

A Lei e a Ética no Processo Decisório Militar

A. Edward Major

É COMUM QUE OS comandantes de Unidades militares consultem seus assessores jurídicos, particularmente quando o conflito se intensifica. A busca por um assessoramento jurídico vem aumentando e tornando-se preponderante no Exército, até mesmo quando se trata de situações de emprego operacional¹. “Também está claro que, do ponto de vista dos comandantes... a assessoria jurídica é essencial para a eficácia das operações de combate no ambiente atual — ela hoje está ‘à testa’ e não mais na retaguarda”². Esse é o ponto de interseção entre a Profissão Jurídica e a Profissão das Armas, que vêm evoluindo para que possam funcionar juntas com mais efetividade. Este artigo explora a atual dependência do processo decisório militar em relação a aspectos legais. Busca oferecer uma orientação para melhor utilização da lei e, ao mesmo tempo, recomendar cautela, para que a dependência de considerações legais não se torne excessiva.

Que papel exerce o direito na sociedade? O *site* WikiAnswers afirma: “O direito determina o que é certo ou errado na visão do público”³. Contudo, ele às vezes é visto como o guardião da moral e o remédio para todos os problemas. Basta considerar o volume cada vez maior de leis internacionais e de legislação nacional, o aumento no número de litígios, o crescimento dos departamentos jurídicos dos órgãos governamentais e de empresas privadas e a progressiva dependência da sociedade em relação à lei para a resolução de disputas⁴. Por compreenderem que suas ações serão, em última instância, avaliadas com base nos padrões previstos por lei, os comandantes buscam, naturalmente, obter orientações jurídicas, para certificar-se de que estão em conformidade e evitar serem responsabilizados legalmente. No meio castrense dos Estados Unidos da América

(EUA), isso significa maior dependência de pareceres e orientações dos advogados e da assessoria jurídica das Forças.

Preocupar-se mais com os aspectos legais é uma tendência louvável. Gera uma oportunidade para o diálogo e a análise das situações, reconhecendo que um advogado tem uma importante perspectiva profissional a oferecer, “para melhorar as chances de que [o comandante] entenda os aspectos não cinéticos de uma ação, antes de empregar soluções cinéticas”⁵. Com uma análise jurídica, as discussões e a consideração de alternativas, efeitos e resultados levam a melhores decisões. De modo geral, consideramos admirável essa ampliação do alcance do Estado de Direito. Melhor ser regido por alguma forma de direito consuetudinário do que pelos caprichos de um ditador — como afirmado por muitos, recentemente, na “Primavera Árabe”. É louvável, portanto, o papel do assessor jurídico no esforço militar.

Contudo, faz-se necessária uma análise mais aprofundada, para considerar em detalhe as limitações desse aporte legal. Este artigo examinará:

- A substituição da ética pela lei.
- As limitações da visão jurídica.
- Como a ética profissional militar (EPM) complementa a análise jurídica.

A Substituição da Ética pela Lei

Percebe-se o perigo crítico de se substituir a ética pela lei no refrão: “Se for legal, então não deve haver problema!” No trato com clientes, um advogado do meio civil quase sempre constata que, sendo legalmente admissível, um ato será considerado satisfatório e, assim, executado sem hesitação, independentemente de haver algum conflito moral. Edmond Nathaniel Cahn propôs que o direito consiste na personificação de nossos

A. Edward Major, advogado no setor civil há 25 anos, tem ávido interesse na interação entre o Direito e questões de segurança nacional e em como aprimorá-la, tendo publicado artigos sobre o tema. Está habilitado para prestar serviços

nos Estados de Nova York, Nova Jersey e Flórida, nos Estados Unidos da América, assim como na Inglaterra e no País de Gales. Um de seus filhos é oficial do Exército dos EUA, da Arma de Engenharia.

valores morais e que os tribunais são os fóruns adequados para o julgamento moral⁶. Contudo, o refrão citado ressalta a incompletude da lei. De que modo a avaliaríamos, se não sob uma ótica moral?⁷ Sem uma análise moral externa ao direito, perderíamos boa parte de nossa capacidade para evoluir e enfrentar novos desafios. Sem uma análise moral independente, perderíamos boa parte do ímpeto para modificar leis e corrigir desequilíbrios. Ser legal não significa, necessariamente, ser moral e a lei nem chega a tratar de muitas das questões desse âmbito.

Para ilustrar esse ponto, basta observar o grande passatempo estadunidense de “driblar” o pagamento de impostos. O Código de Regulamentos Federais dos EUA é bastante claro ao proibir que profissionais baseiem seus pareceres na probabilidade de haver auditoria sobre as declarações de imposto (ou seja, de avaliar as chances de seus clientes “escaparem impunes”). O Código prevê: “Ao avaliar as questões tributárias federais, contempladas no parecer, o profissional não deve levar em consideração a possibilidade

de que uma declaração de imposto de renda não seja submetida a uma auditoria; de que questões específicas não sejam levantadas em auditorias; ou de que eventuais problemas sejam resolvidos mediante acordo, caso constatados”⁸. Contudo, é difícil encontrar tal comedimento no parecer de um consultor.

Normalmente, os clientes exigem e obtêm pareceres baseados na probabilidade de que haja uma auditoria, mesmo que os consultores não incluam esse fato por escrito. Conforme dito por um renomado consultor tributário, sob condição de anonimato: “Todo cliente precisa de dois consultores: um para orientá-lo sobre como a lei é e outro para dizer-lhe como gostaria que a lei fosse; o cliente poderá, então, escolher que conselho seguir”.

Considere-se como a lei colidiu com a ética quando nipo-americanos foram enviados para campos de internamento durante a Segunda Guerra Mundial. Essa medida estava em plena conformidade com a lei, mas dificilmente a consideraríamos algo moralmente correto. Caso



Exército dos EUA, Sgt Curt Cashour

O Comandante do 4º/31º Batalhão de Infantaria explica as parcerias com as Forças do Iraque ao então Gen Div Ray Odierno, Comandante do Corpo Multinacional no Iraque (centro), acompanhado por seu Comandante de Brigada e por um Comandante de Batalhão iraquiano, 04 Mar 07, na Base de Operações Avançada de Youssifiyah, Província de Salah ad Din, Iraque.



Um capitão da Assessoria Jurídica da 3ª Divisão de Infantaria do Exército dos EUA e seu intérprete atendem a um casal iraquiano que solicita pagamento de indenização. Base Conjunta de Balad, 19 Set 10.

nossa bússola moral se transforme em mera consulta jurídica, o resultado frequentemente será o de “uma ‘evasão de responsabilidade’, com a utilização de fórmulas legais detalhadas no lugar de uma... fórmula moral”⁹.

Muitos questionam se a missão especial de busca de Osama Bin Laden em Abbottabad, no Paquistão, estava em conformidade com o direito internacional. Contudo, a maior parte da população estadunidense concorda que ela foi moralmente correta, independentemente de atender ou não às normas do direito internacional¹⁰. As leis que tratam do assunto são conflitantes, variando conforme o foco recaia sobre a violação da soberania nacional paquistanesa ou sobre a importância de Osama Bin Laden ter encontrado uma área segura naquele país. Do ponto de vista jurídico, ambos os argumentos são convincentes — mas a maioria dos estadunidenses simplesmente não se importa. A necessidade moral de eliminar Bin Laden sobrepujou qualquer questão hermética de legalidade. No caso dos campos de internamento, durante a Segunda Guerra Mundial, algo que era

legal não era moral. No caso de Bin Laden, o que os Estados Unidos fizeram foi considerado moral, independentemente de ser ou não legal¹¹.

Um outro exemplo da incerteza da lei é o fato de que a política de transição, tanto no Iraque quanto no Afeganistão, ressalta diferentes papéis para ela:

Existe uma diferença significativa entre os requisitos de policiamento [de uma força militar] no [curto prazo] após uma intervenção e os de longo prazo. O policiamento de estabilização prioriza a prevenção de crimes violentos, dando menor consideração a ações penais dentro do Estado de Direito. O policiamento de base comunitária [de longo prazo] prioriza a integração da força policial na comunidade, sua profissionalização e a rigorosa conformidade com o Estado de Direito¹².

Essas diferenças são confirmadas por “trocas” entre “segurança e direitos humanos” e entre “paz e justiça” na evolução de políticas¹³. Portanto, é preciso que o comandante entenda quando ocorre a transição e reconheça que o contexto do parecer jurídico varia (embora a lei, em si, seja a mesma). Há muitas considerações relevantes à aplicação da lei, influenciadas, em parte, pelo papel das Forças Armadas na situação em pauta.

O mundo continua a enfrentar outra questão complicada: o sistema jurídico convencional será capaz de lidar efetivamente com o terrorismo? Por exemplo, no Reino Unido, em 2008, houve acalorados debates públicos e no Parlamento sobre uma proposta do governo que tencionava prolongar o período durante o qual um suspeito poderia ser mantido sob custódia policial, sem indiciamento formal. Depois de finalmente aprovada na Câmara dos Comuns, a medida foi pronta e fortemente rejeitada na Câmara dos Lordes. Toda essa questão demonstrou a falta de consenso sobre como se deveria julgar a gravidade da ameaça terrorista jihadista e que ferramentas deveriam ser colocadas à disposição das autoridades de segurança para combatê-la. Em setembro de 2009, o Parlamento determinou que fosse feita uma análise independente sobre o funcionamento da “Ordem de Controle” (que envolvia a vigilância eletrônica e as restrições de movimento de suspeitos), após decisões judiciais negativas. Surgiram divergências

entre os Poderes do governo e em meio ao público. Claramente, a lei não dispõe ainda de uma resposta adequada à ameaça do terrorismo e pode levar algum tempo para que se obtenha um consenso — se é que isso acontecerá.

Outras questões — como, por exemplo, quando invocar a Lei de Poderes de Guerra; a legalidade dos encarceramentos e dos interrogatórios em Guantánamo; a regra de necessidade ou proporcionalidade no emprego de força; e as circunstâncias nas quais as chamadas “leis do 11 de Setembro” são válidas — continuam a demandar tempo e análises detalhadas para que se possa entender seu significado e como utilizá-las com o desenrolar de novos acontecimentos¹⁴.

Essas não são situações isoladas ou tampouco atos de pessoas mal intencionadas. São o resultado natural de se substituir a análise moral pela análise jurídica — e não podemos dizer que isso nos surpreenda. Decorrem de uma desconexão com nosso sentido interno sobre o que é certo e o que é errado, que torna as pessoas insensíveis quanto aos seus valores e ações¹⁵. Em um simpósio sobre Ética Militar, realizado recentemente no Forte Leavenworth, um dos mais ilustres estudiosos do tema afirmou: “Muitos dos oficiais mais antigos com quem falo acreditam que ‘ética’ equivale à ‘lei’, visão que é reforçada pelo fato de serem os integrantes da assessoria jurídica os que ministram instruções sobre ética na

Força”¹⁶. Essa observação demonstra a sutileza da confusão e uma tendência para se basear na lei. Passar de um processo decisório baseado na sabedoria, experiência e ética para uma excessiva dependência em relação à lei é algo bastante conveniente e comum na sociedade em geral. No contexto militar, uma dependência como essa retira parte da autoridade do comandante, transferindo-a para um auxiliar especializado, o assessor jurídico, que não dispõe de perícia em todo o conjunto de considerações necessárias.

Mesmo ante a incapacidade de se chegar a um consenso para lidar com as Regras de Engajamento (RoE, na sigla internacionalmente conhecida) e o terrorismo, a lei tem passado a orientar a resolução de questões éticas também nessas áreas. Essa movimentação em direção à lei representa uma preguiça cultural, na qual os problemas não são enfrentados diretamente com uma análise ética abrangente, mas entregues a advogados e ao ordenamento jurídico, com vistas a uma resolução. A questão “o que *devemos* fazer?” se converte em “o que podemos fazer legalmente?” A análise do que pode ser feito em termos legais não leva em consideração outros aspectos relevantes da moral, diplomacia, política, opinião pública nacional e relações com a população do país anfitrião¹⁷. Tampouco contempla o que é mais importante para o cumprimento da missão. É simplesmente uma forma mais rápida de lidar com a situação, sendo

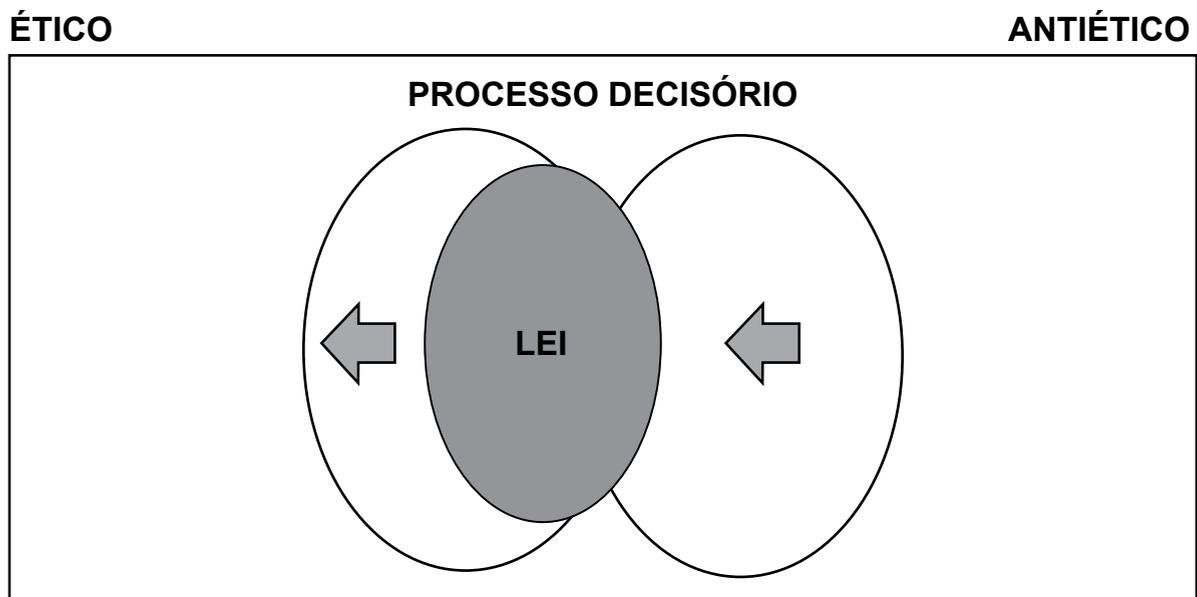


Figura 1. A lei como filtro parcial contra o comportamento antiético.

a análise relegada a outra pessoa, geralmente um assessor jurídico. Alguns podem até considerar, erroneamente, que apoiar-se no parecer de advogados significa absolver-se de culpa quanto às consequências de más decisões, embora a lei estabeleça especificamente o contrário¹⁸.

A lei constitui um substituto inadequado para os nossos valores e nosso juízo pessoal, e nunca se destinou a isso. Ela reflete a história parcialmente, incorporando, muitas vezes, uma reação a acontecimentos recentes. Na maioria das vezes, é justa; algumas vezes, porém, ela é injusta. É frequentemente incompleta, lidando apenas com as questões particulares, nela codificadas, sem tratar das demais. Por meio desse sistema, a lei visa a modificar e a guiar atividades futuras. Quando aplicada de forma ideal, a lei serve de filtro para a conduta antiética — a Figura 1 ilustra isso. A lei é importante como filtro e é eficaz na prevenção de muitos comportamentos antiéticos, mas não lida com *todos* eles nem vai além do que foi nela contemplado. Pode ser, ainda assim, de importância ética.

A lei oferece um entendimento conciso e judicioso sobre a ética por meio de seu próprio sistema, mas previne apenas alguns

***Um advogado bem treinado
seleciona os fatos, escolhendo
apenas os que se relacionam
aos critérios previstos na lei.
Os demais são ignorados.***

dos comportamentos antiéticos. Não é capaz de alcançar a totalidade de questões oferecida por uma boa análise sobre ética conduzida durante o planejamento da missão, pelos comandantes. Não devemos permitir que a lei nos leve a abandonar outras considerações e valores que julgamos importantes. “A prática essencial de todo profissional é o exercício de seu critério profissional”¹⁹. Ao basearem suas decisões apenas no parecer do assessor jurídico, os comandantes abrem mão de seu *status* profissional, o que muito difere de apenas ser assessorado. Não desejamos

que se torne uma política da Força retirar dos comandantes a autoridade para utilizar sua própria bússola moral. Estes devem resguardar-se contra essa “prestidigitação” intelectual e contra a crescente disposição da sociedade para utilizar pareceres jurídicos no lugar de uma análise moral detalhada — particularmente no ambiente operacional, onde as responsabilidades são, às vezes, descomuns. Embora quase sempre utilizem sua autonomia para desafiar o parecer do assessor jurídico, os comandantes precisam permanecer em alerta quanto à crescente tentação social para basear-se excessivamente na lei.

Limitações da Análise Jurídica

“Considerando as limitações dos nossos vários sistemas de justiça penal, estamos frequentemente em desvantagem para lidar com ameaças mundiais”²⁰. Nossos esforços sofrem “restrições legais, morais e éticas às suas ações defensivas, as quais muitos de [nossos] adversários não enfrentam”²¹. Essa advertência, feita pelo Diretor do Escritório Federal de Investigação (*Federal Bureau of Investigation — FBI*) — um advogado, franco defensor do Estado de Direito —, também se aplica ao Direito dos Conflitos Armados. É um alerta sobre os efeitos de um processo decisório tornado mais formal e submisso a normas legais, que pode engessar a reação a um inimigo flexível e livre dessas sutilezas. O uso excessivo da lei formaliza o raciocínio em vez de capacitar nossos comandantes a pensarem de forma criativa, ampla e crítica²².

O foco ocasionalmente restrito da assessoria jurídica. Na época em que eu cursava a faculdade de Direito, muitos de meus colegas brincavam sobre como havíamos entrado na universidade para expandir a mente, mas que o estudo das leis nos dava a impressão de estarmos colocando antolhos. Faz sentido: a análise jurídica visa a focalizar os fatos conforme apresentados e a relacioná-los à legislação aplicável. Poucos alunos discutiam “certo” e “errado” em termos mais amplos que os ditados pela lei escrita. *Um advogado bem treinado seleciona os fatos, escolhendo apenas os que se relacionam aos critérios previstos na lei. Os demais são ignorados.* Esse foco representa o entendimento e a contribuição particulares oferecidos pela *Profissão Jurídica*.

A lei pode estar desatualizada. Embora reflita, de modo geral, os valores de uma sociedade, a lei

às vezes apresenta uma defasagem, com relação a questões atuais. Eventualmente, são necessários anos para que os temas tratados em um processo judicial sejam finalmente definidos. Alguns a criticam, alegando que ignora as condições de combate do século XXI e coloca um fardo injusto nos ombros dos militares em campanha, impondo mais do que possa ser legitimamente exigido deles²³. Embora os desafios do campo de batalha mudem com grande rapidez, as leis que regem a guerra e os militares são “leis de segurança nacional relativamente imutáveis. [Nos EUA], a maior parte do nosso arcabouço jurídico foi desenvolvido depois da Segunda Guerra Mundial ou da Guerra do Vietnã. É muito difícil para o nosso Congresso legislar [alterar] algo — incluindo a extensão do orçamento por mais uma semana. Por essa mesma razão, a atualização de tratados é muito difícil — já que são necessários 67 votos para sua aprovação”²⁴.

O foco jurídico pode se converter em mera “obediência a regras”. A sociedade emprega a força impositiva da lei para manter seus integrantes dentro dos limites da conduta aceitável.

A capacidade de obrigar, punir e impor normas sociais é a força por trás de seu poder. O efeito acaba sendo, às vezes, o de mera “obediência a regras”²⁵. Essa abordagem é inadequada para guiar os militares na zona de combate indefinida e em rápida mutação dos conflitos recentes e das guerras não declaradas. É preciso considerar, ainda, que a mente humana submetida à tensão provocada por ameaças letais não funciona de modo ideal, mas que, ao mesmo tempo, o corpo precisa agir de modo rápido e instintivo. Considerando o fato de que muitos de nossos soldados atuam sem supervisão nas atuais missões de combate, a ameaça de punição legal oferece pouco estímulo²⁶.

A aplicação da lei é retrospectiva e não se baseia em aspirações, ao contrário da ética, que é motivacional e voltada ao futuro, um guia



Um capitão de corveta da assessoria jurídica da 1ª Divisão do Corpo de Fuzileiros Navais dos EUA verifica a identidade de um ex-detento iraquiano na Prisão de Abu Ghraib, no Iraque, 06 Jun 09.

CFN dos EUA, Sgt Buzz Farrell

para o comportamento atual e posterior. Para ser válida, uma análise jurídica precisa considerar uma ocorrência e um dano real. Os tribunais estadunidenses tipicamente se recusam a aceitar competência sobre causas, a menos que estejam “maduras”, isto é, que um dano real tenha ocorrido²⁷. Assim, a orientação dada por um assessor jurídico sobre uma possível missão não possui a autoridade da lei nem constitui mais do que um parecer, por mais profissional que seja. É apenas *depois* que o dano ocorre que há um conjunto de fatos “maduros”, que precisam ser examinados e julgados, para só então se tornarem válidos. É tentador receber um parecer e, por ele



Exército dos EUA. Sgt. Tim Ortiz

Uma capitão de corveta da Marinha dos EUA, integrante da Assessoria Jurídica do Corpo Multinacional no Iraque, conversa com o mestre de obras da construção de um novo fórum no Distrito de At Tannumah, em Basra, Iraque, 21 Ago 08.

ter sido elaborado por um advogado, conferir-lhe mais peso do que merece.

Os pareceres jurídicos podem estar excessivamente concentrados em suposições. Um advogado é treinado para identificar problemas e, portanto, uma de suas contribuições é a análise do que pode dar errado durante a missão. Eventualmente, o comandante pode sentir-se paralisado com todas as hipóteses legais que um advogado é treinado para identificar, o que inibe sua capacidade para tomar uma decisão e gera uma inércia institucional²⁸. O comandante deve, portanto, permanecer atento contra o uso excessivo da assessoria jurídica ao conduzir suas operações, evitando basear-se exageradamente em sua suposta autoridade.

O fato de uma ação ser legal (como, por exemplo, responder a disparos recebidos) não a torna ética²⁹. Houve vários casos, por exemplo, em que militares tomaram a iniciativa, ignoraram seu direito legal à autodefesa individual e coletiva e se colocaram em risco, para que civis não fossem feridos³⁰. Ao não exercer o instinto humano básico de autoproteção e seu direito legal de responder ao

fogo inimigo, os militares estadunidenses estão mostrando a importância de sua ética individual e os hábitos culturais que a sustentam.

A prática local e o direito internacional complicam a análise jurídica. Em determinadas situações, o alcance da necessária análise pelo assessor jurídico engloba “conhecer o país anfitrião e os objetivos de seu governo, os objetivos de segurança nacional dos EUA e o objetivo da missão individual”³¹. O direito internacional também pode fazer parte dessa complicada análise. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos definiu — e frequentemente concede — uma “margem de apreciação”, para determinar a prática local quanto a questões como estados de emergência e assuntos militares, mesmo quando há supostas violações de direitos humanos³². No caso das RoE, há a exigência de que elas “evoluam com os requisitos da missão e sejam adaptadas à sua realidade. As RoE devem consistir em um instrumento flexível, concebido para melhor apoiar a missão nas várias fases operacionais, devendo refletir mudanças na ameaça”³³.

A exigência profissional de aporte moral. Nos EUA, uma exigência pouco conhecida de muitos Ordens dos Advogados estaduais e do Modelo de Regras de Conduta Profissional proposto pela Ordem dos Advogados de âmbito nacional é a de prestar uma “assessoria franca”, isto é, a de fornecer contexto nas análises apresentadas aos clientes. Embora um aconselhamento franco não exija uma análise ética, o comentário sobre a Regra recomenda: “Ao prestar [tal] aconselhamento, um advogado *poderá* referir-se não apenas às leis, como também a outras considerações, como fatores *morais*, econômicos, sociais e políticos que possam ser relevantes à situação do cliente”³⁴. A Ordem aconselha os advogados a fornecerem aos clientes mais do que uma estrita análise da lei e a inserir as questões em seu contexto mais amplo³⁵. Reconhecendo que um aconselhamento restrito e técnico talvez seja de pouca utilidade ou até enganoso para o cliente, o comentário oficial afirma, ainda, que “[c]onsiderações morais e éticas afetam a maioria das questões jurídicas, podendo influenciar, de modo decisivo, [a forma] como a lei será aplicada”³⁶. O reconhecimento dessa relação de causa e efeito deve estimular os advogados a expressarem sua percepção moral e a incentivarem que os comandantes levantem as questões morais de seu ponto de vista. Caso isso não esteja acontecendo, os comandantes devem exigir tal aporte de seus assessores jurídicos.

A importância da interação entre o comandante e o assessor jurídico. A demanda de que o assessor jurídico empregado em uma missão forneça pareceres abalizados e úteis sobre ações planejadas ou concluídas — especialmente em zonas de combate — é, com efeito, difícil de cumprir com a necessária fluidez, fundamentação acadêmica e sutileza. Em situações incertas e de rápida evolução, que incluem sutilezas fora dos limites do direito civil normal e nas quais não há tempo ou recursos para uma pesquisa detalhada ou cooperação, o assessor jurídico enfrenta mais limitações do que ele (ou o comandante) talvez esteja disposto a reconhecer. Sendo treinados para basear-se e concentrar-se na lei, os advogados nem sempre a examinam plenamente nem revelam essas limitações. Poucos advogados do setor privado orientam os clientes a consultarem sua própria bússola moral ao receberem conselhos jurídicos — da mesma forma que ocorre,

por vezes, com os assessores jurídicos, com relação aos comandantes, nas operações. Esses advogados presumem que a lei já engloba nossas considerações morais de um modo objetivo, mais detalhado e uniformemente aplicado. As considerações morais dos clientes, por outro lado, são, de modo geral, pessoais e subjetivas. Além disso, dizem, uma análise ética separada tornaria a própria lei irrelevante³⁷.

Esses argumentos são coerentes, mas por que não revelar a dificuldade em prestar uma assessoria completa aos clientes, em especial aos comandantes, e lembrá-los de buscar outras considerações de ordem ética? Essa visão demonstra, claramente, a necessidade de que os comandantes *reúnam o pacote completo de conselhos dos vários integrantes do estado-maior*, aliando-o à sua própria bússola moral, e exerçam a autoridade de seu comando. Os comandantes são cuidadosamente selecionados para suas funções, com base no desempenho e nas decisões demonstradas ao longo de muitos anos de serviço, lidando justamente com questões como essas.

Muitos assessores jurídicos têm relacionamentos próximos com seus comandantes e, como parte de seu estado-maior, são capazes de oferecer um assessoramento franco e com um contexto, em seus pareceres³⁸. Também têm um papel no processo decisório: o Chefe da Junta de Chefes de Estado-Maior determinou que todos os planos de operações sejam analisados por advogados e que estes participem das reuniões para planejamento e seleção de alvos, nos estados-maiores. Além disso, as Convenções de Haia e de Genebra contêm disposições de difusão, que incentivam o envolvimento de assessores jurídicos em questões relacionadas às RoE. Uma disposição do Protocolo I, de 1977, das Convenções de Genebra de 1949 — a qual, embora não tenha sido ratificada pelos Estados Unidos, é considerada declaratória do direito internacional consuetudinário nessa questão — menciona, expressamente, o papel dos “assessores jurídicos”³⁹. Mesmo com essas exigências de participação, o assessor jurídico atua segundo as necessidades e o desejo do comandante. Este pode simplesmente decidir não aceitar seu parecer. O mantra é: “O assessor jurídico aconselha, mas é o comandante quem decide”⁴⁰. Na prática, os assessores, como os demais integrantes do

estado-maior, influenciam apenas na medida em que seu parecer é incorporado na decisão tomada pelo comandante⁴¹. A Lei Goldwater-Nichols confirma essa estrutura organizacional⁴². Ocorre o mesmo no relacionamento entre advogado e cliente, no setor privado. Embora cada Força Singular possua suas próprias normas, baseadas no Modelo de Regras proposto pela Ordem dos Advogados dos EUA, este artigo utiliza as do Exército, com respeito aos assessores jurídicos⁴³. As Forças Armadas também recomendam que estes forneçam uma “avaliação franca, corajosa... que não se deixem afetar pela possibilidade de que o parecer desagrade o cliente”⁴⁴.

Os comandantes também têm uma responsabilidade para com os assessores jurídicos, caso esperem receber pareceres confiáveis. Dentre todos os militares no terreno, apenas o comandante dispõe de acesso a todos os fatos relevantes. “Caso distorcidos ou incompletos, seja por negligência ou — pior — por intenção, os fatos podem invalidar até mesmo a melhor análise jurídica”⁴⁵. Até mesmo o comandante mais disposto pode não entender quais são os fatos necessários, de modo a transmiti-los ao seu assessor jurídico, e vice-versa. Portanto, para ser efetivo, esse assessor deve contar com a confiança do comandante⁴⁶. Este último, por sua vez, deve proporcionar acesso às informações necessárias ao primeiro, de modo que ele possa oferecer um parecer jurídico completo⁴⁷. Para conquistar essa confiança, os assessores jurídicos se beneficiariam de uma compreensão do Direito Internacional dos Conflitos Armados, das Regras de Engajamento e dos desafios do combate assimétrico. Um parecer inadequado, decorrente de uma falta de entendimento dos fatos legalmente relevantes ou de uma atitude excessivamente protetora ou conservadora, pode pôr em risco a vida de soldados e/ou impedir o cumprimento de uma missão válida. Também pode sujeitar o comandante, seus subordinados e até mesmo o assessor jurídico à investigação e responsabilização penal⁴⁸.

Escassez de tempo e recursos para a pesquisa do assessor jurídico. Outra limitação a ser considerada é que a complexidade de algumas questões e os conhecimentos de um assessor jurídico, em particular, talvez requeiram pesquisa e cooperação com outros advogados⁴⁹. Em muitas circunstâncias, isso talvez não seja possível. Por exemplo, embora a Carta da Organização das

Nações Unidas não restrinja o direito inerente à autodefesa individual e coletiva, o Tribunal Internacional de Justiça ainda hesita quanto a esse direito se aplicar ou não ao enfrentamento de atores não estatais⁵⁰. Como um assessor poderá apresentar um parecer sobre uma questão tão importante para os atuais conflitos no Iraque e no Afeganistão, sem acesso a materiais de pesquisa adequados e/ou colegas especializados no assunto? Os assessores jurídicos empregados na zona de combate, que talvez possuam melhor consciência situacional que seus colegas com apenas um entendimento indireto, têm poucas verdadeiras oportunidades para tal pesquisa e colaboração. As limitações decorrentes do ritmo operacional, da localização ou da logística são inevitáveis⁵¹. Os assessores que estão fora da área de operações têm o problema oposto, carecendo de “conhecimentos sobre o terreno”. Portanto, o comandante encarregado das operações deve avaliar se seu assessor jurídico está apto a oferecer um parecer adequado, especialmente em uma situação de emergência⁵².

A imprensa também tem seu efeito próprio, distinto, que pode ou não refletir essas normas culturais gerais e não pode ser previsto pela lei. Muitas das reportagens na imprensa e as opiniões, normas e sistemas por ela expressos são conflitantes, mas um comandante deve considerá-los e tomar decisões em meio a essa complexidade e, em última instância, assumir responsabilidade intransferível por elas⁵³. Isso significa que um comandante que se baseie inteiramente no parecer de um assessor jurídico o fará por sua própria conta e risco. Embora a utilização do parecer jurídico constitua um fator atenuante, é o comandante quem toma a decisão final, permanecendo pessoalmente responsável por ela, por mais justificada que seja⁵⁴.

Um exemplo histórico. Abraham Lincoln, o “santo padroeiro” de muitos advogados, entendia a limitação da lei, quando comparada com nossa estrutura moral. Em um discurso proferido em 1854, sobre a recém-promulgada Lei Kansas-Nebraska, que permitia a expansão da escravidão, ele anteviu a importância desse tema ao afirmar: “Esses princípios [expansão da escravidão e preocupações éticas relacionadas] estão em eterna oposição; e quando impelidos rumo a uma colisão tão forte por algo como a

expansão da escravidão, é inevitável que haja incessantes choques, espasmos e convulsões em seguida. Revoguem o Compromisso de Missouri, revoguem todos os acordos, revoguem a Declaração da Independência, revoguem a história; mesmo assim não poderão revogar a natureza humana. A abundância do coração do homem continuará a afirmar que a expansão da escravidão é errada e, dessa abundância do coração, sua boca continuará a falar”⁵⁵. A Lei Kansas-Nebraska não só era lei, como também refletia a vontade da maior parte da população; contudo, aos olhos observadores de Lincoln, ela era antiética e, portanto, ele não poderia apoiá-la. Foi necessária uma tragédia nacional — a Guerra Civil — para que a questão fosse finalmente corrigida.

A tendência para a regulamentação legal predomina até entre os comandantes no terreno, que podem ter questões mais urgentes em mente, como, por exemplo, lidar com engajamentos do inimigo! Contudo, a lei não funciona particularmente bem em situações em que o tempo

é escasso. A realização de uma análise completa leva tempo. Consultar um assessor jurídico pode provocar um grave atraso e restringir a iniciativa no caos do combate ou nas operações de contingência. Às vezes, as exigências da situação e as necessidades do comandante podem impossibilitar uma consulta completa. Essa é outra limitação que ele deve considerar ao analisar um parecer jurídico⁵⁶.

O comandante no terreno deve ter a autoridade para tomar decisões rápidas e empregar a força letal, mesmo com o risco de errar. É a natureza de uma profissão inerentemente perigosa, que combate ameaças perigosas, em um mundo perigoso. Os EUA não medem esforços e recursos (incluindo a exposição de nossos militares ao perigo) para evitar destruição desnecessária de propriedade e minimizar o número de baixas entre os nossos militares, aliados e até entre os inimigos. Contudo, também pretendemos conceder aos comandantes plena autoridade para concluir sua missão e proteger os militares que colocamos em risco.

Exército dos EUA, Sgt Martin K. Newton



O Comandante do 2º Grupo de Artilharia, da 2ª Equipe de Combate de Brigada, repassa o planejamento de uma operação conjunta com o Gen Ali Jasim Mohammed (no centro, à esquerda), Comandante de uma Brigada do Exército iraquiano, em Lutiafiyah, Iraque, 16 Abr 07.

As demandas muitas vezes desnorteantes enfrentadas pelos advogados, exacerbadas pelas limitações impostas a um assessor jurídico, às vezes tornam impraticável oferecer pareceres e orientações completas. É preciso que os comandantes reconheçam isso. Os assessores devem ter o cuidado de apresentar uma ressalva inicial, explicando que, embora um parecer se baseie nas “melhores informações disponíveis”, ele não chega a ser a opinião bem fundamentada que eles gostariam de oferecer. Não obstante, o sistema jurídico analisará as decisões dos comandantes, dos assessores jurídicos e dos militares em geral, mesmo em tempo de guerra, estando eles como nunca sujeitos à responsabilidade legal. Essa é, cada vez mais, a realidade das demandas sociais impostas ao sistema e o risco inerente que o comandante deve aceitar ao assumir o comando.

Basear-se exageradamente na lei não fornece uma resposta clara nem trata adequadamente de

questões éticas. Ao contrário, a boa liderança é um “esporte de equipe”, que alcança efetividade mediante a compreensão das limitações do aconselhamento do assessor jurídico, assim como a confiança, o respeito e a interdependência entre todos os oficiais de estado-maior e sua visão coletiva, além da contribuição advinda da própria avaliação e ética do comandante.

Como a Ética Profissional Militar Complementa a Análise Jurídica

Embora a lei não seja um substituto para a moral, as avaliações sobre questões éticas oferecem um complemento que torna a análise do comandante mais abrangente. Como ele deve se preparar para atuar em um ambiente onde erros e abusos no emprego de força têm consequências extremamente graves e estão sujeitas à análise jurídica? Existe um modo de adotar uma abordagem híbrida, operando dentro



Exército dos EUA. Cb William Henry

Um Assessor Jurídico da Força-Tarefa Cyclone, no Afeganistão, discute os planos para a construção de uma prisão no Distrito de Tagab Valley com o Presidente do Tribunal da Província de Kapisa, 25 Ago 09.

da lei, mas também aprimorando o diálogo com análises éticas para que se tomem decisões de combate mais bem informadas?

Simultaneamente com a tendência geral da sociedade para uma dependência maior em relação à lei, há um compromisso crescente das Forças Armadas dos EUA para com a EPM⁵⁷. A EPM representa a ética da Profissão das Armas. O programa foi amplamente incentivado dentro das Forças Armadas estadunidenses, sendo descrito da seguinte forma, recentemente: “Uma ética exemplar é [uma] necessidade para toda Profissão das Armas, dada a letalidade inerente em suas práticas. As Forças Armadas precisam estabelecer e impor uma ética que governe a cultura e as ações dos profissionais individuais, para inspirar o desempenho exemplar, a fim de zelar pela integridade da profissão”⁵⁸. Os profissionais militares têm a obrigação dupla de conservar um elevado senso de dever e de proteger e supervisionar seus recursos e habilidades letais, que não podem ser compartilhados com o resto da sociedade. É a obediência ao contrato que têm com a sociedade, segundo o qual os comandantes estão autorizados a valer-se de seu julgamento profissional.

A EPM é definida da seguinte forma: “um conjunto de valores e princípios morais comuns, explícitos e implícitos, destinados a guiar a conduta dos profissionais militares no desempenho de seu dever”⁵⁹. Em outras palavras: “nossa ética profissional militar é o sistema de padrões e princípios morais que definem nosso compromisso para com o país e nossa conduta em seu serviço”⁶⁰. O alcance de sua avaliação é maior que o de uma análise jurídica, concentrando-se em nos inspirar, de modo a estimular certos comportamentos, em vez de controlá-los por meio de sanções⁶¹. “Em vez de restringir a conduta de profissionais militares, [a abordagem de aspiração moral da EPM] visa a inspirá-la [e] a apelar às virtudes marciais consagradas, internas à profissão militar. Quando internalizadas, essas virtudes se transformam nos mecanismos sociopsicológicos que impregnam de qualidades moralmente redentoras um fenômeno que, em outras circunstâncias, seria moralmente repreensível (matar e morrer)”⁶². Esses “valores individuais e institucionais [transmitidos por meio das sessões de instrução sobre ética] são

mais importantes que as restrições legais ao comportamento moral”⁶³. E isso se deve, em grande parte, à complexidade e ritmo de combate e ao papel do comandante. Qualquer advogado sensato reconhecerá que não há leis que possam cobrir todas as contingências de um determinado assunto, especialmente no caos do combate.

Com a EPM, o comandante exemplar inspira e motiva, com sua conduta e com o reforço positivo, e ajuda os subordinados a alcançarem seu melhor desempenho e a estarem prontos para ir “além do dever”. Essas ações são “as aspirações morais dos militares... a virtude e a honra marciais tradicionais”⁶⁴. Contudo, essas aspirações devem estar presentes para motivá-los a realizar o extraordinário: matar e serem mortos — sem perder sua bússola moral, mantendo-a alinhada com nossa cultura⁶⁵. Além disso, “a formação de parcerias e a assimilação de facções no sistema são de extrema importância para estabelecer as condições para a experimentação e a assunção de riscos”⁶⁶. Assim, os comandantes capazes integram diversas habilidades ao formularem sua percepção interna da ética durante o processo decisório.

Em geral, as análises éticas são tão difíceis quanto uma boa luta de boxe. É natural querer evitá-las, da mesma forma que se busca esquivar de um soco. Contudo, ao conduzir o processo decisório, a maioria das pessoas ainda almeja agir com base em princípios e respeito. Nossa sociedade diversa, na qual convivem muitas normas culturais diferentes, exige que utilizemos nosso próprio senso de ética e que tomemos tais decisões levando em conta uma ampla gama de fatores.

A ética, por definição, envolve uma busca interna e profunda da própria alma e sistema de valores, assim como uma análise abrangente das normas culturais, ambiente político, legislação e implicações das próprias ações em relação às da Unidade, das Forças Armadas, do país e do inimigo e à opinião mundial. “A reflexão sobre a [EPM] amplia as considerações normais e convida os oficiais de todos os escalões a pensar sobre os sistemas que eles controlam ou sob os quais atuam e a explorar os comportamentos que incentivam, permitem e recompensam”⁶⁷.

A EPM instrui o próprio senso de ética do comandante e seu respectivo elemento subjetivo

e desenvolve uma liderança melhor. Mediante a EPM, o comandante pode aproveitar as habilidades de liderança e a ética pessoal para abordar fatos sobre o comando, como o moral, os suprimentos, as condições climáticas e a fadiga, que são menos compreendidas por um assessor jurídico, ainda que ele esteja incorporado à Unidade.

É necessário árduo trabalho mental e espiritual para tomar decisões éticas, assim como muito treinamento. Quanto mais elevado o escalão de comando, maior será a responsabilidade de zelar pela ética do grupo⁶⁸. Entre outras responsabilidades, a “[EPM] deve ser reforçada nas operações diárias, os comandantes devem atuar como mentores de seus subordinados e explicar como ela determina suas decisões e as políticas da Unidade. Conservar o entendimento e o significado da ética profissional militar é de responsabilidade dos comandantes”⁶⁹. Decisões éticas devem advir do funcionamento interno, dos hábitos naturais e da identidade dos comandantes. Os que vivem sua EPM interna demonstram uma aspiração moral e se tornam “instrumentos poderosos de influência social ao esclarecerem [aos que estejam sob seu comando] quais são suas obrigações morais e que comportamentos são valorizados... e quais são inaceitáveis... Uma vez que as Unidades militares normalmente contam com processos de socialização bem organizados, nossa expectativa é... que essas influências sejam especialmente poderosas”⁷⁰. O comandante não apenas dá a cadência, como também “estabelece as condições para que os integrantes do grupo reforcem os comportamentos éticos uns dos outros”⁷¹.

A EPM engloba diversas categorias de valores e padrões, incluindo os Valores do Exército, o Etos do Guerreiro, o Credo do Sargento, o Credo do Soldado e o compromisso ao assumir um cargo. A EPM combina esses e outros valores da cultura militar, criando um todo coeso. Coletivamente, esses valores e padrões fornecem princípios que guiam as decisões dos comandantes, reconhecendo o poder letal controlado pelas Forças Armadas⁷². Tais valores e padrões funcionam de modo semelhante à ética na profissão legal, sendo complementares. A EPM também estabelece os padrões para a Profissão das Armas, que complementam a própria lei. O crescente foco na EPM por parte das Forças Armadas e a dependência cada vez maior em

relação à lei estão ocorrendo de forma simultânea, como que para se complementarem, mutuamente. O intercâmbio desses respectivos valores, culturas e conhecimentos especializados ocorre todas as vezes em que o comandante e o assessor jurídico se comunicam, durante o processo decisório. Observa-se uma coerência maior quando eles aproveitam os conhecimentos um do outro. Essa interação é particularmente importante em uma época em que as ações do comandante e do assessor jurídico estão, mais do que nunca, sujeitas ao escrutínio público — o que ocorre cada vez mais prontamente. Para operar segundo nosso ordenamento jurídico, estrutura de autoridade e liberdade de imprensa, o comandante precisa ser incentivado a verificar as ações e aspirações contempladas em relação à legislação aplicável.

Conclusão

Apesar das questões relativas à lei apresentadas neste artigo, não há um modo prático de prosseguir em missões de combate no atual ambiente sem uma consulta jurídica, feita de boa fé. Este artigo não condena comandantes que consultam seus assessores jurídicos repetidas vezes, mas os incentiva a, ao mesmo tempo, utilizar sua própria bússola moral e seu conhecimento situacional no processo decisório. Desejamos preencher a atual lacuna referente à instrução sobre o uso do assessor jurídico e estimular os comandantes a aplicarem sua própria ética, considerando que muitos de seus desafios não são previsíveis. O fato de que os comandantes possuem a liberdade para agir em conformidade com suas crenças pessoais, com base na Ética Profissional Militar, é de extrema importância. Isso é necessário para a liderança efetiva dos que estão sob seu comando e é a única forma de conferir aos comandantes a autonomia para tomarem decisões rápidas e acertadas. Com base na cooperação, o comandante deve avaliar um parecer jurídico cuidadosamente, considerando, também, as contribuições dos demais integrantes do estado-maior, sua própria EPM e os vários outros aspectos inerentes a decisões em operações de combate, sendo o principal deles o risco à missão e às tropas e a forma de minimizá-lo. É um diálogo complicado, mas necessário.

O parecer de um assessor jurídico serve mais para validar a própria análise ética, bem pensada,

do comandante. Se esta estiver em conformidade com o parecer jurídico e com as opiniões dos demais oficiais de estado-maior, a missão deverá prosseguir. Contudo, se houver divergências, o comandante deve analisá-las antes de transmitir suas ordens, se possível. Por fim, a lei é complicada e requer tempo para que o comandante e o assessor jurídico possam analisá-la; a lei é uma fonte inadequada e incompleta de orientações, quando a situação exige uma decisão imediata. Para proteger nossas liberdades — e a dos outros —, a lei deve ser e será utilizada para analisar infrações significativas, tendo um importante papel no processo decisório. Este artigo oferece uma advertência contra uma *dependência excessiva* em relação a pareceres jurídicos.

Na prática, as decisões de comando não são, evidentemente, baseadas em aportes unilaterais. O parecer do assessor jurídico tampouco é oferecido no estrito âmbito da lei, sem a luz clara da realidade. De modo geral, os comandantes de operações baseiam-se em diversas contribuições para tomar suas decisões: ordens dos superiores, relatórios de Inteligência, caráter e condição das tropas, condições no terreno, requisitos de suprimento e um senso pessoal de ética. Os assessores jurídicos tampouco são “autômatos”, especialmente quando incorporados às Unidades, possuindo uma compreensão sobre as necessidades do combate que transcende o texto dos livros de direito. Podem ser “multiplicadores de força”, ao ajudarem os comandantes a pensar de forma criativa, buscando alianças estratégicas, sugerindo ideias inovadoras e evitando erros⁷³. Reconhecendo as limitações da lei, advogados podem assessorar seus comandantes com uma interpretação profissional da legislação aplicável, que inclua o entendimento de que a lei não satisfaz a padrões morais. Esse esmero complementa a aplicação da EPM por parte do comandante. Isso contribuirá para o êxito das nossas operações militares e protegerá melhor os militares que arriscam suas vidas ao executá-las.

Como alertou um de meus professores: “O fato de haver injustiças e problemas no nosso sistema não significa que devemos descartar todo o processo. Como advogados, temos sempre o dever de fazer o melhor possível, aprender com os inevitáveis erros e aprimorar o processo. Faz parte da própria natureza do processo legal e do governo

no mundo do direito consuetudinário. Nossas leis nunca poderão aspirar a possuir a infalibilidade das leis de Deus”⁷⁴. A natureza da lei é que ela deve se autocorriger continuamente, mediante a repetida análise de novos fatos e decisões prévias.

Portanto, é preciso entender as contribuições e a falibilidade da lei, confrontando seus erros continuamente. Se acreditamos no Estado de Direito, devemos desenvolver um quadro de assessores jurídicos sofisticados e experientes, que entendam sua função de assessoramento ao comandante, enxergando seus pareceres como parte do processo decisório e não como um esquema sob o qual todos os demais precisem trabalhar; incentivando os comandantes a conduzir análises do ponto de vista da ética, ao mesmo tempo em que oferecem um aconselhamento franco. Os comandantes devem entender que o parecer do assessor é apenas uma opinião, embora profissional e digna de cuidadosa consideração. O comandante detém a autoridade final e é quem possui a visão mais ampla da situação e dos fatos aplicáveis; maior acesso a pareceres externos, incluindo o jurídico; e a responsabilidade final pelas decisões tomadas.

Nunca foi tão importante que as ações dos comandantes fossem baseadas na ética. Um artigo de primeira página do caderno de domingo, do jornal *The New York Times* (21 Ago 11), de autoria de William Deresiewicz e intitulado “An Empty Regard”, começa da seguinte forma: “Atualmente, não há símbolo mais sagrado na vida estadunidense que a farda militar”. Acrescenta: “As Forças Armadas são capazes; são a única instituição — decerto a única instituição pública — que ainda parece funcionar. As escolas, as rodovias, o correio; a Amtrak, a FEMA, a NASA e a T.S.A.— sem falar nos bancos, nos jornais, no sistema de saúde e, sobretudo, no Congresso — nada parece funcionar mais, com exceção das Forças Armadas, o único sinal remanescente da grandeza estadunidense”⁷⁵. Gostemos ou não, há um dever social na atualidade, que é, sem dúvida, o grande motivador dos integrantes das Forças Armadas. Reconhecendo as novas responsabilidades colocadas nos ombros dos nossos militares, confio que eles possam viver à altura desse padrão, mesmo enquanto o resto de nós está condenado a prosseguir do jeito que for. **MR**

REFERÊNCIAS

1. U.S. Army, Field Manual (FM) 1-04, *Legal Support to the Operational Army* (Washington, DC: U.S. Government Printing Office [GPO] (2009), par. 1-5 a 11; MCMMASTER, H.R. “The Role of the Judge Advocate in Contemporary Operations: Ensuring Moral and Ethical Conduct During War”, *The Army Lawyer* (May 2011): p. 35; LUBAN, David. “Lawfare and Legal Ethics in Guantánamo”, *60 Stanford L. Rev.*, 1981, at 1999 (2008); SULMASY, Glen; YOO, John. *Challenges to Civilian Control of the Military: A Rational Choice Approach to the War on Terror*, *54 UCLA L. Rev.*, 1815, at 1838-842 (2007).
2. National Defense Authorization Act, Independent Review Panel to Study the Relationship between Military Department General Counsels and Judge Advocates General, Section 574 (15 Sept. 2005).
3. Aceso answers.com, “What role does law play in society?” (2011).
4. ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE UNITED STATES COURTS, *2010 Annual Report of the Director: Judicial Business of the United States Courts* (Washington, DC: GPO, 2011), 12-14 (aumento no número de processos instaurados).
5. TURNER, Cel Clarence D. Comunicação com o autor, 1 dez. 2011.
6. CAHN, Edmond Nathaniel. *The Moral Decision: Right and Wrong in the Light of American Law* (Bloomington: Indiana University Press, 1981, original publicado em 1955).
7. BENTHAM, Jeremy. *Of Laws in General*, ed. Hart, HLA (1970) e BICKENBACH, Jerome E. “Law and Morality” In *Law and Philosophy*, vol. 8, no. 3 (1989): 291.
8. 31 CFR 10.35(c)(3)(iii) (2002).
9. ZELIKOW, Philip. “Legal Policy for a Twilight War”, Annual Lecture to the Houston Journal of International Law (2007). Matthew Moten, *The Army Officers’ Professional Ethic, Fort Leavenworth Ethics Symposium: Exploring The Professional Military Ethic: Symposium Report*, 28 (November 2010).
10. MACDONALD, Alastair. “Analysis: Bin Laden again unites, then divides, U.S. and Europe”, *Reuters* (5 May 2011), disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2011/05/05/us-binladen-europe-usa-idUSTRE74406C20110505>>.
11. SHINE, Al. Conversa com o autor, 3 jan. 2012.
12. SIMONS, Cel Arthur D. Center for the Study of Interagency Cooperation, *Interagency Handbook for Transitions* (2011), p. 11-13.
13. *Ibid.*, p. 24.
14. Sendo a principal delas a legislação do “Patriot Act”, de 2001 — Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001, Public Law 107-56 of October 26, 2001; 115 STAT. 272.
15. Embora o objetivo deste artigo não seja o de definir as causas para a crescente dependência em relação aos assessores jurídicos, podemos citar algumas das muitas hipóteses. A relutância de alguns líderes — militares e políticos — em subscrever os erros dos subordinados e em tentar identificar um culpado pode ser uma razão. Alguns dizem que é o envolvimento da imprensa, em que as opiniões dos jornalistas são imprevisíveis e detêm grande influência sobre a opinião política. Outros alegam um excessivo envolvimento político nas decisões militares (ex.: Vietnã e, mais recentemente, a descrição do General Clark sobre seu comando no Kosovo, em que todas as decisões sobre seleções de alvo exigiam a aprovação tanto do Presidente Clinton quanto do Secretário-Geral da OTAN, Javier Solana, assim como de advogados estadunidenses e europeus). CLARK, Wesley K. *Waging Modern War* (New York: Public Affairs, 2001). Outros comandantes talvez busquem a segurança oferecida por um parecer jurídico que apoie sua ação (ou inação). Outros, ainda, alegam que o combate por uma coalizão requer um envolvimento da área jurídica, uma vez que os políticos de todos os países participantes desejam proteger-se de repercussões políticas. Navegar as leis dos países participantes e anfitriões pode ser uma enorme tarefa. O número de advogados do Exército cresceu para 3.400, segundo o site Army JAG Corps (acesso em 7 dez. 2011).
16. COOK, Martin L. *Professional Ethics Across the Career Spectrum* (Fort Leavenworth Ethics Symposium: Exploring the Professional Military Ethic: Symposium Report, November 2010), p. 8.
17. ZELIKOW, Philip. “Legal Policy for a Twilight War” (Annual Lecture to the Houston Journal of International Law, 2007).
18. JUDGE ADVOCATE GENERAL’S SCHOOL, Charlottesville, VA, *Operational Law Handbook*, 35 (2010).
19. HANNAH, Sean T. Comunicação com o autor, 7 dez. 2011.
20. MUELLER III, Robert S. Address before the National Symposium for United States Court of Appeals Judges, Washington, DC, 4 Nov. 2011.
21. KOCHEMS, Alane. *No More Secrets: National Security Strategies for a Transparent World*, March 2011, p. 2.
22. MCCAULEY, Dan. “Design: Thinking, Not Process”, *Small Wars Journal* (2011): 1-2, et seq.
23. Consulte, em geral: DUNLAP JR., Charles J. *Law and Military Interventions: Intervening Humanitarian Values in 21st Conflicts, Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference*, Kennedy School of Government, Harvard University, Washington, DC, 29 Nov. 2001.
24. KOH, Harold. “International Lawyering for the U.S. Government in an Age of Smart Power”, Address to Annual Review Conference of The Standing Committee on Law and National Security of the American Bar Association, 1 Dec. 2011.
25. JENNINGS, Peter L.; HANNAH, Sean T. “The Moralities of Obligation and Aspiration: Towards a Concept of Exemplary Military Ethics and Leadership”, *Military Psychology* (2011): 23-1, p. 5; consulte MACINTYRE, A.C. *After Virtue* (IN: University of Notre Dame Press, 2007).
26. *Ibid.*, p. 23-12.
27. *Golden v. Zwickler*, 394 U.S. 103, 89 S. Ct. 956, 22 L. Ed. 2d 113 (1969). IMIOLA, Brian; CAZIER, Danny. “On the Road to Articulating Our Professional Ethic”, *Military Review* (September 2010): p. 14-16. O raciocínio é que é impróprio que um tribunal gaste tempo em um debate teórico antes que haja um problema real. Ademais, o julgamento prévio priva os tribunais da oportunidade de analisar um conjunto de fatos concretos na atual controvérsia diante deles.
28. FISTER, Gen Div Bruce. Comunicação com o autor, 19 Nov. 2011.
29. Esse é o direito intrínseco de autodefesa. Chairman of the Joint Chiefs of Staff Instruction 3121.01B (2005); United Nations Charter, Art 51.
30. CASLEN, Robert. Comunicação com o autor, 13 Nov. 2011. 18. JUDGE ADVOCATE GENERAL’S SCHOOL, Charlottesville, VA, *Operational Law Handbook*, Art 71 (2010). Consulte, também, CAMPBELL, Donovan. *Joker One* (New York: Random House, 2009), p. 128. “As operações descentralizadas das nossas frações requerem decisões de vida ou morte, a serem tomadas pelos nossos militares mais jovens, com consequências significativas o suficiente para a primeira página do jornal *New York Times*. Nós os chamamos de ‘cabos estratégicos’. Mas o que direciona essas decisões são os valores nestes incutidos: valores que fazem parte da cultura do Exército e da nossa ética castrense. E são integrados na nossa instrução e demonstrados pela nossa liderança. Mas isso acaba servindo de base para o comportamento ético — ou não.”
31. CASTIGLIONE-CATALDO, Ann. “The Judge Advocate’s Dual Mission in a Low Intensity Conflict Environment; Case Study: Joint Task Force-Bravo, Where “Can I ‘Shoot the Prisoners?’ Is Never the Question” (thesis presented to the Judge Advocate General’s School, United States Army, 1991). Cf. PEREZ JR., Celestino. *The Army Ethic and the Indigenous Other: A Response to Colonel Matthew Moten’s Proposal, Fort Leavenworth Ethics Symposium: Exploring the Professional Military Ethic: Symposium Report* (November 2010), p. 255-68. O parecer de um assessor jurídico deve levar em consideração a política, permanecendo, porém, livre de um viés político. Joint Publication (JP) 3-07, 8.02.3, Drafting Considerations; e JENSEN, Eric Talbot; CORN, Geoffrey. “The Political Balance of Power Over the Military: Rethinking the Relationship Between the Armed Forces, the President, and Congress”, *44 Hous. L. Rev.*, 553, 571-76 (2007). A compreensão de *ius cogens*, princípios do direito internacional que são tão fundamentais que nenhum país pode ignorá-los, seria uma parte hermética, mas necessária da análise do assessor jurídico.
32. Consulte, por exemplo, Case of Klass, 28 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1978) (national security); Ireland v. U.K., 25 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1978) (state of emergency).
33. JP 3-07, 8.02.2, Purposes of ROE.
34. ABA Model Rules of Professional Conduct, Rules 1.1 and 2.1 (2004) (grifo do autor).
35. Por outro lado, alguns advogados consideram que uma “análise das leis” inclui mínimas considerações éticas. Segundo essa interpretação, uma “estrita análise da lei” satisfaz o requisito de prestação de “assessoria franca”. Consulte, também, CAHN.
36. ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 2.1 (2004) (grifo do autor). Reconhecendo a exigência de uma “assessoria franca”, sua profundidade varia muito, dependendo do tipo de advogado. Alguns advogados são, efetivamente, independentes e separados de questões internas, podendo ter dificuldades em conectar-se com os problemas do cliente, para realmente oferecerem conselhos com total franqueza. Os assessores jurídicos frequentemente fazem parte do processo decisório, recebem amplo acesso a informações e são incumbidos de oferecer decisões éticas. Eles contam, muitas vezes, com bom acesso a informações, por meio de sua experiência direta e fontes sigilosas. Esse alinhamento de interesses pode conferir ao comandante um grau de confiança raramente disponível a um advogado na iniciativa privada. HILBOLDT JR., James S. Esq., Senior Counsel, International,

Raytheon Company, Comunicação com o autor, 16 ago. 2011.

37. GRAHAM, Cel David E., da Reserva Remunerada, Executive Director, The Judge Advocate General's Legal Center and School, U.S. Army, Comunicação com o autor, 1 dez. 2011. Consulte, também, CAHN.

38. Consulte U.S. Army, Army Regulation 20-1, 27-1, 165-1, and 360-1 (Washington, DC: GPO). JOINT CHIEFS OF STAFF, *Doctrine for the Armed Forces of the United States*, V-15 (2007).

39. JP 3-07, 8.2.1, *Commander's Responsibilities*.

40. GRAHAM.

41. NATIONAL DEFENSE UNIVERSITY, Norfolk, VA, Joint Forces Staff College, *The Joint Staff Officer's Guide* (2000), 1-45. Nesse ambiente, o assessor jurídico é obrigado a manter-se profissionalmente independente do comandante — por vezes, uma tarefa difícil.

42. *Goldwater-Nichols Department of Defense Reorganization Act of 1986*, 10 USC Sect 161 et seq. (2006), consulte NATIONAL DEFENSE UNIVERSITY, Norfolk, VA, Joint Forces Staff College, *The Joint Staff Officer's Guide*, 1-31 (2000).

43. Consulte também: "regulations on government lawyers", 28 U.S.C. 530B e "implementing regulation", 28 CFR 77.

44. U.S. Army Regulation 27-26, *Rule of Professional Conduct for Lawyers* (Washington, DC: GPO), r 2.1 Comment. Consulte também r 8.5(f) (exigência que a conduta dos assessores jurídicos esteja em conformidade com sua respectiva Força Singular e com a Ordem de Advogados de seu Estado).

45. MILLER, Kenneth F., Esq., Comunicação com o autor, 20 nov. 2011.

46. GARRETT, James F. *Necessity and Proportionality in the Operation Enduring Freedom VII Campaign* (U.S. Army War College, Carlisle Barracks, PA, 2008).

47. *Ibid.*

48. Segundo o direito internacional, os precedentes estabelecidos nos tribunais de Nuremberg sujeitam os assessores jurídicos à responsabilidade penal. Consulte Uniform Code of Military Justice [UCMJ] Art 92 (2002); Center for Professional Responsibility, American Bar Association, *ABA Model Rules of Professional Conduct*, Rules 1.1 and 2.1; and Cf. Milan Markovic, *Can Lawyers Be War Criminals?* 20 Geo. J. Legal Ethics, 347, 359 (2007) and Cf. *Three Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council, Law No. 10*, at 1083 (1951). Na iniciativa privada, os clientes raramente solicitam conselhos éticos de seu advogado. Não têm, em geral, a expectativa de buscar um advogado para esse tipo de parecer. Igualmente, fora as regras escritas que determinam a obrigatoriedade de oferecer "assessoria franca", a Ordem dos Advogados não incentiva a prestação de orientações éticas, e o assunto é raramente discutido. As diversas faculdades de Direito das Forças Armadas dos EUA enfatizam muito a importância de fornecer conselhos éticos aos comandantes de operações. FM 27-100, *Legal Support to the Operational Army* (Washington, DC: GPO, 1 March 2000), p. 1-5. Por exemplo, um assessor jurídico seria considerado responsável caso se constatasse que ela havia ajudado um cliente a cometer um crime ou por abandono do dever. UCMJ Article 92 (2002). Isso pode ocorrer quando o assessor jurídico (1) tem certas obrigações, (2) conhece ou deva, razoavelmente, conhecer tais obrigações e (3) tenha abandonado — intencionalmente, por negligência ou ineficiência culposa — o desempenho dessas obrigações. Cf. DIROCCO, Scott A. "Holding the Line: Understanding the Role of Independent Legal Counsel in Command Decision-Making", *Army Law*, p. 3, p. 19 (December 2010). Ademais, um assessor jurídico seria considerado legalmente responsável caso não denunciasse uma violação do direito de guerra ou iniciasse a devida investigação. *Ibid.*, p. 3, p. 18-20. Consulte também: THE DEPARTMENT OF JUSTICE, Office of Professional Responsibility Final Report, "Investigation into the Office of Legal Counsel's Memoranda Concerning Issues Relating to the Central Intelligence Agency's Use of 'Enhanced Interrogation Techniques' on Suspected Terrorists", 29 Jul. 2009. Analisou-se se, naquele caso, os advogados do Departamento de Justiça prestaram conselhos efetivos ou ultrapassaram os limites aceitáveis. Os dois advogados investigados foram inocentados, mas o fato de que seus pareceres foram objeto de tamanha análise e divulgados ao público é interessante, se não notável. Às vezes, a discussão ética entra, sutilmente, no parecer jurídico, mesmo com advogados da iniciativa privada, em uma análise custo-benefício. Em um processo de divórcio, por exemplo, mesmo que deteste fazer exortações morais, um advogado pode dar o seguinte conselho ao cliente: "Caso faça um esforço especial e abra mão de algum direito, talvez crie menos tumulto e obtenha uma paz mais duradoura. Essa ação pode, por sua vez, representar um passo rumo a evitar uma longa batalha pela guarda de seus filhos". Mills Rouse, Esq., advogado do setor privado, Comunicação com o autor, 3 ago. 2011.

49. BOVARNICK, Jeff A. Foreword to *2010 Manual for Military Commissions, The Army Lawyer* (2010), p. 1.

50. Consulte International Court of Justice (ICJ), Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for advisory opinion), par. 139, 9 Jul. 2004. International Court of Justice, Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran versus United States of

America), par. 36, (atendendo ao padrão de "necessidade" antes de empregar a força em defesa própria), Par. 51, 64 e 78. A autodefesa só é permitida quando um "ataque armado" ou uma "agressão" são cometidos contra um Estado, e não em resposta a atos de violência indiscriminados que possam lesar vários Estados [como as minas instantâneas colocadas em linhas de navegação internacionais e mísseis disparados contra navios de várias nacionalidades], e a defesa contra tais atos deve voltar-se apenas contra outro ator estatal), 6 Nov. 2003. Com efeito, muitos acadêmicos estadunidenses acreditam que o Tribunal Internacional de Justiça está recompensando os agressores e punindo os que estão engajados em defesa própria. MOORE, John Morton. Use of Force Decisions of the International Court of Justice: Triumph or Tragedy, 5 Dec. 2011.

51. DIROCCO, Scott. *Holding the Line: Understanding the Role of Independent Legal Counsel in Command Decision-Making, The Army Lawyer* (December 2010), p. 2.

52. Um antigo assessor jurídico (na Reserva, oferece um conselho prático: "Constatarei que, no ambiente militar (e decerto na iniciativa privada), quase sempre o trem anda rápido demais. Caso eu queira que meu parecer seja escutado, preciso estar nesse trem. Nessas situações, ofereço a melhor orientação possível, informando o comandante, porém, que meu parecer é limitado pelo tempo que tive para pesquisar o tema". FEIGHNY, Michael. Esq., Senior civilian attorney for the Corps of Engineers, Seoul, Korea, *Correspondence*, 26 Nov. 2011.

53. Judge Advocate General's School, Charlottesville, VA, *Operational Law Handbook* (2010), p. 35.

54. JENNINGS; HANNAH, 23-2. Algo pode ser legal e ético, mas impróprio em nossa cultura. Pode representar um novo modo de pensar ou uma mudança. Uma determinada cultura pode atacar coisas novas ou desconhecidas com argumentos éticos ou morais (ou até legais) quando, na verdade, o comportamento é simplesmente diferente. KOLDITZ, Cel Thomas A., Chefe do Departamento de Ciência Comportamental e Liderança e Diretor do Centro de Liderança, da Academia Militar de West Point, Comunicação com o autor, 27 jul. 2011. Consulte também: The Constitution of the International Military Tribunal art 1, 8 ago. 1945.

55. Discurso proferido em Peoria, IL, 16 out. 1854.

56. FEIGHNY, e DIROCCO, p. 2.

57. Fort Leavenworth Ethics Symposium: Exploring the Professional Military Ethic: Symposium Report (November 2010). Cf. CASEY JR., George W. "Advancing the Army Professional Military Ethic", *Joint Force Quarterly*, 3d Quarter (2009): p. 14-15. Cf. CASLEN JR., Robert L.; ANDERSON, Erik. "Reconnecting With Our Roots Reflections on the Army's Ethic", *Military Review* (September 2010): p. 114-15.

58. HANNAH, DOTY, JENNINGS, *Building Moral Character for an Era of Persistent Conflict and Beyond*, Center for the Army Profession and Ethic, U.S. Military Academy (2011), p. 23.

59. JENNINGS; HANNAH, 23-2.

60. CASEY, p. 14.

61. JENNINGS; HANNAH, 23-6.

62. *Ibid.*, p. 23-5. Consulte, também: SNIDER, Don M.; OH, Paul; TONER, Kevin. "The Army's Professional Military Ethic in an Era of Persistent Conflict", *Professional Military Ethics Monograph Series*, 1 (October 2009), p. 1-30.

63. MCMASTER, p. 37, p. 61.

64. JENNINGS, HANNAH, p. 23-2.

65. *Ibid.*, p. 23-4.

66. RICHARDSON IV, John B. *Real Leadership and The U.S. Army: Overcoming A Failure of Imagination to Conduct Adaptive Work* (December 2011), p. 18.

67. COOK, Martin L. *Professional Ethics Across the Career Spectrum* (Fort Leavenworth Ethics Symposium: Exploring the Professional Military Ethic: Symposium Report, November 2010), p. 13.

68. *Ibid.*, p. 14. Cf. MAJOR, A. Edward; DEREMER, Lee; BOLGIANO, David G. "Fixing the Rudder Post on a Rudderless Ship: The Need for Ethics Training of Strategic Leaders", em via de publicação, *Proceedings*.

69. CASLEN; ANDERSON, p. 115; THOMAS, Diltrice M. "Exploring the Professional Military Ethic", Command and General Staff College Foundation News, no. 10 Military Ethic", *Command and General Staff College Foundation News*, no. 10.

70. JENNINGS; HANNAH, 23-13. Consulte, também: SALANICK, G.R.; PFEFFER, J. "A Social Information Processing Approach to Job Attitudes and Task Design", *Administrative Science Quarterly*, 23 (1978): p. 224-53.

71. *Ibid.*

72. CASEY, p. 14-15.

73. BOLGIANO, p. 10.

74. HOEBEL, E. Adamson, Esq., "Law and Anthropology" (lecture, University of Arizona, Tucson, Winter, 1974).

75. *New York Times*, 21 August 2011, Sunday Review Section, p. 1.