à cena dos conflitos armados a partir dos anos 60 do século passado, principalmente na África, quando foram utilizados no Zaire, Biafra, Katanga, Etiópia e Angola, só para mencionar alguns exemplos.

El problema de los mercenarios se planteó por primera vez ante los órganos de la Naciones Unidas em 1961, en relación a la secesión de Katanga. Posteriormente, en 1964, el próprio Gobierno congoleño contrató mercenarios para reprimir una insurrección. Cuando se les intimó, más tarde, a deponer las armas, la mayoría de ellos se negó y entró en rebelión contra el Gobierno (1967). Este último apeló entonces al Consejo de Seguridad, así como a la Organización de la Unidad Africana (OUA), a la que ya había acudido em 1964. El Consejo de Seguridad y la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA solicitaron a los Estados que impidieran el reclutamiento de mercenarios sobre su territorio con miras a derrocar el Gobierno de Estados extranjeros<sup>10</sup>.

O mercenarismo é condenado em inúmeras resoluções da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança das Nações Unidas, valendo mencionar, neste sentido, a já mencionada Resolução 2625 (XXV), aprovada em 24 de outubro de 1979, ao obrigar que

Cada Estado tem o dever de abster-se de organizar ou encorajar a organização de forças irregulares ou de bandos armados, notadamente os bandos de mercenários, com o objetivo de fazer incursões sobre o território de um outro Estado.

Recorde-se, por sua importância, que a definição de agressão, aprovada pela Resolução 3314 (XXIX), de 14 de dezembro de 1974, da Assembleia Geral das Nações Unidas, inclui como uma das manifestações de tal ilícito internacional “o envio por um Estado ou em seu nome de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares ou de mercenários que praticam atos de força armada...” (artigo 3, g).

Entretanto, o primeiro texto convencional a abordar a figura do mercenário, por influência dos Estados africanos presentes à Conferência Diplomática, foi o Protocolo I, cujo artigo 47, 2 delimita a figura, indicando que é todo aquele que:

a) é especialmente recrutado no país ou fora dele para combater em conflito armado;

---

<sup>10</sup> SANDOZ, Yves et al. Comentario del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I). Bogotá: CICR; Plaza & Janés, 2000., p. 794-795.

- b) de fato participa diretamente das hostilidades;
- c) toma parte nas hostilidades essencialmente com o objetivo de obter vantagem pessoal e que de fato tenha recebido a promessa efetiva, por uma Parte em conflito ou em seu nome, de uma remuneração material claramente superior à que foi prometida ou paga aos combatentes, com um posto e uma função análogos nas forças armadas dessa Parte;
- d) não é nacional de uma Parte em conflito, nem residente do território controlado por uma Parte em conflito;
- e) não é membro das forças armadas de uma Parte em conflito; e
- d) não foi enviado por um Estado que não é Parte em conflito, em missão oficial, na qualidade de membro das forças armadas desse Estado.

Na medida em que a motivação do mercenário é o ânimo de ganho pessoal, o mesmo artigo o desqualifica como combatente ou prisioneiro de guerra.

Também em âmbito universal, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou, em 4 de dezembro de 1989, através da Resolução 44/34, a Convenção Internacional contra o Recrutamento, a Utilização, o Financiamento e o Treinamento de Mercenários.

Embora a Convenção reitere os termos do Protocolo I, quanto à tipificação do mercenário, amplia, por outro lado, a sua abrangência ao condenar a sua utilização em conflito armado em geral e não somente a confrontos internacionais, estendendo, ainda o conceito para qualquer outra situação que compreenda a participação em ato de violência com o objetivo de derrubar um governo ou ameaçar a ordem constitucional ou a integridade territorial de um Estado.

São tipificados como delitos graves a prática, a tentativa, a cumplicidade, o recrutamento, o financiamento, o treinamento e a utilização de mercenários, devendo os Estados contratantes incorporar o delito na sua legislação, quando cometido em seu território ou a bordo de aeronave ou navio nele matriculado, por seus nacionais ou apátridas que nele residam habitualmente.

### **1.2.3 Franco-atiradores**

Expressão ausente dos textos convencionais,

Se consideran francotiradores a los sujetos que sin formar parte de las Fuerzas Armadas, ni de grupo, cuerpo o movimiento organizado algu-

no, actúan empero en el curso de un conflicto armado hostilizando a alguna de las Partes a título meramente individual<sup>11</sup>.

A figura do franco-atirador não deve ser confundida com o combatente legítimo que atua destacado de sua unidade, cumprindo a missão de atingir objetivos militares específicos, pois continua vinculado ao seu comando e atende às exigências das normas de DIH.

Enquanto não se adequar aos requisitos individuais e coletivos para serem enquadrados como combatentes legítimos, os franco-atiradores exercem atividade ilícita, considerada, portanto, crime de guerra, não só pela prática dos atos, mas também por violar uma das bases do sistema de proteção do DIH, que é a existência de uma estrutura estatal que permita o controle de suas atividades.

No sentido contrário está o Manual do Ministério da Defesa Britânico<sup>12</sup> ao entender que “The use of snipers in warfare is a long-established practice, not prohibited by de law of armed conflict. The provisions of that law apply equally to snipers. In particular, firing at civilians or person *hors de combat* is prohibited”.

#### 1.2.4 Sabotadores

O artigo 5 da IV Convenção determina, em seu segundo parágrafo, que

se uma pessoa protegida pela Convenção for detida em território ocupado como espiã ou sabotadora, ou porque recai sobre ela uma legítima suspeita de atividades prejudiciais à segurança da Potência ocupante, a referida pessoa poderá, em caso de absoluta necessidade de segurança militar, ser privada dos direitos de comunicação previstos pela presente Convenção.

A sabotagem a que se refere o artigo é a empreendida por civis, em poder de uma Potência ocupante da qual não é nacional, e compreende a realização de atentados com o objetivo de danificar meios de transportes, estradas, entre outros.

Como explicam Gomes e Gottschalk,

---

<sup>11</sup> OMEDAS, José Luis Doménech. Op. cit., p. 164.

<sup>12</sup> UK MINISTRY OF DEFENSE. Op.cit., p. 62.

Sabotagem é palavra que surgiu da luta contra as máquinas durante o período em que, na Inglaterra e na França, no século passado, se iniciou o chamado movimento *ludista*. Com receio das máquinas, as mulheres francesas nelas lançavam, para destruí-las, os seus *sabots* ou *tamancos*. Por extensão, a palavra passou a compreender todas as *ações* capazes de produzir danos às instalações industriais, edifícios, instrumentos úteis à produção, a matéria-prima, material de consumo, etc.<sup>13</sup>.

Os atos de sabotagem podem ser incluídos na categoria de traição bélica. Como explica Oppenheim,

La llamada “traición bélica” consiste en todos aquellos actos (excepto las hostilidades armadas por parte de la población civil, la difusión de propaganda sediciosa desde el aire y el espionaje) cometidos dentro de las líneas de un beligerante que son perjudiciales para este y que están destinados a favorecer el enemigo. Pueden ser cometidos, no solo en país enemigo ocupado, o en la zona de las operaciones militares, sino en cualquier lugar dentro de las líneas de un beligerante<sup>14</sup>.

A realização de tais atos, quando realizados por militares, é admitida no DIH.

Neste sentido, informa o Manual britânico<sup>15</sup> que

sabotage attacks behind enemy lines are lawful provided they are carried out by combatants who distinguish themselves from civilian population, they are directed against military objectives, and suitable precautions are taken to minimize the risks to the civilian populations.

O artigo 5 da Convenção III, reiterado pelo Protocolo I (artigo 45, 1 e 2), esclarece que, em caso de dúvida quanto ao enquadramento de uma pessoa que tiver cometido um ato beligerante e cair em poder do inimigo, ela se beneficiará do estatuto de prisioneiro de guerra enquanto aguarda a decisão de tribunal competente.

Mencione-se, por outro lado, que o artigo 45, 3 do Protocolo I restabelece os direitos de comunicação aos sabotadores, mantendo a restrição apenas para os espões.

---

<sup>13</sup> GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 613.

<sup>14</sup> OPPENHEIM, L. e LAUTERPACHT, H. Op.cit., Tomo II, Vol. II. Barcelona, Bosch, 1967, p.126.

<sup>15</sup> UK MINISTRY OF DEFENSE. Op.cit., p. 63.

### 1.2.5 Terroristas

Nos tratados Genebrinos de DIH há duas menções ao terrorismo. A primeira, no final do primeiro parágrafo do artigo 33, da IV Convenção, que proíbe a imposição de penas coletivas, “assim como todas as medidas de intimidação ou de terrorismo.” Este dispositivo integra a Seção I do Título III do tratado que disciplina as disposições comuns aos territórios das Partes em conflito e aos territórios ocupados, no que respeita ao estatuto e tratamento dos civis e da população civil.

A segunda referência a terrorismo é encontrada o artigo 51, 2 do Protocolo I, que impede que civis ou a população civil sejam objeto de ataques, proibindo “atos ou ameaças de violência com o objetivo principal de espalhar o terror no meio da população civil”.

Na realidade, estes artigos objetivam a proteção da população civil diante da sua vulnerabilidade em situações de conflito armado, proibindo a ameaça ou o emprego de métodos que atemorizem os civis.

O comentário ao Protocolo I confirma o sentido desta proibição, quando afirma que

es cierto que los actos de violencia relacionados con el estado de guerra causan casi siempre cierto terror entre la población y, a veces, también entre la fuerzas armadas. Sucede asimismo que los ataques contra las fuerzas armadas se llevan a cabo con una brutalidad intencionada, a fin de intimidar a los soldados enemigos y hacer que se rindan. Lo que se ha querido prohibir son los actos de violencia que, sin ofrecer una ventaja militar importante, tienen como principal finalidad aterrorizar a la población civil<sup>16</sup>.

Efetivamente, quando se inclui o terrorista como combatente ilegítimo, tema praticamente ausente das discussões sobre DIH, se tem em vista discutir o ato criminoso empreendido através de “ação violenta cujos efeitos psicológicos são desproporcionais aos resultados puramente físicos”<sup>17</sup>.

O terrorismo constitui uma das mais danosas práticas no mundo atual, matando ou ferindo civis desprevenidos, danificando bens públicos e privados, semeando o medo e a insegurança entre as pessoas e provocando pavor em toda a sociedade.

---

<sup>16</sup> SANDOZ, Yves et al. Op. cit., p. 862.

<sup>17</sup> ARON, Raymond. Paz e Guerra entre as nações. Brasília: Ed. UNB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 242.

Para Pillar<sup>18</sup>, “terrorism ...means premeditated, politically motivated violence perpetrated against noncombatant targets by subnational groups or clandestine agents, usually intended to influence an audience.”

Ressalte-se que é fundamental fazer a distinção entre sabotador e terrorista. O primeiro busca com a sua ação, em território ocupado, atingir certos bens que podem ter importância expressiva para a parte adversa, como uma estrada ou um meio de transporte. Já o terrorista, mesmo atingindo estes bens, tem como alvo primordial a população civil.

Por outro lado, o terrorista não deve ser confundido com o combatente anômalo, na medida em que, pela própria ação, não atende aos requisitos estabelecidos pelas convenções de Genebra (artigo 13, 6, das Convenções I e II e artigo 4, A, 6, da Convenção III).

É também inconfundível o terrorismo com o direito à resistência, pois neste

não se verifica a intenção de intimidação da sociedade, mesmo porque o que se pretende com o exercício de tal prerrogativa é exatamente o maior apoio possível da maioria da sociedade em favor da causa patrocinada<sup>19</sup>.

Não há em direito internacional um texto convencional em vigor que defina especificamente o terrorismo.

A Convenção para a Prevenção e Repressão do Terrorismo, celebrada em 1937 sob os auspícios da Liga das Nações e que não entrou em vigor, oferecia uma definição tautológica de atos terroristas como “actos criminales contra un Estado o cuya finalidad sea infundir terror a personas individuales, grupos de personas o al público en general”.<sup>20</sup>

Independentemente da inexistência de uma definição, a ONU e suas agências especializadas têm desenvolvido um grande esforço no sentido de aglutinar os Estados para a celebração de tratados que alcançam aspectos específicos de atos terroristas e punir os responsáveis, em que se destacam os seguintes documentos:

---

<sup>18</sup> PILLAR, Paul R. *Terrorism and U.S. Foreign Policy*. Washington: Brookings Institution Press, 2001, p. 13- 14.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Márcio Luís de. O direito à resistência armada e o terrorismo: distinções. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 453.

<sup>20</sup> GASSER, Hans-Peter. Actos de terror, “terrorismo” y derecho internacional humanitário. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 847, 30/09/2002.

- a) Convenção Relativa às Infrações e Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves, Tóquio, 1963;
- b) Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves, Haia, 1970;
- c) Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, Montreal, 1971;
- d) Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, inclusive os Agentes Diplomáticos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, 1973;
- e) Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, 1979;
- f) Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares, Viena, 1980;
- g) Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência em Aeroportos que Prestem Serviços à Aviação Civil Internacional, complementar à Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, Montreal, 1988;
- h) Convenção para a repressão de atos ilícitos contra a segurança da navegação marítima, Roma, 1988;
- i) Protocolo para a repressão de atos ilícitos contra a segurança das plataformas fixas na plataforma continental, Roma, 1988;
- j) Convenção para a Marcação de Explosivos Plásticos para Fins de Detecção, Montreal, 1991;
- k) Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas, Assembléia Geral das Nações Unidas, 1997; e
- l) Convenção Internacional para a Repressão do Financiamento do Terrorismo, Assembléia das Nações Unidas, 1999.

Estes tratados estão em pleno vigor na ordem internacional, devendo ser agregada a esta lista a Convenção para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear, aprovada por consenso pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 13 de abril de 2005, a ser aberta para assinatura no período de 14 de setembro de 2005 a 31 de dezembro de 2006.

A Convenção Internacional para a Repressão do Financiamento do Terrorismo oferece, por via indireta, um entendimento parcial sobre ação terrorista, ao expressar, no artigo 2, 1, que comete o ilícito aquele que, direta ou indiretamente, recolhe fundos para a realização das seguintes ações:

- a) un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en esse tratado<sup>21</sup>;
- b) Cualquier outro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier outra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por sua naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

A alínea b merece algumas observações, na medida em que ela se refere especificamente à ação terrorista empreendida durante conflito armado e atingindo diretamente a população civil ou pessoas que não participam diretamente das hostilidades.

Neste sentido, a ação criminosa viola a inafastável obrigação de distinguir permanentemente civis e combatentes, devendo, ainda, ser lembrado que o artigo 51, 4, do Protocolo I proíbe os ataques indiscriminados.

Assim, a ação terrorista empreendida por integrantes das forças armadas constitui violação grave às Convenções, nos termos dos artigos 147, da IV Convenção e 85, do Protocolo I, constituindo um ato ilegal do combatente. Se cair em poder da Parte adversa, está amparado pelo estatuto de prisioneiro de guerra, devendo ser submetido a julgamento pela comissão do ilícito.

Se o ato terrorista é cometido por civil ele é um combatente ilegítimo e não pode ser amparado pelo estatuto de prisioneiro de guerra.

O acusado de terrorismo está sujeito às sanções previstas pelo direito interno do Estado ou, se tratar-se de território ocupado, poderá ser submetido às normas estabelecidas pelo Estado ocupante.

As pessoas suspeitas ou acusadas de atos terroristas devem ser processadas criminalmente, estando-lhes sempre asseguradas as garantias fundamentais do artigo 75 do Protocolo I.

## **2. Proteção do combatente legítimo**

Como expressa o artigo 42, 2, *in fine*, o combatente legítimo tem o “direito de participar das hostilidades”, o que compreende as possibilidades de atacar e ser atacado.

---

<sup>21</sup> Estão relacionados no Anexo os tratados citados no texto, nas letras **b a i e l**.

A participação nos ataques impõe ao combatente as obrigações de adequar sua conduta às normas de DIH, em relação ao adversário, respeitar a população civil e os bens de caráter civil, identificar e respeitar os sinais e emblemas protetores de bens e pessoas e, ainda, distinguir-se da população civil.

Por outro lado, o combatente goza de proteções do DIH, durante os combates ou ao ser ferido, ficar enfermo ou torna-se náufrago. Nestas últimas hipóteses, deixará de ser combatente, passando a ser alcançado por normas protetoras específicas.

Assim, se for ferido, náufrago ou enfermo deixará de ser combatente, passando a merecer a proteção das Convenções I e II e das normas do Protocolo I. Neste sentido, a alínea 8 do artigo 44 do Protocolo I determina que

Além das categorias de pessoas mencionadas pelo artigo 13 da I e da II Convenções, todos os membros das forças armadas de uma Parte em conflito, nos termos do artigo 43 do presente Protocolo, têm direito à proteção concedida pelas citadas Convenções se estiverem feridos ou enfermos, ou, no caso da II Convenção, se tiverem naufragado no mar ou em outras águas.

Se cair em poder da Parte adversa, perde a condição de combatente, passando a ser também uma vítima do conflito e, portanto, tem o direito a ser considerado prisioneiro de guerra, o que lhe garante a proteção da III Convenção e das normas pertinentes do Protocolo I. Durante as ações militares, o combatente está sujeito aos riscos dos ataques, entendidos como “atos de violência contra o adversário, que sejam atos ofensivos ou defensivos” (Protocolo I, artigo 49, 1).

Durante a participação nos ataques, os combatentes gozam de proteção indireta garantida pelo DIH, pois, como informa o artigo 35 do Protocolo I

1. Em qualquer conflito armado, o direito de as Partes em conflito escolherem os métodos ou os meios de guerra não é ilimitado.
2. É proibido utilizar armas, projéteis e materiais, assim com métodos de guerra de natureza a causar danos supérfluos ou sofrimento desnecessário.
3. É proibido utilizar métodos ou meios de guerra concebidos para causar, ou que possa presumir que irão causar danos extensos, duradouros e graves ao meio ambiente natural.

Como ensina Funes<sup>22</sup>,

Los médios son las armas, que hay de entender en un sentido amplio, como todos los instrumentos o materiales que puedan ser empleados para dañar a las personas o a los bienes, independentemente de que se puedan clasificar, desde otros puntos de vista, como ofensivas o defensivas o como armas o municiones, puesto que éstas se confunden.

Os métodos de guerra compreendem o modo de utilização das armas e de condução dos combates que, por seu turno sofrem limitações por parte do DIH.

O ICRC's Project on Customary International Humanitarian Law, coordenado por Jean-Marie Henckaerts, identifica, em relação aos princípios gerais sobre os meios e métodos de combate as seguintes normas costumeiras de DIH, aplicáveis todas aos conflitos armados internos ou internacionais:

Rule 70. The use of means and methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering is prohibited.

Rule 71. The use of weapons which are by nature indiscriminate is prohibited<sup>23</sup>.

Quanto aos meios e métodos que possam ser utilizados no futuro, o Protocolo I determina, em seu artigo 36, que

Durante o estudo, preparação ou aquisição de uma nova arma, de novos meios ou de um novo método de guerra, uma Alta Parte contratante tem a obrigação de determinar se sua utilização seria proibida, em algumas ou em todas as circunstâncias, pelas disposições do presente Protocolo ou por qualquer outra regra de direito internacional aplicável a essa Alta Parte contratante.

Como informa o comentarista<sup>24</sup>,

Este artículo, como el *jus in bello* en general, se refiere al empleo de las armas, no a su posesión, cuya prohibición cae dentro del ámbito

---

<sup>22</sup> Op. cit., p. 441.

<sup>23</sup> HENCKAERTS, Jean- Marie e DOSWALD-BECK, Louise. Customary International Humanitarian Law Cambridge: Cambridge University Press, 2005., p. 237-250.

<sup>24</sup> SANDOZ, Yves. Op. cit., p. 594.

del desarme. Que un arma este prohibida en cuanto a su empleo o en cuanto su posesión no es solo una distinción teórica. Cabe muy bien imaginar que un Estado, por razones de seguridad, se provea de armas cuyo empleo está normalmente prohibido, reservándose a la posibilidad de hacer un uso eventual de ellas a título de represalias. Pero ha de saber que el empleo de esas armas está normalmente prohibido y debe proceder por ello la evaluación prevista en el presente artículo 36, por ejemplo, en el momento de la adquisición. Además, está muy claro que un Estado no podría pertrecharse únicamente de armas cuyo empleo este normalmente prohibido sin ponerse en situación de violar deliberadamente, llegado el caso, es espíritu y la letra del Protocolo, es decir, el *jus in bello*.

## 2.1 Meios proibidos

Ao longo da evolução do DIH sempre ocorreram proibições ou limitações, genéricas ou específicas, em relação ao uso de determinadas armas, em razão dos danos excessivos que podem provocar, dos efeitos indiscriminados ou da redução de possibilidade de defesa do atacado.

Sem dúvida, o princípio da proibição de causar danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários constitui norma fundamental do DIH, presente no artigo 23, e, do Regulamento de Haia e albergado no artigo 35, 2, do Protocolo I.

Na busca de garantir o respeito a esse princípio, estão hoje em vigor inúmeras vedações de uso de certas armas que oferecem, proteção específica aos combatentes e também aos civis e à população civil.

A partir da Declaração de São Petersburgo, de 1868, em que os Estados renunciam ao emprego de qualquer projétil de peso inferior a 400 gramas e que seja explosivo, ou que esteja carregado com matérias explosivas ou inflamáveis, há um grande patrimônio construído pelo Direito Internacional com o objetivo de impedir o uso de certas armas, buscando o difícil equilíbrio entre as necessidades da guerra e as leis da humanidade.

Os Regulamentos de Haia, de 1899 e de 1907 interditam o uso de venenos e de armas envenenadas. A vedação de tais meios de guerra constitui inequívoca norma costumeira internacional<sup>25</sup>, sendo, ainda, o seu uso tipificado como crime de guerra, nos termos do artigo 8º, b, XVII, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

---

<sup>25</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie.. Op. Cit., p 251-254..

Igualmente em 1899 foi proibido o emprego de balas que se dilatam ou se achatam facilmente no corpo humano, tais como as balas de envoltura dura, a qual não cobrir inteiramente o núcleo ou estiver provida de incisões (balas dum-dum).

Conforme justificam Kalshoven e Zegveld<sup>26</sup>,

Esta descripción técnica no explica las razones para prohibir el empleo de esas balas, que son: pueden producir efectos comparables a los de los proyectiles ligeros explosivos o inflamables, prohibidos em 1868; causan heridas en el cuerpo humano mucho más graves que las que provocan habitualmente las balas comunes y, en realidad, no son necesarias para poner a un adversário fuera de combate. Así, pues, la prohibición es una clara aplicación de la norma que prohíbe el uso de armas que causan “males supérfluos”.

Também esta proibição foi identificada com integrante das regras costumeiras no DIH, através da Regra 77<sup>27</sup> e sua violação constitui crime de guerra, como tipifica o artigo 8º, b, XIX, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

A VIII Convenção aprovada na Conferência de Haia de 1907 determina taxativamente que

Art 1º. Fica proibido:

1º Colocar minas automáticas de contato não amarradas, a menos que estejam construídas de tal maneira que possam tornar-se inofensivas uma hora ou mais, depois que aquele que as colocou houver perdido o controle sobre elas;

2º Colocar minas automáticas de contato amarradas, que não se tornarem inofensivas, desde que houverem rompido as amarras;

3º Empregar torpedos, que não sejam inofensivos quando tenham falhado o alvo.

A Corte Internacional de Justiça teve oportunidade de apreciar a proibição de colocação de minas, na controvérsia entre Nicarágua e Estados Unidos. Em sua decisão de 27 de junho de 1986, a Corte

---

<sup>26</sup> KALSHOVEN, Frits e ZEGVELD, Liesbeth. Restricciones en la conducción de la guerra : introducción al derecho internacional humanitario. Buenos Aires : Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003., p. 49.

<sup>27</sup> HENCKAERTS, Jean- Marie. Op Cit., p. 268-271.

(6) Por doze votos contra tres,

*Decide*, que al colocar minas en las aguas internas o territoriales de la República de Nicaragua durante los primeros meses del año 1984, Estados Unidos de América ha actuado contra la República de Nicaragua en violación de sus obligaciones, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario de no usar la fuerza contra otro Estado, de no intervenir en sus asuntos, de no violar su soberanía y de no interrumpir el comercio marítimo pacífico. ....

(8) Por catorce votos contra uno,

*Decide* que Estados Unidos de América, al no dar a conocer la existencia y lugar de las minas por ellos colocadas, a que se refiere el párrafo (6) de la presente, ha actuado en violación de sus obligaciones de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario a esse respecto<sup>28</sup>.

A proibição do uso de gases asfixiantes ou deletérios foi estabelecida na Conferência de Haia de 1899, que aprovou Declaração em que as Partes Contratantes assumiam o compromisso de não utilizar tal tipo de armamento.

Em 1925, através do Protocolo de Genebra sobre a proibição do uso na guerra de gases asfixiantes, tóxicos ou similares e de meios bacteriológicos, os Estados contratantes, além de reiterarem a interdição estabelecida em Haia, a ampliam para as armas bacteriológicas.

Em 1972 foi aprovada a Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, produção e Estocagem de Armas Bacteriológicas (Biológicas) e à Base de Toxinas e sua Destruição.

Por esta Convenção, em vigor entre 152 Estados, as Partes se comprometem, no artigo I, a

nunca em qualquer circunstância, desenvolver, produzir, estocar ou por qualquer outro modo adquirir ou conservar em seu poder:

- 1) agentes microbiológicos ou outros agentes biológicos ou toxinas, quaisquer que sejam sua origem ou método de produção, de tipos e em quantidades que não se justifiquem para fins profiláticos, de proteção ou outros fins pacíficos;
- 2) armas, equipamentos ou vetores destinados à utilização destes agentes ou toxinas para fins hostis ou em conflitos armados.

---

<sup>28</sup> LAUDY, Marion. Nicarágua ante la Corte Internacional de Justicia. México: Siglo Veintiuno, 1988, p. 232/233.

Em 1993, é aprovada a Convenção sobre a proibição do Desenvolvimento, Produção, Estocagem e Uso de Armas Químicas e sobre a Destruição das Armas Químicas Existentes no Mundo, que constitui efetivamente, como o compromisso de 1972, um tratado de desarmamento.

É criada a Organização para a Proibição de Armas Químicas, integrada por todos os Estados-Partes na Convenção, com competência para assegurar a implementação da Convenção, a verificação internacional de seu cumprimento e proporcionar um fórum para consulta e colaboração entre as Partes.

Essa importante Convenção, que efetivamente elimina as armas químicas, mereceu ampla aceitação na sociedade internacional, contando com 171 Estados-Partes.

Independentemente das Convenções de 1972 e de 1993, a proibição do uso de tais armas integra o direito consuetudinário:

#### Biological Weapons

Rule 73. The use of biological weapons is prohibited.

#### Chemical Weapons

Rule 74. The use of chemical weapons are prohibited.

Rule 75. The use of riot-control agents as a method of warfare is prohibited.

Rule 76. The use of herbicides as a method of warfare is prohibited if they:

- a) are of a nature to be prohibited chemical weapons;
- b) are of nature to be prohibited biological weapons;
- c) are aimed at vegetation that is not a military objective;
- d) would cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which may be expected to be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated; or
- e) would cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment.<sup>29</sup>

A utilização de gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo, integra o rol de crimes de guerra, nos termos do artigo 8º, **b**, XVIII, do Estatuto de Roma.

---

<sup>29</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie. Op. cit., p. 257-267.

A produção e utilização de novas armas têm sempre como parâmetro dois princípios fundamentais do DIH: a proibição de que seu emprego cause danos supérfluos e que tenham efeitos indiscriminados.

Na perseguição desses objetivos está a Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Certas Armas Convencionais, que podem ser consideradas como excessivamente lesivas ou geradoras de efeitos indiscriminados – Convenção sobre Certas Armas Convencionais, adotada em 1980 sob os auspícios das Nações Unidas, que está inequivocamente relacionada às Convenções de Genebra de 1949 e aos Protocolos Adicionais de 1977.

Originalmente, o artigo 1 limitava a aplicação da Convenção e seus Protocolos aos conflitos armados internacionais, reportando-se ao artigo 2 comum às Convenções de Genebra e ao artigo 1,4 do Protocolo I. Em 2001, a Segunda Conferência de Exame emenda o artigo 1, estendendo a aplicação da Convenção aos conflitos armados não internacionais.

A Convenção, que conta com 99 Estados Partes, estabelece normas gerais sobre a sua aplicação, entrada em vigor, seu exame e dos Protocolos. A única obrigação específica estabelecida na Convenção para as Partes contratantes, que segue o padrão das Convenções de Genebra de 1949 e dos Protocolos de 1977, é de divulgar a Convenção e os Protocolos a que estão vinculadas e incluí-los nos seus programas de instrução militar. Os aspectos específicos em relação às armas interditas encontram-se nos seus Protocolos Anexos.

O Protocolo I – sobre fragmentos não localizáveis – contém uma única norma determinando que “É proibido empregar qualquer armas cujo efeito primário é ferir por meio de fragmentos que, no corpo humano, não são detectáveis por raios X”.

O Protocolo II sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Minas, Armadilhas e outros Artefatos foi emendado em 1996. Entre outras alterações ao texto original de 1980, a revisão estendeu sua aplicação aos conflitos armados não internacionais, o que só vai ocorrer com a Convenção, como visto, em 2001.

As restrições gerais ao uso de tais armas estão estabelecidas no artigo 3 e dirige-se explicitamente à proteção dos combatentes e dos civis e ao resguardo de bens de caráter civil.

O artigo 7 veda armadilhas e outros artefatos que esteja ligados ou associados a:

- (a) emblemas, signos, ou sinais de proteção internacionalmente reconhecidos;

- (b) pessoas doentes, feridas ou mortas;
- (c) locais ou valas de enterro ou cremação;
- (d) instalações, equipamentos, suprimentos ou transportes médicos;
- (e) brinquedos infantis ou outros objetos portáteis ou produtos concebidos especialmente para a alimentação, saúde, higiene, vestuário ou educação de crianças;
- (f) comidas e bebidas;
- (g) utensílios ou aparelhos de cozinha, exceto em estabelecimentos militares, locais militares ou depósitos de suprimentos militares;
- (h) objetos de natureza claramente religiosa;
- (i) monumentos históricos, objetos de arte ou locais de culto que constituem patrimônio cultural ou espiritual dos povos; ou
- (j) animais e suas carcaças.

As minas antipessoal constituem um armamento que atinge, além dos combatentes, também a população civil, com graves conseqüências psicológicas e econômicas, disseminando o terror nos civis e impedindo-lhes o acesso a terras cultiváveis e às vias de comunicação.

A insubsistência do Protocolo II da Convenção de 1980 para limitar o uso de tais armamentos, conduziu os Estados à celebração da Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e transferência de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição, aberta a assinatura em Ottawa, em 3 de dezembro de 1997.

Pela Convenção, os Estados se comprometem a destruir ou assegurar a destruição de todas as minas antipessoal armazenadas de que seja proprietário ou detentor ou que estejam sob a sua jurisdição ou controle. O prazo máximo de destruição é de 10 anos, a partir da entrada em vigor da Convenção para o Estado, valendo destacar a norma expressa no artigo 5, 2, *in verbis*:

Cada Estado Parte se esforçará para identificar todas as áreas sob sua jurisdição ou controle nas quais se saiba ou se suspeite haver minas antipessoal colocadas e deverá assegurar o quanto antes que todas as áreas minadas sob sua jurisdição ou controle em que haja minas antipessoal tenham seu perímetro marcado, vigiado e protegido por cercas ou outros meios, a fim de assegurar a efetiva exclusão de civis até que todas as minas antipessoal contidas naquelas áreas tenham sido destruídas. A marcação deverá obedecer, no mínimo, aos padrões estabelecidos pelo Protocolo de Proibições e Restrições ao Emprego de Minas, Armas de Armadilha e Outros Artefatos, conforme emendado em 3 de maio de

1996, anexo à Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Certas Armas Convencionais que Possam ser Excessivamente Nocivas ou ter Efeitos Indiscriminados.

Assim, a partir da Convenção de Ottawa as minas antipessoal estão efetivamente proibidas entre os Estados-Partes, oferecendo proteção aos combatentes e à população civil.

O Protocolo III da Convenção sobre Certas Armas Convencionais refere-se a proibições ou restrições de armas incendiárias, que significa, nos termos do seu artigo 1, 1,

qualquer arma ou munição planejada primariamente para incendiar objetos ou causar lesões por queimadura a pessoas por meio da ação de chamas, calor ou uma combinação dos mesmos, produzidos por uma reação química da substância lançada no alvo.

Este Protocolo, em vigor entre 92 Estados, escapa à proteção indireta dos combatentes durante os ataques, pois se refere exclusivamente a resguardar a população civil, os civis e os bens de caráter civil, admitindo-se seu uso contra os objetivos militares.

Neste sentido, Henckaerts identifica duas regras sobre as armas incendiárias:

Rule 84. If incendiary weapons are used, particular care must be taken to avoid, and in any event to minimize, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects.

Rule 85. The anti-personnel use of incendiary weapons is prohibited, unless it is not feasible to use a less harmful weapon to render a person *hors de combat*<sup>30</sup>.

Em 1995, é acrescentado à Convenção o IV Protocolo, sobre armas cegantes a laser. O artigo 1 do documento determina que

Fica proibido o emprego de armas a laser especificamente concebidas, como única ou uma de suas funções de combate, para causar cegueira permanente à vista não ampliada, isto é, a olho nu ou a olhos providos de dispositivos corretores da vista. As Altas Partes Contratantes não deverão transferir armas dessa natureza a nenhum Estado ou entidade não-estatal.

---

<sup>30</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie. Op. Cit. , p. 286-291.

Este Protocolo, em vigor entre 80 Estados, protege os combatentes e determina, no artigo 2, que os contratantes devem adotar as precauções viáveis, inclusive através de instruções às suas Forças Armadas, para evitar o risco de causar cegueira permanente.

Também a proibição de armas cegantes a laser está incorporada como norma consuetudinária aplicável nos conflitos armados, na regra 86, ao entender que “The use of laser weapons that are specifically designed, as their sole combat function or as one of their combat functions, to cause permanent blindness to enhanced vision is prohibited<sup>31</sup>”.

Um último compromisso é acrescentado à Convenção sobre Certas Armas Convencionais em 2003. Trata-se do Protocolo sobre os Restos Explosivos de Guerra (Protocolo V), que também tem por objetivo fundamental a proteção da população civil, das forças de manutenção da paz e do pessoal humanitário, em situações posteriores aos conflitos armados.

O Protocolo, que entrará em vigor com o depósito de 20 instrumentos de ratificação ou adesões.

## **2.2 Métodos proibidos**

Além da proibição de utilização de métodos que provoquem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários, um outro princípio que informa todo o DIH é o da proporcionalidade, que impede o uso de meios e métodos de combate desproporcionais à vantagem militar que é buscada pelas Partes em luta.

Nesta linha de raciocínio, o DIH constrói inúmeras proibições de métodos de combates com o objetivo de proteger os combatentes, pois, se por um lado eles têm o direito de participar dos ataques e, em consequência, estão expostos aos respectivos riscos, por outro, os males devem ser restritos para que sejam evitados os danos excessivos.

### **2.2.1 Perfídia**

O artigo 23, b, do Regulamento de Haia, repetindo o texto de 1899, proíbe “Matar ou ferir a traição indivíduos pertencentes à nação ou ao exército inimigo”.

O Protocolo I, em seu artigo 37, 1 acrescenta à lista a captura, indicando que

---

<sup>31</sup> Id., Ibid., p. 292-296.

É proibido matar, ferir ou capturar um adversário recorrendo à perfídia. Constituem perfídia os atos que apelem à boa-fé de um adversário, com a intenção de enganá-lo, fazendo-o crer que tem o direito de receber ou a obrigação de assegurar a proteção prevista pelas regras de direito internacional aplicáveis nos conflitos armados. São exemplos de perfídia os seguintes atos:

- a) simular intenção de negociar a coberto da bandeira de trégua, ou simular a rendição;
- b) simular uma incapacidade causada por ferimentos ou enfermidade;
- c) simular o estatuto de civil ou de não-combatente;
- d) simular o estatuto protegido utilizando sinais, emblemas ou uniformes das Nações Unidas, de Estados neutros ou de outros Estados não Partes no conflito.

Observe-se que a definição de perfídia oferecida pelo Protocolo I comporta como elementos a boa-fé do adversário, a intenção de trair essa boa-fé e a proteção garantida pelas regras de direito internacional.

No que se refere à simulação de incapacidade causada por ferimentos ou enfermidade, mencione-se que as I e II Convenções exigem respeito e proteção aos feridos, enfermos e náufragos. Por outro lado, a alínea e do mesmo artigo 85, 3 do Protocolo I qualifica como infração grave atacar uma pessoa fora de combate. Assim, passar-se por ferido ou enfermo, portanto aparentar estar amparado por proteção especial, para atacar o combatente adversário é ato pérfido.

Mencione-se, por fim, a utilização indevida dos sinais, emblemas ou uniformes das Nações Unidas, de Estados neutros ou de outros Estados que não participam das hostilidades. Neste caso, o Comentário ressalva que esse uso somente será considerado como perfídia quando o pessoal das Nações Unidas estiver coberto pelo estatuto de pessoas protegidas ou neutras e não quando as forças a serviço da Organização atuarem como combatentes, ainda que em função de manutenção da paz<sup>32</sup>.

Importante mencionar que a guerra, ao derrogar o direito à vida, permite que o combatente fira ou mate o adversário. Entretanto, é crime matar ou ferir usando de métodos pífidos, reconhecendo-se que a perfídia em si não é crime, mas um elemento agravante do ilícito.

Para tentar sanar qualquer confusão com atos cometidos sob perfídia, o parágrafo 2 do mesmo artigo 37 do Protocolo I admite a legalidade dos artifícios de guerra, definindo-os como

---

<sup>32</sup> SANDOZ, Yves. Op. cit., p. 614.

Os atos que têm por fim induzir um adversário a erro ou fazer com que cometa imprudências, mas que não violem nenhuma regra do direito internacional aplicável aos conflitos armados e que, não apelando à boa-fé do adversário no que diz respeito à proteção prevista por aquele direito, não são perfídias. Os atos seguintes são exemplos de artifícios de guerra: uso de camuflagem, engodos, operações simuladas e falsas informações.

A licitude dos artifícios de guerra já constava o artigo 24 do Regulamento de Haia ao admitir “os estratagemas de guerra e o emprego dos meios necessários para conseguir informações sobre o inimigo e do terreno...”.

Entretanto, como salienta Best<sup>33</sup>,

The distinction between perfidy and *ruses de guerre* is therefore as important as it is in some respects delicate, and misjudgments of it are easily made. The Protocol balances its specimen examples of acts of perfidy by instancing a few examples of the *ruses* that have always been accepted as legitimate: ‘the use of camouflage, decoys, mock operations and misinformation’. The deceptions, tricks, and subterfuges which come under this heading have always been accepted, with varying degrees of glee and resignation, as inescapable aspects of warfare, but the practice of them appears not to have been regarded in modern times as a military activity particularly honourable to those engaged in it, and the borderline between it and the positively dishonourable has many unmarked stretches. Camouflage may in some situations legitimately mean enemy uniform, in others not. Is disinformation different from misinformation, and it is closer to perfidy? The spy remains in his curious legal limbo; whether his work is honourable or dishonourable, none can tell.

### 2.2.2 Uso indevido de emblemas e símbolos

O Protocolo I dedica os artigos 38 e 39 a proibições relativas ao uso indevido de emblemas e sinais.

O primeiro deles é dedicado à proibição do uso indevido do sinal distintivo da Cruz Vermelha, do crescente vermelho e do leão-e-sol vermelho ou das sinalizações previstas pelas Convenções e pelo Protocolo<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> BEST, Geoffrey. *War and Law since 1945*. New York: Clarendon Press, 1994, p. 291.

<sup>34</sup> Ressalte-se que o emblema do leão-e-sol vermelho deixou de ser utilizado desde 1980, em decorrência de Nota Diplomática da República Islâmica do Irã. Em 2005 foi adotado um novo

Impedida está também a utilização indevida de outros sinais, sinalizações e emblemas protetores, incluindo a bandeira parlamentar e o emblema protetor de bens culturais e, ainda, o das Nações Unidas.

Observe-se que algumas dessas interdições aproximam-se da perfídia. Assim, o uso desses sinais para enganar a boa-fé do adversário e, assim, matá-lo, feri-lo ou capturá-lo, faz incidir o artigo 37 acima mencionado.

Sem dúvida, o uso de tais símbolos ou emblemas protetores, se causar morte ou atentados graves à integridade física ou à saúde, constitui infração grave ao Protocolo, nos termos do artigo 85, 2, f. Recorde-se que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional tipifica como crime de guerra, no artigo 8º, b, VII,

utilizar indevidamente a bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves.

Assinale-se também, por exemplo, que são vedados o uso indevido ou a exibição da sinalização PG ou PW em locais que não sejam campos de prisioneiros de guerra. Igualmente, a exibição, em bens não amparados, do emblema previsto no artigo 16 da Convenção para a proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, celebrada em 14 de maio de 1954, em Haia, sob os auspícios da UNESCO.<sup>35</sup>

### 2.2.3 Quartel

Dar quartel significa albergar, acolher, garantir a vida do inimigo fora de combate, o que assinala seu valor fundamental para o DIH e mantém a confiança entre as Partes em luta. Não há dúvida que a guerra derroga, entre os combatentes, o fundamental direito à vida, permitindo-lhes participar dos ataques, mas, uma vez fora de comba-

---

Protocolo Adicional às Convenções de Genebra (Protocolo III), para a instituição de um novo signo distintivo, chamado “emblema do III Protocolo”. O emblema proposto é um quadrado vermelho, com os vértices para cima, sobre fundo branco.

<sup>35</sup> O símbolo protetor de bens culturais consiste em um escudo em ponta, partido em forma de aspa, de cor azul ultramar nas partes superior e inferior e branco nas laterais. Segundo a Convenção, o emblema pode ser utilizado isoladamente ou repetido três vezes. No primeiro caso, para identificar bens culturais que desfrutam de proteção especial e pessoal encarregado da vigilância e proteção. A utilização repetida destina-se a salvaguardar os bens imóveis, os respectivos meios de transportes e locais de refúgio.

te, são imediatamente alcançados pela proteção que lhes garantem as Convenções, os Protocolos e as normas consuetudinárias aplicáveis.

O Regulamento de Haia, no artigo 23, na alínea d, proíbe às Partes em luta declararem que não será dado quartel.

A regra de 1907 é ampliada pelo artigo 40 do Protocolo I, ao determinar que “É proibido ordenar que não deve haver sobreviventes, ameaçar o adversário de tal fato ou conduzir as hostilidades em função dessa decisão”.

Importante mencionar que a simples declaração de que não será dado quartel constitui crime de guerra, no termos do artigo 8º, b, XII, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

#### **2.2.4 Proteção do inimigo fora de combate**

O artigo 41 do Protocolo I obriga às Partes em luta a respeitar as pessoas reconhecidas ou que devam ser reconhecidas como fora de combate, proibindo os ataques dirigidos contra elas.

Esta regra recolhe a expressa no artigo 23, c, do Regulamento de Haia, que proíbe “Matar ou ferir um inimigo que, tendo deposto as armas ou não tendo meios de defesa, se entregou à discricção”.

O parágrafo 2 do artigo 41, do texto de 1977, identifica como fora de combate todo aquele que:

- a) estiver em poder de estiver em poder de uma Parte adversa;
  - b) exprimir claramente a intenção de se render, ou
  - c) tiver perdido os sentidos ou se encontrar por qualquer outra forma em estado de incapacidade devido a ferimentos ou enfermidade e, conseqüentemente, for incapaz de se defender;
- desde que, em qualquer desses casos, se abstenha de atos de hostilidade e não tente se evadir.

Ao cair em poder da Parte adversa, o combatente tem direito ao tratamento de prisioneiro de guerra e, portanto, passa a ser amparado pela Convenção III. Esta regra é expressa nos artigos 4 da Convenção III e 44, 1 do Protocolo.

A rendição, que não pode ser recusada, não tem forma específica, expressando-se, geralmente, pela deposição das armas e levantamento das mãos. Ao oferecer-se ao jugo do adversário, o combatente passa a estar amparado pela Convenção III.

A alínea c se refere aos feridos e enfermos, nos termos ao artigo 8, a, do Protocolo. Recorde-se, por outro lado, que o artigo 10, 1, determina que “Todos os feridos, enfermos e náufragos, seja qual for a Parte a que pertençam, devem ser respeitados e protegidos”.

O final do parágrafo 2, do mesmo artigo 41 do compromisso de 1977, estabelece as condições para que as pessoas mencionadas sejam efetivamente caracterizadas como fora de combate: abstenção de atos de hostilidade e não tentar evadir-se.

Efetivamente, esta é uma proteção para o captor. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de um combatente passar-se por ferido ou manifestar a intenção de render-se para tentar atacar o adversário. Nestes casos, além de constituírem atos pérfidos, a inação do captor pode custar-lhe a própria vida.

Também o ferido que continua a atacar não está, obviamente, fora de combate, o que permite o contra-ataque do adversário.

Igualmente, a fuga ou sua tentativa permitem o uso de armas para impedir sua concretização. Neste sentido, o artigo 42 da Convenção III expressa que “O uso de armas contra os prisioneiros, em especial contra os que se evadam ou tentem evadir-se, constituirá um meio extremo que deverá ser sempre precedido de avisos apropriados às circunstâncias”.

### **2.3 Proteção dos combatentes ilegítimos**

Os combatentes ilegítimos, se capturados, não desfrutam do tratamento de prisioneiro de guerra.

Não estão, entretanto, desprovidos de proteção. O artigo 45, 3 do Protocolo I estabelece que

Todo aquele que, tendo tomado parte em hostilidades, não tiver direito ao estatuto de prisioneiro de guerra e não se beneficiar de um tratamento mais favorável, em conformidade com a IV Convenção, terá em qualquer momento direito à proteção do artigo 75 do Presente Protocolo. Em território ocupado, e salvo no caso de detenção por espionagem, ele se beneficiará, igualmente, não obstante o disposto no artigo 5 da IV Convenção, dos direitos de comunicação previstos naquela Convenção.

Assim, o combatente ilegítimo não está amparado pela III Convenção, por ser-lhe negado o estatuto de prisioneiro de guerra. Da mesma

forma, também não será protegido pela IV Convenção, por ter participado das hostilidades. Para impedir um vazio normativo e, com isso, deixá-lo submetido ao poder discricionário da Parte que o capturou, o Protocolo garante-lhe a proteção do artigo 75.

O artigo 75 ampara todas as pessoas, em poder de uma Parte no conflito, com um mínimo de garantias, “una especie de “compedio de la ley”, sobre todo en el complejo ámbito de la garantías judiciales, lo que facilitará sin duda la difusión del derecho humanitario y la promulgación de sus principios fundamentales”<sup>36</sup>.

O artigo 75 constitui, sem dúvida, obrigação *erga omnes* e estabelece que

Na medida em que forem afetadas por uma situação prevista pelo artigo 1 do presente Protocolo, as pessoas que estiverem em poder de uma Parte em conflito e não se beneficiarem de um tratamento mais favorável, nos termos das Convenções e do presente Protocolo, serão, em qualquer circunstância, tratadas com humanidade e se beneficiarão pelo menos das proteções previstas pelo presente artigo, sem qualquer discriminação de caráter desfavorável baseada em raça, cor, sexo, língua, religião, ou crença, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, ou outra situação, ou qualquer outro critério análogo. Todas as Partes respeitarão a pessoa, a honra, as convicções e a práticas religiosas de todas essas pessoas.

Não resta dúvida, pois, que os combatentes ilegítimos, como todas as demais pessoas em poder de uma Parte no conflito, gozam da proteção mínima oferecida pelo parágrafo 2 do artigo em análise, estando terminantemente proibidos a comissão ou ameaça contra eles de atentados contra a vida, saúde e bem-estar físico ou mental, particularmente o assassinato, a tortura, a aplicação de castigos corporais e mutilações; os atentados contra a dignidade, como os tratamentos humilhantes e degradantes, prostituição forçada ou qualquer modalidade de atentado ao pudor; a tomada de reféns; e a imposição de penas coletivas.

O parágrafo 3 do mesmo artigo garante a proteção em caso de detenção ou internamento, exigindo que o atingido por essas medidas seja informado das razões de sua adoção e, se não forem motivadas por infrações penais, sua liberdade deve estar assegurada no menor prazo possível.

---

<sup>36</sup> SANDOZ, Yves. Op. cit., p. 1213.

O parágrafo 4 estabelece regras e garantias processuais em relação à condenação e à execução de penas, diante de uma infração penal cometida por pessoas protegidas pelo artigo, especialmente, na hipótese em análise, do combatente ilegítimo.

O combatente ilegítimo, por não cumprir as condições convencionais que lhe autorizam a participar dos combates, não está amparado pelo estatuto de prisioneiro. Entretanto, para resguardá-lo de possível discricionariedade do captor, o Protocolo I garante-lhe a proteção mínima, de forma a proteger sua integridade física e sua humanidade.

### 3. Conclusão

Sem dúvida, as normas protetoras garantidas aos combatentes constituem um mínimo jurídico que as Partes em luta não podem desprezar. Tais limitações não estão circunscritas ao tratamento que devem merecer as vítimas dos conflitos armados, mas espraiam-se pelo métodos e meios de combate, que protegem os combatentes.

Tais normas procuram garantir o equilíbrio entre o princípio da proporcionalidade, que determinada que os meios e métodos de combate empregados não devem ser desproporcionais em relação à vantagem militar a ser alcançada, e o princípio da humanidade, que desautoriza a imposição de danos supérfluos ou desumanos.

### Referências bibliográficas

- ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as nações*. Brasília: Ed. UNB, 2002.
- BEST, Geoffrey. *War and Law since 1945*. New York: Clarendon Press, 1994.
- FUNES, José Luis Fernández-Flores y de. *El Derecho de los Conflictos Armados: De iure belli, el derecho de guerra, el derecho internacional humanitário, el derecho humanitário bélico*.
- FUNES, José Luis Fernández-Flores y de. op. cit., p. 415.
- GASSER, Hans-Peter. Actos de terror, “terrorismo” y derecho internacional humanitário. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 847, 30/09/2002.
- GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 613.

- HENCKAERTS, Jean-Marie e DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law* Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- KALSHOVEN, Frits e ZEGVELD, Liesbeth. *Restricciones en la conducción de la guerra : introducción al derecho internacional humanitario*. Buenos Aires : Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003., p. 49.
- LAUDY, Marion. *Nicarágua ante la Corte Internacional de Justicia*. México: Siglo Veintiuno, 1988, p. 232/233.
- OLIVEIRA, Márcio Luís de. O direito à resistência armada e o terrorismo: distinções. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- OMEDAS, José Luis Doménech. Los sujetos combatientes. In: PRIETO, Jose Luis Rodríguez-Villasante (org.) *Derecho internacional Humanitario*. Valencia: Tirant Lo Blanch; Madri: Cruz Roja Española, 2002.
- OPPENHEIM, L. e LAUTERPACHT, H. *Tratado de Derecho Internacional Publico*. Barcelona: Bosch, 1966.
- PILLAR, Paul R. *Terrorism and U.S. Foreign Policy*. Washington: Brookings Institution Press, 2001.
- SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *El Derecho Internacional em Perspectiva Histórica*. Madri: Tecnos, 1991.
- SANDOZ, Yves et al. *Comentário del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convênios de Genebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I)*. Bogotá: CICR; Plaza & Janés, 2000.
- SCHMITT, Carl. *Teoría del partiano*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- UK MINISTRY OF DEFENSE. *The Manual of the Law of Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2004.