

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS CONCEITOS CONTEMPORÂNEOS DE GUERRA

Trabalho de Conclusão de Curso -
Monografia - apresentada ao Departamento
de Estudos da Escola Superior de Guerra
como requisito à obtenção do diploma do
Curso de Altos Estudos de Política e
Estratégia.

Orientador: Coronel (EB) Marcos Vinicius
Serrenho de Carvalho

Rio de Janeiro
2023

2023ESG

Este trabalho, nos termos de legislação que resguarda os direitos autorais, é considerado propriedade da ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA (ESG). É permitida a transcrição parcial de textos do trabalho, ou mencioná-los, para comentários e citações, desde que sem propósitos comerciais e que seja feita a referência bibliográfica completa. Os conceitos expressos neste trabalho são de responsabilidade do autor e não expressam qualquer orientação institucional da Escola Superior de Guerra.

RODRIGO TOSTES DE A. MASCARENHAS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M395c Mascarenhas, Rodrigo Tostes de Alencar

A Constituição Federal e os conceitos contemporâneos de guerra / Procurador do Estado Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas. – Rio de Janeiro: ESG, 2023.

44f.

Orientador: Coronel (EB) Marcos Vinicius Serrenho de Carvalho.

Trabalho de Conclusão de Curso – Monografia apresentada ao Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra como requisito à obtenção do diploma do Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia (CAEPE), 2023.

1. Constituição Federal - Brasil. 2. Guerra - Teoria. 3. Defesa Nacional - Brasil. 4. Mobilização. I. Título.

CDD –355.02

AGRADECIMENTOS

Aos estagiários da melhor Turma do CAEPE não só pelo ótimo convívio mas porque vários conceitos, em especial militares, me foram transmitidos em ótimos debates. Ao meu orientador Coronel Serrenho e a todos os demais membros do Corpo Permanente da ESG que ajudaram direta ou indiretamente com esse trabalho, dentre os quais destaco o General Zambão, os Professores Carmona e (Cmt) Lameiras e o Almirante Kerr, cuja aula inaugural foi a inspiração para o tema escolhido. À Cmt Patrícia agradeço as correções formais. Passar um ano estudando o Brasil foi muito importante.

RESUMO

Este trabalho analisa as normas constitucionais que tratam da guerra e da paz, sua preparação, declaração e mobilização, à luz das teorias contemporâneas sobre a guerra. Para tanto analisamos as principais atribuições e os principais institutos constitucionais ligados à guerra, como sua declaração, a decretação de mobilização nacional, a declaração dos estados de defesa e de sítio, seus requisitos formais e materiais, incluindo o papel do Presidente e a participação Congresso Nacional e dos Conselhos da República e de Defesa Nacional, bem como as principais características de cada um destes estados de exceção constitucional, incluindo os direitos fundamentais que podem ser suspensos, assim como outros institutos como o imposto extraordinário de guerra. Em seguida procuramos analisar quais são as características das guerras, ou conflitos armados atuais, lembrando a distinção entre o conceito de guerra e as diferentes formas de fazer a guerra. Observamos que a guerra já possui uma lista com dezenas de adjetivos embora nosso foco se dirija à ausência de declaração formal de guerra, a perda de nitidez entre os estados de guerra e de paz, a guerra nas sombras, híbrida ou não convencional, além do uso de novos tipos de “armas”. Finalmente, buscamos analisar se o tratamento constitucional destes temas é adequado para as características atuais da guerra, buscando oferecer algumas sugestões de interpretação do texto constitucional à luz das referidas características.

Palavras-chave: Brasil – Constituição; guerra; paz; mobilização; estado de sítio; estado de defesa.

ABSTRACT

This work focus on constitutional norms dealing with war and peace, its preparation, declaration and mobilization, in the light of contemporary war theories about war. We begin looking at the main competences and constitutional institutions related to war and peace, such as its declaration, the mobilization to the war, the state of siege and the state of defense. We look to its procedural and material features, including the roles of the President, the Congress, the Republic and the National Defense Councils, the war tax, and also to the specific fundamental rights that might be affected by these institutions. Afterwards we look at war contemporary characteristics, reminding the difference between war and warfare, and briefly taking note of the vast adjectives used to describe war, focusing on the absence of formal declarations of war, the end of a clear distinction between war and peace, shadow, sneaky, hybrid and non-conventional wars and the use of new “weapons”. Finally, we confront those new features of war with the existing constitutional norms and institutions dealing with war trying to see if the later are able to deal with the former and offering some insights on the best way to interpret those norms.

Keywords: Brazil – Constitution; war; peace; mobilization; state of siege; state of defense.

LISTA DE SIGLAS

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (da Constituição da República Federativa do Brasil)

CRF: Constituição da República Francesa

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CRI: Constituição da República Italiana

CRP: Constituição da República Portuguesa

LFB: Lei Fundamental da República Federal da Alemanha ou Lei Fundamental de Bonn

PR: Presidente da República

STF: Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

| | | |
|------------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 2 | O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA PAZ E DA GUERRA:..... | 12 |
| 2.1 | Disposições constitucionais sobre as relações internacionais do Brasil..... | 12 |
| 2.2 | Os estados de exceção constitucional..... | 14 |
| 2.3 | Outros instrumentos e institutos relacionados à guerra e aos demais estados de exceção constitucional | 23 |
| 3 | GUERRA: DEFINIÇÕES, DISTINÇÕES E TENSÕES..... | 25 |
| 3.1 | O problema da distinção entre guerra e paz..... | 28 |
| 4 | A CONSTITUIÇÃO E AS NOVAS FORMAS DE GUERRA..... | 32 |
| 4.1 | As bases para a aplicação dos institutos constitucionais relacionados à guerra | 32 |
| 4.2 | O desafio democrático..... | 35 |
| 5 | CONCLUSÃO | 39 |
| | REFERÊNCIAS..... | 42 |

1 INTRODUÇÃO

As constituições dos mais diversos países tratam da guerra nem que seja, ao menos, para especificar quem a pode declarar. Isto porque a guerra já era uma realidade conhecida quando as primeiras constituições foram elaboradas no século XVIII¹.

Nessa linha, a Constituição Brasileira, por exemplo, estabelece quem pode declarar a guerra e celebrar a paz, providência juridicamente essencial uma vez que apenas com a declaração formal de guerra é que algumas medidas podem ser tomadas, incluindo algumas que podem ser cruciais para o esforço de guerra (como a possibilidade de efetuar requisições de propriedade privada).

Ocorre que as guerras contemporâneas às primeiras constituições têm características muito diferentes da guerra, ou de boa parte das guerras, atuais. Se tomarmos o conceito de guerra como o de conflito armado podemos, de início, verificar que tais conflitos não são mais formalmente “declarados²”. Mas esta não é a única modificação. É cada vez mais comum a existência de conflitos que não envolvem armas convencionais, mas outros tipos de “armas”, como sanções econômicas ou ataques cibernéticos dentre vários outros. Isso faz com que o substantivo guerra seja hoje acompanhado de mais de quarenta adjetivos³.

Além dos distintos adjetivos – que tratam das distintas características de cada guerra – há outro problema perturbador relacionado à duração da guerra, uma vez

¹ Na verdade, segundo Colley (2021) existe uma relação histórica de “causa e efeito” entre as guerras e as constituições. A autora (que é historiadora) sustenta que, em grande medida, várias constituições ao redor do mundo só foram aprovadas (ou, quando existentes, só foram modificadas para garantir direitos políticos à população em geral) como uma contrapartida à participação das populações nas guerras a partir de meados do século XVIII. A tese e a obra são fascinantes mas extrapolam o objeto deste trabalho.

² Segundo McFate (2019, p. 02) a última vez que os Estados Unidos declararam guerra oficialmente foi durante a 2ª guerra mundial, embora ele tenha se envolvido em diversas guerras posteriormente. Mello (1994, p. 232) parece indicar que a ausência de declaração formal de guerra, longe de ser uma característica recente, sempre foi a regra, afinal “os militares consideram que não se deve perder a vantagem de um ataque surpresa”. Mello indica que “a) entre 1700 e 1907 houve 140 guerras e apenas uma dezena delas começou com uma declaração; b) nos últimos 200 anos os EUA declararam guerra cinco vezes e usaram as suas forças armadas no exterior, pelo menos, 200 vezes; c) os conflitos após a 2ª Guerra Mundial, na sua maioria, iniciaram-se sem declaração de guerra”.

³ Como veremos no capítulo 2.

que alguns autores falam de guerra por tempo indeterminado, ou mesmo infinita (SINEK, 2020).

Isto faz surgir a necessidade de averiguar em que medida o tratamento que a Constituição Brasileira dá à guerra é compatível com as características atuais da guerra, ou com as múltiplas acepções do conceito de guerra e quais as consequências de um eventual grau reduzido de compatibilidade.

Note-se que a sociedade brasileira, com poucas exceções, não estuda a guerra. Podemos cogitar das razões para tanto (a guerra é uma realidade há muito distante do cotidiano brasileiro, por exemplo), mas nos parece que se trata de afirmação pouco questionável até mesmo porque expressamente assumida, por exemplo, pelo Exército Brasileiro como um dos fatores críticos para sua atuação no caso de um conflito concreto (Brasil, 2023, p. 14)⁴.

Na área do direito isto é ainda mais verdadeiro, uma vez que os livros de direito constitucional dedicam em geral poucas linhas para comentar os dispositivos constitucionais que tratam da guerra (com a exceção do estado de sítio, em torno do qual há alguma produção doutrinária).

No entanto, parece claro que para refletir sobre a guerra é essencial refletir sobre o balizamento constitucional da guerra, verificando não apenas as condições para sua declaração, como os instrumentos constitucionais à disposição do poder nacional para enfrentá-la (como o estado de sítio, a mobilização e o imposto extraordinário de guerra, para citar três exemplos).

Assim, a mera existência de um estudo com foco exclusivo no tratamento constitucional da guerra já parece útil. No entanto, procuramos ir além, descrevendo se tal tratamento está adequado às enormes modificações pelas quais o conceito de guerra vem passando.

⁴ “1.3.1.1 A carência de percepção da população brasileira acerca de atores, circunstâncias e cenários que possam se configurar em ameaças ao Estado, após um longo período livre de conflitos externos, é um fator crítico a ser considerado. Essa percepção torna-se ainda mais desvanecida, em função da natureza difusa de tais ameaças potenciais”.

Isto permitirá a outras áreas dedicadas ao estudo da guerra não apenas verificar quais instrumentos ou dificuldades – para a atuação em uma guerra – decorrem do texto constitucional, como permitirá que futuros estudos indaguem sobre formas de minimizar eventuais dificuldades.

Embora a guerra seja uma realidade considerada em geral como distante do Brasil a atual guerra na Ucrânia (de dimensões, duração e impacto não antecipados por nenhum analista), reforça a constatação de que a necessidade de estar preparado para uma guerra deve ser uma preocupação de qualquer nação.

Assim, o objetivo deste trabalho, como adiantado, é verificar em que medida o tratamento que a Constituição Brasileira dá à guerra é compatível com as características atuais da guerra, ou com as múltiplas acepções do conceito de guerra, verificar em que medida essa compatibilidade ou incompatibilidade se dá e quais as consequências de um eventual grau reduzido de compatibilidade.

Para alcançar o objetivo o 1º capítulo deste trabalho faz uma primeira aproximação aos dispositivos constitucionais que impactam – direta ou indiretamente – a guerra, a mobilização e a paz e qual a forma como têm sido interpretados. Em seguida, no capítulo 2, procuramos verificar quais as características da guerra contemporânea que podem impactar no seu tratamento constitucional.

Finalmente, no capítulo 3, confrontamos as características contemporâneas da guerra com os referidos dispositivos constitucionais tentando aferir eventuais deficiências.

Neste trabalho não tratamos da repercussão ou do tratamento da guerra perante o direito internacional (uma vez que nosso trabalho tem como foco o direito constitucional e não o direito internacional) salvo em situações nas quais o direito internacional interfere diretamente na aplicação ou na integração do próprio direito interno.

Também não tratamos dos dispositivos constitucionais que tratam das forças armadas, tendo em vista que o trabalho tem como foco o tratamento constitucional da

guerra e suas repercussões jurídicas, e não das instituições responsáveis por conduzir a guerra.

2 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA PAZ E DA GUERRA

O texto da Constituição Brasileira traz diversas menções à guerra e à paz. Podemos, para efeito de análise, dividir esse tratamento em três grandes temas. O primeiro trata das relações internacionais do Brasil. O segundo trata das condições para a declaração formal da guerra e de outras situações coletivamente denominadas de estados de exceção (a mobilização, o estado de sítio e o estado de defesa), bem como das características de cada uma dessas situações, além da celebração da paz. Já o terceiro trata dos demais institutos que gravitam em torno da guerra.

Note-se que todas as competências constitucionais em matéria de guerra ou de defesa são da União, a quem compete (art. 22, XXVIII da CRFB) privativamente legislar sobre “defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional”.

2.1 Disposições constitucionais sobre as relações internacionais do Brasil

A CRFB traz um artigo (4º), estabelecendo os dez princípios a serem observados pela República Federativa do Brasil em suas relações internacionais. Trata-se de tema que nem sempre é encontrado em textos constitucionais, embora o dispositivo pareça diretamente inspirado pelo artigo 7º “1” da CRP, que é de 1976, e cujo texto, em boa parte, é idêntico ao do artigo 4º da CRFB.

Os princípios listados pelo artigo 4º são os seguintes: independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não-intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos⁵; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político⁶.

⁵ A consagração, pela CRFB, desses princípios que devem guiar suas relações internacionais não significa que o Brasil esteja obrigado a seguir uma política de *status quo*, tal como definida, por exemplo, por MORGENTHAU (1973, p. 40 e ss). O que o dispositivo fixa não são os objetivos da política internacional brasileira e sim os meios – pacíficos – que ela deve se utilizar para atingir os objetivos que forem fixados.

⁶ Além disso o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Este texto pode ser considerado um ativo internacional do Brasil porque – dentre outros aspectos – assinala uma opção estratégica do país pela solução pacífica dos conflitos e pela busca da paz. Note-se que, quanto à defesa da paz e da solução pacífica dos conflitos, existem dispositivos semelhantes nas Constituições Italiana⁷ e Alemã⁸ embora nenhum tão radical quanto o famoso artigo 9º da Constituição Japonesa que, numa interpretação literal, proibiria até mesmo a existência de forças armadas⁹. Numa época em que cada vez mais estados adotam documentos explícitos sobre suas estratégias (ou “grandes” estratégias) nacionais¹⁰, que tratam dos temas da guerra e da paz, é significativo que o Brasil (que, ao contrário da Alemanha, da Itália e do Japão, se encontra entre os vencedores da 2ª guerra), tenha colocado esta diretriz em sua Constituição.

Aliás, note-se que, em relação à “solução pacífica dos conflitos”, tal previsão, como salientado por Mello (1994, p. 137), “faz parte da tradição do nosso direito constitucional internacional”, uma vez que a 1ª Constituição Republicana, de 1891 estabelecia, como uma espécie de condição para a declaração de guerra, que fosse inviável o “recurso ao arbitramento”.

De todo modo, como o artigo 4º é voltado precipuamente para a atuação exterior do Brasil ele não será objeto de uma análise mais aprofundada.

⁷ Artigo 11 da CRI (“L’Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla liberta` degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; ...”).

⁸ Artigo 26 da LFB (“Constituição” da Alemanha), denominado “Garantia da paz”, cujo conteúdo dispõe inclusive sobre o comércio de armas:

“(1) Os atos suscetíveis de perturbar a coexistência pacífica entre os povos e praticados com essa intenção, em especial os que tenham por objetivo preparar uma guerra de agressão, são anticonstitucionais. Estes atos estão sujeitos às penas da lei.

(2) Armas destinadas à guerra só podem ser fabricadas, transportadas e negociadas com autorização do Governo Federal. A matéria será regulada por uma lei federal”. Para as citações da LFB utilizamos a versão em português do sítio da Embaixada da Alemanha no Brasil:

http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf.

⁹ “Article 9 Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes. In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized”. No entanto, em 1954 o Japão criou suas forças de auto defesa. Para um histórico do dispositivo e da tentativa de modificá-lo, vide Rodvalho 2007. O texto da Constituição Japonesa em inglês foi obtido em https://constituteproject.org/constitution/Japan_1946.pdf

¹⁰ Para a grande estratégia americana vide <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Biden-Harris-Administrations-National-Security-Strategy-10.2022.pdf>

2.2 Os estados de exceção constitucional

Como é comum em diversas constituições a CRFB estabelece quem pode declarar a guerra e celebrar a paz, atos que, quanto à divisão federativa, são (como já destacado) de competência da União (artigo 21, II)¹¹.

A declaração de guerra, em geral (ainda que não necessariamente), virá acompanhada ou será seguida da decretação da mobilização nacional e do estado de sítio. A consequência comum a todas estas declarações é que elas fazem com que o país ingresse em um regime, “estado” ou situação jurídica, no qual é permitida a prática de atos que seriam inconstitucionais na ausência de tais declarações, ou seja, que seriam inconstitucionais em situações de normalidade constitucional¹². Tais situações jurídicas, portanto, se caracterizam pela possibilidade de suspensões – ou exceções temporárias – a distintos direitos fundamentais previstos no próprio texto constitucional. É por isso que tais situações costumam ser denominadas, coletivamente, de estados de exceção¹³ ou, nas palavras de Canotilho e Vital Moreira, de estados de exceção “constitucional”, caracterizados como “uma situação anômala, por natureza transitória, destinada a pôr fim a perturbações constitucionais (‘autodefesa constitucional’) ou a situações de calamidade que não possam ser enfrentadas com os meios constitucionais normais” (2014, p. 401-402).

Na mesma linha, Rothenburg afirma que, ao prever uma disciplina jurídica para tais “momentos excepcionais”, a Constituição institui “mecanismos de autopreservação, a fim de evitar, seja a falta de regulação jurídica (que abriria espaço para utilização arbitrária do poder público ou mesmo da força bruta, sem limites jurídicos pré-definidos)”, seja o afastamento temporário ou a ruptura total da

¹¹ O mesmo artigo 21 também estabelece que compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais, assim como assegurar a defesa nacional.

¹² Atos como a restrição a direitos de reunião ou de livre trânsito no território nacional, por exemplo.

¹³ Vide, por exemplo, Carlos Baldi in BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, 1993, p. 413. Na literatura francesa tais situações são coletivamente estudadas sob o título de « poderes de crise » expressão que « designa procedimentos de natureza e de importância muito diferentes destinados ao enfrentamento de situações excepcionais, de caráter nacional ou local, todos se traduzindo por uma diluição ou uma suspensão, por uma duração mais ou menos longa, da legalidade dos momentos comuns, notadamente em matéria de liberdades públicas » « A guerra ... faz parte desses ‘tempos extraordinários’ ou ‘circunstâncias excepcionais’ no curso das quais as competências são transferidas e os papéis dos poderes públicos urgentemente redistribuídos ». (DUHAMEL e MÉNY 1992, p. 785 e 477, tradução do autor). No Reino Unido, que não tem constituição escrita, o tema é estudado sob a denominação de “poderes de emergência” e objeto da legislação infraconstitucional (Vide ALDER, 2015, p. 574).

Constituição. Conclui o autor que, dessa forma, “um tratamento diferenciado previsto pela própria Constituição para situações excepcionais é, em certa medida, uma resposta jurídico institucional para evitar a exceção à própria Constituição” (*in* Canotilho; Mendes; Sarlet; Streck, 2013, p. 1562).

A necessidade desses institutos não é seriamente questionada. Com efeito, não é razoável exigir que um estado garanta plenamente todos os direitos fundamentais de seus cidadãos em situações em que a sobrevivência do próprio estado está ameaçada. Se a Constituição não trouxesse tal previsão seria muito provável que a necessidade se impusesse ao direito, com a ruptura da constituição em situações de guerra (o que ocorreu a vários povos ao longo da História). Ao admitir – ou seja, trazer a si – o problema da necessidade de uma exceção (parcial, temporária e limitada) a algumas de suas normas, ao mesmo tempo em que disciplina (pondo limites) tal exceção, a constituição aposta na sua continuidade, ainda que não se possa perder de vista a tensão existente entre a missão constitucional de preservar direitos e a admissão, pela própria constituição, da suspensão desses direitos.

Pois bem, a rigor, o primeiro desses estados de exceção constitucional é o próprio estado de guerra. Concretamente, o ato de declaração de guerra e a celebração da paz são privativos do Presidente da República (artigo 84, XIX e XX). No entanto, o exercício desta competência, ou seja, a declaração efetiva depende de um “fato” – a existência de “agressão estrangeira¹⁴” – e de uma autorização do Congresso Nacional ou o seu referendo, quando a declaração ocorrer no intervalo das sessões legislativas.

Vale observar que essa autorização prévia do Congresso Nacional não foi sempre necessária na História do Brasil. Segundo a Constituição do Império (de 1824, artigo 102 § 9º), competia ao Imperador, na qualidade de chefe do Poder Executivo “declarar a guerra e fazer a paz”, meramente “participando à assembleia as comunicações que forem compatíveis com os interesses e segurança do Estado”¹⁵. No entanto, a partir da 1ª Constituição republicana, de 1891, o Presidente da

¹⁴ Veremos se essa agressão precisa se materializar em invasão do território nacional no capítulo 3.

¹⁵ Pimenta Bueno, grande comentador da Constituição Imperial, justifica a exclusão do Poder Legislativo dessa equação porque, caso contrário “se se fosse delegar semelhante direito ao poder legislativo, os interesses públicos seriam comprometidos pela morosidade das decisões, excitação das paixões, impossibilidade dos segredos e muitos outros inconvenientes irremediáveis”. (BUENO, 1958, p. 244).

República passa a depender de autorização do Congresso para declarar a guerra¹⁶, embora a constituição tenha ressalvado a competência do Presidente para declarar “imediatamente a guerra nos casos de invasão ou agressão estrangeira¹⁷”.

Note-se que essa previsão de autorização do Congresso era tradicional nas constituições republicanas, em especial na grande inspiradora da Constituição de 1891, que foi a Constituição dos E.U.A. (que é de 1787), pela qual, a rigor, o poder de declarar Guerra é do próprio Congresso (seção 8 do artigo 1^o¹⁸).

Voltando à CRFB o mesmo dispositivo constitucional (artigo 84, XIX) estabelece que “nas mesmas condições” – ou seja, após agressão estrangeira e autorização pelo Congresso Nacional ou referendo –, compete ao Presidente “decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”.

A mobilização nacional¹⁹ é tratada pela Lei 11.631/07 que a define (art. 2^o, I) como o conjunto de atividades planejadas, orientadas e empreendidas pelo Estado, complementando a logística nacional, destinadas a capacitar o País a realizar ações estratégicas, no campo da Defesa Nacional, diante de agressão estrangeira. Ou seja, a mobilização é o processo pelo qual todas as expressões do Poder Nacional são focadas para o esforço necessário à condução do país em uma guerra.

A decretação da mobilização nacional formal depende da agressão estrangeira mas a mesma Lei 11.631/07 (artigo 3^o) se refere ao conceito de “*preparo* da Mobilização Nacional”, que consiste na “realização de ações estratégicas que viabilizem a sua execução” (ou seja, que viabilizem a execução de uma mobilização quando ela seja concretamente necessária e decretada). Este preparo, ainda nos termos da lei, é “desenvolvido desde a situação de normalidade, de modo contínuo, metódico e permanente”. Ou seja, o acionamento concreto de uma mobilização depende de um fato – a agressão – e um ato do PR, mas seu preparo (em especial

¹⁶ “si não tiver logar ou mallograr-se o recurso do arbitramento, e a fazer a paz” artigo 34 § 11.

¹⁷ Artigo 48 § 8^o.

¹⁸ O que, como é amplamente sabido, não tem sido “observado”, o que se constata nas dezenas de conflitos armados ou “guerras” nas quais os E.U.A. estiveram envolvidos nas últimas décadas por determinação de seu presidente sem uma autorização formal do Congresso.

¹⁹ Segundo Schneider (1975, p. 35) o “mecanismo da mobilização moderna” foi uma invenção de Frederico II da Prússia.

seu planejamento), deve ser feito em tempos de paz (do contrário não haverá condições de fazê-lo quando necessário)²⁰.

Além disso, também compete ao PR (artigo 84, IX) decretar o estado de defesa e o estado de sítio. Cada um desses “estados” têm suas características e requisitos que analisaremos brevemente. De início, a decretação de ambos, embora ato do PR, depende de participação do Congresso Nacional (artigo 49 IV), participação que é *prévia* no caso do estado de sítio e posterior no caso do estado de defesa (a decretação feita pelo PR deve ser, dentro de vinte e quatro horas, submetida com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, para que o aprove, por maioria absoluta, ou não).

Dúvida importante é saber se o congresso pode modificar as condições do decreto que declara o estado de defesa e se pode autorizar o estado de sítio de forma distinta daquela solicitada. Concordamos com Rothenburg que a alteração é possível pois o congresso exerce amplo controle político de tais medidas mas, ao contrário desse autor (in Canotilho, Mendes, Sarlet e Streck, 2013 p. 1572²¹), não nos parece que o Congresso possa alterar, por substituição, o conteúdo do decreto, uma vez que seu papel é o de autorizar (previa ou posteriormente, conforme o caso) ou não as medidas, o que lhe dá um papel a nosso ver análogo ao do veto, que pode ser parcial. Assim, por exemplo, o congresso pode negar a autorização para a suspensão de determinado ou determinados direitos fundamentais pretendidos pelo PR mas não poderia substituí-los por outros (salvo se tutelarem o mesmo bem jurídico mas forem menos gravosos).

²⁰ A Lei 11.631/07 também estabelece (art. 4º) que a execução da Mobilização Nacional é caracterizada pela celeridade e compulsoriedade das ações a serem implementadas, com vistas em propiciar ao País condições para enfrentar o fato que a motivou. O ato de decretação da Mobilização Nacional especificará o espaço geográfico do território nacional em que será realizada e as medidas necessárias à sua execução, dentre elas: I - a convocação dos entes federados para integrar o esforço da Mobilização Nacional; II - a reorientação da produção, da comercialização, da distribuição e do consumo de bens e da utilização de serviços; III - a intervenção nos fatores de produção públicos e privados; IV - a requisição e a ocupação de bens e serviços; e V - a convocação de civis e militares.

Para a viabilização do preparo (e de eventual decretação) de uma mobilização o artigo 5º da mesma Lei criou o Sistema Nacional de Mobilização - SINAMOB, que consiste no conjunto de órgãos que atuam de modo ordenado e integrado, a fim de planejar e realizar todas as fases da Mobilização e da Desmobilização Nacionais e que é integrado (art. 6º) pelos Ministérios da Defesa, da Justiça, das Relações Exteriores; do Planejamento, Orçamento e Gestão; da Ciência e Tecnologia, da Fazenda; e da Integração Nacional, além da Casa Civil, do Gabinete de Segurança Institucional e da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República.

²¹ Rothenburg considera possível a adoção de outras medidas mas também ressalva que não podem ser “muito diferentes” das originais.

O estado de defesa está previsto no artigo 136 da CRFB e destina-se a “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”. Ou seja, a princípio, o estado de defesa não se presta à ameaça de guerra²², ao menos em sua forma tradicional. Procedimentalmente a decretação do estado de defesa depende de oitiva (não necessariamente da aprovação) do Conselho da República²³ e do Conselho de Defesa Nacional²⁴.

O decreto que instituir o estado de defesa determinará (§ 1º do artigo 136 da CRFB) o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: restrições aos direitos de: reunião, ainda que exercida no seio das associações; sigilo de correspondência; sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; além da possibilidade de ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação

Já a decretação do estado de sítio pressupõe a prévia autorização do Congresso. Trata-se de medida normalmente associada às guerras, origem que se encontra no próprio nome do instituto, e que é admitida pela CRFB (artigo 137 I e II) em duas hipóteses. A primeira, que nos interessa menos, também é conhecida como estado de sítio “simples”, e é cabível nos caso de “comoção grave de repercussão

²² Voltaremos ao tema no capítulo 3.

²³ O Conselho da República, segundo o art. 89 da CRFB, é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: o Vice-Presidente da República; o Presidente da Câmara dos Deputados; o Presidente do Senado Federal; os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados; os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal; o Ministro da Justiça; seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

²⁴ O Conselho de Defesa Nacional, segundo o art. 91 da CRFB, é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos: o Vice-Presidente da República; o Presidente da Câmara dos Deputados; o Presidente do Senado Federal; o Ministro da Justiça; o Ministro de Estado da Defesa; o Ministro das Relações Exteriores; o Ministro do Planejamento e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa”. Já a segunda, também denominada de estado de sítio “qualificado”, pressupõe a “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira”²⁵.

O procedimento para a decretação do estado de sítio também pressupõe a oitiva do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, ao que se segue a solicitação de autorização ao Congresso Nacional, com o relato dos motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta²⁶. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o PR designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

Em caso de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira o estado de sítio poderá ser decretado por todo o tempo durante o qual ambas perdurarem.

A CRFB (art. 139) lista as únicas medidas que poderão ser tomadas contra as pessoas na vigência do estado de sítio decretado fora das hipóteses de guerra ou agressão armada: obrigação de permanência em localidade determinada; detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos; requisição de bens.

Por outro lado (a *contrario sensu*) se o estado de sítio for decretado em decorrência de guerra ou agressão armada outras garantias constitucionais poderão

²⁵ Para a qualificação de estado de sítio simples e qualificado vide, por exemplo, Rothenburg in CANOTILHO, MENDES, SARLET e STRECK, 2013 p. 1563.

²⁶ Caso o PR solicite autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato devendo o Congresso Nacional permanecer em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

ser suspensas²⁷, desde que explicitamente mencionadas no decreto de instauração previamente aprovado pelo Congresso²⁸.

Embora a Constituição Federal não estabeleça explicitamente quais direitos não podem ser limitados, esta explicitação é feita pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁹ e pela Convenção Interamericana sobre direitos humanos (conhecida como Pacto de San José³⁰). O artigo 4º do Pacto de Direitos Civis e Políticos autoriza a suspensão de obrigações decorrentes do referido Pacto (ou seja, autoriza a declaração de estados de exceção) quando “situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente”. Tais medidas (de suspensão) devem ser adotadas, ainda segundo o mesmo dispositivo, “na estrita medida exigida pela situação” – ou seja, respeitando o princípio da proporcionalidade –, “desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social”.

²⁷ O tratamento da matéria dado pela CRP é bem distinto pois ressalva (art. 19 “6”) alguns direitos que não podem ser afetados nem mesmo com a declaração do estado de sítio que “em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião”.

²⁸ De todo modo (segundo o § 8º do artigo 53), as imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

²⁹ Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 592/92 e, portanto, vigorando no direito interno brasileiro.

³⁰ Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 678/92 e, portanto, também em vigor no direito interno brasileiro.

Ademais, segundo o artigo 4º “2” do Pacto, não pode haver “qualquer suspensão dos artigos 6³¹, 7³², 8 (parágrafos 1 e 2)³³, 11³⁴, 15³⁵, 16³⁶, e 18³⁷”.

Já o Pacto de San José trata dos estados de exceção em seu artigo 27, segundo o qual em “caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado” este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. O mesmo artigo 27 não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 4 (Direito à vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 6 (Proibição da Escravidão e

³¹ ARTIGO 6

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.
2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito (...).
4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderão ser concedidos em todos os casos.
5. A pena de morte não deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez.
6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado Parte do presente Pacto.

³² ARTIGO 7

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

³³ ARTIGO 8

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos. (...)

³⁴ ARTIGO 11

Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

³⁵ ARTIGO 15

1. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-a impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.
2. Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.

³⁶ ARTIGO 16

Toda pessoa terá direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

³⁷ ARTIGO 18

1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. (...)
3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. (...)

Servidão), 9 (Princípio da Legalidade e da Retroatividade), 12 (Liberdade de Consciência e de Religião), 17 (Proteção da Família), 18 (Direito ao Nome), 19 (Direitos da Criança), 20 (Direito à Nacionalidade) e 23 (Direitos Políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

Note-se que ambos os tratados internacionais incluem uma obrigação de que todo Estado-Parte que fizer uso do direito de suspensão – ou seja, no caso do Brasil, que decretar estado de defesa ou de sítio – deverá informar imediatamente os outros Estados-Partes por intermédio do Secretário-Geral da ONU (caso do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos – art. 4º “3”) ou por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (no caso do Pacto de San Jose), acerca das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão.

O regime jurídico dos estados de defesa e de sítio tem diversas regras comuns. A execução das respectivas medidas deverá ser acompanhada e fiscalizada por Comissão composta de cinco membros do Congresso Nacional, designada pela Mesa do Congresso ouvidos os líderes partidários (art. 140). Logo que cesse o estado de defesa ou o estado de sítio, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo PR, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas (art. 141 parágrafo único).

Ambos (estado de defesa e de sítio) podem ser suspensos a qualquer tempo pelo Congresso (art. 49, IV, da CRFB) e sua vigência impede a aprovação de emendas constitucionais (art. 60 § 1º da CRFB)³⁸. Finalmente, concordando com Rothenburg, ambos tem uma natureza subsidiária, ou seja, só podem ser utilizados quando outros

³⁸ Dispositivo que parece inspirado no art. 289 da CRP que também proíbe a revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de emergência (próximo ao nosso estado de defesa, registrando-se que a Carta de 1967/69 também previa o estado de emergência e o estado de sítio). Curiosamente a CRFB não proíbe expressamente a reforma constitucional na vigência de “mero” estado de guerra mas isso porque a possibilidade de que uma guerra seja conduzida sem a concomitante declaração de estado de sítio embora existente não parece muito provável (o Brasil, em 1942, declarou guerra à Alemanha sem declarar estado de sítio mas há de se registrar que em 1942 o Brasil não vivia um período democrático, e, portanto, o estado de sítio era, em alguma medida, desnecessário para as medidas de exceção que foram implementadas). De todo modo tratar-se-ia, provavelmente, de guerra que não ameaçaria diretamente ou intensamente o território nacional, com o que seria viável o debate necessário à apreciação de uma emenda constitucional.

“meios coercivos normais não derem conta da situação” (in Canotilho, Mendes, Sarlet e Streck, 2013 p. 1563³⁹).

2.3 Outros instrumentos e institutos relacionados à guerra e aos demais estados de exceção constitucional

Para além de seus efeitos no direito internacional, que não serão objeto deste trabalho⁴⁰, e independentemente da declaração de estado de defesa ou de sítio, a declaração de guerra traz uma série de consequências constitucionais⁴¹. Como já dito, o estado de guerra (que, a rigor, não é necessariamente sobreposto ao estado de sítio ou ao estado de defesa nacional) permite – ou funciona como condição necessária – à aplicação de uma série de institutos.

No campo dos direitos fundamentais a declaração de guerra nos parece (nos termos do artigo 5º, XV da CRFB a *contrario sensu*) autorizar limitações à livre locomoção no território nacional. Além disso, a declaração de guerra autoriza as denominadas requisições militares⁴² (artigo 22, III) e autoriza a aplicação da pena de morte (artigo 5 XLVII “a” da CRFB⁴³) que, obviamente, só vale para os crimes em relação aos quais a pena de morte já seja prevista (em caso de guerra)⁴⁴.

Também vale mencionar duas providências constitucionais relacionadas ao esforço de guerra para os quais, no entanto, a declaração não é condição necessária. Em primeiro lugar, a guerra (segundo o § 3º do artigo 167) possibilita a abertura de crédito extraordinário. No entanto, o dispositivo, textualmente, permite a abertura de

³⁹ Isso não significa que o estado de sítio só possa ser declarado após a constatação de insuficiência real de outra medida (menos gravosa) anteriormente declarada. Ou seja, se o Brasil é invadido e sendo óbvia a necessidade de estado de sítio, este poderá ser imediatamente declarado.

⁴⁰ Para o tema consulte-se MELLO, 1994, p. 229 e seguintes, bem como RIDRUEJO, 2003, p. 605 e ss.

⁴¹ Umberto Gori salienta que: “Os internacionalistas estudaram os critérios com base nos quais é possível distinguir exatamente o estado de guerra do estado de paz, a fim de aplicar as normas denominadas de direito bélico. Estas definições, porém, não visam tanto colher a essência do fenômeno, quanto evidenciar seus determinados momentos formais, os quais, contudo, vão desaparecendo cada vez mais na praxe atual”. (in BOBBIO, 1993, p. 571).

⁴² Segundo Schneider (1975, p. 46) o mecanismo das requisições como forma de prover a logística dos exércitos é uma criação francesa ocorrida durante as guerras que se seguiram à revolução de 1789.

⁴³ Esse dispositivo remonta à Constituição de 1891 (embora na redação decorrente da Emenda Constitucional de 03.09.1926) que já previa, no § 21 do artigo 72, que era “abolida a pena de morte, *reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra*”.

⁴⁴ Essas previsões se encontram no Código Penal Militar (Decreto-lei 1001/69), a exemplo do crime de traição: Art. 355. Tomar o nacional armas contra o Brasil ou Estado aliado, ou prestar serviço nas forças armadas de nação em guerra contra o Brasil:
Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo. Segundo o mesmo Código (art. 56), a pena de morte é executada por fuzilamento.

tais créditos “para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública”. Portanto, como a guerra é apenas um exemplo do conceito de “despesas imprevisíveis e urgentes”, nos parece possível a abertura de tais créditos no caso de iminência de guerra.

Essa nossa interpretação, além de decorrer da interpretação do próprio texto do artigo 167 § 3º, decorre também da interpretação sistemática da CRFB. É que a segunda providência ligada ao esforço de guerra é a possibilidade (prevista no art. 154, II) de a União instituir impostos extraordinários de guerra “compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente cessadas as causas de sua criação”. Ora, nesse caso, a Constituição, muito sabiamente, autorizou a instituição desse imposto “na iminência ou no caso de guerra externa” e, portanto, sendo consistente a ameaça de guerra tal imposto, certamente essencial para o esforço de guerra, poderá ser desde já implantado, uma vez que ele não se submete ao princípio da anualidade (podendo ser cobrado imediatamente após a sua criação formal).

Vistos, ainda que brevemente, os principais institutos constitucionais que tratam da guerra vejamos quais as atuais características da guerra e dos demais conflitos armados.

3 GUERRA: DEFINIÇÕES, DISTINÇÕES E TENSÕES

O encontro – e o confronto – de um exército regular com outro em um campo de batalha pode servir como a descrição sucinta (ainda que muito simplificada) da forma convencional⁴⁵ de fazer a guerra. Essa forma convencional conheceu várias evoluções ao longo dos séculos, na forma descrita por Schneider (1975) e por Creveld (2005), mas as características essenciais da guerra, presentes na descrição acima e sumarizadas por McFate (2019, p. 27-33), permanecem as mesmas. Carmona sintetiza os elementos permanentes e aqueles cambiantes da guerra da seguinte forma:

“A guerra, como evento político e social com emprego do Poder Militar combinado com elementos não bélicos voltado à resolução de diferenças em última instância entre dois ou mais contendores, tende à mudanças contínuas, seja pelo aparecimento de novas tecnologias, seja pela própria evolução da estratégia, isto é, pela evolução das gerações da guerra, como se diz na literatura.

A guerra visa essencialmente fazer seu oponente aceitar sua vontade por meio da força; assim, podemos dizer que a guerra é essencialmente um meio para uma Nação – ou no interior dela, de um segmento social – acumular poder. ...

As definições até aqui propostas de forma introdutória correspondem a ‘leis’ gerais da guerra, que são constantes e invariáveis, por sua natureza estrutural. Contudo, a geoestratégia, os meios e a organização de forças para desenvolvê-la estão sujeitos a evoluções contínuas” (no prelo, p. 11).

Bobbio, ao tratar da paz como “não guerra”, já lembrava que as definições de guerra são “tais e tantas” por ser “tão variada a diferença de tonalidades entre umas e outras” (Bobbio; Matteucci; Pasquino, 1993, p. 912). De todo modo, dificilmente este autor poderia imaginar a existência de mais de quarenta adjetivos para a guerra, como se constata na lista constante do Glossário das Forças Armadas elaborado pelo Ministério da Defesa (Brasil, 2015, p. 133-137⁴⁶), que, embora extensa, pode ser

⁴⁵ Que corresponde à guerra de 1ª geração, se usarmos a classificação segundo a qual existiriam quatro “gerações” de guerras. A primeira na qual exércitos se confrontavam em linha num campo de batalha; a segunda caracterizada pelo uso de trincheiras e da artilharia indireta, a terceira caracterizada pelas táticas de velocidade, manobra e profundidade (“blitzkrieg”) e a quarta, ou atual, caracterizada pelo uso dos mais diversos meios e táticas, incluindo atores – “exércitos” – não estatais, como veremos a seguir. Sobre o tema vide Rodrigues, 2020, p. 26.

⁴⁶ Guerra acústica, aérea estratégica, antissubmarino, apoiada em redes, assimétrica, biológica, centrada em redes, cibernética, civil, convencional, de atrição, de atrito, de desgaste, de comando e controle, de guerrilha, de independência, de informação, de libertação, de manobra, de movimento, de resistência, econômica, eletrônica

complementada com adjetivos como os (de guerra) “jurídica” (BRASIL, 2023, p. 38) “infinita” (Sinek, 2020, p. 28) ou até mesmo “algorítmica” (McFate 2019, p. 50).

É verdade que a existência de tantos adjetivos não pode ser tomada como a existência de igual número de distintos tipos de guerra. McFate (2019, p. 27 e 28⁴⁷) parece ter razão ao afirmar que não se pode confundir o conceito de “guerra” (“war”), que seria único e constante, com as múltiplas maneiras de fazer a guerra (“warfare”). Outros (COSTA, 2019, p. 19 e 20) chegam a admitir cinco “tipos de guerra” (convencional, de destruição em massa, irregular, assimétrica e híbrida) e diversas “formas” de fazer a guerra⁴⁸.

Um bom resumo das novas características da guerra se encontra em recente documento do Exército Brasileiro (Manual de Fundamentos Conceito Operacional do Exército Brasileiro Operações de Convergência 2040. Brasil, 2023, p 34) que destaca, por exemplo, que “o ambiente operacional deixou de ser um espaço no qual forças convencionais exercem seu protagonismo exclusivo”. Trata-se agora de “ambiente heterogêneo, composto por uma grande diversidade de atores” que, para além das tradicionais “forças armadas” incluem “forças não convencionais” “amigas” ou “hostis”; “população local; companhias militares privadas; instituições e agências civis (estatais e não estatais/locais e internacionais)”. Além disso a guerra contempla novos – portanto agora múltiplos – domínios, agregando aos conhecidos domínios terrestre, aéreo e marítimo o cibernético, o eletromagnético e o espacial.

(ativa e passiva), externa, fria, geral insurrecional, interna, limitada, mundial, não convencional, naval, nuclear, preemptiva, preventiva, química, regional, regular, revolucionária, simétrica e total. Desses 46 adjetivos alguns poucos são tidos como sinônimos (guerra geral e total, guerra de desgaste e de atrito).

⁴⁷ McFATE (2019, p. 49) chega a afirmar que a “sugestão de que novas tecnologias podem mudar a imutável natureza da guerra e não apenas a forma como ela é conduzida é ignorante” e seria equivalente a entender que “o surgimento de um novo relógio mudaria a natureza do tempo”.

⁴⁸ Formas que, por sua vez, estão sendo atualizadas à luz das armas e táticas usadas na Guerra da Ucrânia (mais uma Guerra não declarada, denominada eufemisticamente pelos russos de “operação militar especial”, iniciada com a invasão promovida pela Rússia em fevereiro de 2022), que, em boa medida, deixou de confirmar algumas características que vários analistas esperavam para as guerras do “futuro”, resultando numa combinação de novas tecnologias e aplicações (acerto das previsões) com a manutenção de várias características que se pensavam estar superadas (como o uso de blindados e de artilharia em larga escala). Sobre o tema vide o Caderno Especial sobre as lições do campo de batalha da Guerra da Ucrânia publicado pela *The Economist* v. 448 n 93 54 July 8th 14th 2023, p. 11 e 43-54 bem como os Estudos Militares Conjuntos; conflito Rússia-Ucrânia, possíveis ensinamentos para o emprego conjunto das Forças Armadas (ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA, 2022).

Na mesma linha, McFate dedica, em sua obra sobre as dez “novas regras da guerra”, um longo capítulo à “regra 9”, segundo a qual o tipo de guerra que vai prevalecer é a guerra nas sombras⁴⁹ (McFate, 2019, p. 195), na qual a possibilidade de negar, com alguma plausibilidade, a autoria ou mesmo a ocorrência de um ataque (“plausible deniability”) será o centro de gravidade⁵⁰ numa dinâmica, afirma o autor, que “tornará a guerra epistemológica: discernir o que é real do que é falso decidirá quem serão os vencedores e perdedores” (idem, p. 199)⁵¹.

Não nos cabe aqui analisar os distintos tipos de guerra que, como Bobbio adverte, “se configura, ao mesmo tempo, como uma espécie de conflito”, de violência, um fenômeno de psicologia social, uma situação jurídica excepcional e um processo de coesão interna (Bobbio; Matteucci ; Pasquino, 1993, p. 572). Tampouco nos cabe analisar cada uma de suas características ou adjetivos, mas sim destacar duas características atuais da guerra que, pelas suas consequências jurídicas, nos parecem especialmente importantes para este trabalho.

A primeira, já comentada na introdução, se traduz na ausência de guerras formalmente declaradas. Quanto a esse aspecto acrescenta-se apenas uma evolução importante. É que – como foi a regra após a segunda guerra mundial – por vezes a guerra não era declarada (para se aproveitar do fator surpresa) mas tinha todas as demais características da guerra convencional (forças armadas uniformizadas se enfrentando no campo de batalha, no mar e no ar)⁵². Ou seja, embora “não declarada”

⁴⁹ Conceito que, em videoconferência na Escola Superior de Guerra em 30.05.2023, e em artigo mais recente (2023) ele aparentemente substituiu pelo conceito de guerra furtiva ou “sneaky war”. Note-se que, embora McFate não adote o conceito de guerra híbrida – que considera “importante” mas não suficiente (2019, p. 237) – os seus conceitos de guerra nas sombras ou de guerra furtiva guardam ao menos uma sobreposição com as definições mais comuns de guerra híbrida (como em Rodrigues, 2020).

⁵⁰ Centro de gravidade é um conceito essencial em estudos militares, definido pelo Glossário das Forças Armadas (Brasil, 2015, p. 59) como « uma fonte de força, poder e resistência física ou moral que confere ao contendor, em última análise, a liberdade de ação para utilizar integralmente seu poder de combate. O CG, uma vez conquistado ou atingido, poderá resultar no desmoronamento da estrutura de poder, uma vez que se trata de um ponto de equilíbrio que dá coesão às forças, à estrutura de poder e à resistência do adversário, sustentando o seu esforço de combate. Existe em todos os níveis de condução da Guerra”.

⁵¹ Vale notar que aquilo que é descrito como guerra nas sombras não é inteiramente uma novidade, o que é novidade é o papel cada vez maior em importância e comum em recorrência dessa prática. Com efeito, a prática de ataques encobertos a um país de forma a que o atacado considere que o autor foi um terceiro é prática antiga, conhecida pelo nome de “operações de falsa bandeira”, como se vê no relato de Frattini (2022). Sun Tzu – há mais de 2.500 anos – já escrevia que “toda operação militar tem o logro como base” (Tzu, 1993, p. 19). No mesmo sentido veja-se Crevelde 2005, p. 37-39.

⁵² Esse é o caso da guerra da Ucrânia: Não foi declarada, tem todas as características das guerras convencionais mas também tem todas ou a maioria das características da “guerra atual”, em especial o fato de estar sendo travada em vários domínios (terrestre, aéreo, marítimo, cibernético e eletromagnético).

ninguém tinha dúvida de que quando o exército “a” atacava o país “b” ela tinha começado.

No entanto, a partir do final do século XX e início do século XXI surgem “guerras” não apenas não declaradas mas nas quais a utilização de técnicas furtivas (ações armadas pontuais, realizadas por tropas não identificadas, acompanhadas de ações não cinéticas, por exemplo), que dificultam a identificação da autoria dos ataques, cria reais dificuldades até mesmo para a compreensão e a comprovação de que uma guerra está ou não se iniciando. Por isso que Rodrigues (2020, p. 29) afirma que “as guerras no futuro tomariam formas não tradicionais e invisíveis, possivelmente marcadas pela diminuição da violência no campo militar, mas com o aumento gradativo dos conflitos político, econômico e tecnológico”. A ideia, nessas guerras furtivas ou nas sombras, é que aquele que é atacado leve o maior tempo possível para “descobrir” que é atacado⁵³.

A segunda característica (apenas em parte decorrente da primeira) é a do esmaecimento da distinção, anteriormente muito clara, entre guerra e paz, que abordaremos a seguir.

3.1 O problema da distinção entre guerra e paz

Tradicionalmente, em especial do ponto de vista jurídico, guerra e paz eram conceitos dicotômicos, do tipo “tudo ou nada”⁵⁴, ou seja, ou estamos em paz ou estamos em guerra.

⁵³ Para descobrir, por exemplo, que uma série de eventos que até então pareciam isolados (o suposto acidente numa plataforma de petróleo, a sabotagem de uma linha de transmissão, o homicídio de uma importante liderança política, a perda de um contrato importante da mais importante empresa do país), são todos, na verdade peças – armas – numa estratégia única de um inimigo até então não identificado. Na síntese de Rodrigues “a possibilidade do conflito com operações de combate com pouca definição no tempo e no espaço, disputado em diferentes níveis, por forças estatais e não estatais, indica que provavelmente a guerra no futuro fique cada vez mais incerta, com dificuldade de identificação do inimigo dominante e da definição de categorias operativas” (2020, p. 34). Mais específico e incisivo McFate afirma que: “The West, and especially the US, must change how we think about contemporary warfare. We may already be at war with China and Russia and do not know it; this could be by their design. You cannot win if (you) do not even know you are at war, and that’s the strategic logic of sneaky war” (2023).

⁵⁴ McFATE (2019, p. 64-65), se refere à dicotomia da gravidez ou da lâmpada (acesa ou não). Em suas palavras: “Conventional warriors view war like pregnancy: either you are or aren’t. War versus Peace is enshrined in the

Segundo o próprio Exército Brasileiro a:

“aplicação do poderio bélico convencional obedece atualmente ..., a uma perspectiva cartesiana binária, que se apoia, sobretudo, na dicotomia existente entre guerra e paz. O estado de paz implica ausência de lutas ou graves perturbações no âmbito interno de um Estado ou de suas relações internacionais”⁵⁵.

Isto não é mais assim. A primeira evidência disto, já comentada, é a ausência praticamente total de guerras declaradas, o que não passou despercebido aos estudiosos. Umberto Gori, por exemplo, afirma que “é muito vago o limite entre a guerra e a paz e os escritores que se ocuparam deste assunto tem pleno conhecimento do problema” (Bobbio, Matteucci e Pasquino, 1993, p. 571).

É verdade que o próprio Bobbio reconhecia que a definição de paz como *não guerra*⁵⁶ era compatível com a existência de conflito desde que não se trate de “conflito caracterizado por uma violência durável e organizada”. Em suas palavras isso significa que dois grupos:

- (i) “podem estar em conflito entre si sem estar em guerra, já que o estado de paz não exclui todo conflito, mas só o conflito que se traduz em violência durável e organizada” e
- (ii) “não se hão de considerar em estado de guerra, se nas suas relações se verificam casos de violência esporádica, como são por exemplo, os incidentes de fronteira” (Bobbio, Matteucci e Pasquino, 1993, p. 912).

Laws of Armed Conflict, the writings of Clausewitz, and conventional war theory. ... China wins because it exploits the West’s false belief in this dichotomy. Beijing knows Washington has a lightbulb vision of war: it’s either on or off. The trick is to keep the US war switch flipped to ‘off’ so the superpower remains docile and at ‘peace’”.

⁵⁵ Brasil, 2023, p 45/46.

⁵⁶ Há um outro ponto muito interessante do pensamento de Bobbio sobre o tema. É que ele defende que a paz pode ter um sentido positivo “com que se entende não tanto a ausência de guerra (paz como não-guerra), mas o fim, a conclusão, ou o desfecho juridicamente regulado de uma guerra. Em seu significado negativo, a Paz é um estado de coisas genérico (o estado de não-guerra); em seu significado positivo, a paz é um estado específico, previsto e regulado pelo direito internacional (...). ‘Estabelecer a paz’ não significa apenas cessar as hostilidades e deixar de fazer a guerra, mas significa ... instaurar um estado de coisas juridicamente ordenado, com tendência a uma certa estabilidade”. E, nesse sentido, guerra e paz não são conceitos mutuamente excludentes (ou um ou outro) podendo existir entre a guerra, que é sempre definida em sentido positivo e a “paz, também em sentido positivo, uma zona intermédia, como a trégua ou o armistício, que não são nem guerra nem paz”. (Bobbio, Matteucci e Pasquino, 1993, p. 912). Na mesma linha, Giuliano Pontara, ao tratar da pesquisa sobre a paz (“Peace research”), anota que para uma linha deste campo de pesquisa “por Paz se há de entender, em sentido mais restrito uma propriedade de sistemas de conflito, mais precisamente, a propriedade de estarem isentos de violência”. (Bobbio, Matteucci e Pasquino, 1993, p. 917).

Já Mello, após listar várias concepções de guerra utilizadas pelo direito internacional, considera que “do ponto de vista jurídico a melhor concepção”, desenvolvida por Guggenheim, distingue guerra no sentido formal e guerra no sentido material. No sentido formal a guerra é apenas aquela “formalmente” declarada enquanto no sentido material a guerra pressupõe o uso da força. Mello observa que o término da guerra em sentido formal e material é diferente pois em sentido material a guerra termina “pela cessação das hostilidades durante um certo lapso de tempo”, enquanto a guerra em sentido formal “necessita de um ato formal, como a conclusão da paz ou a celebração de um armistício” (1994, p. 232).

Constatando a dificuldade em manter a dicotomia entre guerra e paz, McFate lista, dentre as já mencionadas “novas regras da guerra”, a “regra 3” segundo a qual não existe distinção entre guerra e paz, uma vez que ambas sempre coexistem (“there is no such thing as war or Peace – both coexist, always”, McFate, 2019, p. 59). Obviamente que essa “nova regra” está intimamente ligada a outra anteriormente citada segundo a qual a guerra nas sombras (por definição uma guerra não declarada e de difícil identificação) irá prevalecer.

Essa realidade já foi oficialmente incorporada à doutrina do Exército Brasileiro, que afirma que o “obscurecimento dos limites entre guerra e paz, que deu origem ao termo ‘zona cinza dos conflitos’, torna mais evidente o caráter perene dos desafios à defesa”. Com isso o “caráter permanente dos desafios à defesa passa a dar uma nova roupagem à concepção das condições que caracterizam o Espectro dos Conflitos, ensejando a substituição do espectro de paz estável pelo de paz relativa” (Brasil, 2023, p. 45)⁵⁷.

⁵⁷ Também vale a pena reproduzir o trecho que se encontra entre as duas citações acima:

5.3.5.5 No que diz respeito à “zona cinza” dos conflitos, as ameaças híbridas configuram-se como desafios perenes à segurança e defesa, na medida em que congregam atores que possuem potencial para atuarem em todos os campos do poder, com o principal objetivo de desestabilizar o governo inimigo e suas instituições.

5.3.5.6 Esses atores podem, a qualquer tempo, vir a comprometer os interesses do Estado, apropriando-se de ferramentas tecnológicas para a propagação da desinformação, integrada ou não a capacidades cinéticas militares.

5.3.5.7 A Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) descreve o conceito de ameaça híbrida como o tipo de ameaça que é imposta por um adversário real ou potencial, o que incluem Estados, não Estados e terroristas, que tenham capacidade real ou provável, para ao mesmo tempo, empregar meios convencionais e não convencionais de forma combinada, na busca de seus objetivos. Convém ressaltar, que os aspectos típicos que tendem a estar presentes na maioria das atividades de “zona cinza” são: a) ações abaixo do limite que justificaria uma resposta militar; b) ameaças que se desdobram gradualmente no tempo; c) baixa capacidade de identificar

Com isso, a relação entre guerra e paz deixa de ser uma relação alternativa (“a” ou “b”) e passa a ser uma relação progressiva, na qual se vai (e “volta”), de um lado, de uma “paz relativa⁵⁸”, ao outro extremo, da guerra, passando por uma zona intermediária de “crise”, tudo segundo os níveis de intensidade da violência utilizada. É por isso que McFate, por exemplo, fala de um “novo sistema global” que ele denomina de “desordem duradoura”, no qual os conflitos não irão “começar e parar, mas sim se arrastar em “guerras eternas” (2019, p. 8/9). Carmona (Prelo, p. 19), por seu turno, chega a afirmar que “vivemos um sistema de guerra contínua no sistema internacional contemporâneo”.

Quem parece ter levado a progressiva falta de distinção entre guerra e paz a um extremo – especialmente desafiador para democracias – é a obra dos coronéis chineses Qiao Liang e Wang Xiangsui que tem o revelador nome de guerra “além dos limites”. Os autores afirmam a “presença do campo de batalha em todos os lugares”, e a “eliminação de todas as fronteiras entre as duas ambiências, a da Guerra e da paz” (1999, p. 16)⁵⁹.

Na verdade, os autores acabam por transformar qualquer conflito ou disputa entre países (que sempre se utilizou efetivamente de vários meios) em “guerra”⁶⁰. Em consequência, todos os “meios” passam a ser armas. Ora, se não sabemos quando a Guerra começa não podemos usar os instrumentos jurídicos que pressupõe sua existência. Na mesma linha, se estamos sempre em Guerra não faz sentido falar em estados de exceção constitucional, o que, evidentemente, traz um grande risco democrático, como veremos no próximo capítulo.

o autor (baixo perfil), o agressor disfarça sua ação utilizando ataques cibernéticos, campanhas de desinformação, guerra por procuração etc; d) intimidação mediante a possibilidade de escalada do conflito; e) emprego de meios e técnicas não militares; f) vulnerabilidades específicas em outras áreas são exploradas concomitantemente (clivagens sociais, polarizações políticas, economia) são aproveitadas para lograr ganhos estratégicos; e g) uso da violência de forma episódica e limitada.

⁵⁸ Bem se vê que a paz também começa a receber seus adjetivos.

⁵⁹ Também adotam o conceito de armas “neoconcepcionais”, construído a partir da premissa de que “qualquer coisa que possa beneficiar o ser humano também pode prejudicá-lo, ou seja, qualquer coisa neste mundo pode ser transformada numa arma, e esta possibilidade requer que o nosso entendimento e percepção, do que vem a ser uma arma, ultrapasse todas as fronteiras” (p. 32).

⁶⁰ Embora a tese dos autores possa ser chocante para os ocidentais ela, de certa forma, não é uma novidade no pensamento militar chinês, que, como esclarece Creveld, não apenas é o mais antigo (documentado) da humanidade, mas (na antiguidade) já se caracterizava por “não traçar uma linha clara entre assuntos militares e os demais” (2005, p. 24 e 41, tradução nossa).

4 A CONSTITUIÇÃO E AS NOVAS FORMAS DE GUERRA

Verificadas quais as novas características da guerra que são mais relevantes para o direito constitucional vejamos como o texto constitucional se adapta – ou não – a elas.

4.1 As bases para a aplicação dos Institutos Constitucionais relacionados à guerra

O estudo dos instrumentos constitucionais relacionados à guerra revela uma falta de uniformidade quanto ao fato⁶¹ – ou ao grau de intensidade do conflito – requerido como base para o acionamento de cada um deles. Na verdade, a CRFB, literalmente, prevê três parâmetros diferentes, progressivamente mais exigentes. A instituição do imposto extraordinário de guerra é autorizada na hipótese de “*iminência* ou no caso de guerra externa” (1º parâmetro). Para a declaração de guerra e de mobilização nacional exige-se a “*agressão estrangeira*” (2º parâmetro). Já para a declaração de estado de sítio exige-se a declaração de Guerra ou a “*resposta a agressão armada estrangeira*” (3º parâmetro).

Nesse ponto é fundamental observar que os instrumentos jurídicos destinados a deixar o país melhor preparado para a guerra não podem ser interpretados de forma a impor comportamentos que tendem a piorar as chances do país conseguir se defender. Isto seria interpretar um instituto jurídico de forma oposta ao objetivos que justificam sua existência, o que seria um grave erro jurídico (com consequências muito mais graves em caso de guerra).

Ora, é praticamente unânime dentre os estudiosos dos estados de exceção constitucional que sua justificativa maior é a existência de uma ameaça que, dependendo de sua amplitude, pode por em risco a própria sobrevivência do

⁶¹ Lembre-se que uma das características da guerra híbrida – “nas sombras”, furtiva, ou não convencional –, é a de evitar ao máximo a prática de atos que possam ser identificados efetivamente como uma “agressão” (ou, ao menos, evitar que sua autoria seja identificada), exatamente para postergar ao máximo o momento no qual o adversário terá a consciência de que está sendo atacado (e, portanto, poderá reagir, tanto no campo estritamente militar quanto naqueles que pressupõe o início formal de um estado de exceção constitucional, como a mobilização nacional).

país. Também é verdade que esta justificativa foi, historicamente, usada por aspirantes a ditadores que, não querendo ou não podendo simplesmente apelar para um golpe de estado, ampliaram ou fabricaram crises apenas para poder usar dos poderes excepcionais de um estado de exceção⁶². Da mesma forma a reação do governo dos E.U.A à denominada guerra ao terror também foi criticada por seus excessos⁶³. Mas o eventual mal uso dos institutos jurídicos não deve atrapalhar o seu uso correto (ainda que deva servir para que o intérprete esteja alerta quanto a este potencial mal uso).

Também não se nega que os estados de exceção, ao mesmo tempo que tem o objetivo de salvaguardar o estado (derrotando o inimigo externo), também tem o objetivo de salvaguardar a constituição e de garantir um mínimo de proteção aos direitos fundamentais. Essa situação gera uma tensão constitucional na qual o primeiro objetivo apontaria para uma interpretação mais ampliativa das possibilidades de instauração de um estado de exceção e os outros objetivos apontariam no sentido oposto, de uma interpretação restritiva dessas possibilidades.

Ainda assim, o principal objetivo de um país em uma guerra é não ser derrotado, ou seja, impedir que o inimigo lhe imponha sua vontade por meio de perda de vidas e de destruição de sua economia, de sua moral e de seu patrimônio em suas diversas formas (natural, cultural, imaterial).

Essa tensão não deve ser negada, mas sim assumida pelo intérprete de forma a que se chegue no resultado que consideramos lógica e juridicamente mais adequado, que é o de transitar da interpretação mais restritiva para a menos restritiva à medida que aumente o risco para o país. Concretamente isso significa que as condições para a declaração do estado de defesa e a possibilidade de restrição de direitos daí decorrentes deve ser interpretada de forma mais restritiva; a declaração de estado de sítio com base no inciso I do

⁶² Para uma dura crítica quanto ao uso – ou abuso – dos estados de exceção vide Agamben 2004.

⁶³ Para um histórico do tema nos Estados Unidos, incluindo a aprovação do polêmico “Patriot Act”, vide LIZZA, 2013 e GOLDSTONE em ASHBEY, 2005. Mas a questão não se limita aos Estados Unidos. Na França, após os atentados de novembro de 2015 alguns direitos fundamentais também foram restringidos. Na América Latina vale citar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Loayza Tamayo vs. Peru (sentença de 17 de setembro de 1997) em que aspectos da legislação peruana adotada como forma de combate aos atos do grupo terrorista “Sendero Luminoso” foram apreciados.

artigo 137 de forma menos restritiva e, por outro lado, a decretação de estado de sítio e a mobilização nacional em caso de guerra devem, pelo contrário, ser interpretadas de forma – se não exatamente ampliativa – a garantir os meios necessários (que caibam na moldura jurídica) para o resultado positivo no confronto.

Portanto, seria uma certa incoerência sustentar que o país só pode se utilizar dos instrumentos de que tratamos após a guerra ter sido declarada por país estrangeiro, uma vez que se trata de hipótese cada vez mais rara. Tampouco é razoável interpretar que tais providências só podem ser tomadas após o Brasil ter sido atacado, o que significa que as chances de êxito já poderão ser muito diminuídas.

Assim, a melhor solução interpretativa, apontada pela necessidade de interpretação finalística e coerente, parece ser a de ampliar o conceito do termo *agressão* para incluir aquelas situações onde a preparação do potencial inimigo para a agressão já salta aos olhos, como é exemplificado pelo exemplo tradicional da concentração anormal de tropas inimigas na fronteira ou da existência de extensa armada de potência estrangeira que zarpa do outro lado do atlântico em direção ao Brasil.

Seguindo esta linha, o estado de sítio também poderia ser declarado (com base no inciso II do artigo 137) mesmo que a «agressão estrangeira» seja sem armas convencionais, em uma situação em que claramente o país estiver sob ataque tendo por alvo instalações críticas de energia e transporte mas com uso de recursos cibernéticos. A interpretação restritiva conduziria à impossibilidade de sua decretação deixando o país exposto. A saída interpretativa, na linha acima defendida, seria admitir que, neste caso, existem «armas» ainda que elas não sejam convencionais (Liang; Xiangsui, 1999).

É claro que com essas possibilidades há uma maior margem para o uso indevido dos instrumentos de que tratamos. No entanto, esse possível uso, ou abuso, estará sujeito a controle político permanente do Congresso Nacional o que diminui, embora certamente não exclua, a possibilidade de desvirtuamento.

Mas os institutos constitucionais que tratam da guerra são confrontados com um outro tipo de tensão, decorrente do esmaecimento das fronteiras entre guerra e paz, que analisaremos a seguir.

4.2 O desafio democrático

O confronto entre as concepções atuais sobre a guerra – em especial a perda de uma distinção clara em relação à paz e a denominada guerra nas sombras – e os dispositivos constitucionais que tratam o tema (da guerra, das crises e da paz) parece deixar evidente um certo descompasso entre eles.

Vale registrar que o direito internacional percebeu esse descompasso – ao menos no que se refere à ausência de guerras declaradas – e deu uma solução adequada ao problema deixando de exigir a declaração formal de guerra como uma condição para sua aplicação. Essa foi a linha seguida pelo conjunto das Convenções de Genebra de 1949⁶⁴ cujos signatários certamente estavam cientes do grande número de guerras não declaradas e não desejavam que as pessoas (combatantes presos, doentes, náufragos e população civil) atingidas por tais conflitos estivessem fora do âmbito de proteção das convenções. Por tais razões o artigo 2º de cada uma das convenções estabelece sua aplicação "*em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que surja entre duas ou várias...partes..., mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas*".

Note-se que as convenções de Genebra fazem parte do direito brasileiro, uma vez que devidamente promulgadas pelo país⁶⁵, sendo mesmo defensável que ao menos parte de suas normas tenha *status* constitucional, por força do

⁶⁴ Quatro convenções firmadas em Genebra, a 12 de agosto de 1949, entre o Brasil e diversos países, por ocasião da Conferência diplomática para a elaboração de Convenções internacionais destinadas a proteger as vítimas da guerra, a saber:

I) Convenção para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos dos exércitos em campanha;
II) Convenção para a melhoria da sorte dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar;
III) Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra;
IV) Convenção relativa a proteção dos civis em tempo de guerra.

⁶⁵ Por meio do Decreto n. 42.121/57.

artigo 5º § 2º da CRFB⁶⁶. Mello, que chamou a atenção para a solução do artigo 2º das Convenções de Genebra (1994, p. 234), também afirma que o direito internacional público “não se aplica mais apenas com a Guerra, mas com qualquer uso da força armada seja em conflitos internacionais e internos”. Infelizmente, como constata o autor (1994, p. 235), as constituições estatais “ainda não se adaptaram a esta orientação”. Exatamente por isso o autor sugere que “uma Constituição moderna não deve falar apenas em guerra, que é hoje um ilícito, mas ser mais abrangente a se referir a ‘conflitos armados’, ou ainda a uma fórmula mais genérica, como o ‘uso da força armada nas relações internacionais’” (1994, p. 246).

A sugestão do autor, em sendo acolhida, recomendaria uma emenda à Constituição, mas também serve de reforço interpretativo à solução que defendemos nesse trabalho, ainda que não se esqueça da tensão já referida, e aqui repetida, uma vez que as convenções de genebra, ao protegerem direitos fundamentais de pessoas atingidas pelos conflitos armados, poderiam ser consideradas como apontando em direção oposta aos estados de exceção.

De todo modo (na ausência de uma mudança constitucional) sustentamos, na primeira parte desse capítulo, a possibilidade de interpretação dos instrumentos coletivamente denominados de estado de exceção de forma ampliativa viabilizando seu uso na hipótese de ameaça de guerra. Mas isso resolve parte do problema porque esses instrumentos pressupõem um: (a) fato que permite sua instauração; (b) o ato formal de instauração ou o respectivo pedido de autorização ao Congresso, ambos de competência do PR, e (c) a autorização ou ratificação do ato pelo Congresso.

A proposta de interpretação que defendemos permite alguma flexibilidade na qualificação do fato (a “agressão”) mas os atos do PR e do Congresso continuam sendo formais e apenas a partir de sua edição é que tais instrumentos estarão em vigor. É verdade que existem distinções entre estes “instrumentos” e, em especial em relação ao estado de sitio, existe uma margem para calibrá-

⁶⁶ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

lo de forma proporcional a cada ameaça que esteja concretamente a ser enfrentada pelo país. Mas a questão é saber como se pode dar início ao processo para instauração de um destes estados se o governo sequer tem a clara noção de que já está sob ataque ou seja, sob guerra, uma guerra, por exemplo, não declarada, nas sombras, com uso pontual de combatentes não identificados, de sabotagem e de ataques cibernéticos⁶⁷.

Nesses casos a reação é difícil para as democracias, que precisam de um mínimo de transparência⁶⁸, tanto na comunicação entre PR e Congresso como entre ambos e a população. Nessa situação é provável que se desconfie se o PR não estaria exagerando a situação para atrair poderes ou para algum ganho político. E o pior é que a dúvida entre os poderes políticos – que inexistente em regimes autoritários – não deixa de ser um elemento valioso para o agressor.

Assim, as novas formas de guerra trazem riscos sérios para as democracias. O ponto foi levantado por McFate, seja quando, ainda neste ano, usou (em conferência dada na Escola Superior de Guerra⁶⁹) o conceito de guerra furtiva (“sneaky war”), seja quando usa o conceito anterior (em boa medida equivalente) de guerra nas sombras, afirmando que:

“... segredos e democracia não são compatíveis. Isso significa que a democracia ficará em desvantagem numa era de guerra nas sombras, um fato que Putin já está explorando. Democracias florescem à luz da informação e da transparência. Guerras nas sombras favorecem a escuridão das autocracias. Infelizmente algumas democracias podem ser tentadas a sacrificar seus valores em nome da vitória, um fenômeno tão antigo quanto a própria democracia. O antigo historiador grego Tucídides assistia Atenas se tornando cada vez mais despótica à medida que guerreava com sua rival, Esparta, um regime autoritário, durante a guerra o Peloponeso. Ao final da

⁶⁷ Ou, como indaga McFate (2023): “How can you mount a defense if you do not even know you are under attack?”.

⁶⁸ Como já mencionamos anteriormente convém lembrar que a dissimulação não é uma novidade da guerra atual. Em seu prólogo à obra de Frattini, Pedro Banões lembra a frase atribuída a Ésquilo, que, na antiguidade grega, teria afirmado que “na guerra, a primeira vítima é a verdade”. Banões também lembra que a manipulação e a dissimulação não acontecem apenas nas ditaduras sendo “inúmeras as democracias que recorreram à manipulação e ao acobertamento para justificar certas medidas”. Na verdade, prossegue, “é possível supor que os regimes autocráticos necessitam menos delas”, pois as autoridades não precisam escutar a população, nem convencer a oposição. (Frattini, p. 11; 15).

⁶⁹ Conferência realizada por videoconferência em 30.05.2023.

guerra, Atenas não era mais diferente de Esparta e, de todo modo, perdeu a guerra.

A democracia morre sem transparência. O ocidente pode tentar jogar luz em guerras nas sombras expondo-as, mas isso não é o suficiente. Isso não salvou a Crimeia ou os passageiros do voo 17 da Malaysia Airlines. O Ocidente necessita aprender a lutar nas guerras nas sombras sem perder sua alma, ou vai continuar a apanhar das autocracias”. (McFate 2019, p. 212, tradução nossa).

Não há uma solução fácil para esses problemas, que exigem maturidade institucional, confiança mútua entre as instituições e firme compromisso democrático, insumos que não têm estado em abundância no Brasil (e em outros países também) dos últimos tempos⁷⁰.

Podemos, no entanto, tentar a aproximação com algumas soluções jurídicas. Por exemplo, o estado de defesa decretado com base em “grave e iminente instabilidade institucional” pode ser uma alternativa para situações de guerra nas sombras, que de fato cause instabilidade institucional, sem que haja plena clareza se está efetivamente em curso e qual o responsável pelos ataques, permitindo que o problema seja enfrentado sem que seja necessário ao Brasil assumir que existe uma guerra.

Outra questão, relativa à declaração de guerra, é a de saber se a guerra deve sempre ser declarada *contra um país*. Sem dúvida essa era a concepção tradicional, quebrada pelos E.U.A por meio da declaração de “guerra ao terror” que se seguiu aos atentados do 11 de setembro. Ora, por mais polêmica que seja esta possibilidade, parece crível que um país seja atacado, por meios cibernéticos e com uso de tropas descaracterizadas de forma que se saiba que se trata de obra de um país inimigo sem que se tenha certeza suficiente para indicá-lo. Num cenário como esse parece constitucionalmente defensável uma declaração de guerra – que viabiliza a mobilização do país – mesmo que sem a identificação clara do inimigo.

⁷⁰ Em certo sentido os desafios decorrentes da necessidade de manter o estado de direito constitucional em uma situação de guerra irregular foi enfrentada pela Corte Constitucional da Colômbia, em especial durante a gestão de Álvaro Uribe, como se vê em HASSAN (2013).

5 CONCLUSÃO

A CRFB traz uma série de dispositivos que tratam da guerra, em especial aqueles que tratam dos instrumentos denominados coletivamente de estados de exceção constitucional (a própria declaração de guerra, a mobilização nacional, o estado de defesa e o estado de sítio), sem falar de dispositivos que vinculam a atuação internacional do Brasil, como a defesa da paz e da solução pacífica dos conflitos, e de outros dispositivos como aquele que prevê a instituição do imposto de guerra.

Tais dispositivos (em parte constantes de anteriores constituições brasileiras e semelhantes a dispositivos de constituições de outros países) foram pensados para um tipo de guerra – a guerra convencional –, disputada por exércitos regulares, devidamente uniformizados, que se defrontam em distintas batalhas, precedidas por uma declaração formal de guerra.

Ocorre que a guerra, em especial após a 2ª guerra mundial, passou a ser travada de maneiras bastante distintas (embora algumas características, como a de tentar iludir o adversário, sempre estivessem presentes) o que atraiu para a guerra mais de quarenta adjetivos. Ainda que seja necessário diferenciar a guerra propriamente dita (“war”) das (dezenas de) distintas maneiras de fazer a guerra (“warfare”), o fato é que a CRFB não traz instrumentos que levem em consideração as suas atuais características.

Dentre estas características destacam-se, por seu impacto no direito constitucional, a ausência de guerras declaradas, o esmaecimento da distinção – anteriormente clara – entre guerra e paz, o uso de novas “armas” – inclusive não cinéticas – e o conjunto de características da guerra associado aos adjetivos híbrida, furtiva, nas sombras ou, de forma agregada, “não convencional”.

Para enfrentar esse desafio seria interessante a alteração tópica da Constituição, tratando de alguns desses temas, deixando claro, por exemplo,

que não é necessário uma agressão armada para a declaração de guerra ou do estado de sítio.

Na ausência de uma alteração constitucional apresentamos algumas propostas de interpretação do texto constitucional que partem do pressuposto de que os instrumentos constitucionais necessários ao enfrentamento da guerra devem ser interpretados à luz do objetivo principal de levar o país à vitória sem desconsiderar a necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais.

A tensão entre o objetivo de vencer a guerra, de um lado, e a necessidade de preservar direitos fundamentais e a própria democracia não deve ser negada, mas sim assumida pelo intérprete de forma a que se chegue no resultado que consideramos lógica e juridicamente mais adequado, que é o de transitar da interpretação mais restritiva para a menos restritiva à medida que aumente o risco para o país. Concretamente isso significa que as condições para a declaração do estado de defesa e a possibilidade de restrição de direitos daí decorrentes deve ser interpretada de forma mais restritiva; a declaração de estado de sítio com base no inciso I do artigo 137 de forma menos restritiva e, por outro lado, a decretação de estado de sítio e a mobilização nacional em caso de guerra devem, pelo contrário, ser interpretadas de forma – se não exatamente ampliativa – a garantir os meios necessários (que caibam na moldura jurídica) para o resultado positivo no confronto.

Com isso, a melhor solução interpretativa, apontada pela necessidade de interpretação finalística e coerente, parece ser a de ampliar o conceito do termo *agressão* para incluir aquelas situações onde a preparação do potencial inimigo para a agressão já salta aos olhos.

Essas propostas permitem adaptar os institutos existentes (em especial o estado de sítio) à realidade atual, sem ignorar a tensão entre a necessidade de dotar o país de instrumentos jurídicos para enfrentar uma guerra e, de outro lado, a necessidade de preservar um certo grau de proteção de direitos fundamentais, condição por sua vez para a preservação da constituição e da democracia.

Por óbvio que a discussão do tema merece ser aprofundada, inclusive com o detalhamento dos desafios específicos que decorrem de cada um dos cenários possíveis segundo os distintos tipos de novas guerras. Por fim, não se pode esquecer que a discussão do tema deve ser ampliada para toda a sociedade, o que depende de um aumento da confiança nas – e entre as – instituições nacionais.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALDER, John. **Constitutional & Administrative Law**, 10th ed. London: Palgrave, 2015.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.
- BRASIL. Exército. **Manual de Fundamentos Conceito Operacional do Exército Brasileiro Operações de Convergência 2040**. Brasília, DF: MD, 2023. Disponível em: http://www.sgex.eb.mil.br/sg8/003_manuais_carater_doutrinario/03_manuais_de_fundamentos/port_n_971_eme_10fev2023.html . Acesso em: 28 mar. 2023.
- BRASIL. Ministério da Defesa. **Glossário das Forças Armadas**. 5. ed. Brasília, DF: MD, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/legislacao/emcfa/publicacoes/doutrina/md35-G-01-glossario-das-forcas-armadas-5-ed-2015-com-alteracoes.pdf/view>. Acesso em: 24 ago. 2023.
- BOBBIO, Norberto ; MATTEUCCI, Nicola ; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 3. ed. Brasília, DF: UNB, 1993.
- BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**: anotada. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. v. 1.
- CARMONA, Ronaldo Gomes (org.). **Elementos para um pensamento Brasileiro sobre a Guerra**. no prelo.
- COLLEY, Linda. **The gun, the ship and the pen. Warfare, Constitutions, and The making of the modern world**. New York: Liveright Publishing Corporation, 2021.
- COSTA, Darc. Os novos tipos de guerra. **Cadernos de Estudos Estratégicos**, n. 1, p. 17-28, 2019.
- CREVELD. Martin Van. **The art of War. War and Military Thought**. Nova Iorque: HarperCollins, 2005.
- DUHAMEL, Olivier ; MÉNY, Yves (org.). **Dictionnaire Constitutionnel**. Paris: PUF, 1992.
- THE ECONOMIST: special report. London, v. 448, n. 9354, July 8th-14th 2023.
- ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA (Brasil). **Estudos militares conjuntos**: conflito Rússia-Ucrânia, possíveis ensinamentos para o emprego conjunto das Forças Armadas. Rio de Janeiro: ESG, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/esg/pt-br>

br/centrais-de-conteudo/publicacoes/operacoes-conjuntas-artigos-doutrinarios/arquivos/idoc__conflito-rus-x-ucr-estudo-emprego-conj_monografia_24ago2022__impressao-final-atualizado.pdf. Acesso em: 28 ago 2023.

FRATTINI, Eric. **Manipulando a História**: operações de falsa bandeira: Do incêndio do Reichstag ao Golpe de Estado na Turquia. Rio de Janeiro: Valentina, 2022.

HASSAN, Viridiana Molinares. Guerra irregular y Constitución: garantismo judicial de la Corte Constitucional colombiana. **Cuest. Const.**, Ciudad de México, n. 29, p. 245-283, dic. 2013. Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932013000200008&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 8 mar. 2023.

LIANG, Qiao; XIANGSUI, Wang. **A Guerra além dos limites**. Beijing: Pla Literature and arts Publishing House, 1999.

LIZZA, Ryan. Secrets, lies, and the N.S.A. **The New Yorker**, 16 Dec. 2013.

McFATE, Sean. **The new rules of war**. New York: HarperCollins, 2019.

McFATE, Sean. Sneaky war: how to win the world without fighting. **Irregular Warfare Initiative**, 05 sept. 2023. Disponível em: <https://irregularwarfare.org/articles/sneaky-war-how-to-win-the-world-without-fighting/>. Acesso em: 5 set. 2023.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**: uma introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MORGENTHAU, Hans J. **Politics among nations The Struggle for Power and Peace**. 5. Ed. New York: Alfred A. Knopf, 1973.

ODON, Daniel Ivo. **O direito constitucional Norte-Americano em tempos de guerra e terrorismo**: insumo conceitual para o estudo do estado de exceção. Brasília, 2009. 89f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2009. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/97>. Acesso em: 8 mar. 2023.

RIDRUEJO, José A. Pastor. **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

RODOVALHO, Rafael Guimarães. O Artigo 9 da Constituição Japonesa-10.5102/uri.v0i0.321. **Universitas: Relações Internacionais**, v. 5, n. 12, 2007. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/321>. Acesso em: 8 mar. 2023.

RODRIGUES, Fernando da Silva. Guerra Híbrida: por uma discussão conceitual. **Análise Estratégica**, [Brasília, DF], v. 18, n. 4, p. 23-36, 2020. Disponível em: <http://www.ebrevistas.eb.mil.br/CEEEExAE/article/view/7012>. Acesso em: 4 set. 2023.

SCHNEIDER, Fernand. **História das doutrinas militares**. São Paulo: Difusão Editorial, 1975.

SINEK, Simon. **O jogo infinito**. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.

TZU, Sun. **A arte da Guerra**. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 1993.

UNITED STATES. White House. **National Security Strategy**. Wahington, DC: White House, 2022. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Biden-Harris-Administrations-National-Security-Strategy-10.2022.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2023.

WILSON, Richard Ashby (ed.) **Human Rights in The 'War on terror'**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.