

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 379.

(ano VII)

(25/06/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



25/06/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [O Conselho Nacional do Ministério Público decidiu que a Polícia Rodoviária Federal pode lavrar o Termo Circunstanciado](#)

ARTIGOS

25/06/2015 Ignácio Nunes Fernandes

» [El paradigma del derecho internacional humanitario: el caso del conflicto armado en Bosnia-Herzegovina](#)

25/06/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [O caso da infanta Cristina de Borbón](#)

25/06/2015 Milena Cintra

» [Marco regulatório do Terceiro Setor \(Lei 13.019/2014\): principais novidades e consequências](#)

25/06/2015 Tom Coelho

» [Corrupção padrão Fifa](#)

25/06/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários à Lei nº 13.123/2015: Anotações ao Marco Legislativo de Acesso ao Patrimônio Genético e à Proteção e o Acesso ao Conhecimento Tradicional](#)

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DECIDIU QUE A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL PODE LAVRAR O TERMO CIRCUNSTANCIADO

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

Por unanimidade (pasmem!), o plenário do Conselho Nacional do Ministério Público julgou improcedente, no dia 09 de junho de 2015, pedido de providências instaurado para discutir aparente extrapolação de competência do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ao firmar acordo de cooperação técnica com o objetivo de viabilizar a confecção de termos circunstanciados de ocorrências por policiais rodoviários federais nas rodovias estaduais.

O relator do processo, Conselheiro Walter Agra, destacou que os citados termos são válidos, conforme precedente do próprio Conselho Nacional do Ministério Público (Processo nº 1461/2013-22): “A *lavratura*

dos de termos circunstanciados de ocorrências não deve ser confundida com a investigação criminal, atividade inerente à polícia judiciária e a outras instituições, nem 'autoridade policial' há de ser compreendida estritamente como delegado de polícia. Trata-se de simples atividade administrativa.” (sic)

O Conselheiro disse, também, que todo servidor público, e aí também os policiais rodoviários federais, têm o dever funcional de atuar contra a ilegalidade e não apenas representar ou comunicar a ilegalidade, *“já que estão imbuídos do dever de preservar a segurança pública, a ordem e a incolumidade das pessoas que trafegam pelas rodovias e estradas federais.”* (atuar contra a ilegalidade é prender em flagrante delito e levar a uma Delegacia de Polícia, digo eu).

Concluiu que a lavratura dos referidos de termos circunstanciados de ocorrências está de acordo com a Lei nº 9.099/95, notadamente a oralidade, a celeridade e a simplicidade das formas e procedimentos, atendendo-se também ao princípio constitucional da eficiência. Fonte: <http://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/noticias/item/848-cnmp-considera-valida-a-confeccao-de-termos-circunstanciados-pela-prf.html>

Decisão equivocada! Lamentável. Aliás, falar em eficiência no processo penal dá alergia! (não é mesmo Professores Lenio Streck, Jacinto Coutinho, Aury Lopes Jr. e Alexandre de Moraes da Rosa?).

Como se sabe, o art. 69 da Lei nº. 9.099/95 utilizou-se da expressão “autoridade policial” como aquela com atribuições para lavrar o Termo Circunstanciado, quando se tratar de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Aquela expressão, a nosso ver, restringe-se aos Delegados da Polícia Civil e da Polícia Federal, dentro de suas atribuições específicas insculpidas nos §§ 4º. e 5º., do art. 144, CF/88.

Cezar Roberto Bitencourt, com o qual concordamos, vai mais além, afirmando ser inconstitucional a permissão da lavratura do Termo Circunstanciado pela Polícia Militar, além de consistir abuso de autoridade e usurpação de função pública.^[1]

A propósito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou inconstitucional o Decreto nº. 1.557/2003, do Estado do Paraná, que em seu art. 1º. determinava que *“nos municípios em que o Departamento de Polícia Civil não contar com servidor de carreira para o desempenho das funções de delegado de Polícia de carreira, o atendimento nas delegacias de Polícia será realizado por subtenente ou sargento da Polícia Militar”*.

Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3614 foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sob o argumento de que a Polícia Militar não teria habilitação adequada para atender em delegacias, investigando crimes ou lavrando termos circunstanciados. A ação afirmava assim a competência exclusiva da Polícia Civil para realização das atividades inerentes às delegacias, nos termos do artigo 144, caput, incisos IV e V e parágrafos 4º. e 5º. da Constituição Federal que definem claramente a competência da Polícia Civil e da Polícia Militar.

Em novembro de 2005, o relator, Ministro Gilmar Mendes concedeu liminar para suspender os efeitos do decreto. Na sessão realizada no dia 20 de setembro de 2007 trouxe seu voto a Plenário. Ao

considerar o caráter excepcional do decreto, decorrente da flagrante carência de delegados e escrivães nos municípios brasileiros, o Ministro considerou que o exercício do cargo por subtenente ou sargento da Polícia Militar configuraria uma circunstância extraordinária e temporária, pois a Polícia Civil continua sendo responsável pela atribuição de investigar, por exemplo. Tal atribuição não foi usurpada pelo decreto impugnado que não delega, mas submete atribuições da Polícia Civil à Polícia Militar. Para Gilmar Mendes, o Decreto paranaense teve como princípio a necessidade e possibilidade de tentar compatibilizar a norma constitucional à realidade. Por esse motivo, o Ministro admitiu a constitucionalidade da norma.

A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha divergiu do relator por entender que a ocorrência de “*desvio de função*” determinada pelo decreto estadual, embora determinada por circunstância específica, caracteriza uma transferência de funções específicas para pessoas que não integram o cargo de delegado de polícia. Para a Ministra, essas funções só poderiam ser realizadas por bacharéis em direito e, caso o Supremo Tribunal Federal permitisse isso, poderia gerar uma situação de “*legitimação*” do desvio de função, algo inaceitável no sistema administrativo. Também o Ministro Cezar Peluso divergiu do relator advertindo que “*antes da lavratura do termo circunstanciado [constante do artigo 5º do decreto] o delegado tem que fazer um juízo jurídico de avaliação dos fatos que são expostos*”. Sendo uma atividade inerente a delegados habilitados para as funções de polícia judiciária, a Polícia Militar não teria habilitação adequada para essas funções, o que comprometeria todo o processo jurídico decorrente dessas funções.

A divergência iniciada pela Ministra Cármen Lúcia foi acompanhada pelos demais integrantes do Plenário, com a declaração da inconstitucionalidade do Decreto nº.1557, em sua totalidade.

Mutatis mutandis, a mesma mácula inconstitucional ocorre com a possibilidade de lavratura do Termo Circunstanciado pela Polícia Rodoviária Federal, cuja atribuição é a de patrulhar ostensivamente as rodovias federais (e não de investigar infrações penais), nos termos do art. 144, parágrafo segundo da Constituição Federal, não tendo ela qualquer atribuição investigatória criminal. E a lavratura de um Termo Circunstanciado, tal como a de um Inquérito Policial, é atividade estritamente de natureza investigatória criminal.

Nada obstante, alguns Ministérios Públicos Estaduais, como o da Bahia, por exemplo, assinaram convênios que permitem autonomia à Polícia Rodoviária Federal em lavrar ocorrências de infrações penais de menor potencial ofensivo, sem precisar encaminhar o infrator até a Polícia Civil ou à Polícia Federal.

Trata-se de evidente inconstitucionalidade, pois as atribuições da Polícia Rodoviária Federal estão taxativamente previstas no art. 144, II, c/c parágrafo segundo da Constituição Federal.

Concluindo: Termo Circunstanciado lavrado por um policial rodoviário federal é um procedimento inexistente juridicamente (pois produzido em flagrante inconstitucionalidade), não se prestando para dar justa causa ao Ministério Público, seja para propor a transação penal, seja para oferecer a peça acusatória.

NOTAS:

[1] Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3^a. ed., 1997, p. 58.

EL PARADIGMA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: EL CASO DEL CONFLICTO ARMADO EN BOSNIA-HERZEGOVINA

IGNÁCIO NUNES FERNANDES: Mestre em Derecho Penal del MERCOSUR com orientação em Derechos Humanos y Sistemas Penales Internacionales pela Universidade de Buenos Aires (UBA); mestrando em Direito e Justiça Social pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande (FURG); bacharel em direito pela Universidade Católica de Pelotas; advogado.

Resumen: el presente ensayo busca entender desde el conflicto armado interno en la región balcánica, la presencia de la comunidad internacional en la limitación de la guerra. Comprender la idea de guerra, conflicto armado con el objetivo de imponer limitaciones. Para eso se buscó entender los motivos de tal conflicto y de la misma forma como el derecho hizo su intervención juzgando la ex Yugoslavia, el segundo tribunal *ad hoc* de nuestra historia. Buscamos establecer la dicotomía entre la protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, al paso que el segundo delimita como proceder en relación a conflictos, pareciendo dar legitimidad a las guerras.

Palabra-clave: conflictos armados; derecho internacional humanitario; tribunal penal internacional; tribunales *ad hoc*; derechos humanos.

SUMARIO: 1. *Introducción*; 2. *Evolución histórica de la región balcánica*; 3. *La consolidación del Reino Serbio: Yugoslavia*; 3.1. *Los procesos de nacionalización*; 4. *Bosnia Herzegovina: la resistencia*; 5. *Lo*

concepto de conflicto armado; 6. El paradigma de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario frente a los conflictos armados; 7. Intervención de la ONU en los conflictos armados; 8. Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia: ad hoc; 9. Conclusiones; 10. Bibliografía.

1. Introducción

En esta investigación muy sencilla y breve buscamos entender los motivos que desarrollaran el conflicto armado en Bosnia-Herzegovina, desde de los antecedentes históricos de invasión de otros pueblos, y la mezcla de etnias y culturas que en muchos sentidos torna un país aún más rico, pero para otros corrompe la imagen del mismo trayendo revuelta contra los “invasores”.

Sin embargo para comprender lo presente hay que estudiar el pasado, con la análisis de las invasiones que hubo en la región hace muchos años, la Primera y Segunda Guerra Mundial, el apoyo de ciertas potencias combatientes para consolidar una república que tenía muchas disidencias. Lo contexto histórico se desarrolló para crear aún más conflictos do que propiamente una paz entre los pueblos de la región balcánica.

La consolidación de Reino Serbio fue una utopía, no se pasó muchos años para que los primeros Estados que componían la República Federal de Yugoslavia, buscasen su independencia, es decir, volver a lo que tenían, su autonomía como Estado. Empiezan los primeros procesos de nacionalización, y con ellos los conflictos que se hacía en las calles.

Los masacres fueron inevitables, “la limpieza étnica” realmente se hizo, se mataba niños, mujeres, ancianos, por lo motivo más torpe que hay, solamente por pertenecer a tal etnia.

Por supuesto tal conflicto, tuvo la atención de la comunidad internacional que empezó la intervención buscando la paz en la región, las tentativas fueron muchas hasta la amenaza de imponer la fuerza por parte de las Naciones Unidas.

Sin embargo la ONU encaminó tropas de mantenimiento de la paz, para asegurar la protección a las víctimas y para hacer respetar el derecho internacional humanitario. Todavía hay que considerar los mecanismos actuales de restricción a los conflictos armados, tanto internacional como no internacional, bien como la aplicabilidad independiente de la voluntad de los Estados combatientes.

Es decir, si no tuviera tales mecanismos creados después de la Segunda Guerra Mundial, para imponer restricciones, los Convenios de Ginebra, el derecho de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, quizás nuestros ojos verían un masacre parecido al que el mundo ya fue testigo y víctima.

Hay que considerar que tales medidas que no permiten un total poder por parte de los Estados a ciertas garantías que son aseguradas a las personas es un avance de la sociedad internacional, no hay excusa para matar su pueblo, no hay que considerar volver a los Estados de excepción, el derecho de los derechos humanos puede y debe asegurar las mismas garantías y derechos fundamentales que nuestras constituciones, pero ningún gobernante puede nos sacar los derechos

humanos, la constitución sí. Pasa lo mismo con la aplicabilidad de las medidas de derecho internacional humanitario cuando prevé actuación directa frente a situaciones de conflicto armado entre Estados, o interno, porque prevé también la intervención de conflictos armados no internacionales.

Son herramientas que la comunidad internacional ha conquistado, es un gran logro para la comunidad internacional que tiene una protección más allá de sus fronteras. Son mecanismos buenos pero es preciso más; efectividad, unión entre los sistemas como por ejemplo lo que planteamos sobre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Es decir, hay conflicto entre normas, algo que debe ser aclarado, porque son mecanismos que están relacionados a la vida de personas, no se puede tener dudas en relación a la aplicabilidad de esos mecanismos. Precisamos más, asegurar, garantizar, no solamente en la esfera de los conflictos armados, pero en ciertos casos como hoy se cuestiona la relación del terrorista en ámbito de Derecho Internacional, bien como se es posible la aplicación del derecho internacional humanitario frente a cierta novedad de delitos o delincuente.

2. Evolución histórica de la región balcánica

Estableceremos como marco histórico de nuestra investigación, la invasión turca en el territorio de Serbia. Sin embargo el problema es aún más antiguo porque los propios turcos ya decían que la región está marcada en su historia. La invasión turca fue un paso para una mezcla de cultura y religión en la región haciendo que serbios sean convertidos al

islamismo, estamos hablando en siglo XVII aproximadamente. La Serbia y Montenegro conseguirán se rebelar contra los turcos con éxito solamente en las últimas décadas del siglo XIX[1].

¿Pero y la población? Son siglos, generaciones conociendo la cultura turca, hijos de turco que nacieron en territorio serbio, no hay como negar eso, son hijos del país, pero para los que luchaban para traer de vuelta la antigua serbia esos individuos eran como extraños, invasores de su territorio.

3. La consolidación del Reino Serbio: Yugoslavia

Con el advenio de la Primera Guerra Mundial los serbios se aliaron a los vencederos y con apoyo internacional se constituía el reino de los serbios y croatas que posteriormente en 1929 recibiera el nombre de Yugoslavia[2]. Posteriormente con la Segunda Guerra Mundial Yugoslavia fue invadida por Alemania y Italia, apoyada por buena parte de los croatas y bosnios. Sin embargo con lo fin del combate Yugoslavia ya tenía su consolidación política con las bases de socialismo, gobernada por lo general Tito.

La Yugoslavia se mantuvo unida y consolidada hasta la muerte de Tito en 1980. Con su muerte Slobodan Molosevic, líder comunista empezó mantener la unión de Yugoslavia, pero los movimientos separatistas que comenzaban en la región tenían más fuerza. De la tensión entre el nacionalismo y los movimientos separatistas, empezaran los primeros conflictos.

3.1. Los procesos de nacionalización

Según Kirsten Young, “the break-up of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia began in June 1991 when Slovenia proclaimed independence, followed by a similar declaration by Croatia”.^[3] Los procesos de nacionalización tuvieron el reconocimiento por parte de la ONU, el movimiento tenía apoyo internacional. Los conflictos armados fueron inevitables durante la tentativa de separación, lo único Estado que tuvo una separación sin violencia fue Eslovenia^[4].

Según Rainer Souza, “nos primeiros anos de conflito, os sérvios conseguiram diversas vitórias que foram aproveitadas para realizar uma limpeza étnica que promoveu o assassinato de milhares de civis”.^[5]

Frente al conflicto la OTAN realizó algunos bombardeos en la región frente a las tropas serbias en Bosnia, y la ONU encaminó tropas humanitarias para intervenir en el conflicto. Sin embargo como ya sabemos todo el apoyo internacional en el conflicto es en relación a los que buscaban la independencia.

4. Bosnia Herzegovina: la resistencia

La resistencia empezó en 1992 y se mantuvo hasta 1995, como ya decimos el movimiento de nacionalización de Bosnia-Herzegovina, tuvo precedente para abusos contra civiles, los problemas étnicos y religiosos fue el motivo que llevó el conflicto al exterminio de personas, la “limpieza étnica”. La mezcla étnica fue un punto relevante para que el conflicto tuviera tal naturaleza, como bien nos esclarece Federico Gambini “la Bosnia-Herzegovina si segnalava per la compresenza di tre etnie principali (Serbi, Croati e Musulmani).^[6] Lo mismo autor aclara un punto interesante, por supuesto el conflicto en Yugoslavia empezó

mucho por las diferencias culturales y étnicas, fueron los problemas mayores, Gambini describi Bosnia-Herzegovina como “uno escenario del genere consentiva di descrivere la Bosnia-Herzegovina come una ‘Jugoslavia in miniatura’”.^[7]

Sobre el conflicto Samuel Tanner tiene una perspectiva muy interesante al respecto, sostiene en primer lugar que en lo caso de Bosnia-Herzegovina tuvo “crímenes masivos y violencia masiva”^[8]. Por lo tanto toma la perspectiva de que los crímenes masivos como por ejemplo, el genocidio esté tipificado en la Convención de las Naciones Unidas para le prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948^[9]. Un delito de genocidio es una conducta o un conjunto de prácticas sociales que importa tipificar comprender e prevenir como afirma lo propio autor, pero en cambio hace la comparación con algo que está más allá de solamente crímenes que es la violencia masiva.

Tanner explica que la violencia masiva:

incluye las diferentes prácticas sociales agresivas perpetradas por un grupo o entidad contra una población civil. El grupo de perpetradores puede consistir en milicias, matones armados, un ejército o incluso un Estado entero. La naturaleza masiva de estas prácticas sociales depende de varios criterios. En primer lugar, implican la existencia de grupos en ambos lados, perpetrados y víctimas. En segundo lugar, ocurren de manera extensa: por ejemplo, la limpieza étnica en Bosnia-Herzegovina fue perpetrada por una compleja red

de soldados, milicianos, grupos armados y protagonistas políticos. Y en tercer lugar, las prácticas sociales que caracterizan la violencia masiva se desarrollan durante un largo periodo: la limpieza étnica de Bosnia-Herzegovina duró tres años. Las matanzas, las violaciones, las deportaciones, el terror, la detención en campos de concentración y el exterminio conforman las principales características de la violencia masiva.[\[10\]](#)

Sin duda alguna cualquier delito tiene su característica cruel como el propio genocidio tiene, pero el concepto de una violencia masiva como la descrita nos lleva aún más allá la capacidad del hombre, porque como se entiende nos es solamente delitos, hay toda una organización, los delitos hacen parte del conjunto general que es la violencia masiva.

Acerca de la naturaleza del conflicto también hubo discusiones para hacer la debida intervención, que existía un conflicto armado no se tenía duda alguna pero, ¿y el conflicto era internacional o no internacional? Porque todavía sabemos que Bosnia-Herzegovina hacia parte de la República de Yugoslavia, entonces un conflicto generado dentro de lo “territorio” de Yugoslavia podría considerarse no internacional. Lo que pasa es que Bosnia-Herzegovina fue reconocido como un Estado, su movimiento de nacionalización tiene apoyo y reconocimiento legislativo[\[11\]](#), haciendo que la naturaleza del conflicto sea de carácter internacional o no de carácter no internacional[\[12\]](#).

Por tener el carácter internacional, las intervenciones internacionales de OTAN, la intervención de las Naciones Unidas encaminando tropas humanitarias para intervenir e poner un fin al conflicto fue muy intensa por parte de la comunidad internacional. Como afirma Pierre Krähenbühl:

en Bosnia-Herzegovina, el despliegue de la OTAN fue el resultado de un acuerdo negociado, firmado en Dayton y París por las partes de ex beligerantes y confirmado por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Independientemente de que las respectivas autoridades en Bosnia-Herzegovina estuvieran o no satisfechas con todas las disposiciones del acuerdo, se habrían comprometido a ponerlas en práctica.^[13]

Así se termina el conflicto, bajo una intervención internacional, un acuerdo que se firma en otros lugares, “lugares neutros”, el conflicto directo se terminó de hecho, lo objetivo de separación fue alcanzado. Sin embargo se queda una duda ¿de hecho se terminó el conflicto, o aún existe una diferencia entre los bosnios y los serbios?

5. Lo concepto de conflicto armado

La definición de un conflicto armado analizando solamente lo contexto de las palabras es sencillo, pero el problema se encuentra cuando debemos entender la situación de hostilidad entre dos grupos y saber cuál denominación aplicar para tal conflicto. Entender también la naturaleza del conflicto, hasta qué punto dos partes están en un

conflicto de ideas y cuando están en conflicto directo armado. Todavía la expresión “armado” también puede surgir para tornar tal comprensión difícil, que tipo de arma se considera en situación de conflicto armado, piedras y palos, armas de fuego, biológicas o químicas, bien como las nucleares, en situaciones particulares todas son armas. No se puede olvidar que con palos se hizo un genocidio de gran magnitud en Ruanda. Otro punto a ser analizado son los grupos, sacando la cuestión de las armas e mirando solamente los grupos, ¿hasta qué punto tal grupo en conflicto con otro grupo se encuadra en la denominación de un conflicto armado? Una pelea entre dos equipos en una cancha de fútbol no es un conflicto armado, menos aún las torcidas de las respectivas equipos, todavía las torcidas pueden obtener palos y piedras, empezar un conflicto con muchos heridos e muertos, pero aún sí, no es un conflicto armado.

Determinar quién son los sujetos de un conflicto armado, determinar la situación del conflicto, la naturaleza del mismo, eso todo se lleva a cabo para que se tenga la idea de que tal hostilidad es de hecho un conflicto armado, y aún más, superada la situación e teniendo la certeza de que tal situación es un conflicto armado identificar se éste es internacional o no internacional. Para Silvia Perazzo “la mayoría de los conflictos contemporáneos se caracterizan por ser conflictos *intraestatales* que han estallado por una multiplicidad de causas diferentes”.^[14] Y aún sostiene que:

en muchos de ellos, el Estado se enfrentó a su efectiva o virtual desintegración, lo que significó la

desaparición del imperio de la ley, la irrupción de poderes locales, la fragmentación política y la aparición de nuevos estados.^[15]

Entonces cuando definimos que tal hostilidad entre dos grupos es un conflicto armado, internacional o no internacional, ¿intervenir?

Como nos explica Pinto:

un conflicto armado es la circunstancia objetiva que permite la aplicación concreta del derecho internacional humanitario. Esto es que dada la existencia de un conflicto armado existe un deber internacional de aplicar las normas del derecho internacional humanitario, a título de normas convencionales o consuetudinarias^[16].

Este quizás sea la solución para algunos y un gran problema para otros, la intervención internacional en un conflicto armado. En situaciones como Ruanda se solicitó una intervención para, juzgar tales delitos, por otro lado en lo caso de ex Yugoslavia no se tenía intención alguna de intervención internacional por parte de Yugoslavia.

Acerca de la denominación, traer el concepto de un conflicto armado en ámbito de derecho internacional, nos enseña Jelena Pejic que:

el objeto del derecho internacional humanitario es reglamentar los conflictos armados, sean internacionales o no internacionales. Los conflictos internacionales son guerras en que intervienen dos o varios Estados, independientemente de que se haya efectuado una

declaración de guerra o de que las partes reconozcan el estado de guerra. Los conflictos armados sin carácter internacional son aquellos en que las fuerzas gubernamentales luchan contra insurrectos armados o en que grupos armados combaten entre sí.[\[17\]](#)

Conflictos armados de naturaleza internacional o no internacional son reglamentados por el derecho internacional humanitario, que tiene por función regular, las relaciones de conflicto, establecer límites entre los combatientes, una protección para ambos los lados, y especialmente para los civiles, para los no combatientes.

6. El paradigma de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario frente a los conflictos armados

Como ya decimos el objeto del derecho internacional humanitario son los conflictos armados, tanto los internacionales como no internacionales. ¿Pero cómo establecer límites frente a un conflicto armado, en una situación de guerra, cómo hacer respetar el derecho internacional humanitario? ¿Los derechos humanos no hacen lo mismo, o los derechos humanos no actúan en situación de guerra?

Sin embargo es una situación compleja, la doctrina aún hoy discute el tema, por ejemplo los derechos humanos están en toda parte, actúan siempre, mientras que el derecho internacional humanitario no actúa siempre, puede ser objeto de investigación diaria, pero no de actuación práctica.

El derecho internacional humanitario se aplica en conflictos armados y los “derechos humanos se aplica en todo tiempo, aunque

determinados tratados relativos a los derechos humanos permiten algunas suspensiones en caso de “estado de emergencia”^[18]. Podríamos decir que derecho internacional humanitario es un poco de derechos humanos, pero derechos humanos no es derecho internacional humanitario. Es posible partiendo de la premisa de que derecho internacional humanitario actúa para garantizar ciertos derechos que asegura los derechos humanos, pero de una forma más directa, lo hecho de los derechos humanos tener un campo muy amplio deja claro la distinción del derecho internacional humanitario, como afirma Cordula Droege “hoy no cabe dudas que el derecho de los derechos humanos complementa el derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado”.^[19]

Según Noam Lubell:

en general, parece que las obligaciones que impone el derecho de los derechos humanos pueden extenderse extraterritorialmente y ser pertinentes en caso de conflicto armado internacional, pero aún no está claro hasta dónde puede llegar el alcance de esa extensión.^[20]

La complementación es en situaciones como por ejemplo, para asegurar ciertas garantías procesales o de integridad física, pero por otro lado el derecho internacional humanitario prevé y legitima conductas reprochables por el derecho de los derechos humanos, todavía hay una excusa justificable, uno busca solamente una situación de armonía entre personas, el otro busca regular situaciones de guerra, imponer límites a los combatientes, por lo propio motivo a veces asegura el uso

de la fuerza. Se sabe que el Derecho internacional humanitario aplica-se con bases del derecho internacional consuetudinario y como ya decimos los derechos humanos, las bases de desarrollo del derecho internacional humanitario en busca de establecer los límites en los conflictos armados se basa como nos enseña Doswald-Beck y Sylvain Vité en “el Código de Lieber de 1863, dado que este código se usó como base principal para elaborar los Convenios de La Haya de 1899 y 1907”.[\[21\]](#) Aún sostienen el artículo 67 del Código Lieber que disponía que:

el derecho de gentes permite que cada Gobierno sobreaño haga la guerra contra otro Estado soberano, y, por lo tanto, no admite normas o leyes diferentes de las de la guerra regular, por lo que respecta al trato de los prisioneros de guerra, aunque éstos pertenezcan al ejército de un gobierno que el captor pueda considerar un agresor cruel e injusto.[\[22\]](#)

Complementa sosteniendo lo que hoy es un principio del derecho internacional humanitario que “la ley se basaba, pues, en lo que se juzgaba necesario para vencer al enemigo y prohibía lo que se consideraba una crueldad innecesaria.”[\[23\]](#)

Al tener una primera análisis de una regulación que legitima ciertos actos de agresión de un Estado frente a otro, no parece cualquier cosa, menos hablar en derecho, pero quizás teniendo la conciencia de que los Estados iban a seguir peleando llegaran a la siguiente conclusión , como no tenemos fuerza para impedir la guerra, al menos vamos regular, imponer límites. Como aún exponen Beck y Vité:

la necesidad militar, tal como la entienden las naciones modernas y civilizadas, consiste en la necesidad de tomar las medidas indispensables para garantizar el final de la guerra, y que son legítimas de conformidad con el moderno derecho y los usos de la guerra. (art.14)

Sin embargo de nadie sirve leyes que no tengan aplicabilidad, por eso el derecho internacional humanitario goza de otra característica que el derecho de los derechos humanos no tiene que es el uso de la fuerza en operaciones de paz, por supuesto como afirma Vité “... la aplicabilidad del derecho internacional humanitario no estaría sujeta a la voluntad de los gobiernos”.[\[24\]](#)

Los planteos en relación a la aplicabilidad del derecho internacional humanitario en los conflictos armados es amplia, quizás no tan amplia cuanto el paradigma de la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos juntamente con el derecho internacional humanitario, ¿hasta qué punto se complementan? Como sostiene Christophe Swinarski:

el Derecho Internacional Humanitario es un derecho de excepción, de emergencia que tiene que intervenir en caso de ruptura del orden internacional (y también interno en el caso de conflicto no internacional), mientras los Derechos Humanos- aunque algunos de ellos permanezcan irrefragables en cualquier circunstancia- se aplican, sobre todo, en tiempo de paz.[\[25\]](#)

O en la realidad lo que hay es solamente conflicto de normas, en general la discusión está lejos de terminar, lo bueno es que los doctrinadores buscan encontrar una armonía entre los dos ordenamientos, para que su aplicabilidad sea cada vez más eficaz frente a situaciones de hostilidad.

7. Intervención de la ONU en los conflictos armados

Punto ese que también genera mucha discusión por lo hecho de una fuerza ajena del conflicto interviene con el intuito de obtener la paz, según lo que ya fue dicho, el derecho internacional humanitario legitima medios para poner un fin al conflicto, pero se una fuerza de paz lo hace, ¿esa fuerza no es un sujeto del conflicto? Las Naciones Unidas cuando envía tropas para neutralizar un conflicto armado, no está haciendo otra cosa que perseguir un objetivo que el derecho internacional humanitario reconoce para cualquier de las partes del conflicto, el fin de la guerra. Como bien nos plantea Marta Vigevano “¿la Organización de las Naciones Unidas puede ser considerada parte beligerante en un conflicto armado interno o internacional?[\[26\]](#) Porque el uso de la fuerza por parte de un órgano internacional es una situación compleja, desde qué punto las fuerzas de paz, mantienen la seguridad de otras organizaciones internacionales, de atendimento a las víctimas como por ejemplo la Cruz Roja. Sin embargo en tal situación no están haciendo otra cosa que la seguridad de tal organización y de heridos de guerra, enfermos, pero la situación se torna compleja cuando como expone Vigevano:

la cuestión se plantea, por imperio de las circunstancias, frente a la necesidad de transformar el

mandato de aquellas fuerzas que se inician siendo operaciones de mantenimiento de la paz y devienen en operaciones de imposición de la paz que hacen uso de la fuerza armada ya no para su legítima defensa, sino con el objetivo de neutralizar grupos armados organizados y de imponer el orden y el derecho.^[27]

En la realidad el caso acerca de la legitimidad de las Naciones Unidas encaminar tropas para mantener o imponer la paz en determinado territorio es un tema pacífico, no hay dudas de que la conducta es legal, lo que pasa es la determinación de cada situación, porque “mantenimiento de la paz” es una cosa completamente diferente que “imponer la paz”. Como nos enseña Vigevano: “no caben dudas de que si las fuerzas de la ONU al participar de un conflicto hacen uso de la fuerza deben respetar como mínimo las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario.”^[28] Por lo tanto concluye que “... al no intervenir en el conflicto estarían excluidas de su aplicación, pero si las fuerzas tienen una misión de combate deben estar sujetas a las normas que se aplican a los conflictos armados”.^[29]

8. Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia

Tribunales *ad hoc* es decir, creados específicamente para juzgar determinados delitos, con jurisdicción y elementos normativos propios y adecuados, es decir creados después de ocurridos tales delitos. Como sostiene Pignatelli y Meca:

“Tribunales ad hoc (finalidades exclusiva, propósito exclusivo), creados o constituidos únicamente para el

conocimiento de hechos expresamente especificados, acaecidos en o con ocasión de un concreto conflicto, en un ámbito espacial determinado y durante un establecido período de tiempo.[\[30\]](#)

Según Pignatelli y Meca:

la disolución de la estructura estatal unitaria de la República Socialista Federativa de Yugoslavia a lo largo de 1991y 1992 desembocó en un conjunto de conflictos, en algunos de los cuales, como en el que ha tenido por escenario el territorio de la República de Bosnia-Herzegovina, a un conflicto interno se superpuso un conflicto internacional.[\[31\]](#)

Lo Tribunal para juzgar delitos en la ex Yugoslavia crea un marco entre Tribunales que aplican normas de Derecho Internacional Humanitario, que están más cerca de un verdadero juicio internacional y los antiguos tribunales de Núremberg y Tokio, que comprobaran la falta de atención con cualquier garantía.

Para la creación de lo Tribunal se hizo un análisis para apurar los crímenes ocurridos en Yugoslavia. Meca sostuvo que: “el Consejo de Seguridad pidió al Secretario General que se estableciese una Comisión de Expertos imparcial que habría de encargarse de examinar y analizar la información existente en relación con las violaciones generalizadas del DIH dentro del territorio de la ex Yugoslavia”[\[32\]](#).

Sin embargo después de hecho lo informe sobre lo que ocurrió en territorio yugoslavo se llegó a la conclusión de que realmente habían

ocurrido varios delitos como “asesinatos, matanzas en masa, torturas, violaciones, saqueo y destrucción de bienes civiles, destrucciones de bienes culturales y religiosos y detenciones arbitrarias.”^[33] La conclusión, un Tribunal para juzgar todos os delitos apurados por la comisión.

Los delitos son los más diversos, los responsables son muchos, pero en primer lugar el Tribunal trató de identificar la naturaleza de tal conflicto, según Hernan Salinas Burgos:

... el Tribunal llegó a la conclusión que de conformidad al Derecho Internacional, el conflicto armado debía ser considerado como de carácter internacional, si se acreditaba que los Bosnios Serbios eran una “organización militar” sujeta a un “control general” de la República Federal de Yugoslavia”.^[34]

Pero todavía la comprobación de cuando el conflicto era interno y cuando era de carácter internacional fue un problema que el Tribunal tuvo que resolver. Lo problema es cuando los hechos sucedieran la situación del conflicto era internacional, o no internacional. Sin embargo en cualquier situación de conflicto es aplicable el derecho internacional humanitario.

Sobre la responsabilidad del superior en delitos internacionales, Ambos plantea que:

en el caso ‘Delalic et al’(...) el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia caracterizó los

requerimientos de la doctrina de la responsabilidad del superior de la siguiente manera:

- a) La existencia de una relación entre superior y subordinado.
- b) El conocimiento del superior, o que el superior tenga razones para conocer que el acto iba a ser cometido o se había cometido.
- c) Falta del superior al no adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir los actos criminales o castigar consecuentemente a quienes los perpetraron[35].

Sin embargo los conceptos de la responsabilidad del superior fueron prerrogativas importantes para juzgar los responsables que actuaran de forma negligente. En general lo caso ya citado, los casos de *Campo de Omarska*, y *Campo de Keraterm*. En ambos os casos fue reconocida la responsabilidad del superior.

En lo caso Delalic según Ambos fue reconocido que “los individuos en posición de autoridad (...) pueden incurrir en responsabilidad penal (...) sobre las bases de su propio hecho de *facto* así como de *jure* por su posición de superiores”. [36] En ese caso Ambos sostiene aún que “la responsabilidad puede se extiende a civiles (...) pero ‘solamente se extiende a aquellos que ejercitan un grado de control sobre sus subordinados similar al de los comandantes militares’”. [37]

En general el principio de la responsabilidad del superior es aplicado directamente, pero según Pignatelli y Meca lo principio se contempla aún en:

artículo 86.2 del Protocolo Adicional I de 1977, del artículo 87.3 del aludido Protocolo Adicional I de 1977, a cuyo tenor *las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria penal contra los autores de las violaciones.*[\[38\]](#)

La naturaleza del conflicto, internacional o no internacional, la responsabilidad de los superiores son solamente algunos puntos pequeños en relación a todo juicio, lo peor en relación a apuración de justicia frente a lo sucedido en los territorios de ex Yugoslavia, Bosnia-Herzegovina es la matanza de civiles, un conflicto étnico, un exterminio de personas por un hecho de los más inocentes que una persona puede tener, su nacionalidad, lo simples hecho de pertenecer a tal nacionalidad era lo motivo para matar en los conflictos ocurridos en Yugoslavia y Bosnia-Herzegovina. Creo que más allá de cualquier cuestión jurídica de la naturaleza del conflicto, lo más importante es apurar la verdad, juzgar y condenar tales actos que aún atormentan mucho toda la comunidad internacional por sus características.

9. Conclusiones

Los conflictos ocurridos en Yugoslavia en general, no solamente las cuestiones analizadas en particular como fue el objetivo de nuestra investigación en relación a Bosnia-Herzegovina, los estudios expuestos aquí en general no cambian mucho de los demás. Al estudiar la naturaleza de los conflictos armados en estas regiones vemos que existían problemas entre pueblos, disidencias religiosas, pero lo peor, intereses políticos, esos que olvidan cualquier relación con la gente que vivía en esta región, o en cualquier otra región. Es cierto que no se puede cambiar la sociedad con ideas, es de la naturaleza del hombre la destrucción de su semejante por cualquier amenaza o solamente algún interés particular.

Sin embargo, sabemos cómo piensa el hombre, tanto que teniendo en cuenta que las guerras no terminarían, al fin de la Segunda Guerra Mundial se buscó formas de regular los conflictos. Hay que proteger la gente contra dictadores, contra perseguidores de personas que buscan la exterminación por una “pureza étnica”. Eso no es más admisible en nuestros tiempos. Tenemos los mecanismos de restricción contra personas y gobiernos, no restricción contra la guerra, porque normalmente esa cuando existe viene acompañada de ciertos intereses ocultos que no vimos, pero sabemos, lo simple hecho es no imponer mecanismos para exterminar con la concepción de conflicto armado.

Entonces ya que nuestra capacidad no permite a nosotros ir más allá de la guerra y buscar la solución de una forma pacífica, trabajemos con las herramientas que tenemos para procurar garantizar lo

máximo de protección posible a la gente que no tiene nadie con guerra alguna, siempre los más afectados, la población civil. Cuando nace una guerra, la gente no tiene lo que hacer, algunos apoyan la idea y luchan, pero los que no luchan a veces son asesinados por sus propios compañeros acusados de traición, otros mueren, de hambre, asesinadas, mutiladas, torturadas, el ideal de la guerra se pierda siempre en manos de fanáticos que hacen las peores cosas que nuestra mente pueda imaginar.

Lo que debemos hacer es buscar todos los mecanismos que disponemos para mantener tal conflicto armado, tal guerra lo más humano posible, parece una contradicción, una paradoja decir “una guerra humana”, pero es así. El propio derecho internacional humanitario regula que un Estado puede disponer de recursos contra otro Estado en conflicto, pero siempre con el objetivo de terminar la guerra.

El nacimiento de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario marca sin duda una nueva concepción de los conflictos armados. Pero todavía aún existe ciertos conflictos internos, pero conflictos pacíficos, solamente entre normas, aplicabilidad de los mecanismos en conjunto e de forma autónoma. Los Tribunales cuando juzgan delitos cometidos en los conflictos se deparan con problemas entre normas que a veces pueden poner en riesgo la integridad del juicio con el fin de obtener la justicia.

Hoy todos los Estados deben una cierta satisfacción a la comunidad internacional, no se puede desconsiderar la existencia de

Derecho Internacional, es una realidad cada vez más presente en nuestras naciones pero, el propio Derecho Internacional en sus vertientes precisa desarrollar mecanismos con una operatividad más fuerte, imponer más sus reglas y buscar en otros mecanismos de derecho interno una armonía para una efectividad plena y inmediata en los conflictos armados.

Hay avanza, pero es preciso aclarar las cuestiones para que tales herramientas no tengan ningún tipo de conflicto, para que su actuación sea perfecta o casi perfecta, porque cuanto más cerca de la perfección menos víctimas vamos tener.

10. Bibliografía

AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Editora AD-HOC, 2ª Ed.

_____, Kai. *La Corte Penal Internacional*. Colección: autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo A. Donna. Ed. Rubinzal-Culzoni. 1º Ed. Santa Fé, 2007

BECK, Louise Doswald; VITÉ, Sylvain. *Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos*, Revista Internacional de la Cruz Roja, N°. 116, marzo-abril de 1993, pp. 99-126.

BURGOS, Hernan Salinas. *El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la protección de las víctimas de los conflictos armados internos internacionalizados*, Revista jurídica de Buenos Aires, 1999-200, la ley.

DROEGE, Cordula. *¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, Revista Internacional de la Cruz Roja, septiembre de 2008, N° 871.

GAMBINI, Federico. *Una (forse storica) sentenza della corte costituzionale della Bosnia-Herzegovina*, Quaderni Costituzionale, 2/2001, Revista de Diritto Costituzionale, anno XXI, N°. 2, agosto, 2001.

HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Vol. I: Normas*, contribución de Carolin Alvermann, Knut Dörmann y Baptite Rolle, traducido por Margarita Serrano García, Comité Internacional de la Cruz Roja.

KRÄHENBÜHL, Pierre. *Conflicto en los Balcanes: tragedias humanas y retos para la acción humanitaria independiente*. Revista Internacional de la Cruz Roja, N°. 837, 200, pp. 11-28

LUBELL, Noam. *Los problemas de aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 2005, N°. 860.

PEJIC, Jelena, Revista Internacional de la Cruz Roja, N°. 841, 2001, pp. 183-194.

PERAZZO, Silvia. *Conflictos armados contemporáneos, una aproximación a su comprensión*, Revista Ágora Internacional, año 2, N°. 4, 2007, director, Luis Leandro Schenoni.

PIGNATELLI Y MECA, Fernando. *Los asuntos de Yugoslavia y Ruanda*. Ponencia presentada en el XII seminario Duque Ahumada, organizado por la Universidad de educación a distancia y la academia de oficiales de la guarda civil, Madrid, 10 y 11 de mayo de 2000.

PINTO, Mónica. *La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia*, Revista Lecciones y Ensayos, N° 78, 2003.

SOUSA, Rainer. *Século XX- Guerras. Brasil Escola*.
<http://www.guerras.brasilecola.com/seculo-xx/guerra-bosnia.htm>.

SWINARSKI, Christophe. *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos San José, Costa Rica- Comité Internacional de la Cruz Roja, 2ª edición, 1991.

TANNER, Samuel. *Crimines masivos en ex Yugoslavia: ¿participación, sanción y prevención?*, Revista Internacional de la Cruz Roja, junio de 2008, N°. 870.

www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=237.

VIGEVANO, Marta. *El uso de la fuerza por las operaciones de paz de las Naciones Unidas en el marco del derecho internacional humanitario*, Revista Jurídica de Buenos Aires, 2002-2003.

VITÉ, Sylvain. *Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales*. Revista Internacional de la Cruz Roja, marzo de 2009, N°. 873.

YOUNG, Kirsten. *UNHCR and ICRC in the former Yugoslavia: Bosnia-Herzegovina*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 2001, Vol. 83, N° 843.

Notas:

[1] www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=237.

[2] Idem.

[3] YOUNG, Kirsten. *UNHCR and ICRC in the former Yugoslavia: Bosnia-Herzegovina*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 2001, Vol. 83, N° 843.

[4]YOUNG, Kirsten. *UNHCR and ICRC in the former Yugoslavia: Bosnia-Herzegovina*, Revista Internacional de la Cruz Roja. Op. Cit.

[5]SOUSA, Rainer. *Século XX- Guerras. Brasil Escola*. <http://www.guerras.brasilecola.com/seculo-xx/guerra-bosnia.htm>.

[6]GAMBINI, Federico. *Una (forse storica) sentenza della corte costituzionale della Bosnia-Herzegovina*, Quaderni Costituzionale, 2/2001, Revista de Diritto Costituzionale, anno XXI, N°. 2, agosto, 2001. p. 471.

[7]GAMBINI, Federico. *Una (forse storica) sentenza della corte costituzionale della Bosnia-Herzegovina*, Quaderni Costituzionale. Op. Cit.

[8]TANNER, Samuel. *Crimines masivos en ex Yugoslavia: ¿participación, sanción y prevención?*, Revista Internacional de la Cruz Roja, junio de 2008, N°. 870.

[9]TANNER, Samuel. *Crimines masivos en ex Yugoslavia: ¿participación, sanción y prevención?* Op. Cit.

[10]TANNER, Samuel. *Crimines masivos en ex Yugoslavia: ¿participación, sanción y prevención?* Op. Cit.

[11]La norma de 1977 incorporó las guerras de liberación nacional a los conflictos internacionales-generando no pocas susceptibilidades y flexibilizando la malla normativa que estaba llamando completar-y, por esta vía, sustrajo a la discrecionalidad de Estados soberanos (y metrópolis) la posibilidad de considerar tales luchas como un asunto interno y con ello degradar el nivel de protección debido a los partisanos. Más allá de ello, el Protocolo solucionó de un plumazo diplomático es estatuto de la OLP en el conflicto de Medio-Oriente.

En este escenario, los Convenios y el Protocolo I prevén su aplicación automáticamente, sin reciprocidad alguna, y con ellos rigen los criterios de personas protegidas, de bienes e instalaciones protegidas, de prohibiciones absolutas, de infracciones graves que los Estados deben tipificar y a tenor de las cuales deben deslindarse responsabilidades personales. (PINTO, Mónica. *La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia*, Revista Lecciones y Ensayos, N° 78, 2003.)

[12] Los conceptos de conflicto armado internacional e o no internacional vamos a explicar con más especificidad en lo próximo punto.

[13] KRÄHENBÜHL, Pierre. *Conflicto en los Balcanes: tragedias humanas y retos para la acción humanitaria independiente*. Revista Internacional de la Cruz Roja, N°. 837, 200, pp. 11-28.

[14] PERAZZO, Silvia. *Conflictos armados contemporáneos, una aproximación a su comprensión*, Revista Ágora Internacional, año 2, N°. 4, 2007, director, Luis Leandro Schenoni, p. 7.

[15] PERAZZO, Silvia. *Conflictos armados contemporáneos, una aproximación a su comprensión*, Revista Ágora Internacional. Op. Cit.

[16] PINTO, Mónica. *La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia*. Op. Cit.

[17] PEJIC, Jelena, Revista Internacional de la Cruz Roja, N°. 841, 2001, PP. 183-194.

[18] HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Vol. I: Normas*,

contribución de Carolin Alvermann, Knut Dörmann y Baptiste Rolle, traducido por Margarita Serrano García, Comité Internacional de la Cruz Roja.

[19]DROEGE, Cordula. *¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, Revista Internacional de la Cruz Roja, septiembre de 2008, N° 871.

[20]LUBELL, Noam. *Los problemas de aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 2005, N°. 860.

[21]BECK, Louise Doswald; VITÉ, Sylvain. *Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos*, Revista Internacional de la Cruz Roja, N°. 116, marzo-abril de 1993, pp. 99-126.

[22]BECK, Louise Doswald; VITÉ, Sylvain. *Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos*. Op. Cit.

[23]BECK, Louise Doswald; VITÉ, Sylvain. *Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos*. Op. Cit.

[24]VITÉ, Sylvain. *Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales*. Revista Internacional de la Cruz Roja, marzo de 2009, N°. 873.

[25]SWINARSKI, Christophe. *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos San José, Costa Rica- Comité Internacional de la Cruz Roja, 2ª edición, 1991.

[26] VIGEVANO, Marta. *El uso de la fuerza por las operaciones de paz de las Naciones Unidas en el marco del derecho internacional humanitario*, Revista Jurídica de Buenos Aires, 2002-2003, p. 160.

[27] VIGEVANO, Marta. *El uso de la fuerza por las operaciones de paz de las Naciones Unidas en el marco del derecho internacional humanitario*. Op. Cit.

[28] VIGEVANO, Marta. *El uso de la fuerza por las operaciones de paz de las Naciones Unidas en el marco del derecho internacional humanitario*. Op. Cit. p. 163

[29] VIGEVANO, Marta. *El uso de la fuerza por las operaciones de paz de las Naciones Unidas en el marco del derecho internacional humanitario*. Op. Cit. p. 162.

[30] PIGNATELLI Y MECA, Fernando. *Los asuntos de Yugoslavia y Ruanda*. Ponencia presentada en el XII seminario Duque Ahumada, organizado por la Universidad de educación a distancia y la academia de oficiales de la guarda civil, Madrid, 10 y 11 de mayo de 2000. p. 79.

[31] PIGNATELLI Y MECA, Fernando. *Los asuntos de Yugoslavia y Ruanda*. Op. Cit.

[32] PIGNATELLI Y MECA, Fernando. *Los asuntos de Yugoslavia y Ruanda*. Op. Cit. p. 80.

[33] PIGNATELLI Y MECA, Fernando. *Los asuntos de Yugoslavia y Ruanda*. Op. Cit.

[34] BURGOS, Hernan Salinas. *El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la protección de las víctimas de los conflictos armados internos internacionalizados*, Revista jurídica de Buenos Aires, 1999-200, la ley. p. 56.

[35]AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Editora AD-HOC, 2ª Ed. p. 132.

[36]AMBOS, Kai. *La Corte Penal Internacional*. Colección: autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo A. Donna. Ed. Rubinzal-Culzoni. 1º Ed. Santa Fé, 2007, p. 133.

[37]AMBOS. Kai. *La Corte Penal Internacional*, op. cit. p. 133.

[38]PIGNATELLI Y MECA, Fernando. *Los asuntos de Yugoslavia y Ruanda*. Op. Cit. p. 94.

O CASO DA INFANTA CRISTINA DE BORBÓN

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

Jesús María Silva Sánchez, ao explicar porque defendia a "*infanta Cristina de Borbón, procesada por dos delitos fiscales y uno de blanqueo de capitales relacionados con el caso Nóos, donde su marido, Iñaki Urdangarin, está acusado de malversación de fondos públicos, entre otros delitos*", disse, ao ser perguntado porque defendia uma integrante da monarquia:

"Uno lo asume con honor, pero conlleva una carga importante porque a la cuestión jurídica se le suman elementos colaterales que tienen que ver con la situación institucional. El que se interesen los medios y, por supuesto, la Casa Real, hace que el impacto mediático sea mayor a cualquier otro caso. Sí, y eso se ve porque la crítica que se le

hace a mi cliente va acompañada de una crítica a la monarquía. En las redes sociales, por ejemplo, se mezclan las dos cosas. “Infanta Cristina es una tal... viva la República”, escriben. Sí, creo que ya tiene una condena popular. En las redes sociales y en buena parte de los medios de comunicación ya está. Desde el punto político y social es una mancha. Y, más allá del trabajo jurídico que nos corresponde hacer, esto sigue siendo un problema ahora para el rey Felipe VI. Afecta al prestigio de la institución. Después de la abdicación de su padre ella ahora está afuera de la casa real, ya no es “alteza real”, sino que es “excelentísima señora” según el protocolo, pero la institución sigue teniendo un problema. Hace 20 o 30 años, ¿cree que habría sido posible que un integrante de la monarquía española fuera procesado? Yo no digo que no hubiera habido un análisis judicial, pero sí se habría tenido más cuidado teniendo en cuenta la aceptación política de la monarquía. Ahora, porque la monarquía no pasa por su mejor momento, algunos dicen “se ha levantado la veda contra la monarquía”. Creo que hay varios motivos por los que la monarquía en España está en su peor momento de prestigio desde que hay democracia. El caso Nóos es uno de ellos, pero no es el único. Pero se ha convertido en paradigma de algo no ejemplar.

Usted afirmó en un medio español que ella estaba siendo el chivo expiatorio para criticar a la monarquía. A estas alturas, independientemente de lo que pase, ella ha servido, en parte, de chivo expiatorio de la monarquía porque quienes han querido buscarle un punto flaco a la institución han tenido eso en el caso Nóos, donde la hija y el yerno del rey Juan Carlos están ahí. Les ha servido para volcar su

indignación, su ira contra ella muy en particular. Aizoon es una sociedad familiar donde ambos la constituyen con el 50 por ciento del capital. Después de que la crean, ella se olvida del tema. Desde el punto jurídico un socio no tiene un deber de vigilancia de los administradores. Desde el punto de vista subjetivo, su marido es el que trabaja como profesional y ella vive al margen de esa sociedad. Pero eso muestra a una persona de cierta ingenuidad, que no sabe lo que pasa a su alrededor. En cierto modo, el juez Juan Castro y la misma sociedad han intentado dibujar esa imagen: que es inimaginable que una persona que es licenciada en Ciencias Políticas y que tiene formación intelectual, no supiera nada. Pero resulta que ella no se ocupaba de cuestiones financieras, no porque sea una ignorante sino porque históricamente tiene un rol con funciones determinadas. Además existe un secretario de infantas, Carlos García Revenga, es un cargo de la Casa Real, que es quien debe asesorarla con lo que procede y con lo que no. Y él no ha sido procesado. Una gran pregunta a la que no puedo dar respuesta. En España hay quienes plantearon que ella debería renunciar a su cualidad de infanta. ¿Eso se ha analizado? La cualidad de infanta va vinculada a los derechos dinásticos. Si vemos el dibujo sucesorio siendo infanta, aun no siendo de la Casa Real, es parte de esa línea. Están las dos hijas del rey, los hijos de su hermana Elena, después estaría su propia hermana. La infanta Cristina debe ser la sexta en la línea de sucesión. Ella no quiere renunciar a ningún derecho dinástico. No lo sé. Y creo que la opinión pública no se daría por satisfecha con la renuncia a sus derechos dinásticos. Para ella es un signo de identidad muy fuerte el ser infanta de España. Tal como están las cosas ahora, se podría interpretar así, como

que renuncia para no perjudicar a la institución. Pero por lo que yo la he conocido, eso no va a pasar."[1]

Eis um com exemplo para os que condenam a advocacia criminal. Defender é uma arte[2]; acusar também o é, menos nobre, é verdade, pois o homem nasceu para ser livre, não para ser preso; logo, lutar para fazer valer a liberdade de alguém, indiscutivelmente, é mais longânimo do que lutar para encarcerá-lo (o que, obviamente, não torna quem acusa menos digno ou magnânimo, muito pelo contrário). Aliás, é possível que a acusação sobreviva, e seja necessária, porque alguns devam efetivamente ficar presos, infelizmente... (e ainda que provisoriamente). A advocacia criminal no Brasil tem sido, desgraçadamente, desprestigiada a todo dia, pois estão confundindo, com uma facilidade perigosa, advogado e cliente[3], esquecendo-se que o cliente (acusado por um crime ou, às vezes, um mero indiciado) precisa de um defensor e o advogado está legitimado a defendê-lo.

Em um Estado Democrático de Direito a advocacia criminal é absolutamente indispensável, uma necessidade imperiosa e impostergável.[4] Quantos e quantos advogados criminais temos (ou tivemos), brilhantes, honestos, ciosos, comprometidos, não corruptores? Infelizmente, noticia-se sempre o mau exemplo, como se somente na advocacia houvesse maus exemplos!

"Admiro quem cultua os princípios da legalidade, da presunção de inocência, do devido processo legal, o caráter ressocializador das penas, a amplitude e a inviolabilidade do direito de defesa, acima de tudo a magnitude da profissão de advogado pela sua relevantíssima função humana e social. É ela uma confiança que se entrega a uma consciência.

(...) *Quando um advogado criminalista está em ação, sabe quem ele está defendendo? Você!*” (Elias Mattar Assad – “A pessoa e o cárcere”, disponível em www.paranaonline.com.br - 06/04/2008).

Segundo Étienne Vergès, “*le défenseur (le plus souvent un avocat), occupe une place primordiale dans l’exercice des droits de la défense, Ainsi, l’article 6§3-c Conv. EDH permet à l’accusé (au sens large) de se défendre lui-même ou d’avoir l’assistance d’un défenseur de son choix.*”^[5]

Nos últimos tempos estamos vivendo uma verdadeira pirotecnia policial: gente presa, algemada, filmada, exposta, etc., etc. Em regra, dias depois a Justiça solta, ou melhor, um Juiz de Direito liberta; para a opinião pública é mais uma demonstração de impunidade ou, ainda mais facilmente, uma prova que no Brasil somente alguns (os pobres) ficam presos. Há, evidentemente, uma verdade nesta segunda afirmação, pois é certo que o pobre, na maioria das vezes sem advogado criminal, fica preso, sem assistência que está, e aquele que tem recursos logra ser solto, não porque necessariamente reine a impunidade, mas porque o Estado foi incompetente para prendê-lo (ou mantê-lo preso, ou porque simplesmente não seria necessária a prisão antes de uma condenação definitiva – não é mesmo a Constituição que assim o diz?).

Aliás, sobre a atuação da Polícia Federal no Brasil, em entrevista coletiva concedida à imprensa no dia 1º. de Julho de 2008, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que “*quanto a essas investigações da Polícia Federal, eu acredito que nós teríamos que fazer um seminário sobre isso para abordar todo o tema, em todos os seus aspectos. Eu vou apenas*

pontuar algumas questões. Do que percebo de alguns episódios, muitos têm notório caráter de retaliação e até de controle ideológico contra os juízes. Não vou me referir especialmente ao caso de Carlos Velloso (ex-ministro do STF), recentemente divulgado, mas houve aqui, não faz muito, o caso do Sepúlveda Pertence (também ex-ministro do STF). Depois houve o meu próprio caso: o nome envolvido no caso de homonímia conhecido, mas que se sabia que era indevido. O caso do [ministro Sepúlveda] Pertence, os senhores sabem, inventou-se que ele proferira uma sentença para atender ao pedido de um dado lobista que falava ao telefone. Infelizmente, até agora – hoje eu cobrava isto do doutor Antonio Fernando [Souza, o procurador-geral] –, não temos resultado desse inquérito. No meu caso, se sabia que não era eu o personagem citado. No dia seguinte, a Polícia Federal emite uma nota para dizer que reconhecia apenas que era a opinião de ministro do Supremo. Qual era a opinião? Que eu dizia que era canalhice divulgar fatos daquela forma, com aquele grau de irresponsabilidade. Depois, fiquei sabendo – a representação [contra esse fato] também hoje já está na Procuradoria – que, na verdade, a ação fora projetada a partir da própria assessoria de imprensa da Polícia Federal, que pedia aos órgãos de imprensa que divulgasse o fato. E por quê? Porque, numa quarta-feira, os senhores não de se lembrar, o doutor Antonio Fernando fez umas declarações dizendo que a ministra Eliana Calmon conhecia mais os autos do que eu. E eu rebati aquilo dizendo: “eu não preciso conhecer os autos, basta que se tenha conhecimento dos fundamentos do despacho, da decisão que decreta a decisão”. Eu fiz essa declaração às 14h30. Às

18h30 as redações estavam recebendo, em retaliação, a notícia do envolvimento do meu nome nesta matéria, quando o escutado era Gilmar de Melo Mendes – o mesmo que aparece no caso de Pertence – um velho conhecido da polícia. A confusão, portanto, não foi acidental. Até agora esse fato não se esclareceu. O ministro [Félix] Fischer, do STJ, se recusou a atender um pedido da polícia de decretar a prisão preventiva de juízes em São Paulo. [Ele] determinou a busca e apreensão. Na semana seguinte, uma revista semanal publicava que o filho de sua excelência estava envolvido em um caso determinado. Caso flagrante de retaliação. É preciso encerrar esse quadro de intimidação. É fundamental que o presidente da República, que o ministro da Justiça e que o diretor da Polícia Federal ponham cobro a esse tipo de situação. É abusivo o que se vem realizando. Não é possível instaurar, no Brasil, o modelo de Estado policial. Nós repudiamos com toda a veemência, e os senhores conhecem a minha posição sobre isso. É chegada a hora de o Brasil reinstitucionalizar essas relações. Já falei isso, inclusive, com o Presidente da República. É necessário que nós promulguemos uma nova lei de abuso de autoridade – a lei é de 1965, do governo Castelo Branco, está totalmente defasada – para que nós possamos abranger esses novos tipos penais que se verificam a toda hora.”

Como afirmou Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, “*nos difíceis dias da atualidade, a figura do advogado, especialmente o criminal, tem provocado a ira pública estimulada pela má imprensa. Esta faz questão de nos confundir com o cliente e se esforça para passar a idéia de que*

somos defensores do crime e não portadores dos direitos constitucionais e processuais do acusado.”[6]

E, então, surge a figura do advogado criminal: não os (raros) pilantras, mas o profissional sério e dedicado à causa, o técnico, o jurista, o ADOGADO CRIMINAL (incluindo-se os nossos bravos e quase heróicos Defensores Públicos).

No parecer exarado em dos relatórios da Comissão de Sindicância da OAB/SP, os juristas Miguel Reale Júnior, Walter Ceneviva e Antonio Ruiz Filho, deixaram assinalado as seguintes lições, bem a propósito do exercício da advocacia criminal:

“Por ato do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo, foram baixadas as portarias n.ºs 448/06/PR e 456/06/PR, criando a presente Comissão de Sindicância, composta pelos Advogados Miguel Reale Junior (presidente), Walter Ceneviva e Antonio Ruiz Filho (relator), com o objetivo de analisar eventuais indícios de infração ético-disciplinar dos advogados (...) Do quadro fático apresentado pelos sindicatos, de interesse para a Comissão e dentro das suas atribuições, cabe examinar se, pela orientação que alegam ter dado à cliente, mereceriam eles a imputação de algumas falta ético-disciplinar. A resposta haverá de ser negativa. É preciso afirmar desde logo que o advogado está impedido de orientar seu cliente a desobedecer a lei. Ao assim proceder, certamente o profissional da advocacia estaria infringindo seu Código de Ética. Mas, de outra parte, infringe a ética profissional o advogado que não orienta o cliente suficientemente, valendo reproduzir a lição de Manoel Pedro Pimentel, segundo a qual o advogado criminalista, “respeitados os princípios da ética profissional,

deve fazer tudo o que estiver ao seu alcance para que o seu constituinte seja defendido com a maior eficiência possível".⁵ Na obra "Tática e Técnica da Defesa Criminal", Serrano Neves enfatiza: "(...) é preciso exercer, com altivez e espírito público, o direito de defesa – o mais sagrado de todos os direitos. E que nenhum advogado tenha receio de fazê-lo, em qualquer circunstância, atendendo pois, à recomendação que se lê no inciso II da Seção 3ª do Código de Ética Profissional⁶, expressis verbis: - 'Nenhum receio de desagradar a juiz, ou de incorrer em impopularidade, deterá o advogado no cumprimento de seus deveres' (...)"⁷. Zanardelli, sobre a defesa criminal, lançou célebre axioma: "Até o patrocínio de uma causa má é legítimo e obrigatório, porque a humanidade o ordena, a piedade o exige, o costume o admite e a lei o impõe". Serrano Neves traz outras importantes considerações: "(...) É sabido que o assassinio, por exemplo, provoca uma desordenada agitação nas massas, seguidas de verdadeiras tempestades de paixões. Demais disso, a imprensa sensacionalista – interpretando, aliás, o sentimento médio da coletividade – não perde o grande prato, pois o jornal precisa circular mais e vender mais. Assim sendo, os ânimos se exacerbam, e a reação, nesse caso, toma feições, por vezes, até mais odiosas e odientas que o próprio crime (...)"⁸. E, ao tratar da preparação do acusado, orienta: "(...) O advogado tático deve ser também, um bom diretor de cena. Por isso, precisa saber preparar o acusado para a solenidade do julgamento. Erro palmar, assim, cometeria o advogado que admitisse, no banco dos réus vestida de branco e maquilada, a mulher que matou o marido....Deverá ela, se não lhe for permitido comparecer de luto fechado, ir para a audiência com o uniforme do estabelecimento

penal em que se encontrar. E precisa chorar....naturalmente...(...)"⁹. Os autores, absolutamente, não contemplam e nem pregam a fraude, mas é verdade que a natureza da defesa criminal impõe uma variedade de cuidados e condutas, de modo a combater todo o estigma que se forma em favor da acusação, mais ainda, quanto mais grave for o crime e maior a sua divulgação pela mídia. (...) É o parecer. São Paulo, 30 de maio de 2006" (Notas: 5 - In *Advocacia Criminal*, São Paulo, RT, 1965, p. 42; 6 - Atualmente dever ético praticamente com os mesmos dizeres está previsto no art. 31, § 2º, do Estatuto da Advocacia; 7 - In *Tática e Técnica de Defesa Criminal*, Rio de Janeiro, Jozon ed., 1962, p. 36; 8 – *Idem*, p. 48; 9 – *Idem*, p. 111-3).

A propósito, a Lei nº. 11.767/2008, alterou o inciso II do art. 7º., do Estatuto da OAB, acrescentando-lhe, outrossim, os §§ 6º. e 7º.: (...) "II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;" "§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. § 7º A ressalva

constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.”

Eu, Procurador de Justiça, respeito profundamente os advogados criminais, os bons e os verdadeiros advogados criminalistas. Poderia citar alguns, ao menos os baianos, mas, infelizmente, não o farei; estas menções a nomes são sempre e invariavelmente injustas, pois certamente haveria omissões imperdoáveis (no fundo, no fundo, muitos deles ao lerem este trabalho saberão que, ao escrevê-lo, fi-lo por eles inspirado). Esta é uma curtíssima e singela homenagem minha àqueles que labutam no foro criminal em busca da liberdade de outrem (ah! a liberdade). Uma lembrança simples de um Promotor de Justiça que, sem cabotinismo, sabe reconhecer com coragem o valor da arte de defender e, sobretudo, diferenciar os bons dos maus profissionais, atuem eles na Advocacia, na Magistratura, na Polícia ou no Ministério Público.

NOTAS:

[1] <http://www.eltiempo.com/mundo/europa/el-abogado-jesus-silva-habla-de-proceso-contra-infanta-cristina/14241338>

[2] Em 1965 Manoel Pedro Pimentel escreveu uma obra bastante útil para os advogados criminais. O livro foi reeditado em 1975 (“Advocacia Criminal – Teoria e Prática”, Editora Revista dos Tribunais). Vale a pena conferir e ler (não é do meu conhecimento que haja edições mais recentes).

[3] Em entrevista à Revista Consultor Jurídico (edição do dia 18 de fevereiro de 2006), afirmou o seguinte o advogado Antônio Cláudio Mariz de Oliveira: *“A sociedade não entende isso muito bem e confunde o advogado com o próprio criminoso. Advogado criminal é porta-voz dos direitos processuais e constitucionais do cliente. Não defendemos o homicídio. Defendemos o homicida. O advogado não pede necessariamente a inocência. O objetivo é garantir um julgamento justo. É claro que existem teses que minimizam a pena, que muitas vezes não é observada porque há essa fúria acusatória. O advogado criminal é o porta-voz.”*

[4] Em um artigo intitulado “O advogado necessário”, Sérgio Frazão do Couto lembrou que *“na época do Terror, na Revolução Francesa, dizia-se que os inocentes não precisam de advogado porque são inocentes. Os culpados também não, porque são culpados, ora bolas! Assim, a guilhotina corria solta e generosa. Napoleão Bonaparte fechou o Barreau, a OAB francesa, e mandou cortar a língua dos advogados que lhe faziam oposição. As atrocidades nas masmorras de Paris se tornaram tão escandalosas que Napoleão, assustado, voltou atrás. Reabriu o Barreau e determinou que a Coroa pagasse advogados dativos para os presos. Hitler proibiu os judeus de serem assistidos por advogados. Auschwitz, Treblinka e Sobibór foram os resultados da monstruosidade. Mussolini, em uma só noite, mandou incendiar 40 escritórios de advocacia. João Figueiredo, aquele que preferia o cheiro dos cavalos, queria alugar o Maracanã para prender os advogados, como única forma de implantar tranquilamente seu plano econômico. D’outra forma, os*

advogados iriam ´melar` tudo com seus mandados de segurança.”
(www.espacovital.com.br – 07/03/2007).

[5] Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 42.

[6] Revista Jurídica Consulex – Ano VIII, nº. 188 (15/11/2004).

MARCO REGULATÓRIO DO TERCEIRO SETOR (LEI 13.019/2014): PRINCIPAIS NOVIDADES E CONSEQUÊNCIAS

MILENA CINTRA: Advogada formada pela UCSAL (Universidade Católica de Salvador) 2006.2, Pós Graduada em Direito do Estado pelo Curso LFG. Atuante há sete anos na advocacia de empresas e particular e, mais recentemente, no setor público.

Publicada em 31/07/2014, a Lei nº 13.019/2014, antes mesmo de entrar em vigor, traz inúmeros questionamentos em torno da sociedade.

Em que pese o campo infinito de discussão acerca da nova lei, o objetivo do presente texto é esclarecer e inserir os leitores nas principais novidades da legislação.

Em primeiro lugar, cumpre apontar a problemática instalada com o passar dos anos nas parcerias entre as entidades privadas e Poder Público: repasse público de recursos às instituições privadas sem licitação e ausência de controle eficaz das prestações dos serviços por elas oferecidos.

O sistema de controle estabelecido pela Constituição Federal através dos Tribunais de Contas e Procuradorias e Controladoria do Poder Público não tem funcionado efetivamente como deveria e o surrupiamento dos recursos públicos virou realidade.

Diante da problemática, a elaboração da lei buscou a valorização das OSCs (Organizações da Sociedade Civil) por meio da segurança jurídica, transparência na aplicação de recursos e efetividade

das parcerias para atendimento à população, com ampla previsão de sua avaliação e monitoramento, inclusive com manifestação do público alvo das ações sociais acerca da boa execução das atividades pelas instituições.

Abriu-se uma nova era na relação entre o Poder Público e as organizações sociais no tocante à realização de parcerias em prol do bem comum, sendo a legislação de aplicação em âmbito nacional, atingindo todos os entes da Federação.

A partir da elaboração da lei, os questionamentos variam desde o termo inicial de vigência da legislação e seus efeitos nas parcerias já vigentes até as grandes novidades advindas com o texto legal, entre outras, o procedimento de chamamento público para a seleção de parcerias com o Poder Público, procedimento de manifestação do interesse social, os termos de colaboração e de fomento, novos requisitos previstos para as organizações da sociedade civil.

A legislação foi publicada em 31/07/2014, com *vacatio legis* de noventa dias para a então produção de seus efeitos, entretanto, levando-se em consideração as grandes consequências que causará no Terceiro Setor, a pedido da CNM (Confederação Nacional dos Municípios), a Medida Provisória nº 658 alterou a sua vigência para produção de efeitos apenas 360 (trezentos e sessenta) dias após sua publicação oficial.

Há ainda quem ache possível nova prorrogação de vigência da legislação em face do seu impacto na sociedade, tendo sido realizado

novo pedido, nesse sentido, em uma atuação conjunta da Federação das Associações Comerciais do Estado de São Paulo, Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, Ordem dos Advogados do Brasil- Seção de São Paulo, FECOMERCIO e REBRATES- Rede Brasileira do Terceiro Setor.

A grande crítica do Setor e especialistas da área é sobre a ampla interferência do Poder Público no desenvolvimento das atividades das instituições, a exemplo da previsão do art. 37 acerca da responsabilidade solidária de, ao menos, um dirigente da instituição pela obrigação integral constante da parceria independente de processo judicial, bem como da disposição do inciso XVIII do art. 42 que obriga inserção de cláusula no contrato com fornecedores de bens e serviços que permitirá o livre acesso dos servidores dos órgãos para fiscalização aos documentos contábeis da empresa contratada, dentre outros dispositivos legais, sendo considerável o argumento da área no tocante à probabilidade de inviabilização de ações, programas e projetos em execução.

O fato é que, até última ordem, em 27/07/2015, a lei entrará em vigor e as instituições estarão obrigadas a aplicar as novas regras.

Nesse sentido, muito se pergunta acerca da aplicação da novata lei sobre as parcerias já em andamento, é o que se denomina pelos juristas de Normas de Transição do Marco Regulatório do Terceiro Setor. E, foi pensando nisso, que o novo diploma traz previsão expressa, no seu art. 83, de que as parcerias existentes no momento da entrada

em vigor permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, ressalvando a incidência de suas regras, no que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria.

A orientação da Secretaria da Presidência da República em todo o período de elaboração e discussão da norma é de que, de um lado, tratando-se de parcerias com prazo determinado segue a aplicação da lei vigente ao tempo de sua realização até o seu vencimento; por outro lado, tratando-se de parcerias com vigência por tempo indeterminado, de igual forma, permanecem regidas pela lei ativa no tempo de sua formalização, recomendando-se que após um ano em curso, sejam repactuadas com a observância do Marco Regulatório.

No campo prático, o importante será a interpretação e aplicação das normas de transição em cada caso concreto visando sempre a continuidade do serviço ofertado pela parceria considerada bem como o melhor alcance do objeto da parceria e do interesse público envolvido.

Traz o Marco Regulatório como fundamentos a Gestão Pública Democrática, a Participação Social, o Fortalecimento da Sociedade Civil e a Transparência na aplicação dos recursos públicos, fundamentos esses decorrentes da sociedade democrática assegurada pela Constituição Federal de 1988 e que auxiliam na melhor compreensão do conteúdo da legislação.

A Gestão Pública Democrática traduz-se na participação popular na gestão da cidade e nas tomadas de decisões, visando o comprometimento social com o próprio desenvolvimento sociológico,

garantindo a legislação ampla publicidade dos atos da Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil no processo de seleção pública das parcerias, com possibilidade de interferência da sociedade no julgamento das propostas e acompanhamento da execução das parcerias firmadas.

A Participação Social é vislumbrada desde a elaboração da legislação com ampla participação da população, através de realização de audiências públicas junto a Secretaria da Presidência da República (há levantamento de participação de cerca de 250 gestores públicos e diversos seguimentos da sociedade com contribuição efetiva na elaboração da lei) até todo o procedimento previsto para celebração de parcerias das OSC com o Poder Público, com garantias, entre outras, de apresentação de propostas por qualquer cidadão comum e movimentos sociais para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.

O Fortalecimento da Sociedade Civil é reflexo exato dos fundamentos anteriormente expostos, consubstanciada, entre outras, na obrigação da Administração Pública de divulgar nos meios de comunicação campanhas de publicidade e programações desenvolvidas pelas OSC no âmbito das parcerias firmadas, além da criação do Conselho Nacional de Fomento e Colaboração, de composição paritária entre representantes governamentais e organizações da sociedade civil cuja finalidade de divulgar boas práticas e de propor e apoiar políticas e ações voltadas ao fortalecimento das Relações de fomento e de colaboração.

A Transparência na Aplicação dos recursos públicos, também grande objetivo do Marco Regulatório, vem no sentido de publicizar toda e qualquer alocação do dinheiro público nas instituições, podendo ser citada nesse contexto a previsão legislativa da Administração de divulgar nos meios oficiais os valores aprovados na lei orçamentária anual para a execução de programas e ações do plano plurianual em vigor, além da obrigação da Administração e OSC de manter nos seus respectivos sites a lista com as parcerias celebradas.

Visando a valorização das instituições que trabalham no desenvolvimento de trabalho voluntário bem como o resultado final a ser por elas alcançado, inova a lei com a nomenclatura das hoje conhecidas como ONG (Organização Não Governamental) para se chamar Organizações da Sociedade Civil (OSC), exigindo expressamente para a realização de parcerias com o Poder Público o preenchimento de três requisitos cumulativos, conforme previsão do art. 24, VI:

- a) no mínimo, 3 (três) anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica;
- b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante?
- c) capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades previstas e o cumprimento das metas estabelecidas.

Analisando a realidade prática atual dessas instituições, pode-se afirmar com segurança que a sua grande maioria, no desenvolvimento de suas atividades há tantos anos, já atende aos requisitos mencionados, cabendo aos seus representantes legais se preparar para a demonstração do seu efetivo preenchimento, inclusive a título de documentação comprobatória.

É evidente a intenção da legislação de tornar mais eficiente o controle pelo Poder Público do cumprimento das finalidades propostas pelas parcerias celebradas, exigindo-se para tanto a prova de capacidade técnica e operacional da instituição para desenvolvimento de suas atividades bem como experiência prévia no mesmo objeto pretendido pela parceria ou semelhante, o que pode ser comprovado através de seus Estatutos, Planos de Trabalho e Relatórios de Atividades devidamente atualizados com a respectiva demonstração do desenvolvimento prático dos serviços ofertados à população.

E, ainda, o comprovante existência da instituição de, no mínimo, de três anos, requisito facilmente atestado através da certidão emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com o número do CNPJ da empresa.

Inova a legislação com novos instrumentos específicos para celebração das parcerias entre a OSC e Poder Público, pondo fim aos convênios. A nomenclatura convênios ficará apenas para os ajustes e parcerias realizados entre os entes estatais internos, ou seja, entre os próprios integrantes da estrutura da Administração Pública. Surge o Termo de Fomento e o Termo de Colaboração, representando,

respectivamente, as parcerias celebradas a partir de iniciativa das OSC e as parcerias celebradas a partir da iniciativa da própria Administração, com previsão expressa nos arts. 16 e 17 da lei.

Com vistas a valorização da participação popular, introduz a legislação o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público, nos moldes do art. 19, para avaliação da possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria, devendo tal procedimento ser precedido da ouvida da sociedade e não dispensa a seleção pública correlata, conforme a seguir delineado.

Como grande novidade do Marco Regulatório, o Chamamento Público, previsto no art. 23 e seguintes da lei, reflete o processo seletivo obrigatório, por meio de chamada pública de parcerias das instituições com a Administração Pública, selecionando, com base em critérios objetivos e previamente expostos no Edital de Chamamento Público, a organização da sociedade civil que torne mais eficaz a execução do objeto proposto, afastando-se qualquer privilégio ou apadrinhamento político em qualquer nível.

No campo de aplicação desse novo processo, a Administração Pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos, simplificados e, sempre que possível, padronizados, de forma a orientar os interessados e facilitar o acesso direto aos órgãos da administração pública, independentemente da modalidade de parceria prevista na Lei,

devendo o edital ser amplamente divulgado em página do sítio oficial do órgão ou entidade na internet bem como o resultado final do julgamento.

O grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa ou ação em que se insere o tipo de parceria e ao valor de referência constante do chamamento público é critério obrigatório de julgamento pela Comissão de Seleção que é o órgão colegiado da administração pública destinado a processar e julgar chamamentos públicos, sendo composta por agentes públicos, designados por ato publicado em meio oficial de comunicação, com, pelo menos, 2/3 (dois terços) de seus membros servidores ocupantes de cargos permanentes do quadro de pessoal da administração pública realizadora do chamamento público.

E, no âmbito do Chamamento Público, traz a legislação a possibilidade de Atuação em rede pelas entidades que nada mais é que a agregação de projetos, com valorização da integração do acesso às parcerias, mantida a integral responsabilidade da organização celebrante do Termo de Fomento ou de Colaboração.

Para tanto, conforme art. 25 da lei, é necessária a previsão no edital de chamamento público bem como no Plano de Trabalho da instituição, sendo exigida que a OSC responsável tenha, entre outros requisitos, mais de cinco de inscrição no CNPJ, mais de três anos de experiência em atuação em rede e capacidade técnica e operacional para supervisionar e orientar diretamente a atuação da organização que com ela estiver atuando em rede, além da comprovação regularidade

jurídica e fiscal de todas as entidades envolvidas, nos termos do regulamento.

Salienta-se que apenas nas hipóteses expressamente previstas na Lei e, com base em justificativa detalhada, a Administração Pública poderá dispensar a realização do chamamento público, quais sejam ,em caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público realizadas no âmbito de parceria já celebrada, nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública ou quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança.

É, ainda, o Chamamento Público inexigível nas hipóteses de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, seja em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho, seja quando as metas buscadas para fins de alcance do interesse público somente puderem ser atingidas por uma entidade específica.

Na prática, em que pese a publicação da lei desde 31/07/2014 e com previsão de incidência a partir de 27/07/2015, para fins de efetivação desse novo procedimento, urge a adequação interna da Administração Pública tanto no tocante a capacitação do corpo técnico de funcionários que participarão direta e indiretamente da seleção pública quanto na estruturação interna física e procedimental que atenda o Marco Regulatório, realidade essa ainda distante no país às vésperas do termo inicial de incidência da legislação.

Nesse sentido, destaca-se que a lei prevê que a União, em coordenação com os Estados, Distrito Federal, Municípios e organizações da sociedade civil, instituía programas de capacitação para gestores, representantes de organizações da sociedade civil e conselheiros dos conselhos de políticas públicas, e, em que pese a ressalva de não constituir a participação nos referidos programas condição para o exercício da função, na prática é evidente a necessidade da sua implementação pelo Poder Público para fins de efetivação do Marco Regulatório no âmbito do Terceiro Setor da sociedade.

A legislação traz, ainda, a possibilidade de remuneração da equipe de trabalho da instituição com os recursos vinculados à parceria, desde que aprovadas no plano de trabalho, ressalvado que a inadimplência da organização da sociedade civil em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à administração pública a responsabilidade por seu pagamento nem poderá onerar o objeto do termo de fomento ou de colaboração ou restringir a sua execução, são previsões expressas respectivamente dos arts. 46, I e 47 § 7º.

Dada a importância das atividades desenvolvidas pelas OSC na sociedade e o impacto das ações desempenhadas pelos seus dirigentes, a lei alterará os artigos 10 e 11 da Lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) para inserir como atos de improbidade que causa lesão ao erário e que atenta contra os princípios da Administração Pública condutas contrárias ao disposto na Lei 13.019/2014. Nesse sentido, haverá incidência de sanções que variam de acordo com a gravidade do fato, entre outras, ressarcimento integral do

dano; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; pagamento de multa civil; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Paralelamente às críticas dos especialistas, conforme já delineado, pode-se afirmar que a legislação, em que pese o grande campo de novidades a ser aplicado no Terceiro Setor, é, em quase a sua totalidade, didática, com previsão ampla dos requisitos para celebração dos Termos de Colaboração e Termos de Fomento, desde as exigências do Estatuto e Plano de Trabalho das instituições até os documentos necessários para apresentação perante Poder Público de modo a viabilizar as parcerias.

Por outro lado, ainda se encontra pendente de regulamentação diversas matérias abordadas em prima facie pela legislação, entre eles, a forma de divulgação nos meios públicos de comunicação por radiodifusão de sons e de sons e imagens de campanhas publicitárias e programações desenvolvidas por OSCs (art.14); a composição e o funcionamento do Conselho Nacional de Fomento e Colaboração (art. 15,§1º); os prazos e regras do Procedimento de Manifestação de Interesse Social (art. 18); a Atuação em rede (art. 25, IV); o Monitoramento e avaliação (art. 58); o registro em plataforma eletrônica das prestações de contas rejeitadas ou aprovadas com ressalvas (art. 69,§6º).

A expectativa é de que, quando da entrada em vigor da legislação, seja publicado decreto regulamentador de todas essas matérias a fim de viabilizar e, até mesmo, facilitar a implementação do Marco Regulatório pela Administração Pública, Organizações da Sociedade Civil e sociedade em geral.

É perceptível o avanço legislativo do país com a elaboração da norma em questão, sendo o seu escopo maior realizar o interesse público de forma segura, justa e eficaz, de forma que urge a sua regulamentação bem como a adequação da Administração Pública e instituições aos seus imperativos, viabilizando-se, assim, a sua aplicação sempre em favor da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

<http://www.secretariageral.gov.br/>

http://www.participa.br/articles/public/0008/4321/Mauri_Cruz.pdf

<http://gustavoknoplock.com.br/wp-content/uploads/Lei-13019-2014.pdf>

<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2014/12/nova-lei-fortalece-parceria-entre-governo-e-sociedade>

<http://jus.com.br/artigos/37276/o-direcionamento-das-verbas-publicas-atraves-de-recursos-provenientes-de-emendas-parlamentares>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414

[http://www.terceirosetor.org.br/arquivos/Carta_Pres_Dilma_Rouss
ef.pdf](http://www.terceirosetor.org.br/arquivos/Carta_Pres_Dilma_Rouss
ef.pdf)

CORRUPÇÃO PADRÃO FIFA

TOM COELHO: Educador, conferencista e escritor com artigos publicados por mais de 400 veículos da mídia em 15 países. É autor de "Sete Vidas - Lições para construir seu equilíbrio pessoal e profissional", pela Editora Saraiva, e coautor de outros quatro livros. Contatos através do e-mail tomcoelho@tomcoelho.com.br. Visite: www.tomcoelho.com.br e www.setevidas.com.br.

*“O que a gente esconde
é mais ou menos o que os outros descobrem.”*
(André Breton)

Apenas uma semana. Este foi o tempo necessário para eclodir um dos maiores escândalos envolvendo o futebol em âmbito mundial. Primeiro, a prisão de sete dirigentes ligados à Fifa, a pedido da justiça norte-americana, com base em investigações promovidas pelo FBI desde 2011. Depois, a renúncia de Joseph Blatter, presidente eleito para seu quinto mandato consecutivo à frente da entidade.

As suspeitas apontam para um esquema de corrupção generalizado envolvendo contratos de marketing, direitos de imagem, além das disputas para sediar os torneios da Rússia, em 2018, e do Catar, em 2022. E, certamente, isso é apenas o início.

No mundo do esporte, o nome do jogo é jogatina. Recentemente o Banco do Brasil suspendeu o patrocínio à Confederação Brasileira de Vôlei (CBV) após descumprimento do acordo firmado no ano passado para gestão lícita dos recursos financeiros, devido a investigação da

Controladoria Geral da União (CGU) que levou, inclusive, à renúncia do então presidente Ary Graça, no comando da entidade desde 1995.

Dias atrás, o Santos Futebol Clube ingressou com ação formal para contestar os valores da transferência de Neymar Júnior para o Barcelona, em 2013, num processo há tempos sob investigação da justiça espanhola.

Goste você ou não de futebol, frequentando ou não estádios, à distância é possível observar como a corrupção graceja. Você assiste a imagens na TV de uma partida qualquer, em um estádio com capacidade, por exemplo, para 50 mil torcedores. E embora não exista espaço para passar um fio dental entre duas pessoas, ao término da partida a renda anunciada informa a existência de pouco mais de 35 mil pagantes...

Ano passado, sediamos a “Copa do Mundo Padrão Fifa”. Faltando apenas um mês para o início do torneio, das 167 intervenções anunciadas pelo governo federal em sua “Matriz de Responsabilidades”, documento oficial elaborado em 2010, somente 41% das metas haviam sido concluídas!

A lista de ações prioritárias era formada por estádios, aeroportos, segurança, tecnologia, telecomunicações e mobilidade, sendo esta última, a mais negligenciada – apenas cinco das 36 obras foram concluídas até o final do ano. Ou seja, exatamente o item que maior legado poderia render aos cidadãos através de transporte público. Entretanto, o resultado final foram obras inacabadas, canteiros de obras a céu aberto, e o pior, o estouro no orçamento. Segundo a CGU, o custo total das obras superou o orçamento em 66%.

Vivemos tempos difíceis, em que está se tornando impossível falar sobre ética, porque não se pode argumentar sobre o que não existe... Balanços financeiros maquiados, números forjados. Fraudes, conluíus, subornos, propinas, escolha o nome que julgar mais conveniente. Empresas fraudam, executivos mentem, auditores omitem, analistas recomendam. Como diz o velho adágio popular, papel aceita tudo.

Este novo mundo é governado pela ditadura da imagem. O triunfo da estética sobre a moral. Um mundo de Narciso que afeta pessoas e corporações. Você é tão belo quanto seus trajes e seu último corte de cabelo possam sinalizar. Tão bom quanto a procedência dos diplomas e a fluência em idiomas possam indicar.

Em tempos passados, ocasião que meus olhos não se atrevem a enxergar, a “embalagem” era menos representativa. As empresas eram aquilo que produziam. As pessoas eram o que demonstravam. Éramos mais essência. E mais essenciais.

Houve uma época na qual preços eram formados para remunerar custos e proporcionar uma margem de lucro. Hoje, são constituídos às avessas, embutindo ganhos escusos e extorsivos que favorecem a poucos.

Balanços fraudados, currículos forjados, amores burlados. Vidas vividas na ilusão, imaginadas como devaneios à luz de uma quimera.

A Quimera era um monstro mitológico com cabeça de leão, corpo de cabra e cauda de serpente. Imagem nada agradável que, mais cedo ou mais tarde, materializa-se, ao cair do véu da percepção que não carrega consigo conteúdo, sinceridade e paixão.