

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**ORDEM, PODER E VALORES: LEGITIMIDADE, LEGITIMAÇÃO
E O USO DA FORÇA NO DIREITO INTERNACIONAL
CONTEMPORÂNEO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Ari Marcelo Solon

Candidato: Rogaciano Bezerra Leite Neto

Faculdade de Direito da USP

São Paulo

2009

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**ORDEM, PODER E VALORES: LEGITIMIDADE, LEGITIMAÇÃO
E O USO DA FORÇA NO DIREITO INTERNACIONAL
CONTEMPORÂNEO**

**Dissertação apresentada ao Departamento
de Filosofia e Teoria Geral do Direito como
requisito parcial para a obtenção do título
de Mestre em Direito.**

Orientador: Professor Associado Ari Marcelo Solon

Candidato: Rogaciano Bezerra Leite Neto

Faculdade de Direito da USP

São Paulo

2009

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu orientador, Ari Marcelo Solon, pela confiança na minha capacidade, mesmo quando acerca dela eu hesitava, e pela inestimável contribuição à minha formação intelectual. Por ser um Virgílio sem um Dante à altura.

Agradeço também aos professores Samuel Rodrigues Barbosa e Pedro Dallari, pelas valiosíssimas contribuições dadas ao meu exame de qualificação.

Também sou grato a todos os professores que me ajudaram ao longo da minha vida acadêmica, em especial ao saudoso professor Guido Fernando Silva Soares.

Agradeço pelo incentivo, amizade e lealdade, ao meu amigo Silvano.

Agradeço à grande ajuda dada por meu amigo Aaron, sempre prestativo nos momentos mais conturbados.

Agradeço pelo apoio incondicional, pelo carinho e pela compreensão, à minha namorada Raquel.

Agradeço à minha mãe, a maior responsável por tudo o que alcancei até hoje, e aos meus irmãos Cibele e Juca.

RESUMO

Este trabalho procura investigar a revitalização da teoria da guerra justa nas suas formas tradicional e na Filosofia Política Contemporânea. Assim como a sua influência, dentro de um fenômeno amplo de moralização do Direito Internacional Público, acerca dos casos polêmicos sobre o uso da força armada, em especial as intervenções humanitárias e a legítima defesa antecipatória.

Analisa a recepção destas idéias na doutrina do Direito Internacional, da Filosofia do Direito Internacional e nas Comissões Internacionais que trataram do uso da força armada nos últimos anos.

Conselho de Segurança – guerra justa – intervenção humanitária – legítima defesa – Michael Walzer

ABSTRACT

This work wants to investigate the revitalization of the theory of just war in its traditional way and in Contemporary Political Philosophy. As such as its influence, inside the matter of moralization of International Law, on the polemical cases about the use of armed force, especially humanitarian interventions and anticipatory self-defense.

Analyses the reception of these ideas on the doctrine of International Law, Philosophy of International Law, and International Commissions which dealt with the use of armed force in the last years.

Security Council – just war – humanitarian intervention – self-defense – Michael Walzer

ÍNDICE

PARTE I

Introdução

Capítulo 1 – A tradição da teoria da guerra justa: continuidades e discontinuidades

1.1 Considerações preliminares sobre a guerra

1.2 Definição de guerra

1.4 Breves notas sobre o status da guerra em algumas civilizações antigas

1.4 Considerações introdutórias à tradição da teoria da guerra justa

1.5 A guerra justa em Roma: o *jus fetiale* e a concepção de CÍCERO

1.6 A concepção cristã-medieval de guerra justa: AGOSTINHO e TOMÁS DE AQUINO

1.6.1 A contraposição com o pacifismo do cristianismo primitivo

1.6.2 AQUINO: o sistematizador de AGOSTINHO

1.7 A dissolução da *Respublica Christiana* e os fundadores do Direito Internacional Público: as mudanças na teoria da guerra justa

1.7.1 Contextualização do debate: brevíssimas notas sobre a conjuntura histórica

1.7.2 Observações prévias sobre o debate

1.7.3 Francisco de VITÓRIA e Alberico GENTILI: o debate entre as tradições escolástica e humanista da teoria da guerra justa

1.7.4 Hugo GROTIUS e Emer de VATTEL: apogeu e declínio da teoria da guerra justa no Direito das Gentes Clássico

Capítulo 2 – O Direito Internacional Público Contemporâneo e o uso da força: a construção do modelo da Carta da ONU

- 2.1 O Pacto Briand-Kellog: a proscrição da guerra nas relações internacionais
- 2.2 A Carta da ONU e o uso da força
 - 2.2.1 Observações preliminares
 - 2.2.2 A proibição do uso da força nas relações internacionais [art. 2º (4) da Carta]
 - 2.2.3 Breves notas sobre a intervenção humanitária
 - 2.2.4 Exceção à proibição do uso da força: a legítima defesa
 - 2.2.4.1 Fontes costumeira e convencional da legítima defesa
 - 2.2.4.2 Controvérsias sobre a extensão do direito à legítima defesa
 - 2.2.4.2.1 A legítima defesa e as *représalias defensivas armadas*
 - 2.2.4.2.2 O debate sobre a legítima defesa antecipatória
 - 2.2.5 A legítima defesa coletiva e a segurança coletiva segundo a Carta da ONU
 - 2.2.5.1 A legítima defesa coletiva
 - 2.2.5.2 O modelo de segurança coletiva segundo a Carta da ONU (capítulo VII)

PARTE II

Capítulo 3 – Legitimidade do uso da força na contemporaneidade: a revitalização da teoria da guerra justa

- 3.1 Guerra justa como guerra lícita na Filosofia do Direito Internacional Público: Hans KELSEN e Norberto BOBBIO
- 3.2 O ressurgimento da teoria da guerra justa na Filosofia Política Contemporânea

- 3.2.1 Considerações preliminares
 - 3.2.1.1 WALZER contra o Realismo Político de TUCÍDIDES
 - 3.2.1.2 Moralidades densa e tênue
 - 3.2.1.3 Teoria da agressão e paradigma legalista
 - 3.2.1.4 Revisões do paradigma legalista: intervenções humanitárias e guerras antecipatórias
- 3.3 A legitimidade contra a legalidade: a revitalização da teoria guerra justa na Filosofia do Direito Internacional Público
- 3.4 A recepção da teoria da guerra justa na doutrina internacionalista.
 - 3.4.1. Aceitação em Richard FALK e Antonio CASSESE
 - 3.4.2. Aceitação para as intervenções humanitárias em Alain PELLET e Pierre-Marie DUPUY
 - 3.4.3 Ceticismo
 - 3.4.3.1 Legalismo
 - 3.4.3.2 Realismo em Hans MORGENTHAU e Michael GLENNON
- 3.5 Recepção nas Comissões Internacionais e no Relatório do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças do Secretário Geral das Nações Unidas
 - 3.5.1. Comissão Independente para o Kosovo e Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal
 - 3.5.2 O Relatório do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças do Secretário Geral das Nações Unidas: *Um Mundo Mais Seguro: Nossa responsabilidade comum*

Considerações Finais

Bibliografia

INTRODUÇÃO

A tensão entre legitimidade e legalidade é um dos problemas mais antigos e difíceis de abordar na teoria política e na Filosofia do Direito. É um embate que nos remete à Antígona e sua defesa das leis eternas em detrimento das leis humanas.

Embora o surgimento terminológico do termo *legitimidade* nos envie ao período Romano, não é nele que vamos buscar sua autonomia conceitual. Conceituar a legitimidade é quase tão difícil como conceituar a justiça. A polissemia do termo chega a desestimular quem pelo tema se envereda.

O objetivo deste trabalho não consiste de forma alguma em pôr um fim a este intenso debate; não almeja conceituar a legitimidade de modo definitivo. Utilizaremos o termo heurísticamente, para obter um fim específico. E este se localiza no Direito Internacional Público e na Filosofia do Direito Internacional Público. Remete às suas origens e perturba a ordem internacional na contemporaneidade.

O Direito Internacional Público era, em suas origens, um Direito da Guerra e da Paz. Seus teóricos pioneiros procuravam investigar, sob o paradigma do Direito Natural, quais guerras eram justas e quais não eram. Havia uma superposição entre moral e direito; o legal também era o justo por uma fundamentação racional ou teológica.

A ascensão do paradigma positivista no Direito Internacional Público, intensificado no século XIX e muito bem analisado por Wilhelm GREWE em *The Epochs of International Law* terminou por separar a Moral e o Direito¹. O direito posto passou a reger o comportamento entre as nações, e não mais o direito natural. O paradigma da legalidade positivada assumiu a dianteira.

A legitimidade, polissêmica que é, possui algumas distintas significações. Pode ser apreendida como relacionada à obrigação político-jurídica na busca da resposta ao questionamento de “por que obedecer?”. Pode também ser entendida como concernente

¹ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*. Translated by Michael Byers. De Gruyter: Berlin/New York, 2000, passim

à realização de princípios de justiça. No primeiro sentido, há uma teoria muito original e importante de Thomas FRANCK, no livro *The Power of Legitimacy Among Nations*.

A legitimidade como espécie de justiça é a acepção com a qual trabalharemos. Mas nosso tema de investigação refere-se ao uso da força no Direito Internacional Contemporâneo. A legitimidade aqui entendida remete ao *jus ad bellum*, parte da teoria da guerra justa tradicional utilizada para se avaliar a justiça das guerras. A distinção da legitimidade e da legalidade é feita com base na distinção lembrada por BOBBIO e Passerin D'ENTREVES de justo título do poder e justo exercício do poder. O justo título estaria fora do paradigma de análise jurídica do uso da força no Direito Internacional Contemporâneo. A legitimidade da guerra não pertenceria ao Direito, mas à Ética.

Todavia, o ápice do legalismo como exigência única e irrenunciável na regulação da conduta estatal entrou em crise com o advento de situações de grande complexidade supostamente não controláveis de modo adequado pelo estrito princípio da legalidade do uso da força. Esta nova conjuntura histórica apresentou-se de forma particularmente problemática com o fim da Guerra Fria e com os novos desafios de segurança relacionados com o megaterrorismo internacional.

Neste sentido, as intervenções humanitárias e o uso preventivo/antecipatório da força passaram a ser defendidos como novas justas causas para guerrear além das regras e princípios reguladores do uso da força impostos pela Carta das Nações Unidas.

Crises humanitárias de repercussão internacional sem precedentes, potencializadas em seu alcance pela universalidade dos meios de comunicação da atualidade representam desafios de amplitude inédita ao paradigma jurídico da regulação do uso da força estatuído em 1945 pelos vencedores da Segunda Guerra Mundial.

A ascensão da proteção normativa aos direitos humanos iniciada com a Declaração Universal de 1948 e complementada e aprimorada pelos Pactos de Direitos Cívicos e Políticos e Econômicos e Sociais de 1966 – assim como pelos tratados mais específicos de proteção – colocou limites ao paradigma não-intervencionista consagrado desde a Paz de Westfália e reafirmado de certo modo pela Carta das Nações Unidas em seu art. 2º (7).

O impasse entre a não-intervenção e a proteção dos direitos humanos atingiu um nível crítico em casos extremos, como no genocídio de Ruanda decorrente dos embates entre hutus e tutsis, no qual morreram 10 mil pessoas por dia durante 90 dias, e na guerra do Kosovo como resposta a uma “limpeza étnica” dos albaneses kosovares pelos sérvios². O princípio da proibição de uso da força instituído no art. 2º(4) da Carta das Nações Unidas, considerado demasiadamente restritivo por parte da doutrina por não conter exceções de qualquer tipo, foi atacado.

Alguns doutrinadores resgataram a defesa da intervenção humanitária apoiadas pelos teóricos pioneiros da guerra justa e fundadores do Direito Internacional Público, assim como por teóricos contemporâneos de enorme prestígio, como Michael WALZER, tão constantemente citado por internacionalistas que se tornou o autor inescapável ao se analisar a revitalização da guerra justa na contemporaneidade. Estes doutrinadores apóiam-se no paradigma da guerra justa para legitimar o uso da força em situações humanitárias destacadamente excepcionais. A elas não se aplicaria o princípio do artigo 2º (4) da Carta. Os critérios de legitimação das exceções recorreram à linguagem da tradição teórica da guerra justa. A influência espalhou-se pela doutrina e por comissões independentes.

No final da década de 90, o tema das intervenções humanitárias parecia tornar-se o mais importante nas questões sobre o uso da força na contemporaneidade. Mas os ataques de 11 de setembro de 2001 e as guerras que deles direta ou indiretamente resultaram (a do Iraque e a do Afeganistão) provocaram o ressurgimento das controvérsias sobre agressão e a legítima defesa. Os neoconservadores responsáveis pela formulação da política exterior norte-americana elaboraram a *Doutrina Bush*, defensora de ataques preventivos contra países considerados do *Eixo do Mal*.

Na doutrina do Direito Internacional, houve tentativas de ampliar as restrições à legítima defesa estabelecidas na Carta da ONU e no Direito costumeiro, mas a maioria dos doutrinadores repudiou a guerra do Iraque, classificando-a como ilegítima e ilegal. Jürgen HABERMAS³, por exemplo, que apoiara a intervenção humanitária do Kosovo baseado no caráter moral que os direitos humanos possuem, posicionou-se de modo

² POWER, Samantha. *Genocídio – A retórica americana em questão*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, pp. 378-444, 502-536.

³ HABERMAS, Jürgen. *Bestialidade e Humanidade: Uma guerra na fronteira entre o Direito e a Moral*. In: *Die Zeit*, nº 18, 29 de abril de 1999.

incisivo contra a Guerra do Iraque, reafirmando sua crença no modelo kantiano de Direito Internacional para a criação de um Estado de Direito cosmopolita.

Esta dissertação discutirá, portanto, a legitimidade da guerra sob a ótica da revitalização da teoria da guerra justa na Filosofia Política e na Filosofia do Direito com novas formulações, como a de WALZER e com o resgate da tradição. Analisaremos, com efeito, a sua recepção na doutrina internacionalista como uma tensão entre a legitimidade e a legalidade no contexto complexo do início do século XXI.

No primeiro capítulo, exploraremos as continuidades e descontinuidades da teoria da guerra justa desde suas origens romana e católica, com CÍCERO e AGOSTINHO, passando pela Escolástica Espanhola Tardia de VITÓRIA, e chegando à sua decadência em VATTEL. Não será um estudo de mera exposição de idéias individualizadas dos autores. O nosso método consiste na formação preferencial de pares de autores para extrair da melhor forma possível a riqueza e a variedade da tradição.

Examinar a tradição possui uma grande importância porque além de ela influenciar as normas jurídicas relativas ao uso da força no Direito Internacional atual, ela também é resgatada pela doutrina como exceções legítimas de uso da força, notadamente no caso das intervenções humanitárias. Ademais, Michael WALZER, debate continuamente com ela – seja para concordar ou discordar dela.

O segundo capítulo é mais dogmático. Analisa a regulação jurídica do uso da força no Direito Internacional Contemporâneo iniciada com o Pacto Briand-Kellogg em 1928 e intensamente complementada, especificada e institucionalizada em 1945, com o advento da Carta da ONU, assim como com Resoluções Posteriores, como a 3314 sobre a Definição de Agressão. É o capítulo que justamente aborda o tema da legalidade para contrapô-lo ao da legitimidade em momento posterior.

E este momento se apresenta no terceiro capítulo. Saímos do plano puramente dogmático-normativo de interpretação dos mecanismos jurídico-institucionais da Carta da ONU e do Pacto Briand-Kellogg para ingressarmos no registro da Filosofia do Direito Internacional Público.

Primeiramente, analisamos por um par entre Hans KELSEN e Norberto BOBBIO a concepção de guerra justa como guerra lícita. Poderiam ambos personificar

a concepção filosófica do positivismo jurídico internacionalista contemporâneo. Ademais, analisamos a perspectiva inescapável sobre o tema da guerra justa: a de Michael WALZER, constantemente mencionado pelos teóricos do Direito Internacional. Depois apontamos a tensão entre legitimidade e legalidade do uso da força na doutrina internacionalista atual como uma expressão da revitalização da teoria da guerra justa, com o devido embasamento filosófico.

Será dada uma preferência por estudos comparados de autores. CASSESE e FALK, no que diz respeito à adesão; Pierre-Marie DUPUY e Alain PELLET, no que se refere à aceitação para as intervenções humanitárias.

Dividiremos os céticos em dois ramos, um amplamente majoritário e o outro incrivelmente minoritário.

O primeiro liga-se ao legalismo, à interpretação restritiva da Carta das Nações Unidas. É incrédula quanto às ampliações trazidas pela incorporação dos princípios da teoria da guerra justa no Direito Internacional Público. Muitos autores terão suas posições confrontadas.

O segundo liga-se ao realismo, cujo ataque desferido não atinge somente a possibilidade de justificação moral da guerra com base naquilo que WEBER denomina de *ética de princípios*, mas também o próprio papel do Direito Internacional na regulação jurídica do uso da força. O método utilizado de análise consistirá na composição de um par de autores, o *funcionalista* e realista político MORGENTHAU, por sua vez profundamente influenciado por SCHMITT, e Michael J. GLENNON, jurista norte-americano adepto das limitações do Direito em favor das prerrogativas do poder.

Por fim, analisaremos em detalhe a recepção dos critérios da teoria da guerra justa nos Relatórios de duas Comissões Internacionais – uma para a crise do Kosovo e a outra para as intervenções humanitárias em geral – e no Relatório do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças do Secretário Geral das Nações Unidas.

Então, chegaremos a algumas conclusões.

CAPÍTULO 1

A tradição da teoria da guerra justa

Continuidades e descontinuidades

1.1 Considerações preliminares sobre a guerra.

As guerras constituíram, em sua dupla dimensão – interna e internacional –, a questão política fundamental do século XX, cujo principal legado foi o paroxismo da mortandade bárbara de toda a história documentada⁴. As duas guerras mundiais abalaram de um modo sem precedentes os alicerces da ordem internacional e suas conseqüências engendraram as maiores transformações jurídico-institucionais no Direito Internacional Público⁵ desde a paz de Westfália, em 1648. No início deste século XXI, caracterizado por uma profunda instabilidade, guerras praticadas em nome da proteção dos direitos humanos e do combate ao terrorismo determinam os maiores desafios à paz e à segurança internacionais.

Mas a suprema importância da guerra perpassa toda a História humana. Um conhecido fragmento de HERÁCLITO, que afirma que “a guerra é de todas as coisas pai, de todas as coisas rei, e uns ela revelou deuses, outros, homens; de uns fez escravos, de outros livres”⁶, destaca bem a sua concepção, entre os Filósofos da Antigüidade, acerca da preeminência da guerra na economia do universo e de seu valor cósmico⁷,

⁴ ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. Brasília: Editora UNB, 1898, p. 9; HOBSBAWM, Eric J. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 21.

⁵ As expressões *Direito Internacional Público* e *Direito Internacional* serão utilizadas indistintamente ao longo do trabalho.

⁶ HERACLITUS. *Fragments*. In: *Readings in Ancient Greek Philosophy – From Thales to Aristotle*. Edited by S. Marc Cohen, Patricia C. Curd, and C.D.C. Reeve. Translated by R. D. Mckirahan Jr. Cambridge: Hackett Publishing Company, 1995, p.33. “Fink: (...) Now war, that is, strife, is named father and king of all things. As the father is the source of children, so is strife (...) Heidegger: When he speaks father and ruler, Heraclitus grasps in an almost poetic speech the sense of the [ultimate principle] of movement (...). The origin of movement is also the origin of ruling and directing”. HEIDEGGER, Martin, FINK, Eugen. *Heraclitus Seminar*. Translated by Charles H. Seibert. Cicago: Northwestern University Press, 1993, p. 24.

⁷ “Contra a tradição dos poemas de Homero e contra a posição de Anaximandro, nas quais a discórdia e a guerra são injustiça, enquanto concórdia e a paz são justiça, Heráclito afirma que a ‘a guerra é a comunidade’, isto é, a guerra é o que põe as coisas juntas para formar um mundo em comum, e, portanto, a luta dos contrários é harmonia e justiça. (...) [A realidade] é inquieta e móvel, tensa,

mas também invoca uma metáfora reveladora de sua importância, repercussão e perenidade desde os primórdios das mais diversas civilizações até os tempos atuais⁸. O fenômeno da guerra “precede o Estado, a diplomacia e a estratégia por vários milênios”⁹.

A palavra guerra advém do germânico *werra*, cujo significado é de combate, discórdia. Já a palavra paz origina-se do termo latino *pax, pacis*¹⁰. A guerra é o termo forte do par formado com o termo paz por denotar o estado de fato existencialmente mais importante¹¹. É o termo independente: a definição de paz pressupõe a da guerra, pois a despeito da definição dada à última, a primeira é concebida ordinariamente como sua cessação, negação ou conclusão¹².

Quem contempla a história da Filosofia Política, verifica a inquestionável preponderância da meditação sobre a problemática da guerra. Esta constitui, ademais, o fenômeno social acerca do qual os filósofos da história mais se perguntam quando investigam o movimento histórico geral. A Historiografia, de seu lado, percebeu, desde a *História da Guerra de Peloponeso* de TUCÍDIDES até *A Era dos Extremos* de Eric

concordante porque discordante, e da guerra nasce a ordem ou o cosmo, equilíbrio dinâmico de forças contrárias que coexistem e se sucedem sem cessar. A unidade do mundo é sua multiplicidade”. CHAUI, Marilena. *Introdução à história da filosofia – Dos pré-socráticos a Aristóteles*. Volume I. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p.82.

⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.492.

⁹ KEEGAN, John. *Uma história da guerra*. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006, p.18. Corroborando esta linha de pensamento, Raymond ARON assevera: “A guerra é de todas as épocas e de todas as civilizações. Os homens sempre se mataram, empregando os instrumentos fornecidos pelo costume e a técnica disponível: com machados e canhões, flechas ou projéteis, explosivos químicos ou reações atômicas; de perto ou de longe; individualmente ou em massa; ao acaso ou de modo sistemático”. ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 1979, p. 169.

¹⁰ MORRIS, Christopher W. *Guerra e Paz*. In: *Dicionário de Ética e Filosofia Moral. Volume 1*. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althoff, Magda França Lopes, Maria Vitória Kessler de Sá Brito, Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 702.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Paz*. In: *Norberto Bobbio: O Filósofo e a Política*, op.cit. p. 318.

¹² “Até hoje a paz nos tem aparecido como *a suspensão, mais ou menos durável, das modalidades violentas da rivalidade entre os Estados*”. ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*, op.cit. p. 169; “De resto, é este o sentido predominante, não só na linguagem literária, filosófica e jurídica, como também na linguagem comum, onde Paz é usada habitualmente como antônimo de ‘guerra’”. BOBBIO, Norberto. *Paz*. In: *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais. Segunda edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 911.

HOBSBAWM, a imensa força que as mais diversas guerras exercem sobre as mudanças históricas¹³.

Comparada à guerra, a paz tornou-se objeto de preocupações teóricas muito mais recentemente, com o projeto filosófico-jurídico para tornar perpétua a paz na Europa do Abade de SAINT PIERRE¹⁴.

Com efeito, o comportamento contrário à moral comum é aquele que precisa de justificação. Neste sentido, a imanência trágica da guerra na história da humanidade, trazendo consigo imensas repercussões morais, jurídicas, políticas, econômicas, sociais e psicológicas, resulta no estímulo às indagações perenes e às mais diversas tentativas de descrição – seja por meio do Direito, da História, da Sociologia ou da Teoria das Relações Internacionais – e de avaliação – seja por meio da Teologia ou da Filosofia Moral¹⁵. Exemplos disto se refletem, por exemplo, na investigação pela psicanálise freudiana das raízes da guerra na própria psique humana e na exploração do tema da guerra na arte.

Sigmund FREUD assinala a correspondência da guerra com as profundezas psíquicas do homem na medida em que ela age como um modo de satisfação de seus inerentes impulsos agressivos cujo controle imposto pela civilização fracassou¹⁶.

De HOMERO a TOLSTÓI, a guerra tem sido tema de fértil exploração literária. No século XX, PICASSO retratou a barbaridade do bombardeio nazista à cidade de Guernica durante a guerra civil espanhola em um painel tornado célebre, e Francis Ford COPPOLA criou, no libelo pacifista *Apocalypse Now*, fruto da adaptação de *O Coração das Trevas* de Joseph CONRAD para a guerra do Vietnã, talvez a mais

¹³ THUCYDIDES. *History of The Peloponnesian War*. Translated by Rex Warner. London: Penguin Books, 1972, passim; HOBSBAWM, Eric J. *The Age of Extremes – A History of the World, 1914-1991*. New York: Vintage Books, 1996, passim.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Paz*. In: *Norberto Bobbio: O Filósofo e a Política*, op.cit. p. 320

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Paz*. In: *Norberto Bobbio: O Filósofo e a Política*, op.cit. pp. 318, 320.

¹⁶ De fato, a civilização impõe ao homem a renúncia à satisfação indiscriminada de sua agressividade instintual por meio de uma autoridade externa e de um processo psíquico de produção de culpa e frustração protagonizado pelo Superego (“a continuação endopsíquica do pai e dos seus sucedâneos no mundo adulto”), que introjeta as restrições daquela autoridade e ocasiona o mal-estar do homem na civilização. ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, pp. 96-113; FREUD, Sigmund. *Civilization and Its Discontents*. In: *The Major Works of Sigmund Freud*. Translated by Joan Riviere. London: Encyclopaedia Britannica, 1952, pp.787 e ss.

profunda e atordoante investigação psicológica sobre o horror moral e a lógica tortuosa da guerra.

1.2 Definição de guerra

Elaborar uma definição de guerra constitui-se em uma tarefa inglória devido à sua imensa complexidade. Neste sentido, conforme leciona Raymond ARON em *Pensar a Guerra, Clausewitz*, a guerra é um camaleão e adquire sempre novas formas, em que o aspecto tecnológico não determina a História, porém transforma as condições de atuação humana¹⁷. Esta condição multifacetada cresceu ainda mais nas últimas décadas em razão do desenvolvimento da tecnologia militar, das estratégias de combate, dos meios de comunicação de massa e do desenvolvimento de alguns campos do conhecimento, como a Psicologia, a Sociologia, o Direito Internacional e a Política Internacional. Nenhuma das tentativas de empreender esta hercúlea tarefa ao longo da História está imune a críticas e não é objetivo deste trabalho trazer uma solução para este vigoroso debate¹⁸.

Duas definições de guerra podem, todavia, ser destacadas no Direito Internacional Público e na Filosofia Política em razão de sua simplicidade, perenidade de seu valor e inegável influência sobre os teóricos contemporâneos do Direito Internacional Público e da Política Internacional: a grociana e a clausewitziana. De fato, a escolha de Hugo GROTIUS e Carl Von CLAUSEWITZ como paradigmas *clássicos* de definição de guerra não foi arbitrária. Além do valor intrínseco de suas contribuições teóricas, ambos são influentes colaboradores, respectivamente, das teorias da guerra justa e da *razão de Estado*, cujo embate pela prevalência nos debates acerca da guerra no continente europeu perdurou por vários séculos.

¹⁷ ARON, Raymond. *Pensar a Guerra, Clausewitz*. Tradução de Elisabeth Maria Speller Trajano. Brasília: Editora UNB, 1986, *passim*.

¹⁸ “A análise da doutrina nos leva a crer que não existe uma definição unívoca de guerra. (...) Assim, a guerra se configura, ao mesmo tempo, como uma espécie de conflito, uma espécie de violência, um fenômeno da psicologia social, uma situação jurídica excepcional e, finalmente, um processo de coesão interna”. GORI, Umberto. *Guerra* in: *Dicionário de Política*. Segunda edição. BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco (orgs.). Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano lo Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro, Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília : Editora UNB, 1986, p. 572.

GROTIUS define a guerra como “um estado de indivíduos, considerados como tais, que resolvem suas controvérsias pela força”¹⁹. Três elementos destacam-se nesta definição: o estado de relações entre entidades – indivíduos, em caso de uma guerra privada, ou coletividades políticas, em caso de uma guerra pública²⁰ –, a concepção de uma resolução de controvérsias e sua qualificação pelo emprego da violência.

Carl Von CLAUSEWITZ concebe a guerra como uma espécie de duelo em escala mais vasta – analogia já apontada por GROTIUS na análise terminológica do vocábulo *bellum* (guerra) e de sua ligação com *duellum* (duelo)²¹ – e define-a como “um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se à nossa vontade”²². Aqui há o destaque para a violência empregada como meio para o alcance de um determinado fim: a subjugação do inimigo²³.

Desta definição, CLAUSEWITZ assinala a tendência de escalada da guerra até sua forma ideal – isto é, absoluta – por meio de uma *dialética da luta* abstrata²⁴ entre os beligerantes na qual a violência termina por não encontrar limites para sua manifestação²⁵. Vale destacar que o estrategista militar prussiano não é um doutrinário

¹⁹ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Volume 1. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, pp.71-72.

²⁰ GROTIUS divide as guerras em públicas, privadas e mistas. Para o jurista holandês, “a guerra pública é aquela que se faz pela autoridade de um poder civil. A guerra privada, aquela que se faz de outro modo. A guerra mista é aquela que é pública de uma parte e privada de outra”. Idem, p.159. O poder civil é o poder soberano. Então, a guerra tem natureza pública quando autorizada pelo poder soberano de um Estado. O uso da expressão “guerra privada” para denominar um conflito entre particulares cuja solução se dá pela força física sem a intervenção de um tribunal, como a legítima defesa no caso de uma injúria física, é uma escolha de GROTIUS, pois não vê diferenças de natureza entre guerras públicas e privadas, embora estas sejam mais antigas. As guerras mistas, por fim, podem incluir um poder soberano de um lado e particulares do outro. GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Volume 1. op.cit. pp.71-72; 159-176.

²¹ Idem, p.72.

²² CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.7.

²³ “A violência – isto é, a violência física (uma vez que a violência moral não existe fora dos conceitos de Estado e Lei) – constitui, portanto, o *meio*, o *fim* será impor a nossa vontade ao inimigo”. Idem, p. 8.

²⁴ “Esta *dialética da luta* é puramente abstrata, e não se aplica às guerras reais, conforme estas ocorrem na história. Ela formula o que aconteceria num duelo instantâneo entre dois adversários únicos, definidos como tal por uma hostilidade recíproca e pela vontade de vencer. Ao mesmo tempo, tal dialética abstrata nos recorda o que pode acontecer efetivamente cada vez que a paixão ou as circunstâncias fazem com que um conflito histórico se aproxime do modelo ideal de guerra, ou seja, da guerra absoluta”. ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 1979, p.58.

²⁵ “Repetimos pois a nossa observação: a Guerra é um ato de violência e não há nenhum limite para a manifestação dessa violência. Cada um dos adversários executa a lei do outro, de onde resulta uma ação recíproca, que, enquanto conceito, deve ir aos extremos”. CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. op.cit. p.10.

do militarismo, da guerra total, mas sim um teórico da guerra absoluta²⁶. A sua demasiadamente citada formulação de que “a guerra não é somente um ato político, mas um verdadeiro instrumento político, uma continuação das relações políticas, uma realização destas por outros meios”²⁷ não se traduz, como ensina Raymond ARON, numa filosofia belicista, mas sim na constatação de que a guerra não é um fim em si, uma vez que “o período belicoso se inscreve numa continuidade de relações que é sempre comandada pelas intenções mútuas das coletividades”²⁸. A interação entre as nações não termina a partir do momento inicial das hostilidades²⁹. A guerra subordina-se à política tal qual um instrumento a seu fim. E esta relação fundamenta a distinção entre as guerras absolutas e reais. Mesmo quando as guerras reais – na quais a violência parece ser controlada pela negociação política – se aproximam de sua forma absoluta, idealizada, em que a destruição do inimigo passa a ser sua finalidade única e a política parece desaparecer, ela própria se responsabiliza sobre a decisão acerca de tal finalidade destrutiva. A guerra obedece ao primado da política, consubstanciada na “inteligência dos interesses duráveis da coletividade”³⁰.

A definição grociana é amplamente adotada, com as devidas qualificações, por diplomatas e teóricos do Direito Internacional³¹.

Por sua vez, Raymond ARON, como herdeiro do realismo político de CLAUSEWITZ, avaliza a atualidade e pertinência da definição do estrategista militar prussiano. Tomando-a como inspiração e ponto de partida, ARON define a guerra como

²⁶ “A análise conceitual que busca identificar a essência de um ato humano pode ser confundida, erroneamente, com a determinação de um objetivo. É verdade que Clausewitz parece às vezes admirar o tipo de guerra que tende a realizar plenamente a sua natureza, desprezando, por assim dizer as guerras “imperfeitas” do século XVIII, nas quais negociações e manobras reduzem a um mínimo os engajamentos militares, a brutalidade e o furor dos combates. Supondo, contudo, que estes sentimentos de fato transparecem em alguns pontos, eles exprimem simples emoções. Diante da idéia da guerra levada ao extremo, Clausewitz sente uma espécie de horror sagrado, de fascínio, comparável ao que seria inspirado por uma catástrofe atômica. A guerra na qual os adversários vão até o fim da violência para vencer a vontade do inimigo que resiste obstinadamente, aparece, aos olhos de Clausewitz, como grandiosa e terrível”. ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*, op.cit. p.59.

²⁷ CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. op.cit. p. 27.

²⁸ ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*, op.cit. p.59.

²⁹ Idem, *Ibidem*.

³⁰ Idem, *Ibidem*.

³¹ “International lawyers and diplomats have usually followed Grotius’ conception of war as ‘the condition of those contending by force as such’, though they have often excluded from the conception duels between individuals and insurrections, aggressions, or other conditions of violent contention between juridical unequals. Furthermore, they have insisted that ‘force’ refers to military, naval or air force, that is, to ‘armed force’, thus excluding from the definition contentions involving only moral, legal or economic force”. WRIGHT, Quincy. *A study of war*. Chicago: Chicago University Press, 1942, 1983, pp. 5-6.

um ato social no qual se pressupõe a contraposição de vontades de coletividades politicamente organizadas, cada uma das quais buscando sobrepor-se às outras por meio da violência física³².

Hedley BULL³³ sublinha que a definição *clauswitziana* corresponde a um período histórico específico de predomínio na Europa da idéia da *razão de Estado*. Para esta, a guerra era compreendida preponderantemente como atividade racional, detentora de finalidades precisas³⁴. Neste sentido, BULL atenta que CLAUSEWITZ procurava somente recomendar o modo pelo qual as guerras deveriam ser conduzidas em lugar de descrevê-las como eram efetivamente travadas. Para o autor de *A Sociedade Anárquica*, as guerras freqüentemente não são guiadas pela razão, mas por rituais religiosos e códigos morais: são guerras impulsivas, cegas ou resultantes do hábito³⁵.

A partir disto, define a guerra como “a violência organizada promovida pelas unidades políticas entre si”³⁶. A violência somente se caracteriza como guerra quando provém de uma unidade política e se dirige a outra unidade política. Ademais, BULL promove uma distinção necessária para o presente estudo: a guerra existe tanto no sentido material como no jurídico. No sentido material estão presentes e efetivas a hostilidade e a violência. No sentido jurídico, há o cumprimento de determinados critérios normativos, como a declaração de guerra³⁷. Nem sempre os dois sentidos da

³² ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*, op.cit. p.57.

³³ GONÇALVES, Williams da Silva. *Prefácio*. In: BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica – Um estudo da ordem na Política Mundial*. Tradução de Sergio Bath. São Paulo: Editora UNB, 2002, p. XIII.

³⁴ “Quando se vêem povos civilizados recusar-se, quer a conduzir os prisioneiros à morte, quer a saquear cidades e campos, é porque a inteligência tem um lugar muito mais importante na sua forma de conduzir a guerra, e que ela lhes ensinou a utilizar a força de um modo mais eficaz do que através da manifestação brutal do instinto”. CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*, op.cit. p. 10. Mas o autor não desconsidera a importância da sensibilidade para a guerra: “Por aqui se vê quanto estaríamos longe da verdade se reduzíssemos a guerra entre povos civilizados a um ato puramente racional dos governos, que nos pareceria cada vez mais isento de toda e qualquer paixão, de tal modo que, afinal de contas, o peso físico das forças armadas já bem seria necessário e que bastariam relações teóricas entre elas – uma espécie de álgebra da ação. (...) Se a guerra é um ato de violência, também a sensibilidade necessariamente fará parte dela. Ainda que a guerra não provenha desta, incide, todavia, mais ou menos sobre ela, e este mais ou menos não depende do grau de civilização, mas sim da importância e persistência dos interesses inimigos”. Idem, p. 9.

³⁵ BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica – Um estudo da ordem na Política Mundial*. Tradução de Sergio Bath. São Paulo: Editora UNB, 2002, p. 213.

³⁶ Idem, p.211.

³⁷ Esta distinção é comum na doutrina internacionalista. Quincy WRIGHT também atesta as acepções da guerra nos sentidos material e jurídico nos seguintes termos:

“In the material sense, *war may be considered an act or a series of acts of violence by one government against another, or a dispute between governments carried on by violence*”.

“In the legal sense *war may be considered a condition or period of time in which special rules permitting violence between governments prevail, or a procedure of regulated violence by which disputes*

guerra estão presentes simultaneamente: uma guerra pode existir juridicamente mesmo sem hostilidades efetivas, como na hipótese de um cessar-fogo; por outro lado, pode haver hostilidades efetivas de uma guerra cujo enquadramento jurídico dado pelos atores do conflito é distinto³⁸.

Yoram DINSTEIN propõe uma definição contemporânea de guerra – embora não imune a críticas, como ele mesmo admite – cujo conteúdo converge com o duplo sentido material e jurídico que lhe é conferido por BULL. Todavia, peca por restringir o conceito de guerra exclusivamente aos Estados nacionais, diferentemente da mais ampla definição de ARON, que abrange qualquer “coletividade politicamente organizada”:

Guerra é a intenção hostil entre dois ou mais Estados, seja num sentido técnico ou material. A guerra no sentido técnico é o status formal produzido por uma declaração de guerra. A guerra no sentido material é gerada pelo uso da força armada, que deve ser extensiva e realizada por pelo menos uma das partes do conflito³⁹.

As *guerras contra o terrorismo* do Iraque – e principalmente do Afeganistão – não desafiaram de qualquer modo esta definição. Apesar de as organizações terroristas serem atores não-estatais, necessariamente se abrigam no território de um determinado Estado, que as apóiam material e logisticamente. Com efeito, José CRETILLA NETO esclarece que, na medida em que as organizações terroristas não agem em um “vácuo de soberania”, mas, “em regra, a partir do território de alguma nação”, quando praticam um ato terrorista contra outro Estado da sociedade internacional, colocam em risco o próprio Estado que as apóia e protege⁴⁰. E, de fato, este foi o caso da guerra contra o Afeganistão. Quando o regime Talibã se recusou a cumprir com as determinações internacionais relacionadas ao desmonte das operações da Al Qaeda no Afeganistão, travou-se em seguida uma guerra contra o Estado para derrubar o regime e extinguir a ameaça terrorista representada pela a Al-Qaeda.

between governments are settled”. WRIGHT, Quincy. *Changes in the Conception of War*. In: *The American Journal of International Law*, Vol. 18, nº4, 1924, p. 762.

³⁸ BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica – Um estudo da ordem na Política Mundial*, op.cit. p. 212.

³⁹ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. Terceira edição. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004, p. 21.

⁴⁰ CRETILLA NETO, José. *Terrorismo Internacional: Inimigo sem rosto-combatente sem pátria*. Campinas:Millenium, 2008, p. 510.

No entanto, a definição de DINSTEIN não consegue envolver, por exemplo, a guerra iniciada no fim de 2008 entre um Estado soberano (Israel) e uma coletividade política não-estatal (Palestina). Desse modo, julgamos ser mais adequada a definição de Raymond ARON neste ponto porque abrange um maior número de situações envolvendo coletividades políticas não formalmente soberanas. Sugerimos, deste modo, uma pequena alteração na definição de guerra de DINSTEIN: a substituição de “Estado” por “coletividade politicamente organizada”.

Boa parte da doutrina jurídica contemporânea defende a preterição do conceito de “guerra” em favor do conceito mais abrangente de “conflito armado internacional” – que inclui aquela – por sua maior adequação, sob o ponto de vista jurídico, à complexa realidade atual. Para estes autores, o conceito jurídico da guerra se relaciona a um excessivo formalismo jurídico já superado. A própria expressão “guerra” suscita uma série de confusões porque se destina muitas vezes a situações em que não há utilização efetiva da força militar, como *guerra fria* (competição ideológica) e *guerra nas estrelas* (competição tecnológica)⁴¹.

Isto já não ocorre com a expressão “conflitos armados internacionais”, que possui uma dupla dimensão, como o próprio nome deixa concluir: uma militar e outra internacional. O conflito armado internacional é um fato, mais que uma intenção, ou seja, não há necessidade de declaração das intenções (como a tradicional declaração de guerra). Ademais, a sua dimensão internacional não se resume somente ao conflito armado entre Estados beligerantes, que somente constitui uma de suas espécies. Abrange os conflitos armados nos quais os povos lutam contra a dominação colonial ou contra regimes racistas no exercício do direito à autodeterminação⁴².

O regime jurídico da guerra passou a abranger outras situações de violência armada, sem que se possa facilmente diferenciá-las de um modo peremptório. Neste sentido, o Direito Internacional não estabelece um nível de violência determinado para o emprego do *Direito dos conflitos armados internacionais*. Este é aplicado somente após a deflagração do conflito e seu objetivo essencial consiste na regulação, no quadro do

⁴¹ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Allain. *Direito Internacional Público*. 2ª edição. Tradução de Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 981.

⁴² Idem, p. 982-984.

estado de guerra, das relações entre os combatentes e entre os combatentes e não-combatentes⁴³.

O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, presidido então por Antonio CASSESE, elabora, com efeito, uma definição atual de conflitos armados:

70. On the basis of the foregoing, we find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State⁴⁴.

1.3 Breves notas sobre o status da guerra em algumas civilizações antigas

Civilizações antigas e bastante complexas culturalmente como a indiana, a hebraica e a grega apresentaram teorizações sobre as guerras, institucionalizando-as como parte de sistemas filosóficos ou religiosos na busca de superação de um “estado natural de guerra”⁴⁵.

Na Índia Antiga havia restrições à possibilidade do recurso à guerra e a imposição de condutas procedimentais praticadas anteriormente ao início de um determinado conflito. Não eram permitidas guerras cujos objetivos visavam somente ao expansionismo territorial⁴⁶. O Código de MANU, elaborado em 100 a.C. como resultado da compilação de materiais mais antigos, já apresenta um forte grau de humanitarismo em relação às condutas na guerra, fruto da espiritualidade hindu⁴⁷.

⁴³ Idem, p. 981, 985.

⁴⁴ *Prosecutor vs. Dusko TADIC a/k/a “DULE” – Decision on the Defense Motion For Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2/10/1995, parágrafo 70.* In: <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>.

⁴⁵ ELBE, Joachim Von. *The evolution of the concept of the Just war in international law.* In: *American Journal of International Law*, volume 33, 1939, p. 665.

⁴⁶ FRANCK, Thomas. *General Course of Public International Law.* In: *RCADI*. Haia, Nijhoff, tomo 240, 1994, p.223.

⁴⁷ Algumas dessas regras estabeleciam, por exemplo, que um inimigo não poderia ser atacado quando estivesse dormindo ou sem seu escudo. As plantações e as moradias eram preservadas de ataques, bem como os agricultores. NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional* op.cit. p. 5.

Já a concepção de guerra para os israelitas consubstancia a fonte teórica da idéia de *guerra santa*: eram ou ordenadas diretamente por Deus ou declaradas pelos homens, mas diretamente inspiradas Nele⁴⁸. Os hebreus eram simples instrumentos da justiça divina e, por conseguinte, não se questionava a justiça da guerra. Os inimigos de Israel eram igualmente inimigos de Deus⁴⁹, e não havia limites para as punições a eles infligidas⁵⁰. Neste sentido, esclarece Ari Marcelo SOLON:

As guerras ali mencionadas foram descritas pelo teólogo protestante Von Rad com o termo de ‘guerras santas’. Possuíam uma estrutura religiosa peculiar, sobressaindo o significado de não serem feitas pelo povo, mas pelo próprio Javé, que é quem combatia para proteger seus seguidores. Havia cerimônias sagradas que precediam as ações militares, sobretudo no contexto da anfictionia tribal da época dos Juízes. O apelo às armas partia de um carismático inspirado sobre quem descera o espírito de Javé. A iniciativa, pois, era do próprio Javé, e depois da guerra, era proibida (herem) a apropriação dos despojos que pertenciam a Deus⁵¹.

Com efeito, não se devem apontar as origens da teoria da guerra justa no Antigo Testamento⁵²: a despeito de quaisquer justificações ou motivos dados para o empreendimento da guerra, como a punição a um delito ou a reparação a um dano praticado, todas as guerras são justas se preceituadas diretamente por Deus ou declaradas pelos homens sob Sua inspiração direta⁵³.

⁴⁸ HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força no direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.26.

⁴⁹ “1. When thou goest out to battle against thine enemies, and sees horses, and chariots, and a people more than thou, be not afraid of them: for the LORD, thy God is with thee, which brought thee up out of the land of Egypt”. *Deuteronomy 20:1*. In: *Holy Bible – King James Version*. London: Trinity, 1984, p.136.

⁵⁰ “12. And if it Will make no peace with thee, but will make war against thee, the thou shalt besiege it:

13. And when the LORD thy God hath delivered it into thine hands, thou shalt smite every male thereof with the edge of the sword”. Idem, *Ibidem*. De maneira semelhante em sua fúria divina, Javé procedeu em relação a Amalec quando atacou Israel: “ 14. And the Lord Said unto Moses, Write this for a memorial in a book, and rehearse it in the eras of Joshua: for I will utterly put out the remembrance of Amalek from under heaven”. *Exodus 17: 14*. In: *Holy Bible – King James Version* op.cit. p.49.

⁵¹ SOLON, Ari Marcelo. *Bellum Justum – Melchemet Mitswa*. In: *Revista de Direito e Política*.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin, MEDAUAR, Odete (orgs.). São Paulo: Gazeta Juris, 2006, p. 2.

⁵² Idem, *Ibidem*.

⁵³ “São inconfundíveis os conceitos de guerra justa e de guerra santa. Como cruzada, a guerra sobreviveu no mundo islâmico e sua abrangência histórica é restrita, pois mesmo Santo Tomás buscava justificá-la exclusivamente como punição de um delito ou reparação de um dano cometido. A cruzada da guerra santa não se inclui no pensamento tomista, já o descrédito da guerra justa ocorre porque, à luz de tantos argumentos dos beligerantes, todas as guerras parecem justas”. HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força no direito internacional*, op.cit. p.26.

Na civilização grega, particularmente em PLATÃO⁵⁴ e ARISTÓTELES, as guerras dos helenos contra os bárbaros eram consideradas eventos naturais, dos quais se prescindia qualquer justificação.

Embora alguns autores apontem, equivocadamente, as origens da teoria da guerra justa também na Antiguidade grega⁵⁵, talvez induzidos por uma célebre passagem de ARISTÓTELES⁵⁶ de que as guerras contra os bárbaros eram justas por natureza, tal entendimento não é correto. NUSSBAUM assinala que esta afirmação consiste, aparentemente, em um julgamento político sem uma teoria definida subjacente – e, certamente, sem uma teoria jurídica⁵⁷. Hannah ARENDT, com base também em TUCÍDIDES⁵⁸, assevera que, como as relações políticas gregas limitavam-se às fronteiras da polis, a prática da violência não se lhes mostrava como necessária no âmbito de aplicação daquilo que se denomina atualmente de relações internacionais, apesar de as relações exteriores entre eles quase se resumirem às cidades gregas, com a exceção da união de toda a Hélade nas Guerras Pérsicas. Ou seja, além das fronteiras da polis e, conseqüentemente, do campo da política, não há mais relações políticas baseadas na persuasão, e sim as relações violentas em que os fortes faziam aquilo que lhes era facultado e os fracos sofriam o tanto que fosse necessário⁵⁹. Este tipo de concepção da guerra foi, aliás, o mais combatido pela teoria da guerra justa ao longo de toda a tradição – e particularmente, na contemporaneidade, WALZER volta sua artilharia contra a amoralidade do realismo político representada pelo Diálogo de Melos, de TUCÍDIDES.

⁵⁴ “(...) – Por conseguinte, diremos que, quando os Gregos combatem os bárbaros e os bárbaros com os Gregos, estão em guerra, e que são inimigos por natureza, e que a esta inimizade se deve chamar guerra”. PLATÃO. *A República*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1974, p. 247.

⁵⁵ BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*. Cambridge: Polity, 2006, pp. 15-18.

⁵⁶ “If then nature makes nothing without some end in view, nothing to no purpose, it must be that nature has made all of them for the sake of man. This means that it is according to nature that even the art of war, since hunting is a part of it, should in a sense a way of acquiring property; and that it must be used both against wild beasts and against such men as are by nature intended to be ruled over but refuse; for that is the kind of warfare which is by nature just”. ARISTOTLE. *The Politics*. Translated by Thomas Alan Sinclair, revised and re-presented by Trevor J. Saunders. London: Penguin Books, 1992, p.79.

⁵⁷ NUSSBAUM, Arthur. *Just War – A Legal Concept?* In: *Michigan Law Review*, 42, 1943, p. 453.

⁵⁸ TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. 3ª edição. Tradução do grego de Mario da Gama Curi. Brasília: Editora UNB, 2004, passim.

⁵⁹ ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. Brasília: Editora UNB, 1989, p.10.

1.4 Considerações introdutórias à tradição da teoria da guerra justa

A teoria da guerra justa é uma das mais antigas concepções de análise moral da guerra. Consiste em uma teoria de justiça *comparativa* cuja aplicação se volta para as questões da guerra e da intervenção⁶⁰. Caracteriza-se precisamente pela moderação em relação às duas tradições rivais postadas em lados antagônicos do *continuum* sobre os julgamentos morais acerca da guerra: a *realpolitik* de um lado e o pacifismo de outro. A teoria da guerra justa considera, com efeito, algumas guerras moralmente justificáveis e outras injustificáveis.

Opõe-se primeiramente ao pacifismo, para o qual todas as guerras são injustas. Na lição de BOBBIO, o pacifismo consiste na doutrina, ou mesmo no conjunto de atitudes ou idéias marcadas por duas características básicas: a condenação das guerras como meio de resolução de disputas e a consideração da alternativa da paz perpétua entre os Estados como um fim factível e altamente desejável⁶¹.

Estes elementos possibilitam a ARON traçar a efetiva distinção entre as diversas modalidades de pacifismo elaboradas por Max SCHELER⁶², dividindo-as em duas categorias básicas: na primeira, à qual pertencem os pacifismos da não-violência, da religião e da cultura, há a oposição condicional ou incondicional à guerra sem que, ao mesmo tempo, se elabore uma teoria das causas da guerra ou dos meios possíveis de alcançar a paz; na segunda, à qual pertencem o jurista, o livre-cambista, o marxista, o imperialista e o capitalista, há uma teoria da guerra subjacente à fundamentação de uma conduta pacífica ou belicosa para se alcançar a paz perpétua⁶³. Esta categoria divide-se, por sua vez, em dois grupos: aqueles que defendem a *paz pelo direito* (alcança-se a paz quando a força se submete ao direito em uma federação ou confederação) e aqueles que

⁶⁰ ELSHTAIN, Jean Bethke. *The Third Annual Grotius Lecture: Just War and Humanitarian Intervention*. In: *American University International Law Review*, volume 17, number 1, 2001, pp.1-2.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Pacifismo*. In: *Dicionário de Política*, op.cit. p. 875.

⁶² O pacifismo heróico e individual, o pacifismo cristão, o pacifismo econômico, o pacifismo jurídico, o semipacifismo do comunismo e do socialismo marxista, o pacifismo imperialista (império universal), pacifismo internacional da grande burguesia capitalista, pacifismo cultural ou cosmopolitismo. ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*, op.cit. p. 645-646.

⁶³ Idem, p. 647.

sustentam a *paz pelo império* (o problema da guerra é resolvido pela formação de um império universal)⁶⁴.

Na modernidade, o pacifismo (na modalidade *paz pelo direito*) surge na doutrina filosófico-jurídica do Abade de SAINT-PIERRE e ganha efetiva relevância como o *Projeto Filosófico da Paz Perpétua* de Immanuel KANT. A idéia central destes projetos para a conquista da paz permanente consiste na supressão da anarquia do *estado de natureza* nas relações internacionais decorrente da implicação direta entre a guerra e a pluralidade de soberanias por meio da formação de uma federação ou uma confederação, substituindo-se então o império da força pelo império da lei⁶⁵. Neste sentido, destaca-se o projeto kantiano como a primeira grande reação ao *Direito das Gentes Clássico* concebido como direito à guerra⁶⁶, cuja idéia mais original foi o estabelecimento de uma relação direta da paz internacional com o regime democrático dos Estados componentes de uma federação pacífica e pluralista tanto jurídica como politicamente⁶⁷.

Porém, entre todas as versões do pacifismo já formuladas, nenhuma foi objeto de tanta reflexão filosófica ao longo dos últimos dois milênios como a teoria da guerra justa.

A teoria da guerra justa opõe-se, em segundo lugar, à rica e variada tradição do realismo político, cuja matriz teórica remete a TUCÍDIDES, HOBBS e MAQUIAVEL. As divergências apontam para duas concepções distintas da natureza humana.

Para os realistas, os homens são dissimulados, traiçoeiros, violentos – e, na acepção hobbesiana, isolados e impelidos à colisão violenta em um cenário anárquico de significados cuja igualdade se relaciona exclusivamente ao poder de morte sobre o outro. Para impedir a continuação da guerra de todos contra todos no *estado de natureza*

⁶⁴ Idem, pp. 647-648.

⁶⁵ ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*, op.cit. pp. 647-648; BOBBIO, Norberto. *Pacifismo*. In: *Dicionário de Política*, op.cit. p. 876.

⁶⁶ NOUR, Soraya. *À Paz Perpétua de Kant: Filosofia do Direito Internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 36-37.

⁶⁷ NOUR, Soraya. *À Paz Perpétua de Kant: Filosofia do Direito Internacional e das relações internacionais*, op.cit. pp. 40-44.

e garantir a segurança geral, surge uma poderosa autoridade na forma do *Leviatã*⁶⁸. A realidade internacional nada mais é que a reprodução ampliada deste *estado de natureza* individual em que a insegurança é a nota característica.

Para os teóricos da guerra justa, os homens vivem tomados por conflitos em suas relações uns com os outros: por vezes se caracterizam pela afetividade, solidariedade e nobreza de espírito; por vezes se comportam com crueldade e egoísmo. Esta complexidade é característica da natureza humana, contemplada repetidamente nas mais distintas culturas. As motivações das atitudes humanas são plurais e muitas vezes contraditórias; podem conter cada um dos elementos comportamentais opostos da natureza humana. Desse modo, o *estado de natureza* visto como uma guerra de todos contra todos cuja reprodução ampliada remete à anarquia entre as entidades políticas perde sua função explicativa. A conduta humana é medida por padrões morais tanto no micro-universo familiar como no macro-universo da política internacional⁶⁹.

Os realistas afirmam que não há guerra injusta. Não há possibilidade de avaliação moral das guerras em uma realidade internacional anárquica na qual prevalece a questão da segurança dos Estados, a ser alcançada por meio da autoajuda (*self-help*) consubstanciada na *Razão de Estado*⁷⁰. Esta institui nas relações internacionais a livre possibilidade de ameaça ou de recurso à força armada quando necessários para a defesa dos próprios interesses, notadamente a segurança do Estado, a despeito da violação de normas jurídicas, morais, políticas ou econômicas⁷¹.

O discurso da justiça na guerra mostrou-se variável ao longo dos tempos e exerceu importantes funções de cunho moral e estratégico⁷². A realidade moral da guerra possui simultaneamente um caráter de permanência, presente mesmo quando há significativas mudanças sociais e políticas dentro de uma cultura determinada, remontando a uma tradição comum, e um caráter relativo quando culturas distintas em

⁶⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico civil*. In: Os Pensadores. 3ª edição. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983, pp. 74 e ss.

⁶⁹ ELSHTAIN, Jean Bethke. *The Third Annual Grotius Lecture: Just War and Humanitarian Intervention*, op.cit. pp. 3-4.

⁷⁰ NOGUEIRA, João Pontes, MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 27-28.

⁷¹ PISTONE, Swergio. *Razão de Estado*. In: *Dicionário de Política*, op.cit. pp. 1066-1069.

⁷² WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp.20-26.

períodos históricos distintos apresentam diferenças quanto à compreensão e à percepção dos conflitos⁷³.

Embora muitas vezes discordantes quanto ao conteúdo e à determinação exata de seus princípios, os doutrinadores da guerra justa tradicionalmente os dividem em duas partes, cada uma delas tratando sobre um assunto. Os medievais estabeleceram então as noções do *jus ad bellum*, o qual diz respeito à justiça no ato de guerrear, e do *jus in bello*, que trata da justiça dos meios de guerrear⁷⁴. Na atualidade, os teóricos da guerra justa, em particular Michael WALZER, criam uma terceira parte, o *jus post bellum*, a justiça depois da guerra, cuja repercussão prática é de valor indubitável, como se vê nas dificuldades de reconstrução e de estabilização dos países assolados por crises humanitárias⁷⁵.

Como condição necessária para sua justiça, uma guerra deve ser conduzida por razões justas com meios justos. A primeira parte da teoria, o *jus ad bellum*, de natureza adjetiva, estabelece diversas condições para a prática uma guerra justa. Os teóricos não convergem sobre todas elas, mas um núcleo básico é aceito pela maior parte deles. O *jus ad bellum* compõe-se das seguintes condições: 1) deve ser praticado pela *autoridade competente*; 2) deve existir uma *justa causa* para a guerra; 3) deve existir uma *intenção correta* (ou *reta*); 4) deve haver *proporcionalidade* entre meios e fins; 5) deve haver *expectativas razoáveis de sucesso*; 6) deve constituir o *último recurso*⁷⁶.

As condições fundamentais do *jus in bello*, de natureza adverbial, vinculada aos meios de guerrear, são as seguintes: 1) a *proporcionalidade* dos meios em relação

⁷³ Idem, *Ibidem*.

⁷⁴ Idem, p. 34; BOBBIO, Norberto. *Guerra e direito*. In: BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. São Paulo: Campus, 2000, p.559.

⁷⁵ WALZER, Michael. *Arguing About War*. New Haven: Yale University Press, 2004, p. XIII; MORRIS, Christopher W. *Guerra e Paz*. In: *Dicionário de Ética e Filosofia Moral. Volume 1*. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althoff, Magda França Lopes, Maria Vitória Kessler de Sá Brito, Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 703.

⁷⁶ James Turner JOHNSON estabelece um sétimo critério: o fim da guerra deve ser a paz, de vinculação direta com a condição da *intenção correta*. JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*. New Haven: Yale University Press, 1999, p. 33; MORRIS, Christopher W. *Guerra e Paz*. In: *Dicionário de Ética e Filosofia Moral. Volume 1*, op.cit. p. 703.

aos fins; 2) a *discriminação* entre combatentes e não-combatentes – ou *imunidade dos não-combatentes*⁷⁷.

Os dois grupos de critérios e os julgamentos deles decorrentes são logicamente independentes. Guerras justas podem ser perpetradas de maneira injusta e guerras injustas podem ser travadas justamente⁷⁸.

Destes aspectos, percebe-se uma dupla dimensão da argumentação moral na teoria da guerra justa, uma consequencialista (em que o fator crucial para a ação moral não é a intenção, o procedimento ou a norma considerados em abstrato, mas a consequência da ação) e uma deontológica (ligada à obediência dos primeiros princípios morais). Neste sentido, como anota Jean Bethke ELSHTAIN, a tradição da teoria da guerra justa recusa a cisão peremptória entre a Ética e a Política⁷⁹. Integra-se, de fato, à Filosofia Política contemporânea particularmente por meio de Michael WALZER, cujos estudos privilegiam a proteção dos direitos essenciais das comunidades políticas – a integridade territorial e a soberania política – como um dos alicerces fundamentais de seu edifício teórico⁸⁰.

Talvez, como observa Jean Bethke ELSHTAIN, a força perene da teoria da guerra justa – freqüentemente declarada como morta, mas muitas vezes revitalizada, como na época logo após a Primeira Guerra Mundial⁸¹, nos períodos da descolonização afro-asiática nas décadas de sessenta e setenta, e na atualidade, depois do fim da Guerra Fria – deve-se à sua linguagem ligada à razão prática, uma vez que o componente teórico abstrato não se desvincula do modo de concretização⁸². A tradição da teoria da

⁷⁷ MORRIS, Christopher W. *Guerra e Paz*. In: *Dicionário de Ética e Filosofia Moral. Volume 1*, op.cit. p. 703; JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*. New Haven: Yale University Press, 1999, p. 29.

⁷⁸ WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas – Uma argumentação moral com exemplos históricos*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 34; MORRIS, Christopher W. *Guerra e Paz*. In: *Dicionário de Ética e Filosofia Moral. Volume 1*, op.cit. p. 707.

⁷⁹ ELSHTAIN, Jean Bethke. *The Third Annual Grotius Lecture: Just War and Humanitarian Intervention*, op.cit. p. 3.

⁸⁰ WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas – Uma argumentação moral com exemplos históricos*, op.cit. pp. 89-106.

⁸¹ “During the century preceding the First World War the topic of “just war” frequently and intensely treated in earlier periods, had almost disappeared from the writings of international relations. Since the end of the war, however, the issue has been revived by writers within and without legal profession”. NUSSBAUM, Arthur. *Just War – A Legal Concept?*, op.cit. p. 453.

⁸² ELSHTAIN, Jean Bethke. *New Preface*. In: *Just War Theory – Edited by Jean Bethke Elshtain*. New York: New York University Press, 1992, p. xiii.

guerra justa é casuística: sua argumentação envolve a avaliação de casos específicos em face de princípios e normas fundamentais. Ou seja, analisa, por exemplo, se as condições de *jus ad bellum* ou de *jus in bello* foram respeitados em um determinado caso concreto⁸³.

A teoria da guerra justa não serve de qualquer modo como uma base argumentativa ao solipsismo triunfalista ou às guerras de engrandecimento político, econômico ou territorial. O corpo teórico da tradição não reivindica para uma nação exclusiva o monopólio da justiça ou da decência. A tradição da teoria da guerra justa é contrária ao extremismo moral porque avalia criticamente tanto as ações quanto as motivações daqueles que guerreiam. Isto propicia, com efeito, a perene possibilidade de um entendimento mútuo por meios diplomáticos, inclusive nos períodos de maior violência das guerras⁸⁴.

A tradição da teoria da guerra justa iniciada no período romano não pode ser vista igualmente como um monólito imóvel ao qual se aplicam rigidamente um conjunto de princípios. Uma abordagem adequada do histórico da tradição requer um diálogo crítico com ela para assim contribuir com sua renovação e seu desenvolvimento⁸⁵. Como será visto posteriormente, a doutrina jusinternacionalista e a própria ONU travam este diálogo com a tradição e recepcionam seus princípios criativa e criticamente, enriquecidos pelo entrelace tanto o Direito Internacional Público como a teoria da guerra justa contemporâneos.

O exame da tradição proposto neste capítulo não deseja de modo algum esgotar o exame de seu histórico desde as origens romanas, canonizando-a, mas sim expor a sua riqueza plural, as divergências e as afinidades entre seus diversos teóricos e examinar criticamente suas posições. Ademais, optaremos por analisar mais profundamente a dimensão do *jus ad bellum*, aquilo que WALZER denomina *Teoria da Agressão*⁸⁶, porque o foco da própria pesquisa privilegia esta dimensão em detrimento do *jus in bello*. Isto não quer dizer que a dimensão adverbial da guerra justa será esquecida; nós

⁸³ Idem, Ibidem.

⁸⁴ Idem, pp. xiv-xv.

⁸⁵ JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*, op.cit. p. 39.

⁸⁶ WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas – Uma argumentação moral com exemplos históricos*, op.cit. pp. 85-214.

sempre a estudaremos quando considerarmos relevante para o enriquecimento da exposição.

Antes do estudo próprio da tradição a partir de suas fontes romanas, vale reforçar a existência de controvérsias sobre seu início, como exposto em tópico anterior relativamente à suposta origem aristotélica ou hebraica. KELSEN aponta, neste sentido, uma origem ainda mais antiga do *bellum justum* do que a grande maioria dos outros autores. Sublinha, com base em pesquisas de etnólogos, que a idéia de *bellum justum* aparece de forma inequívoca nas relações entre as sociedades mais primitivas, como as tribos selvagens neozelandesas e os aborígenes australianos⁸⁷.

O Direito como organização social da sanção surgiu em sua forma primitiva como um Direito entre tribos, pois nos primeiros níveis de desenvolvimento de um determinado agrupamento social, não era concebida uma sanção socialmente organizada – como uma *vendetta* ou um castigo imposto pelo chefe da tribo – sobre um sujeito membro de um mesmo grupo que tenha violado a ordem social. A sanção nestes casos não era inexistente, mas de outra natureza, transcendental. Em contrapartida, a conduta violadora de um membro estranho à tribo era sancionada socialmente pela vingança e, desta maneira, a guerra inter-tribal era perpetrada como “(...) una vendetta, un acto de venganza; como tal, es una reacción contra la violación de ciertos intereses, una reacción contra lo que se considera un entuerto”⁸⁸. Este Direito primitivo inter-tribal é considerado por KELSEN uma espécie de Direito internacional, baseado, por sua vez, nos princípios da guerra justa⁸⁹.

Arthur NUSSBAUM afirma, entretanto, que as pesquisas dos etnólogos sobre este assunto são heterogêneas e inconclusivas. Aponta que algumas tribos primitivas não concebiam a possibilidade de uma luta coletiva e organizada característica da guerra e que outras viviam em um estado de beligerância permanente – de forma efetiva ou

⁸⁷ “The well known ethnologist A. R. Radcliffe-Brown describes the wars between the very primitive Australians as follows: ‘The waging of war is in some communities, as among the Australian hordes, normally an act of retaliation, carried out by one group against another that is held responsible for an injury suffered, and the procedure is regulated by a recognized body of customs which is equivalent to the international law of modern nations’. In general, this is typical of all wars among primitive peoples”. KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Translated by Anders Wedberg. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 1999, pp.334-335.

⁸⁸ KELSEN, Hans. *Derecho y paz em las relaciones internacionales*. Versión española de Florencio Acosta. México: Fondo de Cultura Económica, 1943, pp. 63-66.

⁸⁹ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*, op. cit., pp.334-335.

latente. Ademais, destaca que mesmo a distinção entre guerra e paz não era por elas sempre conhecida. Acrescenta, por fim que “cualquier explicación y generalización cuasi-rousseauiana de la conducta de los pueblos primitivos en términos del moderno Derecho Internacional debe recibirse com desconfianza”⁹⁰.

A primeira justificação da guerra, atrelada à noção da diferenciação entre guerras justas e injustas, remete à Antigüidade romana, como bem observa Hannah ARENDT. Em sentido convergente, NUSSBAUM aponta o surgimento em Roma, mais especificamente na *Era dos Reis*, de uma teoria jurídica definida da guerra justa⁹¹. É a partir da fonte romana, então, que iniciaremos o estudo da tradição.

1.5 A guerra justa em Roma: o *jus fetiale* e a concepção de CÍCERO

Em Roma, a elaboração de tratados e a guerra também possuíam um fundamento religioso muito acentuado. Desde os tempos da Monarquia – cujo término ocorreu no ano 509 a. C –, havia os *fetiales*, corporações de sacerdotes encarregadas de elaborar o conteúdo dos tratados e de deliberar sobre guerras e outros temas de interesse internacional. De fato, o *jus fetiale* constituía-se de uma lei romana nacional; contudo, possuía um rudimentar caráter internacional na hipótese da ofensa de outro país aos romanos⁹². Nesse sentido, em Roma surgiu a noção de *jus gentium*, que se constituía de normas costumeiras romanas consideradas comuns a todos os povos e desta forma aplicáveis aos cidadãos romanos e aos estrangeiros sob o jugo de Roma⁹³.

Quanto às guerras, uma das funções dos *fetiales* dizia respeito ao seu início, pois decidiam acerca da violação dos deveres de outras nações em relação a Roma. O procedimento realizado pelo colegiado fecial baseava-se na crença disseminada em

⁹⁰ NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional*. Traducción de Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista Madrid, 1949, pp. 2-3.

⁹¹ ARENDT, Hannah. *Da Revolução*, op.cit. p. 10; NUSSBAUM, Arthur. *Just War – A Legal Concept?*, op.cit. p. 454.

⁹² NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional* op.cit. pp. 12-13.

⁹³ Idem, *Ibidem*; MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 15. ARTHUR NUSSBAUM observa que outro significado era dado ao *jus gentium* pelos juristas romanos da época clássica, um significado filosófico. Era um direito considerado universal, cuja base era a razão natural. E seu grande representante era GAIO. Idem, *Ibidem*.

vários povos da Antigüidade de que a *Providência* era responsável pela vitória ou derrota em um determinado combate⁹⁴. Em tal procedimento não se previa nem se aceitava a cooperação ativa da outra nação. Esta era tão-somente julgada e considerada ou não culpada. Dois requisitos de natureza procedimental faziam-se então necessários antes do início de uma guerra: o endereçamento da demanda ao oponente, exigindo-se a reparação do dano praticado contra Roma (dependendo do caso, estabelecia-se um tempo para a referida nação se defender) e uma declaração formal de guerra. A condição para uma guerra ser justa era a obediência às regras do direito fecial⁹⁵. A guerra justa (*bellum justum*), quando travada sob estas condições, era também uma guerra piedosa (*bellum pium*)⁹⁶.

O costume do direito fecial sofreu uma diluição progressiva ao longo do período Republicano. Cabia aos *fetiales* indicar ao Senado que havia uma justa causa para a guerra e este se encarregava de tomar a decisão política final acerca de seu empreendimento ou não. Então, a declaração pelo Senado da *bellum justum et pium* (guerra justa e piedosa) transformava uma decisão de fundamento religioso em um assunto de direito público. Havia quatro causas principais para que uma guerra fosse considerada justa em Roma:

- (i) a violação do território romano, (ii) a violação pessoal ou o insulto aos embaixadores de Roma, (iii) a violação dos tratados firmados com Roma e (iv) o apoio ao inimigo por uma nação considerada inimiga de Roma⁹⁷.

A exigência de um procedimento prévio de proclamação da guerra sustentada pelos colegiados feciais também foi adotada por CÍCERO⁹⁸ (exceto no que se refere à sua “natureza mágica”⁹⁹). O jurista e orador foi o principal expoente da concepção

⁹⁴ ELBE, Joachim Von. *The evolution of the concept of the just war in International Law*, op.cit. p. 666.

⁹⁵ NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional* op.cit. pp. 12-13; ELBE, Joachim Von. *The evolution of the concept of the just war in International Law*, op.cit. p. 666; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. 3ª edição. Tradução de Mauro Raposo Mello. São Paulo: Manole, 2004, p.88.

⁹⁶ NUSSBAUM, Arthur. *Just War – A Legal Concept?* In: Michigan Law Review, vol. 42, number 3, 1943, p. 454.

⁹⁷ HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força no direito internacional* op.cit. p.28.

⁹⁸ CÍCERO, Marcus Tullius. *On Duties* (edited by M.T.Griffin and E.M.Atkins). Cambridge: Cambridge University Press, 1991, pp. 14-19

⁹⁹ SOLON, Ari Marcelo. *Bellum Justum – Melchemet Mitswa*. In: *Revista de Direito e Política*, op.cit. p. 2.

romana da guerra justa, cuja influência se estende às concepções cristãs de *bellum justum*, como aquelas expressas por Santo AGOSTINHO e pelo *Decreto de Graciano*¹⁰⁰.

A última e mais famosa obra de CÍCERO, *Dos Deveres*, constitui uma ambiciosa tentativa de retirar os ensinamentos político-morais do âmbito restrito da polis grega para inseri-los em um plano cosmopolita, sob a égide de um direito natural universalmente válido, justo e imutável. Sob a influência do universalismo estóico, o pensador defende a aplicação indiscriminada dos ditames morais a toda a humanidade, e não mais a um restrito grupo de privilegiados gregos ou romanos. Isto também se aplica à temática da guerra. O autor foi, de fato, um dos primeiros pensadores a perseverar acerca da necessidade de construção de um paradigma jurídico-normativo da guerra¹⁰¹.

CÍCERO explora em *Dos Deveres* alguns dos pontos centrais acerca de sua reflexão sobre a guerra que traçaram a via para a construção da doutrina da guerra justa, tanto no que se refere aos critérios do chamado *jus ad bellum* como aos do *jus in bello*. Elabora uma presunção geral contrária à guerra porque esta é própria dos animais selvagens e contrária à razão; sua prática somente deve ocorrer para que se alcance a paz¹⁰².

A guerra não pode ser um mundo à parte da moralidade, como afirmara TUCÍDIDES; não comporta atos deploráveis, enganadores, traidores. Deve ser o *último recurso* e ser posterior a uma declaração formal em virtude do não-cumprimento das

¹⁰⁰ CÍCERO, Marcus Tullius. *De Officiis*. In: *Loeb Classical Library*. Translated by W. Miller. Cambridge: Harvard University Press, 2000, pp. 38-39; GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*. Translated and revised by Michael Byers. Berlin; New York: De Gruyter, 2000, p. 116.

¹⁰¹ REICHBERG, Gregory, SYSE, Henrik, BEGBE, Endry (Editors). *The Ethics of War and Peace: Classic and Contemporary Readings*. Oxford: Blackwell, 2006, p. 50.

¹⁰² Idem, Ibidem. “Wars, then, ought to be undertaken for this purpose, that we may leave in peace, without injustice; and once victory has been secured, those who were not cruel or savage in warfare should be spared”. CICERO, Marcus Tullius. *On Duties*, op.cit. p. 14. Isto, com efeito, já é prefigurado de certo modo por ARISTÓTELES, ressaltando-se a limitação que ele faz aos helenos: “(...) Porque ninguém escolhe fazer a guerra pela guerra; e alguém que pretendesse fazer dos amigos inimigos só para provocar lutas e derramar sangue teria de ser considerado um assassino absolutamente sanguinário”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego e notas de Antonio C. Caeiro. Lisboa: Quetzal editores, 2004, p.243. O filósofo Estagirita lembra que a guerra não deve ser considerada como fim supremo, mas como meio; é necessária a sua existência para a obtenção da paz. ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens – cotejada com a tradução inglesa de Benjamin Jowet e a tradução francesa de M. Thurot. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 258.

demandas relativas à reparação dos danos causados¹⁰³. Não pode ser empreendida por motivos espúrios, como causar danos a outros para o próprio benefício. Ademais, os inimigos devem ser tratados de modo justo – como cumprir as promessas que lhes foram feitas. Isto também vale inclusive para os escravos prisioneiros de guerra, merecedores de bom tratamento em troca do trabalho¹⁰⁴.

Para CÍCERO, em consonância com a influência estoíca sobre seu pensamento, a maior forma de associação existente entre os homens é aquela formada por toda a raça humana, cujos laços são a razão e a fala, por meio das quais aprendem, ensinam, se comunicam e fazem julgamentos, unindo-os em uma associação natural que os distingue do restante dos animais. Em virtude da razão e da fala, o homem é o único capaz de praticar a justiça e a bondade¹⁰⁵.

CÍCERO sustenta, com efeito, que nenhuma guerra deve ser empreendida para causar dano a outrem em benefício próprio, pois contraria a *razão da Natureza* por si mesma, que é direito divino e humano. Seja na perspectiva do indivíduo ou das nações, aquele que assim age viola o direito natural:

Furthermore, if nature prescribes that one man should want to consider the interests of another, whoever he maybe, for the very reason that he is a man, it is necessary, according to the same nature, that what is beneficial to all is something common. If that is so, then, we are all constrained by one and the same law of nature; and if that also is true, then we are certainly forbidden by the law of nature from acting violently against another person¹⁰⁶.

¹⁰³ “Indeed, a fair code of warfare has been drawn up, in full accordance with religious scruple, in the fetial laws of the Roman people. From this we can grasp that no war is just unless it is waged after a formal demand for restoration, or unless it has been formally announced and declared beforehand”. CICERO, Marcus Tullius. *On Duties* (edited by M.T.Griffin and E.M.Atkins). Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 14.

¹⁰⁴ REICHBERG, Gregory, SYSE, Henrik, BEGBE, Endry (Editors). *The Ethics of War and Peace: Classic and Contemporary Readings*. Oxford: Blackwell, 2006, p. 51. PLATÃO restringia os meios de guerrear entre os próprios helenos: Para PLATÃO, algumas regras básicas deveriam ser obedecidas nos conflitos entre os gregos, tais como a proibição da devastação dos campos e do incêndio de suas casas, a limitação do número de adversários a serem combatidos – pois não se deveria considerar como inimigos *todos* os habitantes de um Estado rival, restringindo-se os vencedores a ajustar as contas com os culpados – e, por fim, a proibição da escravização de gregos por gregos. PLATÃO. *A República*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1974, pp. 246-247; JAEGER, Werner. *Paidéia – A Formação do Homem Grego*. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 834.

¹⁰⁵ CICERO, Marcus Tullius. *On Duties*, op.cit. pp. 21-22.

¹⁰⁶ CICERO, Marcus Tullius. *On Duties*, op.cit. pp. 108-111.

Em sua obra *Da República*, CÍCERO também aponta a vingança a uma injúria e a defesa como causas justas para a guerra – que, por sua vez, constituem as duas causas justificativas da guerra mais expressivas para boa parte da tradição posterior do *bellum justum* :

No war is considered just unless it has been proclaimed and declared, or unless reparation has first been demanded. Those wars are unjust which are undertaken without provocation. For only a war waged for revenge or defence can be actually just¹⁰⁷.

A leitura deste trecho fora de contexto pelos escritores cristãos fez com que acreditassem que a guerra era justa somente quando a segurança imediata estava em risco, mas¹⁰⁸. No entanto, CÍCERO também apóia a idéia da justiça das guerras preventivas por razões de necessidade de proteção da república romana contra ameaças ainda que remotas – como no caso de sua aprovação das conquistas Gálicas em defesa da república – ou de busca da glória¹⁰⁹. Neste sentido, embora CÍCERO não aprove a destruição romana de Corinto, considera que os romanos tinham um propósito vantajoso específico para fazê-lo, como prevenir guerras futuras:

I would prefer that they had not destroyed Corinth; but I believe that they had some specific purpose in doing so, in particular in view of its advantageous situation, to prevent the location itself from being some day an incitement to war¹¹⁰.

CÍCERO, de fato, coloca em categorias morais distintas os danos suscitados pelo desejo daqueles pelo medo, quando alguém contempla a sua prática porque teme que, caso nada faça, pode ele próprio sofrer um dano¹¹¹. Esta diferenciação inspirou de

¹⁰⁷ CÍCERO, Marcus Tullius. *De Re Publica*. Translated by C.W.Keyes. Boston: Loeb Classical Library, 1928, 2000, p.213.

¹⁰⁸ TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 22.

¹⁰⁹ “When, then, we are fighting for empire and seeking glory through warfare, those grounds that I mentioned a little above as just grounds for war should be wholly present”. CÍCERO, Marcus Tullius. *On Duties*, op.cit. p. 17; BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*. Cambridge: Polity, 2006, pp. 19-20; “The cases where Cicero defended pre-emptive strikes were, of course, all cases where the republic was threatened in some way”. Idem, pp. 20-21. TUCK não faz uma distinção técnica costumeira entre os juristas internacionais acerca dos pre-emptive strikes, em resposta a uma ameaça imediata, e os preventive strikes, em resposta a uma ameaça distante. Na verdade, ele analisa os ataques preventivos, em resposta a uma ameaça remota

¹¹⁰ CÍCERO, Marcus Tullius. *On Duties*, op.cit. pp. 14-15.

¹¹¹ CÍCERO, Marcus Tullius. *De Officiis*. In: *Loeb Classical Library*, op.cit. p. 24.

modo expresso o apoio do humanista Alberico GENTILI¹¹² às *guerras de vingança ofensivas*, que nada mais são que as guerras preventivas.

A segurança contra ameaças remotas estava ligada ao valor dado à glória pelos romanos porque guerras com base nesta, ao derrotar e intimidar os adversários, tinham como resultado a preservação da própria segurança contra ataques. Mas mesmo as guerras justificadas pela glória são motivadas pelo fim da paz e devem ser conduzidas com moderação¹¹³.

No período derradeiro do Império Romano do Ocidente, quando o cristianismo se transformou em religião oficial, e as guerras se espalharam por toda a sua extensão, produziu-se a perda da influência substantiva das regras religiosas (pagãs) e formais do direito feial aplicáveis às guerras em detrimento da concepção cristã de guerra justa defendida por Santo AGOSTINHO e por outros padres da Igreja Católica. O conceito de guerra justa sobreviveu ao *jus fetiale* como um legado romano, adquirindo uma nova e mais complexa significação em tempos posteriores, e constituindo-se na mais destacada contribuição romana ao Direito Internacional Público¹¹⁴.

1.6 A concepção cristã-medieval de guerra justa: AGOSTINHO e TOMÁS DE AQUINO

1.6.1 A contraposição com o pacifismo do cristianismo primitivo

¹¹² GENTILI cita expressamente CÍCERO quando defende as guerras preventivas: “Tenha-se, portanto, por definitivo, que a Guerra pode ser feita justamente, mesmo a de vingança, ainda que ofensiva. Por isso, como vou demonstrar, também as guerras desse tipo, quando são justas, têm sempre a defesa como fim. Cícero (De Officiis, 1) ensina: ‘É certo que aquelas injúrias que são feitas de maneira pensada com a finalidade de prejudicar nascem usualmente do temor. Pensa causar dano a outrem quem teme que, sempre que não o faça, será feito contra ele próprio’. Assim deve ser entendido Baldo, para não levá-lo a dizer, o que seria erro, que entre as guerras somente é justa aquela que é feita para rechaçar um mal presente”. GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí:Unijuí, 2005, p. 85.

¹¹³ “But wars which the goal is the glory of empire are waged less bitterly”. CICERO, Marcus Tullius. *On Duties*, op.cit. p. 17.

¹¹⁴ NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional*, op.cit. pp. 12-13; SOARES, Guido Fernando da Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 24-25.

Antes do início da análise da posição dos maiores teóricos cristãos sobre a guerra justa, faz-se necessária uma breve análise das relações do cristianismo primitivo com a guerra. Existe uma polêmica doutrinária a respeito, pois muitas passagens do Novo Testamento parecem contraditórias. Em algumas passagens dos Evangelhos, como no *Sermão da Montanha*, há a condenação total da prática de violência por Jesus Cristo¹¹⁵, e em outras, parece haver uma aprovação indireta da existência de instituições militares, como no episódio da recomendação de João Batista aos soldados¹¹⁶. Conquanto a posição doutrinária cuja defesa da existência de uma aprovação do cristianismo primitivo das guerras seja proveniente de uma fonte respeitável¹¹⁷, parecem irretorquíveis os argumentos da defesa do pacifismo do cristianismo primitivo tanto pela própria força, ineditismo e coerência interna das pregações de Cristo como pela investigação histórica dos escritos de seus primeiros pregadores¹¹⁸.

A ascensão do cristianismo caracterizou-se por uma interrupção nas justificativas sobre a guerra, pois consistia em uma doutrina religiosa contra qualquer forma de violência. Todas as guerras eram contra a vontade divina. Todavia, o

¹¹⁵ “38. Ye have heard that it hath been said, An eye for an eye, and a tooth for a tooth:

39. But I say unto you, That ye resist not evil: but whosoever shall smite thee on thy right cheek, turn to him the other also.

40. And if any man will sue thee at the law, and take away thy coat, let him have thy cloke also.

41. And whosoever shall compel thee to go a mile, go with him twain”. *Matthew, V, 38-41 -The New Testament*. In: *Holy Bible – King James Version*, op.cit. p. 3.

¹¹⁶ “14. And the soldiers likewise demanded of him, saying, And what shall we do? And he said unto them, Do violence to no man, neither accuse any falsely; and be content with your wages”. *Luke, III, 14 – New Testament*. In: *Holy Bible – King James Version*, op.cit. p. 41.

¹¹⁷ BRIÈRE, Yves De La. *Les étapes de la tradition théologique concernant Le droit de juste guerre – Notes d’Histoire des Doctrines*. In: *Revue Générale de Droit International Public*, op.cit. pp. 129-136.

¹¹⁸ Defendem esta posição, entre outros: MELLO, Celso Albuquerque. *Guerra Justa*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 390; CLAUDE, Inis. *Just Wars: Doctrines and Institutions*. In: *Political Science Quarterly*, volume 95, number 1, 1980, pp. 85, 87; ELBE, Joachim Von. *The evolution of the concept of the just war in the International Law*, op.cit. p.667. CELSO Albuquerque MELLO aponta, nessa linha argumentativa, a preponderância do pacifismo entre os primeiros autores cristãos, em cujo núcleo doutrinário comum residia a condenação de toda sorte de guerras e do serviço militar: “Tertuliano (160-240) observava: “Desarmando a Pedro, o Senhor desarmou a todos os soldados. Não se pode considerar como lícito usar um uniforme que representa atos ilícitos”. Orígenes (185-254) dizia: “Não aprendemos a fazer a guerra, porque somos filhos da paz”. Assinala São Cipriano (morreu em 258): “Os cristãos devem amar aos seus inimigos e se servirem frente a eles apenas de armas espirituais”. Lactânio (morreu em 330) de forma categórica condenava todas as guerras: “Não pode haver exceção ao preceito divino; matar a um homem é sempre um ato criminoso... por isto as guerras são sempre execráveis” Idem, p. 390.

pacifismo da Igreja Cristã primitiva¹¹⁹ durou somente até sua profissão de fé ser tolerada pelo Imperador Constantino e institucionalizada como religião oficial do Império Romano pelo Imperador Teodósio em 395 d.C.. Esta institucionalização decorreu da proliferação do cristianismo pelo Império Romano descrita de maneira única por Edward GIBBON em *The Decline and the Fall of the Roman Empire*¹²⁰. Daquele momento em diante, as justificativas acerca da justiça das guerras voltariam em nome da preservação da unidade do Império¹²¹ e os cristãos não mais seriam perseguidos e estigmatizados como pacifistas, pois seu pacifismo sem concessões gradualmente desapareceu. Nesse sentido, como observa corretamente Ari Marcelo SOLON, se o cristianismo primitivo portava-se de maneira indiferente em relação ao Estado, uma vez que este deveria se submeter à ordem religiosa, a teologia cristã

¹¹⁹ Até o ano 170 d.C., nenhuma guerra era considerada moral em qualquer circunstância pela Igreja Cristã. MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 2º volume. 14ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.1460.

¹²⁰ Edward GIBBON estabelece cinco razões primordiais para a proliferação do cristianismo no Império Romano: a fé ardorosa, inflexível e intolerante dos cristãos primitivos; a expectativa imediata de vida após a morte; a reivindicação de milagres atribuídos a Cristo; a postura rígida moralmente quanto à conduta dos cristãos e a constituição de uma República Cristã unida e independente dentro do próprio Império Romano. GIBBON, Edward. *The decline and the fall of the Roman Empire – Volume 1*. New York: Modern Library, 1980, pp. 430 e ss. Bertrand RUSSELL considera válidas as razões apresentadas por GIBBON, embora com algumas ressalvas. Não acredita que a crença na vida após a morte seja um elemento fundamental na proliferação do cristianismo, pois já fora adotada pelos filósofos gregos e profetas hebreus. Os milagres também não teriam a relevância atribuída por GIBBON, pois na Antigüidade eram bastante comuns e não eram atributo exclusivo de uma única religião. Nesse sentido, RUSSELL aponta uma importante omissão do autor de *Declínio e Queda do Império Romano*: a posse de um livro sagrado. Os milagres e a ação da Providência tinham uma história consistente que remetia aos hebreus e continuava com os cristãos. RUSSELL concorda inteiramente com o fator da rígida moral cristã como uma das causas de sua proliferação pelo Império Romano, principalmente levando-se em conta a moral dos pagãos à época. E, por fim, a constituição de unidade da República Cristã proporcionou que os cristãos exercessem em bloco uma função de grupo de pressão muito influente dentro do Império Romano. Pressão muito efetiva principalmente porque grande parte dos soldados já professava a fé cristã à época de Constantino, o que acabou por influenciá-lo bastante em sua decisão de permitir a prática do cristianismo. RUSSELL, Bertrand. *A History of Western Philosophy*. London: Counterpoint, 1984, pp. 330-334.

¹²¹ TOYNBEE. *A Humanidade e a Mãe-Terra – Uma História da Narrativa do Mundo*. Segunda edição. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1979, pp. 425-426. Segundo observa TOYNBEE, o motivo para o Imperador Galério perseguir a Igreja Cristã era o mesmo de Constantino para protegê-la: preservar a unidade do Império. Reconheceu-se que a preservação da unidade e da própria existência do Império Romano só ocorreria com o apoio de uma religião estabelecida. Quando o cristianismo se tornou a religião oficial, e quando, por resultado disto, os cristãos passaram a constituir maioria no Império, o governo imperial não foi mais capaz de controlar a Igreja do que tinha sido antes, no período em que os cristãos formavam uma minoria impopular. A Igreja Cristã transforma-se então na instituição dominante do Império Romano, e, portanto, regiões, partidos, classes e povos estavam implicitamente incluídos nos seus interesses. Idem, *Ibidem*.

subseqüente, por sua vez, desenvolveu sobre ele muitas idéias positivas, que terminariam por culminar na *Civitas Dei* de Santo AGOSTINHO¹²².

1.6.2 AQUINO: o sistematizador de AGOSTINHO

O *direito de guerra medieval* tinha como objeto jurídico a regulação de todo tipo de guerra, fenômeno social endêmico e difuso em virtude da imperfeição dos meios de coerção judiciários e da dispersão e debilidade das autoridades públicas características do feudalismo. Juristas e teólogos procuraram de todo modo regulamentar este fenômeno onipresente da sociedade medieval. Seus esforços conjuntos promoveram o aparecimento e a consolidação de uma doutrina da guerra justa cujas raízes estão na Antigüidade romana e nas idéias de Santo AGOSTINHO¹²³.

Peter HAGGENMACHER observa, com efeito, que AGOSTINHO não elabora propriamente uma doutrina da guerra justa. Não nega suas variadas reflexões sobre o tema da guerra nem seu conhecimento da noção romana da guerra justa nem muito menos a importância decisiva das idéias agostinianas para a constituição posterior do corpo doutrinário da guerra justa. Para ele, AGOSTINHO não formula uma doutrina da guerra justa porque se exige, para que haja uma doutrina sobre determinado tema, que este seja “encarado em si mesmo constituindo o cerne de um conjunto bem definido e relativamente autônomo de proposições coerentes enunciando princípios de alcance geral”¹²⁴. Relativamente à guerra justa é imperioso o estabelecimento de uma série de regras e critérios capazes de apontar de modo rigoroso quais guerras são justas e quais são injustas¹²⁵. O autor afirma, então, que as passagens tópicas sobre a guerra na obra agostiniana duvidosamente satisfazem tal exigência.

¹²² SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 23.

¹²³ HAGGENMACHER, Peter. *La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international*. In: *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria. Organisée par le Centre Charles de Vischer pour la droit international*. Bruxelles: Bruymant, 1988, p. 77.

¹²⁴ HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*. Paris: Presses Universitaires de France, 1983, p. 13 (tradução livre do autor).

¹²⁵ HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, op.cit. p. 13; HAGGENMACHER, Peter. *La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international*, op.cit. p. 77.

A despeito disto, AGOSTINHO, quer direta, quer indiretamente, prenuncia em seus diversos escritos os três principais critérios do *jus ad bellum* – a *justa causa*, a *autoridade competente* (ou *legítima*) e a *intenção correta* – e sugere de modo implícito a ligação deste último critério com o *jus in bello*¹²⁶.

A doutrina da guerra justa, como observa HAGGENMACHER, é efetivamente construída a partir do século XII, com os escolásticos posteriores à querela das Investiduras, responsáveis pela elaboração dos primeiros elementos de um sistema. Mas é no século XIII que surge efetivamente um sistema sob sua primeira forma, um esboço doutrinário na *Summa Teológica* de TOMÁS DE AQUINO, notadamente na *Questão 40 da Secunda secundae*¹²⁷. É, de fato, somente com os teólogos da *Escolástica Espanhola Tardia*, especialmente Francisco de VITÓRIA, que se desenvolve plenamente uma profunda sistematização da doutrina da guerra justa, cujos alicerces estão postos na *Summa*¹²⁸.

Neste tópico não realizaremos um estudo histórico profundo de como se deu esta sistematização. Estudaremos as idéias essenciais de AGOSTINHO expostas esparsamente em suas obras, mostraremos algumas das influências teóricas que também ajudaram na construção do edifício doutrinário, assim como breves notas essenciais relativas ao contexto histórico, e, por fim, analisaremos a sistematização de Tomás de AQUINO das idéias de AGOSTINHO.

AGOSTINHO ingressou na carreira eclesiástica logo após a cristianização do Império Romano e foi o pioneiro na formulação de uma concepção cristã de guerra justa. O Império Romano cristianizado simbolizava a *Civitas Dei* na Terra, com a junção de Estado e Igreja, dos poderes espiritual e político representados na unidade espiritual da cristandade. E nesse sistema unitário em que a paz era relevante no plano teórico, a guerra possuía uma regulamentação estrita¹²⁹.

¹²⁶ REICHBERG, Gregory, SYSE, Henrik, BEGBE, Endry (Editors). *The Ethics of War and Peace: Classic and Contemporary Readings*. Oxford: Blackwell, 2006, p. 81.

¹²⁷ HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, op.cit. p. 13.

¹²⁸ HAGGENMACHER, Peter. *La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international*, op.cit. p. 78.

¹²⁹ ELBE, Joachim Von. *The evolution of the concept of the just war in International Law*, op.cit. p. 668.

Na obra *Quaestiones in Heptateuchum*, AGOSTINHO estabelece que uma guerra é considerada justa quando feita com o objetivo de reparar injúrias¹³⁰. Em *Contra Faustum*, justifica a necessidade da existência do serviço militar e defende a posição de que os soldados não são assassinos, mas “ministros (representantes) do direito e defensores da segurança pública”¹³¹. A guerra, nesses termos, deveria ser feita seja sob a ordem de Deus seja sob as ordens de um governo legítimo¹³². A injúria deveria ser a causa da guerra. Esta também se justifica no caso de legítima defesa. Conseqüentemente, uma guerra não poderia ser cometida por cupidez, com intenções egoísticas e imperiais, como a expansão territorial, o que ocorreu muitas vezes na política imperial romana – a guerra deveria ter uma *intentio recta*¹³³.

Santo AGOSTINHO e Santo AMBRÓSIO puseram um fim à influência exclusivamente pacifista do cristianismo primitivo ao admitirem a possibilidade de guerras justas – porém não se deve, por outra via, considerá-los adeptos da guerra sem reservas¹³⁴. Com efeito, Santo AMBRÓSIO, cuja influência sobre o Imperador Teodósio I era dominante e cuja astúcia política tornou-se amplamente reconhecida, estabeleceu o objetivo da destruição de todas as práticas não-cristãs no âmbito territorial do Império Romano e persuadiu o governo imperial a utilizar a sua força a fim de cumpri-lo¹³⁵. Já AGOSTINHO escreve diversas passagens em *A Cidade de Deus* nas quais condena as misérias trazidas pelas guerras pretéritas e deplora todos aqueles que

¹³⁰ “Just wars are usually defined as those which avenge injuries, when the nation or city against which warlike action is to be directed has neglected either to punish wrongs by its own citizens or to restore what has been unjustly taken by it. Further that kind of war is undoubtedly just which God Himself ordains”. Apud FRANCK, Thomas. *General Course of Public International Law*, op.cit. pp.223-224.

¹³¹ MELLO, Celso Albuquerque. *Guerra Justa*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*, op. cit. p. 391.

¹³² “Il arrive souvent que pour punir avec justice certains excès, Il faut que les hommes de bien eux-mêmes entreprennent de faire la guerre, soit sur l’ordre de Dieu, soit sur l’ordre d’un gouvernement legitime, et luttent contre la violence de ceux qui résistent, lorsqu’ils se trouvent dans une telle situation que l’ordre même les contraint, soit à prescrire des semblables mesures, soit à se conformer justement à de telles prescriptions”. AUGUSTIN. *Contra Faustum XXII*, 74. Traduit par Alfred Vanderpol. In: VANDERPOL, Alfred. *La Doctrine scolastique du droit de guerre*. Paris: A Pedone editeur, 1919, p.18

¹³³ ELBE, Joachim Von. *The evolution of the concept of the just war in International Law*, op.cit. p.668; MELLO, Celso Albuquerque. *Guerra Justa*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*, op. cit. p. 391; “ The concept of *intentio recta* also acted to promote moderation in war: whoever let himself be guided by impure motives such as gratuitous vengeance (vindicate et ultionis gratia) undermined the justness of the cause he wished to serve”. GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 108.

¹³⁴ MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, op.cit. p. 1460.

¹³⁵ TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe Terra – Uma História da Narrativa do Mundo*, op.cit. pp. 416-417.

refletem sobre males tão grandes sem dores profundas na alma – estes caem em profunda desgraça e perdem o próprio sentimento humano¹³⁶. Por outro lado, apóia as guerras justas:

Mas o sábio, dirão, só empreenderá guerras justas. Como se tivesse de deplorar, caso se recorde que é homem, muito mais o facto de ter que reconhecer a existência da guerra mesmo justa – porque, se não fossem justas, ele não teria de as empreender e, desta forma, para o sábio, jamais guerra alguma haveria. É, na verdade, a iniquidade da parte adversa que impõe ao sábio que empreenda a guerra justa. Mas essa iniquidade, porque é dos homens, ao homem tem que ser dolorosa, mesmo que dela nenhuma necessidade de empreender a guerra nasça¹³⁷.

Para a melhor compreensão da concepção agostiniana da guerra justa, alguns postulados de sua concepção política merecem alusão. Todas as nações desejam a paz; em alguns casos, no entanto, a força deve ser utilizada como uma necessidade para alcançá-la¹³⁸. A paz como fim último da guerra de que o bispo de Hipona trata não é uma paz temporal – pois esta expressa somente uma mera tranqüilidade cuja existência também se faz presente, por exemplo, entre um bando de ladrões e não justifica o emprego da violência –, mas sim uma *verdadeira paz (tranquillitas ordinis)*, caracterizada por uma “condição de tranqüilidade baseada na justiça, que por sua vez é vista como uma ordenação harmoniosa de direitos e obrigações entre os homens e entre os homens e Deus”¹³⁹.

A guerra deve resultar de uma necessidade de punir injúrias cometidas, como quando uma nação não pune adequadamente seus próprios cidadãos por uma violação cometida ou quando não restaura o que injustamente tomou da nação violada. Esta noção de retribuição a uma ofensa é fundamental na abordagem agostiniana do tema e

¹³⁶ “Portanto, estes males tamanhos, tão horrendos, tão cruéis, todo aquele que com dor neles reflete tem que confessar que são uma desgraça; mas todo aquele que os suporta ou neles pensa sem dor na alma e continua a julgar-se feliz, esse caiu numa desgraça muito mais profunda, porque perdeu o próprio sentimento humano”. Santo AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. 2ª edição. Tradução de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p.1898-1899; HARTIGAN, Richard Shelley. *Saint Augustine on war and killing: the problem of the innocent*. In: *Journal of History of Ideas*, volume 27, number 2, 1966, p.198.

¹³⁷ Santo AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*, op.cit. p. 1899.

¹³⁸ “As próprias guerras, portanto, são conduzidas tendo em vista a paz, mesmo por aqueles que se dedicam ao exercício da guerra, quer comandando quer combatendo. Donde se evidencia que a paz é o fim desejado da guerra. Efectivamente, todo o homem procura a paz, mesmo fazendo a guerra; mas ninguém procura a guerra ao fazer a paz”. Idem, p. 1909.

¹³⁹ HARTIGAN, Richard Shelley. *Saint Augustine on war and killing: the problem of the innocent*, p.199 (tradução livre do autor). “A paz de todas as coisas é a tranqüilidade da ordem. A ordem é a disposição dos seres iguais e desiguais que distribui a cada um os seus lugares”. AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*, op.cit. p. 1915.

em toda a teoria da guerra justa subsequente. A punição sobre uma violação cometida não é justificada quando resulta de uma vingança privada ou de algum motivo passional, mas se justifica plenamente quando exercida por soldados ou oficiais públicos, que não o fazem por proveito pessoal, e sim quando autorizados por uma justiça pública – e aí se abre uma exceção ao mandamento do “não matarás” àqueles que guerreiam por uma ordem divina ou por um comando de uma autoridade legítima, pois a autoridade pública compreende a autoridade para utilizar a força¹⁴⁰. Desta feita, os soldados não poderiam ser responsabilizados pela participação em uma guerra injusta se não pudessem obter um julgamento preciso sobre a injustiça de sua causa; esta responsabilidade recaía sobre as autoridades responsáveis por declarar a guerra¹⁴¹. Ademais, as batalhas deveriam ser travadas com piedade; a necessidade – e não a escolha – deveria ser a razão para se matar um inimigo no campo de batalha¹⁴².

Algumas das bases da noção de guerra justa dadas por AGOSTINHO, cuja influência se estendeu a toda a concepção cristã da paz e da guerra dos séculos posteriores, podem ser sintetizadas deste modo: o escopo legítimo da guerra é a paz; a guerra pode configurar-se como uma necessidade para restabelecer e impor a paz violada; a guerra é fruto de uma desordem de tal gravidade que a sua prática é injustificada quando o seu objetivo pode ser alcançado por meios menos violentos; e, por fim, a vitória na guerra nem sempre ocorre para o lado mais meritório – isto é

¹⁴⁰ “However, there are some exceptions made by divine authority to its own law, that men may not be put to death. These exceptions are of two kinds, being justified by a general law, or by a special commission granted for a time to some individual. And in this latter case, he to whom authority is delegated, and who is but the sword in the hand of him who uses it, is not himself responsible for the death he deals. And, accordingly, they who have waged war in obedience to the divine command, or in conformity with his laws have represented in their persons the public justice or the wisdom of government, and in this capacity have put to death wicked men; such persons have by no means violated the commandment ‘Thou shalt not kill’”. AUGUSTINE, Saint. *The City of God* (I, 21). Translated By Marcus Dods. Chicago, London, Toronto: Encyclopaedia Britannica, 1955, p. 142; HARTIGAN, Richard Shelley. *Saint Augustine on war and killing: The Problem of the Innocent*. In: *Journal of History of Ideas*, op.cit. pp.199-200; REICHBERG, Gregory, SYSE, Henrik, BEGBE, Endry (Editors). *The Ethics of War and Peace: Classic and Contemporary Readings*, op.cit. p. 81.

¹⁴¹ “Augustine left no doubt that participation in an unjust war was not a sin on the part of the individual soldier, if he had no clear judgment on the injustice of his cause. The responsibility lay with the authorities who were directing the war”. GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 108.

¹⁴² HARTIGAN, Richard Shelley. *Saint Augustine on war and killing: The Problem of the Innocent*. In: *Journal of History of Ideas*, op.cit. pp.200-201.

permitido pelos fins misericordiosos da Providência divina de santificação dos derrotados¹⁴³.

No período medieval a idéia de guerra justa era concebida a partir de três fontes distintas e nem sempre coerentes entre si: os costumes das guerras privadas entre cavaleiros (“guerras entre nacionais de um mesmo reino”¹⁴⁴ nas quais havia um combate honroso e mutuamente respeitoso entre adversários equânimes¹⁴⁵), a concepção da Igreja acerca da guerra justa e as tradições da Antigüidade Clássica romana¹⁴⁶. Dentre essas fontes, a mais importante intelectualmente provinha dos ensinamentos da Igreja cristã.

Mas as tradições romanas também foram incorporadas pela teologia cristã – notadamente já a partir da recepção agostianiana da influência estoica ciceroniana de um direito natural que dita a imutabilidade, a eternidade e a universalidade da justiça compartilhada por todas as instituições e consciências no tempo e no espaço¹⁴⁷ –, assim como os costumes das guerras privadas dos cavaleiros¹⁴⁸, que, vinculados ao Feudalismo, foram direcionados pela Igreja em torno da unificação de seus ideais. As guerras entre os nobres cristãos deveriam ser evitadas – porque desaprovadas pela Igreja por enfraquecerem a cristandade – e o ardor beligerante deveria ser direcionado contra os infiéis muçulmanos¹⁴⁹.

Além disso, a Igreja, a partir do século XI d.C., empreendeu esforços no sentido da limitação do uso da força entre os cristãos nas numerosas guerras privadas

¹⁴³ De La BRIÈRE, Yves. *Les Étapes de la tradition théologique concernant le droit de juste guerre – Notes d’Histoire des Doctrines*. In: *Revue Générale de Droit International Public*, nº 1, 1937, p. 141; “The war was also for the good of the loser: the possibility of his committing evil was removed, and in this sense it was to his advantage to have been vanquished”. GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 107.

¹⁴⁴ MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, op.cit. p. 1462.

¹⁴⁵ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. pp. 113-114.

¹⁴⁶ JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*. New Haven: Yale University Press, 1999, p. 45; GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. pp. 113.

¹⁴⁷ FARAGO, France. *A Justiça*. Tradução de Maria José Pontieri. Barueri: Manole, 2004, p. 116; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia Política*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 115.

¹⁴⁸ A partir da unificação do grupo cavaleiresco, houve também a consolidação do seu código de valores. Vários deles foram ressaltados em canções épicas que trovadores cantavam nas cortes senhoriais, como a coragem, a habilidade no combate, a fidelidade, a honra, a prodigalidade e o desprezo pelos humildes. BASCHET, Jérôme. *A civilização feudal – Do ano mil à colonização da América*, op.cit. pp. 118- 119.

¹⁴⁹ Idem, p.119; MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, op.cit. p. 1462.

por meio da *Trégua de Deus*, cujo escopo consistia na proteção de determinadas categorias de pessoas – como clérigos, mercadores e camponeses –, de determinados lugares – Igrejas e cemitérios – e de determinados períodos – como a ausência de lutas entre quinta ou sexta-feira até segunda-feira pela manhã. Estas normas de *ius in bello* formuladas pela Igreja obtiveram, todavia, pouco sucesso na contenção das guerras privadas, cuja redução somente adveio com a implementação de uma legislação secular sobre a paz no fim da Idade Média e com as mudanças do sistema sócio-político proporcionadas pelo advento do Estado moderno¹⁵⁰.

Fontes diversas como as citadas não poderiam formar um conjunto teórico sem inconsistências. Uma das que mais se destaca, por exemplo, é a formulação por teóricos da Escolástica do conceito de *guerra santa* ou *sagrada* ao lado da guerra justa, mas que dela se diferencia¹⁵¹.

Na noção de guerra justa de Santo AGOSTINHO já havia elementos que deram suporte às teorias e práticas dos extremistas religiosos posteriores. Ele foi o autor católico pioneiro na criação da idéia de *guerra santa* ao justificar guerras de defesa da Igreja no norte da África com base em *comandos divinos*, dirigidas primeiramente contra os Donatistas heréticos (“uma seita cristã cuja motivação advinha de disparidades sociais e que tentava impor suas concepções doutrinárias por meio da força, produzindo então uma ameaça contra toda a ordem social e política”¹⁵²), mas que, posteriormente, se incorporou na ideologia radical das Cruzadas contra os infiéis¹⁵³. Porém, a Igreja, ao procurar defender-se dos ataques perpetrados contra ela, não poderia combater por si

¹⁵⁰ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 115-116.

¹⁵¹ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit., p. 105.

¹⁵² Idem, p.108

¹⁵³ Idem, *Ibidem*. Como corretamente leciona Jérôme BASCHET, as cruzadas não eram consideradas pelos cristãos como um mero empreendimento de conquista. A guerra era justificada pela infidelidade dos muçulmanos e por seus vícios. Os cristãos consideravam-se superiores porque combatiam escudados pela verdadeira fé e, portanto, deveriam ser perdoados pela prática de pecados e ter garantia de ingresso ao paraíso em caso de morte durante a luta. Com efeito, as cruzadas são iniciadas como um verdadeiro movimento no ano de 1095, com a pregação de Urbano II em Clermont, que convida a todos a uma “guerra de Deus” cujo objetivo máximo era a reconquista de Jerusalém e os demais Lugares Santos. Em 1099 houve uma vitória de grande simbolismo, seguida da ocupação latina de um século da Terra Santa, e de outro em que essa presença perde sua força gradativamente até sua liquidação. Jérôme BASCHET sublinha que as Cruzadas são o fruto de um reequilíbrio de forças entre o Ocidente e o Oriente: “As cruzadas são liquidadas com um fracasso (...). Entretanto, elas atestam um evidente reequilíbrio de forças. Cercados pelas forças do Islã durante a Alta Idade Média, o Ocidente contra-ataca fazendo-as recuar a partir do século XI, constringendo-as à defensiva durante o século XII e, mesmo se o projeto da Terra Santa é abreviado, a presença ocidental no Mediterrâneo oriental é durável, a tal ponto que no século XIII, o Egito depende das frotas cristãs para o seu abastecimento”. BASCHET, Jérôme. *A civilização feudal – Do ano mil à colonização da América*, op.cit. pp.93-94.

mesma, e sim, invocar as autoridades temporais para fazê-lo (*Ecclesia non sitet sanguinem*). Esta idéia agostiniana foi corroborada no *Decreto de Graciano* e no Direito Canônico: os membros da Igreja não eram autorizados a combater nas guerras, mas lhes era concedida a possibilidade de incitar os príncipes a travá-las contra os inimigos da cristandade. Em outras palavras, a autoridade espiritual podia ordenar as autoridades temporais a guerrear, mas não podia participar por si mesma dos combates¹⁵⁴.

A teoria da *guerra santa*, cuja organização direta coube à Igreja Católica e cuja materialização ocorreu nas Cruzadas, ganhou impulso em 1215, com o Papa Inocêncio III (organizador da Quarta Cruzada contra a *Terra Santa*), e orientava-se contra os infiéis sarracenos e judeus, declarados como inimigos da cristandade. Esta modalidade de guerra em nada se assemelhava aos combates entre os cristãos, nos quais os requisitos das guerras justas deveriam ser cumpridos, e resultou na consolidação da supremacia do papado sobre os poderes temporais, pois o Sumo Pontífice poderia reivindicar o direito de conduzir a cristandade à guerra sem a sua mediação¹⁵⁵.

Diante dessa complexidade e variedade de fontes, os teólogos cristãos alcançaram a supremacia teórico-intelectual acerca das idéias de guerra justa, produzindo um grande legado para a formação do Direito Internacional Público nos séculos posteriores. Seria um anacronismo afirmar, na esteira de HAGGENMACHER, que do direito de guerra medieval decorre completamente o Direito Internacional Moderno como disciplina jurídica. O autor crê, todavia, na adequação de uma metáfora explicativa de sua inter-relação: se o advento do Direito Internacional Moderno for comparado ao nascimento de uma flor, seu caule corresponderia ao direito de guerra medieval. Mas isto também não quer dizer que o direito de guerra medieval seja uma espécie precursora de Direito Internacional fragmentário e precário, pois seu objeto de regulação, além de muito mais amplo que as guerras internacionais, lida com todos os tipos de guerras do período medieval, destacadamente aquelas de interesse local¹⁵⁶. O direito de guerra medieval, na verdade, sofre uma renovação profunda, de caráter revolucionário, em virtude da influência teórica dos teólogos e juristas espanhóis e

¹⁵⁴ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 110. O referido princípio (*Ecclesia non sitet sanguinem*) se aplicava também aos heréticos queimados na época da Inquisição.

¹⁵⁵ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 110-111; WATSON, Adam. *A Evolução da sociedade internacional – Uma análise histórica comparativa*, op.cit., p. 209.

¹⁵⁶ HAGGENMACHER, Peter. *La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international*, op.cit. p. 77.

italianos – notadamente VITÓRIA e GENTILI – no contexto da formação do Estado Moderno¹⁵⁷.

As lições de Santo AGOSTINHO sobre a guerra justa foram incorporadas muitas vezes por citações diretas pelo *Decreto de Graciano*, a mais relevante compilação medieval do Direito Canônico¹⁵⁸, cujo papel de sistematização do corpo doutrinário da guerra justa foi de extrema relevância. O *Decreto de Graciano* compila em definitivo o material da Patrística, que constituirá a substância de uma doutrina da guerra justa. HAGGENMACHER aponta, neste sentido, a perenidade, por vários séculos, do status do *Decreto de Graciano* – notadamente a *Causa 23*, inteiramente devotada ao tema da guerra sob a perspectiva cristã¹⁵⁹ – como principal fonte teórica a partir do qual os textos da Patrística serão consultados, inclusive pelo jovem Hugo GROTIUS¹⁶⁰.

A formulação vinculante para o cristianismo – ainda detentora de efetividade na doutrina da Igreja atual – foi estabelecida por São TOMÁS DE AQUINO. O mais importante filósofo da Idade Média não acrescentou muito à contribuição do trabalho criativo e compilador dos canonistas, que, por sua vez, foram bastante influenciados pela noção agostiniana de guerra justa. TOMÁS DE AQUINO também se baseou direta, assumida e fortemente nas idéias de AGOSTINHO, sistematizando-as¹⁶¹.

Ao basear-se no trabalho dos canonistas e de AGOSTINHO, TOMÁS DE AQUINO, por meio de sua clareza sistemática e terminologia lógica em um período crítico do desenvolvimento da doutrina da guerra justa,¹⁶² conseguiu racionalizar e fortalecer o consenso moral em torno da guerra. Se os próprios canonistas obscureceram

¹⁵⁷ PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili). Ijuí: editora Unijuí, 2006, p. 17.

¹⁵⁸ O Decreto foi formulado pelo monge camaldunense João GRACIANO, em 1140 d.C., em Bolonha, o centro do direito europeu no século XII. A harmonização apresentada no Decreto revolucionou o estudo do Direito Canônico. A obra era bastante extensa, com mais de 3000 capítulos, e constituiu-se no principal fundamento do Direito Canônico europeu. O surgimento da ciência da canonística deu-se, portanto, com base na interpretação, na recepção e no aprimoramento do *Decreto de Graciano*. PICH, Roberto H. *Decreto de Graciano*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*, op.cit. pp.182-183.

¹⁵⁹ Para um maior aprofundamento sobre o Decreto de Graciano e a Guerra justa, ver REICHBERG, Gregory, SYSE, Henrik, BEGBE, Endry (Editors). *The Ethics of War and Peace: Classic and Contemporary Readings*. Oxford: Blackwell, 2006, pp. 105-107.

¹⁶⁰ HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, op.cit. p. 23.

¹⁶¹ JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*, op.cit. pp. 44-45.

¹⁶² GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 109; MELLO, Celso Albuquerque. *Guerra Justa*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*, op. cit. p. 391

a sistematização de AQUINO à época, os teólogos-juristas Francisco de VITÓRIA e Francisco SUAREZ, no início da *Era Moderna*, basearam-se profundamente em suas idéias. De fato, estas se mostram duplamente vantajosas para o posterior desenvolvimento da doutrina da guerra justa: a primeira, pelo seu didatismo, pela clareza com que lida com os conceitos; a segunda, por encontrar-se no “centro do desenvolvimento do pensamento cristão medieval sobre a guerra justa”¹⁶³.

Como epílogo e síntese da concepção agostiniano-canônica acerca da guerra justa, São TOMÁS DE AQUINO, na *Suma Teológica*, formulou três condições essenciais para o cometimento de uma guerra considerada justa. A primeira delas, de caráter mais formal e objetivo, remonta à autoridade do Príncipe (*autorictas principis*) de cuja ordem veio o ato de guerrear – uma pessoa privada não poderia empreender uma guerra justa, pois a solução de um conflito privado deveria ser procurada em um tribunal superior¹⁶⁴. Em outras palavras, a autoridade deve ser competente para declarar a guerra. A segunda condição, de caráter mais substancial e subjetivo, remete a uma causa justa para a guerra – a retribuição de injúrias ou a restituição daquilo que foi apoderado injustamente¹⁶⁵. A terceira condição, por fim, refere-se à necessidade da reta intenção (*intentio recta*) – a promoção do bem e a prevenção do mal. Uma guerra declarada por uma autoridade legítima e cuja causa fosse justa poderia, portanto, se tornar ilícita caso a intenção fosse depravada¹⁶⁶.

O fato de a primeira condição tratar da autoridade competente para autorizar a guerra pode talvez não significar nada acerca de uma *posição hierárquica* em relação às

¹⁶³ JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*, op.cit. p. 45.

¹⁶⁴ “Por onde, como o cuidado da república foi cometido aos chefes, a eles lhes pertence defender a coisa pública da cidade, do reino ou da província a que está submetida. Ora, eles a defendem materialmente com a espada, contra os perturbadores internos (...). Assim também, com a espada da guerra, pertence-lhes defender a coisa pública contra os inimigos externos”. AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica: 2ª parte da 2ª parte, Questões 1-79*. 2ª edição. Tradução de Alexandre Corrêa. Caxias do Sul: Livraria Sulina Editora, 1980, p.2362; MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, op.cit. p. 1460.

¹⁶⁵ “Segundo, é necessário uma causa justa; i. é, que os atacados mereçam sê-lo por alguma culpa. Por isso diz Agostinho: *Costumam definir as guerras justas como as que vingam as injúrias, quando uma nação ou uma cidade, que vai ser atacada pela guerra, ou deixou de castigar o que foi iniquamente feito pelos seus membros, ou de restituir o de que se apoderou injustamente*”. AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica: 2ª parte da 2ª parte, Questões 1-79*, op.cit. p.2362

¹⁶⁶ “Terceiro, é necessário seja recta a intenção dos beligerantes, pelo que se entende o promoverem o bem ou evitarem o mal. Por isso diz Agostinho: *Os verdadeiros adoradores de Deus consideram justas também as guerras feitas, não por cobiça e crueldade, mas por desejo de paz, para que os maus sejam reprimidos e os bons socorridos*”. Idem, Ibidem; HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força no direito internacional*, op.cit. p. 32.

outras condições – mas sinaliza a importância dada pelos teóricos medievais, em uma ordem sócio-política fragmentada e atormentada por guerras, à questão da autoridade apta a mover uma guerra justa¹⁶⁷. E isto nos leva a duas controvérsias.

A primeira diz respeito a qual nível na hierarquia feudal pode ser legitimamente autorizado o uso da força armada. De um lado, a baixa nobreza feudal e os cavaleiros reivindicavam a autoridade para a determinação do uso da força em guerras privadas, o que fragmentou a ordem social, levando o controle das unidades fragmentadas à dominação de chefes guerreiros e bandos armados. De outro, a alta nobreza e o alto clero também procuravam impor a ordem pela restrição da autoridade para a utilização da força armada à autoridade secular mais alta.

A segunda trata da restrição da autoridade competente para o uso da força armada às autoridades temporais (seculares) ou a sua ampliação à alta hierarquia da Igreja (Papa e bispos em suas dioceses). TOMÁS DE AQUINO seguiu a resposta dada pelos canonistas de que cabe à autoridade soberana (*autorictas principis*). Esta resposta, assinala James Turner JOHNSON, perdurou por muito tempo nos autores da guerra justa do Direito das Gentes Clássico, o qual autorizava os Estados soberano a empreenderem a guerra¹⁶⁸ – e, acrescentamos, ainda se faz bastante presente em teorias da guerra justa da atualidade, como na de MICHAEL WALZER.

A resposta de AQUINO possui uma tripla motivação: a primeira, porque uma autoridade superior deve resolver o problema de uma guerra privada; a segunda, porque os Príncipes são responsáveis pela manutenção da ordem e da justiça internas; a terceira, porque eles também se responsabilizam pelo bem-estar comum. Ambas estas responsabilidades aludem à guerra justa como modo de efetivamente garanti-las. A relação estreita de tais responsabilidades com a noção da autoridade legítima para guerrear eram características do pensamento político medieval, pois a guerra que lhes defendia constituía um dos instrumentos imprescindíveis da autoridade dos Príncipes.

E, desse modo, o critério da autoridade competente liga-se à condição da *justa causa*, pois a guerra justa, segundo TOMÁS DE AQUINO, citando AGOSTINHO, pune aquele que pratica uma injúria ou restaura aquilo que foi indevidamente tomado.

¹⁶⁷ JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*, op.cit. p. 46.

¹⁶⁸ JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*, op.cit. pp. 46-47.

São justas causas por violarem a ordem e a justiça pelas quais o Príncipe é responsável manter e restaurar¹⁶⁹.

AQUINO define a *intenção reta* utilizando assumidamente a linguagem de dupla dimensão agostiniana: de um lado, a guerra deve promover o bem ou evitar o mal, como assegurar a paz e punir os culpados; de outro, não deve ter motivos cruéis, ligados à ambição, ao engrandecimento do poderio, à cruel sede de vingança de outro. Pessoas privadas não podem ter a *intenção reta* porque não possuem as responsabilidades dos Príncipes relativas à ordem, à justiça e ao bem-estar. Deste modo, TOMÁS DE AQUINO, na esteira de AGOSTINHO e dos canonistas, relaciona a *intenção reta* à manutenção da ordem política justa – e, portanto, pacífica – defendida pela teoria política do medievo. O escopo da paz vincula-se à idéia de justiça – a *tranquillitas ordinis* de AGOSTINHO – em uma relação direta com as responsabilidades do soberano que detém a competência de autorizar uma guerra justa¹⁷⁰.

A própria *intenção reta*, que tem como pressuposto a virtude da intenção pela qual se empreende uma guerra, também se relaciona de modo não declarado, como em AGOSTINHO, à limitação dos meios de guerrear, uma vez que a guerra é travada conforme a virtuosidade da intenção que a motiva. Não há em AQUINO uma série de regras sobre a limitação dos meios de guerrear consubstanciados no *jus in bello*. Este é uma decorrência implícita da *intenção reta*¹⁷¹.

Finalmente, para concluir sobre a concepção medieval acerca da guerra justa, vale ressaltar a exposição da síntese na qual Celso Albuquerque MELLO expõe brevemente as contribuições de Santo AGOSTINHO e de São TOMÁS DE AQUINO:

Pode-se, então, resumir as conclusões dos ensinamentos de Santo Agostinho, e que foram retomados por Santo Tomás; a) deve-se evitar a guerra solucionando os litígios por meios pacíficos; b) “a paz obtida por conciliação é melhor que paz obtida pela vitória”; c) da sociedade natural humana surgem direitos e deveres morais na guerra; d) a ausência de um tribunal para solucionar conflitos internacionais é que justifica a guerra. Esta se justifica ainda no caso de legítima defesa; e) a guerra para ser justa deve preencher os seguintes requisitos: 1 – justa causa; 2 – ser necessária; 3 – ser feita uma advertência moral, ser declarada; 4 – ser declarada por uma autoridade soberana; 5 – o bem a ser atingido deve ser maior que

¹⁶⁹ Idem, p. 48.

¹⁷⁰ AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica: 2ª parte da 2ª parte, Questões 1-79*, op.cit. p.2362; JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*, op.cit. p. 49.

¹⁷¹ JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*, op.cit. p. 50.

os males a serem produzidos; 6 – intenção reta; 7 – a violência deve ser usada apenas quando for necessária; f) a responsabilidade moral da guerra repousa na autoridade soberana; g) “os padres não podem lutar mesmo em uma guerra justa”; está fundamentado em Santo Tomás; h) “o dever de repelir uma injúria sofrida a outrem é obrigação comum a todos os governantes e povos”.

1.7 A dissolução da *Respublica Christiana* e os fundadores do Direito Internacional Público: as mudanças na teoria da guerra justa

1.7.1 Contextualização do debate: brevíssimas notas sobre a conjuntura histórica

Para situarmos o debate dos fundadores do Direito Internacional Público e suas distinções e semelhanças em relação ao paradigma cristão da guerra justa em AGOSTINHO e AQUINO, algumas breves considerações sobre as macro-mudanças históricas se fazem necessárias.

A dissolução da cristandade medieval foi um processo lento, porém contínuo, iniciado ainda no século XIII – na Baixa Idade Média –, e desenvolvido durante a Renascença Italiana e a Reforma Protestante, consolidando-se de vez com a Paz de Vestfália, em 1648. Tal processo conduziu ao nascimento do Estado soberano moderno, no qual houve um fenômeno de secularização e concentração do poder que desarticulou a sociedade feudal, e cujo princípio se deu nos pequenos senhorios italianos¹⁷², culminando nas grandes monarquias espanhola, francesa e inglesa dos séculos XVI e XVII¹⁷³.

¹⁷² No plano político, produziu-se uma grande concentração de poder pelos príncipes italianos. O *Stato* autoritário do Renascimento Italiano consolidava seu poder internamente e expandia-se à custa dos vizinhos por meio de um cálculo político frio desprovido de noções morais de certo e errado cujo objetivo principal era prover a segurança – a *razão de Estado* (*ragione di Stato*). WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional – Uma análise histórica comparativa*, op.cit., pp. 220-222; 230; TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 6. Nessa linha, a contribuição do florentino MAQUIAVEL para o desenvolvimento teórico dessa *ragione di Stato* de finalidade relacionada à autopreservação do Estado afigura-se como fundamental. MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus editora, 1986, passim.

¹⁷³ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, op.cit. pp. 139-140; COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno*, op.cit., p. 156; BARBOSA, Samuel Rodrigues. *A invenção do jus cogens e a dogmática do direito internacional*

Ademais, o movimento protestante, apesar de religioso em sua origem e finalidade, gerou também enormes mudanças políticas e econômicas na sociedade internacional européia; dentre elas, destacou-se o estímulo às *lealdades nacionais* dentro dos centros de poder territoriais estatais: as forças centrífugas nacionais diversas se impuseram diante das forças centrípetas religiosas. A partir do advento da modernidade ocorreria o encontro da *unidade espiritual* no humanismo, na defesa do progresso e da razão, no direito natural. Por outro lado, a cisão da cristandade provocou um grande número de guerras religiosas entre diversos Estados, o que também ajudou na reafirmação das identidades nacionais.

Da desintegração da cristandade européia surgem o sistema de Estados europeu e o Direito Público Europeu (*ius publicum europaeum*) baseados no *equilíbrio do poder*, um princípio mecânico de equilíbrio incapaz de garantir uma ordem estável porque traz como pressuposto uma inimizade natural entre as nações. A garantia do equilíbrio decorre da concorrência das razões de Estado em busca da autopreservação e da expansão da *patria*. Com efeito, o nascimento daquele princípio na moderna política européia remonta aos reinos italianos na Renascença, estendendo-se posteriormente à macro-política até alcançar a consagração definitiva com seu reconhecimento formal na Paz de Utrecht em 1713¹⁷⁴.

1.7.2 Observações prévias sobre o debate

Faremos em seguida um estudo comparado dos mais influentes teóricos do Direito das Gentes Clássico e de suas respectivas doutrinas da guerra justa. Não é nosso objetivo esgotar a análise de todas as obras dos chamados fundadores do Direito Internacional Público sobre a doutrina da guerra justa, porque o capítulo não tem como

no crepúsculo do jus publicum europeum (Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – 2002), pp. 22-23.

¹⁷⁴ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Genèse et structure de la société internationale*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Tome 96. Pays Bas: A. W. Sijthoff, 1960, p. 586; TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, op.cit. p. 140; WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional – Uma análise histórica comparativa*, op.cit., pp. 239-240; KENNEDY, Paul. *Ascensão e queda das grandes potências – Transformação econômica e conflito militar de 1500 a 2000*. 2ª edição. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p.75.

objetivo exaurir a história da tradição, mas mostrar especificamente, por meio de estudos comparados, as semelhanças e diferenças entre os autores, as continuidades e descontinuidades da própria tradição e a sua vitalidade plural e dinâmica.

As obras dos quatro autores escolhidos possuem muitas afinidades, mas também muitas disparidades – que de certo modo até se sobrepõem. Isto evidencia que a tradição da doutrina da guerra justa não é de forma alguma monolítica; é repleta de continuidades e descontinuidades; possui uma riqueza plural que passa despercebida pelo observador menos atento. Se todos estes teóricos podem ser rotulados de certa forma como *jusnaturalistas*, suas considerações sobre a guerra e seus fundamentos teóricos em muitos pontos divergem.

Vale ainda ressaltar aspectos metodológicos relevantes nestes dois tópicos seguintes relativos aos pares dos mais influentes teóricos do Direito das Gentes Clássico.

O primeiro, relativo à aparente digressão sobre os fundamentos teóricos mais gerais de cada um dos autores. Estes são importantes para a construção dos pares porque os autores possuem distinções e semelhanças tanto quanto à metodologia de investigação como ao próprio conteúdo dos fundamentos. Isto implica a existência de uma pluralidade de visões sobre a guerra justa dentro de uma mesma tradição de pensamento cuja exposição deve ser a mais abrangente possível dentro do limite temático que nos é imposto, a ênfase sobre o tópico da guerra justa.

O segundo, relativo à própria construção dos pares. Escolhemos as duplas de modo a tornar a comparação a mais rica possível. Em cada um dos tópicos a comparação entre os autores escolhidos será o objetivo primordial. Todavia, a isto não nos limitaremos; a invocação das opiniões de autores estranhos ao par será feita quando acharmos relevante para o enriquecimento do ponto em discussão.

1.7.3 Francisco de VITÓRIA e Alberico GENTILI: o debate entre as tradições escolástica e humanista da teoria da guerra justa

No século XVI duas escolas de pensamento possuíam influência teórica significativa acerca das idéias sobre a guerra e a paz: a teológica, cujo principal representante era Francisco de VITÓRIA, e a humanista, que tinha como um de seus principais teóricos o jurista italiano Alberico GENTILI¹⁷⁵. Os teólogos baseavam suas idéias principalmente nos ensinamentos de AGOSTINHO e TOMÁS DE AQUINO, nos escritos de filósofos gregos e juristas romanos; os humanistas, por outro lado, sustentavam sua argumentação com o apoio dos oradores romanos (em geral cétricos quanto à especulação filosófica) e de outros escritos da Antiguidade¹⁷⁶. Em sua principal obra, *O Direito de Guerra*, GENTILI aborda muitas das questões importantes presentes nos debates entre as duas escolas de pensamento dominantes. De fato, a obra do jurista italiano representa mesmo uma *summa* da literatura humanista sobre o tema¹⁷⁷.

O estudo deste tópico contraporá as concepções de GENTILI e VITÓRIA no contexto do choque dessas duas tradições sobre o tema da guerra justa.

A Espanha foi uma das primeiras potências europeias a unificar-se em torno de uma autoridade centralizada (a união dos reinos de Castilha e Aragão em 1469). De fato, a luta contra os mouros já houvera contribuído para solidificar a coesão interna. A combinação de unidade religiosa e de unidade nacional provocada pelo fortalecimento do poder real em face da aristocracia feudal possibilitou a construção de valores comuns aos espanhóis, um estímulo significativo à força da burocracia centralizada Estado e

¹⁷⁵ Alberico GENTILI nasceu em San Ginesio, no norte da Itália, em 1552, e morreu em Londres, em 19 de junho de 1608. Refugiou-se na Inglaterra e tornou-se professor de Direito Civil em Oxford em 1587. CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*, op.cit. pp. 686.

¹⁷⁶ Carl SCHMITT constata a prevalência das definições jurídicas em GENTILI e seu poderio argumentativo e lingüístico. E complementa, quanto ao seu método: “A ello se añade um material expuesto del modo más dinámico, com numerosos ejemplos de la Antigüedad clásica, del Antiguo Testamento y de la historia de la época”. SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra em El Derecho de Gentes del “jus publicum europaeum”*, op.cit. p. 183; TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*, op. cit. p. 16.

¹⁷⁷ TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*, op. cit. p. 16.

uma estabilidade interna que culminaram na preponderância da Espanha no nascente sistema de Estados europeus.

A preeminência espanhola nas *Grandes Navegações* com o descobrimento do *Novo Mundo* e com a posterior exploração comercial bastante lucrativa de seu Império colonial americano proporcionou um grande acúmulo de riquezas responsável pelo financiamento do mais poderoso aparato militar europeu dos séculos XVI e XVII¹⁷⁸. Nesse sentido, existe uma diferença fundamental entre a incipiente sociedade de Estados Cristãos europeus e a *Respublica Christiana* medieval: nas Cruzadas houvera uma convergência de atitudes e interesses da Igreja, dos cavaleiros cristãos e dos príncipes, que transformara a *guerra santa* em um empreendimento comum; na expansão colonial iniciada no século XVI havia, em contrapartida, uma intensa competição entre as potências européias pela supremacia¹⁷⁹.

Na História do Direito Internacional, a hegemonia alcançada pela Espanha no sistema de Estados europeus entre o século XVI e a metade do XVII chama-se *Idade Espanhola*. Neste período inserem-se contribuições teóricas muito importantes de teólogos e juristas espanhóis acerca do Direito das Gentes: constituem a *Escola Espanhola de Direito Natural e das Gentes*, cujo fundador e mais importante representante é o teólogo e frei dominicano Francisco de VITÓRIA (1480-1546)¹⁸⁰.

Francisco de VITÓRIA lecionou na Universidade de Salamanca e suas maiores contribuições à disciplina do Direito Internacional moderno advieram dos cursos por ele proferidos na cátedra *Prima* de Teologia – em especial *De Indis et de Jure Belli Relectiones*. Seu método e sua concepção do Direito das Gentes eram ainda profundamente influenciados pelo tomismo – destacadamente a aceitação da hierarquia entre as leis eternas do intelecto divino, as leis naturais, as leis divinas positivas e as leis humanas positivas¹⁸¹ –; mas, por outro lado, introduziu importantes inovações para a

¹⁷⁸ Em 1550, os efetivos militares espanhóis eram de 150.000, enquanto França e Inglaterra possuíam 50.000 e 20.000, respectivamente; em 1630, a Espanha contava com 300.000 e Províncias Unidas e França com 50.000 e 150.000, respectivamente. KENNEDY, Paul. *Ascensão e queda das grandes potências – Transformação econômica e conflito militar de 1500 a 2000*, op.cit. pp. 62; 56; GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 138-139.

¹⁷⁹ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 142.

¹⁸⁰ JÚNIOR, Arno Dal Ri. *Apresentação*. In: *Os índios e o direito de guerra* (aut. Francisco de Vitória). Ijuí: Editora Unijuí, 2006, p. 8.

¹⁸¹ “Vitória aceita a hierarquia de leis do tomismo, segundo a qual, além da lei eterna presente no intelecto divino, está a lei natural, como manifestação dessa lei eterna na alma humana, e a lei divina

consolidação do Direito Internacional. O frei dominicano foi um autor de transição importante entre o Direito das Gentes Medieval e o Direito das Gentes moderno, de tal modo que influenciou diversos autores contemporâneos a considerá-lo o “pai” do Direito Internacional¹⁸².

VITÓRIA desenvolve a idéia da humanidade como uma comunidade universal do gênero humano cujo alcance envolve todas as nações organizadas em Estados. O Pacto de todo o *orbe* ou da maior parte dele, representado pelas nações soberanas, funda o Direito das Gentes. E nisto reside uma grande inovação do teólogo espanhol, pois modifica a tradicional noção de GAIO do *ius gentium* ao promover a substituição do termo *homines* por *gentes*, um *ius inter gentes*: o Direito das Gentes compreenderia “as normas que a razão natural estabeleceu entre as nações”. O *jus inter gentes* não é mais um direito de indivíduos, mas de nações compostas por indivíduos; regula não só as relações entre as nações, mas dos homens para com elas¹⁸³. A finalidade deste Direito das Gentes, pré-designado desde o início na ordem divina universal, é a realização do bem comum da humanidade¹⁸⁴.

positiva, que é a lei de Deus revelada aos homens pelas Sagradas Escrituras. Por último está a lei humana positiva, que compreende as leis que os homens criam para dirigir as sociedades políticas. A lei humana positiva serve para aplicar e concretizar a lei natural, adaptando-a às circunstâncias sociais e temporais de cada sociedade. Por isso, se alguma lei positiva estiver em conflito com a lei natural, não deveria ser considerada propriamente lei, mas sim “corrupção da lei”, e que os cidadãos não estariam obrigados a cumpri-la. Por sua vez, como a lei natural está presente em todos os homens, não é imprescindível o conhecimento da lei divina positiva para agir conforme a vontade de Deus. Dito de outro modo, baseia-se na lei natural de que todos os homens tenham igual capacidade de conhecer e agir retamente”. URBANO, Francisco Castilla. *Introdução*. In: *Os índios e o direito de guerra* (aut. Francisco de Vitória). Ijuí: Editora Unijuí, 2006, p. 17.

¹⁸² Antonio TRUYOL y SERRA aponta justamente a conversão do maior expoente dessa corrente de pensamento – James Brown SCOTT – acerca do status de VITÓRIA como fundador do Direito das Gentes Moderno: “On pourrait dans un certain sens parler d’une conversion. Scott, protestant qui enseigne pendant les vingt dernières années actives de sa vie à l’Université catholique de Georgetown, consacre aux deux grands théologiens-juristes espagnols une série d’ouvrages, parmi lesquels on peut retenir *El Origen español del derecho internacional moderno* (...), *The Catholic Conception of International Law* (Washington, 1934), *The Spanish Origin of International Law*, I: Francisco de Vitoria and His Law of Nations (Oxford, 1934). Et il déplace le centre de gravité de la question. Il s’appuie, entre autres, sur l’étude citée de R. Fruin. Vitoria et Suárez ne sont plus considérés comme les “précurseurs” de Grotius, mais comme les fondateurs, le premier “Du droit des gens moderne”, le second, “de la philosophie moderne Du droit en general et en particulier Du droit des gens”. Scott a résumé ce point de vue, non sans un grain de rhétorique, à l’occasion d’un cours fait à l’Université de Salamanca”. TRUYOL y SERRA, Antonio. *Grotius et les classiques espagnols du droit des gens*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International, volume IV*. Haia: Nijhoff, 1983, p. 437.

¹⁸³ VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito de guerra*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2006, p. 93; CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. (Tese de titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 198); TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, op.cit. pp. 23-24.

¹⁸⁴ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op.cit. p. 189.

Esta concepção de uma comunidade universal abrangente de todas as sociedades políticas (nações) funda-se na sociabilidade natural – que traz consigo a idéia da igualdade jurídica dos Estados – e na unidade do gênero humano – cuja procedência é ao mesmo tempo teológica, porque conferida pela revelação cristã, e filosófica, porque “o princípio da unidade do gênero humano é susceptível de uma demonstração racional”¹⁸⁵.

Para VITÓRIA, o “direito das gentes é Direito natural ou deriva do Direito natural”¹⁸⁶. Todavia, o Direito Natural é a fonte preferencial do Direito das Gentes vitoriano, não a única. Nem sempre as regras gerais do Direito Natural são suficientes para regular todas as situações; disto sobrevêm os costumes e o consentimento da humanidade. Por outro lado, qualquer lei humana, tais como as do Direito das Gentes, não pode contrariar o Direito Natural. Caso o faça, é reputada como inválida. O Direito das Gentes, dado pelo consentimento das nações, deve estar situado mais sob a lei positiva que sob a lei natural.¹⁸⁷

VITÓRIA, com efeito, ao não tornar o Direito Natural a fonte única e absoluta do Direito das Gentes – como faz posteriormente PUFENFORF –, promove uma das grandes inovações quanto às fontes da disciplina quando sustenta o consentimento dos Estados como fonte complementar, capaz de engendrar o costume internacional, fonte de suprema relevância para o Direito Internacional Público ainda nos dias atuais¹⁸⁸.

VITÓRIA dedica a maior parte de seus estudos para se posicionar sobre as controvérsias morais e políticas postas por seu tempo. Esta consiste em um das

¹⁸⁵ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, op.cit. p. 75.

¹⁸⁶ “Prova-se isso, primeiro, pelo direito das gentes, que é Direito natural ou deriva do Direito natural”. VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito de guerra*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2006, p. 93; GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. pp. 146, 190; URBANO, Francisco Castilla. *Introdução*. In: *Os índios e o direito de guerra* (aut. Francisco de Vitória), op. cit. p. 18.

¹⁸⁷ KUNTZ, Rolf. *Vitória, Francisco de, 1486-1546*. In: *Dicionário de Filosofia de Direito*. Unisino/Renovar:SãoLeopoldo/Rio de Janeiro, 2006, p. 852.

¹⁸⁸ SCOTT, James Brown. *Francisco de Vitoria and his Law of Nations*. Oxford: Clarendon Press, 1934, p. 164; TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, op.cit. p. 79. Neste sentido, Michel VILLEY assinala que quando VITÓRIA faz repousar o Direito das Gentes torna-o uma espécie de Direito positivo. E completa: “Talvez o aparente apego de Vitoria ao direito natural disfarce, no fundo de seu pensamento – já – o inelutável desenvolvimento do positivismo”. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 388.

principais características da reflexão vitoriana sobre o Direito das Gentes em geral e sobre a guerra justa em particular, porque os estuda voltando-se especialmente sobre os fatos políticos mais relevantes de sua época, como a conquista espanhola dos índios na América¹⁸⁹. O frei dominicano, mesmo impregnado pela tradição do pensamento escolástico ao aceitar ainda a hierarquia das leis de Tomás de AQUINO, soube, a partir do novo contexto, formular ensinamentos cujo fim era a orientação acerca da atuação dos conquistadores espanhóis na América¹⁹⁰.

Existe certa controvérsia sobre a interpretação do papel de VITÓRIA na questão da colonização da América indígena. Alguns autores o reputam como crítico da *Conquista*, um dos poucos homens de seu tempo a criticar abertamente uma política oficial, questionar os poderes do Papa e do Imperador, os métodos cruéis utilizados e as várias justificações oferecidas, tais como a *diferença religiosa*, o *direito de descobrimento* e a possibilidade de livre disposição das terras dos indígenas¹⁹¹. CASELLA observa, neste sentido, que se os ensinamentos de VITÓRIA não foram seguidos (e este é um problema recorrente na história do Direito Internacional), não deixam de possuir grande valor para o legado do humanitarismo em geral e do Direito Internacional Público em particular¹⁹².

Já para Carl SCHMITT, a fundação do *ius publicum europeum* ocorreu com a grande tomada da terra no *novo mundo* nos séculos XVI e XVII.¹⁹³ Para ele, Francisco de VITÓRIA exerceu um importante papel de justificação da tomada européia da terra no *novo mundo* ao analisar seus títulos jurídicos legítimos nas *Relectiones*¹⁹⁴. Neste sentido, a argumentação vitoriana tornou-se a mais popular defesa oficial da *Conquista*, na lição de Richard TUCK, porque ele fazia parte da ordem dominicana, notabilizada justamente pela árdua oposição à legitimidade do empreendimento colonial nas

¹⁸⁹ SCOTT, James Brown. *Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, op.cit. p. 95.

¹⁹⁰ CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, op.cit. p. 675.

¹⁹¹ SCOTT, James Brown. *Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, op.cit. pp. 68-93; BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*, op.cit. pp. 51-52.

¹⁹² Idem, Ibidem.

¹⁹³ Neste ponto, o próprio SCHMITT admite a atualidade da força explicativa da definição de *ius gentium* dada por Isidoro de Sevilha: “El Derecho de Gentes es ocupación de tierra, edificación y fortificación de ciudades, guerra, cautiverio, servidumbre, regreso del cativerio, alianzas y tratados de paz, armisticio, inviolabilidad de enviados y prohibiciones de casamiento com persona de raza foránea. Figura em primer lugar la toma de la tierra; El mar nos es mencionado em absoluto”. SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra em El Derecho de Gentes del “jus publicum europaeum”*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 18-19.

¹⁹⁴ Idem, pp. 96-97.

Américas e pelas críticas à política expansionista do governo espanhol, cuja expressão máxima se dá nas obras de outro influente teólogo dominicano, Domingo DE SOTO¹⁹⁵.

Em sentido contrário à orientação predominante dos teólogos e juristas de sua época – seguidores da posição aristotélica expressa em *A Política* acerca da distinção entre bárbaros e helenos, retirando-lhes a natureza humana –, VITÓRIA equipara juridicamente os índios americanos e os cristãos europeus no que se refere ao Direito das Gentes¹⁹⁶. Francisco Castillo URBANO afirma¹⁹⁶ que VITÓRIA, ao colocar a noção aristotélica de escravidão natural sob a responsabilidade da educação (a segunda natureza), mostra-se coerente com sua defesa da *unidade do gênero humano* ao mesmo tempo em que promove o *reconhecimento das diferenças* entre os diversos grupamentos humanos, independentemente dos seus aspectos culturais e de organização política¹⁹⁷.

Ciente da crise de autoridade enfrentada tanto pelo Papa como pelo Imperador no final da Idade Média, VITÓRIA inova e corajosamente lhes retira a legitimidade dos títulos jurídicos de tomada da terra dos povos não-cristãos: nem “o Sereníssimo Imperador é senhor do mundo”¹⁹⁸, nem “o sumo pontífice é monarca de todo o mundo, temporal inclusive”¹⁹⁹. Não confere, muito menos, a qualquer soberano cristão a possibilidade de disposição sobre os não-cristãos e suas terras: os soberanos dos povos não-cristãos possuem a mesma jurisdição que os soberanos dos povos cristãos, assim

¹⁹⁵ TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*, op. cit. pp. 71-75.

¹⁹⁶ “Prova-se porque, na realidade, não são dementes [os índios], mas a seu modo têm uso da razão. Está claro, porque têm uma certa ordem em suas coisas, possuem cidades estabelecidas ordenadamente, levam vida matrimonial claramente constituída, possuem magistrados, senhores, leis, artesãos, mercadores, todas coisas que requerem o uso da razão. Possuem também uma espécie de religião, não erram em coisas que parecem evidentes para os outros, o que é indício do uso da razão. Além do mais, nem Deus nem a natureza falham nas coisas necessárias para a maior parte das espécies. Ora, o mais importante no homem é a razão, que seria um poder inútil se não se concretizasse em ato.(...) O fato de que pareçam tão atrasados e carentes de uso da razão se deve, creio eu, à sua má e bárbara educação, uma vez que entre nós também vemos camponeses pouco diferentes dos animais brutos”. VITÓRIA, Francisco de. *Primeira Conferência sobre os índios recentemente descobertos*. In: *Os índios e o direito de guerra*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2006, pp. 56-57. Nesse sentido, assevera Carl SCHMITT: “No obstante, VITÓRIA, rechazando los criterios discrepantes de otros teólogos, equipara los no-cristianos a los cristianos también em el aspecto jurídico, o al menos em el aspecto del Derecho de Gentes”. SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra em El Derecho de Gentes del “jus publicum europaeum”*, op.cit. p. 102.

¹⁹⁷ URBANO, Francisco Castilla. *Prefácio*. In: *Os índios de o direito da guerra* (aut. Francisco de VITÓRIA). Ijuí:Unijuí, 2006, p. 28.

¹⁹⁸ VITÓRIA, Francisco de. *Primeira Conferência sobre os índios recentemente descobertos*. In: *Os índios e o direito de guerra*, op.cit. p. 59

¹⁹⁹ Idem, pp. 67-75.

como os índios possuem o mesmo domínio de suas terras que os cristãos²⁰⁰. Aqui se encontra, de fato, o germe da igualdade soberana dos Estados, expresso como um dos princípios do Direito Internacional Público contemporâneo na Carta das Nações Unidas no art. 2º (1). Nessa mesma linha, outro título de sujeição dos índios pelos espanhóis considerado ilegítimo na concepção vitoriana, mas consagrado na sua época como um título jurídico legítimo, era o *descobrimento*: o frei dominicano confere reciprocidade de direitos entre os índios e os espanhóis, o que inclui, como já visto, o domínio sobre suas terras²⁰¹. O *descobrimento* só se justifica por si, segundo o Direito das Gentes, quando há concessão ao ocupante daquilo que não é de ninguém²⁰².

Ainda que VITÓRIA não aponte direitos de dominação dos *civilizados* frente aos *não-civilizados* – e, de fato, nem mencione a palavra *civilização*, cuja influência no Direito das Gentes Europeu entre os séculos XIX e XX foi dominante como estratégia de dominação das colônias afro-asiáticas²⁰³ –, também não considera completamente injustas as conquistas coloniais espanholas. Suas severas críticas aos métodos cruéis utilizados²⁰⁴ e a sua ponderação sobre a ilegitimidade de certos títulos jurídicos não significam a oposição total à *grande Conquista*. Classificar VITÓRIA somente como crítico da política colonial espanhola é um rematado simplismo porque suas críticas versam muito mais sobre métodos e justificativas do que sobre a própria possibilidade de sua realização. Caso houvesse oposição dos índios aos direitos dos espanhóis assegurados pelo Direito das Gentes, como os de “sociedade e comunicação natural”,

²⁰⁰ “Por conseguinte, de tudo o que foi exposto, fica bem claro, sem dar lugar a dúvidas, que os índios são pública e privadamente tão donos como os cristãos, e que os cristãos, a esse título, não poderiam despojar, nem a seus príncipes nem a seus particulares, de suas posses, como se não fossem verdadeiros donos. Seria iníquo negar a eles, que nunca cometeram nenhuma injúria contra nós, o que não negamos nem aos sarracenos nem aos judeus, inimigos perpétuos da religião cristã, a quem não negamos que tenham verdadeiro domínio de suas coisas se, eventualmente, não tiverem ocupado terras de cristãos”. Idem, p. 57; SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra em El Derecho de Gentes del “jus publicum europaeum”*, op.cit. p. 102.

²⁰¹ “(...) todos los derechos de los españoles frente a los bárbaros también son válidos a la inversa, que son reversibles como iura contraria, como derecho de los bárbaros frente a los españoles, em reciprocidad absoluta”. SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra em El Derecho de Gentes del “jus publicum europaeum”*, op.cit. p. 105.

²⁰² “Desse modo, mesmo que esse título possa ter algum valor, unido a outro, como se verá mais adiante, apesar disso ele sozinho em nada justifica a posse das terras dos índios. É a mesma coisa se eles nos tivessem descoberto a nós”. VITÓRIA, Francisco de. *Primeira Conferência sobre os índios recentemente descobertos*. In: *Os índios e o direito de guerra*, op.cit. p. 75.

²⁰³ KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and the Fall of International Law - 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 20 e ss.

²⁰⁴ “He was later to Express his doubts as to the method employed by the *conquistadores*”. SCOTT, James Brown. *Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, op.cit. p. 79.

livre comércio, livre trânsito pelos territórios e livre propagação da fé cristã (declarados por VITÓRIA como títulos legítimos pelos quais os índios poderiam ser sujeitados ao poder dos espanhóis), e a persuasão pacífica por parte dos hispânicos não obtivesse sucesso, estes teriam, então, motivos para travar uma guerra justa – seja no caso de repelir a força com a força, seja no caso de vingança contra uma injúria recebida²⁰⁵.

Na *Segunda Conferência sobre os índios ou o direito de guerra dos espanhóis contra os índios*, o frei dominicano examina o tema da guerra justa com maior profundidade. Nela trata de quatro questões, as três primeiras referentes aos critérios clássicos do *jus ad bellum* de São TOMÁS DE AQUINO (*intenção correta, autoridade competente, justa causa*), e a última, ao *jus in bello*: a primeira diz respeito à licitude do empreendimento da guerra pelos cristãos; a segunda, a quem tem autoridade para declarar ou mover a guerra; a terceira, às causas de uma guerra justa, e a quarta, àquilo que se permite fazer em uma guerra justa²⁰⁶.

Primeiramente, VITÓRIA analisa se seria lícito aos cristãos mover guerras. A este questionamento, responde afirmativamente, baseado nas obras de AGOSTINHO e São TOMÁS DE AQUINO sobre o assunto²⁰⁷. Autoriza tanto as guerras ofensivas²⁰⁸ como as defensivas²⁰⁹. A finalidade da guerra deve ser a paz e a segurança da república (*intenção reta*)²¹⁰. O bem-estar de todo o orbe depende, ademais, da licitude de

²⁰⁵ “Se os índios quiserem impedir aos espanhóis o exercício dos direitos antes mencionados, os espanhóis devem, em primeiro lugar, com razões e argumentos evitar o escândalo e demonstrar por todos os meios que não vieram para lhes causar dano, mas que desejam residir ali pacificamente e percorrer seu território (...). E se uma vez expostas as razões de tudo, os índios não quiserem aceitar, mas preferirem usar de violência, os espanhóis podem se defender e tomar todas as precauções convenientes para sua segurança, pois é lícito rejeitar a força com a força; e não só isso, mas também, se não puderem estar seguros, podem construir fortificações e fortalezas; e se receberem alguma injúria, podem com autoridade do príncipe vingá-la com a guerra e colocar em prática os outros direitos de guerra”. VITÓRIA, Francisco de. *Primeira Conferência sobre os índios recentemente descobertos*. In: *Os índios e o direito de guerra*, op.cit. p. 98; SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra em el Derecho de Gentes del “jus publicum europaeum”*, op.cit. p. 108.

²⁰⁶ VITÓRIA, Francisco de. *Segunda Conferência sobre os índios recentemente descobertos ou o direito da guerra dos espanhóis contra os índios*. In: *Os índios e o direito de guerra*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006, pp. 113-114.

²⁰⁷ “Deixando de lado, porém, opiniões estranhas, minha resposta a esta questão se reduz a uma só conclusão: é lícito aos cristãos fazer o serviço militar e a guerra”. Idem, p. 116.

²⁰⁸ “Em quarto lugar, também a licitude da guerra ofensiva, ou seja, na qual não só se defendem ou se reclamam as coisas, mas também aquela que se pede satisfação por uma injúria recebida”. Idem, p. 117.

²⁰⁹ “Também porque não se pode pôr em dúvida a licitude da guerra defensiva, visto que é lícito repelir a força com a força”. Idem, Ibidem.

²¹⁰ Para VITÓRIA, a república é uma comunidade perfeita, completa por si mesma, com “suas próprias leis, seu próprio conselho e magistrados próprios”. Idem, p. 122. Nesse sentido, VITÓRIA

algumas guerras, pois não haveria felicidade se os tiranos, depredadores e ladrões pudessem ofender impunemente os bons e inocentes²¹¹.

No enfrentamento da *segunda questão*, o frei dominicano defende que qualquer *república (comunidade perfeita, o Estado)* tem autoridade para declarar a guerra. Os príncipes legítimos possuem a mesma autoridade das repúblicas, porque somente estas podem decidir sobre a autoridade daqueles²¹². Enquanto as pessoas privadas podem somente travar guerras defensivas, pois é “lícito repelir a força com a força”²¹³, a república pode mover guerras defensivas e ofensivas (e o fim destas é a reparação de injúrias cometidas contra ela e contra seus súditos)²¹⁴.

A *terceira questão* trata das causas de uma guerra justa. Primeiramente, são indicadas algumas causas injustas para o início de uma guerra, como questões relativas às diferenças religiosas, à busca de glória pelos príncipes e à expansão territorial. Para o teólogo espanhol, a única causa justa para se mover uma guerra é a *reparação de uma injúria recebida*. Perpetra-se uma guerra ofensiva com a finalidade de vingar uma injúria e punir o inimigo. A vingança tem como requisito necessário a prática de uma injúria e a culpa. E não é qualquer injúria que pode motivar uma guerra justa, e sim uma injúria de natureza grave, pois “a grandeza do delito deve ser a medida do castigo”²¹⁵.

VITÓRIA sustenta a existência de uma *causa justa* para a guerra contra os índios na América baseado em defesa das vítimas de práticas ou de leis iníquas e tirânicas, de todo costume ou ritual cruel e desumano, como o sacrifício de homens inocentes e a prática de homicídios para devorá-los. Esta guerra visa à proteção dos inocentes contra uma morte injusta fundada na solidariedade pela *unidade do gênero*

condena as guerras privadas, que eram muito comuns do período medieval. De fato, a Igreja já procurava instituir limitações dos seus efeitos com a Trégua de Deus, por exemplo. Não teriam mais razão de existir com a formação dos grandes Estados territoriais. MELLO, Celso Albuquerque. *Guerra Justa*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*, op. cit. p. 392.

²¹¹ Idem, p. 118.

²¹² O internacionalista espanhol observa que os príncipes têm a mesma autoridade nesse assunto que a república: “Isto se prova também pelo argumento da razão, porque o príncipe somente o é por decisão da república; logo, faz as vezes e possui sua autoridade”. VITÓRIA, Francisco de. *Segunda Conferência sobre os índios recentemente descobertos ou o direito da guerra dos espanhóis contra os índios*. In: *Os índios e o direito de guerra*, op.cit. pp.121-122.

²¹³ “Por conseguinte, qualquer um pode fazer esse tipo de guerra sem recorrer à autoridade de ninguém, para defender não só suas pessoas, mas também suas coisas e seus bens”. Idem, p. 119.

²¹⁴ Idem, pp. 120-121.

²¹⁵ Idem, pp. 125-127; MELLO, Celso Albuquerque. *Guerra Justa*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*, op. cit. p. 392.

humano. Podem-se obrigar os índios a abandonar tais ritos, mas se não o fizerem – e não havendo alternativa – é declarada a guerra em seu desfavor e permitida, ademais, a destituição de seus chefes e o estabelecimento de um novo governo.

Os soberanos das outras nações reparam esta injustiça, mesmo que não praticada contra seus súditos, por delegação do mundo todo (*totus orbis*), que em certo sentido é uma *república* – ou seja, uma comunidade *perfeita*, pois *completa*, com suas próprias leis, o *Direito das Gentes*²¹⁶ – dotada pelo direito natural do poder de instituir leis justas e convenientes a todos os homens ²¹⁷. A partir disto, conclui-se que VITÓRIA é um dos precursores da futura *intervenção humanitária* entre os fundadores do Direito Internacional Público. Todavia, ele não apóia a justiça das guerras travadas para punir os índios por seus pecados contra as leis naturais porque, segundo observa Anthony COATES, reconhece uma racionalidade oculta nas sociedades indígenas, enquanto GROTIUS e GENTILI mostram-se mais intolerantes com a diversidade cultural, sustentando guerras punitivas que foram também duramente criticadas por VATTEL, como se verá, porque possibilitam a abertura a todo tipo de fanatismo como pretexto para guerrear²¹⁸.

A *quarta questão* versa sobre o direito na guerra, ou seja, aquilo que é permitido fazer em uma guerra justa. Além de se preocupar com a justiça das causas da guerra (*jus ad bellum*), o frei dominicano também se preocupa com a justiça na forma pela qual elas são travadas, tornando-se um precursor do *ius in bello*. Esta inovação teórica, como assinala Thomas FRANCK, também se deveu à significativa melhora da tecnologia de guerra, com o uso maciço de artilharia na Ásia Menor, e especialmente com a derrubada de Constantinopla – inovações responsáveis pela diferença entre combatentes e não-combatentes, provocando o anonimato dos adversários nos conflitos devido ao aumento de suas proporções ²¹⁹.

²¹⁶ VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o Direito da guerra*, op.cit. p. 122.

²¹⁷ VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito da guerra*, op.cit. pp. 29, 103-104, 131; KUNTZ, Rolf. *Vitória, Francisco de, 1486-1546*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*, op.cit. p. 851.

²¹⁸ COATES, Anthony. *Humanitarian Intervention: A Conflict of Traditions*. In: *Humanitarian Intervention – Edited by Terry Nardin and Melissa Williams*. New York: New York University Press, 2006, p. 67.

²¹⁹ FRANCK, Thomas. *General Course of Public International Law*. In: *RCADI*, op.cit. pp. 225-229.

Para VITÓRIA, é lícito em uma guerra fazer tudo aquilo necessário para o bem público, porque sua finalidade é a conservação da república. E então enumera algumas condutas permitidas em uma guerra justa, como recuperar as coisas perdidas, se ressarcir das despesas da guerra com os bens dos inimigos, vingar as injúrias recebidas e punir os inimigos quando terminados os combates²²⁰. Além disso, não se permite matar inocentes – e isto é uma decorrência necessária de sua concepção de guerra justa, pois se o fundamento da guerra é uma injúria recebida, e esta não pode ser praticada por inocentes, logo, não é lícito guerrear contra eles²²¹. Por outro lado, algumas condutas são permitidas, como despojar os inocentes de seus bens e impô-los o cativo e a servidão e matar os culpados pelas injúrias praticadas. Todavia, ele observa que os usos e os costumes do Direito das Gentes abrem uma exceção aos prisioneiros culpados: uma vez obtido o triunfo e passado o risco, não se deve matá-los (salvo se fugitivos)²²².

Outro ponto importante de destaque acerca da abordagem vitoriana da guerra justa refere-se às dúvidas quanto à justiça da guerra. Não basta, para que uma guerra seja justa, que os príncipes creiam em sua justa causa. Estes podem errar por ignorância vencível e afetada. Para a determinação das causas justas de uma guerra é imprescindível perscrutar os juízos dos sábios, examinar com bastante cuidado suas causas e escutar as razões dos adversários – se estes estiverem dispostos a discuti-las com serenidade e razoabilidade. Além disso, não é lícito aos súditos mover uma guerra se a sua injustiça é evidente, mesmo com a ordem do príncipe. Em caso de dúvida acerca da justiça de uma guerra (se ambas as partes da contenda têm boas razões favoráveis a si), ela não deve ser combatida. Como os príncipes não têm superiores, eles mesmos são os juízes das causas das guerras, devendo obrigatoriamente examiná-las com cuidado e sabedoria²²³.

VITÓRIA analisa, então, um dos tópicos mais controvertidos da teoria do *bellum iustum*, de grande relevância para os debates com seus sucessores, particularmente GENTILI: a possibilidade de uma guerra justa para ambas as partes.

²²⁰ VITÓRIA, Francisco de. *Segunda Conferência sobre os índios recentemente descobertos ou o direito da guerra dos espanhóis contra os índios*. In: *Os índios e o direito de guerra*, op.cit. pp.129-131.

²²¹ “Numa república não é lícito castigar os inocentes pelos delitos dos culpados. Logo, tampouco é lícito castigar os inocentes dos inimigos pela injúria cometida pelos culpados”. Caso contrário, a guerra seria justa para ambos os lados, algo que VITÓRIA não admite. Idem, p. 144.

²²² Idem, pp. 146-152.

²²³ VITÓRIA, Francisco de. *Segunda Conferência sobre os índios recentemente descobertos ou o direito da guerra dos espanhóis contra os índios*. In: *Os índios e o direito de guerra*, op.cit. pp. 132-139.

Para o frei dominicano, a guerra não pode ser justa para ambos os lados, pois “se consta do direito e da justiça de ambas as partes, não é lícito fazer a guerra ao oponente, nem ofensiva nem defensiva”²²⁴. No entanto, ressalva o episódio de *ignorância invencível*. Nesta ocasião, a guerra pode ser justa para a parte que efetivamente tem a justiça a seu favor, mas também pode sê-lo para a outra parte se ela se encontra em um estado de ignorância invencível (*ignorantia invincibilis*), no qual é escusada totalmente de pecado pela boa-fé. Os súditos seguidores de boa-fé de um príncipe cujos motivos para guerrear são injustos lutam licitamente, da mesma forma que aqueles que lutam conforme a justiça de fato.

O teólogo separa, com efeito, a *injúria objetiva* da *culpa subjetiva*. Uma guerra combatida por aqueles sem culpa subjetiva contra aqueles que têm a justiça ao seu lado é subjetivamente justa para ambas as partes²²⁵. Por outro lado, uma guerra só pode ser *objetivamente justa* para um dos lados, pois na doutrina vitoriana existe somente uma única ordem divina/moral governante do comportamento dos soberanos e do conteúdo da única *justiça objetiva* possível. Isto torna, portanto, impossível um conflito de justiças objetivas entre as soberanias²²⁶. Esta impossibilidade se desvela com a observação de Martti KOSKENNIEMI de que a soberania e a obediência ao direito estão intrinsecamente atreladas no entendimento vitoriano: quando um soberano transgredir normas do Direito das Gentes, abdica de sua soberania e age como um particular, ou mesmo um tirano, e daí se demonstra a impossibilidade de conflitos entre soberanias²²⁷.

A obra *Iuri Belli Libri Tres* confere também a GENTILI a notoriedade de um dos fundadores da ciência moderna do Direito Internacional ao traçar os fundamentos da nova disciplina como algo diferente da filosofia e da teologia. O jurista combateu os fundamentos transcendentais dados pela *Escola Espanhola* de VITÓRIA e participou do movimento de secularização do Direito Internacional de forma emblemática. Na defesa dos fundamentos não-transcendentais das normas internacionais (foi o pioneiro na busca de um direito positivo concebido e desenvolvido pelo homem sem a inspiração divina,

²²⁴ Idem, p. 140.

²²⁵ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 204.

²²⁶ KENNEDY, DAVID. *Primitive Legal Scholarship*. In: *Harvard International Law Journal*, Volume 27, Number 1, 1986, pp. 31-35.

²²⁷ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 102-103.

diferentemente de VITÓRIA), tornou célebre a advertência “*Silete theologi in munere alieno*” ao afirmar a precedência dos princípios jurídicos em relação aos teológicos nos assuntos internacionais. Desempenhou, de fato, um papel fundamental no processo de afirmação da autonomia do Direito Internacional.

GENTILI reivindica, com efeito, a prevalência do direito como “ciência suprema da legitimação, ou seja, uma ciência política por excelência”²²⁸ para com isto fazer oposição direta e aberta à exagerada incursão da teologia nos assuntos políticos. Estabelece um princípio marcadamente antiteológico à sua obra de Direito Internacional em um contexto de substituição dos teólogos pelos juristas como principais teóricos das mudanças institucionais ocorridas com o advento do Estado moderno²²⁹. Todavia, não se lhe deve atribuir, sob pena de uma interpretação anacrônica, a defesa total da secularização do direito e da política, mas sim o apoio a uma delimitação de competências teóricas. Por tais razões fundamentais, o intelectual humanista GENTILI apresenta-se como representante fidedigno de uma tradição teórica em muitos pontos antitética à tradição teológica de raiz tomista da qual VITÓRIA faz parte, e isto se refletirá diretamente nas suas divergências quanto à temática da guerra²³⁰.

O Direito das Gentes é, para GENTILI, “aquele que está em uso entre todos os povos, que a razão natural estabeleceu entre todos os homens, que é observado igualmente por todos”²³¹. O Direito natural consiste, por sua vez, no “consenso de todas as gentes na mesma coisa”²³². Para o autor, o direito das gentes conjugado com o direito natural funciona como uma instância de legitimação abstrata cuja forma e significação se revelam a partir da incidência de um discurso concreto relacionado a um determinado contexto²³³.

Duas inovações metodológicas de GENTILI contribuíram sobremaneira à modernização do Direito Internacional Público: o modo sistemático de sua abordagem e o caráter eminentemente jurídico atribuído à disciplina. GENTILI continua o trabalho

²²⁸ PANIZZA, Diego. Introdução. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili). Ijuí: editora Unijuí, 2005, pp. 19-20.

²²⁹ Idem, pp. 20-21.

²³⁰ PANIZZA, Diego. Introdução. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili). Ijuí: editora Unijuí, 2005, p. 21.

²³¹ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 56.

²³² Idem, Ibidem.

²³³ PANIZZA, Diego. Introdução. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. p. 23.

de sistematização e reformulação do Direito das Gentes iniciado por VITÓRIA relativamente ao heterogêneo *direito de guerra (ius belli)* medieval.

O método sistemático gentiliano conjugava-se diretamente com uma exposição pré-moderna da matéria, com um estilo discursivo antigo. Mesmo na análise dos princípios mais gerais, GENTILI recorre a um método de exposição que Diego PANIZZA denomina tópico-dialético, com a análise tópica e a exposição de argumentos contrários e favoráveis a um determinado tema. A procura do consenso historicamente consolidado como método de legitimação dos princípios gerais o coloca na tradição pré-racionalista. Desse modo, aparece uma contradição entre a modernidade substancial de sua concepção de Direito das Gentes e o conservadorismo estrutural de seu método de investigação. Em *O Direito de Guerra*, GENTILI apresenta de fato um método sistemático, mas em um sentido tênue se comparado ao método racional-dedutivo grociano dos princípios gerais. Em GROTIUS, os argumentos têm a função de reforçar a correção do processo dedutivo do princípio ao caso concreto²³⁴.

Nessa linha, o Direito das Gentes defendido por GENTILI tinha uma especificidade temporal e contextual; não era percebido como uma categoria *apriorística*. Sua fundamentação do direito internacional decorre de uma vagarosa e gradual evolução “resultante de acordo entre os povos, acordo que aparece mediante o uso reiterado e que a história torna manifesto”²³⁵. Destarte, o costume, resultado da prática estatal passa a alcançar a primazia entre as fontes do Direito Internacional, cuja força ainda permanece no Direito Internacional contemporâneo²³⁶. E isto é de certo modo irônico, porque as deduções racionais da natureza humana obtiveram muito menor influência na evolução do Direito Internacional Público – mesmo com o advento do Direito Internacional dos Direitos humanos – que a práxis e a experiência internacionais criadoras de costumes²³⁷.

No segundo capítulo de *O Direito de Guerra*, GENTILI elabora uma das definições clássicas de guerra do Direito Internacional Público: “Guerra é a justa

²³⁴ PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. pp. 26-27.

²³⁵ CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*, op.cit. pp. 686.

²³⁶ Idem, *Ibidem*.

²³⁷ PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. p. 27.

contenda de armas públicas”²³⁸. O sentido da palavra “justa” contido nesta definição pode, em um primeiro momento, suscitar confusão. Ela foi utilizada propositalmente com um duplo significado: além de um modo *justo* de resolver uma disputa, a guerra também é um modo *apropriado* para fazê-lo na medida em que satisfaz todos os requisitos formais exigidos pelos costumes bélicos²³⁹. Com a expressão “armas públicas” acentua-se o caráter jurídico-público da guerra, que só pode ser travada entre soberanos²⁴⁰.

GENTILI foi pioneiro na retirada das lutas privadas do conceito de guerra, que estava envolvido pela concepção de Estado soberano (e a influência da concepção de soberania de BODIN²⁴¹ sobre GENTILI na realização de um Direito interestatal foi de fundamental importância²⁴²), baseando-se na idéia de *aequalitas* dos *iusti hostes* – “*hostis* indica a pessoa contra a qual é feita a guerra e que é igual à outra”²⁴³ –, ou seja, na igualdade de direitos entre os beligerantes soberanos em uma concepção não-discriminatória de guerra. Tal concepção, ao não estabelecer uma discriminação entre os beligerantes segundo a justiça da causa da guerra, configura-se, de acordo com o

²³⁸ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*. Ijuí: editora Unijuí, 2006, p. 61.

²³⁹ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 210.

²⁴⁰ “Além disso, convém que a contenda seja pública, não podendo ser chamada guerra uma rixa, uma luta, uma inimizade de cidadãos privados. Públicas também devem ser as armas, de parte e outra, porque como guerra se classifica o que ocorre entre duas partes iguais”. GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*. Ijuí: editora Unijuí, 2006, p. 61; SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra em El Derecho de Gentes del “jus publicum europaeum”*, op.cit. p. 183; , DAVID. *Primitive Legal Scholarship*. In: *Harvard International Law Journal*, op.cit. p. 66.

²⁴¹ Ari Marcelo SOLON lembra corretamente o ineditismo da concepção de soberania de Jean BODIN:

“Bodin foi o primeiro a formular em 1576 um claro conceito de soberania, incompatível com a solução medieval de uma soberania limitável e divisível, inaugurando o predomínio da doutrina jusnaturalista moderna do Estado”.

“Na versão francesa de seu livro ‘Les six livres de la République’, a soberania é definida como ‘la puissance absolue et perpetuelle d’une République’ e na versão latina como ‘summa in cives ac súbditos potestas’”.

“Consciente do ineditismo de sua definição, Bodin afirma não ter antes dele nenhum jurisconsulto ou filósofo político elaborado semelhante definição nem a colocado como característica de todo o Estado”. SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*, op.cit. p. 30.

²⁴² “Para que uma tal mudança de paradigma se realizasse completamente, era necessária a total aquisição da noção moderna de soberania. Juristas e filósofos políticos, nas pegadas da République, de Jean Bodin, estavam, então, trabalhando nessa noção para dar sentido às mutações institucionais que ocorriam”. PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. p. 24.

²⁴³ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. pp. 60-61.

entendimento de Carl SCHMITT, como a principal característica do *ius publicum europaeum*²⁴⁴.

Dada a abordagem sistemática original de sua concepção do Direito das Gentes, o autor elabora um conjunto geral de causas justas da guerra conforme critérios gerais. Ao contrário de seus predecessores da tradição teológica, como Francisco de VITÓRIA, GENTILI não se contenta com a mera exposição de algumas fórmulas gerais sobre a causa justa da guerra.

O critério principal de classificação utilizado concerne à natureza das normas aplicáveis, divididas as causas em divinas²⁴⁵, naturais²⁴⁶ e humanas²⁴⁷. Este critério se inter-relaciona e se conjuga com outros dois. O primeiro dispõe sobre as guerras ofensivas e defensivas e o segundo sobre as *necessárias*²⁴⁸, *úteis*²⁴⁹ e *honestas*²⁵⁰.

As guerras de defesa dividem-se, por sua vez, em necessárias, úteis e honestas. Mas todas elas, segundo GENTILI, são sempre necessárias porque se presume que alguém se defende por necessidade.

Alberico GENTILI não foge, por exemplo, à tradição teológica e à posição adotada por VITÓRIA quando estabelece que todas as guerras defensivas são justas por decorrerem de violação das leis naturais. Guerras que o jurista italiano denomina como de *defesa necessária*²⁵¹.

²⁴⁴ SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra em El Derecho de Gentes del "jus publicum europaeum"*, op.cit. p. 184 e ss; GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 210.

²⁴⁵ "Causas divinas da guerra são aquelas que podem referir-se a Deus, como se o próprio Deus tivesse ordenado a guerra". GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 114.

²⁴⁶ "Seguem-se causas naturais que nos induzem à guerra. São ditas de natureza quando a partir dos primeiros elementos naturais e descendo até os homens, é considerada atentamente a natureza das coisas". GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 114.

²⁴⁷ "Temos causas humanas de guerra em todos os outros casos em que pela violação de algum direito humano chega-se às armas. Já demonstramos que é coisa justa vingar-se das agressões, punir os culpados e defender o próprio direito". Idem, p. 167.

²⁴⁸ "Por necessidade, como ensinado anteriormente, é quando de outro modo não haveria como manter a vida, senão fazendo a guerra". Idem, p. 148.

²⁴⁹ "Causa útil de mover a guerra é o direito de vingar agressões sofridas. É dita útil porque quem não se vinga de uma agressão atrai outra sobre si". Idem, p. 154.

²⁵⁰ "É restrita àquela determinada guerra que não é feita por alguma vantagem que particularmente nos advenha, mas por direito comum e em favor dos outros". Idem, p. 205.

²⁵¹ "Tendo dito que nenhuma guerra é de natureza, não quero que se entenda que não possa haver casos em que sejamos aconselhados e guiados pela natureza a mover guerra. Primeiro entre esses casos é quando com a guerra procuramos nossa defesa e conquistar aquilo que injustamente o outro nos pega. Nesse caso, a violação de direito natural sofrida por nós faz com que a guerra, que por essa causa se

As *guerras de defesa útil* acontecem “quando fazemos uma guerra por temor que, não a fazendo, outro a faça contra nós”²⁵². Esta é a maior diferença entre a concepção de guerra entre VITÓRIA e GENTILI no contexto do debate entre as tradições escolástica e humanista sobre a guerra. Este debate teve como foco principal a controvérsia sobre a amplitude das causas justas para a guerra. Enquanto os humanistas ampliavam o número de causas justas para a guerra, adotando uma posição mais beligerante, os teólogos se atinham a uma posição mais restritiva e rígida quanto ao uso da violência armada às causas mais rigorosamente *jurisdicionais*, como restauração da violação de um direito²⁵³.

As *guerras de defesa honesta* não se relacionam às ameaças da própria segurança, mas ao puro afeto pelos outros²⁵⁴. Fundamenta-se no vínculo de caridade entre os homens decorrente de sua natureza comum. GENTILI ampara-se nos ombros de CÍCERO e dos demais estóicos na defesa da comunidade universal do gênero humano, porque nela está depositada a razão natural²⁵⁵. GENTILI e VITÓRIA comungam do mesmo sentimento de solidariedade pela comunidade universal de toda a humanidade na defesa dos súditos oprimidos de outro soberano. Todavia, diferentemente da cautela e das restrições vitorianas, a concepção humanitária de GENTILI da guerra como *causa honesta* desdobra-se nas guerras punitivas contra as violações extremas do Direito Natural, cuja conseqüência pode desencadear eventos tão devastadores ou mais do que os que se desejava punir.

Com efeito, muitas posições do humanista GENTILI o distanciam da concepção teológica de VITÓRIA, como a possibilidade de existência da justiça objetiva para ambos os lados da guerra, a aquiescência à legítima defesa preventiva, a elaboração uma doutrina mais detalhada do *ius in bello* – necessariamente decorrente de sua concepção não-discriminatória da guerra e da perda importância da culpa subjetiva em seu sistema –, a ausência da necessidade da *intenção reta* do Príncipe para a prática de uma guerra justa (“Disso que falem os teólogos”²⁵⁶) e a defesa de guerras punitivas

move, seja natural”. GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 120; GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 211.

²⁵² GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 123.

²⁵³ PANIZZA, Diego. Introdução. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. p. 34.

²⁵⁴ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 132.

²⁵⁵ Idem, *Ibidem*.

²⁵⁶ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 93.

contra aqueles que violam de modo atroz o Direito Natural. Analisaremos agora estas questões mais profundamente.

Assim como Francisco de VITÓRIA, GENTILI prevê a possibilidade de, em casos excepcionais – a *ignorância invencível* –, uma guerra ser subjetivamente justa para ambos os contendores²⁵⁷. No entanto, diferentemente do frei dominicano – e, conseqüentemente, da tradição católica da teoria da guerra justa –, o jurista italiano admite a hipótese de a guerra ser objetivamente justa para as duas partes em luta:

Aqui está um dos casos em que, se para uma das partes a guerra é justa, para a outra o é também; nem cessa uma guerra de ser justa porque outra seja mais justa que aquela, uma vez que as virtudes são suscetíveis de mais ou de menos, mas o mais ou o menos não mudam sua natureza²⁵⁸.

A idéia gentiliana de justiça para ambos os contendores, assinala Richard TUCK, é uma renovação da concepção romana. Para esta, o patriotismo era um valor relativo. Muitos escritores romanos, continua TUCK, “expressaram empatia pelas lutas patrióticas de seus próprios inimigos”²⁵⁹. Mesmo os juristas romanos reconheciam a existência de uma paridade moral de Roma com seus inimigos. Esta equivalência moral dos combatentes foi banida pelos teólogos medievais, por razões evidentes, uma vez que o pecador não poderia se equivaler moralmente àquele que o castigava. GENTILI e outros humanistas do Renascimento resgataram a noção de equivalência moral romana²⁶⁰.

A cultura neocética em formação durante aquele período na Europa também obteve significativa influência sobre a concepção de guerra justa de GENTILI. Ele considerava a justiça e a verdade absolutas como inatingíveis pela razão humana em uma situação determinada – embora também não negasse peremptoriamente a inexistência de tal justiça absoluta²⁶¹. De fato, GENTILI apresenta-se cético quanto à possibilidade de se assegurar com quem se encontra a razão em uma guerra; mas se cada uma das partes procura a justiça, nenhuma delas pode ser denominada injusta – o que serve, por outro lado, como será visto, para legitimar guerras fundadas na

²⁵⁷ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 86.

²⁵⁸ Idem, p. 89.

²⁵⁹ TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*, op.cit. p. 31.

²⁶⁰ Idem, p.

²⁶¹ PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. p. 35.

autopreservação diante de ameaças longínquas. Se um estado busca a segurança própria em face de uma ameaça longínqua e guerreia com outro Estado, sua conduta não pode ser injusta porque procura a *justiça* consubstanciada na segurança, a razão mesma dos Estados, segundo o próprio GENTILI²⁶².

Mas este ceticismo também caracteriza a importância das normas do direito de guerra humanitário para GENTILI, uma vez que uma guerra não se resumiria mais a uma luta entre o bem e o mal, entre o pecador e o juiz, entre o beligerante justo e o injusto, porque ambos possuem *causas prováveis* para combater. Desse modo, o autor rejeita os absolutismos éticos. Mesmo que por evidência um dos lados esteja desprovido de razão – o que o professor de Oxford considera extremamente difícil –, a ambos devem ser concedidos direitos de guerra. Esta posição fortalece ainda mais uma concepção não discriminatória da guerra – e isto já se constata na importância dada por GENTILI às regras do *jus in bello* em seu sistema, o que possibilita a comparação da guerra a um processo judicial.

GENTILI aprofunda ainda mais a comparação da guerra a um processo judicial já vislumbrada em VITÓRIA quando este trata os soberanos como juízes e institui direitos de guerra para ambas as partes. Ao conferir a justiça objetiva para ambos os lados, perde valor em seu sistema a noção da culpa subjetiva, já que duas partes podem ter a justiça ao seu lado, em uma espécie de gradação – uns mais justos que outros. Os beligerantes são, então, como litigantes, possuindo os mesmos direitos e reivindicando uma tutela específica ao seu favor. Mas o resultado da guerra não premia sempre o lado que tem maior razão, uma causa mais justa para combater. Do mesmo modo isto também ocorre nos tribunais, e por isso, o autor ressalva que esta deficiência não decorre da lei, mas de sua aplicação. Logo, o litigante derrotado não poderia ser considerado culpado de uma injustiça. Nesse sentido, a guerra não é mais considerada exclusivamente uma luta entre um contendor justo contra um adversário injusto como havia sido considerada pela tradição teológica²⁶³.

²⁶² “Ao falar, portanto, da justiça entendemos falar da justiça relativa, isto é, daquela que aparece na mente humana (...). Fica estabelecido, porém, que é preciso que esta justiça, mesmo relativa, ocorra; se uma das partes beligerantes carecesse totalmente de qualquer razão, as guerras não seriam guerras, mas latrocínios” GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 87.

²⁶³ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 89; PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. p. 35 e ss; GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 211; KENNEDY, DAVID. *Primitive Legal Scholarship*. In: *Harvard*

GENTILI segue VITÓRIA quando rechaça uma das justificativas dadas pelos colonizadores espanhóis em sua guerra contra os indígenas ao declarar injusta uma guerra por motivos religiosos – e o cita expressamente ao justificar sua posição²⁶⁴ – porque “as várias atinências a que a religião dá vida não são propriamente entre homem e homem, de tal modo que por diversidade de fé não é ofendido o direito de ninguém; portanto, nem a guerra por causa da fé pode ser admitida”²⁶⁵.

Os dois autores comungam a originalidade de uma tolerância de para com a divergência religiosa em um continente então infestado de guerras religiosas mesmo como representantes de tradições em muitas vezes opostas, cuja profunda significação se prolonga no tempo até os intolerantes dias atuais de *guerra contra o terror* e *jihads* islâmicas. O argumento subjacente à tese da tolerância religiosa baseava-se em uma interioridade exclusiva da religião tida como uma experiência individual que não se transferia para as relações entre os indivíduos. Disso decorre que não há violação de direito em virtude da religião. Portanto, não se justificavam guerras de reparação de danos, nem guerras santas ou com o propósito de evangelização no plano internacional nem guerras civis de perseguição religiosa no plano interno, pois com relação a estas, a tolerância religiosa constituía uma exigência da paz civil. GENTILI, ainda por cima, defende uma tese original acerca da inexistência das guerras fundadas na diferença religiosa: a religião é o mero pretexto de uma guerra cuja causa é essencialmente política²⁶⁶.

Na obra de GENTILI existe uma tensão delicada entre as guerras ligadas à segurança do Estado, à sua autopreservação, e aquelas fundadas na *solidariedade*, nos interesses de toda a sociedade humana, nos *direitos comuns da humanidade*. A partir disso, são legitimadas tanto as causas justas da guerra preventiva, relacionadas à *utilidade*, e as causas justas das guerras ligadas à solidariedade, relacionadas à *honestidade*, que, por sua vez, divide-se em duas modalidades: uma guerra em proteção

International Law Journal, op. cit. pp. 66-74; ELBE, Joachim Von. *The evolution of the concept of the just war in International Law*, op.cit. pp.676-677.

²⁶⁴ “O douto Victoria afirma, na passagem em que repreende os espanhóis por terem movido guerra esta por causa dos índios, que todos, sem exceção alguma, estão convencidos dessa verdade que não se pode fazer guerra por causa religiosa”. GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 97.

²⁶⁵ Idem, p. 99.

²⁶⁶ PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. pp. 30-31.

dos oprimidos por outros soberanos, vitimados por condutas ou leis cruéis ou tirânicas, e as guerras punitivas contra aqueles que violam gravemente o direito natural²⁶⁷.

O equilíbrio entre tais princípios resulta em uma combinação dúbia que se tornou central à própria evolução do Direito Internacional Público moderno. O princípio ético universalista em GENTILI serve à justificação de uma política de profundo caráter intervencionista e colonialista. A razão natural da humanidade, de origens estoicas, ingressa, com efeito, na lógica da razão de Estado ao legitimar eticamente políticas beligerantes. Portanto, os laços de uma comunidade universal do gênero humano são, para o autor, bastante tênues, carentes da densa sociabilidade caracterizadora de um Estado soberano. E, a partir disso, deve-se afirmar que, apesar de GENTILI ser um teórico defensor feroz da idéia de autopreservação e da supremacia cultural européia em relação aos outros povos, sua teoria da guerra justa não equivale à teoria da *razão de Estado*.

Apesar de elogiosamente citar MAQUIAVEL ao longo de *O Direito de Guerra*, GENTILI não adere à teoria da *razão de Estado* ou ao que ficou conhecido como *maquiavelismo*. O pensador florentino constitui objeto de admiração por seu republicanismo²⁶⁸. Não há em MAQUIAVEL, ademais, a concepção gentiliana de uma comunidade universal do gênero humano como pressuposto normativo, de matriz estoica. A defesa convicta da autopreservação, ponto comum entre os dois, distingue-se em um aspecto essencial: GENTILI é contrário às guerras motivadas pela glória e pela expansão imperial; MAQUIAVEL as defende como essenciais para a manutenção da *virtù pagã*²⁶⁹ e da segurança²⁷⁰.

²⁶⁷ TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*, op.cit. p. 36.

²⁶⁸ “A única liberdade que ele reconhece é a liberdade política, o estar livre de um poder despótico arbitrário, isto é, o republicanismo”. BERLIN, Isaiah. *A originalidade de Maquiavel*. In: *Estudos sobre a Humanidade*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 307.

²⁶⁹ “A razão para isso é que havia homens nessas sociedades que sabiam como engrandecer as cidades. Como faziam? Desenvolvendo certas faculdades nos homens: força moral interior, magnanimidade, vigor, vitalidade, generosidade, lealdade, acima de tudo espírito público, senso cívico, dedicação à segurança, poder, glória, expansão da *pátria*. Os antigos fomentavam tais qualidades por todos os meios, entre os quais estavam espetáculos deslumbrantes e sacrifícios sangrentos que excitavam os sentidos dos homens e despertavam sua bravura marcial, e especialmente pelo tipo de legislação e educação que promoviam as virtudes pagãs. O poder, a magnificência, o orgulho, a austeridade, a busca de glória, o vigor, a disciplina, a antiqua *virtus* – isso é o que engrandece os Estados”. Idem, p. 313.

²⁷⁰ “Os homens precisam de governantes porque carecem de alguém para ordenar os grupos humanos regidos por interesses diversos e oferecer-lhes segurança, estabilidade, acima de tudo proteção contra os inimigos, estabelecer as instituições sociais – só elas – tornam os homens capazes de satisfazer

Estes temas, além de muito polêmicos, constituem as semelhanças e distinções mais marcantes sobre a guerra justa nas obras do humanista Alberico GENTILI e do teólogo Francisco de VITÓRIA²⁷¹.

Tal como VITÓRIA, GENTILI considera justa a guerra em favor dos súditos oprimidos por outro soberano. A argumentação de GENTILI sobre este tema foi em muitas passagens reproduzida por GROTIUS no capítulo XXV de *O Direito da Guerra e da Paz, Das Causas de Empreender a Guerra em Favor dos Outros*²⁷², cuja análise será feita no tópico seguinte.

GENTILI justifica tal guerra baseado na unidade do gênero humano, pois os súditos de outros soberanos não são estranhos ao resto da humanidade, inteiramente ligada por uma espécie de parentesco. Quem age com o fito de ajudar os súditos de outro soberano tratados tirânica e injustamente agem bem, misericordiosamente, mesmo quando aqueles estejam do lado errado, se a ação visa à sua libertação de penas cruéis e excessivas, uma vez que não poderia ser reputada desumana a promoção do bem mesmo para pessoas que cometem faltas²⁷³. A vedação da guerra por causas religiosas excepciona-se quando um direito comum à humanidade é violado simultaneamente, como o sacrifício humano. Esta passagem da obra de GENTILI, na qual reputa justa uma guerra fundada somente na solidária proteção de outros seres humanos contra práticas cruéis, coloca-o entre os precursores da chamada intervenção humanitária²⁷⁴.

Como decorrência da própria defesa da guerra justa em favor dos oprimidos por outros soberanos, GENTILI parece ser também um dos pioneiros a elaborar uma noção muito bem construída de responsabilidade do soberano para com seus súditos. Neste sentido, GENTILI, diferentemente de VITÓRIA e GROTIUS, atribui muito maior importância à perspectiva correlata da intervenção, a da limitação da conduta do

suas necessidades e aspirações. Nunca alcançarão tudo isso se não forem individual e socialmente saudáveis; apenas uma educação adequada pode torná-los física e mentalmente fortes, vigorosos, ambiciosos e enérgicos o bastante para uma cooperação efetiva em busca de ordem, poder, glória, sucesso". BERLIN, Isaiah. *A originalidade de Maquiavel*. In: *Estudos sobre a Humanidade*, op.cit. p. 309. PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. pp. 30-31.

²⁷¹ TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*, op.cit. p. 34.

²⁷² MERON, Theodor. *Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez*. In: *The American Journal of International Law*, vol. 85, nº 1, 1991, p. 115

²⁷³ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. pp. 141-145.

²⁷⁴ MERON, Theodor. *Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez*, op.cit. p. 115.

soberano diante de seus súditos, o que confere a este tópico da obra gentiliana um frescor de inegável atualidade. A relevância deste tema é, de fato, enorme na atualidade, pois constitui o cerne da idéia do importante Relatório sobre a *Responsabilidade de Proteger*, que trata do dever primordial de proteção do governante em relação à população de seu país e das conseqüências – inclusive militares – de quando ele falha com suas obrigações (isto será objeto de análise do último capítulo da pesquisa).

Os soberanos não possuem então liberdade total para fazerem aquilo que lhes aprouver com seus súditos. Assim como não é lícito causar dano ou perigo aos súditos de outro soberano, do mesmo modo não o é com os próprios súditos: “não é, portanto, lícito fazer com os nossos coisas que levariam temor aos outros”²⁷⁵.

Na lição de Theodor MERON, GENTILI antecipa – e por nossa conta acrescentamos o nome de VITÓRIA – uma distinção moderna entre os interesses próprios do Estado e os fins humanitários²⁷⁶.

Por outro lado, GENTILI e VITÓRIA encontram-se em lados opostos do espectro teórico quanto às guerras punitivas em virtude de violações atroz do direito natural. GENTILI despreza toda a cautela e a tolerância vitorianas quanto ao tema.

O frei dominicano reprova as guerras como castigos às violações dos índios ao direito natural. Justifica por uma série de argumentos. VITÓRIA distingue, preliminarmente, duas ordens de pecados contra a lei natural. Há os pecados contra a lei natural no sentido universal – tais como o furto, a fornicação e o adultério – ou no sentido particular, contra a natureza, não somente porque desobedecem à lei natural, mas porque vão de encontro à ordem natural, e, desse modo, reputados como imundícies na *II Epístola aos Coríntios*. O teólogo aponta, então, os exemplos dados pela glosa deste segundo tipo de pecados: o concubinato com crianças ou com animais e entre mulheres. Ele entende que o homicídio é tão ou mais grave que estes pecados contra a ordem natural, e por isto a guerra como castigo não é lícita. Já a primeira ordem de pecados, se concebida como referente a quaisquer pecados contra a lei natural, não

²⁷⁵ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. pp. 147.

²⁷⁶ MERON, Theodor. *Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez*, op.cit. p. 114.

justifica a guerra porque se tal castigo não é lícito relativamente à fornicação, não o é para os outros pecados contra a lei natural²⁷⁷.

Mas os argumentos mais convincentes de VITÓRIA quanto às investidas armadas espanholas contra os índios vêm em seguida. O teólogo assinala com propriedade que os pecados contra a lei natural são muito vagos; carecem de uma maior delimitação. Isto poderia acarretar até guerras pela infidelidade, já que índios são idólatras – o que nada mais seria, segundo cremos, que uma espécie de *guerra santa*. Ademais, o frei dominicano ataca a hipocrisia desta justificação da guerra. Se guerras fossem levadas adiante contra cristãos pecadores em todas as situações, “os reinos poderiam mudar todos os dias”²⁷⁸, ainda mais porque os cristãos têm a plena consciência de sua gravidade, enquanto os índios a desconhecem²⁷⁹.

A tradição humanista em geral reputa a existência de uma grande diferença moral entre os civilizados europeus, de um lado, e os bárbaros, de outro lado, de tal modo que as conquistas coloniais européias passam a ser justificáveis. A tradição escolástica, por sua vez, posiciona-se criticamente em relação à conquista espanhola nas Américas²⁸⁰. Esta colocação geral aplica-se perfeitamente às concepções defendidas tanto por VITÓRIA como por GENTILI quanto ao tema.

GENTILI usa inicialmente uma linguagem moderada, plena de retórica solidária, ao justificar uma guerra punitiva em face de pecados contra a lei natural, “que não é feita por alguma vantagem que particularmente nos advenha, mas por direito comum e em favor dos outros”²⁸¹. A partir deste excerto, doutrinadores como Theodor MERON e Simon CHESTERMAN fazem uma interpretação benevolente – porém limitada – das intenções de Alberico GENTILI: ele é um verdadeiro precursor da idéia de jurisdição universal para a proteção dos direitos humanos contra os crimes de genocídio e os crimes contra a humanidade, juntamente com seu sucessor GROTIUS²⁸². Se isso de um lado não pode ser totalmente rechaçado, por outro não contempla que sob

²⁷⁷ VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito de guerra*, op.cit. pp. 87-88.

²⁷⁸ VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito de guerra*, op.cit. p. 88.

²⁷⁹ VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito de guerra*, op.cit. p. 88.

²⁸⁰ PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. p. 35

²⁸¹ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 205.

²⁸² MERON, Theodor. *Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez*, op.cit. p. 114; CHESTERMAN, Simon. *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 10-14.

a idéia de uma comunidade universal do gênero humano este capítulo (*A Causa honesta para mover a guerra*) constitui-se em uma das mais agressivas defesas feitas, entre os fundadores do Direito Internacional Público, das guerras espanholas contra os índios nas Américas. A defesa da moral comum da humanidade de GENTILI é eurocêntrica em sua essência, desvinculada de qualquer noção de respeito à diversidade cultural. Seu desenrolar consolida-se em boa parte da tradição do Direito Internacional moderno, particularmente entre os internacionalistas ideólogos do neocolonialismo imperialista nos fins do século XIX e início do século XX, como bem retrata Martti KOSKENNIEMI²⁸³:

Por isso concordo plenamente com a opinião daqueles que classificam como justa a causa dos espanhóis na guerra que sustentam contra os índios porque são sodomitas, animais escos, açougueiros de carne humana, da qual se alimentavam. Semelhantes irmanidades ultrajam a natureza do gênero humano, como todas as outras abominações que são conhecidas de todos se, por acaso, não são ignoradas pelos animais e pelos homens brutos, contra os quais, da forma como se faria contra animais ferozes, deve ser empreendida a guerra, como diz Isócrates”²⁸⁴.

Logo antes destas palavras furiosas, GENTILI nega qualquer desejo em fazer a guerra. Ele, todavia, acredita que se “empreendida contra os maus, a guerra não é coisa torpe”²⁸⁵. Mas a ressalva não consegue ocultar a extrema agressividade com que defende a *Conquista Espanhola*. De fato, se GENTILI realmente é um precursor da defesa da jurisdição universal, como afirma Theodor MERON, a sua luta contra o genocídio enseja, contrariamente, a prática de outro, contra os indígenas. Tamanha fúria contra estes, equiparados a animais furiosos, e contra os piratas – cuja profissão “é contra o direito das gentes e contra a comunhão e a convivência humana”²⁸⁶ (e que na atualidade, poderiam ser comparados, sem risco de anacronismo, aos terroristas) – faz-nos concluir que o autor de *O Direito da Guerra* adota com as devidas cautelas – embora o negue expressamente, atribuindo-lhes legitimidade de sujeitos da sociedade

²⁸³ PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. pp. 38-39; KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and The Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 136-178.

²⁸⁴ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 206.

²⁸⁵ Idem, p. 206.

²⁸⁶ “O sábio será sempre inimigo do estulto GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p.

internacional²⁸⁷ – o argumento aristotélico sobre a *guerra justa por natureza* contra os bárbaros despojados de natureza humana e destinados à escravidão.

GENTILI atenua a teoria aristotélica com o mesmo argumento vitoriano sobre a *segunda natureza*, a educação, mas não segue as mesmas restrições e a tolerância do frei dominicano quanto às guerras em resposta às violações da lei natural. Situa-se em um nebuloso meio-termo.

Uma guerra justificada em nome do gênero humano cujo fim é nada menos que a eliminação de todo um povo em virtude de seus costumes culturais *incivilizados* não poderia ser mais contraditória. Isto nos envia à correta crítica de Carl SCHMITT reverberada por Martti KOSKENNIEMI de tal apropriação do conceito de humanidade baseado na expressão modificada de PROUDHON de que “quem invoca a humanidade quer trapacear”. Embora não concordemos com a concepção beligerante de SCHMITT em todas as suas conseqüências deletérias, nem achemos que o ideal humanitário seja apenas uma pura farsa politicamente construída, a sua crítica parece aplicar-se a determinadas situações.

Ademais, conquanto GENTILI também não possa ser classificado de modo simplista como um teórico a serviço do colonialismo, uma vez que expressa, por exemplo, tolerância para com a diversidade de religiões e solidariedade tanto na defesa dos súditos de outro soberano contra o tratamento desumano como na atribuição de direitos iguais entre os combatentes, a sua defesa de uma guerra punitiva como face agressiva de sua concepção humanitária de guerra em nome do gênero humano causa um estranho incômodo por se adequar à crítica de SCHMITT quanto ao humanitarismo na guerra. Em nome do humanitarismo promove uma *guerra civilizadora*:

²⁸⁷ PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. p. 38; “And Gentili linked this Idea [guerras contra os índios americanos e piratas] to the notion of ‘natural slavery’, though he was appropriately cautious about endorsing the wholly Aristotelian theory: ‘with this view also a disquisition of Aristotle on the natural origin of slavery is in harmony. For although the philosopher is speaking of those who have servile disposition, yet his arguments, yet his arguments apply to those who become slaves because of their wickedness and sins. He was reluctant, however, to conclude that all barbarians were, as he thought the Greeks had believed, natural slaves – in I.XII he set out the arguments for and against such an idea, and concluded that although such antagonism was not strictly natural, it was the result of education ‘which is a second nature’ and of Christian experience of the treachery of peoples such as Turks”. TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, op.cit. p. 35.

The concept of humanity is an especially useful ideological instrument of imperialist expansion, and in its ethical humanitarian form it is a specific vehicle of economic imperialism. Here one is reminded of a somewhat modified expression of Proudhon's: whoever invokes humanity wants to cheat. To confiscate the word humanity, to invoke and monopolize such a term probably has certain incalculable effects, such as denying the enemy the quality of being human and declaring him to be an outlaw of humanity; and a war can thereby be driven to the most extreme inhumanity.²⁸⁸

Nesta época, a idéia de que os índios eram somente bárbaros e canibais estava profundamente disseminada, o que provocou Michel de MONTAIGNE (1533-1592) a escrever um cáustico ensaio (“Sobre os canibais”) cujos objetivos consistiam na refutação desta tese e no destaque da barbárie de certos comportamentos dos europeus em combate – e desse modo criticou também a hipocrisia *civilizada* da sociedade europeia da qual GENTILI de certo modo também fez parte:

I think there is more barbarity in eating a man alive than in eating him dead; more barbarity in lacerating by rack and torture a body still fully able to feel things, in roasting him little by little and having him bruised and bitten by pigs and dogs (as we have not only read about but seen in recent memory, not among enemies in antiquity but among our fellow-citizens and neighbours – and, what is worse, in the name of duty and religion) than in roasting him and eating him after his death²⁸⁹.

A tradição teológica da teoria da guerra justa – Francisco de VITÓRIA entre eles – tomava como um de seus principais postulados a idéia tradicional de que toda guerra decorria da prática de uma injúria. GROTIUS praticamente repete esta formulação de modo literal. Já os humanistas apresentaram, todavia, uma posição bastante diferente cujo resultado consistiu na principal disputa entre estes e os teólogos quanto ao tema da justiça das guerras.

GENTILI retoma de oradores antigos – principalmente CÍCERO²⁹⁰, cuja importância no Renascimento é significativa – a idéia de que uma guerra poderia ser

²⁸⁸ SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*. Translated by George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, p. 54; KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and the Fall of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 432-435.

²⁸⁹ MONTAIGNE, Michel de. *The Complete Essays*. Translated by M. A. Screech. London: Penguin Books, 1991, p. 236.

²⁹⁰ “The roots of this view lay equally clearly in the writings of the ancient orators. Cicero, the most important of them for the Renaissance, repeatedly implied that the violence of enemies did not actually have to be manifested in order to be legitimately opposed by violence”. TUCK, Richard. *The*

travada justamente mesmo sem uma manifestação anterior de violência da outra parte: “Agindo desse modo, prevenimos o dano que nos poderia causar antes que o outro pense em causá-lo”²⁹¹. Subjacente a esta ampliação de GENTILI das causas justas da guerra encontra-se uma concepção realista e conflituosa da realidade internacional que concede ampla discricionariedade aos Estados acerca da avaliação das razões de segurança para guerrear no contexto do equilíbrio entre as potências do período renascentista²⁹².

As guerras de defesa antecipatória e preventiva são justificadas com base na *utilidade*. É lícito prevenir e agredir aquele que se prepara para me agredir: “Ninguém deve expor-se ao perigo”.²⁹³ E uma causa justa para se combater nesses termos ocorre por um fundado temor de dano gravíssimo; a mera suspeita não é suficiente. GENTILI admite, contudo, a impossibilidade de se determinar com segurança as várias causas desse temor. De fato, crê que a defesa também é justa quando se previnem “os perigos já pensados e preparados ou também não pensados, mas verossímeis e possíveis”²⁹⁴. Aqui o jurista italiano aceita, de fato, também a licitude da legítima defesa preventiva, para além da iminência do ataque armado, mais ampla que o estabelecido no consagrado caso *Caroline*, de 1837²⁹⁵. Afirma sem titubeios que a guerra é legítima em face de um perigo potencial. Com isso o autor também não quer dizer que se deve travar uma guerra contra outrem somente por este ter-se tornado demasiadamente poderoso, diferentemente de VATTEL, no século XVIII; deve haver, sim, outra causa justificadora da guerra, um fundado temor – cuja averiguação inegavelmente fica submetida à ampla discricionariedade estatal, o que reduz a quase nada a diferença em seus efeitos práticos²⁹⁶.

Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant, op. cit. p. 18.

²⁹¹ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 124.

²⁹² PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. p. 34.

²⁹³ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 125.

²⁹⁴ *Idem*, p. 131.

²⁹⁵ Há de se fazer uma distinção prévia entre aquilo que denominaremos de legítima defesa antecipatória, uma reação armada a uma agressão iminente, cujo caso clássico apontado pela doutrina internacional é o *Caroline*, considerado por parte da doutrina a fonte de um direito costumeiro submetido a uma série de critérios, tais como a necessidade, a proporcionalidade e o imediatismo, e a legítima defesa preventiva, uma ação armada voltada à prevenção contra um perigo de agressão não iminente, mais distante.

²⁹⁶ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 131.

Ao elaborar estes argumentos, o GENTILI pensa primordialmente no combate à política imperial espanhola em face dos demais Estados europeus como uma causa legitimadora de uma guerra justa. Deve-se lutar contra esta hegemonia em nome do *equilíbrio* outrora existente nas cidades italianas no tempo de Medici e que, por sua vez, possibilitara a paz não mais presente em tempos de desequilíbrio. Nota-se, então, a influência em sua concepção do direito e da política do valor de segurança para o Estado – notadamente quando afirma que “a segurança é a razão dos Estados”. Com este discurso cético-realista, GENTILI aproxima sua teoria da guerra justa da teoria da razão de Estado²⁹⁷ – mas não as identifica, como já vimos.

Com base em sua concepção não-discriminatória de guerra, GENTILI foi o primeiro a elaborar *leis na guerra* de uma forma mais consistente. Várias condutas são exigidas durante os combates no livro II de *O Direito de Guerra*. Dentre elas, destaca-se a declaração de guerra antes de seu empreendimento. Desse modo, constitui-se em um supremo requisito de justiça informar o adversário previamente ao empreendimento de uma guerra²⁹⁸. Esta declaração não era, para o humanista italiano, uma mera formalidade: consistia na última tentativa de impedir o início das hostilidades²⁹⁹, dando-se trinta e três dias para que elas efetivamente começassem³⁰⁰. (E esta primazia dada por GENTILI à declaração de guerra com intenção *moratória* teve reflexos no início do século XX, destacadamente no artigo 12 do Pacto da Liga das Nações³⁰¹.)

²⁹⁷ Idem, pp. 126-131; PANIZZA, Diego. *Introdução*. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili), op.cit. p. 36; TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*, op. cit. p. 18-31.

²⁹⁸ “Nenhuma guerra parece justa se não foi anunciada, se não foi declarada, se antes de empreendê-la não foi pedida restituição” GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 217; “Gentili referred to the importance which the Greeks, the barbarians, and in particular the Romans attributed to declarations of war, and to the fact that such declarations were also required by canon law”. GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 212.

²⁹⁹ “No caso da guerra, portanto, deve-se ir mais vagarosamente e sobretudo por causa dos extermínios e devastações, do que no caso das represálias”. GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 222. Mas GENTILI excetua a regra da declaração de guerra no caso de legítima defesa, por ele denominada “defesa necessária”. GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. pp. 224-232.

³⁰⁰ Mais uma vez, aqui, GENTILI aproxima a guerra de processos judiciais de natureza civil: “Depois da declaração de guerra sabemos que deviam decorrer trinta e três dias antes que desse início a ela. Isso parece justo e assim ocorre também nos litígios civis, nos quais são admitidas dilações depois da citação e da apresentação do libelo. Isso equivale a uma espécie de declaração da disputa, a fim de que o réu indiciado possa considerar se lhe convém mais ceder ou opor-se”. Idem, p. 223.

³⁰¹ “Art. 12 (...) Convém mais que, em nenhum caso, deverão recorrer à guerra, antes de expirar o prazo de três meses depois da sentença dos árbitros ou judiciária, ou do parecer do Conselho”. *Pacto da Liga das Nações. Legislação Internacional*. Ricardo SEITENFUS (org.). Barueri: Manole, 2004, p 73.

Várias condutas aceitáveis em uma guerra são analisadas no livro II de *O Direito de Guerra*. Por exemplo: tratados com inimigos devem ser concluídos com boa fé, sem intenção fraudulenta; o assassinato traiçoeiro é expressamente condenado; o uso de veneno não pode ser aceito, mas a espionagem, por sua vez, é permitida; um armistício deve ser respeitado de acordo com o princípio “*facio ut facias*” (aquilo que você faz comigo eu faço com você); os prisioneiros de guerra não podem ser mortos, mesmo que seja dificultosa a sua guarda; os líderes capturados devem ser tratados de modo caridoso e seu aprisionamento permanente é condenável; as crianças e as mulheres devem ser poupadas dos sofrimentos da guerra³⁰², assim como os clérigos e os camponeses (desde que os últimos estejam desarmados); os prisioneiros de guerra cristãos não podem ser escravizados, regra que não se aplica nas guerras contra os infiéis³⁰³.

As leis na guerra formuladas e defendidas por GENTILI possuíam um propósito central básico: a contenção dos horrores da guerra e a promoção de meios justos de condução da força armada entre os contendores³⁰⁴.

1.7.4 Hugo GROTIUS e Emer de VATTEL: apogeu e declínio da teoria da guerra justa no Direito das Gentes Clássico

Hugo GROTIUS e Emer de VATTEL representam, respectivamente, o apogeu e o declínio da teoria da guerra justa no Direito Internacional Público.

GROTIUS apresenta de modo mais completo a teoria do direito natural, conduzindo-o ao seu apogeu e ofuscando seus predecessores. Não é original na assimilação do direito natural à moral, mas distingue-se ao concebê-lo como o fundamento *objetivo* do Direito Internacional Público, racional, abstrato e laico. A contribuição de GROTIUS estabeleceu a identificação entre o direito natural e o direito

³⁰² Mas há uma exceção a isto, segundo Wilhelm GREWE observa: “Exceptions were possible if women took over the duties of men or if the enemy had not spared them in the past”. GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 213.

³⁰³ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 236-432; Idem, pp. 213-214.

³⁰⁴ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 214.

racional, atribuindo ao primeiro o caráter de uma teoria racionalista³⁰⁵. E por este motivo exporemos com mais detalhe suas premissas teóricas em comparação com os outros doutrinadores. Sua teoria da guerra justa finalmente desvinculou-se de sua origem religiosa, constituindo parte integrante de uma contribuição inédita na Filosofia do Direito e no Direito Internacional, calcada na razão e em princípios dedutivos.

GROTIUS representa, de fato, o apogeu de um movimento iniciado por seus antecessores, os outros fundadores do Direito Internacional Público, na elaboração de um universo conceitual voltado à unificação das regras fragmentárias de natureza prática cujo objetivo consiste no estabelecimento de uma *superlegalidade* universal impositiva aos Estados na falta de uma unidade sistemática em substituição do poder universal do papado e do Sacro Império Romano Germânico³⁰⁶.

Hugo GROTIUS é assiduamente considerado por boa parte da doutrina internacionalista o verdadeiro fundador do Direito Internacional³⁰⁷. Mas se esta “paternidade” não é defendida de modo unânime³⁰⁸, reconhece-se, por outro lado, seu relevante papel de sistematizador dos princípios e doutrinas dos séculos anteriores, constituindo um ponto de partida fundamental para o desenvolvimento posterior da *doutrina jurídica internacionalista – contra* ou a *favor* do qual todos os teóricos ulteriores se voltaram³⁰⁹. A originalidade grociana no estudo do Direito Internacional Público é muito bem analisada por Michel VILLEY:

Uma tradição de doutrina moral das relações internacionais, muito antiga, existiu; portanto, uma tradição que continua nos tratados teológicos da escolástica espanhola, nos mestres de Grócio que foram Vitoria, de Soto, Suárez. Assim, é totalmente natural que Grócio recorra a princípios de moralidade para tratar da guerra e da paz; dessa forma, apenas seguia os caminhos já trilhados por seus predecessores. Mas a diferença é que ele aborda esses problemas com ambições totalmente outras. Não só os arranca do império da teologia, como exige a situação da Europa confessionalmente dividida e que, portanto, não pode mais se deixar reconciliar por uma doutrina confessional. Mas seu propósito é dar a essas questões

³⁰⁵ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET. *Direito Internacional Público*. 2ª edição. Tradução de Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 57.

³⁰⁶ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 58.

³⁰⁷ SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra em el Derecho de Gentes del “jus publicum europaeum”*, op.cit. p. 185.

³⁰⁸ Por todos, AGO, Robert. *Le Droit International dans la conception de Grotius*. In: *Commemoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius*. In: *RCADI, IV*. Haia: Nijhoff, 1983, p. 376.

³⁰⁹ CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, op.cit. p. 699.

das guerras internacionais respostas estritas e precisas, que devem efetivamente ser chamadas de jurídicas. Nega-se às vezes a Grócio a glória de ter sido o fundador do direito internacional, porque ele teve precursores, Vitoria, Suárez ou Alberico Gentili; no entanto, acho que ele a merece, tendo sido o primeiro a transpor claramente essas questões internacionais da moral para o direito³¹⁰.

A par de sua importante contribuição ao desenvolvimento do Direito Internacional, GROTIUS também é considerado o primeiro autor de Filosofia do Direito em sentido próprio, pois a sua obra máxima (*De Jure Belli ac Pacis*) “se apresenta como o primeiro Tratado de Direito Natural, ou, para melhor dizer, o primeiro tratado autônomo de Filosofia do Direito”³¹¹. Nesse sentido, Miguel REALE descreve GROTIUS como um *homem de transição*, porquanto não rompe *todos* os liames com a teologia medieval – a influência de *escolásticos tardios* ainda se faz presente – e sofre, ademais, destacada influência do humanista GENTILI (embora muitas vezes não reconhecida³¹²). Mas, de outro lado, também revela sua modernidade ao estabelecer princípios destinados a garantir a autonomia da ciência do Direito Natural³¹³. É de se ressaltar, aliás, a amplitude da abordagem grociana do Direito em *O Direito da Guerra e da Paz* (além do Direito Internacional, estuda as matérias de Direito Interno). Igualmente, a posteridade utilizará “seu método, seus princípios, sua ordem, seus planos, para a construção de um sistema que abarca a universalidade do direito”³¹⁴.

Apreende-se destas breves considerações a relevância multidisciplinar da contribuição do jurista holandês, que inclusive extrapolou os limites da ciência jurídica e influenciou os *neogrocianos* da *Escola Inglesa* das Relações Internacionais – dentre os quais se destacam Martin WIGHT e seu discípulo Hedley BULL³¹⁵.

³¹⁰ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 655.

³¹¹ REALE, Miguel. *Hugo Grocio e sua posição na escola do Direito Natural*. In: *Horizontes do Direito e da História*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 103.

³¹² TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*, op. cit. p. 105

³¹³ REALE, Miguel. *Hugo Grocio e sua posição na escola do Direito Natural*. In: *Horizontes do Direito e da História*, op. cit. p. 104.

³¹⁴ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, op.cit. p. 656.

³¹⁵ “Entre esses dois extremos [o realismo maquiavélico-hobbesiano e o cosmopolitismo kantiano], Wight definiu Hugo Grotius e seus herdeiros nas relações internacionais como uma tradição intermediária, um compromisso entre o realismo de uns e a utopia de outros. Tal compromisso seria atingido pelos racionalistas ao perceberem a existência de regras e normas que orientam e organizam as relações internacionais e que permitem a convivência entre Estados que não partilham necessariamente os mesmos objetivos nem os mesmos interesses. A existência de um conjunto de regras e normas organizadas na forma do Direito Internacional é o que permite aos Estados conviverem sem alcançar a

Hugo GROTIUS também possuía uma versatilidade pragmática notável. Participou ativamente das negociações políticas no período conturbado por guerras religiosas – e em especial, a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), travada entre católicos e protestantes – que acabaram por desembocar na *Paz de Vestfália*, o marco histórico da consagração do sistema europeu de Estados e da concepção territorial do Direito limitada ao Estado soberano³¹⁶. A *Paz de Vestfália* promoveu, ademais, a laicização do Direito Internacional ao cindi-lo de qualquer arcabouço religioso e estendeu o seu alcance na medida em que incluiu, em uma base de igualdade, Estados monárquicos e republicanos³¹⁷. Mas de outro lado, ao conferir tal igualdade soberana e formal dos Estados europeus, também estimulou a prática do princípio da *balança de poder* em grande escala³¹⁸: o equilíbrio político consistia no meio pelo qual se poderia alcançar uma paz mais duradoura³¹⁹ (embora este princípio tenha, por outro lado, impulsionado um acentuado individualismo e um voluntarismo positivista que dificultaram aquele mesmo propósito³²⁰).

Nos Prolegômenos de *O Direito da Guerra e da Paz*, Hugo GROTIUS traça sua concepção do Direito e de seus fundamentos. O jurista holandês não se limita ao estudo da guerra e da paz no sentido estrito de relações interestatais; preocupa-se, de

paz, mas também se encontrar em um estado permanente de desconfiança e insegurança”. MESSARI, Nizar, NOGUEIRA, João Pontes. *Teoria das Relações Internacionais – Correntes e Debates*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p.41

³¹⁶ “A denominada Paz de Vestfália consagraria a regra que passaria a ser conhecida em sua formulação no detestável latim cartorário da época: *cujus regio, ejus religio*, traduzido, literalmente, ‘na região dele, a religião dele’. Na verdade, a regra de Vestfália nada mais quer significar do que: na região (leia-se: no território) sob império de um príncipe, esteja vigente uma única ordem jurídica, sua ordem jurídica (claro está, subentendendo-se que *religio*, segundo as discussões da época, quereria significar muito mais a imposição de um ordenamento leigo e altamente operante, e menos uma visão religiosa das maneiras de alguém salvar a própria alma!). Na verdade, trata-se da definitiva consagração do princípio que passaria a dominar toda a concepção moderna sobre eficácia (existência e aplicabilidade) das normas dos sistemas nacionais: a territorialidade do direito”. SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 29.

³¹⁷ GROSS, Leo. *The Peace of Westphalia, 1648-1948*. In: *The American Journal of International Law*, vol. 42, number 1, 1948, p. 26. Nesse sentido, complementa: “The Peace of Westphalia, for better or worse, marks the end of an epoch and the opening of another. It represents the majestic portal which leads from the old world into the new world. The old world, we are told, lived in the idea of a Christian commonwealth, of a world harmoniously ordered and governed in the spiritual and temporal realms by the Pope and the Emperor. (...) In particular the Reformation and the Renaissance, and, expressive of the rising urge of individualism in politics, nationalism, each in its own field, attacked the supreme authority claimed by the Pope and the Emperor”. Idem, p. 28.

³¹⁸ Idem, p. 27.

³¹⁹ Idem, Ibidem.

³²⁰ GROSS, Leo. *The Peace of Westphalia, 1648-1948*. In: *The American Journal of International Law*, op. cit. p. 39. Leo GROSS aponta os principais legados da Paz de Vestfália: um acentuado individualismo entre Estados heterogêneos, a balança de poder, a igualdade dos Estados e a tolerância (ou não-intervenção). Idem, p. 40.

fato, com os conflitos, seja entre os indivíduos, seja entre os Estados, buscando a sua motivação, e para isto eleva-se até os fundamentos do Direito de modo racional³²¹.

A influência aristotélica sobre GROTIUS faz-se notar na medida em que este defende a *necessidade de sociedade* (*appetitus societatis*) dos homens – assim como das “sociedades perfeitas”, os Estados – por uma tendência natural a uma vida comum dentro da qual o Direito se revela presente para responder às necessidades e à utilidade de todos³²². O Direito não pode ser compreendido fora da sociedade, mas sim como um fenômeno relacional próprio dos homens inseridos nela. GROTIUS inova, segundo Miguel REALE, ao colocar o princípio da sociabilidade no plano ético, de tal forma que “o Direito Natural se apresenta como o ditame da razão conforme a natureza sociável do homem: resulta dessa conformidade ou não a necessidade de ser seguido um preceito, ou de ser proibida uma determinada conduta”³²³.

Coexistem na teoria grociana dois Direitos: o Direito Natural e o Direito Voluntário (ou Positivo).

O Direito Natural resulta dos ditames da reta razão, e os atos relativos a essas regras são obrigatórios ou ilícitos por si próprios. A sua imutabilidade prescinde até a existência de Deus e não pode ser atacada nem por seu enorme poder (hipótese impiíssima)³²⁴. A justiça ainda seria o supremo fundamento do mundo ético e o Direito

³²¹ REALE, Miguel. *Hugo Grocio e sua posição na escola do Direito Natural*. In: *Horizontes do Direito e da História*, op. cit. p. 103; AGO, Robert. *Le Droit International dans la conception de Grotius. Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius*. In: *RCADI, IV*, op.cit. p. 383.

³²² “De fato, o homem é um animal, mas um animal de uma natureza superior e que se distancia muito mais de todas as demais espécies de seres animados que possam entre elas se distanciar. É o que testemunham muitas ações próprias do gênero humano. Entre essas, que são próprias ao homem, encontra-se a necessidade de sociedade, isto é, de comunidade, não uma qualquer, mas pacífica e organizada de acordo com os dados de sua inteligência e que os estóicos chamavam de ‘estado doméstico’. GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume 1*, op.cit. p. 37.

³²³ REALE, Miguel. *Hugo Grocio e sua posição na escola do Direito Natural*. In: *Horizontes do Direito e da História*, op. cit. pp. 105-106.

³²⁴ “O que acabamos de dizer teria lugar de certo modo, mesmo que se concordasse com isso, o que não pode ser concedido sem um grande crime, isto é, que não existiria Deus ou que os negócios humanos não são objeto de seus cuidados”. GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume 1*, op.cit. p. 40. “O direito natural é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus. Por mais imenso que seja o poder de Deus, podemos dizer que há coisas que ele não abrange porque aquelas de que fazemos alusão não podem ser senão enunciadas, mas não possuem nenhum sentido que exprima uma realidade e são contraditórias entre si. Do mesmo modo, portanto, que Deus não poderia fazer com que dois mais dois não fossem quatro, de igual modo ele não pode impedir que aquilo que é essencialmente mau não seja mau”. Idem, p. 81. Nesse sentido, France FARAGO observa: “Há normas de direito absolutamente e universalmente obrigatórias e imutáveis as quais nem Deus nada pode mudar. Quer dizer que o conteúdo mesmo de tal direito não vem da vontade, mas da razão pura que faz autoridade. A lei

se originaria da razão dos homens e de sua necessidade de sociabilidade³²⁵ – e é por isto que Miguel REALE assinala que GROTIUS possui uma inédita confiança nos domínios da razão, cuidando, por conseguinte, de elucidar o Direito Natural por meio da idéia de sociabilidade.

A opinião bastante difundida de que coube a GROTIUS a criação³²⁶ e/ou a laicização³²⁷ do Direito natural é condenada por alguns; mas a despeito desta polêmica doutrinária, deve-se lembrar, na trilha de Michel VILLEY, de que se o caráter laico do

natural (que dizer racional), irredutível às leis positivas, não é tudo o que foi ordenado e estabelecido. Ela é ‘estabelecete’ originária: *ordem ordenante* e não *ordem ordenada*. Segundo Grotius, o legislador é como o Demiurgo de Platão, quando ele põe em forma e em ordem a sociedade civil. Decretando as leis positivas, ele fixa os olhos na norma que tem validade universal, exemplar, constrangedora pela sua própria vontade e por qualquer outra. É nesse sentido que é preciso compreender a máxima de Grotius que diz que todas as teses do direito natural poderiam conservar sua validade admitindo mesmo que não tivesse existido nenhum Deus, ou que a própria divindade não se preocupasse com o mundo das coisas humanas. É o que chamamos de ‘hipótese ímpia’ de Grotius na qual quisemos ver uma laicização do direito, da moral, da política”. FARAGO, France. *A Justiça*. Tradução de Maria José Pontieri. Barueri: Manole, 2004, p. 165.

³²⁵ REALE, Miguel. *Hugo Grocio e sua posição na escola do Direito Natural*. In: *Horizontes do Direito e da História*, op. cit. p.105.

³²⁶ Michel VILLEY é um ferrenho crítico dessa idéia. O jusfilósofo atribui a “paternidade” do direito natural a ARISTÓTELES: “Aristóteles é o ‘pai da doutrina do direito natural’; ele deu destaque ao termo (díkaion physikón); construiu sua teoria e a pôs em prática; é o fundador dessa doutrina à qual inúmeros juristas, ao longo dos séculos, viriam a aderir. Mas o direito natural de Aristóteles é algo bem diferente do que a maioria dos nossos contemporâneos imagina. As soluções de direito natural, pensam eles, deduzidas de princípios: de princípios *a priori* da razão prática (escola kantiana) ou de definições abstratas da ‘natureza do homem’ (escola do direito natural moderno). Acabamos de ver que para o fundador da doutrina isso não é assim. Realista e nem um pouco idealista, pratica um método de observação: à maneira de um botânico, colhe as experiências dos impérios e das polis de seu tempo. Prenuncia o direito comparado e a sociologia do direito. *O direito natural é um método experimental*” VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, op.cit. pp. 53-54. Em outra passagem, Michel VILLEY sublinha a concepção dualista entre direito natural e direito positivo dos juristas modernos e observa que isto está bem distante de ARISTÓTELES: “Portanto, não existe oposição entre o justo ‘natural’ e as leis escritas do Estado, mas as leis do Estado exprimem e completam o justo natural. Portanto, essa doutrina do justo natural não desconhece a importância do papel do legislador”. Idem, p. 47.

³²⁷ Para Michel VILLEY, por exemplo, o Direito Natural é profano desde os tempos de ARISTÓTELES: “Mas sobretudo não imaginemos que foi preciso esperar Grócio para ‘dessacralizar’ a idéia de direito natural. A própria fórmula de Grócio (‘etiamsi daremus [...] non esse Deum’) recopia quase literalmente a de vários mestres da escolástica espanhola. E quanto ao essencial, se São Tomás foi retomar de Aristóteles sua doutrina do direito natural, foi precisamente para restaurar a competência da inteligência natural contra os excessos em sentido contrário do agostinismo, contra o clericalismo dos sucessores de santo Agostinho, a pretensão deles de deduzir o direito da revelação divina. O direito natural é profano de nascença, desde Aristóteles”. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, op.cit. p. 648. Mas há quem combata até o caráter laico do pensamento grociano: “It is very often said that Grotius secularized the doctrine of natural Law. This conclusion, however, is not correct. Grotius used, as we have seen, his concept of natural law for the purpose not only of political but also religious peace and, for him, such a peace is an essential condition of reunification of the separated Christian Churches. This, however, is the very opposite of secularism. Besides, Grotius’ reference to human nature should be interpreted in the meaning of the traditional *anima naturaliter Christiana* doctrine”. SCHIEDERMAIR, Hartmut. *The influence of Grotius’ thought on the ius natural school. Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius*. In: *RCADI, IV*. Haia: Nijhoff, 1983, p. 407.

Direito era bastante argüido por católicos e protestantes durante a época de GROTIUS, e ele inequivocamente optou por adotá-lo com firmeza e prudência. De fato, a única ordem capaz de impor regras comuns a confissões opostas era a dessacralizada, e o jurista holandês, ao tomar posição nesta querela a favor da laicização, deve também por isto ser estimado³²⁸. Ainda mais, três regras fundamentais de Direito Natural decorrem do sistema grociano: reparar os danos causados, respeitar os bens dos outros e cumprir as promessas feitas – *pacta sunt servanda*³²⁹.

O Direito Voluntário possui origem na vontade e divide-se em divino³³⁰ – irrelevante no sistema de direito grociano, uma mera reminiscência, segundo Robert AGO, uma homenagem às concepções de seu tempo³³¹ – e humano. Este se subdivide em Direito Civil³³², Direito menos amplo que o Civil³³³ e Direito mais amplo que o Civil ou *jus gentium*. O Direito das Gentes é aquele cuja força obrigatória reside na vontade de todas as nações ou de sua maior parte³³⁴.

Pode-se afirmar que o sistema de direito grociano estabelece um dualismo entre o Direito natural e o Direito Voluntário (humano). Ambos possuem origem humana: um decorre de uma “emanação automática da natureza racional e sociável do homem” – que somente de modo indireto poderia se atribuir à vontade de Deus³³⁵ – e o outro é “criado por atos de vontade dos membros da sociedade ou porque resulta de

³²⁸ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, op.cit. pp. 646-649.

³²⁹ “Este cuidado pela vida social, de que falamos de modo muito superficial, e que é de todo conforme ao entendimento humano, é o fundamento do direito propriamente dito, ao qual se referem o dever de se abster do bem de outrem, de restituir aquilo que, sem ser nosso, está em nossas mãos ou o lucro que disso tiramos, a obrigação de cumprir as promessas, a de reparar o dano causado por sua própria culpa e a aplicação dos castigos merecidos entre os homens”. GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume 1*, op.cit. p. 39.

³³⁰ Este Direito é aquele cuja origem reside na vontade de Deus e foi dado tanto ao gênero humano como a um só povo. Idem, Ibidem.

³³¹ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume 1*, op.cit. p. 39; C’est donc pratiquement à un dualisme pur que son système se ramène, à une dichotomie dont le premier pôle peut être considéré comme jê viens de le dire d’origine humanine, em ce qu’il est une émanation automatique de la nature rationnelle et sociable de l’homme, qu’il répond de façon directe à cette nature et a ses exigences. Ce n’est qu’indirectement qu’on pourrait le rapporter à la volonté divine, Dieu étant à l’origine le créateur de l’homme et donc de sa nature”. AGO, Robert. *Le Droit International dans la conception de Grotius. Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius*. In: *RCADI, IV*, op.cit. p. 386.

³³² O Direito Civil é aquele cuja origem advém do poder civil que está à frente do Estado – e “o Estado é uma união perfeita de homens livres associados para gozar da proteção das leis e para sua utilidade comum”. GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume 1*, op.cit. p. 88.

³³³ Destinado a regular as relações familiares. Idem, Ibidem.

³³⁴ Idem, Ibidem.

³³⁵ AGO, Robert. *Le Droit International dans la conception de Grotius. Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius*. In: *RCADI, IV*, op.cit. p. 386. (tradução livre do autor)

manifestações expressas ou tácitas de seu consentimento”³³⁶. A distinção entre Direito Natural e Direito Voluntário remete a uma proposição metodológica cujo objetivo consiste em diferenciar os Direitos de acordo com sua fonte (razão e sociabilidade de um lado e a vontade dos homens e das nações de outro). O Direito voluntário (positivo) na concepção grociana surge como complemento do Direito natural a fim de corrigir as transgressões praticadas contra os ditames da reta razão³³⁷.

O Direito das Gentes no sistema grociano possui, de fato, duas fontes básicas, o direito natural e o direito voluntário:

Esta parte do direito, porém, que intervém nas relações de muitos povos ou de chefes de Estado, cujos preceitos são fundados sobre a própria natureza ou estabelecidos por leis divinas ou ainda introduzidos pelos costumes e por uma convenção tácita³³⁸.

Todavia o Direito das Gentes voluntário permanece confusamente vinculado de perto ao Direito das Gentes natural, como observa GREWE, de modo que não se pode estabelecer claramente um princípio diferenciador de sua inter-relação nem da importância relativa de um em relação ao outro. Isto se dá porque “o consenso geral das nações (*communis consensus gentium*) só poderia fundamentar a criação de uma regra internacional se confirmada que a regra era uma *ilação correta da natureza (recta illatio ex natura)*”³³⁹. Por outro lado, GROTIUS vincula a obrigatoriedade do Direito das Gentes voluntário a um princípio de direito natural, o *pacta sunt servanda*³⁴⁰.

Existe um direito comum a todas as nações que se aplica à guerra e na guerra³⁴¹. Para o jurista, a guerra é o estado de indivíduos que como tais solucionam suas controvérsias por meio da força³⁴². Afasta deliberadamente o termo “justiça” – presente em GENTILI – de sua definição, uma vez que o objetivo de sua investigação consiste em precisamente saber se há guerras possíveis de serem consideradas justas e

³³⁶ Idem, p. 387.

³³⁷ REALE, Miguel. *Hugo Grocio e sua posição na escola do Direito Natural*. In: *Horizontes do Direito e da História*, op. cit. pp. 108-109.

³³⁸ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume 1*, op.cit. p. 33.

³³⁹ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op.cit. p. 195, 215. (tradução livre do autor).

³⁴⁰ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op.cit. p. 195.

³⁴¹ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume 1*, op.cit. pp. 51.

³⁴² GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume 1*, op.cit. pp. 71-72.

quais delas o são³⁴³. Desse modo, ele avança ainda mais na concepção não-discriminatória de direitos na guerra já teorizada por GENTILI. Por outro lado, aumenta a abrangência da definição ao incluir nela as guerras privadas – e ao fazê-lo as resgata inadvertidamente da Antiguidade e do medievo para seu sistema de Direito das Gentes, provocando a crítica de Carl SCHMITT sobre a forma hesitante e insegura com que GROTIUS se posiciona em pontos decisivos da disciplina.³⁴⁴

GROTIUS divide as guerras em públicas, privadas e mistas. As públicas são aquelas empreendidas pela autoridade do poder soberano e dividem-se, por sua vez, em solenes e não-solenes. As guerras públicas solenes são aquelas mais comumente chamadas de guerras justas; mas não são justas no sentido de que quaisquer guerras que não respeitem tais requisitos sejam ilícitas. As guerras solenes, segundo o *jus gentium*, necessitam de dois requisitos fundamentais: ambas as partes devem estar investidas do poder soberano da nação e certas formalidades devem ser respeitadas. Estes requisitos devem ser concomitantes; um deles não basta para a caracterização de solenidade de uma guerra. Nelas são aplicáveis as normas de *jus in bello* às duas partes. As guerras não-solenes caracterizam-se, por sua vez, pela ausência de formalidades, por serem cometidas contra particulares e por meio da autoridade de qualquer magistrado³⁴⁵. As guerras privadas são aquelas travadas por indivíduos, constituindo-se na modalidade mais antiga de conflito. As mistas são privadas de uma parte e públicas de outra parte. No que se refere às últimas, o mais importante a se ressaltar diz respeito à exclusividade da justiça do lado do soberano³⁴⁶.

O Livro II de *De Jure Belli ac Pacis* trata das causas materiais da guerra. As causas justas são apontadas de forma idêntica à da tradição teológica precedente, notadamente VITÓRIA. A guerra pode ser praticada em razão de defesa, de recuperação daquilo que nos pertence (e a busca do que nos é devido) e de punição³⁴⁷. Dessas três causas justas, a punição como justificação contra as injúrias cometidas prevaleceu sobre as demais no tratamento grociano acerca da matéria³⁴⁸. Entre as causas injustas podem-

³⁴³ Idem, Ibidem.

³⁴⁴ GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 61.

³⁴⁵ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume 1*, op.cit. pp. 167-168.

³⁴⁶ Idem, p. 159; GUIMARÃES, Hilton Catanzaro. *Um Estudo Jurídico-Filosófico da “Teoria do Bellum Justum” nas concepções Decisionista e Intellectualista e na Síntese Grociana*, op.cit. p. 68.

³⁴⁷ Idem, p. 285.

³⁴⁸ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 216.

se destacar a expansão territorial, o desejo de liberdade num povo súdito³⁴⁹, a intenção de governar os outros, contra a sua vontade, mesmo que sob o pretexto de seu bem³⁵⁰ e a busca do enfraquecimento de uma potência vizinha por temor incerto³⁵¹. Por fim, considerava o motivo religioso uma causa injusta, de modo condizente com a tolerância religiosa já afirmada por VITÓRIA e GENTILI. Mas para GROTIUS isto tinha um valor particular porque, ao contrário daqueles dois, viveu intensamente o período da sangrenta *Guerra dos Trintas Anos* entre católicos e protestantes, cujo fim se daria com a *Paz de Westfália* em 1648, o famoso marco de criação do Direito Internacional Público Moderno³⁵².

GROTIUS sustenta a existência de uma causa justa – reconhecendo, simultaneamente, seu caráter controverso – para se iniciar uma guerra em defesa dos súditos oprimidos de outro Estado vitimados por um tratamento cruel. A sociedade humana possui o direito de agir quando a opressão é manifesta e grave³⁵³. Esta defesa precursora da intervenção humanitária baseia-se na idéia da solidariedade entre as nações, em que os homens devem se ajudar mutuamente, um dos traços essenciais da concepção de Direito Internacional Público grociano³⁵⁴ – e que o aproxima de seus antecessores VITÓRIA e GENTILI. Se este, por um lado, considera tais guerras como uma obrigação moral, GROTIUS, por outro, reputa-a um direito dos outros Estados, submetido a um critério prudencial, de modo que se o perigo for manifesto, não há qualquer obrigação, “pois se pode preferir sua vida e seus bens à vida e aos bens de

³⁴⁹ “A própria liberdade, seja dos cidadãos privados, seja dos Estados, isto é, a autonomia (como se fosse uma coisa que convém a todo tipo de pessoas naturalmente e a qualquer tempo) não pode fornecer o direito de mover a guerra. Quando se diz que a liberdade pertence por natureza aos homens ou aos povos, isso deve ser entendido a respeito do direito de natureza precedendo todo fato humano e da liberdade por isenção, não daquele que existe por incompatibilidade; quer dizer que naturalmente não se é escravo, mas que não se tem o direito de jamais vir a sê-lo, pois nesse último sentido, ninguém nasceu livre, ninguém escravo; é a sorte que colocou a seguir esses nomes sobre cada um”. GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume II*, op.cit. p. 931.

³⁵⁰ “Não é menos iníquo querer submeter pelas armas certos indivíduos como sendo dignos de servir e pela condição daqueles que os filósofos chamam algumas vezes naturalmente escravos. Se alguma coisa de fato, é útil a alguém, não me é permitido de a impor [sic] a ele, a seguir, pela força. A livre escolha do que é útil e inútil deve ser deixada aos que têm o uso da razão, a menos que outro tenha adquirido algum direito sobre eles”. Idem, p. 932.

³⁵¹ “Contra esses temores se deve opor de seu lado fortificações em seu próprio território e outros remédios semelhantes, se existirem, mas não recorrer às armas”. Idem, p. 928.

³⁵² GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume II*, op.cit. pp. 934-938.

³⁵³ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume II*, op.cit. pp. 989-991.

³⁵⁴ “A última causa e a que tem a mais ampla abrangência é a união dos homens entre si que basta mesmo só por ela serem induzidos a prestar socorro”. Idem, p. 987; AMARAL JR, Alberto do. *Direito de Assistência Humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 59.

outrem”³⁵⁵. Embora alerte sobre o perigo onipresente de abusos muitas vezes cometidos sob tais pretextos, o direito de guerra justa não cessa “porque os maus abusam de uma coisa”³⁵⁶.

O futuramente denominado *direito de intervenção humanitária* para GROTIUS compreende – similarmente a GENTILI e contrariamente às opiniões de VITÓRIA e VATTEL –, além da guerra em solidariedade com os outros súditos, o direito de punir grandes injúrias cometidas contra as leis da natureza (como o canibalismo e a pirataria), mesmo que não cometidas contra os outros soberanos nem contra seus súditos. Contrariamente a VITÓRIA, sustenta, com efeito, que o poder para punir tais condutas não advém da jurisdição civil, mas do próprio direito natural. Na lição de Theodor MERON, isto o posiciona como um dos mais destacados precursores da idéia de jurisdição universal no Direito Internacional Contemporâneo em face da prática de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade³⁵⁷. Por outro lado, tais guerras punitivas não estão isentas de críticas quanto aos abusos que possibilita, como veremos adiante na ácida crítica de VATTEL.

GROTIUS também analisa outra causa justa para guerrear cuja controvérsia entre os teóricos do Direito Internacional Público se estende até os dias atuais. O jurista considera lícita uma guerra de defesa travada para prevenir um ataque que constitua uma ameaça presente e certa – aquilo que veio a ser chamado pela doutrina contemporânea de legítima defesa antecipatória. Rechaça, ademais a possibilidade de uma guerra preventiva, como resposta a um “pressuposto perigo”, diferentemente do precursor GENTILI e do sucessor VATTEL³⁵⁸.

GROTIUS examina igualmente as causas duvidosas³⁵⁹ e apresenta um requisito subjetivo para a justiça da guerra: além da causa justa como condição objetiva de

³⁵⁵ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume II*, op.cit. p. 987.

³⁵⁶ Idem, p. 991.

³⁵⁷ MERON, Theodor. *Common Rights of Mankind*. In: *American Journal of International Law*, vol. 85, nº 1, 1991, pp. 111-112.

³⁵⁸ Idem, pp. 288-290, 304; HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*, op.cit. p. 56.

³⁵⁹ Constata, então, a dificuldade de se obter certezas absolutas nos assuntos morais: “Assim é que entre o que é reto e o que é curvo nada há no meio. Nas coisas morais, as circunstâncias, mesmo as mínimas diversificam a matéria e as formas de que se trata têm ordinariamente um meio que tem alguma extensão, de modo que ora se aproxima mais de uma das extremidades, ora mais da outra. Assim, é que, de fato, deve ser feito o que é proibido fazer, há um meio, o que é permitido. Esse meio ora está mais

justiça, torna-se imperativa a necessidade de uma convicção subjetiva daquele que a desencadear. Caso isto não esteja presente, o ato é viciado³⁶⁰. Nesse sentido, precisa-se evitar a guerra quando existem dúvidas acerca da justiça de sua causa, uma vez que ela se constitui em um fato de mais alta importância: provoca um grande número de males a todos os beligerantes e também aos inocentes³⁶¹ – eventualmente, alguns modos podem ser utilizados para evitá-la, como os diálogos ou colóquios e a arbitragem³⁶². O autor de *O Direito da Guerra e da Paz* expõe com esta afirmação a preferência da paz em face da guerra em seu sistema de Direito Internacional; este, de fato, tem como *telos* a promoção da paz entre as nações. A guerra precisa ser necessária para ser justa; logo, deve-se muitas vezes até mesmo moderar o exercício de um direito em vista da prevenção da guerra³⁶³.

Ao abordar o polêmico e recorrente assunto da guerra justa para ambos os contendores, GROTIUS procede a algumas distinções preliminares. Devem ser discriminadas as diferentes acepções do vocábulo justo. Algo é justo no que se refere à causa ou aos seus efeitos.

Quanto à causa, dá-se ao termo *justiça* um sentido especial ou um sentido geral, que caracteriza toda modalidade de retidão. O sentido especial, por sua vez, divide-se naquele em que se alude à ação e naquele em que se alude ao agente. Continua GROTIUS:

Do ponto de vista da acepção especial e relacionada à própria coisa, a guerra não pode ser justa dos dois lados, tampouco num processo, porque uma faculdade moral concernente dois contrários, como por exemplo, fazer e impedir de fazer não é dada pela própria natureza da coisa. Pode muito bem ocorrer que algum dos beligerantes não age injustamente, pois ninguém age injustamente, a menos que saiba que comete uma coisa injusta; ora, muitos o ignoram. Assim é que se pode impetrar justamente de parte e outra, isto é, de boa-fé. Muitas coisas, de fato, tanto no direito quanto no fato de onde surge o direito escapam ordinariamente aos homens³⁶⁴.

próximo de um dos lados, ora mais do outro. Disso resulta muitas vezes incerteza, como no crepúsculo ou na água fria que começa a esquentar”. GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume II*, op.cit, p. 943.

³⁶⁰ Idem, Ibidem.

³⁶¹ “Por isso, quando as opiniões são divididas, deve-se pender para a paz”. Idem, p. 949.

³⁶² Idem, 948-950.

³⁶³ Idem, pp. 947, 961; HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força no direito internacional*, op.cit. pp. 57-58.

³⁶⁴ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume II*, op.cit. p. 957.

Depreende-se da passagem a corroboração do autor sobre o entendimento da tradição teológica precedente da doutrina da guerra justa ao firmar posição acerca da justiça objetiva para somente uma das partes da guerra³⁶⁵. Ademais, no significado geral, o justo ocorre quando ausente toda a culpa por parte do agente, ou seja, no caso de ignorância inevitável. Logo, GROTIUS também referenda a posição de VITÓRIA e de outros teólogos também neste aspecto e considera a possibilidade da justiça subjetiva para ambos os lados da guerra³⁶⁶.

Já quanto ao sentido de justiça ligado aos efeitos de direito, o jurista assegura que a guerra pode ser justa para ambos os lados, como ocorre na situação da guerra solene³⁶⁷. Aqui há o deslocamento da importância da causa justa da guerra para seus efeitos de direito. Como já mencionado, a guerra solene exige necessariamente, por sua natureza, que o seu autor seja o detentor do poder soberano. Mas esta condição sozinha não basta. Algumas formalidades devem ser respeitadas, e a principal delas é a declaração de guerra, feita publicamente de uma parte à outra³⁶⁸. GROTIUS justifica tal formalidade pela necessidade de se estabelecer que “a guerra é feita não como um golpe de ousadia privado, mas pela vontade de um e de outro povo ou dos chefes do povo”³⁶⁹.

A guerra pública solene assume grande importância no sistema grociano. A bilateralidade dos efeitos da guerra sugere o decréscimo da importância dada à justiça da causa material em benefício da concessão de direitos a ambos os beligerantes, o *jus in bello* – que realmente se fortaleceu quando os direitos dos combatentes foram valorizados com a elaboração de normas para a limitação da violência. Esta tomada de posição por parte de GROTIUS – confirmando em grande parte a valorização do *jus in bello* já dada por GENTILI – deve ser interpretada em consonância com os objetivos pacíficos de seu sistema de Direito Internacional. As normas do chamado *direito na guerra* contribuem para a restrição da violência entre os beligerantes e para a contenção da extensão dos conflitos, uma vez que direitos conferidos unilateralmente exigiriam a pronta intervenção de outros participantes da sociedade internacional em favor daquele

³⁶⁵ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 216.

³⁶⁶ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume II*, op.cit. p. 957.

³⁶⁷ Idem, p. 958.

³⁶⁸ “Para que a guerra seja legítima nesse sentido, não basta que seja feita de parte e outra entre os poderes soberanos. Torna-se necessário, como dissemos, que seja decretada publicamente e mesmo que seja decretada publicamente de tal maneira que a declaração seja feita por uma das partes à outra”. Idem, p. 1074.

³⁶⁹ Idem, p.1083.

considerado justo. Provocaria, por conseguinte, a formação de alianças e a proliferação da guerra³⁷⁰.

GROTIUS estabelece nos *Prolegômenos de O Direito da Guerra e da Paz* as relevantes razões que o levaram a escrever sobre o tema da guerra:

Estou convencido, pelas considerações que acabo de expor, que existe um direito comum a todos os povos e que serve para a guerra e na guerra. Por isso tive numerosas e graves razões para me determinar a escrever sobre o assunto. Via no universo cristão uma leviandade com relação à guerra que teria deixado envergonhadas as próprias nações bárbaras. Por causas fúteis ou mesmo sem motivo se corria às armas e, quando já com ela às mãos, não se observava mais respeito algum para com o direito divino nem para com o direito humano, como se, pela força de um edito, o furor tivesse desencadeado sobre todos os crimes³⁷¹.

A partir daí, o jurista deriva dois objetivos principais de sua obra. Primeiramente, na esteira de VITÓRIA, recomenda cautela aos soberanos e às nações no que diz respeito ao uso da força armada, devendo-se privilegiar os meios pacíficos de resolução de controvérsias, tais como o compromisso e a arbitragem. Uma guerra somente deveria ser travada se articulada de acordo com bem fundadas razões de justiça. Por último, GROTIUS procura demonstrar a existência de leis reguladoras da guerra cujos fins seriam primordialmente a sua humanização dos meios de travá-la, a limitação de seus efeitos malévolos e a restrição tanto de seu tempo de duração como de seu âmbito territorial³⁷².

Com esta sofisticada construção teórica, GROTIUS obteve grande influência entre juristas e líderes políticos até os fins do século XVIII, época na qual ocorreu a decadência de toda a Escola do Direito Natural³⁷³. Por conseguinte, deu-se espaço à ascensão do positivismo jurídico, cuja rígida separação entre Direito e Moral influenciou o voluntarismo no âmbito do Direito Internacional, o que terminou por ocasionar uma queda no prestígio grociano e de toda a tradição da teoria da guerra justa.

³⁷⁰ GUIMARÃES, Hilton Catanzaro. *Um Estudo Jurídico-Filosófico da “Teoria do Bellum Justum” nas concepções Decisionista e Intellectualista e na Síntese Grociana*, op.cit. p. 70.

³⁷¹ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume I*, op.cit. p. 51.

³⁷² GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op. cit. p. 218.

³⁷³ SCHIEDERMAIR, Hartmut. *The influence of Grotius’ thought on the ius naturale school. Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius*. In: *Recueil des Cours - Académie de Droit International*, op.cit. p. 410.

Esta inserção do voluntarismo positivista na transição da crise da teoria da guerra justa pode ser localizada na obra de VATTEL.

Emmer de VATTEL é comumente considerado o derradeiro representante da tradição da teoria da guerra justa. Assim o faz Immanuel KANT, no *Tratado Filosófico da Paz Perpétua*, ao qualificá-lo como um dos “incômodos consoladores” cujas concepções de justiça da guerra (*ius ad bellum*) e na guerra (*ius in bello*) fracassaram de modo clamoroso tanto na contenção dos conflitos como na sua humanização³⁷⁴. Por meio da elaboração de sua obra máxima *O Direito das Gentes*, VATTEL alcançou enorme influência entre internacionalistas, diplomatas e tribunais até a parte final do século XIX³⁷⁵. Vicente MAROTTA RANGEL assinala, nesse sentido, a grande importância de *O Direito das Gentes* quando afirma que sua publicação eclipsou o *De Jure Belli Ac Pacis* de Hugo GROTIUS, tornando-se “uma das principais obras escritas no século XVIII”³⁷⁶ em qualquer que fosse a área do conhecimento.

Uma das contribuições mais relevantes e originais de Emer de VATTEL foi a sua rejeição à idéia de uma comunidade universal estabelecida sobre a fé cristã (tradição tomista) ou sobre a razão (GROTIUS) e a conseqüente defesa da noção de uma sociedade contratualmente regulada por Estados soberanos iguais. O autor traz como premissa a analogia do estado de natureza, de influência hobbesiana, para as relações internacionais. Os Estados situam-se em estado de natureza e gradualmente se reúnem por meio do contrato social, que para seu mestre, Christian WOLFF, acabaria por resultar na formação da *civitas maxima*, ficção com a qual VATTEL discorda por considerá-la não razoável e por acreditar na prevalência da soberania dos Estados³⁷⁷. Isto acarreta a fragilização do fundamento *objetivo* do Direito Internacional Público, uma vez que os Estados se constituem nos exclusivos juízes de seus próprios atos,

³⁷⁴ KANT, Immanuel. *A Paz perpétua – Um projeto filosófico*. In: *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 133.

³⁷⁵ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, op. cit. p. 112.

³⁷⁶ MAROTTA RANGEL, Vicente. *Prefácio*. In: *O Direito das Gentes* (aut. Emmer de Vattel). Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora UNB, 2004, p. xvii; CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-moderno*, op.cit. pp. 710-711.

³⁷⁷ TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and International Order From Grotius to Kant*, op.cit. p. 192; MAROTTA RANGEL, Vicente. *Prefácio*. In: *O Direito das Gentes* (aut. Emmer de Vattel). Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora UNB, 2004, p. LV. Vicente MAROTTA RANGEL equivocadamente reputa a VATTEL também a defesa da idéia de *civitas maxima*.

deveres e direitos. Abraça-se, então, a igualdade soberana dos Estados, que no âmbito da guerra resulta na aceitação de sua legitimidade, a despeito das causas, contanto que as formas sejam obedecidas³⁷⁸.

VATTEL é o primeiro dos grandes teóricos do Direito das Gentes Clássico a não conferir um papel de suprema importância ao direito natural em sua obra – e isto o afasta de GROTIUS e de seu sofisticado edifício teórico de Direito Internacional baseado no direito natural racionalmente estabelecido. Por outro lado, como nota Vicente MAROTTA RANGEL, VATTEL opõe-se à redução do Direito das Gentes ao Direito positivo, porque além de acarretar na sua restrição a contornos muito estreitos, poderia degradá-lo pelo desconhecimento de sua real origem³⁷⁹. Mas esta defesa dualista do *Direito das Gentes*, como reconhece o próprio MAROTTA RANGEL, resume-se, em efeitos práticos, à mera retórica:

A defesa dessa dualidade de direitos, positivo e natural, bastante meritória, acaba, todavia, por desfazer-se, no curso das lições do tratado, ao se levar em conta uma certa depreciação que Vattel formula sobre a essência do direito natural. Para ele, esse direito vincula os homens antes que ingressem na sociedade civil, a qual, uma vez constituída, passa a adquirir personalidade jurídica própria e a condicionar e limitar os direitos possuídos pelos homens na natureza³⁸⁰.

Como nenhum de seus antecessores, VATTEL constrói a passagem para a predominância do positivismo jurídico³⁸¹.

VATTEL apresenta-se, com efeito, como um autor de transição entre o direito natural e o positivismo jurídico voluntarista³⁸² ao distanciar Moral e Direito, retirar a importância da justiça das causas das guerras e atribuir uma muito superior importância às normas de *jus in bello* como postura teórica de quem já constata as dificuldades de regulação jurídica do voluntarismo estatal. Ele não chega a rejeitar abertamente a noção de guerra justa, mas reduz ao extremo o seu alcance, definindo-a em critérios puramente

³⁷⁸ CASELLA, Paulo Borba. Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno, op.cit. p. 712.

³⁷⁹ MAROTTA RANGEL, Vicente. *Prefácio*. In: *O Direito das Gentes* (aut. Emmer de Vattel). Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora UNB, 2004, p. LXVI.

³⁸⁰ MAROTTA RANGEL, Vicente. *Prefácio*. In: *O Direito das Gentes*, op.cit. p. LXVI.

³⁸¹ BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*, op.cit. p. 81.

³⁸² DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET. *Direito Internacional Público*, op.cit, pp. 56, 58-61.

formais³⁸³. As normas jurídicas internacionais devem enfatizar a regulação dos efeitos das condutas nos conflitos bélicos, e não as suas causas, o que constitui uma porta de entrada para uma concepção de Direito Internacional Público tolerante com o voluntarismo, cujo ápice se encontra na formulação hegeliana belicista do Direito Público Externo, refletida na *realpolitik* de Bismarck. Antonio TRUYOL y SERRA observa, neste sentido, que Emer de VATTEL foi o principal aplicador no Direito Internacional Público da noção de soberania absoluta desenvolvida por HOBBS, ESPINOSA e HEGEL, cujas conseqüências foram nefastas para a disciplina ao trazer a noção do “primado absoluto do interesse nacional exclusivo”. TRUYOL y SERRA a denomina de “maquiavelismo internacional”, cujo resultado foi a geração da teoria da *razão de Estado*³⁸⁴.

VATTEL aproxima-se de GROTIUS ao conceber a sociedade internacional como uma sociedade composta por Estados soberanos – dotados da capacidade de autogoverno e de independência em relação aos demais Estados – e ao deduzir, a partir da soberania, a igualdade entre eles. Mas as semelhanças cessam neste ponto, pois VATTEL adere à idéia e à prática da soberania absoluta, em que o Estado possui o direito de decidir sozinho sobre sua conduta no cumprimento dos deveres internacionais, aquilo que pode ou não perpetrar com justiça. Se qualquer Estado intervém na decisão de outro sobre a justiça de sua conduta, julgando-o, atenta contra a sua liberdade e golpeia seus mais valiosos direitos³⁸⁵.

Insero no contexto ideológico laico e racionalista do Iluminismo, VATTEL remove definitivamente de sua obra as reminiscências da concepção moral cristã e das autoridades teológicas. Ademais, reputa inconveniente e desnecessário o método excessivamente abstrato utilizado por seus predecessores – e em especial, GROTIUS,

³⁸³ Idem p. 953.

³⁸⁴ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*. Tradução de R. Ehrhardt Soares. Coimbra: Arménio editor, 1952, p. 87.

³⁸⁵ “Sendo as Nações livres e independentes, são elas obrigadas a se conformar com as ações de uma delas, embora ilegítimas e condenáveis segundo as leis da consciência, desde que estas ações não infringam direitos perfeitos das mesmas, A liberdade dessa Nação não permaneceria completa se as demais Nações se arrogassem o direito de inspecionar-lhes a conduta: o que seria contrário à lei natural, que declara toda Nação livre e independente das demais”. VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 4.

que elevou ao máximo a construção de seu sistema racional e abstrato – a partir do qual são feitas deduções de princípios gerais.

Mas isto não quer dizer, como já visto, que o autor abandone *completamente* o paradigma do Direito Natural construído por estes mesmos precursores, como GROTIUS. Denomina, por sua vez, de *direito das gentes necessário* aquele “direito das gentes que consiste na aplicação do direito natural às Nações”. É *necessário* porque as Nações lhe devem obediência; mas esta se resume somente ao plano das consciências dos soberanos³⁸⁶. Com efeito, as opiniões de VATTEL expostas nessa obra são freqüentemente defendidas com base na prática estatal, o que a tornou especialmente útil para líderes políticos, diplomatas e operadores do Direito da época. Além desta razão justificativa do sucesso obtido nos meios políticos e jurídicos, podem-se apontar outras, dentre as quais se destaca a absorção empreendida pelo autor da doutrina liberal da política e a sua conseqüente aplicação às relações entre os Estados³⁸⁷.

Para VATTEL, cada Estado pode apreciar por si mesmo as exigências do direito natural em cada situação. Como o direito natural racionalmente deduzido é uma noção subjetiva, permite-se aos Estados soberanos conflitar uns com os outros. Mas os conflitos causam insegurança, os Estados criam o direito internacional voluntário para dar uma forma aceitável consensualmente ao direito natural. Ao contrário de GROTIUS, que submetia hierarquicamente o direito voluntário ao direito natural, VATTEL deixa claro estar aberta a possibilidade de o direito voluntário alterar o direito natural para facilitar o consenso. Os Estados têm a faculdade de interpretar soberanamente o direito natural; a vontade soberana não lhe é vinculada. VATTEL é adepto do voluntarismo integral³⁸⁸.

Emmer de VATTEL distingue-se de GROTIUS e do restante da tradição da *Escola de Direito Natural* no Direito Internacional Público na medida em que “introduz separação mais nítida entre direito natural e direito positivo, entre moral e direito,

³⁸⁶ VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 3.

³⁸⁷ “The First Book of the work directs the State’s duties towards itself and reads in fact like an extended theory of the liberal State. Political power and economic organization are justified exclusively as functions for the needs and wills of the citizens”. KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, op. cit. p. 112.

³⁸⁸ VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*, op.cit. pp. 7-12; 191-205; DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 59.

contribuindo, de certo modo, para o fortalecimento do voluntarismo jurídico, que até hoje tem infelizmente persistido”³⁸⁹. De fato, ao priorizar o foco na soberania estatal absoluta e nas relações entre os Estados de tal modo que estes assumam o papel de únicos juízes de seus atos nas relações internacionais – de seus direitos e deveres –, VATTEL acaba por enfraquecer o fundamento *objetivo* do Direito Internacional, que talvez tenha sido a maior contribuição de GROTIUS³⁹⁰. A sua defesa da igualdade soberana dos Estados e de seu corolário, o dever de não-intervenção, da neutralidade e da *balança de poder* como critérios ordenadores das relações internacionais traz conseqüências no campo da teoria da guerra justa, pois torna “legítima a guerra entre iguais, desde que as formas devidas tenham sido observadas, independentemente das causas”³⁹¹.

VATTEL continua, na esteira da tradição, a elaborar algumas considerações acerca de causas justas e injustas para a guerra no capítulo três do Livro III de *O Direito das Gentes*³⁹².

VATTEL acompanha GROTIUS ao afirmar que o direito de fazer a guerra – a *justa causa* para usar a força – compete às nações para a defesa e para a manutenção de seus direitos. Se alguma outra nação os viola ou está em vias de consumir a violação, pratica injúria, a causa de toda guerra justa. Desse modo, os dois autores compartilham a noção de que um Estado também pode defender-se antecipando a injúria “em vias de ser consumada”³⁹³. Por outro lado, para VATTEL, as guerras são injustas quando as Nações as perpetram sem receber qualquer injúria ou não estejam ameaçadas de recebê-la³⁹⁴.

³⁸⁹ MAROTTA RANGEL, Vicente. *Prefácio*. In: *O Direito das Gentes*, op. cit. p. lvi.

³⁹⁰ CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-moderno*, op.cit. pp. 712. A própria definição de guerra de VATTEL traz um tom claramente voluntarista: “A guerra é esse estado em que se persegue o seu direito pela força” VATTEL, Emmer de. *O Direito das Gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, pp. 407.

³⁹¹ CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-moderno*, op.cit. pp. 710-711. “El principio de la igualdad jurídica de los Estados hace imposible la discriminación entre el Estado que libra una guerra estatal justa y aquel que libra una guerra estatal injusta, pues em outro caso, um soberano convertiría em juez sobre El outro, lo qual estaria em contradicción a la igualdad jurídica de los soberanos”. SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europeum*, op.cit. p. 195.

³⁹² VATTEL, Emmer de. *O Direito das Gentes*, op. cit. pp. 420-437.

³⁹³ Idem, p. 421.

³⁹⁴ Idem, pp. 421-422.

VATTEL não deixa de traçar outros critérios formais e substanciais do *jus ad bellum* da teoria da guerra justa tradicional também presentes na concepção de GROTIUS. Concorde, de fato, com a premissa grociana de que o *jus ad bellum* era em parte um requisito largamente procedimental, que exigia a satisfação dos requisitos da autoridade competente – os Estados soberanos – e uma prévia declaração de guerra, como sinal de “respeito à humanidade, e acima de tudo ao sangue e tranqüilidade dos cidadãos”³⁹⁵. Assevera, ademais, que a guerra deve ser o último recurso, aplicado quando todos os outros sucumbirem porque “os caminhos da força são um expediente triste e infeliz contra aqueles que desprezam a justiça e se recusam a ouvir a razão”³⁹⁶.

VATTEL, assim como GROTIUS³⁹⁷, também elabora sua concepção secularizada do clássico critério da *intenção reta*. Todavia, diferem sobre as distinções entre os dois tipos razões que podem determinar uma guerra.

GROTIUS distingue-os em causas justificativas e causas persuasórias. As primeiras decorrem dos princípios de justiça, de injúrias recebidas; as segundas do interesse; tendem a aconselhar. As guerras fundadas nas causas persuasórias, mas não sobre as causas justificativas são consideradas por GROTIUS “guerras de piratas”, injustas. Guerras com causas quase justificativas, com falsa aparência de justiça se ponderadas pela *reta razão*, são também consideradas injustas. Um dos exemplos dados pelo autor é o das guerras fundadas em um temor incerto em relação a uma potência vizinha. Não admite a guerras de defesa somente para diminuir o poder do vizinho. Para que a defesa seja justa deve ser necessária; somente a diferença de poder não é causa de uma guerra justa. GROTIUS critica com veemência a asserção de GENTILI em favor de guerras justificadas com base no *equilíbrio do poder*, em que se pode “tomar livremente em armas para refrear uma potência que se desenvolve e que, depois de se estender demasiado poderia tornar-se prejudicial”³⁹⁸. GENTILI denomina tais guerras

³⁹⁵ Idem, p. 439; BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*, op.cit. p. 80.

³⁹⁶ VATTEL, Emmer de. *O Direito das Gentes*, op. cit. p. 421.

³⁹⁷ “Deve-se observar também que ocorre muitas vezes que a causa da guerra é justa, mas que a execução se torna viciada pela intenção daquele que a empreende, seja porque se determina antes e mais particularmente em vista de alguma outra coisa que não é ilícita em si mesma, a não ser pela consideração de seu direito, como o desejo da glória ou alguma vantagem privada ou pública que espera da guerra, independentemente da razão justificativa, seja porque se encontra nela uma paixão de todo ilícita, como a alegria daquele que se compraz na infelicidade de outrem, sem ter em vista o bem”. GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume I*, op. cit. p. 939.

³⁹⁸ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume I*, op.cit. p. 305.

de *defesa útil*³⁹⁹, cuja conseqüência mais relevante, já apontada por nós, é a clara aproximação da teoria da guerra justa com a teoria da *razão de Estado*. Como se verá, a crítica de GROTIUS seria igualmente aplicada a VATTEL.

VATTEL diferencia-os em *razões justificadas* e *motivos*. Os primeiros baseiam-se no direito de se fazer a guerra; os segundos, nos critérios de utilidade e conveniência⁴⁰⁰. Os *motivos honestos* relacionam-se “com o bem do Estado, com a segurança e benefício comum dos cidadãos”⁴⁰¹. Tais motivos possibilitam justificar guerras preventivas em face do temor causado pelo crescimento do poder de potências vizinhas, do rompimento do *equilíbrio do poder*, “uma disposição das cousas, por meio da qual nenhuma potência vizinha se encontra em condições de predominar absolutamente e de impor as leis às demais”⁴⁰². É um argumento que acaba por servir à *razão de Estado*.

A argumentação favorável à *balança de poder* adquiriu grande força entre os teóricos e políticos europeus do século XVIII, entre os quais o próprio VATTEL. O liberalismo político transposto por este autor para as relações internacionais tinha como modelo de agente moral independente o Estado pós-Renascentista. Conforme leciona Richard TUCK, o liberalismo vatteliano possui uma espécie de violência que remete à política beligerante do período Renascentista, no qual se ligavam estreitamente a guerra – seja interna ou internacional – e a liberdade⁴⁰³. Quando VATTEL ampara guerras preventivas em vista da busca da segurança do Estado e da manutenção do equilíbrio político⁴⁰⁴, evoca a concepção *humanista* de GENTILI da tradição da teoria da guerra justa.

³⁹⁹ “A defesa útil é a que ocorre quando fazemos guerra por temor que, não a fazendo, outro faça por nós”. GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*, op.cit. p. 123.

⁴⁰⁰ VATTEL, Emmer de. *O Direito das Gentes*, op. cit. p. 421.

⁴⁰¹ VATTEL, Emmer de. *O Direito das Gentes*, op. cit. p. 423.

⁴⁰² Idem, pp. 429-430, 435.

⁴⁰³ TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*, op.cit. pp. 195-196.

⁴⁰⁴ “Enfim, não se põe em dúvida que essa potência temível engendra projetos de opressão e de conquista, se ela trai os seus desígnios por preparativos e demais procedimentos, as demais potências têm o direito de se precaverem contra ela e, se a sorte das armas lhes for favorável, cabe-lhes aproveitarem a feliz ocasião para enfraquecer e conter uma potência demasiado contrária ao equilíbrio e temível à liberdade comum”. VATTEL, Emmer de. *O Direito das Gentes*, op. cit. p. 437.

VATTEL, ademais, foi um dos pioneiros – ao lado de seu mestre Christian WOLFF – na elaboração do princípio da não-intervenção nas relações internacionais como decorrência de seu elogio da soberania:

§ 37: NENHUMA POTÊNCIA ESTRANGEIRA TEM O DIREITO DE INGERÊNCIA: Enfim, todas essas cousas não interessam senão à nação. Nenhum poder estrangeiro tem o direito de nelas se envolver, nem deve nelas intervir a não ser por bons officios, salvo se para tanto for solicitado ou razões especiais o demandem. Se uma Nação interfere nos assuntos domésticos de outra, se pretende constringer-lhes as deliberações, ela está a cometer-lhe ato sem sustentação jurídica⁴⁰⁵.

VATTEL critica, neste sentido, o apoio de GROTIUS às guerras punitivas contra nações que violam gravemente o direito natural. Uma nação, embora tenha a obrigação de estimular o aperfeiçoamento das outras, não possui o direito de impô-las por meio da força o oferecimento da ajuda, já que elas são livres e independentes, não existindo autoridade capaz de compeli-las a isto. Ele observa que este tipo de justificação foi utilizado pelas nações européias nas guerras contra as nações americanas para *civilizá-las* e submetê-las à religião cristã. Surpreende-se pelo fato de que GROTIUS tenha incidido no erro de sustentar um direito de o soberano punir transgressões que não violam nem seu direito nem a sua segurança. Para o autor de *O Direito das Gentes*, o direito de punir resulta exclusivamente do direito de segurança – e não do direito natural anterior à formação dos próprios Estados, como sustentou GROTIUS⁴⁰⁶.

VATTEL termina sua crítica ao se perguntar se um homem tão sábio como GROTIUS não percebeu que tais guerras punitivas poderiam possibilitar a criação de *pretextos*⁴⁰⁷ para a satisfação de toda sorte de fanatismo e ambição⁴⁰⁸. De fato, pode-se considerar esta última observação de VATTEL como uma das mais pertinentes críticas, ainda nos dias atuais, a certas defesas teóricas das intervenções humanitárias como

⁴⁰⁵ Idem, p. 31.

⁴⁰⁶ VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*, op.cit. p. 197; GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume II.* op. cit. p. 854; CHESTERMAN, Simon. *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law.* Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 18.

⁴⁰⁷ Em *O Direito das Gentes*, os pretextos são “as razões que são dadas como justificativas, e das quais têm senão a aparência, ou que são mesmo destituídas de fundamento. Mas pode-se também chamar pretextos, razões realmente verdadeiras em si mesmas e fundamentadas, mas que, não sendo de importância suficiente para justificar a guerra, são apontadas somente para acobertar propósitos ambiciosos ou algum outro motivo vicioso”. VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*, op.cit. p. 424.

⁴⁰⁸ Idem, p.197.

escusas para o colonialismo ou para o imperialismo, incomodamente freqüentes na doutrina jurídica internacionalista do fim do século XIX, e por este motivo criticadas por Martti KOSKENNIEMI em *The Gentle Civilizer of Nations*⁴⁰⁹.

Todavia – e aqui também se abre uma divergência com GROTIUS – VATTEL ampara o direito dos súditos de resistirem aos soberanos em casos excepcionais. A natureza da soberania e o próprio bem do Estado não autorizam que cidadãos se oponham a ordens injustas suportáveis, pois isto poderia desembocar no retorno do estado de natureza, no qual é impossível governar (“as injustiças suportáveis devem ser sacrificadas pela paz e bem-estar do Estado em favor das grandes vantagens que são obtidas da sociedade”⁴¹⁰). As injúrias devem ser cruéis e evidentes, quando atentam contra a vida dos súditos e contra os meios imprescindíveis à sua subsistência. O zelo à nossa própria sobrevivência consiste em uma obrigação imposta pela natureza a que nenhum homem pode renunciar de modo absoluto. O príncipe responsável por tais condutas atroztes é destituído de sua autoridade e reputado como um inimigo violento e injusto contra o qual se permite a defesa. Já para GROTIUS este direito dos súditos é meramente hipotético⁴¹¹. Veda, ademais, o direito dos súditos tomarem armas contra os soberanos, a não ser quando reconhecido por outros Estados, que agem fundados na solidariedade⁴¹²

Logo após estabelecer uma regra geral de que os soberanos não podem tomar-se como juízes das condutas de outros soberanos⁴¹³, VATTEL excepciona-a em um caso

⁴⁰⁹ KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and the Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 121-148.

⁴¹⁰ VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*, op.cit. p. 43.

⁴¹¹ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz – Volume 1*, op.cit. p. 250.

⁴¹² “É verdade que todos os homens têm naturalmente, como já citado, o direito de resistir para rechaçar a injúria que lhes é feita. A sociedade civil, porém, tendo sido estabelecida para manter a tranqüilidade, o Estado adquire primeiramente sobre nós e sobre o que nos pertence, uma espécie de direito superior, porquanto isso é necessário para esse fim. O Estado pode, pois, para o bem da paz pública e da ordem, interditar esse direito comum de resistência. Não se deve duvidar que não o tenha previsto, uma vez que não poderia de outra forma atingir a sua finalidade. Se esse direito de resistir subsistisse em cada cidadão privado, não teríamos mais uma sociedade civil. Seria uma multidão desordenada semelhante à dos Ciclopes”. GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz – Volume 1*, op.cit. p. 234. CHESTERMAN, Simon. *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, op.cit. p. 18.

⁴¹³ “Não compete, pois, a nenhuma potência estrangeira tomar conhecimento da administração do soberano, erigir-se em juiz de sua conduta e forçá-lo a fazer qualquer mudança na sua administração. Se ele sobrecarrega os súditos com impostos, se os trata com severidade, é assunto da nação; nenhuma outra é chamada a corrigir a conduta do soberano, a forçá-lo a seguir princípios mais equitativos e sábios. Cabe

particular. Se a tirania de um príncipe proporciona a causa legítima da resistência de seus súditos, todo Estado estrangeiro possui o direito, fundado na generosidade, de socorrer o povo oprimido que clama por ajuda”⁴¹⁴. O jurista suíço assinala que tais tiranos são monstros, animais ferozes que “todo homem corajoso pode com justiça excluir da terra”⁴¹⁵. Assim como GROTIUS, VATTEL demarca a fronteira a qual o soberano não pode extrapolar sem que haja uma guerra justa⁴¹⁶.

Quanto ao recorrente tema da guerra justa para ambas as partes, VATTEL comunga no essencial das mesmas opiniões que GROTIUS, tanto na justiça dita objetiva e da subjetiva. Uma guerra não pode ser justa objetivamente para ambos os lados quando alguém alega o sofrimento de uma injúria e a outra parte o nega, porque nas disputas sobre a verdade de uma proposição é impossível a validade simultânea de duas respostas opostas. Como os Estados são soberanos e iguais, sendo-lhes, conseqüentemente, vedado erigirem-se juízes da conduta uns dos outros, de acordo com o princípio da não-intervenção, nos casos de existência de dúvida quanto à causa da guerra, as duas partes do conflito são consideradas legítimas ao menos relativamente aos efeitos de direito exteriores, até que haja uma decisão sobre a causa. Mas a independência das nações não impede, por outro lado, que, em primeiro lugar, o Estado perpetrador de uma guerra injusta seja de fato reputado culpado, nem que as outras nações apreciem o caso e ajudem aquele Estado que em sua opinião esteja a razão. Se, porventura, um Estado guerreia com outro por um equívoco incontornável – a mesma *ignorantia invencibilis* defendida por VITÓRIA e seguida por GROTIUS⁴¹⁷ – é subjetivamente justo.

Para Carl SCHMITT, a menção de VATTEL à justiça das causas dos conflitos bélicos nada mais é do que um lugar comum, um *topos* vazio sem maior relevância e de corriqueira utilização entre diversos autores do século XVIII⁴¹⁸. Para o publicista alemão os argumentos de VATTEL nada mais são do que puro exercício de retórica, pois o importante para este é a concepção de uma guerra interestatal como justa em

à prudência identificar as ocasiões em que se lhe possa fazer representações oficiosas e amigáveis”. VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*, op.cit. p. 223.

⁴¹⁴ VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*, op.cit. p. 223.

⁴¹⁵ Idem, p. 224.

⁴¹⁶ AMARAL JR, Alberto. *Direito de Assistência Humanitária*, op.cit. p. 61.

⁴¹⁷ VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*, op.cit. p. 428.

⁴¹⁸ SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, op.cit. p. 194.

todos os seus efeitos legais para ambos os lados sem maiores perquirições acerca da justiça de suas causas⁴¹⁹.

VATTEL passa a desenvolver mais profundamente a procedimentalização e a formalização das *leis na guerra* – daquilo que é ou não permitido fazer em um combate. Procede à distinção entre o *ius ad bellum* – referente às causas justas – e o *ius in bello* – referente aos procedimentos justos – para colocar o primeiro no nível da consciência dos soberanos e o último sob a égide do Direito Positivo, ao qual ele confere proeminência dentro de seu sistema. Em outras palavras, a causa justa somente seria examinada no que diz respeito à consciência dos soberanos, enquanto os meios de promoção da guerra seriam objeto do Direito das Gentes voluntário – ou Direito Internacional positivo. A justiça da guerra reduz-se à forma.⁴²⁰ E disto decorre – juntamente com a sua concepção de igualdade soberana das nações – a importância conferida pelo jurista suíço à neutralidade, que consiste no procedimento de abstenção de terceiros tanto no que se refere ao julgamento das *causas justas* de uma guerra entre outros Estados – se esta cumpre os requisitos da forma *regulamentada* – como quanto a uma possível intervenção no conflito para auxiliar uma das partes⁴²¹. Portanto, não existe um juiz acima das nações com autoridade para resolver esses conflitos bélicos interestatais.

Em última análise, VATTEL representou a transição da teoria da guerra justa decadente, cujas preocupações migraram do *jus ad bellum* para quase que exclusivamente regular o *jus in bello*, em direção ao voluntarismo positivista descrente quanto às *causas justas* da guerra, de modo que toda guerra seria lícita por consistir em uma prerrogativa soberana⁴²². Ao Direito Público Europeu caberia somente regular a

⁴¹⁹ Idem, Ibidem.

⁴²⁰ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, op. cit. p. 119. “E como é possível que uma ou outra parte tenha razão, e como consequência da independência das Nações, ninguém pode decidir a respeito, a condição dos dois inimigos é a mesma, enquanto a guerra perdurar. Assim, quando uma Nação ou um soberano declarou guerra a outro soberano por causa de uma controvérsia existente entre eles, essa guerra é o que se chama entre as Nações de uma guerra legítima e formal e, como iremos mostrar detalhadamente, os efeitos dela são os mesmos para ambas as partes em virtude do direito das gentes voluntário, independentemente da justiça da causa”. VATTEL, Emmer de. *O Direito das Gentes*, op.cit. p. 447; ELBE, Joachim Von. *The evolution of the concept of the Just war in international law*. In: *American Journal of International Law*, op.cit. pp. 682-683.

⁴²¹ VATTEL, Emmer de. *O Direito das Gentes*, op.cit. p. 463 e ss.

⁴²² Eis um exemplo patente da defesa de VATTEL do voluntarismo estatal absoluto, a expressão jurídica da teoria da razão de Estado: “Em consequência dessa liberdade e independência, conclui-se que

conduta durante a guerra. De fato, a decadência da teoria da guerra justa, ao sustentar o voluntarismo, ensejou a sua própria exclusão do Direito Internacional Público no século XIX.

A tradição da teoria da guerra justa percorreu, de fato, um caminho cujo início valoriza sobremaneira a justiça das causas da guerra e cujo término relega tais *causas justas* a um plano inferior de importância enquanto preponderaram as preocupações acerca das *leis na guerra (ius in bello)* em um contexto de decadência do paradigma do Direito Internacional Público baseado no Direito Natural e da conseqüente ascensão do paradigma positivista, no qual questões sobre a justiça das causas das guerras (*ius ad bellum*) é descartada (exceto no plano da retórica dos estadistas, que sempre procuram justificar e determinar a justeza de suas condutas, por mais violentas e imperialistas que sejam suas políticas externas).

A principal conseqüência de tais considerações teóricas consistiu em um estímulo ao voluntarismo estatal que iria crescer significativamente no século XIX, a partir, notadamente, do advento do positivismo jurídico também no Direito Internacional Público, erodindo as bases da teoria da guerra justa. As guerras ou eram consideradas legais, uma extensão das prerrogativas soberania estatal, ou eram consideradas fenômenos fora do âmbito de aplicação do Direito, extralegais. A legalidade das guerras de agressão era a concepção predominante. As razões de Estado passaram a ser legitimadas juridicamente⁴²³.

Após as perdas humanas e os prejuízos materiais ocorridos em duas guerras mundiais, este voluntarismo juridicamente amparado retrocedeu. Mudanças profundas ocorreram no Direito Internacional Público, especialmente no campo de regulação dos conflitos armados internacionais. Criaram-se Organizações Internacionais de escopo universal ou quase-universal para regular a utilização da força armada. Inverteu-se o padrão de permissibilidade das guerras, que passaram a ser ilegais em princípio.

Tais mutações em relação ao enquadramento jurídico das guerras (da legalidade à ilegalidade) revelam, no entanto, o prosseguimento, na Carta da ONU, da

cabe a cada Nação decidir o que a consciência dela exige o que ela pode ou não, o que ela acha melhor fazer ou não fazer; e por conseguinte examinar e decidir que obrigações ela pode cumprir para com outras sem faltar ao dever consigo mesma". Idem, p. 7.

⁴²³ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 102-105.

separação entre Moral e Direito propugnada pelo positivismo jurídico. Não no sentido de que os valores não se incorporam à norma jurídica, mas no de que permanece o ceticismo quanto à possibilidade de avaliação da *justiça* das guerras, objeto de investigação da Filosofia Moral, da Filosofia Política e da Filosofia do Direito. O Direito Internacional Público contemporâneo resume-se a declarar as guerras como legais ou ilegais, e não mais justas e injustas. Estes juízos de valor são *vedados*. Para o desenvolvimento do trabalho, faz-se necessária, então, a análise, no próximo capítulo, do modelo atual e vigente de regulação jurídica do uso da força, estabelecido na Carta da ONU.

CAPÍTULO 2

O Direito Internacional Público Contemporâneo e o uso da força

A construção do modelo da Carta da ONU

2.1 O Pacto Briand-Kellogg: a proscrição da guerra nas relações internacionais

A tentativa de institucionalização da sociedade internacional e de regulação do uso da força com o Pacto da Liga das Nações – que viria posteriormente a fracassar – foi a mais significativa do Direito Internacional Público até então no sentido de conter as soberanias de um modelo anterior de positivismo contratual legitimador de uma *raison d'État* cujo resultado foi o advento da mais cruenta de todas as guerras, a Primeira Guerra Mundial. O pêndulo movido ao extremo na direção da liberdade ampla de guerrear volta-se ao outro, na tentativa de proscrever a guerra como política nacional dos Estados na resolução de disputas internacionais.

Embora o conhecimento do modelo da Liga seja importante para a disciplina, não será analisado neste trabalho. Deu-se preferência à análise mais direta do Pacto Briand-Kellogg e da Carta da ONU, porquanto se constituem nos dois documentos principais relativos à regulação do uso da força no Direito Internacional Público Contemporâneo.

Sob a influência Liga das Nações e diretamente inspirados pelas restrições ao recurso à guerra estabelecidas no Pacto da Liga, diversos tratados foram negociados e assinados: o Protocolo de Genebra para Solução de Controvérsias em 1924, os Tratados de Locarno de 1925. O Pacto de Paris, também muito conhecido como Pacto Briand-Kellogg, foi negociado fora do âmbito da Liga⁴²⁴.

⁴²⁴ Nome dado em razão dos estadistas francês e norte-americano responsáveis pela sua negociação.

O Pacto Briand-Kellogg era um Tratado Geral de Renúncia da Guerra e impunha aos Estados a sua renúncia como forma de ação, declarando-a ilegal como instrumento de política nacional dos Estados em suas relações internacionais e banindo-a como forma de autoajuda à disposição dos Estados— e este é o grande mérito do Pacto⁴²⁵. Estados Unidos e França, por meio dele, tentaram remover as deficiências mais explícitas do Pacto da Liga das Nações. Todavia, o Pacto Briand-Kellogg não foi muito efetivo, pois se havia uma disposição em tornar a guerra uma prática ilegal (a adesão de 63 partes contratantes entre 1928 e 1938 era até então um número recorde naquela época), não havia, em contrapartida, um sistema de coerção institucionalizado por uma Organização Internacional com a finalidade de impor os princípios do Pacto quanto à proibição da guerra⁴²⁶. Ademais, somente a modalidade de uso da força qualificada juridicamente como guerra havia sido proscrita⁴²⁷. As outras continuaram permitidas.

Os princípios do Pacto Briand-Kellogg primavam pela simplicidade. Estabeleciam que as partes, em nome de seus povos, condenavam a guerra como modo de solução de controvérsias e a sua utilização como instrumento de política nacional nas relações internacionais (art. 1º). Os conflitos deveriam ser resolvidos, por conseguinte, de forma pacífica (artigo 2º)⁴²⁸.

⁴²⁵ “*Persuadidos de que chegou o momento de se proceder a uma franca renúncia à guerra como instrumento de política nacional, a fim de que as relações pacíficas e amistosas atualmente existentes entre seus povos possam ser perpetuadas*”. *Tratado de Renúncia à Guerra – Pacto de Paris ou Briand-Kellogg*. In: *Legislação Internacional* (Org. Ricardo SEITENFUS), op.cit. p. 348. BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 255 – Académie de Droit International*. Hague: Martinus Nijhoff, 1995, p. 195.

HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica: uma revisão sobre o uso da força no direito internacional*, op.cit. p. 75; CASSESE, Antonio. *International Law in a Divided World*, op.cit. p.61.

⁴²⁶ CASSESE, Antonio. *International Law*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 37.

⁴²⁷ PEREIRA, Antônio Celso Alves. *O recurso à força e a legítima defesa no direito internacional contemporâneo*. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, PEREIRA, Antônio Celso Alves (coords.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 7-8.

⁴²⁸ “Art. 1º As Altas Partes Contratantes declaram solenemente, em nome dos respectivos povos, que condenam o recurso à guerra para a solução das controvérsias internacionais, e a ela renunciam como instrumento de política nacional em suas mútuas relações.

Art. 2º. As Altas Partes Contratantes reconhecem que o ajuste ou a solução de todas as controvérsias ou conflitos de qualquer natureza ou origem que se suscitem entre elas, nunca deverá ser procurado senão por meios pacíficos”. *Tratado de Renúncia à Guerra – Pacto de Paris ou Briand-Kellogg*. In: *Legislação Internacional* (Org. Ricardo SEITENFUS), op.cit. p. 350.

Mesmo que o Pacto considerasse a guerra um ilícito internacional e não tivesse estruturado um mecanismo de solução de controvérsias entre os Estados, havia nele, no entanto, uma idéia subjacente, embora precária, de um mecanismo multilateral no qual se estabelecia que o violador do Pacto não mais poderia usufruir a proteção que este instrumento legal lhe albergava, colocando-se como alvo de agressão de outros membros ou mesmo de uma coletividade de Estados⁴²⁹ – o que se assemelha ao atual conceito de legítima defesa coletiva estabelecido na Carta da ONU⁴³⁰. A própria simplicidade do Pacto não lhe permitia a função de alicerce possível de solução pacífica de controvérsias, nem de instrumento de garantia da segurança coletiva internacional. Como já se mencionou, foi negociado e assinado sob a vigência da Liga das Nações – embora fora dela e visando a corrigir suas falhas quanto à prevenção das guerras –, a Organização Internacional sobre cuja responsabilidade pesava a manutenção da paz e da segurança internacionais⁴³¹.

Por meio do Pacto Briand-Kellogg (ainda vigente e constituinte dos três principais diplomas regulatórios do Direito Internacional do Século XX quanto ao tratamento do uso da força, juntamente com o Pacto da Liga das Nações e a Carta da ONU, afastando a idéia de legalidade da guerra como um direito costumeiro, preponderante do século XIX e início do século XX⁴³²), o Direito Internacional Público evoluiu da noção do *jus ad bellum* para a de *jus contra bellum*, ou seja, do direito de guerra à sua condenação jurídica⁴³³.

Em virtude da não-extinção do Pacto Briand-Kellogg e de sua aceitação ampla, tem sido concebido como o veículo de um princípio ainda válido do Direito Internacional Público instituidor da proibição inequívoca do recurso à guerra nas

⁴²⁹ “Convencidos de que todas as mudanças nas suas mútuas relações só devem ser baseadas nos meios pacíficos e realizadas dentro da ordem e da paz e que toda Potência signatária, que, daqui em diante, procurar os interesses nacionais recorrendo à guerra, deverá ser privada dos benefícios do presente Tratado”. Idem, p. 348.

⁴³⁰ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 118-119.

⁴³¹ HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica: uma revisão sobre o uso da força no direito internacional*, op.cit. pp. 91-92.

⁴³² CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*, op.cit. pp. 1208-1209; CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 38.

⁴³³ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 118; PEREIRA, Antônio Celso Alves. In: *O recurso à força e a legítima defesa no direito internacional contemporâneo*, op.cit. p. 5.

relações entre os Estados como uma alternativa à solução de suas disputas⁴³⁴. Contudo, a guerra não foi proibida em todas as hipóteses. A leitura do texto do Pacto de Paris deve realizar-se, como lembra Ian BROWNLIE, de modo integrado com as reservas das Partes signatárias, pois estas, juntamente com a prática estatal subsequente, consubstanciam um padrão regulatório do uso da força reiterado no regime jurídico estabelecido pela Carta das Nações Unidas⁴³⁵. Se a legítima defesa não foi abordada em parte alguma do Pacto, a troca de correspondência entre os principais signatários anteriormente à sua assinatura deixou inequívoca a permanência do direito à legítima defesa, não atingido de qualquer modo⁴³⁶. Além disso, a guerra foi proibida somente entre as partes contratantes: entre as partes contratantes e as não-contratantes e entre as partes não-contratantes não se estendeu a proibição. E, por fim, não houve sua proibição como instrumento de política internacional, lacuna grave porque propiciaria a concretização de nefastas políticas imperialistas de ambições “universais”⁴³⁷.

2.2 Carta da ONU e o uso da força

2.2.1 Observações preliminares

A instabilidade internacional criada com as condições de paz humilhantes impostas às potências perdedoras da Primeira Guerra Mundial em 1918 tornou a eclosão de um conflito de gigantescas proporções apenas uma questão de tempo. A Primeira Grande Guerra não resolveu os impasses entre as potências que a possibilitaram, e as esperanças criadas com seu término – de um mundo pacífico e democrático sob os

⁴³⁴ SHAW, Malcolm N. *International Law*. Third Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 685.

⁴³⁵ BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 255 – *Académie de Droit International*, op.cit. p. 195.

⁴³⁶ Antonio CASSESE inclusive menciona a elaboração, por estes países, de uma construção bastante *liberal* deste direito de legítima defesa: “Thus, Britain stated that it included its right to defend ‘certain regions of the world, the welfare and integrity of which constitute a special and vital interest for our peace and security’. And the USA contended that self-defence embraced any action decided on by US Government to prevent an infringement of the Monroe Doctrine”. CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 37.

⁴³⁷ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 120.

auspícios da Liga das Nações e de um retorno da economia mundial ao período pré-guerra – foram frustradas⁴³⁸.

Os esforços de guerra levados ao paroxismo e a determinação de travá-la a qualquer custo refletem uma curva ascendente de barbarismo entre as duas guerras mundiais. Mas esta escalada de violência não ocorreu tão-somente pela liberação do potencial latente de crueldade e violência inerente ao ser humano, cuja expressão máxima ocorreu com as atrocidades sem paralelo perpetradas pelo totalitarismo nazista por meio da promoção de uma política de aniquilação de milhões de pessoas nos campos de concentração (e o aparato ideal para a instrumentalização de tal tipo de política, justamente por não se destinar a casos individuais, mas sim a um enorme número de pessoas anônimas, foi a câmara de gás⁴³⁹). Derivou muito também da democratização e da massificação das guerras, cujo ápice ocorreu justamente na Segunda Guerra Mundial, com 54 milhões de mortos e outros tantos milhões de feridos⁴⁴⁰.

O clima de ódio e vingança instaurado ao redor do mundo como seqüela das barbáries cometidas durante a Segunda Guerra tornou extremamente necessária a criação de uma nova ordem internacional. Esta necessidade refletiu-se no convencimento dos Estados, principalmente dos mais poderosos à época, da importância de sua concretização.

A Carta da Organização das Nações Unidas, o documento fundador desta nova ordem, cuja elaboração em 26 de junho de 1945 deu-se principalmente para “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra”⁴⁴¹, estabeleceu a criação de uma Organização Internacional de escopo genuinamente universal, assim como alguns

⁴³⁸ HOBBSAWM, Eric J. *Era dos Extremos: O breve século XX – 1914-1991*, op.cit. p. 59; CARR, Edward Hallett. *Vinte anos de crise – 1919-1939*, op.cit. pp. 43-44.

⁴³⁹ “Os campos são, neste sentido, o *locus* para a destruição fria e sistemática de corpos, estruturado para aniquilar a dignidade humana. Neles, seres humanos perfeitamente normais eram exterminados por homens perfeitamente normais, treinados para se tornarem perfeitos algozes. Esta destruição da individualidade e da espontaneidade só é possível, na sua inteireza, nos campos de concentração, que criam a sociedade dos que estão prestes a morrer. Esta, por sua vez, é a única forma de sociedade em que é possível dominar completamente o homem em todos os aspectos de sua vida, e, destarte, permitir a um regime totalitário alcançar a plenitude de suas aspirações”. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, op.cit. pp. 110-111.

⁴⁴⁰ HOBBSAWM, Eric J. *Era dos Extremos: O breve século XX – 1914-1991*, op.cit. p. 56.

⁴⁴¹ *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p.80.

princípios fundamentais de regência das relações internacionais, tais como a igualdade soberana de todos os Estados – art.2º (7) –, não mais restrita ao campo de atuação do antigo *jus publicum europaeum*; a não-intervenção, que representa justamente o dever correspondente à igualdade entre as soberanias estatais – art.2º (7) –; a interdição mais ampla e de alcance universal ao uso da força nas relações internacionais – art.2º (4) –; a solução pacífica de controvérsias – art.2º (3) –; a proteção dos direitos humanos – preâmbulo, art.1º (3) – e a autodeterminação dos povos – art. 1º (2)⁴⁴².

A Carta das Nações Unidas instituiu como propósito central da nova Organização a manutenção da paz e da segurança internacionais – art.1º (1) – devido à imposição pela Segunda Guerra Mundial de uma intensidade sem precedentes da tradicional confrontação entre o direito e a força, que, inerente a qualquer sociedade humana, é ainda mais acentuada nas relações internacionais por seu caráter anárquico⁴⁴³. Para a realização de tal propósito, estabeleceu tanto a proibição do uso da força nas relações internacionais, dirigida a todos os Estados e expressa no art. 2º (4) da Carta, como a autorização do uso da força coletiva, para evitar ameaças à paz e reprimir atos de agressão e de ruptura da paz, consubstanciada no capítulo VII da Carta, que trata das normas de segurança coletiva – de competência do Conselho de Segurança da Organização.

A Carta representa uma evolução incontestável do Direito Internacional Público quanto à igualdade dos Estados como sujeitos de Direito. No começo do século XX, a igualdade entre Estados era restrita aos círculos europeu continental e anglo-saxônico. Atualmente, a igualdade dos Estados perante o Direito Internacional não é mais restrito às nações cristãs ou européias nem às *civilizadas*; abarca todas as nações, independente da posição econômica ou política, desde que sejam pacíficas (*amantes da paz*).

Mas, apesar da centralidade da paz, este não é o único propósito da ONU. Diversos outros objetivos são instituídos na Carta, como o desenvolvimento das relações amistosas entre as nações – art. 1º (2) –, a cooperação internacional no sentido da resolução de problemas nos âmbitos econômico, social, humanitário e cultural, a

⁴⁴² GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op.cit. p. 645; CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 47.

⁴⁴³ “Plainly, maintenance of peace and security was the crucial goal of the new entity”. CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 320.

proteção internacional dos direitos humanos – art. 1º (3) e art. 55 –, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção ao meio ambiente⁴⁴⁴.

A realização de tais desígnios impôs a divisão da ONU em vários órgãos. Os principais são o Conselho de Segurança, a Assembleia Geral, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC), a Corte Internacional de Justiça (CIJ), o Conselho de Tutela e o Secretariado, chefiado pelo Secretário-Geral da entidade, como dispõe o artigo 7º da Carta⁴⁴⁵. Neste trabalho não serão analisadas pormenorizadamente as funções atribuídas a cada um destes órgãos. Por enquanto, serão mencionadas brevíssimas considerações acerca do Conselho de Segurança, da Assembleia Geral e da Corte Internacional de Justiça, cujas funções mais diretamente se relacionam à manutenção da paz e da segurança internacionais – e, desse modo, ao uso da força, cerne temático deste estudo.

A Assembleia Geral abrange todos os Estados membros da ONU, e cada um deles possui direito a um voto, em respeito ao princípio da igualdade soberana dos Estados disposto no artigo 2º (1) (artigos 9º e 18 da Carta da ONU). Foi-lhe conferida uma ampla gama de competências, como a discussão de quaisquer assuntos ou questões relativos à Carta e a elaboração de recomendações aos membros da ONU ou ao Conselho de Segurança em relação aos referidos assuntos (art. 10). As decisões em importantes assuntos⁴⁴⁶ são tomadas por maioria de dois terços de seus membros presentes e votantes (art. 18(2)); os outros assuntos são debatidos por maioria de dois terços, mas decididos pela maioria dos presentes (art. 18 (3))⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. pp. 80-81, 91; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 124.

⁴⁴⁵ *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 82. Em virtude da delimitação temática deste trabalho ao uso da força nas relações internacionais, as funções específicas de todos estes órgãos não serão pormenorizadas.

⁴⁴⁶ Tais questões compreendem “recomendações relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais, a eleição dos membros não permanentes do Conselho de Segurança, a eleição dos membros do Conselho Econômico e Social, a eleição dos membros do Conselho de Tutela, de acordo com o parágrafo 1, c do art. 86, à admissão de novos membros das Nações Unidas, a suspensão de direitos e privilégios dos membros; à expulsão de membros; questões referentes ao funcionamento do sistema de tutela e questões orçamentárias”. *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p.84.

⁴⁴⁷ *Idem*, pp. 81-84; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op.cit. p. 125; CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 321.

O Conselho de Segurança é o principal órgão da ONU responsável pela manutenção da paz e da segurança internacionais (art. 24 (1)). Compõe-se de 15 membros. Cinco deles são permanentes (Estados Unidos, União Soviética – posteriormente sucedida pela Rússia –, China, França e Reino Unido); os outros dez são não permanentes, eleitos para um mandato de dois anos pela Assembléia Geral, levando-se em conta, primeiramente, suas contribuições para a manutenção da paz e da segurança internacionais e para a realização de outros propósitos da Organização, assim como a distribuição geográfica equitativa (art. 23 (1) e (2) da Carta). Suas decisões acerca de matérias processuais e da escolha dos membros da Corte Internacional de Justiça são tomadas por maioria afirmativa de nove e oito membros, respectivamente (art.27 (1) da Carta e art. 10 (1) e (2) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça). Já as relativas a questões materiais devem também ser decididas por maioria afirmativa de nove membros, mas esta inclui necessariamente o voto afirmativo de todos os cinco membros permanentes (ou ao menos a abstenção de qualquer deles).

A Carta prevê, com efeito, o poder de veto aos membros permanentes do Conselho de Segurança, o que, por um lado, viola a igualdade soberana dos Estados, mas por outro, possibilitou a própria criação da própria ONU, pois refletiu a nova configuração de poder nas relações internacionais após a Segunda Guerra. De fato, a criação de uma organização internacional com os propósitos e o alcance da ONU dificilmente prosperaria sem uma prerrogativa como esta às cinco potências vencedoras do conflito⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ Outro exemplo da desigualdade jurídica resultante da disparidade de poder representada pelo Conselho de Segurança consiste na impossibilidade de a Assembléia Geral fazer recomendações relativas a controvérsias sobre paz e segurança internacionais quando o Conselho de Segurança estiver exercendo as funções a ele conferidas pela Carta (art. 12 (1) da Carta).

O jurista Hans J. MORGENTHAU desferiu, nesse sentido, duras críticas a esta distribuição de funções entre os dois principais órgãos da ONU. A Assembléia Geral pode, segundo a Carta da ONU, debater, investigar e fazer recomendações, mas não pode agir. E ainda mais, as recomendações são restringidas quando o Conselho estiver discutindo controvérsias relativas a suas funções estabelecidas pela Carta. Com tal mecanismo, permite-se que o Conselho de Segurança controle as funções da Assembléia Geral quando algum assunto político importante esteja em jogo. Isto transforma a Assembléia Geral em uma mera sociedade de debates que não possui o direito sequer de expressar sua opinião coletiva acerca de um assunto. O que intriga MORGENTHAU não é a predominância das grandes potências – relaciona, inclusive, os cinco membros permanentes do Conselho ao núcleo de uma Federação Mundial, constituindo uma espécie de uma nova *Santa Aliança* –, mas as oportunidades conferidas à Assembléia Geral para a exposição de sua fraqueza. Assinala, ademais, que a discricionariedade do Conselho de Segurança não seria grave se a Assembléia Geral constituísse um órgão consultivo de representação limitada; mas não é o que ocorre, já que é um órgão representativo de quase todos os Estados do mundo. O autor denominou isto de “monstruosidade constitucional”.

A Corte Internacional de Justiça, com sede na Haia, constitui-se no principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (art. 92 da Carta). A Corte compõe-se de quinze juízes eleitos pelo Conselho de Segurança (cujos membros permanentes não possuem poder de veto) e pela Assembléia Geral (art. 10 (1) e (2) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça). Somente os Estados podem ser partes perante a Corte (art. 93 (1) da Carta) e sua competência pode ser tanto relativa a questões consultivas⁴⁴⁹ como a contenciosas⁴⁵⁰.

A Corte assume grande relevância nas relações internacionais tanto pela importância institucional que lhe foi conferida pela Carta da ONU (já que é um dos cinco mais importantes órgãos das Nações Unidas), como pela proeminência de suas decisões dentro do sistema da Organização. O artigo 94 da Carta impõe que qualquer Estado deve conformar-se com a decisão da Corte nos casos em que for parte; se isto não ocorrer, a outra parte tem o direito de recorrer ao Conselho de Segurança, que, por sua vez, poderá fazer recomendações ou tomar as medidas necessárias ao cumprimento da sentença⁴⁵¹. Mas a importância da Corte quanto ao estabelecimento de fontes do direito internacional contemporâneo e sua permanência não tornam automática uma comparação dela com as cortes internas dos Estados. A jurisdição da Corte ainda guarda um forte teor arbitral, dependente da vontade estatal de submissão às suas decisões. Destaca-se, neste sentido, a “cláusula facultativa de jurisdição obrigatória”, estabelecida no artigo 36 (2) do Estatuto da Corte: “facultativa, porque os Estados têm a faculdade de adotá-la ou não, e obrigatória, porque estabelece a jurisdição obrigatória da CIJ para os Estados que a adotarem na forma prescrita”⁴⁵². Esta cláusula não possui grande adesão dos Estados (somente 52 aceitam a jurisdição obrigatória da Corte, dentre os quais se

MORGENTHAU, Hans Joachim. *A Política entre as nações – A luta pelo poder e pela paz*. Tradução de Oswaldo Biato. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, op.cit. pp. 868-869.

⁴⁴⁹ “Art. 96

1. A Assembléia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica.

2. Outros órgãos das Nações Unidas e entidades especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembléia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos da Corte sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades”. *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p.98

⁴⁵⁰ *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p.98; *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 103.

⁴⁵¹ *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p.98; SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 174.

⁴⁵² SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, op.cit. p. 175.

inclui somente um membro permanente do Conselho de Segurança, o Reino Unido, e se exclui o Brasil)⁴⁵³.

2.2.2 A proibição do uso da força nas relações internacionais [art. 2º (4) da Carta]

O artigo 2º(4) da Carta das Nações Unidas positiva o princípio central do Direito Internacional do pós-Segunda Guerra, o da vedação da ameaça ou do uso da força nas relações internacionais (excetuadas as situações em que atua o sistema de segurança coletiva da ONU e nas quais existe o direito de legítima defesa em resposta a agressões armadas, expressas, respectivamente, nos artigos 42 e 51 da Carta)⁴⁵⁴. Impõe que todos os Estados devem evitar a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial e a independência política de qualquer Estado, assim como qualquer ação incompatível com os propósitos estabelecidos pela Organização das Nações Unidas. É o princípio-base responsável pela criação dos mecanismos institucionais necessários à preservação da paz e da segurança internacionais em torno de uma organização internacional de alcance universal.

O referido princípio provoca uma mutação no Direito Internacional Público considerada revolucionária⁴⁵⁵. Não consiste apenas em uma simples moratória do uso da força, como estabelecido no artigo 12 do Pacto da Liga das Nações, nem possui as limitações de abrangência do Pacto da Liga e do Pacto Briand-Kellogg – tanto quanto à universalidade das disposições como quanto à natureza dos conflitos (somente havia *moratória* ou *vedação* de conflitos classificados juridicamente como guerras) – nem as deficiências institucionais do último, que não converteu a renúncia à guerra como

⁴⁵³ Idem, Ibidem. Guido Fernando Silva SOARES ressalta a “retirada da declaração de aceitação compulsória da jurisdição da CIJ, pela França, em 10-9-1974 e pelos EUA, em 7-10-1985, após o julgamento de casos em seu desfavor (respectivamente: o Caso dos Ensaio Nucleares no Pacífico e Caso Nicarágua *versus* EUA)”. Idem, Ibidem.

⁴⁵⁴ “Art. 2.4. todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas”. *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. pp. 81, 88, 90.

⁴⁵⁵ VIRALLY, Michel. *Article 2 Paragraphe 4*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*. 2º édition revue et augmentée. Paris: Economica, p. 115.

instrumento de política nacional em um aparato institucional eficiente à realização deste desígnio ao não sancionar suas violações⁴⁵⁶(ver *infra* nº 2.4 e 2.4.1).

O artigo 2º (4) da Carta da ONU interdita não somente o uso da força, como também a ameaça de seu uso. Ambas são inseparáveis na acepção de que se uma ameaça de uso da força for ilícita, a sua concretização também será, conforme interpretação da Corte Internacional de Justiça no seu parecer opinativo de 1996, solicitado pela Assembléia Geral da ONU acerca da *Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*⁴⁵⁷. A ameaça do uso da força consiste numa modalidade de coação, em um anúncio prévio a um ato de violência armada em desobediência às normas da Carta das Nações Unidas, ou em condutas que implicitamente comuniquem a intenção de uso da força de modo ilícito, como uma mobilização generalizada em uma fronteira sob disputa. A comunicação prévia ao uso da força em consonância com as normas estabelecidas pela Carta da ONU consiste em um aviso legítimo, e não em uma ameaça ilegal⁴⁵⁸.

A proibição do uso da força articulada no artigo 2º (4) da Carta é inextricavelmente relacionada com a obrigação imposta a todos Estados acerca da resolução pacífica de controvérsias estabelecida no artigo 2º (3)⁴⁵⁹. O artigo 2º (4) da Carta não mais limita a interdição do recurso à força nas relações internacionais à guerra, como o fizeram o Pacto da Liga das Nações e o Pacto Briand-Kellogg. O dispositivo evitou, inclusive, a utilização do termo “guerra”. A expressão “força”, ademais, é utilizada em sentido amplo, de modo a revelar a intenção de proibir não

⁴⁵⁶ Idem, *Ibidem*; PEREIRA, Antônio Celso Alves. *O recurso à força e a legítima defesa no direito internacional contemporâneo*. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, PEREIRA, Antônio Celso Alves (coords.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 6-7.

⁴⁵⁷ “The notions of “threat” and “use” of force under Article 2, paragraph 4, of the Charter, stand together in the sense that if the use of force itself in a given case is illegal – for whatever reason – the threat to use such force will likewise be illegal”. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request of Advisory Opinion by the General Assembly of the United Nations)*. ICJ Reports, 1996, p. 6.

⁴⁵⁸ ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 159 – Académie de Droit International*. Hague: SIJTHOFF & NOORDHOFF, 1978, p. 88; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 122.

⁴⁵⁹ “Art. 2.3 Todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais”. *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 81.

somente os conflitos armados detentores dos requisitos jurídico-formais de “guerra”, mas todas as modalidades de uso da força entre os Estados⁴⁶⁰.

O termo “força”, como previsto no artigo 2º (4) da Carta, não foi qualificado como “armada”. Isto provocou debates na doutrina sobre sua abrangência – se há extensão, por exemplo, à pressão econômica ou política. Prevaleceu, com efeito, o entendimento sobre a restrição da proibição à força armada – embora houvesse proposta (rejeitada) do Estado brasileiro, nos *travaux préparatoires* da Carta, para incluir o uso ou a ameaça de coerção econômica⁴⁶¹. Tal inteligência advém de uma interpretação sistemática da Carta da ONU, porquanto o parágrafo sétimo do preâmbulo da Carta estabelece que “a força armada não será usada a não ser no interesse comum”⁴⁶², e o artigo 44, cuja disposição (“quando o Conselho de Segurança decidir o emprego de força”⁴⁶³) alude indubitavelmente ao uso da força militar⁴⁶⁴. Nesta linha vai a Resolução 2625 (XXV) da Assembléia Geral (*Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Referente às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas*), adotada em 24.10.1970⁴⁶⁵.

As outras formas de coerção desprovidas de caráter armado/militar (ou de sua expressa preparação) recairiam no princípio da não-intervenção, instituído pelo artigo 2º

⁴⁶⁰ SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. p. 686; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 121; CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 56; TOMUSCHAT, Christian. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 281 – Académie de Droit International*. Hague: MARTINUS NIJHOFF, 1999, p. 205; DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Droit International Public*. 5ª edition. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 880.

⁴⁶¹ “On a voulu tirer argument de ce que d’autres articles de la Charte emploient l’expression ‘force armée’ (articles 41 et 46) pour soutenir que l’absence de qualificatif dans l’article 2, paragraphe 4, signifiait que la force dont l’emploi est prohibé par ce paragraphe inclut toutes les mesures de pression, y compris les mesures politiques ou économiques. Cette interpretation est contredite par les travaux préparatoires (notamment le rejet d’un amendement brésilien tendant à inclure ‘la menace ou l’emploi de mesures économiques’)”. VIRALLY, Michel. *Article 2 Paragraphe 4*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 122.

⁴⁶² *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 80.

⁴⁶³ Idem, p. 89.

⁴⁶⁴ TOMUSCHAT, Christian. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. p. 207; ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 159 – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 88-89.

⁴⁶⁵ “Considerando que é essencial que todos os Estados abstenham-se, em suas relações internacionais, de recorrer à força ou ao emprego da força, seja contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, seja de todas outras maneiras incompatíveis com os objetivos das Nações Unidas”. *Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Referente às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 150; PEREIRA, Antônio Celso Alves. *O recurso à força e a legítima defesa no direito internacional contemporâneo*, op.cit.p. 9.

(7) da Carta⁴⁶⁶ e reforçado pela Resolução 2625⁴⁶⁷, mas não no da vedação da ameaça ou uso da força estabelecido no artigo 2º (4)⁴⁶⁸. Se a sobreposição entre estes princípios eventualmente ocorre, uma vez que a intervenção pode utilizar a força militar, é certo que a proibição do uso da força não inclui o uso de medidas coercitivas de natureza não-militar, pois, como observa Christian TOMUSCHAT, a autonomia da não-intervenção como proibição juridicamente diversa se esvaneceria⁴⁶⁹. A Corte Internacional de Justiça resolveu a controvérsia neste sentido de modo definitivo no julgamento do paradigmático caso Nicarágua vs. Estados Unidos⁴⁷⁰. A Corte entendeu que o treinamento e o armamento dos *contras* (grupo paramilitar de rebeldes que lutavam para derrubar o governo sandinista) pelos Estados Unidos enquadravam-se na categoria do uso ou da ameaça da força, com base em disposição da Resolução 2625 (XXV) da Assembléia Geral sobre os Princípios do Direito Internacional, cujo preceito específico estabelece que

Cada Estado tem o dever de abster-se de organizar ou encorajar os atos de guerra civil ou atos de terrorismo sobre o território de um outro Estado, de ajudar ou participar, ou tolerar em seu território atividades organizadas com o objetivo de

⁴⁶⁶ “Nenhum dispositivo na presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII”. *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 81.

⁴⁶⁷ “Lembrando o dever dos Estados de abster-se, em suas relações internacionais, de usar o constrangimento militar, político, econômico ou outro, dirigido contra a independência política ou a integridade territorial de qualquer Estado”. *Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Referente às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 150.

⁴⁶⁸ VIRALLY, Michel. *Article 2 Paragraphe 4*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 123.

⁴⁶⁹ TOMUSCHAT, Christian. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. p. 207.

⁴⁷⁰ O governo da Nicarágua à época era sandinista, de orientação ideológica socialista e antiimperialista, e havia estatizado terras e indústrias da família Somoza, nacionalizado bancos e seguradoras, assim como realizado um amplo processo de reforma agrária. Os Estados Unidos então consideraram a Nicarágua uma exportadora de subversão para o resto da América Central, em especial Costa Rica, Honduras e El Salvador, o que exigia uma ação correspondente, segundo a justificativa do governo estadunidense, à legítima defesa coletiva. Esta ação concretizou-se com o treinamento, o armamento, o financiamento, o encorajamento e o apoio aos *contras*, guerrilheiros recrutados na guarda nacional de Somoza que possuíam o objetivo de aplicar um golpe de Estado na Nicarágua, com a derrubada do governo sandinista. Mas a Corte não aceitou a argumentação da legítima defesa coletiva pelos fatos apresentados e pela ausência de solicitações dos Estados vítimas da suposta agressão (Honduras, El Salvador e Costa Rica) neste sentido. BROWNLIE, Ian. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 255 – Académie de Droit International*. Hague: Martinus Nijhoff, 1995, p. 199; SOARES, Guido Fernando da Silva. *Legitimidade de uma guerra preventiva em pleno 2003?* In: *Revista de Política Externa*, op.cit. p. 14.

perpetrar tais atos, *quando os atos mencionados no presente parágrafo impliquem uma ameaça ou a utilização da força*⁴⁷¹. (grifo nosso).

A Corte, contudo, não incluiu toda forma de assistência aos *contras* fornecida pelos Estados Unidos da América contra a Nicarágua como violação do princípio da ameaça ou uso da força, uma vez que o simples financiamento e o apoio logístico não consubstanciam uma utilização da força, mas sim uma intervenção nos assuntos internos da Nicarágua⁴⁷².

Um intenso debate doutrinário adveio da interpretação dada à segunda parte do artigo 2º (4) da Carta (“contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”). Existe uma parte da doutrina que defende uma interpretação restritiva da proibição formulada no dispositivo. Haveria legalidade do emprego da força armada quando esta é tão insignificante a ponto de não violar a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, assim como quando a ação é compatível com as finalidades da Organização das Nações Unidas – o que tornaria legal a utilização da força se justificada em razão da proteção dos direitos humanos ou da autodeterminação

⁴⁷¹ *Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Referente às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 152.

⁴⁷² “228. Nicaragua has also claimed that the United States has violated Article 2, paragraph 4, of the Charter, and has used force against Nicaragua in breach of its obligation under customary international law in as much as it has engaged in “recruiting, training, arming, equipping, financing, supplying and otherwise encouraging, supporting, aiding, and directing military and paramilitary actions in and against Nicaragua” (Application, para. 26 (a) and (c)). So far as the claim concerns breach of the Charter, it is excluded from the Court’s jurisdiction by the multilateral treaty reservation. As to the claim that United States activities in relation to the *contras* constitute a breach of the customary international law principle of the non-use of force, the Court finds that, subject to the question whether the action of the United States might be justified as an exercise of the right of self-defence, the United States has committed a *prima facie* violation of that principle by its assistance to the *contras* in Nicaragua, by “organizing or encouraging the organization of irregular forces or armed bands . . . for incursion into the territory of another State”, and “participating in acts of civil strife . . . in another State”, in the terms of General Assembly resolution 2625 (XXV). According to that resolution, participation of this kind is contrary to the principle of the prohibition of the use of force when the acts of civil strife referred to “involve a threat or use of force”. In the view of the Court, while the arming and training of the *contras* can certainly be said to involve the threat or use of force against Nicaragua, this is not necessarily so in respect of all the assistance given by the United States Government. *In particular, the Court considers that the mere supply of funds to the contras, while undoubtedly an act of intervention in the internal affairs of Nicaragua, as will be explained below, does not in itself amount to a use of force*”. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports*, 1986, pp. 108-109.

dos povos, propósitos estabelecidos pela Carta da ONU no art. 1º (2) e (3) ⁴⁷³. Já a maior parte dos doutrinadores sustenta posição diversa⁴⁷⁴. Estes assinalam que nos trabalhos preparatórios da Carta da ONU não se estabeleceu qualquer interpretação restritiva da proibição. A parte final do artigo 2º (4) teve a finalidade de reforçá-la⁴⁷⁵ a fim de que não houvesse qualquer lacuna, e sua sugestão deu-se por iniciativa dos países do chamado *terceiro mundo* por temerem intervenções armadas das grandes potências alicerçadas em qualquer vácuo normativo⁴⁷⁶.

Christian TOMUSCHAT, ao filiar-se a este último entendimento, corretamente assevera que qualquer interpretação restritiva da proibição estabelecida no art. 2º (4) o privaria de sua força como princípio jurídico e de seu imenso valor político de referencial para uma garantia mínima da “ordem pública mundial” ⁴⁷⁷. A interpretação restritiva também foi vista como uma tentativa de alguns autores de manter a

⁴⁷³ FRANCK, Thomas. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, op.cit. pp. 240-241; REISMAN, William Michael. *Coercion and Self-Determination: Construing Charter article 2(4)*. In: *American Journal of International Law*, Vol. 78, 1984, pp. 642-646; FRANCK, Thomas. *Who Killed article 2(4) or: Changing Norms Governing the Use of Force by States*. In: *American Journal of International Law*, vol. 64, nº 4, pp. 809-837. REISMAN defende, neste sentido, que a inefetividade do sistema de segurança coletiva em razão dos impasses gerados pela prerrogativa de veto dos membros permanentes do Conselho permite a utilização da força pelos Estados se há a finalidade de proteção da “ordem pública mundial” ou de realização dos princípios da ONU.

⁴⁷⁴ Malcolm N. SHAW atesta isto nos seguintes termos: “There is a debate as to whether these words should be interpreted restrictively, so as to permit force that would contravene the clause, or as reinforcing the primary prohibition, but the weight of opinion probably suggests the latter position”. SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. p. 688.

⁴⁷⁵ “La mention dans l’article 2, paragraphe 4, que la force ne peut pas être employée ‘soit contre l’intégrité territoriale ou l’indépendance politique de tout Etat, soit de toute manière incompatible avec les buts des Nations Unies’ a incontestablement, été insérée afin de renforcer le principe. Les travaux préparatoires en font foi”. VIRALLY, Michel. *Article 2 Paragraphe 4*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 125.

⁴⁷⁶ Entre eles estão: CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 56; ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 159 – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 89-93; TOMUSCHAT, Christian. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. p. 209-210; AMARAL JR, Alberto do. *Direito de Assistência Humanitária*, op.cit. p. 135; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 123; GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 29-31; VIRALLY, Michel. *Article 2 Paragraphe 4*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 125;44; SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. pp. 688-689; HUCK, Hermes Marcelo. *Da Guerra justa à Guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*, op.cit pp. 95-100; BROWNLIE, Ian. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 255 – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 199 e ss; ROUSSEAU, Charles. *Le Droit Des Conflits Armés*, op.cit. p. 535; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The primacy of International Law over force*. In: *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 177; 185.

⁴⁷⁷ TOMUSCHAT, Christian. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. p. 210.

discricionariedade do uso da força possuída anteriormente pelas grandes potências para a concretização de seus interesses nacionais⁴⁷⁸.

O princípio da proibição do uso da força aplica-se tanto a membros como a não-membros das Nações Unidas, porquanto interdita seu emprego “contra a integridade territorial e a integridade política de *qualquer Estado*”⁴⁷⁹ (grifo nosso). O artigo 2º (6) incumbe à ONU o dever de impor os princípios da Carta aos não-membros que coloquem em risco a paz e a segurança internacionais, ou seja, também obriga indiretamente um Estado não-membro violador das normas de interdição do uso da força⁴⁸⁰. Alfred VERDROSS observa, neste sentido, que a disposição exclusiva deste artigo na Carta possibilitaria questionamentos sobre a real possibilidade de imposição de obrigações a não-membros, pois se poderia interpretar que os órgãos da ONU exerceriam apenas uma função mediadora entre os Estados conflitantes. Mas o artigo 39 da Carta aplaca qualquer dúvida neste sentido ao conferir ao Conselho de Segurança a competência de determinar “a existência de *qualquer* ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão”⁴⁸¹ (grifo nosso), independentemente da condição de membro ou não das Nações Unidas. De fato, o objetivo primordial da Organização não é a manutenção da paz e da segurança somente de seus membros, mas de toda a sociedade internacional⁴⁸².

Qualquer controvérsia interpretativa acerca da possibilidade da imposição de obrigação da Carta a não-membros dissipou-se, porquanto o princípio da interdição da força nas relações internacionais, já previsto no pacto Briand-Kellogg no que diz

⁴⁷⁸ ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 159 – *Académie de Droit International*, op.cit. pp. 89-93.

⁴⁷⁹ *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 81.

⁴⁸⁰ “The provision of Article 2, paragraph 4, – to refrain from the threat or use of force – constitutes certainly a true obligation of the Members since the enforcement measures of Chapter VII are primarily intended to be applied as reaction against the threat or use of force in violation of Article 2, paragraph 4. It is certainly the main purpose of the Organisation: to maintain peace by taking ‘effective collective measures’ to the relation between Members and non-Members and thus to impose upon them obligation stipulated in Article 2, paragraph 4”. KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations. – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London: Stevens & Sons Limited, 1950, p. 108.

⁴⁸¹ *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 88.

⁴⁸² VERDROSS, Alfred. *General International Law and The United Nations Charter*. In: *International Affairs*, Vol. 30, nº 3, (jul. 1954), pp. 345-346. “This provision is a consequence of the fact that the purpose of the United Nations – as pointed out – is not only to maintain peace within the Organisation but within the whole international community, that is to say: to maintain world peace. In order to fulfil this purpose the Charter imposes directly obligations only upon the Members of the Organisation, but indirectly also upon all the states which are not Members of the United Nations”. KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations. – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 106.

respeito à guerra, e no art. 2º(4) da Carta da ONU, tornou-se norma de Direito Internacional Público costumeiro – conseqüentemente o direito de guerrear como prerrogativa da soberania estatal tornou-se arcaico⁴⁸³. O artigo 38 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece, nesta linha, uma exceção a uma regra já tradicional do Direito Internacional Público, veiculada no artigo 34 do mesmo diploma, que institui a impossibilidade de um tratado criar direitos ou obrigações a terceiros Estados sem seu consentimento⁴⁸⁴: a possibilidade de regras dispostas em um tratado tornarem-se obrigatórias como regras costumeiras de Direito Internacional Público, reconhecidas como tais⁴⁸⁵.

Os costumes e as convenções, ambos considerados as principais fontes do Direito Internacional Público, conforme disposto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁴⁸⁶, não podem ser apartados de modo rígido. As fontes do Direito Internacional Público dialogam entre si. Normas instituídas pelo Direito Internacional Público convencional podem cristalizar-se como normas de Direito Internacional Público costumeiro na medida em que haja uma adesão consensual dos Estados a uma convenção, reconhecendo sua autoridade, e uma reiteração da prática estatal em conformidade com ela⁴⁸⁷ (“em casos extremos, a prática geral e a *opinio*

⁴⁸³ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 129-138

⁴⁸⁴ *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 832.

⁴⁸⁵ *Idem*, p. 833.

⁴⁸⁶ “Art. 38.

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
 - a) As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b) O costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
 - c) Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d) Sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito” *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 109.

⁴⁸⁷ Eduardo Jiménez de ARÉCHAGA destaca que este direito costumeiro expresso no direito convencional pode operar-se de três modos: a convenção pode simplesmente corroborar um costume já existente, assim como cristalizar uma regra em seu nascedouro, ou estabelecer uma prescrição *de lege ferenda* ou uma proposição em uma conferência que sejam posteriormente praticadas pelos Estados de modo a se transformarem em uma norma de direito internacional costumeiro. ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 159 – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 11-12

*juris*⁴⁸⁸ dos Estados podem virtualmente clonar normas originariamente criadas pelos tratados”⁴⁸⁹).

Mas a incorporação de uma norma costumeira a uma norma convencional não retira sua existência autônoma e aplicabilidade como norma distinta da norma convencional, mesmo no caso de possuírem conteúdos idênticos⁴⁹⁰. Assim já entendia a Corte Internacional de Justiça quando seu então presidente Eduardo Jiménez de ARÉCHAGA pesquisou a jurisprudência da Corte ao escrever seu Curso de Direito Internacional na Academia da Haia de Direito Internacional, em 1978⁴⁹¹, interpretação corroborada no caso *Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua e contra ela*⁴⁹².

A Corte decidiu no referido caso que o princípio veiculado pelo artigo 2º (4) da Carta deve ser considerado também princípio de direito internacional costumeiro. Há uma ampla percepção pelos Estados de que a proibição do uso da força constitui-se em uma norma imperativa de direito internacional. Esta *opinio juris* pode, segundo a Corte Internacional de Justiça, ser depreendida, com os cuidados necessários, da aceitação consensual de algumas resoluções da Assembléia Geral da ONU, mais especificamente da Resolução 2625 da Assembléia Geral, denominada *Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Referente às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas*. Esta Resolução declara princípios da Carta como princípios fundamentais do Direito Internacional Público, destacando-se a interdição de uso da força, propositadamente dirigida a todos os Estados, e não mais aos membros da ONU, a fim de não excepcionar nenhum deles de

⁴⁸⁸ Além do elemento material do costume, concretizado com a prática reiterada de atos, deve estar presente o elemento subjetivo, psicológico, denominado *opinio juris*. José Francisco REZEK observa, neste sentido, que “o elemento material não seria bastante para dar ensejo à norma costumeira. É necessário, para tanto, que a prática seja determinada pela ‘opinio juris’, vale dizer, pelo entendimento, pela convicção de que assim se procede por necessário, correto, justo, e, pois, de bom direito”. REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120.

⁴⁸⁹ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 136.

⁴⁹⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, p. 95.

⁴⁹¹ ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 159 – *Académie de Droit International*, op.cit. pp. 11-14.

⁴⁹² “There are a number of reasons for considering that, even if two norms belonging to two sources of international law appear identical in content, and even if States in question are bound by these rules both on the level of treaty law and on that of customary international law, these norms retain a separate existence”. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, p. 95.

tal comando⁴⁹³. Não se propõe, ademais, a emendar a Carta da ONU, mas sim a qualificar os princípios estabelecidos em seu artigo 2º.

A Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional expressa, deste modo, uma aceitação dotada de autoridade, pois aclamada unanimemente por todos os integrantes do mais representativo órgão das Nações Unidas, de alguns princípios básicos do Direito Internacional Público. (Embora Declarações como esta não possam criar novas regras de Direito Internacional Público, por constituírem recomendações juridicamente não vinculantes ao Conselho de Segurança, têm a capacidade de impulsionar e consolidar a formação de regras do direito internacional costumeiro⁴⁹⁴.) Sua elaboração durou sete anos e foi realizada por um Comitê Especial capaz de agrupar as mais diversas tendências dentro da ONU. Neste sentido, constitui contribuição valorosa na identificação do conteúdo do costume internacional relativo à interdição do uso da força⁴⁹⁵.

⁴⁹³ *A Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional* qualifica a interdição ao uso da força nas relações internacionais. Em primeiro lugar, uma guerra constitui crime contra a paz, para a qual há responsabilidade perante o direito internacional, e os Estados devem abster-se da promoção de propagandas em favor de guerras de agressão; em segundo lugar, todo Estado deve abster-se do recurso à ameaça ou ao emprego da força com o objetivo de violar as fronteiras internacionais (inclusive violar linhas internacionais de demarcação) de outro Estado ou resolver litígios internacionais, e ainda os relativos a questões territoriais; em terceiro lugar, os Estados têm o dever de se abster das represálias que impliquem o emprego da força; em quarto lugar, os Estados têm o dever de se abster do uso da força no sentido de privar povos de seu direito à autodeterminação e à independência; em quinto lugar, os Estados têm o dever de se abster de promover a organização ou o encorajamento de bandos armados ou forças irregulares com o intuito de fazer incursões no território de outro Estado, assim como de promover a organização ou o encorajamento de atos de guerra civil ou terrorismo no território de outro Estado e a tolerância, ajuda ou participação em seu território com o objetivo de perpetrar tais atos quando impliquem uma ameaça ou utilização da força; em último lugar, os Estados não podem ser objetos de ocupação militar como resultado do emprego da força em desconformidade com as normas da Carta da ONU. *Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Referente às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas – Resolução 2625 da Assembléia Geral da ONU, adotada em 24.10.1970.* In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 152; SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. p. 686.

⁴⁹⁴ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op.cit. p. 665.

⁴⁹⁵ Além da *opinio juris*, a Corte expôs sua interpretação acerca do elemento material do costume, respeitante à prática reiterada dos Estados. A Corte assevera que para uma regra ser considerada costumeira não há necessidade de uma correspondência perfeita entre a prática estatal e as regras do uso da força e da não-intervenção. A conduta dos Estados deve ser usualmente condizente com as regras, assim como suas violações devem ser reconhecidas como tais, e não como indicações do surgimento de uma nova regra em substituição da antiga. As justificativas dos Estados acerca de suas condutas, quando sustentadas nas exceções às regras, valorizam-nas, promovendo seu fortalecimento em vez de seu enfraquecimento. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports*, 1986, pp. 98- 100; ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 159 – Académie de Droit International*, op.cit. p. 32; SOARES, Guido Fernando da Silva. *Legitimidade de uma guerra preventiva em pleno 2003?* In: *Revista de Política Externa*, op.cit. p. 18; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e*

A outra Resolução da Assembléia Geral fundamental para a demonstração do conteúdo do direito internacional costumeiro identificado pela Corte Internacional de Justiça no caso Nicarágua vs. Estados Unidos acerca do princípio da interdição do uso da força foi a 3314 (XXIX), sobre a *Definição de Agressão*, aprovada unanimemente em 14 de dezembro de 1974. Esta Resolução, conjuntamente com a Resolução 2625 e a Resolução A/42/22, adotada em 1987, a *Declaração sobre o aprimoramento da efetividade da interdição da ameaça ou do uso da força nas relações internacionais*⁴⁹⁶, proclamam a concepção amplamente dominante da sociedade internacional de que a proibição do uso da força nas relações internacionais não pode ser relativizada. Deve ser entendida de modo absoluto (exceto para os casos de uso autorizado da força pela Carta da ONU)⁴⁹⁷.

A agressão como ataque armado, referida no artigo 39 da Carta, adquiriu grande importância com o desuso da declaração de guerra como início do estado jurídico de beligerância entre os Estados – já que a Carta não se limita a proibir a guerra, mas qualquer modalidade de uso da força armada⁴⁹⁸. A árdua tarefa de alcançar um consenso acerca de uma definição de agressão entre correntes de pensamento supostamente incompatíveis resultou na adoção de um sistema híbrido que primeiramente apresenta uma definição em termos conceituais dotados de maior abstração e posteriormente desenvolve um extenso rol não-taxativo de atos considerados como agressivos⁴⁹⁹. Esta técnica gerou críticas sobre a prolixidade do documento⁵⁰⁰.

A Resolução 3314 define, então, a agressão em seu art. 1º nos seguintes termos:

Legítima Defesa, op.cit. pp. 132-133; GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 7-8.

⁴⁹⁶ A/RES 42/22. In: www.un.org

⁴⁹⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The primacy of International Law over force*. In: *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 180. CANÇADO TRINDADE cita, ademais, os múltiplos reforços ao longo do tempo do entendimento da interdição absoluta da força, entre eles diversas resoluções da Assembléia Geral, o *Ato Final da Conferência de Segurança e Cooperação na Europa* de Helsinque, em 1975, e a *Carta de Paris para uma Nova Europa*, de 1990, assim como a doutrina e a prática internacional, “dando um testemunho inequívoco de sua cristalização, validade contínua e caráter imperativo”. Idem, p. 181 (tradução livre do autor).

⁴⁹⁸ HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*, op.cit. pp. 117-118; 133-134.

⁴⁹⁹ HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*, op.cit. p. 146; GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p.8.

⁵⁰⁰ ROUSSEAU, Charles. *Le Droit Des Conflits Armés*. Paris: Éditions A. Pedone, 1983, p. 583.

Agressão é o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial, ou independência política de outro Estado, ou de qualquer outra maneira incompatível com a Carta da Organização das Nações Unidas, como se extrai da presente Definição⁵⁰¹.

Esta definição reproduz o cerne do artigo 2º (4) da Carta, mas com algumas diferenças – umas mais relevantes que outras. O texto tomou o cuidado de qualificar a agressão como uso da força *armada*, algo não realizado pela Carta da ONU. Isto encerrou com o debate resultante da proposta de alguns Estados acerca da possibilidade de existência de agressões não-armadas, de natureza econômica e ideológica⁵⁰². A ameaça do uso da força é excluída da definição de agressão. É acrescido o vocábulo “soberania” à expressão “integridade territorial e independência política”. Por fim, a incompatibilidade do ato agressivo deve ter como paradigma toda a Carta das Nações Unidas, e não apenas suas finalidades⁵⁰³.

O artigo 3º enuncia então um rol de atos agressivos violadores da Carta das Nações Unidas⁵⁰⁴ – mas este inventário não impede a determinação de outros atos

⁵⁰¹ *Definição da Agressão – Resolução n. 3314 da Assembléia Geral das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 160.

⁵⁰² ROUSSEAU, Charles. *Le Droit Des Conflits Armés*, op.cit. p.583.

⁵⁰³ “Dessa forma, a alusão de incompatibilidade com a Carta na sua totalidade (não apenas com as finalidades da Organização das Nações Unidas) pode significar que até mesmo as provisões técnicas da carta devem ser observadas, para que a violação dos procedimentos detalhados na Carta possa tornar o uso da força armada uma agressão ilegal”. DINSTEIN Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 177-178.

⁵⁰⁴ “a) a invasão ou o ataque do território de um Estado por forças armadas de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, mesmo temporária, resultante de uma invasão ou de um ataque, ou qualquer anexação através do uso da força do território ou de parte do território de outro Estado; b) o bombardeio pelas forças armadas de um Estado, do território de outro Estado, ou a utilização de qualquer arma por um Estado contra o território de outro Estado; c) o bloqueio dos portos ou das costas de um Estado por forças armadas de outro Estado; d) o ataque por forças armadas de um Estado contra as forças armadas terrestres, navais ou aéreas, ou a marinha e a aviação civil de outro Estado; e) o ataque pelas forças armadas de um Estado que estão estacionadas sobre o território de outro Estado com o acordo do Estado de acolhida, contrariamente às condições previstas no acordo ou qualquer prolongação de sua presença sobre o território além do término do acordo; f) o fato para um Estado admitir que seu território que ele colocou á disposição de outro Estado, seja utilizado por este para perpetrar um ato de agressão contra um terceiro Estado; g) o envio por um Estado ou em seu nome de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares ou de mercenários que praticam atos de força armada contra outro Estado de tamanha gravidade que equivalem aos atos enumerados acima, ou o fato de engajar-se de maneira substancial em tal operação”. *Definição da Agressão – Resolução n. 3314 da Assembléia Geral das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 161.

considerados como tais por competência discricionária do Conselho de Segurança⁵⁰⁵, conforme estabelece o art. 4º⁵⁰⁶.

O artigo 5º (1) impõe uma vedação quanto aos motivos da agressão de suma importância. Nenhuma justificativa, independentemente de sua natureza (econômica, política, militar ou afim), pode ser utilizada para a prática de um ato agressivo, pois motivos *nobres* não abolem o caráter ilegal de uma conduta – e tal disposição possui grande importância no que se refere à intervenção humanitária, objeto de análise posterior⁵⁰⁷. O art. 5º (2) distingue, ademais, a agressão, que implica a responsabilidade internacional⁵⁰⁸, da guerra de agressão, que constitui crime contra a paz internacional e

⁵⁰⁵ “O Conselho é livre para elaborar novas concepções de agressão”. DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 180; SOARES, Guido Fernando da Silva. *Legitimidade de uma guerra preventiva em pleno 2003?* In: *Revista de Política Externa*, op.cit. p. 17

⁵⁰⁶ “Art. 4º A enumeração dos atos acima não é limitativa e o Conselho de Segurança pode qualificar outros atos de agressão em conformidade com os dispositivos da Carta”. *Definição da Agressão – Resolução n. 3314 da Assembléia Geral das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 161.

⁵⁰⁷ “Art. 5º

1. Nenhuma consideração de qualquer natureza que seja, política, econômica, militar ou outra, não justifica uma agressão”. *Definição da Agressão – Resolução n. 3314 da Assembléia Geral das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 161; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 181.

⁵⁰⁸ Antonio CASSESE designa a responsabilidade dos Estados como “as conseqüências jurídicas do ato ilícito internacional de um Estado, nomeadamente as obrigações do responsável, de um lado, e os direitos e poderes de qualquer Estado afetado pelo ilícito, de outro lado”. CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 241 (Tradução livre do autor). Eduardo Jiménez de ARÉCHAGA destaca, neste sentido, os elementos essenciais da responsabilidade internacional: “(i) The existence of an act or omission which violates an obligation established by a rule of international Law in force between the State responsible for the act of omission and the State injured thereby; (ii) The unlawful act must be imputable to the State as a legal person; (iii) Loss or damage must have resulted from the unlawful act. However, in inter-State relations, the concept of damage does not possess only a material or patrimonial character. Unlawful actions against non-material interests, such as affecting the dignity of the State, for instance, must be compensated by adequate reparation, even if they have not resulted in any pecuniary or material loss of the claimant State. In the case of international crimes, such as wars of aggression, the legal interests of all States in the maintenance of international peace and security are affected and suffer damage, even if no direct material loss is experienced by third States”. ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *International Law in the Past Third of a Century – General Course in Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 159 – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 267-268. O tema da responsabilidade internacional é bastante complexo, e não nos cabe aqui, em vista do escopo do trabalho, pormenorizá-lo. Remetemos a doutrinadores que tratam mais exaustivamente do tema, destacando a relevante contribuição da Comissão de Direito Internacional para o seu desenvolvimento. O art. 19 do projeto de AGO fez a importante e criticada distinção entre crime internacional e delito internacional. Um ato de um Estado que constitui violação de uma obrigação internacional é um ato ilícito, independentemente da matéria da obrigação violada. Um ato ilícito internacional resultante da violação de uma obrigação internacional essencial para a proteção dos interesses centrais da comunidade internacional, sendo reconhecido como crime pela comunidade como um todo, constitui crime internacional. Nota-se, neste sentido, a relação desta distinção com o conceito de *jus cogens*. Ver BARBOSA, Samuel Rodrigues. *A invenção do jus cogens e a dogmática do direito internacional no crepúsculo do jus publicum europaeum*, op.cit. pp. 170-172; CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. pp. 241-277; SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, op.cit. pp.

pressupõe – sem prejuízo da responsabilidade estatal – a punição do(s) agente(s) do Estado agressor⁵⁰⁹.

O artigo 6º dispõe de modo implícito sobre o direito à legítima defesa – cuja análise será feita no item seguinte – ao assinalar que nada na definição de agressão “será interpretado para ampliar ou diminuir de qualquer forma o alcance da Carta, incluindo seus dispositivos referentes aos casos nos quais a utilização da força é legítima”⁵¹⁰.

O artigo 7º é o mais controverso da Resolução 3314 (XXIX) por tentar estabelecer o que Yoram DINSTEIN chama de “compromisso entre visões irreconciliáveis”⁵¹¹ dos países capitalistas ocidentais desenvolvidos e dos países do então Terceiro Mundo. Impõe uma restrição de natureza política ao dispor que nada na Resolução poderá prejudicar o direito à autodeterminação, à liberdade e à independência dos povos privados desse direito de acordo com o estabelecido na Carta e reafirmado na *Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional*, especialmente aqueles subjugados por regimes racistas e coloniais ou sob a dominação estrangeira, nem o direito destes povos de lutar por tais objetivos ou buscar e receber apoio, segundo os princípios da Carta e da referida *Declaração*.

Este dispositivo foi interpretado pelos países subdesenvolvidos como uma apologia política da concepção de que uma guerra de libertação nacional é uma guerra

183-200; ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *International Law in the Past Third of a Century – General Course in Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 159 – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 267-308; TOMUSCHAT, Christian. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century – General Course on Public International Law*, In: *Recueil des Cours, tome 281 – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 268-303; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 147-160.

⁵⁰⁹ *Definição da Agressão – Resolução n. 3314 da Assembléia Geral das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 161. “Os redatores da definição assinalaram claramente que nem todo ato de agressão constitui um crime contra a paz: apenas a guerra de agressão possui essa característica. Quer dizer, um ato de agressão breve – diferentemente de uma guerra de agressão – não resultaria em responsabilidade criminal individual, embora proporcionasse a aplicação das regras gerais de responsabilidade do Estado”. DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 173-174. Yoram DINSTEIN observa, neste sentido, que a responsabilização criminal dos indivíduos cujas decisões levam seus países à guerra é o único modo de sancionar efetivamente os perpetradores de guerras de agressão, de modo a desencorajá-los à sua prática. *Idem*, p. 161.

⁵¹⁰ *Idem*, *Ibidem*; ROUSSEAU, Charles. *Le Droit Des Conflits Armés*, op.cit. p.583; HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*, op.cit. p. 147.

⁵¹¹ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 182. Este dispositivo é a reprodução quase literal de outro presente na Resolução 2625 (XXV). *Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Referente às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 152,

justa⁵¹², autorizando a busca de ajuda estrangeira, assim como o seu recebimento (inclusive ajuda armada), ao mesmo tempo em que foi interpretado pelos países desenvolvidos de modo restrito, proibindo a ajuda armada, mas autorizando a assistência não-armada⁵¹³. A interpretação dita *intervencionista*, oferecida pelos países do Terceiro Mundo, é, no entanto, ilegal, segundo a Carta da ONU, pois o apoio armado a guerras de libertação nacional não se encontra no rol taxativo de exceções ao uso da força nas relações internacionais (a legítima defesa e a segurança coletiva)⁵¹⁴.

Embora criticada por pouco crescer ao que já havia sido disposto na Carta da ONU⁵¹⁵, a Resolução 3314 (XXIX) reforçou o princípio da interdição do uso da força, identificando-o como costume internacional, e trouxe uma definição jurídica de agressão, que por mais imperfeita, proporcionou maior segurança jurídica e retirou sua conotação estritamente política, sujeita, portanto, a instabilidades. De fato, seria juridicamente inaceitável a qualificação de condutas como ilícitas sem a anterior descrição típica⁵¹⁶.

A interpretação dada pela Corte Internacional de Justiça e pela maior parte da doutrina acerca da interdição do uso da força nas relações internacionais como parte

⁵¹² “A permissão justificada de um Estado para usar a força contra outro dando margem a uma ‘guerra de libertação nacional’ não é atribuída a normas jurídicas, mas a pedidos de justiça (almejados pelos demandantes). Pois um povo na luta pela independência da dominação estrangeira caracteriza um beneficiário *soi-disant* de uma causa justa, e um Estado que endossa esta causa está substancialmente autorizado pelo direito internacional a ir à guerra. A questão, em suma, é o fato de que, em nome da justiça, a prescrição legal existente do uso da força internacional possa ser corrompida por motivações políticas”. *Idem*, p. 97.

⁵¹³ Christian TOMUSCHAT explica o impasse disposto na Resolução 2625 (XXV) e na sua quase reprodução literal no artigo 7º da Resolução 3314 (XXIX): “For Third World countries this meant that a people under colonial rule had the right to seek and receive any kind of support, including armed assistance; for Western countries, which had successfully fought the inclusion of the word ‘armed’ in the relevant text, the connotation was that a colonial people could attempt to obtain any kind of assistance short of armed force. A similar compromise was struck in Article 7 of the Definition of Aggression as adopted by the General Assembly through resolution 3314 (XXIX) of 1974”. TOMUSCHAT, Christian. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century – General Course on Public International Law*, In: *Recueil des Cours*, tome 281 – *Académie de Droit International*, op.cit. pp. 211-212.

⁵¹⁴ Yoram DINSTEIN explica que “o obstáculo que confronta a escola intervencionista de pensamento é o fato da Carta das Nações Unidas não incorporar o apoio a ‘guerras de libertação nacional’ entre as expectativas lícitas à proibição geral do recurso à força internacional”. DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 96, 181-182; HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*, op.cit. p. 146.

⁵¹⁵ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Droit International Public*, op.cit. pp. 950-960 PEREIRA, Antônio Celso Alves. *O recurso à força e a legítima defesa no direito internacional contemporâneo*, op.cit. p. 14.

⁵¹⁶ HUCK, Hermes Marcelo. *Da Guerra justa à Guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*, op.cit pp. 128-129.

integrante do direito internacional costumeiro, obrigando a todos indistintamente e reforçando a imperatividade da fonte convencional concretizada em um tratado multilateral, é de grande importância para a garantia de uma mínima ordem pública internacional. Mas, além disto, deve-se ressaltar também o consenso em torno de sua natureza de norma central do Direito Internacional Público, uma norma de *jus cogens*⁵¹⁷ – peremptória (inderrogável por tratados com ela conflitantes, conforme o art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados), que condensa “princípios de uma ordem pública internacional vinculante para os Estados”⁵¹⁸. Guido Fernando Silva SOARES explica, neste sentido, que a determinação de uma norma como sendo de *jus cogens* depende essencialmente dos valores transcendentais por ela acolhidos, cujo reconhecimento compete à doutrina e à jurisprudência internacionais. De fato, o princípio do não-uso da força veicula um vetor axiológico defendido como fundamental pela grande maioria dos Estados componentes da sociedade internacional, reconhecido pela maioria de doutrinadores, assim como pela jurisprudência internacional⁵¹⁹.

2.2.3 Breves notas sobre a intervenção humanitária

O tema da intervenção humanitária tem importância fundamental para esta pesquisa. Talvez seja o tema mais abordado do capítulo seguinte. Deste modo, inicialmente faremos somente algumas distinções conceituais necessárias e algumas considerações históricas.

⁵¹⁷ Por todos: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília, Universidade de Brasília, 1981, p. 61; GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 29; DINSTEIN Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 142-143.

⁵¹⁸ BARBOSA, Samuel Rodrigues. *A invenção do jus cogens e a dogmática do direito internacional no crepúsculo do jus publicum europaeum*, op.cit. p. 10.

⁵¹⁹ No caso Nicarágua vs. Estados Unidos, a Corte Internacional de Justiça, citou o entendimento da Comissão de Direito Internacional da natureza de *jus cogens* do princípio da proibição do uso da força nas relações internacionais. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgement, I.C.J. Reports*, 1986, op.cit. p. 100. Vale ressaltar ainda que a *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* não estabeleceu um rol taxativo das normas de *jus cogens*, porquanto isto limitaria o alcance do dispositivo. Mas Guido SOARES aponta que as atas das sessões expõem a proposição de exemplificação de tratados que demonstrariam o poder derogatório das normas de *jus cogens*, como aqueles que autorizassem o uso da força em descompasso com a Carta das Nações Unidas. SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, op.cit. pp. 132-133.

Na doutrina tradicional, a intervenção humanitária é definida como a interferência ditatorial praticada por um Estado contra outro considerado culpado de extremas crueldades cometidas em desfavor de seus próprios nacionais de modo tal a negar seus direitos humanos fundamentais e chocar a consciência da humanidade⁵²⁰.

Já na doutrina contemporânea, entendese a intervenção humanitária como a ameaça ou o uso da força por um Estado, um grupo deles, ou por uma organização internacional com o objetivo primordial consistente na proteção dos nacionais do Estado-alvo de enormes e graves privações de direitos humanos internacionalmente reconhecidos⁵²¹.

Vimos no capítulo anterior que os teóricos da guerra justa fundadores do Direito Internacional são precursores da intervenção humanitária. No século XIX, os publicistas a denominavam de “intervenção de humanidade”. Era considerada uma ação policial e, desse modo, não teria conseqüências sobre a soberania. Tal doutrina era extremamente ambígua e vaga, de modo que várias modalidades de intervenção foram insertas nesta categoria: pôr fim à tirania, à prática de crimes e massacres, à perseguição religiosa e a crueldades extremas⁵²².

GREWE aponta, neste sentido, que, apesar de o princípio da não-intervenção formulado por WOLFF e VATTEL ser aceito entre os Estados europeus no século XIX, havia exceções a ele, notadamente as intervenções humanitárias. Estas passaram a exercer um papel cada vez mais importante naquele século, seja para mascarar ideologicamente intervenções por outros motivos, seja para realmente exercer a idéia humanitária do “direito das nações civilizadas”. Para este autor, seria simplismo atribuir às intervenções humanitárias o mero papel de disfarce ideológico de interesses geopolíticos subjacentes, pois nos fenômenos há uma unidade indissolúvel entre idéias e

⁵²⁰ OPPENHEIM, Lassa. *International Law – A Treatise*. Edited by H. Lauterpacht. Seventh Edition. London, New York and Toronto: Longmans and Green and Co., 1955, p. 280.

⁵²¹ MURPHY, Sean D. *Humanitarian Intervention – United Nations in an Evolving World Order*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996, p. 12. Outra definição influente de idêntica validade assim define a intervenção humanitária “a ameaça ou o uso da força transfronteiriça por um Estado (ou grupo de Estados objetivando prevenir ou terminar com extensas e graves violações de direitos humanos fundamentais de indivíduos outros que não seus próprios cidadãos, sem a permissão do Estado dentro do qual o uso da força é aplicado”. HOLZGREFE, J.L. *Humanitarian Intervention Debate*. In: *Humanitarian Intervention – Ethical, Legal and Political Dilemmas*. Edited by J.L. Holzgrefe and Robert O. Keohane. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 18.

⁵²² BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1963, p. 338; GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op.cit. p. 493.

interesses – e observa, neste sentido, que algumas intervenções humanitárias naquele foram percebidas como eminentemente humanitárias, notadamente a perpetrada por Rússia, França, Grã-Bretanha, Áustria e Prússia na Turquia em virtude do massacre de seis mil cristãos maronitas⁵²³. O humanitarismo passou a integrar o substrato moral da “sociedade civilizadas das nações” a partir da introdução dos princípios do liberalismo em seu núcleo, com a estima pela vida humana⁵²⁴.

As divergências sobre a legalidade das intervenções humanitárias após o advento da Carta da ONU são significativas. Há autores que entendem haver uma compatibilidade do art. 2º(4) da Carta com a intervenção humanitária. Fazem uma interpretação restritiva no sentido de que as intervenções humanitárias não afetariam a “integridade territorial e a soberania política” do Estado-alvo e/ou estariam de acordo com “os propósitos das Nações Unidas”, pois visam à proteção dos direitos humanos. Outros autores, também favoráveis à legalidade da intervenção humanitária sustentam que ela se baseia em um direito costumeiro de autoajuda⁵²⁵.

Os autores contrários à intervenção humanitária sustentam uma interpretação ampliativa da proibição do uso da força armada nas relações internacionais – os complementos são reforços à proibição, e não restrições a ela. Para eles, qualquer tipo de ação militar unilateral na Carta não abrangida nos casos de legítima defesa e do uso coletivo da força autorizado pelo Conselho de Segurança é ilegal⁵²⁶.

Mas, como teremos oportunidade de ver no próximo capítulo, o debate na atualidade é bem mais complexo. Ele será analisado no momento oportuno em muitas das suas nuances.

⁵²³ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op.cit. p. 491.

⁵²⁴ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op.cit. p. 490.

⁵²⁵ Para uma análise destas posições, CHESTERMAN, Simon. *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, op.cit. pp. 45-86.

⁵²⁶ Entre eles, BROWNLIE, Ian. *Humanitarian Intervention*. In: *Law & Civil War in the Modern World – edited by John Norton Moore*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1974, p. 219.

2.2.4 Exceções à proibição do uso da força: a legítima defesa individual e a legítima defesa coletiva

2.2.4.1 Fontes costumeira e convencional da legítima defesa

O instituto da legítima defesa originou-se das relações entre os homens. Sua regulação já foi há muito consolidada nos ordenamentos jurídicos internos, especialmente nos diplomas repressivo-penais. Mas é um dos temas mais controversos de todo o Direito Internacional Público. Desde suas origens, tenta-se introduzir a noção de legítima defesa nas relações internacionais, atrelando-a ao direito natural, notadamente à teoria da guerra justa, como uma das justas causas para se travar uma guerra⁵²⁷.

Alguns autores apontam a sua fonte costumeira em casos específicos como o *Caroline*, de 1837⁵²⁸. Mas, para outros, a liberdade irrestrita das guerras como

⁵²⁷ Para GROTIUS, a legítima defesa é um direito natural de auto-preservação concernente tanto às guerras públicas como às privadas: “Se nosso corpo é atacado por um ato presente de violência, acarretando perigo de vida, e que não possa ser evitado, nesse caso, a guerra é lícita, mesmo até matar aquele que nos expõe a esse perigo. (...) Deve-se notar que esse direito de se defender provém, imediatamente e em primeiro lugar, da natureza que confia a cada um de nós o cuidado de nós mesmos, e não da injustiça ou do crime daquele que nos expõe a tal perigo”. GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*, op.cit. p. 287.

⁵²⁸ O caso *Caroline* consistiu no apoio dos Estados Unidos a uma insurreição canadense em Ontário. Ajudaram os rebeldes e não impediram a formação de uma milícia particular no estado de Nova York. O Barco *Caroline* tinha como missão transportar armas e homens para o quartel general da rebelião, em Navy Island, no lado canadense da fronteira. Os britânicos capturaram a embarcação atracada em Nova York, e incendiaram o navio. Justificaram o ato como necessidade de legítima defesa. Daniel Webster, então Secretário de Estado dos Estados Unidos em 1841, requereu, em correspondência ao governo britânico, a demonstração da existência da “necessidade de legítima defesa *imediate*, incontornável, que não deixe aberta qualquer outra possibilidade de ação ou qualquer tempo para deliberação”. Acrescentou que nada excessivo ou injustificado pode ser caracterizado como legítima defesa.

Podem ser identificadas posições doutrinárias conflitantes no que se refere ao caso *Caroline* como fonte costumeira da legítima defesa no Direito Internacional Público. Há aqueles que rejeitam qualquer relevância do caso, como Eduardo Jimenez ARECHAGA e Antonio CASSESE. ARECHAGA, em seu curso na Academia da Haia de 1978, critica abertamente a concepção de que as condições vagas construídas em um incidente diplomático dos anos 1840 possam ter alguma relevância jurídica relativa ao exercício da legítima defesa. Para ele, não havia um direito de legítima defesa anterior à Carta. Não era um o conceito jurídico, mas uma justificativa política do uso da força. Antonio CASSESE, em seu comentário ao artigo 51 da Carta da ONU, atesta que casos como o *Caroline* não ingressam na categoria da legítima defesa por serem decorrentes de atos praticados por particulares, e não por Estados, de modo que estes últimos não são de qualquer forma responsáveis. Já doutrinadores como Michael BYERS e Malcolm N. SHAW relacionam sem restrições a fonte costumeira do direito à legítima defesa ao caso *Caroline*. Outros, por fim, como Ian BROWNLIE, reconhecem a clássica fonte da correspondência diplomática referente ao caso *Caroline* como detentora de alguma importância para o instituto da legítima defesa, mas com as devidas cautelas. Segundo o internacionalista britânico, a fórmula do caso é vaga e

prerrogativa da soberania estatal vigente nos séculos XIX e início do XX tornou a legítima defesa uma questão metajurídica, um modo de justificação política do uso da força⁵²⁹, de tal modo que não possuía qualquer importância quanto à guerra. Se o uso da força era irrestrito, não fazia sentido a elaboração de uma justificação jurídica baseada na legítima defesa como fundamento de uma guerra defensiva⁵³⁰.

A legítima defesa obteve, de fato, suma significação jurídica, ingressando no Direito Internacional Público de modo convencional, a partir do momento em que foi tolhido o total arbítrio acerca da possibilidade de guerrear – especialmente com o advento da Liga das Nações, que restringiu o recurso à guerra, e com a assinatura do Pacto Briand-Kellogg, que a proibiu (excetuando-se precisamente as guerras travadas em legítima defesa). Por isto, pode-se afirmar que a legítima defesa no ordenamento jurídico internacional deve ter como pressuposto a proibição das guerras agressivas para que alcance autonomia jurídica⁵³¹.

Significativa parte dos internacionalistas reconhece a existência de um direito costumeiro à legítima defesa anterior à Carta⁵³². Porém, a doutrina divide-se quanto ao aparecimento de tal costume internacional. Para uns, como Antonio CASSESE e Ian BROWNLIE, este costume somente surgiu da prática internacional posterior ao advento da Liga das Nações e da criação do Pacto Briand-Kellogg; para outros, como Malcolm

questionável, além de referir-se a fatos anteriores à regulação jurídica contemporânea do uso da força entre os Estados, na qual o direito de legítima defesa obtém grande importância jurídica como modo excepcional de uso da força. ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *International Law in the Past Third of a Century – General Course in Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 159 – Académie de Droit International*, op.cit. p. 96; CASSESE, Antonio. *Article 51*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Alain PELLET*, op.cit. pp. 772; SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. pp. 691-692; BYERS, Michael. *Direito Internacional e Conflito Armado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 72; BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 255 – Académie de Droit International*. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp.202-203.

⁵²⁹ ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *International Law in the Past Third of a Century – General Course in Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 159 – Académie de Droit International*, op.cit. p. 96.

⁵³⁰ Idem, p. 97.

⁵³¹ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*, op.cit. pp. 245-246; CASSESE, Antonio. *Article 51*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Alain PELLET*, op.cit. pp. 771-772.

⁵³² Por todos, KELSEN, Hans *The Law of the United Nations. – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 791; DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª edição. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 960. ARÉCHAGA parece isolado na concepção de que não há nenhum direito costumeiro à legítima defesa anterior à Carta. ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *International Law in the Past Third of a Century – General Course in Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 159 – Académie de Droit International*, op.cit. p. 97.

N. SHAW e Michael BYERS, o *locus classicus* deste direito costumeiro está no caso *Caroline*⁵³³.

A despeito da origem deste costume internacional, cuja origem relacionada ao caso *Caroline* é combatida por diversos autores e defendida por outros, *todos* os Estados referendam a centralidade dos requisitos da necessidade e da proporcionalidade da legítima defesa como justificação jurídica do uso da força no direito internacional costumeiro – entendimento este corroborado pela Corte Internacional de Justiça no caso *Nicarágua* e no caso da *Legalidade da Ameaça ou do Uso de Armas Nucleares*⁵³⁴. Este último caso acrescenta, ademais, a não-restrição destes requisitos ao direito costumeiro, aplicando-os do mesmo modo ao artigo 51 da Carta, independentemente dos meios de força utilizados (nucleares ou não) ⁵³⁵. Na realidade, estes dois requisitos de proporcionalidade e necessidade não estão sozinhos, pois se integram a um terceiro, o de imediatismo – e os três têm suas raízes na já mencionada correspondência de Daniel Webster no caso *Caroline* (“necessidade de legítima defesa *imediate*, incontornável, que não deixe aberta qualquer outra possibilidade de ação ou qualquer tempo para deliberação”)⁵³⁶.

⁵³³ CASSESE, Antonio. *Article 51*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. pp. 772; BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 255 – Académie de Droit International*, op.cit. p. 203; SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. pp. 691-692; BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007, pp. 71-72.

⁵³⁴ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. pp. 120-121; PEREIRA, Antônio Celso Alves. *O recurso à força e a legítima defesa no direito internacional contemporâneo*. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, PEREIRA, Antônio Celso Alves (coords.), op.cit. p. 16; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports, 1986*, op.cit. p. X;

O *Parecer sobre a Ameaça ou o Uso de Armas Nucleares*, citando diretamente o caso *Nicarágua*, atesta pela submissão do exercício do direito à legítima defesa aos critérios da proporcionalidade e da necessidade, de natureza costumeira: “41. The submission of the exercise of the right of self-defence to the conditions of necessity and proportionality is a rule of customary international law. As the Court stated in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*: there is a “specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law (I.C.J. reports, 1986, p. 94, para. 176)”. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request of Advisory Opinion by the General Assembly of the United Nations)*. ICJ Reports, 1996, p. 245.

⁵³⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request of Advisory Opinion by the General Assembly of the United Nations)*. ICJ Reports, 1996, p. 245.

⁵³⁶ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 281.

A necessidade de legítima defesa requer a indisponibilidade de qualquer resolução alternativa (pacífica) para uma determinada disputa, senão com a utilização da força como resposta a um ataque armado⁵³⁷. É imperativa a solução pacífica da controvérsia se há meios de para sua obtenção – também conforme impõe neste sentido o artigo 2º (3) da Carta da ONU.

Considera-se a proporcionalidade fundamental para a legítima defesa, pois a resposta não pode exceder a agressão perpetrada, embora isto seja de difícil averiguação. Yoram DINSTEIN propõe, neste sentido, uma saída ao problema. Para ele, a concepção da proporcionalidade deve configurar-se como uma questão de bom senso na resposta da força pela contraforça⁵³⁸, tendo-se em vista as particularidades de cada caso. Há, neste sentido, ilegalidade de uma resposta armada cujos meios excedam os estritamente indispensáveis ao seu exercício, como a ocupação militar do país responsável pela agressão armada, ou mesmo a anexação de seu território, assim como o exercício da legítima defesa ao uso da força não-armada⁵³⁹.

Já o imediatismo relaciona-se à indisponibilidade do lapso de tempo de exercício da legítima defesa. Não se permite um demasiado intervalo temporal entre o ataque armado e o exercício da legítima defesa – embora certa flexibilidade seja admissível, porquanto há a possibilidade de sobrevir um intrincado processo diplomático para a resolução pacífica da controvérsia⁵⁴⁰ ou mesmo um imenso obstáculo geográfico, como no caso de um ataque armado cuja origem seja de um continente distante milhares de quilômetros do Estado-alvo.

A Corte Internacional de Justiça declarou a natureza costumeira da legítima defesa no caso Nicarágua vs. Estados Unidos, assim como sua existência autônoma em relação à fonte convencional estabelecida pela Carta da ONU em seu artigo 51 nos seguintes termos:

⁵³⁷ Idem, Ibidem.

⁵³⁸ Idem, p. 282.

⁵³⁹ Idem, p. 97. CASSESE, Antonio. *Article 51*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. pp. 774-775; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 254-255; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports*, 1986, op.cit. p. 110; TOMUSCHAT, Christian. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century – General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 281 – Académie de Droit International, op.cit. p. 214.

⁵⁴⁰ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 282.

176. As regards the suggestion that the areas covered by the two sources of law are identical, the Court observes that the United Nations Charter, the convention to which most of the United States argument is directed, by no means covers the whole area of regulation of the use of force in international relations. On one essential point, this treaty itself refers to pre-existing customary international law; this reference to customary law is contained in the actual text of Article 51, which mentions the “inherent right” (in the French text “droit naturel”) of individual or collective self-defence, which “nothing in the present Charter shall impair” and which applies in the event of an armed attack. The Court therefore finds that Article 51 of the Charter is only meaningful on the basis that there is a “natural” or “inherent” right of self-defence, and it is hard to see how can this be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the Charter. Moreover, the Charter, having itself recognized the existence of this right, does not go on to regulate directly all aspects of its content. For example, it does not contain any specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law⁵⁴¹.

O artigo 51 da Carta da ONU estabelece que nada no referido diploma impede o direito inerente à legítima defesa individual ou coletiva quando da ocorrência de um ataque armado a um membro das Nações Unidas até o momento em que as medidas necessárias à manutenção da paz e da segurança internacionais tenham sido tomadas pelo Conselho de Segurança. Impõe, ademais, que quaisquer atos praticados pelos Estados no exercício do direito de legítima defesa devem ser comunicados ao Conselho, de tal modo que se lhes veda atingir em qualquer instância tanto a sua autoridade como a sua responsabilidade, atribuídas pela Carta da ONU, para conduzir as medidas necessárias à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais, tomadas a qualquer tempo, sob o jugo de sua discricionariedade⁵⁴².

O artigo 51 da Carta trata a legítima defesa como um *direito inerente* – que na versão francesa da Carta aparece como *droit naturel*. A redação do dispositivo aparenta certo anacronismo ao resgatar a noção de direito natural: o direito à legítima defesa não é posto pelo direito positivo, mas fundamentado no direito natural como um “direito

⁵⁴¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, I.C.J. Reports, 1986, op.cit. p. 94.

⁵⁴² *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 90.

inerente”. Esta interpretação é considerada, no entanto, insustentável pela maior parte da doutrina, descrente de qualquer verdade transcendental imposta por leis da natureza⁵⁴³.

KELSEN, como o mais influente crítico das doutrinas de direito natural, personifica exemplarmente esta refutação. Primeiramente, define o direito de legítima defesa consoante a doutrina do direito natural como o direito intransmissível de um indivíduo ou de um Estado à defesa de si, de sua propriedade ou mesmo de sua honra em face de um ataque iminente ou real – cuja amplitude claramente ultrapassa o disposto na Carta da ONU, de modo que até a violação da honra estatal enseja o exercício da legítima defesa⁵⁴⁴. Neste sentido, KELSEN admoesta a redação do artigo 51 da Carta em obra *The Law of The United Nations* ao assinalar que a pressuposição de existência de um direito natural de legítima defesa nada mais é que “uma opinião teórica do legislador desprovida de qualquer importância jurídica”⁵⁴⁵. Todavia, Oscar SCHACHTER ressalva a durabilidade e a influência no comportamento estatal da atualidade de uma concepção relativa a um direito inalienável à legítima defesa, de existência autônoma e não limitada de qualquer modo pelo direito positivo em assuntos considerados de risco à segurança nacional⁵⁴⁶. A despeito disto, a doutrina majoritária adota o posicionamento cético.

Nesta linha, vale ressaltar a natureza de *jus cogens* da legítima defesa, reconhecida e aceita pela “comunidade internacional de Estados, como uma norma da qual não se admite derrogação” contratual⁵⁴⁷, cuja mudança somente se perfaz por uma norma de mesma natureza e subsequente (outra norma de *jus cogens*). Esta natureza imperativa da norma autorizadora do direito à legítima defesa, que, por um lado, lhe confere significativa estabilidade, por outro, reflete a impossibilidade de sua caracterização como um direito natural (e dotado, portanto, de imutabilidade), porquanto uma eventual – embora remotíssima – modificação poderia teoricamente

⁵⁴³ Por todos KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations. – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 792; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 250.

⁵⁴⁴ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations. – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 792.

⁵⁴⁵ Idem, Ibidem. (Tradução livre do autor).

⁵⁴⁶ SCHACHTER, Oscar. *Self-Defense and the Rule of Law*. In: *American Journal of International Law*. Vol. 83, nº2, 1989, p. 260.

⁵⁴⁷ *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 836.

ocorrer, com a abstenção generalizada dos Estados de se defenderem contra ataques armados⁵⁴⁸.

Tampouco a explicação do direito de legítima defesa se obtém tão-somente como decorrência necessária da soberania estatal. Esta possui conteúdo variável ao longo dos tempos – aquela do século XIX, na qual havia um *jus ad bellum* irrestrito, é diferente da atual, em que o uso da força lícita tornou-se a exceção. O direito à legítima defesa exige sua instituição pelo Direito Internacional Público – seja ele convencional ou costumeiro. E é neste sentido a interpretação dada pela Corte Internacional de Justiça do vocábulo “inerente”, relacionando suas origens ao direito costumeiro (e afastando-o, ao mesmo tempo, dos axiomas da doutrina do direito natural), cuja preservação, ao menos no essencial, foi o objetivo dos autores da Carta⁵⁴⁹.

Embora o artigo 51 da Carta explicitamente limite o direito à legítima defesa aos membros da ONU vítimas de um ataque armado, qualquer Estado, membro ou não das Nações Unidas, possui tal direito em virtude da fonte costumeira da norma referente à legítima defesa. Ademais, a titularidade do direito de defender-se de um ataque armado com o apoio da ONU justifica-se por sua finalidade principal, a manutenção da paz e da segurança internacionais⁵⁵⁰. Do mesmo modo que a proibição do uso da força nas relações internacionais estabelecida no art. 2º (4) da Carta possui natureza costumeira, também o é a sua exceção, a legítima defesa, vinculando juridicamente todos os Estados⁵⁵¹.

A legítima defesa é um direito cujo exercício se faz tanto individual como coletivamente. A legítima defesa coletiva, como se verá de modo mais detalhado, tem como objetivo principal preservar a tranqüilidade de Estados fracos militarmente,

⁵⁴⁸ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 252.

⁵⁴⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, op.cit. pp. 86-87; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 252.

⁵⁵⁰ PEREIRA, Antônio Celso Alves. *O recurso à força pelos estados e a legítima defesa no direito internacional contemporâneo*. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, PEREIRA, Antônio Celso Alves (coords.), op.cit. p. 16.

⁵⁵¹ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 253.

incapazes quanto à manutenção de sua própria segurança sem o apoio de uma aliança militar⁵⁵².

2.2.4.2 Controvérsias sobre a extensão do direito à legítima defesa

2.2.4.2.1 A legítima defesa e as *représalias defensivas armadas*

As fontes normativas convencional e costumeira do direito à legítima defesa provocam disputas acerca de sua extensão.

Preliminarmente, faz-se necessária a diferenciação entre a legítima defesa e algumas figuras que lhe são correlatas. Em segundo lugar, uma análise sobre a controvérsia acerca da licitude da legítima defesa preventiva no Direito Internacional Público (ainda sem analisar mais profundamente a questão da legítima defesa preventiva sustentada pela *doutrina Bush*, a ser feita no próximo capítulo).

A autoajuda (self-help) sempre foi uma das mais importantes características do Direito Internacional Público, devido à ausência, durante sua História, do *monopólio da força institucionalizada* (para citar uma expressão de KELSEN), até a criação da Organização das Nações Unidas, a primeira tentativa realmente universal de instituir tal monopólio em benefício de toda a sociedade internacional de Estados⁵⁵³.

Os Estados exercem a autoajuda quando, ao determinarem unilateralmente a violação de um direito subjetivo, recorrem às medidas necessárias para a salvaguarda e a proteção deste direito em uma sociedade igualitária (em outras palavras, cujo poder soberano é ausente), como é o caso da sociedade internacional⁵⁵⁴. Para o seu exercício, segundo o direito internacional costumeiro, a autoajuda não exige o cometimento prévio

⁵⁵² DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 960.

⁵⁵³ KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. p. 51. Ian BROWNLIE assinala, neste sentido: “The system of the Charter represents the normal elements of a public order system, that is to say, a centralized authority with prima facie a monopoly of the use of force and a restrictive régime of self-help by individual States”. BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 255 – *Académie de Droit International*, op.cit. p. 196.

⁵⁵⁴ *Yearbook of the International Law Commission – Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-second session. Volume II, part two*, 1980, p. 54.

de agressão armada (ou ataque armado)⁵⁵⁵. Ela simplesmente retrata e ao mesmo tempo promove a anarquia internacional.

Não se pode, de fato, confundir a autoajuda com a legítima defesa. A autoajuda é um gênero muito mais amplo de ação conferido aos Estados para lidar em suas relações internacionais na busca de salvaguarda de seus direitos subjetivos violados, do qual a legítima defesa se constitui em uma espécie de “autoajuda armada”, condicionada pelo cometimento prévio de um tipo específico de ilícito internacional, o ataque armado⁵⁵⁶. Ademais, a prática da autoajuda não exatamente se restringe *sempre* à violação de um direito subjetivo de um determinado Estado; o mero risco à sua segurança pode desencadeá-la⁵⁵⁷.

A legítima defesa caracteriza-se pela provisoriedade (na Carta isto se explicita com a sua autorização *até* o momento em que o Conselho de Segurança “tenha tomado as providências necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais”⁵⁵⁸), pela subsidiariedade ao sistema de segurança coletiva estabelecido pelo capítulo VII da Carta (cuja análise será mais detalhadamente realizada em item posterior) e pelo controle *a posteriori* por parte do Conselho de Segurança das Nações Unidas⁵⁵⁹. É, de fato, uma exceção às regras de ação tomadas coletivamente pelo Conselho, dotada de caráter temporário⁵⁶⁰. Mas estas características são mitigadas pelas carências *na prática* do sistema de segurança coletiva da Carta, uma vez que o Conselho de Segurança pode encontrar-se paralisado pelo veto de um de seus membros permanentes ou pela

⁵⁵⁵ HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*, op.cit. pp. 185-186.

⁵⁵⁶ *Yearbook of the International Law Commission – Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-second session. Volume II, part two*, 1980, p. 54; CASSESE, Antonio. *Article 51*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 774.

⁵⁵⁷ HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*, op.cit. pp. 185.

⁵⁵⁸ *Legislação Internacional*, op.cit. p. 90.

⁵⁵⁹ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 962.

⁵⁶⁰ FRANCK, Thomas. *Fairness in the International Legal and Institutional System - General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 240, III – Académie de Droit International*. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 278.

discordância entre seus membros acerca da qualificação de um ato como ataque armado e acerca das medidas a serem realizadas para corrigir tais situações⁵⁶¹.

A redação do artigo 51 da Carta das Nações Unidas condiciona o uso da força em legítima defesa como *resposta* a um *ataque armado*, assim como aos procedimentos relativos à notificação do Conselho de Segurança da ONU após a sua efetivação. A especificação de *ataque armado* possui um caráter propositadamente restritivo, vedando-se qualquer reação armada a ataques por vias econômicas ou ideológicas⁵⁶². O exercício da legítima defesa deve limitar-se à resposta ao uso da força *necessariamente* armada⁵⁶³, tal como disposto no art.1º da Resolução 3314 da Assembléia Geral da ONU sobre a Definição Consensual de Agressão⁵⁶⁴.

Não há, com efeito, total correspondência entre o artigo 2º (4) da Carta – de maneira mais notável, com relação à proibição da ameaça do uso da força – e o que se estabelece como requisito necessário ao exercício da legítima defesa. A Resolução 2625 (XXV) sobre a *Declaração dos Princípios do Direito Internacional* compreende, por exemplo, a propaganda de uma guerra de agressão como uma conduta violadora do artigo 2º(4) da Carta, embora não constitua um ataque armado⁵⁶⁵.

A Corte Internacional de Justiça, no caso *Nicarágua vs. Estados Unidos*, distinguiu de modo explícito a noção mais restrita de ataque armado, constituinte de uma forma mais grave de uso da força, em relação aos demais usos ilícitos da força, constituintes de formas menos graves. Isto resulta na possibilidade de um uso ilícito da força que não origine o direito correspondente à legítima defesa. Jiménez de ARÉCHAGA assinala, neste sentido, que um ataque armado é uma forma específica de

⁵⁶¹ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 962.

⁵⁶² HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*, op.cit. p. 184.

⁵⁶³ KELSEN esclarece, neste sentido, que o artigo 51 da Carta não utiliza o termo mais genérico *agressão*, mas o de *ataque armado*, o que significa que quaisquer atos de agressão ou a iminência de um ataque não justificam de qualquer forma a utilização da força em legítima defesa. KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations. – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. pp. 797-798.

⁵⁶⁴ “Art. 1º A Agressão é a utilização da *força armada* por um Estado contra a soberania, a integridade territorial, ou a independência política de outro Estado ou de qualquer maneira incompatível com a Carta das Nações Unidas” (grifo nosso). *Legislação Internacional*, op.cit p. 160. Para mais detalhes, ver item supra 2.2.2.

⁵⁶⁵ *Legislação Internacional*, op.cit. p. 152; TOMUSCHAT, Christian. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century – General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 281 – *Académie de Droit International*, op.cit. p. 214.

uso da força, pois “sua seriedade cria um *periculum in mora*, proporcionando o direito de uso da força em legítima defesa, em vez de se esperar pelas medidas de proteção tomadas pelas Nações Unidas”⁵⁶⁶. Um ataque armado deve, de fato, ser contemplado como uma forma específica de uso da força cuja gravidade seja suficiente para causar “perdas de vidas humanas e/ou grave destruição da propriedade”⁵⁶⁷. Sem isto, não há que se falar em legítima defesa.

O artigo 51 da Carta confere um papel de primazia ao Conselho de Segurança no tema da legítima defesa⁵⁶⁸. As medidas tomadas no seu exercício devem ser imediatamente notificadas ao Conselho. Este tem possibilidade de agir segundo a sua discricionariedade acerca das medidas mais adequadas à manutenção ou à restauração da paz e da segurança internacionais. Eis algumas delas:

(i) dar o seu selo retrospectivo de aprovação para o exercício da legítima defesa; (ii) impor um cessar-fogo geral; (iii) exigir a retirada de forças para as linhas de origem; (iv) insistir na cessação da ação unilateral do Estado acusado, suplantando-o com medidas de segurança coletiva; ou (v) decidir se o Estado envolvido na chamada legítima defesa é, na verdade, o agressor⁵⁶⁹.

A decisão do Conselho sobre quem seja o agressor é vinculante a todos os membros da ONU.

É a legítima defesa, com efeito, a principal reminiscência de autoajuda de licitude incontroversa segundo o Direito Internacional Público Contemporâneo.

As represálias são outra espécie de autoajuda características do Direito Internacional Público Clássico de utilização ainda habitual no Direito Internacional Público Contemporâneo. Esta permanência na contemporaneidade é causada, segundo observa Wilhelm GREWE, pela incapacidade de as regras dispostas na Carta da ONU

⁵⁶⁶ ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *International Law in the Past Third of a Century – General Course in Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 159 – Académie de Droit International, op.cit. p. 95. (Tradução livre do autor)

⁵⁶⁷ DINSTEIN, YORAM. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 266.

⁵⁶⁸ Mas vale lembrar a existência da Resolução *Uniting for Peace*, que estabeleceu a possibilidade de a Assembléia Geral determinar a existência de “ameaças à paz, rupturas da paz ou atos de agressão” por 2/3 dos seus votos. ⁵⁶⁹ WALDOCK, Claude Humphrey Meredith. *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 81. Hague: Librairie du Recueil Sirey, 1952, pp. 496.

⁵⁶⁹ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 287-288.

proporcionarem efetividade a um sistema de segurança coletiva, o que provoca o retorno de figuras jurídico-institucionais do Direito Internacional Clássico na prática estatal⁵⁷⁰.

As represálias consistem em atos praticados por um determinado Estado como resposta a um ato ilícito prévio cometido por outro Estado⁵⁷¹. São reações a ilícitos internacionais de extrema variedade e dividem-se em armadas e não armadas⁵⁷². Elas eram lícitas, segundo o direito internacional costumeiro, se satisfizessem alguns requisitos necessários estabelecidos no caso Naulilaa⁵⁷³: uma violação prévia do Direito

⁵⁷⁰ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op.cit. p. 681. DINH, DAILLIER e PELLET apontam variados casos enquadrados juridicamente como represálias armadas ocorridos durante todo o século XX (a então chamada, nos seus primeiros anos, de ‘política do canhão’), diferenciando-os de atos de guerra:

“Em 1902 uma esquadra anglo-italo-alemã capturou navios de guerra venezuelanos e bombardeou um porto para obter a reparação de danos causados a nacionais dos três Estados. Em 1914, o porto de Vera Cruz foi bombardeado e ocupado durante vários meses por forças americanas para forçar o governo mexicano a reparar alguns danos. Estas medidas não equivalem a verdadeiros actos de guerra e podem pois ser assimiladas à categoria de represálias”.

“Podemos enumerar numa época mais recente acções tais como a destruição de aeronaves civis no estrangeiro (raide israelita sobre o aeroporto de Beirute, em Dezembro de 1978, bombardeamentos pelos Estados Unidos sobre o Vietname do Norte em 1964, em represália pelos ataques a navios americanos no Golfo de Tonkin) e o bloqueio pacífico (‘isolamento’ estabelecido pelos Estados Unidos em redor de Cuba, no ‘caso dos mísseis’ em Outubro/Novembro de 1962); incursões militares contra bases de movimentos de resistência ou de rebeldes situados num terceiro país (África do Sul em Angola e Moçambique entre 1978 e 1982; intervenção israelita no Líbano em 1982 e raide sobre o quartel general palestiano na Tunísia em 1985); bombardeamentos americanos ao Sudão e Afeganistão em 1998, em represália aos atentados terroristas contra as embaixadas americanas na Somália e Quênia”. DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 967.

⁵⁷¹ CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 299. Rosalyn HIGGINS define as represálias, no entanto, de modo mais restritivo, excluindo as outras violações do Direito Internacional Público, e destacando, por conseguinte, somente a noção de ataque militar ilícito como pressuposto: “Reprisals consist of action in response to prior unlawful military attack, aimed not at defending oneself against an attack as it happens, but rather in delivering a message of deterrence against the initial attack being repeated”. HIGGINS, Rosalyn. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 230, V. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 308.

⁵⁷² DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 974.

⁵⁷³ Antonio CASSESE resume claramente este caso e suas implicações: “In 1914, while Portugal was still neutral, German forces from the German colony of South West Africa (at present Namibia) crossed the border with Angola, the under Portuguese domination, in order to meet Portuguese authorities and initiate negotiations concerning the importation of food and the setting up of postal relations with Germany through Angola. At the Portuguese post of Naulilaa, on the southern border of Angola, the head of the German team, the governor of a district in South West Africa, and two German officers were killed following a misunderstanding caused primarily by the linguistic incompetence of the German interpreter, who hardly spoke and read Portuguese. By way of reprisal German troops were sent to destroy Portuguese posts and kill Portuguese soldiers. The Special Arbitral Tribunal instituted by Germany and Portugal determined in 1928 the following concerning reprisals: first, they comprise acts which would be normally illegal but are rendered lawful by the fact that they constitute a reaction to an international delinquency; second, they must be ‘limited by considerations of humanity (*les expériences de l’humanité*) and the rules of good faith applicable in the relations between States’; third, they must not be excessive, although they need not be strictly proportionate to the offence; fourth, they must be preceded by a request

Internacional Público, uma tentativa mal-sucedida de reparação e a proporcionalidade da represália em relação ao ilícito perpetrado⁵⁷⁴.

Já no Direito Internacional Público Contemporâneo, o regime jurídico das represálias armadas e não-armadas é distinto. Se forem perpetradas sem o uso da força armada (a maioria delas), são ainda consideradas lícitas⁵⁷⁵. Se, ao contrário, o forem com o uso da força armada, são geralmente consideradas ilícitas⁵⁷⁶, exceto quando há uma suposta aproximação das represálias armadas com o tema da legítima defesa, situação em que surge uma disputa doutrinária. A distinção entre as duas figuras na prática internacional é reconhecida como problemática pela doutrina⁵⁷⁷.

Para parte substantiva da doutrina, liderada pela Comissão de Direito Internacional (CDI)⁵⁷⁸ e por Ian BROWNLIE⁵⁷⁹, as represálias armadas não estão de qualquer modo envoltas na noção de legítima defesa disposta no artigo 51 da Carta. A ilicitude das represálias armadas não comporta qualquer exceção. Este entendimento está expresso na *Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional* (Resolução n. 2625 da Assembleia Geral), na qual se estabelece que “os Estados têm o dever de abster-se de atos de represálias implicando a utilização da força”⁵⁸⁰.

A CDI distingue claramente as represálias armadas da legítima defesa. Porém reconhece uma similaridade: ambas são reações tomadas por um Estado após o

for peaceful settlement (they must ‘have remained unredressed after a demand for amends’); fifth, they must ‘seek to impose on the offending State reparation for the offence, the return to legality and the avoidance of new offences’. It is interesting to note that in this case, the Tribunal held that Germany had violated international law because: (1) the Portuguese had not acted contrary to international law, since the killing of the three Germans was not a willful but a fortuitous, if deplorable, incident; (2) the Germans had not made a request for peaceful settlement before resorting to force; (3) the force used by Germany was ‘excessive’ and ‘out of any proportion’ to the conduct of Portuguese authorities”. CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. pp. 299-300.

⁵⁷⁴ HIGGINS, Rosalyn. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 230, V, op.cit. p. 308.

⁵⁷⁵ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 974.

⁵⁷⁶ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. pp. 121-122.

⁵⁷⁷ Idem, p. 122.

⁵⁷⁸ *Yearbook of the International Law Commission – Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-second session. Volume II, part two*, 1980, pp. 53 e ss.

⁵⁷⁹ BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 255 – *Académie de Droit International*, op.cit. pp. 205-206.

⁵⁸⁰ *Declaração Relativa aos Princípios de Direito Internacional Referentes às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados, Conforme a Carta das Nações Unidas – Resolução 2625 da Assembleia Geral da ONU, adotada em 24.10.1970*, op.cit. p. 152.

sofrimento de um ilícito internacional⁵⁸¹. Quanto às distinções, a CDI assinala as suas disparidades lógico-temporais.

A legítima defesa limita-se a uma reação defensiva contra um ataque armado. Seu objetivo não é punitivo ou retaliatório, mas *exclusivamente* defensivo, consubstanciado no impedimento tanto da continuidade do ilícito internacional como do alcance de seus propósitos. As represálias, por sua vez, possuem outra natureza, de caráter sancionatório, atuando após o cometimento do ato ilícito por um Estado. Sua finalidade é basicamente punitiva – mas eventualmente pode agregar-se a tal finalidade a de constituir-se em um aviso contra a possibilidade de repetição da conduta ilícita punida ou mesmo a de exercício de pressão para compensação dos danos perpetrados⁵⁸².

Contudo, para estudiosos de significativa influência, como Yoram DINSTEIN, Malcolm N. SHAW e DIHN, DAILLIER e PELLET, as “represálias defensivas armadas” são lícitas se estiverem em consonância com o exercício do direito de legítima defesa, como resposta a um ataque armado (e não a qualquer violação do Direito Internacional Público). A ilegalidade da resposta armada a um ilícito internacional não-armado é um princípio tido como “inatacável” do Direito Internacional Público. A dissonância em relação ao exercício da legítima defesa resulta na ilicitude do uso da força, violação da norma disposta no art.2º (4) da Carta⁵⁸³.

As “represálias defensivas armadas” devem obedecer aos critérios do *ius in bello* (as regras do atual Direito Internacional Humanitário⁵⁸⁴), aplicáveis a qualquer modalidade de uso da força, assim como às condições ao exercício da legítima defesa (proporcionalidade, necessidade e imediatismo)⁵⁸⁵.

A proporcionalidade e a necessidade foram explicitamente assinaladas como condições centrais no já referido caso Naulilaa.

⁵⁸¹ *Yearbook of the International Law Commission – Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-second session. Volume II, part two*, 1980, p. 53.

⁵⁸² *Idem, Ibidem*; GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 121.

⁵⁸³ SHAW, Malcolm N. *International Law*, op. cit. p. 691; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit p. 299, 306; DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 968.

⁵⁸⁴ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 135 e ss.

⁵⁸⁵ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 300, 303.

Mas a exigência da primeira condição não requer um cálculo demasiadamente exato dos prejuízos causados – sejam eles representados ou não por vidas humanas. Uma espécie de simetria deve ser instituída entre a reação e o uso inicial da força armada (mas isto não impede, por outro lado, a possibilidade de a reação ocasionar mais prejuízos humanos e/ou materiais que o previsto, devido ao componente de imprevisibilidade inerente a qualquer investida de caráter militar).

A segunda condição exige a resposta armada como último recurso previsto ao Estado vítima. Se houver a vontade do Estado atacante de promover a reparação dos danos causados, esta opção pacífica deve ser privilegiada. Todavia, o Estado vítima não estaria de qualquer modo obrigado a aceitar dilações diplomáticas não-razoáveis para obter a reparação do ilícito perpetrado – cabendo-lhe, portanto, a opção das “represálias defensivas armadas”.

E isto se congrega diretamente à terceira condição prevista para o uso destas represálias, o imediatismo. A sua legalidade se submete à demonstração de uma conexão temporal entre o ilícito armado e a reação a ele, pois o uso da represália armada em face de um ilícito armado prévio ocorrido em um passado distante é indubitavelmente ilegal. Esta relação de contemporaneidade representa, de fato, a “matriz da legitimidade das represálias defensivas armadas”⁵⁸⁶.

2.2.4.2.2 O debate sobre a legítima defesa antecipatória

Instaurou-se na doutrina uma disputa acerca da extensão do conteúdo da norma de legítima defesa – em especial sobre a licitude ou não da legítima defesa antecipatória ou preventiva. Há basicamente, dois entendimentos acerca do conteúdo da norma de legítima defesa entre os acadêmicos. Os primeiros apegam-se primordialmente ao texto do artigo 51 da Carta da ONU (embora alguns deles não descartem de qualquer modo a importância do direito costumeiro, atribuindo-lhe uma interpretação condizente com o conteúdo da Carta). Os outros doutrinadores, favoráveis ao direito costumeiro ampliado de legítima defesa, não consideram a possibilidade de esgotamento do tema da legítima

⁵⁸⁶ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 303-305.

defesa (cujo conteúdo é bem mais abrangente) na literalidade do texto do artigo 51 da Carta⁵⁸⁷.

As interpretações distintas dadas ao caso *Caroline*, cuja autoridade tornou-se de estatuto próximo ao mítico para a maioria dos acadêmicos (como atesta Christine GRAY⁵⁸⁸), contribuem para a controvérsia sobre a extensão da licitude à legítima defesa preventiva.

Parte da doutrina e da argumentação estatal sustenta, baseada neste caso, a maior amplitude do direito à legítima defesa, e, ao mesmo tempo nele se fundamenta para amparar as condições de seu exercício na necessidade e na proporcionalidade. Outros, no entanto, afirmam a irrelevância do episódio *Caroline* para a moderna teoria da legítima defesa, reputando-lhe a condição de mero evento de autoajuda de natureza preventiva, desprovido de qualquer importância em conflitos de larga escala⁵⁸⁹.

Aos adeptos deste último entendimento, de caráter restritivo, a legítima defesa consoante o artigo 51 da Carta baseia-se na idéia de contra-ataque, de reação ao uso efetivo – e não potencial – da força armada. O máximo permissível a um determinado Estado ameaçado pela possibilidade de ser vítima de um ataque armado é a preparação de seus efetivos militares a fim de repeli-lo. A Carta proíbe qualquer ação armada preventiva de legítima defesa⁵⁹⁰. Nada nos trabalhos preparatórios da Carta indica, ademais, uma intenção ampliativa de fundamento costumeiro acerca da legítima defesa disposta claramente na redação do artigo 51⁵⁹¹.

Para estes doutrinadores, a redação do artigo 51 não deixa qualquer dúvida: o pressuposto do surgimento do direito à legítima defesa é a ocorrência de um ataque armado, e este direito é uma exceção à proibição do uso da força nas relações internacionais imposta pelo artigo 2º (4) da Carta, cuja interpretação deve ser feita de modo restritivo. Neste sentido, a interpretação do artigo 51 da Carta realiza-se de acordo

⁵⁸⁷ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 98.

⁵⁸⁸ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 120.

⁵⁸⁹ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit., pp. 120-121.

⁵⁹⁰ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations. – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. pp. 269; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 256; HENKIN, Louis. *How Nations Behave – Law and Foreign Policy*. Second Edition. New York: Columbia University Press, 1979, p. 141.

⁵⁹¹ HENKIN, Louis. *How Nations Behave – Law and Foreign Policy*, op.cit. p. 141.

com o “sentido comum das palavras” (“no caso de ocorrer um ataque armado”⁵⁹²), segundo dispõe a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁵⁹³. Ademais, eles entendem que o direito costumeiro, quando da criação da Carta da ONU, permitia somente um direito restrito à legítima defesa, de modo que a preservação de um direito costumeiro legitimador de um direito ampliado à legítima defesa tornaria qualquer restrição do artigo 51 da Carta completamente inútil e sem sentido⁵⁹⁴.

Todavia, há diversos estudiosos de enorme prestígio que assinalam o primeiro entendimento, de caráter ampliativo, sobre a existência de um direito costumeiro de legítima defesa de maior abrangência do que o disposto na Carta da ONU, de modo a contemplar o exercício da legítima defesa preventiva (ou antecipatória). Para eles, o direito de legítima defesa previsto na Carta é apenas uma de suas modalidades, não esgotando, desse modo, as demais ações adequadas de legítima defesa previstas no direito internacional costumeiro. Asseveram que a expressão “nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa” refere-se a este direito internacional costumeiro de legítima defesa autorizador de ataques preventivos necessários e proporcionais⁵⁹⁵. A Carta da ONU não pretendia a restrição ainda mais vigorosa do direito à legítima defesa do que já fizera o incidente *Caroline*, cuja formulação doutrinária posterior somente autorizava a defesa perante uma iminente ameaça de ataque armado. Ela, com efeito, não autorizava a defesa diante de meras ameaças ou perigos potenciais, mas sim diante de uma inequívoca preparação de um ataque armado que ainda não tenha ultrapassado as fronteiras do atacante. Diante disto, pode-se já considerar a existência de um ataque armado⁵⁹⁶.

⁵⁹² *Legislação Internacional*, op.cit. p. 90.

⁵⁹³ Defendendo posição oposta, mas apontando este entendimento: SCHWEBEL, Stephen. *Aggression, Intervention and Self-Defense in Modern International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 136, 1972, p. 479. Defendendo expressamente este entendimento: BYERS, Michael. *A Lei da Guerra - Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. p. 97.

⁵⁹⁴ BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1963, pp. 264 e ss.

⁵⁹⁵ WALDOCK, Claude Humphrey Meredith. *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 81, op.cit. p. 498; SCHWEBEL, Stephen. *Aggression, Intervention and Self-Defense in Modern International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 136, 1972, pp. 463 e ss; HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process – International Law and How to Use It*. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 242-243.

⁵⁹⁶ WALDOCK, Claude Humphrey Meredith. *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 81, op.cit. p. 498.

A Carta, ao instituir a proibição do uso da força mesmo em casos de ameaças iminentes de ataque, favoreceria os responsáveis pela execução da primeira investida militar⁵⁹⁷ (cujas perdas humanas, nas guerras contemporâneas, seriam absolutamente desastrosas diante do imenso poderio do aparato tecnológico-militar atual). Para WALDOCK, a passividade diante de um ataque do ente agressor de prováveis conseqüências “fatais” constituiria uma manipulação falseadora dos propósitos da Carta⁵⁹⁸. Myres MCDUGAL assinalou, neste sentido, em artigo sobre a *crise dos mísseis* de 1962 e sua relação com o tema da legítima defesa, que a obrigação imposta aos Estados de se comportarem como “alvos fáceis” quando ameaçados por uma ofensiva militar iminente não seria de qualquer modo aceita pelos Estados e violaria o principal propósito da Carta da ONU, “de minimizar a coerção não-autorizada e a violência entre as fronteiras estatais”⁵⁹⁹. SCHWEBEL, ademais, atestou em seu curso na Academia da Haia de Direito Internacional que o artigo 51 não tinha como propósito incrementar a restrição à legítima defesa, mas sim o de assegurar a possibilidade do seu exercício por organizações regionais quando houvesse paralisação do Conselho de segurança em virtude do veto de um de seus membros permanentes⁶⁰⁰.

A *ratio* subjacente à sustentação da licitude da legítima defesa preventiva empreendida pelos autores citados nos parágrafos anteriores apóia-se em uma argumentação meta-jurídica, de ordem estratégica⁶⁰¹. Numa era de mísseis nucleares intercontinentais e “satélites-espiões”, as armas militares e a inteligência militar são de tal modo avançadas que a espera pelo primeiro ataque seria uma demonstração de

⁵⁹⁷ WALDOCK, Claude Humphrey Meredith. *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 81. Hague: Librairie du Recueil Sirey, 1952, pp. 498.

⁵⁹⁸ WALDOCK, Claude Humphrey Meredith. *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 81. Hague: Librairie du Recueil Sirey, 1952, pp. 498.

⁵⁹⁹ MCDUGAL, Myres. *The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defence*. In: *American Journal of International Law* Vol. 57, 1963, p. 601 (tradução livre do autor).

⁶⁰⁰ SCHWEBEL, Stephen. *Aggression, Intervention and Self-Defense in Modern International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 136, 1972, p. 480.

⁶⁰¹ CASSESE, *International Law*, op.cit. p. XX; WALDOCK, por exemplo, o faz de forma expressa: “To cut down the customary right of self-defence beyond even the *Caroline* doctrine does not make sense in times when the speed and power of weapons of attack has enormously increased”. Idem Ibidem; SCHWEBEL, Stephen. *Aggression, Intervention and Self-Defense in Modern International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 136, 1972, p. 481.

grande ingenuidade (e, no extremo, demonstraria um comportamento autodestrutivo por parte de qualquer Estado⁶⁰²).

Louis HENKIN rechaça esta alegação de modo incisivo. Para ele, argumentos de ordem estratégica, como as falhas do Conselho de Segurança, o expressivo desenvolvimento da tecnologia militar e as mudanças nos conflitos geopolíticos desde a criação da Carta da ONU não autorizam de forma alguma a utilização unilateral da força previamente à ocorrência de um ataque armado. Uma leitura imparcial (“a fair reading”) do artigo 51 da Carta possibilita o uso da contraforça armada somente em resposta a um ataque armado prévio. A legítima defesa preventiva é somente um eufemismo para *guerra preventiva*. Nada indica que uma leitura da Carta no sentido de permiti-la melhoraria a sociedade internacional. Muito pelo contrário, a insegurança nas relações internacionais aumentaria substancialmente⁶⁰³.

Yoram DINSTEIN assevera, neste sentido, que se a Carta autorizasse o uso da força armada preventiva, além da resposta a um ataque armado prévio, o teria feito explicitamente no próprio artigo 51. Não faria sentido os autores da Carta relatarem uma obviedade (a legítima defesa em resposta a um ataque armado) e omitirem outras circunstâncias passíveis do exercício de legítima defesa se não houvesse a intenção inequívoca de proibir o uso preventivo da força. A legítima defesa preventiva contém oportunidades infinitamente superiores de uso abusivo, razão pela qual sua autorização expressa seria imprescindível para a própria manutenção da congruência da norma jurídica⁶⁰⁴.

Os doutrinadores contrários à legítima defesa preventiva refutam, ademais, os argumentos jurídicos de seus adversários em dois aspectos principais. Em primeiro lugar, o suposto direito de legítima defesa costumeiro não prevê a legítima defesa preventiva. Em segundo lugar, o artigo 51 da Carta constitui direito novo, responsável pela revogação do direito anterior, não deixando qualquer abertura à legítima defesa que não seja aquela expressamente autorizada pela Carta das Nações Unidas⁶⁰⁵.

⁶⁰² CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 358.

⁶⁰³ HENKIN, Louis. *How Nations Behave – Law and Foreign Policy*, op.cit. pp. 141-143.

⁶⁰⁴ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p.

⁶⁰⁵ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations. – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. pp. 797-798.

A Corte Internacional de Justiça ofereceu, contudo, interpretação intermediária, diversa dos adeptos de uma interpretação mais literal e rígida da Carta quanto a este segundo aspecto, ao afirmar que o direito costumeiro de legítima defesa existe concomitantemente àquele estabelecido pelo artigo 51 da Carta e que seus conteúdos não são idênticos. A Corte não mencionou nada sobre o direito de legítima defesa preventiva como admissível pelo direito internacional costumeiro, pois a questão da legalidade de uma resposta a uma iminente ameaça de ataque armado não foi posta em questão pelos litigantes do Caso Nicarágua vs. Estados Unidos, mas somente a licitude da resposta a um ataque armado já perpetrado. Renunciou a pronunciar-se sobre a legalidade da legítima defesa preventiva quando deveria tê-lo feito⁶⁰⁶. A Corte decidiu, com efeito, que o exercício do direito de legítima defesa tem como pressuposto a existência de um ataque armado⁶⁰⁷.

A análise da prática internacional dos Estados e da ONU pela doutrina⁶⁰⁸ admite a afirmação de que a maioria dos Estados da comunidade internacional postula a ilicitude da legítima defesa preventiva perante o modelo da Carta sobre o uso da força. Se até 1945 havia uma aceitação ampla da licitude de um direito de legítima defesa preventivo enraizado no direito costumeiro, após a criação da Carta das Nações Unidas, isto não mais ocorre. Raras vezes, durante o conturbado período da *Guerra Fria*, um Estado alegou o uso da força armada com base na legítima defesa preventiva. Os Estados usualmente justificam o uso da força armada como resposta a um ataque armado; comportam-se como vítimas em vez de agressores⁶⁰⁹. Procuram expandir, conseqüentemente, a noção de ataque armado na prática estatal, em vez de sustentarem

⁶⁰⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, I.C.J. Reports, 1986, op.cit. p. 93.

⁶⁰⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, I.C.J. Reports, 1986, op.cit. p.103; BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 255 – *Académie de Droit International*, op.cit. p. 204.

⁶⁰⁸ BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. pp. 95-98; CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 361; GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 130-132.

⁶⁰⁹ Assim o fez o Estado de Israel em 1967, na denominada *Guerra dos Seis Dias*, ao lançar um ataque armado preventivo contra Egito, Síria e Jordânia. Não justificou seus atos com base na legítima defesa preventiva, mas sim na argumentação de que os Estados árabes cometeram previamente um ataque armado (destacadamente a concepção de que o bloqueio egípcio do estreito de Tiran constituiu um ato de guerra ao qual cabia em resposta o exercício da legítima defesa sob os auspícios do artigo 51 da Carta). GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 130.

a licitude da legítima defesa preventiva. Só o fazem em último caso, na impossibilidade de provar a existência de um ataque armado prévio.

De fato, a própria hesitação dos Estados na invocação da legítima defesa antecipatória já é um indicativo, na observação de Christine GRAY, da dubiedade de seu status jurídico⁶¹⁰. As controvérsias aumentam ainda mais quando se constata que o Conselho de Segurança fugiu à pronúncia acerca da legalidade ou não da legítima defesa preventiva nos raros casos em que esta foi objeto de alegações. Do mesmo modo agiu a Corte Internacional de Justiça no caso *Nicarágua*, perdendo a maior oportunidade para aplacar quaisquer dúvidas sobre sua legalidade⁶¹¹.

O caso célebre citado na doutrina de alegação estatal do uso da força por meio da legítima defesa antecipatória⁶¹² foi o ataque israelense ao reator nuclear em fase de construção no Iraque em 1981 (mais precisamente em Osirak, próximo a Bagdá). O Estado de Israel então sustentou *expressamente* que o ataque armado se dera em razão da denominada legítima defesa antecipatória⁶¹³, repercutindo o entendimento de doutrinadores como Myres MCDUGAL⁶¹⁴. O perigo representado pela posse de armas nucleares por um Iraque governado por Saddam Hussein (cuja hostilidade em relação ao

⁶¹⁰ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 130.

⁶¹¹ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 133.

⁶¹² Houve outros casos durante o período da Guerra Fria em que se apoiou a utilização da força por meio da legítima defesa preventiva. O Secretário de Estado de Ronald Reagan, George Shultz, ao reagir ao atentado terrorista em uma discoteca em Berlim responsável pela morte de dois militares norte-americanos (neste atentado 39 pessoas morreram e 204 ficaram feridas), declarou a inaceitabilidade da argumentação defensora da ilegalidade perante o Direito Internacional Público de ações militares contra países que apóiam terroristas e/ou guerrilheiros. A ameaça terrorista já era nesta época considerada capaz de legitimar o uso preventivo da força. Israel, em caso diverso do citado no corpo do trabalho, também alegou a legítima defesa preventiva quando atacou um acampamento palestino no sul do Líbano em 1975. Os Estados Unidos vetaram a resolução condenatória deste ataque militar israelense. PEREIRA, Antônio Celso Alves. *O recurso à força pelos estados e a legítima defesa no direito internacional contemporâneo*. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, PEREIRA, Antônio Celso Alves (coords.), op.cit. Pp. 21-22; CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 358.

⁶¹³ O delegado israelense defendeu a ação militar sobre Osirak nos seguintes termos: “In destroying Osiraq, Israel performed an elementary act of self-preservation, both morally and legally. In so doing, Israel was exercising its inherent right of self-defence as understood in general international law and as preserved in Article 51 of the Charter. A threat of nuclear obliteration was being developed against Israel by Iraq, one of Israel’s most implacable enemies. Israel tried to have that threat halted by diplomatic means. Our efforts bore no fruits. Ultimately we were left with no choice. We were obliged to remove that mortal danger. We did it cleanly and effectively”. *UN Doc. S/PV. 2280, 2 June 1981*, p. 970.

⁶¹⁴ UN Doc S/PV 2288, p. 40. A argumentação doutrinário-estratégica de MCDUGAL é o exemplo mais candente desta utilização estatal do argumento doutrinário favorável à legítima defesa preventiva. MCDUGAL, Myres. *The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defence*. In: *American Journal of International Law* Vol. 57, 1963, pp. 601 e ss.

povo judeu fora declarada por diversas vezes) não poderia ser tolerado⁶¹⁵. Ademais, Israel alegou a conformidade de sua ação com o direito costumeiro. O critério da necessidade teria sido preenchido pela magnitude do perigo representado por um inimigo armado com bombas nucleares. Já o critério da proporcionalidade teria sido satisfeito em razão de o ataque ter-se realizado somente contra as instalações nucleares e em um dia de domingo, com o intuito de reduzir o número de perdas civis – uma (alegada) clara demonstração de respeito aos critérios do *ius in bello*, atualmente integrado no Direito Internacional Humanitário⁶¹⁶.

Mas estas justificações do Estado de Israel não surtiram efeito nos fóruns internacionais. O Conselho de Segurança adotou, unanimemente (contando inclusive com o apoio dos Estados Unidos), uma Resolução condenatória do ataque israelense e declaratória de sua ilegalidade⁶¹⁷. A Assembléia Geral também condenou a ofensiva israelense por substantiva maioria de 109 votos, classificando-a como um ato de agressão premeditada e sem precedentes⁶¹⁸.

Este caso reflete perfeitamente a tendência da prática estatal anterior aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 justamente por constituir-se na sua mais importante exceção. Neste período, vários Estados tentaram justificar suas ações militares antecipatórias por meio de sua inclusão no âmbito do artigo 51 da Carta (que se tornou uma espécie de *emplastro de Brás Cubas*, a panacéia de todos os males), alegando a existência de um ataque armado prévio legitimador do uso da contraforça. Não amparavam expressamente sua argumentação em um direito internacional

⁶¹⁵ UN SC Res. 487, 36 UN SCOR, 2288th mtg., UN Doc. S/RES/487 (1981). Abraham SOFAER esmiuça a justificativa israelense: “Israel justified this conclusion on the grounds that Iraq had refused to accept a disengagement with Israel at the end of 1948 War; that Iraq had twice before attacked Israel in other wars; that Iraq had repeatedly expressed the view (in violation of the Charter) that Israel has no right to exist; that Iraq had no need for nuclear fuelled power plants; and that Iraq’s high degree of animosity for Israel created a real possibility of an attack with nuclear weapons that a small and geographically concentrated population could not survive”. SOFAER, Abraham D. *On the necessity of Pre-emption*. In: *European Journal of International Law*, vol. 14, n° 2, 2003, p. 222.

⁶¹⁶ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 133; BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. p. 95.

⁶¹⁷ UN SC Res. 487, 36 UN SCOR, 2288th mtg., UN Doc. S/RES/487 (1981). A condenação pelos Estados Unidos deu-se em razão de o Estado israelense não exaurir todos os meios pacíficos possíveis de resolução da controvérsia em exame. Não negou de qualquer modo a licitude da legítima defesa preventiva.

⁶¹⁸ GA Res 36/27. A referida Resolução condenou a ação nos seguintes termos: “The General Assembly(...) 1. Strongly condemns Israel for its premeditated and unprecedented act of aggression in violation of the Charter of the United Nations and the norms of international conduct, which constitutes a new and dangerous escalation in threat to international peace and security”.

costumeiro de legítima defesa mais amplo, de modo a abranger a legítima defesa preventiva, pois o recurso à fórmula mágica do artigo 51 da Carta conferia um verniz (mesmo que descaradamente falso) de legalidade às suas condutas agressivas. A maior parte dos Estados atrelava-se, ademais, a uma concepção mais restrita de legítima defesa, cujo entendimento repelia com firmeza a legalidade da legítima defesa preventiva sob o paradigma do uso da força instituído pela Carta das Nações Unidas. Contudo, não se pode afirmar a universalidade de um consenso acerca deste tema, principalmente em razão do papel que os Estados favoráveis a ataques militares preventivos desempenham na ordem internacional e da influência dos membros defensores deste entendimento minoritário⁶¹⁹.

Embora o banimento da noção de legítima defesa antecipatória possa parecer irreal em face das guerras contemporâneas, os Estados preferem, como observa CASSESE, evitar o que ele chama de *riscos de abuso*. A legitimação jurídica de ataques militares antecipatórios poderia produzir efeitos extremamente deletérios à ordem pública internacional – ou, nas palavras de Christian TOMUSCHAT, abriria uma *caixa de Pandora* capaz de tornar a proibição do uso da força instituída no artigo 2º(4) da Carta facilmente contornável, retirando-lhe toda a sua efetividade⁶²⁰. Isto certamente ocorreu de forma ainda mais grave com a legitimação do uso da força *preventiva* criada com a chamada *Doutrina Bush*, de guerra ao terrorismo internacional. Esta *Doutrina* reinterpreto – e subverteu – todos os critérios de necessidade, proporcionalidade e imediatismo do alegado direito costumeiro relativo ao incidente *Caroline*, cuja amplitude já é mais ampla que a da Carta da ONU.

Em vista disso, segundo grande parcela da doutrina, parece mais acertado considerar a legítima defesa antecipatória como *juridicamente* proibida⁶²¹. Isto pode ser

⁶¹⁹ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. pp. 133-134; CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. pp. 359, 361. Vale o esclarecimento de que as afirmações sobre a prática estatal do corpo do texto decorrem principalmente da referida obra de Christine GRAY, um dos mais completos estudos sobre o Direito Internacional Público e o uso da força na atualidade, com ênfase justamente na conduta dos Estados na esfera internacional.

⁶²⁰ CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 362; TOMUSCHAT, Christian. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century – General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 281 – *Académie de Droit International*, op.cit. p. 216.

⁶²¹ Por todos, KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations. – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. pp. 797-798; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 255-256; KUNZ, Josef L. *Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations*. In: *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pp. 877-878; OPPENHEIM, Lassa. *International Law – A Treatise*. Edited by Hersch Lauterpacht. 7th edition, volume

expresso de acordo com o entendimento de um internacionalista pátrio, Hildebrando ACCIOLY, para quem “a legítima defesa só existe em face de uma agressão injusta e atual, contra a qual o emprego da violência é o único recurso possível⁶²²”.

Todavia, representantes influentes deste entendimento fazem pequenas ressalvas. Uns observam que exigir a inação de um Estado em situações consideradas extremas, tais como uma mobilização maciça de tropas em suas fronteiras, seria um excesso de formalismo cujo resultado lhe acarretaria fardos enormes⁶²³. Outros entendem que em ocasiões extraordinárias, a legítima defesa antecipatória, embora juridicamente proibida, poderia ser justificada por razões morais ou políticas se o Estado-vítima fornecesse provas convincentes à sociedade internacional da iminência de um ataque armado e agisse de acordo com o requisito da proporcionalidade, limitando-se à prevenção e à remoção da ameaça⁶²⁴ (e é neste cenário que ocorre uma das expressões da revitalização da teoria da guerra justa na doutrina internacionalista, a ser analisada no próximo capítulo).

2.2.5 A legítima defesa coletiva e a segurança coletiva segundo a Carta da ONU

2.2.5.1 A legítima defesa coletiva

A legítima defesa coletiva confere a qualquer Estado o direito de recorrer ao uso da força para auxiliar outro Estado vítima de um ataque armado em sua defesa⁶²⁵. Está

II. London, New York and Toronto: Longmans and Green and Co., 1955, p. 156; TOMUSCHAT, Christian. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century – General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 281 – Académie de Droit International, op.cit. p. 216; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*.

⁶²² ACCIOLY, Hildebrando *Manual de Direito Internacional Público – Atualizado por G.E.do Nascimento e Silva*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124.

⁶²³ TOMUSCHAT, Christian. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century – General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 281 – Académie de Droit International, op.cit. pp. 216-217.

⁶²⁴ CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 362.

⁶²⁵ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 792. KELSEN criticou a problemática terminologia “collective self-defense” (cuja tradução portuguesa mais adequada à percepção de sua incongruência normativa é “autodefesa coletiva”). O termo “self” (“auto”) somente é aplicável aos Estados vítimas de um ataque armado. Os Estados que agem em defesa de outro Estado vítima de ataque armado não agem em autodefesa, na defesa de si

prevista no artigo 51 da Carta da ONU (“nada na presente Carta prejudicará o direito de legítima defesa individual *ou coletiva*”⁶²⁶). Inere-se, da redação dos artigos 51 e 52, que tratados de assistência com o propósito de defesa coletiva são permitidos⁶²⁷. Estes tratados podem assumir a forma de acordos regionais, previstos no artigo 52 da Carta⁶²⁸, que, embora tenham objetivos os mais diversos, um de seus principais é possibilitar a legítima defesa coletiva⁶²⁹.

O artigo 51 da Carta não estabelece, todavia, nada sobre seu exercício. Tal direito tem sido interpretado no sentido de que aquele que intervém em favor do Estado vítima não deve, necessariamente, também ser vítima do ataque armado cometido pelo agressor. Os principais tratados de defesa coletiva, o Pacto de Varsóvia (já extinto) e o ainda vigente tratado da OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte), contêm disposições que convergem para este sentido⁶³⁰. Um ataque contra um de seus membros é considerado um ataque contra todos (art. 5º do Tratado da OTAN, de 1949)⁶³¹. Isto

próprios, mas em defesa alheia. KELSEN, Hans. *Collective Security and Collective Self-defense Under the Charter of the United Nations*. In: *The American Journal of International Law*, vol. 42, number 4, October, 1948, p. 792.

⁶²⁶ *Legislação Internacional*, **op.cit.** p. XX.

⁶²⁷ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 792.

⁶²⁸ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 793.

“Art. 52.

1. Nada na presente Carta impede a existência de Acordos ou de entidades regionais, destinados a tratar dos assuntos relativos à manutenção da paz e da segurança internacionais que forem suscetíveis de uma ação regional, desde que tais acordos ou entidades regionais e suas atividades sejam compatíveis com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas”.

Legislação Internacional, op.cit. p. 91.

⁶²⁹ SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. p. 698; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 349.

⁶³⁰ CASSESE, Antonio. *Article 51*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 787; DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 962; CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 365.

⁶³¹ “Art. 5º As Partes concordam em que um ataque armado contra uma ou várias delas na Europa ou na América do Norte será considerado um ataque a todas, e, conseqüentemente, concordam em que, se um tal ataque armado se verificar, cada uma, no exercício do direito de legítima defesa, individual ou colectiva, reconhecido pelo artigo 51.º da Carta das Nações Unidas, prestará assistência à Parte ou Partes assim atacadas, praticando sem demora, individualmente e de acordo com as restantes Partes, a acção que considerar necessária, inclusive o emprego da força armada, para restaurar e garantir a segurança na região do Atlântico Norte. Qualquer ataque armado desta natureza e todas mais providências tomadas em consequência desse ataque são imediatamente comunicados ao Conselho de Segurança. Essas providências terminarão logo que o Conselho de Segurança tiver tomado as medidas necessárias para restaurar e manter a paz e a segurança internacionais”. “A que condições deve responder um acordo de legítima defesa colectiva para corresponder às previsões do art. 51º da Carta? A questão foi por vezes

também está previsto no artigo 28 da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), o acordo regional instituidor da Organização dos Estados Americanos⁶³².

Para o seu exercício, deve haver, com efeito, um vínculo prévio entre os Estados, como um tratado cujo propósito seja a defesa coletiva, notadamente aqueles elaborados sob a égide de acordos regionais, como o TIAR (Tratado Interamericano de Assistência Recíproca), concluído em 1947 na Conferência Interamericana da Paz e da Segurança Continentais realizada no Rio de Janeiro⁶³³.

Mas mesmo sem a existência deste liame anterior entre os Estados, ainda assim pode-se exercer a legítima defesa coletiva se houver um pedido explícito de auxílio do Estado vítima de um ataque armado. Desse modo, um terceiro Estado não pode agir em legítima defesa de outro Estado sem sua requisição ou consentimento⁶³⁴.

A Corte Internacional de Justiça seguiu este entendimento no caso *Nicarágua*. Sustentou que o direito de legítima defesa coletiva tem suas bases no direito costumeiro, mas que seu exercício se condiciona a duas atitudes do Estado vítima: uma prévia declaração de que está sendo atacado e uma requisição de assistência a um terceiro Estado. Cabe, com efeito, ao Estado agredido, a declaração de sua condição de vítima de um ataque armado, pois o direito costumeiro não permite o exercício do direito de legítima defesa coletiva por outro Estado somente com base na avaliação unilateral que este faz do caso concreto⁶³⁵. Do mesmo modo, o direito costumeiro não alberga o

objecto de controvérsia, em particular da parte da U.R.S.S. no que respeita à Aliança Atlântica. Deve tratar-se de um acordo livremente consentido, pelo qual as partes se comprometem a considerar que uma agressão dirigida contra uma de entre elas é uma agressão *dirigida contra outra ou todas as outras partes*". (grifo dos autores). DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 963.

⁶³² "Art. 28. Toda agressão de um Estado contra a integridade ou a inviolabilidade do território, ou contra a soberania, ou a independência política de um Estado americano, será considerada como um ato de agressão contra todos os demais Estados americanos". Legislação Internacional, op.cit. p. 120.

⁶³³ KELSEN, Hans. *Collective Security and Collective Self-defense Under the Charter of the United Nations*. In: *The American Journal of International Law*, op.cit. p. 792.

⁶³⁴ CASSESE, Antonio. *Article 51*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 787.

⁶³⁵ "It is also clear that it is the State which is the victim of an armed attack which must form and declare the view that it has been attacked. There is no rule of customary international law permitting another State to exercise the right of collective self-defence on the basis of its own assessment of the situation. Where collective self-defence is invoked, it is to be expected that the State for whose benefit this right is used will have declared itself to be the victim of an armed attack".

"The question remains whether the lawfulness of the use of collective self-defence by the third State for the benefit of the attacked State also depends on a request to the third State". *Military and*

direito de legítima defesa coletiva sem a requisição de auxílio do Estado sob ataque armado, que é um critério adicional ao da declaração de sua condição de vítima de ataque armado⁶³⁶.

A legalidade da intervenção armada de um terceiro atuando por meio da legítima defesa coletiva submete-se a dois requisitos: a solicitação da ajuda armada deve provir da autoridade governamental legítima e um ataque armado deve existir. Não justificam a legítima defesa coletiva lutas entre facções internas ou ilícitos internacionais de natureza distinta do ataque armado. O desrespeito a tais requisitos constituem violações, respectivamente, ao direito de autodeterminação dos povos estabelecido no artigo 1º (2) da Carta, assim como ao seu artigo 51, que limita o exercício da legítima defesa à ocorrência de um ataque armado prévio, e não a qualquer ilícito internacional⁶³⁷.

Outras condições se estabelecem para a legalidade do exercício da legítima defesa coletiva. A necessidade, a proporcionalidade e o imediatismo, exigíveis nos casos de legítima defesa individual, também o são nas situações de legítima defesa coletiva. Neste sentido decidiu a Corte Internacional de Justiça no caso *Nicarágua*⁶³⁸. O Estado atuando em legítima defesa coletiva também possui o dever de reportar imediatamente suas ações ao Conselho de Segurança, já que o próprio artigo 51 não faz distinções quanto a esta obrigação entre as modalidades de legítima defesa individual ou coletiva⁶³⁹. A Corte Internacional de Justiça destacou que, embora o dever de reportar ao Conselho as ações tomadas em legítima defesa não faça parte do direito costumeiro, a ausência de comunicação pode constituir-se em um fator indicativo do não-convencimento do Estado de que sua atuação condiz com o direito de legítima defesa coletiva⁶⁴⁰. O artigo 54 da Carta impõe, ademais, a comunicação ao Conselho de

Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports, 1986, op.cit. p. 104.

⁶³⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports, 1986, op.cit. p. 105.*

⁶³⁷ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 964.

⁶³⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports, 1986, op.cit. pp. 105, 121-122; DINSTEIN, Yoram. Guerra, Agressão e Legítima Defesa, op.cit. p. 368.*

⁶³⁹ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 368.

⁶⁴⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports, 1986, op.cit. parágrafo 200; GRAY, Christine. International Law and the Use of Force, op.cit. pp. 140, 147.*

Segurança de atos relativos à manutenção da paz individual e da segurança quando exercidos por agências regionais em conformidade com acordos regionais.⁶⁴¹

Uma adicional limitação ao direito de legítima defesa coletiva é a superioridade da Carta quando confrontada com outros acordos internacionais. A redação do artigo 103 é inequívoca quanto a isto⁶⁴². No caso de um choque entre as obrigações da Carta e de qualquer outro acordo internacional (como os constitutivos da OTAN), as obrigações perante aquela devem prevalecer⁶⁴³. O tratado da OTAN, por exemplo, é explícito quanto a esta submissão à Carta da ONU. Esta deve, portanto, regular, em última instância, o direito de legítima defesa coletiva dos contratantes do Tratado do Atlântico Norte⁶⁴⁴.

A legítima defesa coletiva exerce-se tanto individual como coletivamente. Na primeira hipótese, um Estado sofre um ataque armado e outro Estado (fora do alcance deste ataque) o auxilia com o uso da força armada mediante o cumprimento dos requisitos necessários ao exercício da legítima defesa coletiva. Na segunda hipótese, dois ou mais Estados agem coletivamente para auxiliar o Estado vitimado por um ataque armado sob o imperativo de cumprimento dos referidos requisitos⁶⁴⁵.

Importa, nesta linha, mencionar a distinção doutrinária entre a legítima defesa coletiva e a legítima defesa individual exercida por uma pluralidade de Estados. Se um Estado A ataca os Estados B e C simultaneamente, ambos possuem o direito de legítima defesa individual contra A. B e C podem exercer seus direitos de legítima defesa individualmente, sem a cooperação do outro. Mas, excepcionalmente, em guerras de grande poder destrutivo e alcance geográfico, pode ocorrer uma coalizão entre antigos inimigos em face de um inimigo comum. Este foi o caso da aliança entre a Grã-Bretanha e a U.R.S.S. após a invasão nazista em face desta. DINSTEIN assinala que,

⁶⁴¹ *Legislação Internacional*, op.cit. p. 91; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 369.

⁶⁴² "Art. 103 No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta". *Legislação Internacional*, op.cit. p. 100.

⁶⁴³ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 363.

⁶⁴⁴ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 364.

⁶⁴⁵ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 343-344.

neste caso, não há legítima defesa coletiva, mas “uma pluralidade de atos de legítima defesa ‘individual’ realizados coletivamente”⁶⁴⁶.

Os exemplos práticos de exercício da legítima defesa coletiva são comparativamente mais escassos se confrontados com a justificação do uso da força baseada na legítima defesa individual. Isto ocorre porque os Estados evitam, na medida do possível, participação direta e declarada em conflitos militares travados por outros Estados. Limitam-se ao envio de armas ou a outros tipos de ajuda militar⁶⁴⁷. O grande número de tratados de defesa coletiva não reflete a raridade do exercício da legítima defesa coletiva na prática estatal⁶⁴⁸.

2.2.5.2 O modelo de segurança coletiva segundo a Carta da ONU (capítulo VII)

A segunda – e última – exceção ao princípio da proibição do uso da força nas relações internacionais, além da legítima defesa, constitui o uso autorizado da força pelas Nações Unidas, conforme o capítulo VII da Carta da ONU⁶⁴⁹. A intenção dos autores da Carta consistia em não somente tornar o uso da força um meio excepcional

⁶⁴⁶ DINSTEN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 342-343.

⁶⁴⁷ CASSESE, Antonio. *Article 51*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 787.

⁶⁴⁸ CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 366; GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 135. Os casos mais recentes de alegação da legítima defesa coletiva ocorreram na primeira Guerra do Iraque, por uma coalizão liderada pelos Estados Unidos, e na resposta militar ao Afeganistão em razão dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. Idem, *Ibidem*

⁶⁴⁹ TOMUSCHAT, Christian. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century – General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 281 – *Académie de Droit International*, op.cit. p. 217. Autores de renome, como Thomas FRANCK, postulam um maior número de exceções à proibição do uso da força nas relações internacionais. FRANCK acresce à legítima defesa e ao uso da força sob os auspícios do artigo 42 da Carta, a exceção referente a ataques que não violem a integridade territorial e a independência política de um Estado (embora ressalte a raridade da boa-fé destas ações na esfera internacional). Este entendimento é, no entanto, minoritário. FRANCK, Thomas. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Haia: Nijhoff, tome 240, p. 241.

de atuação nas relações internacionais, mas também em centralizá-la no Conselho de Segurança⁶⁵⁰.

O sistema de manutenção da paz e da segurança internacionais estabelecido pelo Capítulo VII da Carta é universal em seu âmbito de aplicação. É chamado de *sistema de segurança coletiva*, porquanto qualquer Estado deve ser punido por todos, na hipótese de ser responsável por determinadas violações às normas internacionais, ou protegido também por todos, na hipótese de ser vítima das mesmas transgressões⁶⁵¹. Em maior detalhe, a segurança coletiva é “o compromisso assumido por cada Estado de prestar o seu apoio a uma decisão colectiva de se opor a qualquer Estado culpado, pelo juízo da maioria, de uma agressão ou uma ameaça à paz”⁶⁵².

A idéia de segurança coletiva originou-se no Pacto da Liga das Nações, mais precisamente nos artigos 10⁶⁵³ e 16⁶⁵⁴. A Carta da ONU a preservou em virtude de ela constituir-se em um avanço em face do tradicional sistema de alianças militares consagrado no século XIX, e a aprimorou, centralizando suas ações. A segurança coletiva é necessariamente defensiva, ao contrário das referidas alianças, e não se assemelha também às alianças temporárias ou pragmáticas entre alguns Estados⁶⁵⁵.

A segurança coletiva demanda a institucionalização do uso legal da força nas relações internacionais⁶⁵⁶. Nela, o problema da segurança deixa de ser encargo apenas de nações individuais e transforma-se em uma preocupação de todas as nações. Hans Joachim MORGENTHAU exemplifica isto de modo sucinto e cristalino: “Se o país A

⁶⁵⁰ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 195; KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Tome 84, op.cit. pp. XX.

⁶⁵¹ SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. p. 702.

⁶⁵² DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 1010.

⁶⁵³
⁶⁵⁴ “Art. 16. 1. Se um membro da Sociedade recorrer à guerra, contrariamente aos compromissos tomados nos artigos 12, 13 ou 15, será *ipso facto* considerado como tendo cometido um ato de beligerância contra todos os outros membros da Sociedade (...)”. *Legislação Internacional*, op.cit. p. 75.

⁶⁵⁵ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 1010.

⁶⁵⁶ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 379.

ameaça a segurança de B, os países C, D, E, F, G, H, I, J e K tomarão medidas em favor de B e contra A, como se A os tivesse ameaçado juntamente com B, e vice-versa”⁶⁵⁷.

Para KELSEN⁶⁵⁸, o Direito Internacional Público, assim como outros tipos de ordenamento jurídico, deve buscar prover segurança às pessoas que lhe são sujeitas, devendo garantir a segurança coletiva de seus componentes. Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE confirma este entendimento e ressalta, ademais, que, em última instância, o desígnio de qualquer sistema de segurança coletiva consiste na preservação e na obediência de certos valores comuns⁶⁵⁹.

A segurança coletiva alçou tamanha importância na Carta que se encontra no primeiro propósito das Nações Unidas, inscrito no art. 1º (1), acerca da manutenção da paz e da segurança internacionais. Para a sua realização, podem ser tomadas coletivamente “medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz”⁶⁶⁰.

O Capítulo VII da Carta da ONU atribui o monopólio da coerção militar ou não-militar ao Conselho de Segurança, com a exceção do direito à legítima defesa individual ou coletiva prevista no artigo 51. Há basicamente dois enfoques distintos na manutenção da paz e da segurança internacionais: o do isolamento e o da intervenção. O primeiro baseia-se em medidas de natureza econômica e diplomática, como embargos econômicos e comerciais, previstas no artigo 41. O segundo, por outro lado, fundamenta-se na coerção armada prevista no artigo 42⁶⁶¹.

Como a finalidade investigativa do trabalho relaciona-se diretamente à utilização da força armada nas relações internacionais, não serão analisadas mais detalhadamente

⁶⁵⁷ MORGENTHAU, Hans Joachim. *A Política entre as Nações – A luta pelo poder e pela paz*. Tradução de Oswaldo Biato. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, p. 784. A citação a MORGENTHAU em um capítulo primordialmente jurídico não deve surpreender, pois o pioneiro do realismo na teoria das relações internacionais contemporânea possui sólida formação nesta área (doutorou-se na disciplina do Direito Internacional Público), deixando isto transparecer em vários momentos em *A Política entre as Nações*. Para mais detalhes biográficos, KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, op.cit. pp. XX

⁶⁵⁸ KELSEN, Hans. *Collective Security under International Law*. New Jersey: Lawbook Exchange, 1954, pp. 34-39.

⁶⁵⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 673.

⁶⁶⁰ *Legislação Internacional*, op.cit. p. 80; KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 724.

⁶⁶¹ PATRIOTA, Antônio de Aguiar. *O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: A articulação de um novo paradigma de segurança coletiva*. Brasília: FUNAG, 1998, p. 24.

as sanções do artigo 41, pois não envolvem o emprego de forças armadas⁶⁶². Além disso, antes de ingressarmos propriamente no estudo dos artigos 39 e 42 da Carta, vale destacar a impossibilidade da concretização do artigo 43, relativo à instituição das forças armadas das Nações Unidas⁶⁶³, por meio de *acordos especiais*, durante o período da Guerra Fria, devido aos impasses políticos existentes entre os países dos blocos socialista e capitalista, responsáveis pela não-conclusão dos chamados *acordos especiais*⁶⁶⁴. Mas mesmo após o seu fim, com o significativo crescimento da utilização dos mecanismos de segurança coletiva, ainda não houve a constituição das forças armadas das Nações Unidas. O aparato militar utilizado nas operações militares autorizadas pelo Conselho de Segurança pertence aos Estados, individual ou coletivamente (por meio da formação de coalizões ou sob a égide de uma organização regional).

Os autores da Carta da ONU procuraram estabelecer um sistema de segurança centralizado cujo domínio coubesse aos membros permanentes do Conselho de Segurança, as potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial⁶⁶⁵. A elas cabe o direito de veto às ações armadas instituídas no capítulo VII da Carta. Esta restrição institucional configurou-se como uma manobra de realismo político, ao pôr fim ao princípio da unanimidade, um dos responsáveis pelo fracasso da Liga das Nações, e ao fundar, sem subterfúgios, uma hierarquia na sociedade internacional, baseada nas diferenças de poder e no papel exercido pelas potências na preservação da ordem,

⁶⁶² “Art. 41. O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie, e o rompimento das relações diplomáticas”. *Legislação Internacional*, op.cit. p. 88.

⁶⁶³ “Art. 43. 1. Todos os membros das Nações Unidas, a fim de contribuir para a manutenção da paz e da segurança internacionais se comprometem a proporcionar ao Conselho de Segurança, a seu pedido, e de conformidade com o acordo ou acordos especiais, forças armadas, assistência e facilidades,, inclusive direitos de passagem, necessários à manutenção da paz e da segurança internacionais”. *Legislação Internacional*, op.cit. pp. 88-89; SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. p. 708.

⁶⁶⁴ CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. pp. 339, 346.

⁶⁶⁵ E nisto KELSSEN aponta uma diferença fundamental entre os sistemas de segurança coletiva do Pacto da Liga das Nações e da Carta das Nações Unidas: o primeiro era quase que completamente descentralizado, enquanto o segundo é centralizado no Conselho de Segurança. KELSSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 726.

quanto às medidas relativas ao uso da força armada⁶⁶⁶. A função de polícia internacional competia ao concerto das grandes potências da época⁶⁶⁷.

Isto se revela na redação de alguns artigos da Carta. O art. 24 atribui ao Conselho a “principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais”⁶⁶⁸ e lhe assegura a delegação de poderes de todos os membros das Nações Unidas nas ações relativas à segurança coletiva, para agir em nome da organização. O art. 25 institui a obrigação a todos os membros da ONU de aceitação e execução das decisões do Conselho de Segurança⁶⁶⁹. O art. 39 confere monopólio e ampla discricionariedade ao Conselho na determinação da “existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão”⁶⁷⁰.

As medidas impostas pelo sistema de segurança coletiva da Carta têm como pressuposto lógico a constatação, pelo Conselho de Segurança, destas situações. Com base nela é que o Conselho adquire a capacidade de ou fazer *recomendações* ou *decidir* acerca das medidas a serem tomadas, em conformidade com os artigos 41 e 42, “a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais”⁶⁷¹. O Conselho, ao proceder à determinação das referidas situações, não deve somente estabelecer o que efetivamente ocorre, mas também deve qualificá-las à maneira de um juiz – embora o seu julgamento seja essencialmente político, em vista de sua própria natureza de órgão político e da dificuldade de aferição, nas suas diversas resoluções, de uma diretriz coerente na qualificação das situações dispostas pelo artigo 39 da Carta⁶⁷². O Conselho não é, ademais, obrigado a determinar qual das três situações ocorre em um caso

⁶⁶⁶ JONATHAN, Gérard Cohen. *Article 39*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. pp. 646-647. HEDLEY BULL prevê, por exemplo, em seu modelo de sociedade internacional, um papel destacado às grandes potências.

⁶⁶⁷ JONATHAN, Gérard Cohen. *Article 39*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 649.

⁶⁶⁸ *Legislação Internacional*, op.cit. p. 85.

⁶⁶⁹ *Legislação Internacional*, op.cit. p.86.

⁶⁷⁰ *Legislação Internacional*, op.cit. p. 88.

⁶⁷¹ *Legislação Internacional*, op.cit. p. 88; JONATHAN, Gérard Cohen. *Article 39*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 649; SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. p. 702.

⁶⁷² JONATHAN, Gérard Cohen. *Article 39*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. pp. 649, 655; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 387.

concreto, mas deve enquadrá-lo implicitamente no âmbito das três possibilidades criadas pelo artigo 39 para agir de acordo com as medidas presentes no capítulo VII⁶⁷³.

O espectro de possibilidades aberto ao acionamento dos mecanismos de segurança coletiva no sistema da Carta da ONU é amplo. As três situações que o desencadeiam (ameaça à paz, ruptura da paz e atos de agressão) formam um universo fático infinitamente superior ao previsto no artigo 16 do Pacto da Liga das Nações, que restringe a aplicação da segurança coletiva aos casos de recurso ilegal à guerra. Isto quer dizer que no sistema da Carta diversas situações graves capazes de comprometer a paz e a segurança internacionais (provocadas inclusive por não-membros da ONU), como conflitos internos ou tragédias humanitárias com repercussões internacionais, podem ter sua solução pela via da segurança coletiva⁶⁷⁴. Esta maior possibilidade de atuação em situações graves desprovidas do *status* formal de guerra internacional, assim como a centralização para a adoção dos mecanismos da segurança coletiva, estimulam a concretização do principal propósito da ONU e representam um grande progresso em relação ao Pacto da Liga das Nações⁶⁷⁵.

A constatação pelo Conselho de uma “ameaça à paz” teve como objetivo central o aumento de seu campo de atuação⁶⁷⁶. Ela não constitui necessariamente um estado fático⁶⁷⁷. KELSEN observa, com efeito, que é total a discricionariedade da decisão do Conselho de Segurança sobre o que constitua uma “ameaça à paz”⁶⁷⁸. Desse modo, o Conselho pode determinar que uma dada situação se configure como uma ameaça à paz,

⁶⁷³ JONATHAN, Gérard Cohen. *Article 39*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 651, 654.

⁶⁷⁴ “The Security Council may very well decide that a situation which has not the character of a conflict between two states is a threat to international peace and take enforcement action against a state or a group of people involved in this situation, though the state is not in conflict with another state and the group has not the character of a state”. KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 727, 731; JONATHAN, Gérard Cohen. *Article 39*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 655.

⁶⁷⁵ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 950

⁶⁷⁶ JONATHAN, Gérard Cohen. *Article 39*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 655.

⁶⁷⁷ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op. cit. p. 386. Mas Gérard Cohen JONATHAN aponta que a prática do Conselho exige que a ameaça à paz internacional não seja somente grave, mas também atual. JONATHAN, Gérard Cohen. *Article 39*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 656.

⁶⁷⁸ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 727.

embora a segurança internacional não esteja em perigo. Pode a ameaça basear-se no que DINSTEN chama de *estado de espírito* do Conselho de Segurança⁶⁷⁹.

A expressão “ameaça à paz” não se confunde com a “ameaça do uso da força”, instituída no artigo 2º (4). A ameaça de uso da força pode também provocar uma constatação pelo Conselho de Segurança de que ocorre uma ameaça à paz internacional. Mas não necessariamente. Tanto a “ameaça à paz” quanto a “ruptura da paz” são fórmulas de grande flexibilidade. Não se restringem ao uso da força entre Estados. KELSEN assinala, neste sentido, que a amplitude destas fórmulas é de tal monta a ponto de qualquer violação grave às obrigações impostas pela Carta ser interpretada como “ameaça à paz” ou “ruptura da paz” pelo Conselho⁶⁸⁰.

A Carta não definiu o que seriam as fórmulas “ruptura da paz” e “ato de agressão” (assim como a “ameaça à paz”). A prática do Conselho de Segurança não distingue claramente a “ruptura da paz” do “ato de agressão”⁶⁸¹. KELSEN chega a afirmar, neste sentido, que a “ruptura da paz” abrange os “atos de agressão”. A menção a ambos é inútil e tautológica⁶⁸². DINSTEN conclui que, em termos pragmáticos, a distinção entre estas duas figuras não é relevante, uma vez que a autoridade do Conselho para agir é indiscutível em ambas⁶⁸³.

Após a qualificação da situação no âmbito de aplicação do artigo 39 da Carta, e antes da tomada de medidas coercitivas previstas nos artigos 41 e 42, medidas provisórias, de natureza preventiva, podem ser adotadas. Dentre elas estão, por exemplo, o cessar-fogo, o armistício e o traçado de linhas de demarcação. Conforme estipula o artigo 40 da Carta, o Conselho, a fim de evitar o agravamento da situação, poderá “convidar as partes interessadas a que aceitem as medidas provisórias que lhe pareçam necessárias ou aconselháveis”. Estas medidas, além disso, “não prejudicarão os direitos ou pretensões, nem a situação das partes interessadas”⁶⁸⁴. O Conselho tomará

⁶⁷⁹ DINSTEN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op. cit. p. 386.

⁶⁸⁰ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 727; DINSTEN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 388.

⁶⁸¹ JONATHAN, Gérard Cohen. *Article 39*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 659.

⁶⁸² KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 727.

⁶⁸³ DINSTEN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 390.

⁶⁸⁴ *Legislação Internacional*, op.cit. p. 88; SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. p. 704.

nota de seu descumprimento⁶⁸⁵, e as medidas dos artigos 41 e 42 poderão ser adotadas como consequência.⁶⁸⁶

O Conselho, após considerar uma situação como “ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão”, pode adotar tanto uma recomendação como uma decisão. Ele não tem o dever de impor as medidas coercitivas, de natureza *decisória*, se caracterizada a situação como pertencente ao campo de aplicação do artigo 39⁶⁸⁷. A recomendação não possui natureza obrigatória; somente incentiva o comportamento estatal. Já a decisão é obrigatória e constitui verdadeiro ato de coação. Embora não seja vinculante, a desobediência a uma recomendação pode ensejar a adoção pelo Conselho de uma medida coercitiva de natureza decisória e, portanto, obrigatória. O Conselho não está, ademais, restrito às medidas dos artigos 41 e 42 quando faz recomendações⁶⁸⁸.

Se o Conselho aferir que as medidas coercitivas não-armadas presentes no artigo 41 são ou seriam inadequadas, pode tomar, segundo o art. 42, medidas de coação militar “por meio de forças aéreas, navais ou terrestres” necessárias à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais⁶⁸⁹. O Conselho pode, então, utilizar a força armada em escala extensa ou restrita⁶⁹⁰.

Para a utilização da força armada, o Conselho deve aprovar uma resolução neste sentido⁶⁹¹. Para sua validade, deve ser aprovada, nos termos do artigo 27, pelo voto afirmativo de ao menos nove membros, incluindo os votos afirmativos de todos os cinco membros permanentes. É o chamado *poder de veto*. Se catorze dos quinze membros do Conselho votarem favoravelmente à adoção de uma determinada resolução no âmbito do capítulo VII da Carta, e um membro permanente votar em sentido contrário, a resolução é vetada. O veto é, de fato, considerado uma das principais causas do

⁶⁸⁵ *Legislação Internacional*, op.cit. p. 88; KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 739-740, 742; DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 1015.

⁶⁸⁶ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 743.

⁶⁸⁷ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 734; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 391.

⁶⁸⁸ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 382-383; DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 1016.

⁶⁸⁹ *Legislação Internacional*, op.cit. p. 88.

⁶⁹⁰ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 385.

⁶⁹¹ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 393.

insucesso do Conselho na manutenção da paz e da segurança internacionais⁶⁹². A abstenção, por outro lado, não conta como voto favorável ou contrário⁶⁹³. Logo, se um membro permanente do Conselho se abster na votação de uma determinada resolução, ela é validada. Não há de se falar aqui em veto.

O art. 27 (3) da Carta exige a abstenção do membro do Conselho de Segurança que seja parte na controvérsia nos assuntos relativos ao Capítulo VI e ao artigo 52 (3). Este dever não se impõe em assuntos relacionados ao tema da segurança coletiva. Portanto, um membro permanente poderá exercer seu poder de veto sobre qualquer resolução do Conselho relativa ao capítulo VII da Carta, mesmo sendo parte da contenda. Este privilégio gera críticas sobre a efetividade do sistema de segurança coletiva da ONU, cujo acionamento somente ocorre quando não há interesses diretos de qualquer dos cinco membros permanentes do Conselho. Aplica-se exclusivamente a conflitos envolvendo Estados de reduzida expressão internacional não diretamente vinculados a qualquer dos membros permanentes. Quando há interesse direto de algum deles em um conflito, como foi o caso da Chechênia, a ONU permanece inerte⁶⁹⁴.

Já na década de 50, a percepção da perda de efetividade do sistema de segurança coletiva em virtude do poder de veto dos membros permanentes do Conselho suscitou a adoção da Resolução 377 (V) pela Assembléia Geral, conhecida como Resolução “Unidos para a Paz”. Ela procurou reinterpretar a competência da Assembléia Geral relativa à manutenção e à restauração da paz e da segurança internacionais na hipótese de bloqueio da atuação do Conselho pelo poder de veto. Elaborada pelos Estados ocidentais, cuja influência na Assembléia Geral era predominante neste período anterior à descolonização afro-asiática da década de 60, a resolução estabeleceu que, como o Conselho possui a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais (art. 24 (1)), nada impediria que a Assembléia Geral pudesse ter uma responsabilidade secundária neste tema, na hipótese de bloqueio do Conselho. Se este falhasse em sua principal responsabilidade diante das situações dispostas no artigo 39, a

⁶⁹² SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. p. 703.

⁶⁹³ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 394.

⁶⁹⁴ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 395.

Assembléia Geral poderia propor *recomendações* quanto ao uso coletivo da força armada⁶⁹⁵.

Mas a ilegalidade desta resolução é patente. Contradiz o artigo 12 da Carta⁶⁹⁶, pois afirma que a Assembléia Geral pode fazer recomendações em um processo ainda sob a incumbência do Conselho de Segurança, do qual este ainda não tenha se desvinculado oficialmente, e sem a sua solicitação. Ainda se contrapõe ao artigo 11 (2), que veda a possibilidade de a Assembléia definir uma ação, sem sua submissão ao escrutínio do Conselho de Segurança em situações de manutenção da paz e da segurança internacionais⁶⁹⁷. A ilegalidade da resolução também não poderia ser sanada pela formação ulterior de um costume internacional, pois modificaria o que DIHN, DAILLIER e PELLET chamam de “equilíbrio institucional geral”, e não preencheria a condição da *opinio juris*, uma vez que diversos Estados de grande importância na sociedade internacional, como U.R.S.S. e França, foram contrários à sua validação⁶⁹⁸.

Com efeito, o Conselho de Segurança é livre para determinar o momento em que autorizará a utilização da força armada e contra quem o fará⁶⁹⁹. Isto lhe confere a possibilidade de travar uma guerra preventiva em face de uma “ameaça à paz”. Mesmo sem uma “ruptura da paz”, o uso da força armada autorizada pelo Conselho é legal. Este privilégio é uma exceção expressa pela Carta quanto à vedação do uso preventivo da força armada tanto por um Estado individualmente, como por um grupo deles, seja por meio de *coalizões da boa vontade* (*coalitions of the able and the willing*), seja por meio de organizações regionais⁷⁰⁰.

⁶⁹⁵ SHAW, Malcolm N. *International Law*, op.cit. p. 713.

⁶⁹⁶ “Art. 12, 1. Enquanto o Conselho de Segurança estiver exercendo, em relação a qualquer controvérsia ou situação, as funções que lhe são atribuídas na presente Carta, a Assembléia Geral não fará nenhuma recomendação a respeito desta controvérsia ou situação, a menos que o Conselho de Segurança a solicite”. *Legislação Internacional*, op.cit. p. 83.

⁶⁹⁷ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 1020.

⁶⁹⁸ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, op.cit. p. 1020.

⁶⁹⁹ Georges FISCHER assevera que, a despeito do artigo 50, a ação pode ser direcionada contra um ente que não seja um Estado: “L’action de l’article 42 peut être engagée contre un Etat, qu’il soit ou non membre de l’Organisation. Malgré Le texte de l’article 50, qui est loin d’être décisif puisqu’il n’est pas destiné à traiter ce problème, Il me semble Clair que Le Conseil peut entreprendre l’action de l’article 42 même contre une entité autre q’un Etat”. FISCHER, Georges. *Article 42*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 713.

⁷⁰⁰ DINSTEN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 386.

O artigo 42 da Carta dá ao Conselho ampla liberdade de ação em face de uma situação prevista no artigo 39. A ação militar pode ser posterior à adoção das medidas do artigo 41 que se mostrem inadequadas, como também pode ser direta, antes de qualquer medida não-militar. Não há obrigatoriedade na gradação das medidas não-militares para as militares. A apreciação do caso concreto pelo Conselho é que determina a necessidade ou não de uma ação militar direta⁷⁰¹. E a Carta autoriza, ademais, que o Conselho adote todas as medidas que julgar necessárias para a manutenção ou restabelecimento da paz e da segurança internacionais⁷⁰².

A *decisão* do Conselho de Segurança sobre a ação necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais deve ser praticada por todos os membros da ONU, ou por alguns deles, se assim for determinado pelo Conselho. A escolha de alguns Estados para o cumprimento da decisão geralmente decorre de sua capacidade para praticá-la. Teoricamente, então, um Estado pode agir militarmente em nome de toda a ONU, sob a autoridade do Conselho de Segurança. O artigo 48, por fim, também estabelece que as decisões do Conselho podem ser cumpridas por meio de organizações regionais⁷⁰³.

O artigo 43 da Carta obriga os membros das Nações Unidas a disponibilizarem ao Conselho de Segurança as forças armadas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais, conforme seu pedido e por meio de *acordos especiais*⁷⁰⁴. Abre-se, no entanto, uma controvérsia no que diz respeito a se os Estados membros devem disponibilizar suas forças armadas para o Conselho mesmo com a inexistência dos *acordos*. O primeiro entendimento afirma que o Conselho pode insistir em relação aos Estados-membros acerca da disposição de forças militares sob suas ordens, mesmo sem *acordos especiais* firmados, com base na leitura artigo 48⁷⁰⁵. O outro entendimento, majoritário, é o de que a obrigação dos Estados se dá no plano abstrato. Se não houver

⁷⁰¹ FISCHER, Georges. *Article 42*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. p. 708.

⁷⁰² FISCHER, Georges. *Article 42*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*, op.cit. pp. 708-709.

⁷⁰³ *Legislação Internacional*, op.cit. p. 90.

⁷⁰⁴ *Legislação Internacional*, op.cit. pp. 88-89.

⁷⁰⁵ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 756; “Art. 48 (1) A ação necessária ao cumprimento das decisões do Conselho de Segurança para a manutenção da paz e da segurança internacionais será levada a efeito por todos os membros das Nações Unidas ou por alguns deles, conforme já determinado pelo Conselho de Segurança”. *Legislação Internacional*, op.cit. p. 90.

acordos especiais, os Estados não são obrigados a disponibilizar suas tropas sob as ordens do Conselho⁷⁰⁶.

Embora o artigo 43 (3) tenha determinado a conclusão dos *acordos especiais* do modo mais rápido possível, eles ainda não foram firmados, mais de sessenta anos depois da instituição da ONU. Esta dificuldade provocou a incômoda permanência de um dispositivo teoricamente transitório, o artigo 106 da Carta, localizado nas *Disposições Transitórias sobre Segurança*. Ele estabelece que na pendência dos *acordos especiais* os membros permanentes do Conselho consultar-se-ão entre si e, se a ocasião exigir, também consultarão outros membros da ONU, com a finalidade de levar a efeito uma *ação conjunta*, em favor da Organização, para a manutenção da paz e da segurança internacionais⁷⁰⁷. Para exercê-la, também devem qualificar a situação como “ameaça à paz, “ruptura da paz” ou “ato de agressão”, conforme o artigo 39 (embora KELSEN não exclua totalmente a possibilidade de uma interpretação oposta⁷⁰⁸). As dificuldades de conclusão dos *acordos* conferem aos membros permanentes do Conselho o que KELSEN caracterizou como um “poder quase ilimitado por um período de tempo indefinido”⁷⁰⁹.

A não-realização dos *acordos especiais* resultou na incapacidade de uma unidade militar de cumprir imediatamente as ordens do Conselho de Segurança em face de uma violação à paz internacional. O uso da força armada consoante as disposições do capítulo VII da Carta continua impraticável tanto porque a ONU não possui forças militares próprias, como pela resistência do Conselho em *obrigar* os Estados-membros a agirem em nome da ONU. Para combater esta imobilização, um mecanismo passou a ser utilizado com grande frequência, após o fim da Guerra Fria: a autorização de uso da força pelos Estados membros e pelas organizações regionais em crises internacionais insertas no campo de aplicação do artigo 39 da Carta.

O Conselho ainda evita a imposição aos Estados-membros do uso da força armada militar, fugindo à aplicação do art. 42, no qual a decisão do Conselho de utilizar

⁷⁰⁶ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 407.

⁷⁰⁷ *Legislação Internacional*, op.cit. p. 100.

⁷⁰⁸ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 760.

⁷⁰⁹ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 761.

a força armada impõe uma obrigação aos os Estados-membros. A tática utilizada para desviar-se deste impasse consistiu na autorização conferida pelo Conselho para o uso *voluntário* da força a Estados ou a organizações regionais, pela via da *recomendação*, conforme legitimam os arts. 39, 52(1) e 53(1) da Carta⁷¹⁰. De fato, a Carta somente confere autorização explícita do Conselho para o uso da força armada às organizações regionais, como se depreende da leitura do art. 53 (1). Não há um dispositivo que mencione expressamente a mesma autorização aos Estados membros da ONU. Embora a base legal desta autorização relativa aos Estados não seja cristalina, há um consenso quanto à sua legalidade, ainda mais em face da impraticabilidade do sistema original de segurança coletiva. A ausência de oposição a este inovador *regime de autorização* não previsto originariamente na Carta e a ampla adoção desta prática nas duas últimas décadas permitem a afirmação, por importantes doutrinadores, de seu ingresso como norma costumeira internacional, ampliando, conseqüentemente, o escopo do sistema de segurança coletiva da Carta⁷¹¹

A significativa valorização das organizações regionais, com o crescimento de sua importância e de sua participação na manutenção da paz internacional após o fim das cerradas divisões entre os Estados no período da Guerra Fria é a modificação de maior relevância no tema da segurança no pós-Guerra Fria. Mas isto não quer dizer que o papel preponderante não pertença ao Conselho de Segurança. A regulação jurídica do uso da força armada não é alterada pela atuação de organizações regionais. O próprio artigo 53 (1) confirma isto na medida em que proíbe qualquer ação armada por entidades regionais sem a devida autorização do Conselho de Segurança. Os capítulos VII e VIII ligam-se, como observa Yoram DINSTEIN, “para reter o monopólio do Conselho no campo da segurança coletiva”⁷¹². A possibilidade de uma organização regional usar a força armada além dos limites da sua região não interfere de qualquer modo nisto, pois ainda está submetida à autoridade do Conselho de Segurança⁷¹³. Caso

⁷¹⁰ “Art. 53. 1. O Conselho de Segurança utilizará, quando for o caso, *tais acordos e entidades regionais para uma ação coercitiva sob sua própria autoridade*. Nenhuma ação coercitiva será, no entanto, levada a efeito de conformidade com acordos ou entidades regionais sem autorização do Conselho de Segurança”. (grifo nosso). *Legislação Internacional*, op.cit. p. 901.

⁷¹¹ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. pp. 252-281; CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. pp. 348-350; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 414.

⁷¹² DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 416.

⁷¹³ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 416.

a desobedeça, sua conduta é considerada ilegal. Isto ocorreu no caso da guerra do Kosovo perpetrada pela OTAN e não autorizada pelo Conselho de Segurança⁷¹⁴.

A utilização da força armada no sistema de segurança coletiva concebido pela Carta e centralizado no Conselho de Segurança deu lugar a um sistema no qual o uso da força armada é descentralizado entre os Estados, mas ainda condicionado à autorização do Conselho⁷¹⁵.

⁷¹⁴ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. pp. 38-42; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 418.

⁷¹⁵ CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 350.

CAPÍTULO 3

Legitimidade do uso da força na contemporaneidade

A revitalização da teoria da guerra justa

3.1 Guerra justa como guerra lícita na Filosofia do Direito Internacional Público: Hans KELSEN e Norberto BOBBIO

Entre os fundadores do Direito Internacional Público, a teoria da guerra justa ocupava um lugar tão central na disciplina que não seria exagero afirmar que esta consistia primordialmente em um *Direito da Guerra Justa*. Mas a queda da razão natural como fundamento universal do Direito e da Justiça, com a conseqüente separação entre Direito e Moral, trouxe consigo uma descrença quanto à possibilidade do julgamento acerca da justiça das guerras. Como o Direito não era mais algo a ser descoberto pela razão ou revelado por Deus, e sim uma criação humana sujeita a mudanças, não fazia mais sentido a unificação da legalidade positivada e da justiça racionalmente descoberta ou revelada. Dois momentos deste descrédito dos julgamentos morais no Direito Internacional Público positivo merecem destaque.

Já no século XIX, a diferenciação entre as guerras justas e a injustas perdeu sua importância jurídica. Todas foram consideradas modos lícitos de resolução de controvérsias como decorrência da exteriorização da vontade estatal⁷¹⁶. De fato, este “direito estatal externo” de feição beligerante atingiu seu paroxismo na formulação hegeliana do Direito Público Externo⁷¹⁷. Com o advento da Carta da ONU, em 1945,

⁷¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Guerra e Direito*. In: *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos* (org. Michelangelo Bovero). Tradução de Daniela Becaccia Versiani. São Paulo: Campus, 2000, p. 562.

⁷¹⁷ “334 –Quando as vontades particulares não alcançam um comum entendimento, os conflitos entre os Estados só podem ser resolvidos pela guerra. Dada, porém, a vasta extensão, e suas múltiplas relações, em que os desentendimentos podem facilmente aparecer, é impossível determinar quais os que se hão de considerar como uma ruptura manifesta dos tratados e como uma ofensa à honra e à soberania. Com efeito, pode um Estado situar em cada uma de suas unidades individuais o seu infinito valor e a sua honra, e tanto maior é esta suscetibilidade quanto é certo que uma individualidade poderosa é sempre

pelo contrário, presumiu-se a ilicitude em princípio de todas as guerras, a não ser quando decorrentes das exceções de legítima defesa e de segurança coletiva, como visto no capítulo anterior.

O Direito Internacional Público passou por intensas mudanças ideológicas e institucionais da metade do século XIX até a instituição da Carta da ONU⁷¹⁸. Não nos cabe, nem é nosso objetivo neste trabalho, detalhá-las em profundidade, de modo a elaborar uma história da disciplina deste período. Cabe-nos, sim, mencioná-las, com a finalidade de contrapor pólos opostos resultantes do ceticismo moral relativo ao julgamento jurídico das guerras. Deve-se observar que, quando falamos em ceticismo moral, não estamos de qualquer modo excluindo o papel dos valores como substrato ético do ordenamento jurídico positivo. Estamos sim afirmando que o Direito positivo abdica de formular juízos sobre a legitimidade ou ilegitimidade das guerras, principalmente sobre suas *justas causas*, uma vez que sua análise implica a formulação de juízos de valor. Cabe-lhe, com efeito, somente o juízo sobre a legalidade ou a ilegalidade das guerras como resultado da separação entre os juízos jurídicos e os juízos morais conferida pela positivação e institucionalização progressivas pelas quais passaram o Direito Internacional Público.

De um Direito de coexistência, um mero guia normativo das relações externas dos Estados auto-suficientes, de escopo reduzido e legitimador jurídico de relações beligerantes entre os Estados, o Direito Internacional Público passou ao estágio de um Direito de cooperação internacional não restrito somente à manutenção da paz e da segurança. Há neste estágio uma finalidade mais ampla ligada à justiça internacional, com a cooperação internacional na resolução dos problemas humanitários, educacionais, sociais e culturais (art. 1º (3) da Carta das Nações Unidas). O terceiro, último e atual estágio do Direito Internacional, como observa Christian TOMUSCHAT, corresponde a um “abrangente projeto para a vida social”. O Direito Internacional Público passa então

levada, ao fim de um longo repouso, a procurar e criar no exterior uma matéria de atividade” (...) “337 – O bem substancial de um Estado é o seu bem como Estado particular, com seus interesses e sua situação definida, e, também, com as outras circunstâncias particulares que estão ligadas às relações contratuais. Por isso, o comportamento do Governo é um comportamento particular e não o da Providência geral. A finalidade das relações de cada Estado com os outros, bem como o princípio da justiça das guerras e dos tratados, não é, portanto, um pensamento universal (filantrópico), mas a realidade do bem-estar ameaçado em sua definida particularidade”. HEGEL, Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 304-305.

⁷¹⁸ KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and The Fall of International Law 1870-1960*, op.cit. pp. 112-131; 238-248.

a preocupar-se com temas antes restritos à interferência externa, como a proteção dos direitos humanos no âmbito dos Estados, o respeito aos princípios da democracia (especialmente após o fim da Guerra Fria) e a “boa governança” na promoção do desenvolvimento social e econômico com procedimentos transparentes traçados sob o império da lei⁷¹⁹.

Mas, apesar de todas estas significativas transformações, há entre elas uma linha de continuidade referente à vedação do julgamento moral das guerras pelo Direito positivo. O ressurgimento de teorias da guerra justa no âmbito da doutrina jusinternacionalista representou uma exceção doutrinária, geralmente por meio de uma manifestação reativa a momentos de extrema violência, como no período posterior à Primeira Guerra Mundial⁷²⁰. Este ressurgimento visava combater os teóricos do belicismo glorificadores do Estado-potência Bismarckiano, que, como observa BOBBIO, “tinham encontrado seu natural aliado no positivismo jurídico estendido finalmente ao direito internacional”⁷²¹. Mas a opinião disseminada doutrinariamente defendia o ceticismo moral, cuja representação jurídica apareceu tanto nos Pactos da Liga e Briand-Kellogg, acentuando-se ainda mais na Carta da ONU. A justiça da guerra resumiu-se à sua (i)legalidade.

A permissibilidade total do direito de guerrear do século XIX possibilitou o desenvolvimento paralelo, com a codificação em tratados internacionais, do Direito Internacional Humanitário. Se o direito de guerra não era de qualquer modo restrito pelo ordenamento jurídico internacional, que não distinguia mais as guerras agressivas das defensivas ao criar o instituto da neutralidade⁷²², então lhe restava somente a regulação jurídica de outra das facetas dos conflitos bélicos, a situação dos combatentes, dos não-combatentes, da população civil, e do uso de armamentos, o chamado *direito na guerra*, cujas raízes estão no *ius in bello* medieval. Daí surge a noção de um Direito Público

⁷¹⁹ TOMUSCHAT, Christian. *International Law: Ensuring the Survival of Humankind On The Eve of a New Century – General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 281, op.cit. pp. 56-70.

⁷²⁰ BOBBIO, Norberto. *Direito e guerra*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução de Alvaro Lorencini. São Paulo, Editora Unesp, 2002, p. 120.

⁷²¹ Idem, *Ibidem*.

⁷²² GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op.cit. pp. 525-535.

Europeu expansionista, mas *suave* em seus métodos, na linha de Martti KOSKENNIEMI⁷²³.

A Carta da ONU, por sua vez, como reação jurídica às barbáries da Segunda Guerra, procurou alcançar um propósito tão ambicioso quanto difícil: pôr a guerra fora da lei, assim como qualquer utilização da força armada agressiva nas relações internacionais⁷²⁴. A proibição jurídica propriamente dita, cuja aplicação torna possível o recurso à força, foi além do projeto da Liga das Nações ao regular o uso da força armada centralizado no Conselho de Segurança para manter ou restaurar a paz internacional, conforme estabelece o art. 42 da Carta⁷²⁵.

Isto representou um desafio às soberanias estatais, inédito em sua abrangência, por meio da tentativa de monopolizar o uso da força armada em torno de uma organização internacional de escopo universal, um terceiro acima das partes, dotando o Direito Internacional Público dos mecanismos jurídico-institucionais similares aos dos ordenamentos estatais. Neste período, a preocupação maior das normas jurídicas internacionais consistia na manutenção da paz internacional pela máxima restrição possível ao recurso da força armada, valorizando-se a heterotutela em face da autotutela ligada à legítima defesa, que passou a ser tratada como uma opção excepcional de uso lícito da força, assim como já consolidado nos ordenamentos jurídicos estatais. Isto tomou a configuração legal de um *jus contra bellum* para “preservar as gerações vindouras dos flagelos da guerra”⁷²⁶.

Nosso objetivo, neste tópico, reside somente no estudo, no campo da Filosofia do Direito Internacional Público, sobre irrelevância dos julgamentos morais sobre a legitimidade⁷²⁷ da guerra através das lentes de Hans KELSEN e Norberto BOBBIO. Ambos possuem em comum diversos aspectos de seus pensamentos sobre a guerra, como o papel primordial do Direito na construção da paz e a refutação da idéia de o

⁷²³ KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and The Fall of International Law 1870-1960*, op.cit. pp. 98-178.

⁷²⁴ BOBBIO, Norberto. *Prefácio à quarta edição italiana*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*, op.cit. p. 13.

⁷²⁵ Idem, p. 14

⁷²⁶ *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 90.

⁷²⁷ A legitimidade da guerra liga-se ao critério da *iusta causa*. BOBBIO, Norberto. *Direito e guerra*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*, op.cit. p. 119.

Direito decidir sobre a moralidade das guerras, por meio da classificação de uma guerra como justa baseada em valores defendidos por *justiças particulares*.

O estudo destes autores será útil também como contraste à revitalização da teoria da guerra justa conquanto ilícita como uma das manifestações de uma volta ao entrelaçamento do Direito e da Ética no Direito Internacional Público contemporâneo.

KELSEN e BOBBIO são dois dos mais importantes jusfilósofos do século XX, ambos profícuos estudiosos tanto da Filosofia do Direito e do Estado como do Direito Internacional Público⁷²⁸. Compartilham de um entendimento quanto ao estudo sobre as guerras que os vincula à raiz teórica comum do normativismo jurídico: o de que uma guerra somente é justa quando lícita. A idéia comum de ambos de pôr a guerra agressiva fora da lei (*jus contra bellum*) é comungada pela Carta da ONU e por Resoluções como a n.3314 sobre a *Definição de Agressão*, que interdita juridicamente e de modo amplo o uso da força armada nas relações internacionais.

A Carta da ONU positiva uma *causa justa* consagrada pelos teóricos da tradição do *bellum justum* desde CÍCERO, restringindo-a a critérios mais duros: vincula o direito de legítima defesa ao prévio ataque armado como pressuposto e ao controle do Conselho de Segurança quanto ao seu exercício. A *causa justa* da legítima defesa, já integrante de documentos jurídicos internacionais como o Pacto da Liga das Nações, consagra-se definitivamente na Carta da ONU como o mais importante uso excepcionalmente lícito da força armada nas relações internacionais. A legítima defesa não é justa por se integrar a uma concepção de justiça abstrata jusnaturalista, mas lícita (e neste sentido, justa) porque integrante das normas jurídicas internacionais. Este critério decisivo da teoria da guerra justa incorpora-se ao Direito Internacional Positivo atual. Mas não só ele. As guerras como sanção também se incorporam à Carta em seus artigos 39 e 42, com todas as restrições jurídico-institucionais que caracterizam a sua normatização centralizada, cuja competência se atribui ao Conselho de Segurança das Nações Unidas.

⁷²⁸ Possivelmente se aproveite também a eles aquilo que Antonio TRUYOL Y SERRA uma vez afirmou sobre Francisco de VITÓRIA: de que talvez foram grandes internacionalistas porque brilhantes teóricos do Estado. TRUYOL Y SERRA, Antonio. *The Principles of Political and International Law in the Work of Francisco de Vitoria*. Madrid: Ediciones Cultura Hispanica, 1946, p. 23.

Embora KELSEN defina-se como representante fidedigno da tradição do *bellum justum*, sua teoria da guerra justa possui uma peculiaridade quando contrastada com o resto da tradição: a total rejeição de critérios morais no julgamento da justiça das guerras⁷²⁹. Não subsiste para ele a divisão entre guerras moralmente justas ou injustas, mas juridicamente justas ou injustas (legais ou ilegais).

A guerra justa é, de fato, estudada somente sob uma perspectiva ideologicamente pacifista do Direito Internacional Positivo, concebida ora como ilícito, quando contrária às normas jurídicas internacionais, ora como sanção, quando utilizada como meio para realizar o Direito Positivo. BOBBIO, por sua vez, critica em seus escritos a teoria do *bellum justum* no sentido convergente de sua crítica positivista ao jusnaturalismo e à inconsistência de suas premissas teóricas, atestando a impossibilidade da permanência de uma teoria sobre a guerra justa em virtude de suas falhas intrínsecas. A defesa de BOBBIO do pacifismo jurídico internacional de inspiração kelseniana valoriza o papel do Direito na realização da paz social e procura regular juridicamente o uso da força armada na sociedade internacional. Não deve haver para o Direito outro paradigma analítico que não o do Direito Positivo para julgar a justiça de uma guerra – em outros termos, a sua licitude.

É neste sentido que um declarado adepto da teoria do *bellum justum* e um de seus mais severos críticos convergem na opinião cética sobre o julgamento moral das guerras pelo Direito Internacional Positivo. Este somente se pronuncia sobre a licitude das guerras. O Direito é, para estes autores, o meio mais exequível e ao mesmo tempo eficaz para que se alcance a paz, o objetivo mínimo de qualquer ordenamento jurídico⁷³⁰.

Estes jusfilósofos poderiam conjuntamente personificar, tanto no tempo da criação da ONU, no caso de KELSEN, como nos dias mais atuais, no caso de BOBBIO, a concepção normativista sobre o uso da força armadas nas relações internacionais na Filosofia do Direito Internacional Público, condizente com a interpretação majoritária dos doutrinadores do Direito Internacional Público e da Corte Internacional de Justiça

⁷²⁹ KUNZ, Josef. L. *Bellum Justum and Bellum Legale*. In: *American Journal of International Law*, volume 45, number 3, 1951, p. 532.

⁷³⁰ KELSEN, Hans. *Peace Through Law*. New York: University of North Carolina Press, 1944, p. 12.

sobre o uso da força armada internacional na atualidade. Ao retirar a importância da moralidade no julgamento das guerras quando postas sob os auspícios do Direito positivo, BOBBIO e KELSEN reforçam o conteúdo restritivo do uso da força instituído na Carta da ONU e, ao mesmo tempo, tornam-se alvos da revitalização da teoria da guerra justa na atualidade por defenderem a obediência estrita das normas jurídicas internacionais sobre o uso da força armada.

KELSEN postula, com efeito, a existência do Direito Internacional à maneira do Direito nacional por meio da interpretação do recurso à força em princípio como um ato ilícito ou como uma sanção a um ato ilícito – a única possibilidade de uso lícito da força –, e o define como um sistema normativo primitivo que prescreve ou permite aos Estados determinadas condutas, impondo uma sanção coativa tecnicamente imperfeita – guerra ou represália – a qualquer ato ilícito praticado⁷³¹. A diferença entre o Direito Estatal e o Direito Internacional é relativa. O que os distingue não é a ausência de sanções deste, já que possui duas sanções típicas, a guerra e a represália, mas a sua imperfeição técnica decorrente da descentralização⁷³².

KELSEN destaca, neste sentido, a existência de duas visões diametralmente opostas quanto à interpretação da natureza jurídica da guerra no Direito Internacional Público.

Conforme a primeira delas, a guerra não é considerada nem como delito nem como sanção. Ela não é de qualquer modo proibida pelo Direito Internacional. Qualquer Estado que não esteja obrigado por um tratado de abstenção da prática da guerra em relação a qualquer outro Estado, ou mesmo de sua prática em condições específicas, pode empreender o recurso à guerra sem violar o Direito Internacional, a despeito das

⁷³¹ KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Tome 84, op.cit. p. 18, p. 29.

⁷³² KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Tome 84, op.cit. p. 18. “É característica também [do Estado] a circunstância de que hoje só existe coação física “legítima”, na medida em que a ordem estatal a permita ou prescreva (por exemplo, deixando ao chefe da família o ‘direito de castigo físico’, um resto do antigo poder legítimo, por direito próprio, do senhor da casa que se estendia até a disposição sobre a vida e a morte dos filhos e dos escravos). Esse caráter monopólico do poder coativo do Estado é uma característica tão essencial de sua situação atual quanto seu caráter racional, de ‘instituição’, e o contínuo, de ‘empresa’”. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (a partir da quinta edição revista, anotada e organizada por Johannes Winckelmann). Volume 1. Quarta Edição. São Paulo: Editora UNB, 2004, p. 35.

razões pelas quais o faça⁷³³. Por outro lado, também não há o estabelecimento da possibilidade de a guerra atuar como uma sanção a um comportamento ilícito, porquanto não há previsão especial do Direito Internacional autorizadora do recurso à guerra com este objetivo⁷³⁴.

A segunda visão estabelece, em princípio, a proibição da guerra pelo Direito Internacional. Ela somente é permitida como sanção em caso de resposta a uma violação do Direito Internacional. Pode ser empreendida tanto pela vítima imediata do ato ilícito como pelos Estados que lhe prestem assistência. A guerra, portanto, se não for considerada um delito, uma violação ao Direito Internacional, é considerada uma sanção a um delito cometido. E esta é a teoria a que KELSEN veio a chamar de *bellum justum*⁷³⁵.

A adesão do grande opositor do Direito Natural – o normativista criador de uma Teoria Pura do Direito cujo objetivo último era justamente o expurgo dos julgamentos morais da Ciência do Direito⁷³⁶ – à teoria da guerra justa, cujas origens remetem contraditoriamente ao mesmo Direito Natural, deve ser contemplada, como assevera Ari Marcelo SOLON, à maneira kantiana⁷³⁷, como “a condição para formar o direito internacional como uma verdadeira prescrição jurídica que necessariamente se

⁷³³ Idem, pp. 41-42.

⁷³⁴ Idem, p. 42.

⁷³⁵ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*, op.cit. p. 331; KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. p. 42; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 95.

⁷³⁶ Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. p. 7; COMPARATO, Fabio Konder. *Ética – Direito, Moral e Religião no mundo moderno*, op.cit. p. 359.

⁷³⁷ KANT foi um dos defensores da doutrina da coercitividade, aquela que sustenta a impossibilidade da existência efetiva de um Direito sem coação. Miguel REALE observa: “Em mais de uma passagem de sua obra, invoca-se a coação como elemento necessário e intrínseco ao Direito, pelo fato de só se referir à *conformidade exterior do ato*”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983, pp. 656-657. Nessa mesma linha, assinala Fábio Konder COMPARATO: “Efetivamente, para Kant, o motivo próprio de cumprimento de um dever jurídico é a possibilidade de coação, que está necessariamente ligada ao direito. Sem dúvida, reconhece ele, o sujeito passivo pode respeitar o direito por dever de consciência; mas esse motivo nunca é exigido no plano estritamente jurídico, ao contrário do que ocorre no plano da moralidade pura”. COMPARATO, Fabio Konder. *Ética – Direito, Moral e Religião no mundo moderno*, op.cit. p. 299. Mas Fábio COMPARATO critica esta formulação, tão presente na interpretação do Direito dada pelo positivismo jurídico: “Além disso, a idéia de coação, apresentada por Kant como nota característica do direito, ainda carece de precisão. Como se verá, o positivismo jurídico moderno interpretou a coação como proveniente de uma força exterior aos sujeitos da obrigação jurídica, força organizada institucionalmente no Estado. A consequência lógica foi negar a qualidade jurídica a deveres que, embora fundados na consciência do respeito à dignidade humana, não eram sancionados pelo ordenamento estatal. Vale dizer, não haveria direitos humanos contra o Estado, o que conduziu diretamente aos totalitarismos do século XX”. Idem, p. 300.

comporte como uma ordem coativa”⁷³⁸. KELSEN concebe, então, a justiça da guerra como sua legalidade desvinculada de uma avaliação moral simultânea, e pode-se afirmar que o conceito do *bellum justum* assume, na observação de Josef L. KUNZ, o aspecto do *bellum legale*: o relevante agora não é mais a intrínseca justiça ou injustiça da causa da guerra fundada com base no direito natural, mas a violação ou não às normas do Direito Internacional Público vigente⁷³⁹.

Mas a concepção kelseniana do *bellum justum* não se restringe à guerra – definida por ele como o emprego coercitivo de forças armadas consistente em uma intervenção ilimitada na esfera de interesses do Estado a que se dirige⁷⁴⁰. Também contempla a intervenção – cuja definição KELSEN retoma do tradicional entendimento de Lassa OPPENHEIM ao estabelecê-la como uma interferência ditatorial – ou seja, interferência que implica ameaça ou uso da força⁷⁴¹ – de um Estado nos interesses de outro Estado⁷⁴². A intervenção manifesta-se como represália. A diferença entre a guerra e a represália é, portanto, de grau: a guerra é uma intervenção que pode conduzir à destruição total da independência externa e interna, à aniquilação de outro Estado⁷⁴³.

Nesse sentido, a teoria do *bellum justum* pressupõe, segundo KELSEN, o princípio da não-intervenção – cuja importância foi fundamental na redução dos conflitos entre as principais potências européias desde as origens do *ius publicum*

⁷³⁸ SOLON, Ari Marcelo. *Bellum Justum – Melchemet Mitswa*. In: *Revista de Direito e Política*. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin, MEDAUAR, Odete (orgs.). São Paulo: Gazeta Juris, 2006, p. XX

⁷³⁹ KUNZ, Josef. L. *Bellum Justum and Bellum Legale*. In: *American Journal of International Law*, volume 45, number 3, 1951, pp. 528-534; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p.95.

⁷⁴⁰ KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. p. 41.

⁷⁴¹ Esta especificação, feita pelo próprio KELSEN em *The General Theory of Law and State*, se mostra necessária na medida em que diversos estudiosos se preocuparam com a incômoda polissemia do termo *intervenção*, que em alguns casos é abordado de forma tão geral que parece se configurar em sinônimo dos mais diversos atos internacionais praticados pelos Estados – e ainda por cima pode-se dividir em distintas espécies, como a intervenção pela propaganda, a intervenção econômica, a intervenção em favor da democracia, a intervenção ideológica, entre outras. Tal preocupação, já demonstrada por OPPENHEIM, provocou a restrição do conceito à interferência ditatorial associada à ameaça ou ao uso da força – e, desse modo, a coerção passa a ser o elemento identificador da intervenção. ROSENAU, James N. *Intervention as a scientific concept*. In: *The Journal of Conflict Resolution*, volume XIII, number 2, 1969, pp. 151 e ss.; KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*, op.cit. p. 332; AMARAL JR., Alberto do. *Direito de Assistência Humanitária*, op.cit. p. 143.

⁷⁴² “Intervention is dictatorial interference by a State in the affairs of another State for the purpose of maintaining or altering the actual condition of things”. OPPENHEIM, Lassa. *International Law – A Treatise*. Edited by H. Lauterpacht. Seventh Edition. London, New York and Toronto: Longmans and Green and Co., 1955, p. 272.

⁷⁴³ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*, op.cit. p. 333.

europaeum, funcionando como princípio estabilizador das relações internacionais⁷⁴⁴. A intervenção, com efeito, somente é permitida como represália se praticada em virtude de reação a um ilícito internacional, atuando como sanção – mas é, por outro lado, vedada se justificada por razões desprovidas de valor jurídico, como as de natureza política, cujos exemplos mais patentes são a autopreservação do Estado e o equilíbrio do poder nas relações internacionais. KELSEN opõe-se, neste sentido, à *razão de Estado* propugnada pelo realismo político⁷⁴⁵.

A preferência de KELSEN quanto à interpretação do Direito Internacional Público no sentido do *bellum justum* não consiste em uma escolha científica, mas política. A consideração da guerra como delito em princípio e a permissão de uma contra-guerra⁷⁴⁶ como sanção a uma guerra ilícita é somente uma das interpretações possíveis das relações internacionais. O jurista admite a possibilidade científica de a ordem jurídica internacional ser interpretada no sentido da total permissibilidade da guerra como resultado das diferentes *razões de Estado*, com exceção das proibições previstas em tratados específicos⁷⁴⁷. A consequência final da primazia estatal é, de fato, o solipsismo de Estado defensor da permissibilidade irrestrita da guerra associado ideologicamente ao nacionalismo, ao imperialismo e aos Estados despóticos e totalitários⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ “A racionalidade da norma de não-intervenção é assim o produto da experiência de diversos momentos da política internacional nos últimos séculos. O dado unificador desta racionalidade, porém, é o desejo de conter a ação dos Estados poderosos que não reconhecem nenhuma autoridade superior”. AMARAL JR., Alberto do. *Direito de Assistência Humanitária*, op.cit. pp. 142-143;

⁷⁴⁵ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*, op.cit., pp. 330, 333.

⁷⁴⁶ “En réalité il y a entre la guerre et la contre-guerre la même relation qu’entre le crime et la peine. Personne ne prétend qu’un crime existe seulement si la peine a été effectivement exécutée. L’existence d’un crime ne dépend pas de l’exécution effective de la peine, mais du fait qu’une peine est prévue par le droit, que quelqu’un est autorisé ou obligé de punir le criminel. As conduite est un crime même si la peine prévue par le droit n’est pas exécutée pour une raison ou une autre. Les normes de droit international que interdisent la guerre et en font un acte illicite, interdisent seulement l’action d’un Etat et non la réaction de l’autre”. KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. p. 38.

⁷⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, op.cit. pp. 484-486; SOLON, Ari Marcelo. *Bellum Justum – Melchemet Mitswa*. In: *Revista de Direito e Política*, op.cit. pp. 3-5

⁷⁴⁸ KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. p. 190-191; KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, op.cit. pp. 551; Ari Marcelo. *Bellum Justum – Melchemet Mitswa*. In: *Revista de Direito e Política*, op.cit. pp. 3-5 SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*, op.cit. p. 65; BARBOSA, Samuel Rodrigues. *A invenção do jus cogens e a dogmática do direito internacional no crepúsculo do jus publicum europaeum*, op.cit. p. 66.

Hans KELSEN privilegia axiologicamente paz, mas desprovido de qualquer utopia. A sua teoria do *bellum justum* possui um conteúdo ideológico pacifista que não se converte em utopia porque demanda uma “técnica jurídica que programe sanções internacionais como uma reação centralizada contra o crime”⁷⁴⁹. Ele procura, de fato, conferir maior eficácia ao Direito Internacional como jurisdição obrigatória sobre os conflitos bélicos⁷⁵⁰.

Para KELSEN, a discussão acerca de se o princípio da guerra justa faz ou não parte do Direito Internacional geral perdeu muito de sua importância. O jurista austríaco lembra que a teoria do *bellum justum* integra vários documentos internacionais, como o Pacto da Liga das Nações, o Pacto Briand-Kellogg e a Carta das Nações Unidas⁷⁵¹. E, como já mencionado, estes três tratados multilaterais se converteram nos três principais diplomas normativos regulatórios do uso da força no Direito Internacional do século XX, aos quais aderiram maciçamente os Estados em todo o mundo (especialmente no que se refere à Carta da ONU)⁷⁵². Todos os referidos documentos normativos procuram assegurar a paz internacional, e, dentre eles, a Carta das Nações Unidas interdita o uso da força nas relações internacionais de modo ainda mais rigoroso e abrangente que os demais⁷⁵³.

Nesta linha, KELSEN promove relevantes adaptações e modificações na sua teoria da guerra justa, integrando-a em definitivo à Carta das Nações Unidas. Se antes do advento da Carta, Josef KUNZ expressa dúvidas acerca da pertinência da primeira versão da teoria da guerra justa kelseniana – exposta em *Law and Peace in International Relations* e reproduzida em *General Theory of Law and State* – com as normas de Direito Internacional positivo⁷⁵⁴, as dúvidas se dissipam completamente em sua última versão, apresentada no seu monumental comentário à Carta das Nações Unidas e no curso da Academia da Haia em 1953.

⁷⁴⁹ Ari Marcelo. *Bellum Justum – Melchemet Mitswa*. In: *Revista de Direito e Política*, op.cit. p. 4.

⁷⁵⁰ Idem, *Ibidem*.

⁷⁵¹ KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 46-47.

⁷⁵² CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, op.cit. p.

⁷⁵³ Idem, p. 47; SOLON, Ari Marcelo. *Bellum Justum – Melchemet Mitswa*. In: *Revista de Direito e Política*, op.cit. pp. 4-5.

⁷⁵⁴ “But in his most recent treatment he does not decide whether this doctrine is a norm of positive international law, and states forcefully the grave objections against the workability of this doctrine”. KUNZ, Josef. L. *Bellum Justum and Bellum Legale*, op.cit. p. 529.

Na primeira versão da teoria, KELSEN segue o Direito Internacional Clássico no sentido da legalidade das represálias armadas unilaterais como sanção a um ilícito internacional. Destaca que o uso da força não é necessariamente vinculado à noção de represália, mas ela se mostra indispensável quando há resistência do Estado que comete o ilícito⁷⁵⁵. O outro uso lícito da força armada consiste em uma guerra contra um ilícito internacional, atuando como sanção⁷⁵⁶. O jurista não especifica quais tipos de delitos provocam a guerra – mas quando afirma, já no curso da Haia, a exigência da proporcionalidade entre delito e sanção no caso das represálias⁷⁵⁷, sabe-se que KELSEN não visa à vulgarização da guerra como sanção desproporcional a uma violação irrelevante de Direito Internacional, já que ele faz uma gradação das sanções de Direito Internacional entre as represálias não-armadas, as armadas e as guerras⁷⁵⁸.

Mas o autor adapta e altera sua posição já na vigência da Carta das Nações Unidas. Considera ilegal qualquer uso da força armada unilateral pelos Membros das Nações Unidas sem a autorização do Conselho de Segurança ou ausentes os requisitos para o exercício da legítima defesa previstos no art. 51 da Carta. A partir disto, todas as represálias armadas são ilegais e o Conselho de Segurança exerce o monopólio centralizado da força em benefício da comunidade internacional. Então, a guerra atua como sanção somente por meio da atuação do Conselho de Segurança sob o sistema de Segurança Coletiva e nas situações ligadas à legítima defesa⁷⁵⁹. KELSEN restringe, neste sentido, a autoajuda nas relações internacionais à legítima defesa, cuja interpretação deve ser feita restritivamente – ou seja, somente é lícita quando exercida após a ocorrência de um ataque armado. Ele rechaça, portanto, a idéia de legítima defesa antecipatória como resposta a um ataque iminente⁷⁶⁰.

⁷⁵⁵ KELSEN, Hans. *Derecho y Paz em las relaciones internacionales*. Versión española de Florencio Acosta. México: Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 56; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Guerra, Justicia y Derecho Internacional*. In: *Isonomía*, nº 20, abril 2004, p. 61.

⁷⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, op.cit. p. 471.

⁷⁵⁷ KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. p. 33.

⁷⁵⁸ KELSEN, Hans. *Derecho y Paz em las relaciones internacionales*, op.cit. pp. 55-57.

⁷⁵⁹ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A critical analysis of its fundamental problems*, op.cit. pp. 269, 736-761.

⁷⁶⁰ “It is of important to note that Article 51 does not use the term ‘aggression’ but the much narrower concept of ‘armed attack’, which means that a merely ‘imminent’ attack or any act of aggression which has not the character of an attack involving the use of armed force does not justify resort to force as an exercise of the right established by article 51”. KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A critical analysis of its fundamental problems*, op.cit. pp. 269, 798-799.

Além de refutar a idéia de legítima defesa antecipatória, aceita tanto entre grande parte dos fundadores do Direito Internacional como entre os adeptos na doutrina jusinternacionalista contemporânea, KELSEN considera ilegal o que usualmente vem a ser chamado de “direito de intervenção humanitária unilateral”, cujos precursores são os teóricos da guerra justa e cuja instrumentalização se espalhou de modo amplo na prática internacional do século XIX – geralmente para encobrir interesses geopolíticos, como bem observa GREWE⁷⁶¹. Para KELSEN, nos assuntos pertencentes à jurisdição doméstica de um Estado, sejam eles guerras civis ou quaisquer outros – e neste universo incluímos as tragédias humanitárias –, somente o Conselho de Segurança pode intervir sem violar o artigo 2º (7)⁷⁶² da Carta ao interpretá-las como uma “ameaça à paz”, segundo art. 39⁷⁶³.

Portanto, há uma forte indicação de que KELSEN seria contrário tanto à intervenção humanitária da OTAN no Kosovo como à guerra do Iraque de 2003. Seriam guerras injustas porque flagrantemente ilegais perante a Carta das Nações Unidas.

Um dos temas mais recorrentes na reflexão jurídica de Norberto BOBBIO é o da violência e de sua limitação ao máximo nos conflitos entre indivíduos e entre Estados, nas óticas, respectivamente, dos ordenamentos jurídicos interno e internacional. Neste sentido, posiciona-se sobre os temas principais das relações internacionais, como a guerra, a paz e as relações de ambas com o Direito Internacional Público, sob uma perspectiva eminentemente jusfilosófica defensora da causa da liberdade enquanto ética de uma paz de satisfação⁷⁶⁴ que não se limita à mera

⁷⁶¹ GREWE, Wilhelm. *The Epochs of International Law*, op.cit. pp. 487-496.

⁷⁶² “art. 2.7 Nenhum dispositivo na presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII”. *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. pp. 80-81.

⁷⁶³ KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A critical analysis of its fundamental problems*, op.cit. p. 19.

⁷⁶⁴ Celso LAFER esclarece, de forma didática, o termo *paz de satisfação*, utilizado por BOBBIO com base em uma tipologia formulada por Raymond ARON em *Paz e Guerra entre as Nações*, que contém também as expressões *paz do poder* e *paz da impotência*: “A paz de satisfação não é uma paz de expedientes, que tem como nota única a ausência de guerra e é o produto do temor. A paz de satisfação é aquela que resulta da inexistência de conflitos insuperáveis, num contexto caracterizado pela confiança recíproca, facilitada por sua vez pela não-ocorrência de pretensões territoriais excludentes. A paz a que almeja o pacifista não é, evidentemente, uma paz qualquer, mas obviamente uma paz da satisfação entendida como um meio para efetivar a livre convivência entre os homens em escala universal”. LAFER, Celso. *O Problema da Guerra e os Caminhos da Paz na Reflexão de Norberto Bobbio*. In: *O Brasil e a Crise Mundial – Paz, Poder e Política Externa*. São Paulo: Perspectiva, 1984, p. 59.

condenação da violência, mas à busca reformista de alternativas jurídico-institucionais para o controle dos conflitos armados internacionais⁷⁶⁵.

Para BOBBIO, há quatro concepções relativas à caracterização das relações da guerra com o Direito. No âmbito da legitimidade da guerra, campo de atuação da teoria da guerra justa, há, em primeiro lugar, a guerra como meio de realização do Direito, sob a forma de sanção, e, em segundo lugar, a guerra como fonte do Direito, sob a forma de violência revolucionária a serviço de um ideal de justiça. No campo da legalidade da guerra, esta é vista como objeto do Direito, como regulamentação da utilização da força armada, relativa à conduta na guerra. Já a última relação entre os dois trata a guerra como antítese do Direito, concepção adotada pelos pacifistas⁷⁶⁶.

BOBBIO faz uma distinção entre a legitimidade e a legalidade, baseada na distinção entre o poder legítimo, que evita a *tyrannia absque titulo*, e o poder legal, que evita a *tyrannia quoad exercitium*. A legitimidade consiste em um requisito da titularidade de um direito; a legalidade, num requisito do exercício de um direito. Na guerra, a avaliação da legitimidade refere-se ao justo título (à justa causa) para sua interposição, e a avaliação da legalidade, às condutas praticadas durante o conflito, ao seu exercício⁷⁶⁷.

A legitimidade, segundo BOBBIO, é o “resultado de um processo de justificação” e os dois modos mais comuns de empreendê-la remetem à recondução a um fundamento ou aos fins benéficos da ação; isto é, a legitimidade pode ser aferida como a “conseqüência necessária de um princípio indiscutível ou como meio mais adequado para se atingir um fim altamente desejável”. As teorias da guerra justa justificam a guerra segundo um determinado fim⁷⁶⁸.

A legitimidade da guerra está ligada à tradição do *bellum justum*, objeto de análise de diversos pensadores há muitos séculos, desde CÍCERO, os padres da Igreja

⁷⁶⁵ LAFER, Celso. *O Problema da Guerra e os Caminhos da Paz na Reflexão de Norberto Bobbio*. In: *O Brasil e a Crise Mundial – Paz, Poder e Política Externa*. São Paulo: Perspectiva, 1984, pp. 45-47.

⁷⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Direito e Guerra*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2003, p. 117; BOBBIO, Norberto. *Guerra e Direito*. In: *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos (org. Michelangelo Bovero)*. Tradução de Daniela Becaccia Versiani. São Paulo: Campus, 2000, p. 559.

⁷⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Sur le principe de la legitimité*. In: *L'idée de legitimité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1967, pp. 49-51.

⁷⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Guerra e Direito*. In: *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos (org. Michelangelo Bovero)*. Tradução de Daniela Becaccia Versiani. São Paulo: Campus, 2000, p. 560.

Católica e os chamados fundadores do Direito Internacional Público. Uma guerra justa remete ao problema de sua justificação, ou seja, aos motivos que possibilitam a justiça ou não de uma determinada guerra; ao título no qual se funda.

Houve uma modificação de natureza do problema da guerra justa desde o período do equilíbrio europeu até a época posterior às duas guerras mundiais. Neste sentido, passou a abranger dois modos distintos de justificar a guerra por meio da diferenciação de guerras justas e injustas. No tempo da vigência do *jus publicum europaeum*, os teólogos, juristas e moralistas justificavam a guerra como uma sanção cujas causas justas primordiais eram a defesa e a reparação de um dano, a restauração do *status quo*, da ordem internacional estabelecida previamente. Já na segunda metade do século XX, consolida-se de vez a justificação da guerra a partir da noção de guerra-fonte. A guerra justa passa, então, a ser uma guerra instauradora de uma nova ordem contra uma ordem injusta e opressora. A guerra, com efeito, está para as relações internacionais assim como a revolução está para as relações internas dos Estados⁷⁶⁹.

Tradicionalmente, a teoria da guerra justa tenta fazer uma analogia entre a guerra e um processo judicial, conferindo um caráter de sanção à guerra. Mas esta analogia é falha, segundo BOBBIO, porque na guerra não existem dois princípios fundamentais ao processo judicial: a imparcialidade de quem julga e a certeza dos critérios de julgamento.

Para BOBBIO, a principal falha das teorias defensoras da guerra justa é o insucesso na tentativa de se estabelecer critérios de justiça cuja aceitação seja universal, pois se mostram sempre relativos. A outra falha da teoria da guerra justa é a ausência de um juiz, de uma autoridade legítima superior às partes, capaz de julgar a justiça ou a injustiça da guerra com a devida imparcialidade⁷⁷⁰. Isto ocasiona o reconhecido problema – apontado inclusive pelos defensores da doutrina da guerra justa e objeto de análise no primeiro capítulo – da possibilidade de a justiça da guerra pertencer a ambas as partes. A analogia da guerra com a sanção também se configura como errônea pelo

⁷⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *A idéia de paz e o pacifismo*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução de Alvaro Lorencini. São Paulo, Editora Unesp, 2002, p. 150; BOBBIO, Norberto. *Guerra e Direito*. In: *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, op.cit. p. 563.

⁷⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução de Alvaro Lorencini. São Paulo, Editora Unesp, 2002, pp.76-78.

motivo de que qualquer guerra se caracteriza pelo embate no qual a vitória é dada ao mais forte, e não àquele que está com a razão⁷⁷¹.

Já a legitimidade da guerra vista como fonte do Direito apóia-se no tradicional princípio de que “do fato nasce o direito” ao justificar-se como um combate a ordens jurídicas injustas e opressoras, contra as quais surgem como exemplares de guerras justas as guerras revolucionárias e de libertação nacional. A justificação da guerra justa move-se de seu aspecto-sanção de restauração do “status quo ante”, para o aspecto relativo à instauração de uma nova ordem, de subversão do “status quo”, da ordem jurídica instituída⁷⁷².

O critério de legitimação modifica-se em relação à guerra-sanção: a guerra-revolução legitima-se posteriormente; visa ao respeito de um direito, mas não ao restabelecimento de um direito então violado, e sim à instauração de uma nova ordem, preestabelecendo-se um direito futuro⁷⁷³. Se as guerras são injustas em relação aos ordenamentos contra os quais se insurgem, são justas em relação a critérios relativos ao direito natural, de modo que a guerra como fonte do direito também termina por ingressar no rol de casos em que se é possível travar uma guerra justa na contemporaneidade, baseando-se no direito de autodeterminação dos povos, valorizado inclusive pela Carta da ONU em seu art. 1 (3). Sob o manto do combate à “servidão do colonialismo”, a “nova teoria da guerra justa” postula que terceiros teriam o direito de intervir ativamente em um conflito interno não em favor do governo central, mas de um movimento de libertação nacional. Este tipo de legitimação das guerras de libertação nacional foi comumente perpetrada pela União Soviética e por países do Terceiro Mundo no período da Guerra Fria, atribuindo uma interpretação mais intervencionista do uso da força na Carta da ONU (vide capítulo anterior)⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ ⁷⁷¹ LAFER, Celso. *O Problema da Guerra e os Caminhos da Paz na Reflexão de Norberto Bobbio*. In: *O Brasil e a Crise Mundial – Paz, Poder e Política Externa*, op.cit. p. 53.

⁷⁷² BOBBIO, Norberto. *Direito e Guerra*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*, op.cit. p. 127.

⁷⁷³ BOBBIO, Norberto. *Direito e Guerra*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*, op.cit. p. 125.

⁷⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *Guerra e direito*. In: BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, op.cit., p. 563; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 96-97.

A crise da teoria da guerra justa insere-se no cenário geral da crise do Direito Natural em virtude das críticas do positivismo jurídico⁷⁷⁵. Este afirma que o único Direito existente é o positivo. O jurista deve indagar acerca do que o direito é, e não acerca do que ele deve ser segundo um critério de justiça, como faziam os jusnaturalistas (que, de fato, eram moralistas). BOBBIO assinala, com efeito, que não é vedado aos juristas avaliar a justiça ou a injustiça de uma guerra, mas isto constitui um juízo moral, sobre o que o direito deveria ser, e não um juízo jurídico, sobre o que o direito é. Para o positivista jurídico, a diferenciação entre as guerras justas e injustas consiste apenas em uma exigência moral de inegável grandeza, um anseio dirigido ao direito vindouro, mas não em uma regra de Direito Internacional positivo acerca do que a guerra é de fato⁷⁷⁶. Para BOBBIO, nos mesmos moldes de KELSEN, é, portanto, impossível afirmar a justiça ou a injustiça de uma guerra segundo um critério moral, mas sim sua legalidade ou ilegalidade conforme o Direito Internacional positivo.

BOBBIO observa que a incapacidade de contenção da guerra na contemporaneidade pode nos conduzir ou à resignação com a destruição coletiva ou à tentativa de, em um ideal-limite, colocá-la no ostracismo. E é nesta senda que ingressa o pacifismo ativo – distinto do pacifismo passivo, que considera a guerra como algo fadado ao desaparecimento –, dentro do qual se insere, em especial, o pacifismo jurídico, a sua alternativa preferencial na busca da paz.

O pacifismo ativo divide-se em três categorias, conforme sua atuação diante dos meios, das instituições ou dos homens a fim de alcançar a eliminação da guerra e o ideal de uma paz perpétua.

A sua primeira forma é instrumental, pois procura reduzir tanto o número de armas como seu poder de devastação, em sua face negativa, como busca por resultados similares ao da guerra, mas sem o recurso aos meios violentos, em sua face positiva, consubstanciada nas teorias da não-violência. É a forma menos efetiva, a menos radical, mas a mais faticamente plausível. Os tratados de não-proliferação nuclear, assinados no período da Guerra Fria, representam tentativas neste sentido.

⁷⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e Guerra*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*, op. cit. pp. 123-124

⁷⁷⁶ Idem, p. 125.

Uma segunda figura do pacifismo ativo é o pacifismo finalista, que procura agir sobre os homens. É a forma mais radical. Postula que as guerras existem em razão da natureza humana sob dois pontos de vista: um, ético-religioso, o outro, biológico. Para a vertente ético-religiosa, a razão última da guerra, a mais profunda delas, consiste em uma deficiência moral do homem, que pode advir tanto do “pecado original”, como de uma propensão à maldade formulada por éticas racional-naturalistas. Aqui agem os duplos liberdade-arbítrio, razão-vontade. Para a outra vertente, a biológica, a guerra origina-se nos instintos agressivos e na sua atuação nos grupos humanos coletivos ameaçados pela hostilidade de grupos adversários, como muito bem analisado por FREUD em sua análise psicanalítica das origens da guerra.

Para a primeira vertente, a solução para o expurgo do defeito moral representado pela guerra consiste numa conversão feita por meio da pedagogia dos religiosos, moralistas, filósofos ou reformadores dos costumes; para a segunda vertente, a guerra, por ser um fenômeno de raízes psicológicas e sociológicas, deve ser extinta por meio da terapia, de uma eventual cura, realizada com a ajuda de psicólogos, biólogos, psiquiatras, sociólogos ou antropólogos⁷⁷⁷. A despeito da vertente adotada, as soluções que elas defendem, embora de extrema e talvez definitiva eficácia, mostram-se ao mesmo tempo quase que irrealizáveis no plano fático, tal a ambição e a dificuldade de seus objetivos, destinados a reformar tanto a moral humana como suas profundezas psíquico-instintuais.

A última forma é o pacifismo institucional, no âmbito do qual se insere o pacifismo jurídico⁷⁷⁸. O pacifismo institucional-jurídico volta-se contra a instituição do Estado como tal, independentemente de sua estrutura econômica ou ideologia política. Opõe-se ao modo de organização das relações entre os Estados soberanos e iguais juridicamente no atual Direito Internacional Público porque a solução de seus conflitos ocorre, em última instância, por meio do recurso à guerra. Esta forma é menos realizável no plano dos fatos que o pacifismo instrumental, mas vai além de seus objetivos rasos e precários: procura encontrar as causas e os remédios para as guerras,

⁷⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*, op.cit. pp. 106-107.

⁷⁷⁸ Não nos interessa a outra modalidade de pacifismo institucional proposta por BOBBIO, o pacifismo social.

não se limitando a restringir seus instrumentos. Também não é tão irrealizável como o pacifismo finalista, de pretensão reformadora da natureza humana⁷⁷⁹.

O pacifismo jurídico constata que, de fato, em uma sociedade internacional sem o monopólio do uso da força, na qual há uma pluralidade de Estados soberanos que decidem unilateralmente sobre como e quando usá-la, a guerra se torna evidentemente um modo de solução de disputas. O remédio para as guerras defendido pelo pacifismo jurídico relaciona-se a uma mudança institucional capaz de afetar as estruturas de poder atuais das relações internacionais. A falta de uma autoridade superior aos Estados é um problema solucionável pela fundação de uma instituição supra-estatal que no limite se configuraria como um Estado Universal.

A solução pregada pelo pacifismo jurídico de forma alguma busca a eliminação do uso da força nas relações sociais (entre as coletividades soberanas, no caso do Direito Internacional Público), mas a sua eficaz regulamentação e limitação por meio do Direito, cujo propósito mínimo é a busca da paz⁷⁸⁰. A função mínima do direito, para BOBBIO, assim como também era para KELSEN, é a afirmação e a reafirmação da paz.⁷⁸¹

A *paz pelo direito* defendida por BOBBIO passa, com efeito, pela eliminação do *estado de natureza* hobbesiano por meio não somente de um pacto de associação (*pactum societatis*), mas também por um pacto de submissão (*pactum subiectiois*). O pacto de associação ainda submete-se à vontade individual dos membros de um ordenamento jurídico porque o princípio do *pacta sunt servanda* relativo à não-agressão é apenas um princípio moral, não sendo assegurada a sua observância, e o pacto de submissão centraliza a aplicação da regra jurídica e das sanções em caso de desobediência. A ONU, com seus avanços, encontra-se em um estágio intermediário entre a simples associação de Estados nacionais e a utopia do Superestado porque não ocupa a posição de um juiz com o poder coercitivo necessário para fazer cumprir suas

⁷⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*, op.cit. pp. 101.

⁷⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*, op.cit. pp. 102-103.

⁷⁸¹ BOBBIO, Norberto. *Paz e Direito*. In: In: BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, op.cit., pp. 565-566.

decisões⁷⁸². Note-se que, mesmo no estágio final do Superestado, há a abolição da guerra, mas não da utilização da força como *extrema ratio*⁷⁸³.

Com efeito, o pacifismo institucional-jurídico prevê em seu estágio final a instituição de um Terceiro acima das partes cuja força deveria ser tamanha a ponto de prevenir conflitos armados internacionais ou limitá-los, assim como suas conseqüências. Mas existem modos distintos de se alcançar uma “paz jurídica” por meio do Estado Universal. BOBBIO defende justamente uma instituição universal na forma ideal-limite de uma federação *consensual* de Estados. Repele a alternativa de uma paz imperial ao modo da construção de um império de estatura universal capaz de subjugar militarmente todos os seus componentes. Mas ainda assim, traz à baila a sua possibilidade no cenário do pós-Guerra Fria, no qual existe somente uma superpotência econômica, política e militar capaz de assumir um projeto de tamanha magnitude consubstanciado em uma política externa objetivando uma supremacia universal⁷⁸⁴ (e a *doutrina Bush* poderia, neste sentido, ser contemplada como uma tentativa radical e fracassado de *paz pelo império*).

BOBBIO abertamente declara, no último dos prefácios ao seu livro *O problema da guerra e as vias da paz*, sua preferência pela via do pacifismo jurídico-institucional, que mostrou sua viabilidade no período do pós-Guerra Fria com o sucesso da intervenção autorizada pela Organização das Nações Unidas no conflito entre Iraque e Kuwait. Mas não há no referido autor, por outro lado, um aspecto utópico em sua defesa do pacifismo jurídico; reconhece a sua insuficiência em face das guerras contemporâneas e as dificuldades delas conseqüentes de concretização do projeto de KANT para a paz perpétua. Este pessimismo é de certo modo compartilhado por KELSEN em *Peace Through Law* quanto à criação de um Estado Federal Mundial em um futuro imediato à Segunda Guerra Mundial:

A World Federal State, however, composed of many States different in size and culture, can hardly be erected immediately after this war. Only wishful thinking and ignorance of

⁷⁸² Idem, p. 571; BOBBIO, Norberto. *Democracia e Sistema Internacional*. In: *O Futuro da Democracia*. 10ª edição. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006, pp. 192-194; BOBBIO, Norberto. *Diário de um Século – Autobiografia*. 2ª edição. Tradução de Daniela Becaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 208.

⁷⁸³ BOBBIO, Norberto. *Diário de um Século – Autobiografia*, op.cit. p. 208; BOBBIO, Norberto. *Democracia e Sistema Internacional*. In: *O Futuro da Democracia*, op.cit. p. 194.

⁷⁸⁴ BOBBIO, Norberto. *Prefácio à quarta edição italiana*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*, op.cit. pp. 8, 15-17.

decisive facts allow us to underestimate the extraordinary difficulties we must encounter in organizing such a World Federal State; especially this is true if its constitution is to have a democratic character⁷⁸⁵.

Mas KELSEN mostra-se um otimista quanto ao futuro da formação de um Estado Federal Mundial. Isto poderá acontecer em estágios graduais e lentos por meio da compatibilização das diferenças culturais das diversas nações e, em seguida, por um trabalho no âmbito ideológico relativo à educação e à consciência política. BOBBIO, por outro lado, vai além do globalismo jurídico de KELSEN inspirado na *Civitas Maxima* de Christian WOLFF, e dialoga criticamente com suas influências realistas, especialmente HOBBS. Crê, neste sentido, que provavelmente jamais haverá o monopólio da força legítima nas relações internacionais tal como existe nos Estados nacionais nos dias atuais⁷⁸⁶. Com efeito, percebe-se uma espécie de tensão permanente, no pensamento de BOBBIO sobre as relações internacionais, entre as influências de KANT e HOBBS. BOBBIO adota, de fato, o realismo hobbesiano como ponto de partida – e não como ponto de chegada, que consiste na defesa da *razão de Estado* – e o projeto kantiano como ponto de chegada. Mas a influência hobbesiana constantemente o faz regressar à realidade anárquica das relações internacionais contemporâneas e aos difíceis obstáculos à realização de uma paz perpétua, definida por ele, sem eufemismos, como utópica.

De fato, o que o pacifismo jurídico requer, afirma BOBBIO, é a extinção da guerra como modo desregulado da força, e não a extinção do uso da força em si, uma vez que o direito também se sustenta na força⁷⁸⁷.

E é no contexto do debate sobre a primeira guerra do Iraque que um positivista jurídico tão aferrado como BOBBIO ironicamente resolveu resgatar a noção de “guerra justa”, cuja tradição ele tão severamente criticara. Mas, como veremos, BOBBIO nada mais faz do que reafirmar o último entendimento de guerra justa de KELSEN, cujo paradigma de “justiça” consiste em uma interpretação restritiva do uso da força armada da Carta das Nações Unidas.

⁷⁸⁵ KELSEN, Hans. *Peace Through Law*, op.cit. pp. 9-10.

⁷⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *Prefácio à quarta edição italiana*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*, op.cit. p. 14.

⁷⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *Paz e Direito*. In: In: BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, op.cit., pp. 571-573.

BOBBIO defende a primeira guerra do Iraque porque não se permite a passividade diante de uma agressão a um Estado soberano. O comportamento de Saddam Hussein tornou a guerra inevitável, e não empreendê-la, segundo a opinião os pacifistas, acabaria por favorecer o adversário ⁷⁸⁸.

Para BOBBIO, a primeira guerra do Iraque foi justa no significado técnico-jurídico de lícita, permitida, como resposta, em último caso, a uma agressão armada. O justo nesta acepção não deveria ser penetrado por valores ausentes do uso jurídico. Neste sentido, o Conselho de Segurança agiu de acordo com as competências que lhe foram aferidas pela Carta da ONU quanto à manutenção da paz e da segurança internacionais. Esgotadas todas as alternativas pacíficas, autorizou o uso da força armada como uma sanção para a defesa do Direito Internacional Público, o que conferiu à guerra do Iraque os requisitos para ser justa no sentido de lícita ⁷⁸⁹. Como facilmente se nota, esta acepção de guerra justa de BOBBIO é a mera repetição do sentido já proposto pela última versão da teoria da guerra justa de KELSEN: é uma contraguerra sancionadora a uma guerra-delito, autorizada pela Carta das Nações Unidas

BOBBIO assinalou na época que a guerra não deveria ser somente justa, mas também eficaz no sentido de ater-se aos seus objetivos e limitar-se no tempo e no espaço, de modo que a correção de um erro não viesse a se converter a guerra em um remédio pior que o próprio mal, em um verdadeiro massacre ⁷⁹⁰.

Ao defender esta posição polêmica, BOBBIO foi atacado vigorosamente na imprensa italiana por intelectuais das mais diversas correntes teóricas. Diante da magnitude da pressão sofrida, apesar de não voltar atrás em sua posição acerca do uso lícito da força, titubeou em relação a sua posição inicial ao questionar-se acerca da real necessidade da guerra e de sua eficácia. Admitiu em sua autobiografia “estar assolado pela dúvida sobre se de fato foram tentadas todas as vias pacíficas de solução do conflito e se a guerra não poderia ser suspensa ou adiada” ⁷⁹¹. Embora hesitante em

⁷⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *Diário de um Século – Autobiografia*, op.cit. p. 227, 230.

⁷⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *Diário de um Século – Autobiografia*, op.cit. p. 229; LAFER, Celso. *Guerra, Direito e Poder no Golfo Pérsico*. In: Carlos Henrique Cardim. (Org.). *Bobbio no Brasil - um retrato intelectual*. Brasília: Editora da UnB, 2001, p. 92; BOVERO, Michelangelo. *El Realismo de Bobbio*. In: *Isonomía*, nº 20, abril 2004, p. 250.

⁷⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Diário de um Século – Autobiografia*, op.cit. p. 227-228; LAFER, Celso. *Guerra, Direito e Poder no Golfo Pérsico*, op.cit. p. 89; BOVERO, Michelangelo. *El Realismo de Bobbio*. In: *Isonomía*, nº 20, abril 2004, p. 250.

⁷⁹¹ BOBBIO, Norberto. *Diário de um Século – Autobiografia*, op.cit. p. 230.

virtude de tantas críticas talvez inesperadas, renovou a afirmação de que a renúncia da força em certas situações pode favorecer unicamente a força do prepotente⁷⁹².

Há poucas manifestações documentadas da posição de BOBBIO sobre a guerra do Kosovo. As principais delas ocorreram em duas longas entrevistas ao jornal *L'Unità* em 25 de abril e 16 de maio de 1999, quando ele já contava com 90 anos.

Quando perguntado se a guerra no Kosovo era justa, BOBBIO responde no mesmo sentido de *O problema da guerra e as vias da paz*, que a distinção tradicional entre guerras justas e injustas não faz mais sentido. É uma concepção decrépita – particularmente por atribuir de modo freqüente a justiça da guerra para os dois lados – e restrita ao contexto do equilíbrio europeu⁷⁹³.

Para BOBBIO, na medida em que a Carta inadmite a guerra exceto nas situações de legítima defesa a uma agressão armada e de autorização do Conselho de Segurança em virtude de perigo à segurança internacional, modifica o modo de como são justificadas as guerras em relação ao passado. A questão pertinente à guerra não é o questionamento sobre se ela é ou não justa, mas sim se ela é ou não legal, efetiva ou não. A razão justificativa da guerra independe, com efeito, de um ideal de justiça abstrato, já que todo e qualquer Estado, inclusive o Estado nazista, considerado um Estado criminal, justifica suas próprias guerras como justas. Depende exclusivamente da conformidade ou não com o Direito Internacional positivado⁷⁹⁴.

BOBBIO critica o caráter puramente moral atribuído à guerra do Kosovo pelos Estados Unidos. Ao fazê-lo, resgatam um princípio de justificação arcaico. Julgando-se autorizados a defender valores universais – que, BOBBIO reconhece, em várias ocasiões ajudaram a preservar – os Estados Unidos decidem unilateralmente acerca da prática de uma guerra justificada em termos morais, o que traz o problema de sua incômoda assimilação à idéia de cruzada, de *guerra santa*⁷⁹⁵.

Mas, para BOBBIO, se é verdade que, por um lado, a guerra desenrola-se para além das regras sobre o uso da força na Carta da ONU, por outro, também é verdade

⁷⁹² Idem, *Ibidem*.

⁷⁹³ *L'Otan au Kosovo: une guerre juste? – Entretien avec Norberto Bobbio*. In: *L'Unità*. Traduits de l'italien par Françoise Liffan, 1999, p. 10.

⁷⁹⁴ Idem, *Ibidem*.

⁷⁹⁵ *L'Otan au Kosovo: une guerre juste? – Entretien avec Norberto Bobbio*. In: *L'Unità*. Traduits de l'italien par Françoise Liffan, 1999, p. 13.

que o Direito Internacional marcha para uma maior institucionalização⁷⁹⁶. Além dos Estados, todos os indivíduos são também sujeitos de Direito Internacional a partir da mudança fundamental trazida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁷⁹⁷ BOBBIO reconhece que estes são “direitos imperfeitos”, porém afirma que um dos acontecimentos mais importantes e inovadores do Direito Internacional Contemporâneo refere-se justamente à adesão a estes direitos humanos positivados e a sua implementação, algumas vezes por meio da força. Caminha-se para uma situação no Direito Internacional em que cada vez mais se amplia a possibilidade do recurso à força como sanção de condutas ilícitas. E isto é justamente o Direito, “a força lícita contra a força ilícita”. De fato, não se pode colocar a OTAN e o aparato policial e paramilitar sérvios em pé de igualdade. A ação da OTAN deve ser entendida, com efeito, como uma ação policial dotada do uso lícito da força contra o uso ilícito da força pelo aparato repressivo de MILOSEVIC⁷⁹⁸.

Esta posição de BOBBIO sobre a guerra do Kosovo vai além dos limites estabelecidos por KELSEN na sua última versão de guerra justa como guerra lícita adaptada à Carta das Nações Unidas. Como visto, o último KELSEN restringe a guerra como sanção aos casos de legítima defesa e uso coletivo da força por meio dos mecanismos de segurança coletiva da ONU. BOBBIO, de seu lado, justifica a guerra do Kosovo como uma ação policial fora das duas hipóteses ditadas pela Carta baseando-se na violação ilícita de direitos humanos que, embora positivados, são subinstitucionalizados no Direito Internacional. Há para ele o uso da força lícita contra a força delituosa, a natureza de sanção, mas sem a restrição imposta pelo último KELSEN quanto às normas jurídicas da Carta da ONU.

Todavia, o desenrolar da guerra do Kosovo provocou, assim como a guerra do Iraque antes fizera, uma reavaliação parcial da posição de BOBBIO. Sete semanas após o início dos bombardeios, o autor criticou o modo incompetente pelo qual se executara a

⁷⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Bestialidade e Humanidade – Uma Guerra na fronteira entre o Direito e a Moral*. In: *Die Zeit*, nº 18, 1999, pp. 1-10 (Tradução de Daniel Nogueira Leitão – disponível em www.puc-rio.br/direito/pet_jur/docs/c3haberm.rtf).

⁷⁹⁷ A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 tomou a forma inicial de uma recomendação política da Assembléia Geral das Nações Unidas, sem vinculação jurídica aos seus membros. Mas o Documento foi interpretado como texto normativo integrante de Direito Internacional Público, em particular no entendimento da Corte Internacional de Justiça. COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 209-211.

⁷⁹⁸ *L’Otan au Kosovo: une guerre juste? – Entretien avec Norberto Bobbio*. In: *L’Unità*. Traduits de l’italien par Françoise Liffan, 1999, p. 17.

ação militar, cujo resultado acabou por instaurar uma grande desordem. Pôs em dúvida, ademais, se realmente uma limpeza étnica estava em curso no período anterior ao início dos bombardeios da OTAN. Por fim, assinalou que uma ação cuja finalidade era justamente a proteção dos direitos humanos acabou por violá-los gravemente⁷⁹⁹.

BOBBIO segue o mesmo padrão hesitante e de certo modo incoerente das opiniões emitidas relativamente à guerra do Iraque de 1991. Em primeiro lugar, justifica juridicamente a guerra, por vezes até de modo entusiasmado. No caso da guerra no Kosovo, por meio de razões jurídicas no mínimo problemáticas – com as quais, segundo entendemos, dificilmente KELSEN concordaria⁸⁰⁰. Quando a guerra se desenrola e demonstra a sua face cruel, BOBBIO faz críticas ao modo como ela é conduzida, conferindo especial ênfase às violações de direitos humanos praticadas pela parte juridicamente detentora da razão. De fato, o autor parece ser atacado por uma crise de consciência após o desencadeamento de todas as guerras que defende.

Existe um exemplo formidável de como as convicções de BOBBIO concernentes às guerras que inicialmente apóia oscilam ao sabor das ocasiões. E o exemplo citado é paradigmático porque um dos maiores estudiosos de sua obra, Michelangelo BOVERO, divulgou em artigo publicado no ano de 2004 uma mensagem inédita de BOBBIO na qual este condenara violentamente a guerra do Kosovo. O modo intenso como esta reprovação foi feita não parece vir do mesmo homem que antes aceitara a necessidade da guerra para reprimir a conduta ilícita de MILOSEVIC, pois atacou a própria idéia de que a guerra poderia de algum modo ser justificada neste sentido:

Como intelectual endurecido, tenho sido mais espectador que ator. Também nestes dias nos quais o nosso trágico século XX está por terminar tragicamente. Não tenho nenhuma ilusão

⁷⁹⁹ ANDERSON, Perry. *Spectrum – From right to left in the world of ideas*. New York: WW Norton, 2005, p. 163.

⁸⁰⁰ Já no período da vigência da Carta da ONU, seu padrão interpretativo dos dispositivos acerca do uso da força mostrou-se tão restritivo que se tornou um modelo para juristas igualmente restritivos do prestígio de Ian BROWNLIE, o autor de um dos livros mais importantes sobre o uso da força armada no Direito Internacional das últimas décadas e um ferrenho opositor da intervenção humanitária do Kosovo. KELSEN, na sua monumental interpretação da Carta das Nações Unidas, assevera – como já vimos – que a intervenção militar para qualquer crise interna aos Estados, seja uma guerra civil ou de qualquer outra sorte, exige a autorização ou a sua realização pelo Conselho de Segurança. Acreditamos que, de fato, KELSEN criticaria as intervenções humanitárias unilaterais nos mesmos termos de céticos contemporâneos como DINSTEIN e BRONWLIE, analisados em momento posterior.

de que o próximo será mais feliz. Apesar dos vários pronunciamentos nos mais diversos púlpitos contra a violência e as guerras, até agora os homens não têm encontrado outro remédio para a violência que não a violência mesma. E agora assistimos a uma guerra que encontra sua própria justificação na defesa dos direitos humanos, mas os defende violando sistematicamente os direitos humanos mais elementares no país que deseja salvar⁸⁰¹.

Quem lê esta mensagem divulgada por BOVERO – em cujo artigo não há nenhuma mínima indicação do apoio de BOBBIO à guerra do Kosovo – e não toma conhecimento das manifestações públicas anteriores do autor, fica com a impressão de que ele repudiou a guerra em seus próprios fundamentos, não somente em sua condução inadequada. De fato, BOBBIO não demonstra muita firmeza de convicções na análise de guerras reais como a do Iraque e a do Kosovo. A hesitação é a nota característica.

BOBBIO escreveu, ademais, no periódico *La Stampa* um artigo sobre um esquecido episódio dos bombardeios de CLINTON a Bagdá em resposta à tentativa de assassinato do então ex-presidente George H. W. BUSH. Os diplomatas americanos alegaram na época o exercício do *direito natural de legítima defesa* constante do artigo 51 da Carta das Nações Unidas. CLINTON declarou, ademais, que os bombardeiros eram um recado para aqueles que se dedicam ao terrorismo apoiado pelos Estados⁸⁰².

BOBBIO criticou com veemência o ataque militar no artigo datado de primeiro de julho de 1993. A citação destas passagens é imprescindível porque são indicativas de uma possível posição do autor acerca da *guerra contra o terrorismo*:

Considero Saddam Hussein um dos homens mais nefastos que já apareceram sob a cena política [...]. Isto não me impede de considerar odiosos os repetidos bombardeios sobre Bagdá ordenados pelo presidente Clinton. [...] me assombra que, salvo alguma nobre exceção [...] a reação da opinião pública tem sido muito débil, e para piorar, aderiu quase unanimemente, de modo vil e servil, aos governos ocidentais. [...] Do ponto de vista político [a ação] é irresponsável: em vez de humilhar o inimigo, havendo até agora golpeado inocentes (somente inocentes), o exalta. [...] Do ponto de vista moral [a ação] é iníqua. Inclusive dentro dos limites da moral realista, que parece a mais adequada para julgar as ações políticas, segundo a qual ‘o fim justifica os meios’, aqueles bombardeios dificilmente podem se justificar. [...] O fim se

⁸⁰¹ Esta mensagem inédita foi enviada por BOBBIO a Bianca GUIDETTI e Carla GOBETTI. Encontra-se atualmente no Centro de Estudos Piero GOBETTI. BOVERO, Michelangelo. *El Realismo de Bobbio*. In: *Isonomía*, n° 20, abril 2004, p. 251.

⁸⁰² Idem, pp. 251-252.

justifica por sua bondade, os meios por sua eficácia. Se é discutível que o castigo de um atentado frustrado possa se considerar como um fim bom, quando a reação adequada teria sido impedir que ocorresse: é possível considerar apropriado e eficaz o meio adotado para alcançá-lo, isto é, que em vez de buscar e castigar os culpados, se tentasse destruir a sede em que supostamente se encontravam os serviços secretos que os tinham armado? [...] O apelo ao artigo 51 da Carta da Organização das Nações Unidas somente pode convencer aos que não o conhecem. [...] Quanto ao objetivo geral que se atribui aos bombardeios de Clinton, a luta contra toda forma de terrorismo mundial, permitam-me suspirar 'Quem estiver livre de pecado...'⁸⁰³.

Este artigo é uma indicação razoável de que BOBBIO talvez não aprovasse um ataque militar extenso ao Afeganistão como resposta aos atentados terroristas, mas sim uma ação policial restrita à organização terrorista *Al Qaeda*. Se aprovasse a guerra com base na noção de que ocorreu um ataque armado, provavelmente a criticaria após seu início, seguindo o padrão das guerras do Iraque e do Kosovo. Sua crítica talvez versasse sobre a proporcionalidade da resposta militar e a perda de vidas inocentes pelas violações do Direito Internacional Humanitário. Este artigo é também uma indicação plausível de que BOBBIO condenaria com veemência a guerra do Iraque, por sua interpretação restritiva da noção de legítima defesa.

KELSEN e BOBBIO defendem, com efeito, o expurgo da pura moralidade como um paradigma a ser utilizado pelo Direito Internacional Público no tema relativo ao uso da força. Para eles, o direito ainda é o melhor caminho de se evitar um conflito de grandes repercussões materiais e humanas. Guerras morais provocam somente mais derramamento de sangue em nome de uma justiça local de pretensão universal.

⁸⁰³ BOBBIO aprofunda a interpretação restrita do direito de legítima defesa no mesmo artigo: "A parte il fatto che la legittima difesa vale come risposta immediata all' aggressione perche' l' agredito non ha il tempo di ricorrere alla forza superiore dello Stato o di un Terzo cui e' legalmente sottoposto, e non puo' essere rinviata al momento in cui la risposta puo' essere piu' facilmente eseguita, la dizione dell' articolo e' chiarissima: si riferisce a un <attacco armato> di uno Stato contro un altro Stato. Com' e' ben noto, l' articolo era stato invocato, con ben maggiore fondamento, in occasione dell' invasione del Kuwait da parte dell' Iraq. E gia' allora aveva provocato discussioni a non finire. Estenderlo ora al tentativo di un attentato non a uno Stato ma a una persona, sia pure Presidente degli Stati Uniti, comporta, come osserva Gorbaciov, la creazione di <un precedente gravissimo per l' ordine mondiale>, un precedente Che <aprirebbe la strada all' arbitrio piu' totale>. A' chi poi ha osservato che l' azione di Clinton ha avuto, si', per effetto l' uccisione d' innocenti, ma se l' attentato fosse riuscito i morti innocenti sarebbero stati molto piu' numerosi, si puo' soltanto ribattere che chi non muore mai e' lo stolto. Il processo alla storia non si fa coi <se>. A maggior ragione non si fa coi <se> il processo giudiziario. Se davvero valesse questo argomento, bisognerebbe introdurre tra le varie forme di omicidio, da quello preterintenzionale a quello premeditato, anche l' omicidio ipotetico". BOBBIO, Norberto. Gli USA e Saddam *Questa volta dico no*. In: *La Stampa*, Torino 1° de julio 1993, prima pagina.

3.2 O ressurgimento da teoria da guerra justa na Filosofia Política Contemporânea

3.2.1 Considerações preliminares

O processo de revitalização da teoria da guerra justa na segunda metade do século XX decorreu em boa parte dos próprios eventos ocorridos nas relações internacionais, notadamente os bombardeios maciços às cidades alemãs no final da Segunda Guerra Mundial, o Holocausto nazista, os bombardeios sobre Hiroshima e Nagasaki e a criação dos Tribunais de guerra de Nuremberg e Tóquio. Estes eventos chocantes traduziram-se no estímulo a uma reflexão moral crítica acerca da idéia dominante sobre o direito de os Estados usarem a força armada nas relações internacionais em busca de seus interesses nacionais respectivos⁸⁰⁴.

Primeiramente, surgiram reflexões de autores no campo da Teologia, especialmente em Paul RAMSEY e seu discípulo, James Turner JOHNSON. Todavia, vários de seus conceitos foram resgatados e secularizados pela teoria política, e, em especial, pela obra de Michael WALZER, o mais influente autor nos meios acadêmicos e políticos a conduzir este desenvolvimento. O gatilho de sua obra principal sobre a guerra, o livro *Guerras Justas e Injustas*, resultou das intensas controvérsias relacionadas à guerra do Vietnã⁸⁰⁵.

WALZER pretende resgatar a argumentação moral da guerra justa para a Filosofia Moral e Política. Deseja rebater a idéia de que o argumento moral deve ser abandonado inclusive das ciências sociais porque indica sentimentos e não percepções, ou seja, seu referencial é de total subjetividade⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ RENGGER, Nicholas. *The judgement of war: on the Idea of legitimate force in world politics*, op.cit. p. 147.

⁸⁰⁵ Idem, pp. 148-149; WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas – Uma argumentação moral com exemplos históricos*, op.cit. p. XXIII.

⁸⁰⁶ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas – Uma argumentação moral com exemplos históricos*, op.cit. p. XXIV.

A argumentação da guerra justa, aponta WALZER, é similar àquela adotada pelo Direito Internacional, mas os manuais jurídicos internacionais são incapazes de oferecer explicações convincentes e coerentes dos nossos argumentos morais. A argumentação jurídica sobre o fenômeno da guerra, embora importante – e ele mesmo admite a sua recorrente utilização de obras do Direito Internacional Público – é incompleta; o positivismo jurídico, com suas interpretações estritas do conteúdo da Carta das Nações Unidas, tornou-se utópico em demasia, debruçando-se sobre sutilezas e futilidades. De fato, os positivistas jurídicos “construíram um mundo de papel que em pontos cruciais não corresponde ao mundo no qual todos nós ainda vivemos”⁸⁰⁷.

Portanto, o projeto de WALZER de resgate da teoria da guerra justa para a teoria política liga-se a uma análise moral da guerra que não resvala no utopismo legal do positivismo jurídico nem no agnosticismo do Realismo Político.

Há de se ressaltar que John RAWLS, um dos mais importantes filósofos políticos do século XX, também resgata a teoria da guerra justa para sua teoria da Justiça Internacional em *O Direito dos Povos*. Este fato somente reforça a noção de que a teoria da guerra justa ainda possui muita força.

Todavia, não dedicaremos um estudo em separado por RAWLS por três razões básicas. A primeira e mais importante refere-se à profunda inspiração que a obra de WALZER sobre a guerra justa exerceu sobre o autor de *O Direito dos Povos*⁸⁰⁸. Poder-se-ia dizer que RAWLS não inova de algum modo relevante a teoria de WALZER.

Ambos tratam TUCÍDIDES como a “personificação do inimigo” (o realismo político e a *razão de Estado*). Os princípios para o Direito dos Povos de RAWLS são em quase tudo semelhantes aos que WALZER traça em seu *paradigma legalista*. RAWLS segue WALZER também em uma concepção muito limitada de direitos humanos, e suas restrições seguem aquela da *moralidade tênue* walzeriana. Neste sentido, a sua violação grave justifica a intervenção humanitária em nome dos oprimidos. Além disto, uma guerra deve ser primordialmente uma resposta a uma agressão. Por fim, RAWLS também possui certo descaso com instituições

⁸⁰⁷ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. p. XXVI.

⁸⁰⁸ Chris BROWN aponta a influência direta e dominante exercida por WALZER em relação a RAWLS. BROWN, Chris. *John Rawls, “The Law of Peoples” and International Political Theory*. In: *Ethics & International Affairs*, 2000, p. 129.

internacionais como a ONU no que concerne a guerra – embora não seja um apoiador do unilateralismo como era WALZER na primeira edição de sua teoria. Mas até nisto a diferença se esvai, pois WALZER mostra mais recentemente uma maior preferência pelo multilateralismo – e nenhum dos dois, vale ressaltar, faz questão de que uma intervenção humanitária, por exemplo, seja empreendida segundo os critérios da Carta da ONU, por meio da autorização do Conselho de Segurança. RAWLS defende preferencialmente que coalizões de democracias façam este papel⁸⁰⁹.

A segunda razão diz respeito à influência teórica. A doutrina jusinternacionalista cita nominal e constantemente a obra de WALZER quando trata da guerra justa, mas quase nunca a de RAWLS. A obra de WALZER é aquela cuja influência é a dominante entre os teóricos políticos e os jusinternacionalistas.

A terceira razão diz ao próprio relevo que o tema da guerra justa exerce nas concepções dos dois autores. Em WALZER é crucial. Em RAWLS é um tema acessório. WALZER se manifesta muito mais sobre a guerra como intelectual público e a sua produção sobre o tema é vasta. RAWLS permanece em boa parte do tempo na abstração e a parte dedicada à guerra justa em *O Direito dos Povos* não passa de duas dezenas de páginas.

Por tudo isto, ingressaremos no estudo mais aprofundado da concepção “canônica” da teoria da guerra justa na Filosofia Política da contemporaneidade.

3.2.1.1 WALZER contra o Realismo Político de TUCÍDIDES

Michael WALZER lê TUCÍDIDES como a fonte teórica do inimigo a ser combatido, o realismo político. Este, na sua feição *kissingeriana*, promoveu e conduziu a guerra do Vietnã.

⁸⁰⁹ RAWLS, John. *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, pp.23-30;35-44;78-82; 89-104; MARTIN, Rex. *Walzer and Rawls on Just wars and Humanitarian Interventions*. In: *Intervention, Terrorism and Torture – Contemporary Challenges to Just War Theory*. Edited by Steven P. Lee. Netherlands: Springer, 2006, passim.

Neste item, faremos uma leitura de TUCÍDIDES condizente com a realizada por WALZER em *Guerras justas e Injustas*. Mas não nos limitaremos às suas fontes. Expandiremos a leitura para outros autores, complementando-a. Apesar disso, as conclusões do autor serão referendadas.

WALZER observa, primeiramente, que para a matriz do pensamento realista em Teoria Política e Relações Internacionais não é dada a possibilidade do julgamento moral do fenômeno da guerra. Este é apenas uma questão de sobrevivência, de luta pela vida e pelo poder, em que o homem reduz a si próprio e o outro às condições mais primitivas e descortina seu agir incivilizado. Guerrear está além da lei e da moral, pois se constitui numa prática inerente à natureza humana, diante da qual a lei silencia, segundo o que a conhecida expressão de CÍCERO estabelece (*inter arma silent leges*)⁸¹⁰.

O pioneiro historiador político TUCÍDIDES, um dos mais antigos e destacados representantes do realismo político, em *A História da Guerra do Peloponeso*, narra um episódio conhecido como *Diálogo de Melos*. Nele explora, com muita argúcia, por meio do método dialogado de disputas sofísticas⁸¹¹, a submissão do direito à força no âmbito da política externa – embora não defenda o mesmo no âmbito interno, pois considera uma moléstia grave a guerra de todos contra todos como resultado de uma degeneração das disputas políticas internas⁸¹². De fato, Atenas expõe esta contradição essencial na medida em que se utiliza de uma concepção da supremacia da força em sua política

⁸¹⁰ “[A guerra] atinge os lugares mais secretos do coração humano, lugares em que o ego dissolve os propósitos racionais, onde reina o orgulho, onde a emoção é suprema, onde o instinto é rei. ‘O homem é um animal político’, disse Aristóteles. Clausewitz, herdeiro de Aristóteles, disse apenas que o homem é um animal que guerreia.” KEEGAN, John. *Uma história da guerra, op.cit. p. 18*; WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas: um argumento moral com exemplos históricos*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.

⁸¹¹ Como observa JAEGER, é patente a singularidade de TUCÍDIDES na História do pensamento político: “Assim como a tragédia grega se distingue do drama posterior pelo coro, cujas emoções refletem sem cessar o curso da ação e lhe acentuam a importância, também a narração histórica de TUCÍDIDES distingue-se da história política de seus sucessores pelo fato de o assunto vir constantemente acompanhado de uma elaboração intelectual que o explica, mas sem se apresentar sob a forma de grandes argumentações: converte os fatos em acontecimentos espirituais e por meio de discursos torna-os patentes ao leitor.” JAEGER, Werner. *Paidéia – A Formação do Homem Grego*. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 457.

⁸¹² Idem, p. 459

externa e paradoxalmente valoriza o direito como norma superior em sua política interna, recusando qualquer tipo de despotismo no estilo oriental⁸¹³.

O sistema helênico de cidades-Estado caracterizou-se principalmente pelo anti-hegemonismo, pela idéia de *balança de poder*⁸¹⁴. Havia uma tendência à busca de hegemonia no sistema por parte de tebanos, coríntios, espartanos e atenienses na medida em que se tornavam os membros mais poderosos da Hélade, tentando a imposição da lei e o estabelecimento de uma hegemonia geral. Em resposta a estas atitudes eram formadas sucessivas alianças de natureza anti-hegemônica dirigidas ao combate daquele que almejava se sobrepujar aos demais. A construção destas coalizões se explica em parte, como observa Adam WATSON, por meio da valorização dada pelos gregos à legitimidade das independências múltiplas. De modo complementar, Celso LAFER lembra que o expansionismo assume a feição ateniense de *cidade dominante*, na era clássica, com a imposição de sua vontade, porém sem a promoção do aniquilamento das outras cidades, incorporando-as em um sistema mais vasto, mas garantindo sua sobrevivência⁸¹⁵. A guerra do Peloponeso teve seu início justamente quando Atenas protagonizou uma destas tentativas de domínio do Mundo Helênico⁸¹⁶.

Neste contexto, TUCÍDIDES expõe sua visão realista e pessimista sobre a guerra e a natureza humana ao afirmar que no caso de paridade de poderes entre cidades-Estado, o resultado natural é a guerra. Este argumento se explicita em sua *História* quando aponta o crescimento do poderio ateniense e o medo subsequente provocado em Esparta como a principal causa da guerra do Peloponeso – e a razão de sua inevitabilidade⁸¹⁷. Em contrapartida, se há uma disparidade de poder considerável

⁸¹³ Idem, *Ibidem*.

⁸¹⁴ “Ligado ao conceito de poder encontra-se o conceito de balança/equilíbrio de poder. Para os realistas, nas relações internacionais, o poder é central. Atores se juntam ao poder ou se juntam contra o poder. (...) Com isso, fica claro que a balança (ou equilíbrio) de poder não significa necessariamente que a distribuição do poder seja equilibrada entre os diversos Estados; de fato, algumas definições de balança de poder a caracterizam em termos de equilíbrio enquanto outras a caracterizam pela falta de equilíbrio e a tentativa de estabelecê-lo”. MESSARI, Nizar, NOGUEIRA, João Pontes. *Teoria das Relações Internacionais – Correntes e Debates*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 30.

⁸¹⁵ LAFER, CELSO. *A política externa, a paz e o legado da Grécia Antiga*. In: *Paradoxos e Possibilidades – Estudos sobre a ordem mundial e sobre a política exterior do Brasil num sistema internacional em transformação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 50.

⁸¹⁶ WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional – Uma análise histórica comparativa*. Tradução de René Loncan. Brasília: editora UNB, 2004, pp. 76-77; 88-89

⁸¹⁷ “What made war inevitable was the growth of Athenian power and the fear which this caused in Sparta”. TUCÍDIDES. *History of Peloponnesian War*. Translated by Rex Warner with introduction and notes by M.I.Finley. New York: Penguin Books, 1972, p. 49.

entre os adversários, TUCÍDIDES considera a dominação como a consequência necessária – exatamente o ocorrido com a destruição da ilha de Melos pelo poderio naval ateniense⁸¹⁸.

Melos era uma colônia de Esparta que, ao contrário das outras ilhas, recusava submissão a Atenas. No início do conflito, os mélios mantinham-se neutros, mas a partir do momento em que os atenienses passaram a devastar as suas terras numa tentativa de obrigá-los a aderir, saíram abertamente para a guerra⁸¹⁹. Antes de submeter definitivamente a ilha, os comandantes Cleômedes e Tísias enviaram emissários com uma proposta de conciliação. Rendição ou destruição foram as opções oferecidas aos magistrados mélios. Os generais atenienses não se propuseram ao uso de discursos que eram freqüentemente apresentados nestas situações: longos, repletos de argumentos, mas nada convincentes. Descartaram também qualquer possibilidade de discussão acerca da justiça que não fosse aquela proveniente da força dos mais fortes e da submissão dos mais fracos⁸²⁰. O pedido de neutralidade dos mélios foi peremptoriamente negado com a justificativa de que denotaria fraqueza diante dos outros súditos, afetando, por conseguinte, a segurança de Atenas.

Diante disto, os magistrados mélios afirmaram contar com o auxílio dos espartanos devido a uma identidade étnica e a uma questão de honra, assim como o apoio de Deus por estarem do lado da justiça⁸²¹. Os atenienses, todavia, julgaram estes argumentos como vãs esperanças endereçadas ao futuro sem apoio na constatação fática da enorme diferença de recursos existentes entre eles: rebateram o argumento de que os espartanos auxiliariam os habitantes de Melos, pois aqueles somente se preocupavam com questões relativas à desonra quando coincidiam com seus próprios interesses, e advertiram sobre o excesso de confiança dos mélios nas forças divinas, já que elas se encontravam sempre ao lado do mais forte, como demonstrara a natureza em diversas ocasiões.

⁸¹⁸ JAEGER, Werner. *Paidéia – A Formação do Homem Grego* op.cit. pp. 459-460.

⁸¹⁹ TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. 3ª edição. Tradução do grego de Mario da Gama Curi. Brasília: Editora UNB, 2004, p. 281.

⁸²⁰ “Preferimos pensar que esperais obter o possível diante de nossos e vossos sentimentos reais, pois deveis saber tanto quanto nós que o justo, nas discussões entre os homens, só prevalece quando os interesses de ambos os lados são compatíveis, e que os fortes exercem o poder e os fracos se submetem.” TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*, op.cit. p. 282.

⁸²¹ TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*, op.cit. pp. 284-285.

Os comandantes atenienses apelaram também à sensatez dos mélios para a busca da própria salvação: não havia interesse de Atenas em aniquilá-los, mas sim em submetê-los ao seu Império. Os mélios, entretanto, recusaram a proposta. Discursaram em defesa de sua liberdade, confiando ao mesmo tempo no auxílio dos espartanos. Ofereceram, por último, amizade aos atenienses, bem como um tratado de neutralidade conveniente para ambas as partes⁸²². Depois de ignorar tais ofertas, os atenienses finalmente concluíram:

A julgar pelo resultado de vossas deliberações, parece-nos que sois os únicos a considerar os eventos futuros mais certos que os presentes diante de vossos olhos; vossos desejos vos fazem ver o irreal como se já estivesse acontecendo. Estais arriscando tudo ao depositar vossa confiança nos lacedemônios⁸²³, na sorte e em esperanças, e perdereis tudo⁸²⁴.

Este episódio é único em toda a *História*, pois representado como um diálogo teatral – em vez do usual discurso indireto – e dotado de um nível de abstração alto não condizente com as possibilidades de uma negociação real ocorrida nestes moldes. Com efeito, o helenista Moses FINLEY destaca que estas peculiaridades de forma e conteúdo do *Diálogo de Melos* expressam em si a intenção de TUCÍDIDES de salientar a diferença quanto à inverossimilhança deste episódio em relação a outros eventos da Guerra do Peloponeso e de demonstrar o conflito ideal entre dois sistemas com o máximo poder de dramaticidade, resultando numa verdadeira “luta espiritual de pergunta e resposta”, na expressão de JAEGER⁸²⁵.

O diálogo entre os líderes mélios e atenienses simboliza a posição pessoal de TUCÍDIDES acerca dos problemas morais quanto à guerra, ao poder e ao Império⁸²⁶. O ineditismo de seu pensamento revela-se na exposição do solipsismo da força plenamente realizada na política imperial ateniense e contraposta às leis da moral, uma vez que fundamenta o direito dos fortes numa forma de lei natural constituída em um

⁸²² Idem, pp.283-286; JAEGER, Werner. *Paidéia – A Formação do Homem Grego*, op.cit. p.460; WALZER, Michael. *Guerra justas e injustas: um argumento moral com exemplos históricos*, op.cit. pp. 6-11.

⁸²³ Espartanos.

⁸²⁴ TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*, op.cit. p. 287.

⁸²⁵ FINLEY, MOSES I. *Appendix 3 – The Melian Dialogue*. In: TUCÍDIDES. *History of Peloponnesian War*. Translated by Rex Warner with introduction and notes by M.I.Finley. New York: Penguin Books, 1972, p. 615; JAEGER, Werner. *Paidéia – A Formação do Homem Grego*, op.cit. p.460.

⁸²⁶ FINLEY, MOSES I. *Appendix 3 – The Melian Dialogue*. In: TUCÍDIDES. *History of Peloponnesian War* op.cit. p.616.

âmbito à parte e cuja legalidade é totalmente diversa⁸²⁷. Portanto, o posterior massacre dos habitantes de Melos praticado por Atenas nada mais seria do que o resultado das circunstâncias da guerra e desta lei natural inalcançável pela moralidade.

Os generais Cleômedes e Tísias, porta-vozes das convicções políticas realistas de TUCÍDIDES, formulam – como compreende Michael WALZER – a proposição realista não apenas da negação da liberdade provocadora de uma decisão moral, mas, de forma mais profunda, a negação da própria importância do debate moral acerca da guerra: tratar de sua justiça ou injustiça era irrelevante⁸²⁸.

3.2.1.2 Moralidades densa e tênue

A teoria da guerra justa de WALZER assume a forma filosófica de uma doutrina dos direitos humanos. Todavia, ele não faz, na sua principal obra sobre a guerra, qualquer reflexão filosófica mais profunda acerca de sua fundamentação ou natureza, pois a teoria da guerra justa lida com a moral prática. Para combater a futilidade da justiça nos julgamentos externos sobre a guerra defendida pelo realismo político, exige-se, no entanto, mais do que WALZER fez em *Guerras justas e injustas* ao afirmar que os direitos de vida e liberdade, os mais afetados durante as guerras, são “quase como que absolutos” ou “estão implícitos em nosso sentido do que significa ser humano”⁸²⁹. E esta fragilidade foi um dos pontos mais criticados de seu livro⁸³⁰.

Ainda por cima, WALZER formulou uma teoria da justiça distributiva de alto teor particularista que afirmava a variedade dos significados de justiça. Esta era uma construção humana que pode ser realizada de diversos modos na distribuição dos bens

⁸²⁷ JAEGER, Werner. *Paidéia – A Formação do Homem Grego*, op.cit. p.461.

⁸²⁸ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas: um argumento moral com exemplos históricos*, op.cit. p. 15.

⁸²⁹ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. pp. 89-90.

⁸³⁰ BULL, Hedley. *Recapturing the just war for Political Theory*. In: *World Politics*, vol. 31, nº 4, 1979, p. 591.

sociais de acordo com o significado que tais bens possuem para uma determinada cultura⁸³¹.

Havia, portanto, uma aparente contradição entre seu universalismo, ainda que cauteloso, na sua concepção sobre a justiça da guerra, e seu particularismo comunitário. De que modo haveria então valores absolutos como vida e liberdade e significados particulares sobre o conceito de justiça? Esta aparente contradição na teoria geral da justiça em WALZER foi o objeto principal de uma obra publicada nos anos 90 acerca das moralidades densa e tênue.

WALZER parte de um método interpretativo que rejeita, em primeiro lugar, o método da descoberta – a verdade objetiva da justiça está no mundo, precisa ser somente descoberta por meio da razão ou da Providência após uma árdua investigação intelectual –, característico, por exemplo, das investigações relativas ao direito natural. De outro lado, rejeita também o método da invenção, surgido dos escombros do fracasso da empreitada do método da descoberta. Este não crê na existência de uma verdade puramente objetiva; devemos, portanto, elaborar os princípios acerca dos quais estabeleceremos nossa convivência. Seu principal alvo nesta perspectiva é o contratualismo de John RAWLS. WALZER considera o método rawlsiano de negociação de agentes racionais dos termos de cooperação social na posição original e sob o véu da ignorância excessivamente abstrato e incapaz de alcançar a universalidade, pois se exime de apreciar a complexidade e o patrimônio das comunidades culturais distintas. Para WALZER, a percepção moral sempre advém de um ponto de vista particular, ou seja, a partir das comunidades onde estão inseridos os indivíduos. Com efeito, a nossa existência moral e política e os nossos valores são permeados pelas nossas diferentes culturas, linguagens e instituições⁸³².

A partir deste método interpretativo, WALZER assinala que estamos todos comprometidos com dois tipos de padrões axiológicos, um denso e outro tênue. O primeiro abrange o segundo.

⁸³¹ WALZER, Michael. *Spheres of Justice – A defense of pluralism and equality*. New York: Basic Books, 1983, pp. 3-30.

⁸³² WALZER, Michael. *Interpretation and Social Criticism*. Boston: Harvard University Press, 1987, pp. 3-32; OREND, Brian. *Michael Walzer on War and Justice*. Gloucester: University of Wales Press, 2000, pp. 9-30.

A moralidade tênue consiste em uma moralidade mínima e de alcance universal ou quase-universal. É constituída por um conjunto de mandados negativos, “um conjunto de padrões que todas as sociedades poderiam sustentar”, consubstanciados nas proibições de massacres, de genocídios, de tiranias, da prática de tortura ou da brutal repressão⁸³³. Esta moralidade tênue não representa a verdade objetiva da moralidade, seja pelo método da descoberta, seja pelo método da invenção; consiste em um núcleo de valores comuns reiterativamente encontrados nas comunidades morais particulares⁸³⁴. Ela engloba, de fato, os direitos à vida e à liberdade que WALZER defendeu antes em sua teoria da guerra justa como “quase absolutos” na realidade moral da guerra. Embora ele reconheça que a linguagem dos direitos humanos à vida e à liberdade seja de origem das moralidades máximas europeia e americana (ocidental), ele acredita na possibilidade de sua tradução para outras comunidades não-ocidentais⁸³⁵.

Mas esta moralidade tênue, ao contrário do que se poderia pensar, não funda a moralidade densa e particularista das comunidades distintas. A moralidade tênue é somente uma parte da moralidade densa. Ela abriga-se na moralidade densa, “a única moralidade acabada que nós sempre teremos”⁸³⁶. Esta é intensamente particularista, seus significados são relativos aos entendimentos particulares e não são compartilhados pelo resto da humanidade. É esta moralidade que se relaciona com a formulação de WALZER acerca da justiça distributiva, da distribuição de bens sociais como riqueza, educação, comida etc, cujos significados variam bastante entre as culturas.

As sociedades fundamentalmente particulares são as únicas que possuem membros compartilhando um modo comum de vida, de uma história comum. A humanidade, por sua vez, apesar de ter membros, não compartilha de uma história comum ou de um comum entendimento quanto ao significado dos bens sociais. Todavia, por compartilharem a condição de seres humanos, podem responder a pedidos de ajuda – como a prática de um genocídio – ou tolerar reciprocamente os

⁸³³ WALZER, Michael. *Thick and Thin - Moral Argument at Home and Abroad*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1994, p. 10. (Tradução livre do autor).

⁸³⁴ Idem, p. 7.

⁸³⁵ WALZER, Michael. *Thick and Thin - Moral Argument at Home and Abroad*, op.cit. p. 10.

⁸³⁶ Idem, p. 11

seus modos de vida e aprender com as diferenças⁸³⁷. A universalidade da moralidade tênue não a faz, no entanto, mais verdadeira ou real. A moralidade particularista, pelo contrário, é sempre a mais rica; a moralidade mínima só se explicita por meio da interpretação das reiterações repetitivas entre as diferentes moralidades máximas – e WALZER, expressamente afirma que não investiga as razões para tais repetições⁸³⁸.

Por outro lado, a moralidade máxima particularista não pode, sob o disfarce de uma particularidade cultural, sustentar quaisquer tipos de práticas. Daí que a moralidade mínima exerce um importante papel de controle das moralidades máximas distintas. As distintas sociedades não podem violar a moralidade mínima, como a prática da tortura ou de massacres, por meio da justificativa das particularidades culturais. E é neste sentido que WALZER fundamenta filosoficamente seu critério restritivo para as intervenções humanitárias: só se justificam quando há graves violações da moralidade mínima compartilhada pelas moralidades máximas⁸³⁹.

De fato, a teoria da guerra justa está no âmbito da moralidade mínima, da defesa dos direitos à vida e à liberdade coletivizados nas comunidades políticas como direitos de integridade territorial e soberania política.

Neste sentido, WALZER defende que existe um vocabulário comum entre as moralidades máximas quando o tema é a guerra, como a agressão, a legítima defesa, a neutralidade. Há uma moralidade tênue reiterada nas diversas moralidades máximas nas discussões sobre a guerra e a paz – e ela se apresenta não só nos diferentes contextos culturais, como também em distintos períodos; persiste ao longo de muitos séculos⁸⁴⁰.

Vale ressaltar, neste sentido, que WALZER não afirma que este vocabulário comum nos julgamentos sobre a guerra determina um acordo amplamente compartilhado acerca da justiça ou injustiça de guerras específicas, mas sim acerca “da

⁸³⁷ Idem, p. 8.

⁸³⁸ Idem, p. 17.

⁸³⁹ WALZER, Michael. *Thick and Thin - Moral Argument at Home and Abroad*, op.cit. p. 15; OREND, Brian. *Michael Walzer on war and justice*, op.cit. p. 33.

⁸⁴⁰ “Sem dúvida, a realidade moral da guerra não é para nós a mesma que era para Gêngis Khan; nem a realidade estratégica. No entanto, mesmo transformações sociais e políticas fundamentais dentro de uma cultura específica podem deixar o mundo moral intacto ou pelo menos suficientemente inteiro para que ainda se possa dizer que o compartilhamos com nossos antepassados”. WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. pp. 26-27.

inteligibilidade das declarações sobre o que constitui uma guerra ou uma tática (in) justas”⁸⁴¹. Compartilhamos um discurso comum sobre a guerra justa em geral, mas não sobre o julgamento de guerras particulares.

Este código moral comum da guerra é em parte refletido nas normas do Direito Internacional Público, mas ele é mais abrangente e inclui este, pois se compõe fundamentalmente de uma linguagem baseada em termos morais e em conceitos morais⁸⁴².

3.2.1.3 Teoria da agressão e paradigma legalista

WALZER atribui, de acordo com a tradição da guerra justa, a dupla realidade moral da guerra. A primeira refere-se à justa causa das guerras (*jus ad bellum*); é adjetiva, pois separa as guerras justas das injustas (agressivas). Já a segunda refere-se ao modo de combater (*jus in bello*); é adverbial, pois julga a moralidade dos meios utilizados durante os combates. São realidades independentes, uma vez que, de um lado, uma guerra justa (à qual se atribui uma justa causa) pode ser travada de modo cruel, desobedecendo às regras morais e legais conhecidas de restrição dos meios de guerrear, mas de outro, uma guerra injusta (sem justa causa) pode ser combatida consoante as regras estabelecidas para as batalhas⁸⁴³.

Embora WALZER examine a realidade moral da guerra como um todo, divide sua análise em dois momentos distintos: a análise do *jus ad bellum*, a partir do qual estabelece sua *teoria da agressão*, e o posterior estudo do *jus in bello*, que denomina de *convenções de guerra*⁸⁴⁴. Esta pesquisa não analisará as normas de combate atualmente positivadas no Direito Internacional Humanitário. Estudará somente os problemas ligados à teoria da agressão de WALZER e ao paradigma legalista, bem como a suas revisões. É um estudo direcionado às justas causas da guerra, a uma das dimensões da teoria da guerra justa.

⁸⁴¹ OREND, Brian. *Michael Walzer on war and justice*, op.cit. p. 36.

⁸⁴² Idem, Ibidem.

⁸⁴³ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. pp. 34-35.

⁸⁴⁴ Idem, p. 35.

WALZER, assim como os teóricos da tradição da doutrina da guerra justa, não faz de qualquer modo uma justificção apologética do fenômeno da guerra; muito pelo contrário. Para ele, as guerras usualmente são *o inferno*, em razão das inúmeras e indistintas perdas humanas e por serem travadas por homens forçados a lutar, transformados em instrumentos políticos destinados a cumprir ordens superiores, desrespeitando-se os limites do seu consentimento. As guerras são também uma forma de tirania. Mas ela em si, como fenômeno abstrato, não possui este poder tirânico. Uma tirania existe somente em uma relação entre pessoas ou grupos de pessoas. Os responsáveis por uma guerra agressiva são considerados criminosos e responsáveis pela morte e sofrimentos das muitas pessoas que não a escolheram como parte de seus projetos de vida. A tirania é, então, exercida não somente sobre o próprio povo – que raramente possui a capacidade de resistir –, mas também sobre o povo do Estado vítima, mediado pelos órgãos responsáveis pela convocação forçada e recrutamento para o conflito armado⁸⁴⁵. As regras do *jus ad bellum* dirigem-se precipuamente aos chefes de Estado, pois são os principais responsáveis pela movimentação dos exércitos e pela própria eclosão do conflito armado. Se as desobedecerem, cometem crimes de guerra, ou como a formulação da própria Carta da ONU e do Tribunal de Nuremberg, “crimes contra a paz”⁸⁴⁶.

As guerras justas ou injustas são julgadas de tal ou qual modo pelo que WALZER chama de “convenções de guerra”. Consistem no grupo de regras a partir das quais podemos engendrar uma interpretação universal – embora tênue – dos compromissos acerca da guerra. Estas convenções de guerra são “o conjunto articulado de normas, costumes, códigos profissionais, preceitos legais, princípios religiosos e filosóficos, e pactos mútuos que moldam nossos julgamentos da conduta militar”⁸⁴⁷. As “convenções de guerra” provêm uma série de condutas para guiar os Estados e as pessoas, formando o arcabouço das regras da teoria da guerra justa⁸⁴⁸.

Os termos dos julgamentos morais sobre a guerra estão presentes, em grande parte, no Direito Internacional Público positivo, obra de advogados e políticos de

⁸⁴⁵ Idem, pp. 49-53.

⁸⁴⁶ OREND, Brian. *Michael Walzer on War and Justice*. Gloucester: Univerisy of Wales Press, 2000, p. 86.

⁸⁴⁷ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. p. 74.

⁸⁴⁸ BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*. Cambridge: Polity Press, 2006, pp. 1-2.

Estados soberanos e de juristas que costumam acordos internacionais e elaboram as normas jurídicas internacionais. Mas WALZER reverbera as críticas tradicionalmente feitas às deficiências do Direito Internacional Público, tais como a sua intensa descentralização e a ausência de um sistema judiciário capaz de instituir “os detalhes específicos do código jurídico”. Por estas razões que o autor afirma que os manuais de Direito Internacional Público não são a única fonte a prover as “convenções de guerra”, mas toda a sorte de argumento moral que as segue. Todavia, o método – e o conteúdo – da obra de WALZER possui uma dívida para com os juristas quando busca a obtenção de fórmulas abstratas. Baseia-se nelas assumidamente quando elabora suas fórmulas gerais (e completa seu método por meio da análise de casos históricos específicos)⁸⁴⁹.

Embora constate certa pobreza terminológica do Direito Internacional relativa à definição de agressão, por não diferenciar as inúmeras possibilidades das condutas estatais agressivas quanto à sua gravidade, WALZER subscreve a definição de Agressão da Resolução 3314 da Assembléia Geral da ONU⁸⁵⁰, considerando-a como qualquer violação da integridade territorial ou da soberania política de um Estado soberano⁸⁵¹. E justifica esta limitação das normas internacionais quando confrontadas com as tipificações de condutas delituosas constantes nos direitos penais internos por uma peculiaridade das agressões nas relações internacionais: “justificam a resistência pela força, e a força não pode ser usada entre as nações, como costuma poder ser usada entre pessoas, sem que a própria vida seja posta em risco”⁸⁵².

Todavia, mesmo que não haja resistência ou perda de vidas humanas, ainda se consideram tais violações como agressão. A indistinção do crime de agressão entre as suas mais variadas formas fáticas – o único crime que os Estados podem praticar, cessando a paz-com-direitos⁸⁵³ – se justifica porque viola direitos pelos quais vale o sacrifício da vida humana⁸⁵⁴: a integridade territorial e a independência política, pertencentes aos Estados, mas derivados dos direitos dos indivíduos. Os Estados,

⁸⁴⁹ Idem, p. 76.

⁸⁵⁰ “Art. 1º A agressão é a utilização da força armada por um Estado contra a integridade territorial, a independência política de outro Estado, ou de qualquer outra maneira incompatível com a Carta das Nações Unidas”. *Legislação Internacional*, op.cit. p. 160.

⁸⁵¹ OREND, Brian. *Michael Walzer on war and justice*, op.cit. p. 88.

⁸⁵² WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. p. 86.

⁸⁵³ “Uma condição de liberdade e segurança que pode existir somente na ausência da agressão em si”. Idem, p. 85.

⁸⁵⁴ Idem, p. 89.

destaca WALZER, não são unidades orgânicas ou místicas; mas quando agredidos, os indivíduos e a forma de associação política que escolheram são postos em risco, e por isto a agressão é considerada um crime⁸⁵⁵.

O direito de integridade territorial consiste no direito de um Estado soberano não ser vitimado pela invasão de outro. Para WALZER, uma guerra tem sua causa justificada quando há o trespassse de fronteiras por um exército invasor, por exemplo; mas nem todo impasse sobre fronteiras justifica uma guerra defensiva. Já o direito de soberania política consiste no direito de organização da comunidade política interna de seus destinos e escolhas domésticas sem coerção física ou controle externo, construindo sua moralidade densa⁸⁵⁶. Os indivíduos têm o direito de escolher a forma pela qual serão governados e a configuração da comunidade política da qual fazem parte.

Estes direitos dos Estados de integridade territorial e soberania política valem o sacrifício da vida porque derivam, em última instância, dos direitos à vida e à liberdade dos indivíduos. Os direitos dos Estados são simplesmente a forma coletiva destes direitos. WALZER não sabe afirmar se estes direitos individuais são naturais ou convencionais, mas afirma que “estão implícitos em nosso sentido do que significa ser um ser humano” e subjazem os “julgamentos mais importantes que fazemos em relação à guerra”⁸⁵⁷.

Os direitos humanos individuais de vida e liberdade compõem o que WALZER denomina de moralidade mínima ou tênue, compartilhada pelas moralidades densas de todas as comunidades políticas. Consubstanciam-se na interdição de práticas infames, como a tortura, a escravidão, a tirania, as limpezas étnicas, os massacres. O filósofo os considera como exigências absolutas no sentido da proibição destes tratamentos degradantes. Não tenta legitimar, justificar sua natureza ou seu valor intrínseco, pois está mais preocupado com a elaboração de uma teoria prática da guerra justa, e este tipo de empreendimento filosófico, embora de extrema validade, demandaria tal

⁸⁵⁵ Idem, Ibidem.

⁸⁵⁶ Idem, 88-92; OREND, Brian. *Michael Walzer on war and justice* pp. 88-92; WALZER, Michael. *Thick and Thin – Moral argument at home and abroad*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1994, pp. 1-39.

⁸⁵⁷ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. p. 90.

complexidade de questionamentos em face de tantos problemas filosóficos que o desviaria de seu principal objetivo⁸⁵⁸.

A coletivização dos direitos humanos à vida e à liberdade, componentes de uma moralidade mínima, coletivizam-se nos direitos de integridade territorial e de soberania política de modo complexo, como o próprio WALZER reconhece. A resposta do autor a isto remete à teoria do contrato social. Este contrato (uma metáfora para um “processo de associação e reciprocidade”) não se dá por transferência de poderes e direitos dos indivíduos a um soberano, como no Leviatã hobbesiano, nem de barganhas entre si de indivíduos racionais. Há a fundação de um modo de vida comum no transcorrer de um período significativo, com o compartilhamento de experiências e atividades de cooperação, cuja permanência contra a invasão externa tem sua proteção pelo Estado – que não resguarda somente os direitos individuais de vida e liberdade, mas também “a vida e a liberdade compartilhada, a comunidade independente que criaram”. Se não existe uma vida comum ou o Estado não a protege, não se justificam moralmente as guerras defensivas, cuja presunção inicial é de sua justiça. A metáfora do contrato serve, desse modo, para se afirmar a defesa da integridade territorial e da soberania política como decorrência da analogia com a situação interna, da vida e da liberdade individual⁸⁵⁹.

A analogia dos direitos dos indivíduos com os direitos dos Estados é fundamental para a teoria da agressão de WALZER. As imperfeições da sociedade internacional – alicerçada por direitos ditos superestruturais ou as normas primárias, segundo HART – sem o poder de uma autoridade central de impor as normas secundárias, proporciona a ocorrência da autoajuda, das ações unilaterais dos indivíduos da sociedade internacional (os Estados), distribuindo-se o poder de polícia entre todos eles. E daí que se extrai o intenso perigo que a agressão traz para a sociedade internacional, muito mais do que um crime nas sociedades políticas internas, pois possui a capacidade de desestabilizá-la completamente, causando uma guerra em larga escala.

A simples contenção do agressor não é suficiente para se fazer respeitar os direitos dos Estados de integridade territorial e soberania política violados por uma

⁸⁵⁸ WALZER, Michael. *Thick and Thin – Moral argument at home and abroad*. op.cit. pp. 16 e ss; OREND, Brian. *Michael Walzer on war and justice* pp. 88-92

⁸⁵⁹ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. pp. 90-91; OREND, Brian. *Michael Walzer on war and justice* pp. 91.

agressão. A resistência à agressão é necessária, pois se os referidos direitos não forem adequadamente resguardados, há o risco tanto de um despotismo de amplitude universal (a formação de um Estado universal, a chamada paz pelo império) como de um estado de guerra na sociedade internacional⁸⁶⁰.

Destas considerações, WALZER formula duas hipóteses: a primeira refere-se à importância da resistência à agressão, das guerras defensivas, com o objetivo voltado tanto para resguardar os direitos de integridade territorial e soberania política dos Estados quanto para tentar impedir futuras agressões. Por isto que o autor assevera que a *teoria da agressão* é uma reafirmação da teoria tradicional da guerra justa, pois estabelece tanto as situações nas quais a guerra é considerada um crime como aquelas em que ela se justifica moralmente.

As guerras defensivas não se restringem à defesa dos direitos de um Estado qualquer: é de toda a sociedade internacional, pois é contra ela que se dirige o crime da guerra de agressão. Daí a possibilidade de outros Estados defenderem um terceiro, impondo a lei e punindo o agressor. Para WALZER, ao contrário de outros representantes da tradição, como Alberico GENTILI, não é possível uma guerra justa para ambas as partes. Se alguém violou a paz internacional, praticando o crime da agressão, deve ser responsabilizado. Mas o autor ressalva, por outro lado, a possibilidade de uma guerra ser injusta para ambas as partes, como nos casos de ambos os contendores praticarem a agressão, naquilo que os marxistas denominam de guerras imperialistas motivadas pelo engrandecimento territorial ou enriquecimento econômico⁸⁶¹.

A forma elementar da teoria da agressão, construída por meio da analogia com a situação interna, é denominada por WALZER de “paradigma legalista”, que “reflete as convenções da lei e da ordem”⁸⁶². Apesar do que a denominação possa indicar, o paradigma não se restringe ao pensamento jurídico em torno da guerra. Mas as reflexões legais e morais integram e acompanham de perto o paradigma, como se depreende da proximidade conceitual da Definição de Agressão da Resolução 3314 com a definição de WALZER.

⁸⁶⁰ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. pp. 98-99.

⁸⁶¹ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit., p. 100.

⁸⁶² WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. p. 102.

Embora o paradigma seja um ponto de partida analítico válido, formado por seis proposições gerais vistas a seguir, para se julgar a justiça ou a injustiça das guerras, algumas das guerras justas não o seguem completamente, revisando-o. A revisão do paradigma em certos casos é exigida pela complexidade da realidade internacional. Mas a excepcionalidade de algumas situações não subverte a adequação do “paradigma legalista” como modelo de referência para o estudo da moralidade da guerra.

A primeira proposição afirma a existência de uma sociedade internacional constituída por Estados soberanos, e não por indivíduos. Os direitos individuais são reconhecidos internacionalmente por diversos diplomas normativos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Pactos de Direitos civis e políticos e sociais e econômicos de 1966, mas não poderão vigor sem que se leve em consideração a supremacia dos valores predominantes da sociedade internacional, que são “a sobrevivência e independência das comunidades políticas separadas”. Embora WALZER funde o Estado nos direitos individuais de vida e liberdade, estes não são motivos para que um Estado guerreie com outro. A própria construção da moral densa, da pertença a uma comunidade como o bem mais importante reflete a posição de WALZER acerca da defesa do princípio da não-intervenção, revisado somente em situações excepcionalíssimas, consideradas posteriormente.

A segunda proposição declara que na sociedade internacional há uma lei que estabelece a superioridade dos direitos de soberania política e integridade territorial dos Estados, baseados na construção de uma vida comum pelos indivíduos, a quem se dá a possibilidade de arriscar a vida se assim optarem.

A terceira proposição repete quase que literalmente o artigo 2º (4) da Carta da ONU, relativo à interdição do uso da força armada nas relações internacionais, e o art.1º da Resolução 3314 sobre a Definição de Agressão: “qualquer uso da força ou ameaça iminente de uso da força por parte de um Estado contra a soberania política ou a integridade territorial de outro Estado constitui agressão e é um ato criminoso”⁸⁶³. WALZER nota, neste sentido, que a força transfronteiriça deve ser efetiva, ou ao menos

⁸⁶³ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. p. 103.

iminente. Caso contrário, a guerra defensiva não teria qualquer sentido, pois totalmente desnecessária⁸⁶⁴.

A quarta proposição relaciona-se diretamente com a legítima defesa individual e coletiva e com a segurança coletiva, estabelecidas, respectivamente, nos artigos 51 e 42 da Carta da ONU. Declara, com efeito, que uma agressão pode ter como resposta uma guerra de legítima defesa por parte do Estado vítima ou uma guerra para a imposição da lei tanto pelo Estado agredido como por qualquer outro⁸⁶⁵.

A quinta proposição estabelece que somente a agressão, e mais nenhum outro motivo, seja ele político ou religioso, é capaz de justificar uma guerra. Condiz com a tradição da teoria da guerra justa, que durante toda sua longa existência sempre defendeu a justiça de uma guerra defensiva em face de um delito sofrido. Da referida proposição também se extrai a principal finalidade da *teoria da agressão*: restringir as situações nas quais a guerra pode ser justificável. Ademais, desta proposição também se reafirma o princípio da não-intervenção, pois as injustiças no interior dos Estados não objetos de punição na sociedade internacional⁸⁶⁶.

A sexta proposição afirma a moralidade das guerras punitivas. WALZER novamente se vincula às raízes da tradição da teoria da guerra justa neste aspecto. Embora os autores convergissem na noção de que guerras punitivas contra delitos praticados eram justas, nunca os procedimentos da punição foram esclarecidos de forma definitiva, nem foram instituídos no Direito Internacional Público Positivo ou costumeiro. Mas se o paradigma estabelece que os Estados são membros da sociedade internacional, e como tais, possuem direitos de soberania política e integridade territorial, também devem ser punidos em caso de descumprimento de deveres. E a punição, como se chegou a certo consenso, tem duas finalidades básicas: a dissuasão e a contenção. Neste sentido, uma punição por meio de uma contra-guerra a uma guerra agressiva prévia evitaria guerras posteriores, tais como os ordenamentos internos procuram, ao punir os crimes, desestimular ou evitar a sua repetição no futuro⁸⁶⁷.

⁸⁶⁴ Idem, pp. 103-104.

⁸⁶⁵ Idem, p. 104.

⁸⁶⁶ Idem, p. 105

⁸⁶⁷ Idem, Ibidem.

3.2.1.4 Revisões do paradigma legalista: intervenções humanitárias e guerras preventivas

O princípio da não-intervenção, sustentáculo da ordem internacional de Estados desde a Paz de Westfália, decorre do paradigma legalista e dos direitos individuais de vida e liberdade, seus sustentáculos. Mas a ambigüidade conceitual de tais direitos também permite a desconsideração do princípio.

WALZER distingue a intervenção das guerras de agressão: a primeira não é entendida como uma atividade criminosa, ao contrário da segunda. Apesar de as intervenções também atingirem os direitos de integridade territorial e soberania política dos Estados, podem ser justificadas em casos excepcionais – e o ônus da prova recai pesadamente sobre aquele que intervém, pois “os cidadãos de um Estado soberano têm o direito, se é que vão chegar a ser vítima de coação e devastação, de sofrer somente uns nas mãos dos outros”⁸⁶⁸.

O princípio da não-intervenção é a garantia do exercício de autodeterminação por parte de uma comunidade política. O respeito ao princípio da autodeterminação (também inscrito na Carta das Nações Unidas e exigível de todos os seus membros) independe do modelo de organização política; da existência ou não de uma democracia. Os cidadãos de um determinado Estado têm o direito de determinar qual é o melhor caminho comunitário de vida a seguir, quais as suas diretrizes políticas, econômicas e valorativas. WALZER rejeita, neste sentido, uma concepção paternalista de exportação de valores democráticos, como a realizada atualmente pela guerra de George W. Bush contra o Iraque em 2003. Os cidadãos de um determinado país têm o direito de lutarem por si mesmos por sua liberdade. Ninguém pode substituí-los nesta tarefa⁸⁶⁹.

Mas WALZER não considera o princípio da autodeterminação absoluto. Existem situações excepcionais, de extrema gravidade, nas quais a proibição da intervenção nos assuntos internos de outros países se submete a uma suspensão unilateral. Os dois casos mais prementes são as guerras de secessão, ou de libertação nacional, e as intervenções humanitárias. O estudo será dirigido a estas últimas.

⁸⁶⁸ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. pp. 145-146.

⁸⁶⁹ Idem, pp. 147-150; OREND, Brian. *Michael Walzer on war and justice*, op.cit. p. 106.

A intervenção humanitária como uma causa justa para guerrear, revisando as regras do paradigma legalista concernentes à permissibilidade da guerra somente como resposta a uma agressão, decorre de violações de direitos humanos dentro de um Estado de tal magnitude, tão terríveis e inomináveis, como nos casos de massacres em larga escala, genocídios e escravidão, que somente um cínico, nas palavras de WALZER, chamaria este agrupamento de comunidade política detentora do direito à autodeterminação⁸⁷⁰.

Mas deve-se ter muita cautela ao se submeter o paradigma legalista a uma revisão. Os Estados utilizam com tal constância a força militar motivados por “razões de Estado”, por interesses nacionais, que ampliar as situações nas quais é moralmente justificável o uso da força torna-se um perigo, pois aparentam a condição de meros vernizes morais e humanitários de políticas externas expansionistas e belicistas. Em virtude disto que a intervenção deve ser considerada como uma exceção à regra de não-intervenção, pela extrema urgência de um caso concreto. As intervenções humanitárias, com a ajuda militar estrangeira pronta a morrer por integrantes de uma comunidade política diversa, são recebidas com ceticismo por muitos. Daí que se exige um pesado ônus da prova ao agente interventor de que a situação é urgente, distinta de todas as outras, e de que a ação a ser tomada será moralmente justificada⁸⁷¹.

WALZER não admite intervenções humanitárias em quaisquer casos de violações de direitos humanos. A sobrevivência e a liberdade de um grande número de indivíduos devem estar em jogo, com transgressões aos direitos humanos capazes de “chocar a consciência moral da humanidade”. Quando estes atos cruéis vêm do próprio aparato estatal ou de seitas ou grupos étnicos majoritários contra minorias étnicas e minorias nacionais ou religiosas, não existe defesa interna possível. A ajuda deve vir do exterior. Na medida em que um governo pratica condutas terríveis contra seu próprio povo, arriscando a sua própria existência, não há que se falar em uma comunidade política com direito de autodeterminação⁸⁷². E a presunção contra a intervenção é, deste modo, sobrepujada⁸⁷³.

⁸⁷⁰ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. pp. 152.

⁸⁷¹ Idem, p. 153.

⁸⁷² Idem, p. 172.

⁸⁷³ WALZER, Michael. *The Politics of Rescue*. In: *Arguing About War*. New Haven: Yale University Press, 2004, p. 68

A problemática da intervenção humanitária era analisada por WALZER de maneira lateral na primeira edição do livro *Guerras Justas e Injustas*, em 1977. Os temas principais da ordem internacional no período da Guerra Fria remetiam à agressão e à legítima defesa. Embora o autor constate que as idéias sobre a intervenção humanitária há muito tempo povoam os manuais de Direito Internacional Público e que o argumento humanitário há séculos tem sido utilizado para uma expansão imperialista, como ocorreu com a conquista espanhola nas Américas, sua real importância somente veio a existir nas últimas décadas, em especial no período pós-Guerra Fria. Alguns fatores são responsáveis por isto. Mas, como observa WALZER, citá-los é mais fácil que compreendê-los (e como a finalidade do trabalho não consiste em fazer uma sociologia do direito internacional ou das relações internacionais, não nos debruçaremos sobre sua explicação):

A derrubada dos antigos impérios, o sucesso da libertação nacional, a proliferação de Estados, as disputas por território, a precária situação das minorias étnicas e religiosas – tudo isso produziu, principalmente nos países mais novos, um tipo muito forte de política de identidade, seguida de uma atmosfera de desconfiança crescentes, para afinal cair em algo semelhante a uma “guerra de todos contra todos” na concepção hobbesiana. Na prática, (também na obra de Hobbes, se lida atentamente), essa é na verdade uma guerra de alguns contra alguns; e um dos lados geralmente tem o apoio do Estado, ou é simplesmente o Estado. Às vezes o objetivo do confronto é a supremacia política no interior de um dado território, mas costuma acontecer de o objetivo ser a posse exclusiva do que se alega ser a pátria dos antepassados; e nesse caso, a “limpeza étnica” ou massacre (ou, com maior probabilidade, uma combinação dos dois) pode passar a ser a linha de ação do Estado⁸⁷⁴.

Para WALZER, as intervenções humanitárias não se justificam por motivações ditas “positivas”, como a promoção da democracia, da justiça social, do livre comércio; mas por motivações de aspecto “negativo”, ou seja, o impedimento do que ele denomina de atos capazes de estrear a consciência moral da humanidade. O problema das intervenções humanitárias, todavia, é que mesmo que sejam justificadas para impedir crimes terríveis, consubstanciam um dever imperfeito, pois não se dirige a um agente determinado – Estado ou grupo de Estados. De fato, a intervenção é um dever que não

⁸⁷⁴ WALZER, Michael. *Guerras Justas e injustas*, op.cit., p. XIV.

obriga moralmente qualquer Estado da sociedade internacional. E na maioria dos casos, quando não existem outros interesses além dos puramente humanitários, eles se eximem de intervir⁸⁷⁵. O caso mais catastrófico da omissão internacional em uma tragédia humanitária foi o concernente ao genocídio em Ruanda, no qual morreram um milhão de pessoas em poucos meses.

Mas a intervenção humanitária, mesmo justificada por motivos nobres, viola a soberania de um Estado. Desse modo, muitos procuram a resposta à questão de quem pode autorizar estas intervenções. As normas de Direito Internacional Público positivadas consideram ilegal uma intervenção humanitária não autorizada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, conforme visto no capítulo anterior. A opção de um exército internacional com recrutas de vários países soa uma boa alternativa para WALZER, por refletir um amplo consenso internacional e por ser uma opção mais democrática. Poderia ser, inclusive o prelúdio de um futuro estado de direito cosmopolita no sentido kantiano do termo, para o qual todas as violações maciças de direitos humanos ocorridos em qualquer parte do mundo, como genocídios e limpeza étnicas, seriam considerados crimes puníveis mediante procedimentos jurídicos preestabelecidos.

Todavia, a dependência perante um agente global único poderia paralisar qualquer tentativa de intervenção pelo poder de veto existente na estrutura jurídica oligárquica do Conselho de Segurança. WALZER nota que a política dentro da ONU não é mais virtuosa que a política dos Estados membros e que os motivos para uma intervenção, apesar de variados, sempre subjazem uma decisão política. As decisões coletivas são tão impuras quanto as individuais, e muito mais lentas. WALZER é crítico da idéia de que toda intervenção deveria ser autorizada pela ONU. Apesar de não considerar a opção multilateral da ONU uma panacéia para os problemas relativos às intervenções humanitárias, considera que intervenções de grupos de Estados poderiam ser mais bem aceitas do que intervenções unilaterais, sempre examinadas pelos outros agentes como decorrentes de uma política de poder⁸⁷⁶. Não há alternativa ao Estado neste tema. É o debate público político e moral em um Estado ou em um grupo deles

⁸⁷⁵ WALZER, Michael. *Guerras Justas e injustas*, op.cit., p. XVI-XVII.

⁸⁷⁶ WALZER, Michael. *The Politics of Rescue*. In: *Arguing About War*. New Haven: Yale University Press, 2004, p. 78; WALZER, Michael. *Guerras Justas e injustas*, op.cit., p. XVIII.

que decidirá sobre a intervenção⁸⁷⁷. WALZER propõe, neste sentido, que alguns Estados, assim como algumas organizações internacionais de escopo regional, deveriam estar sempre preparados para intervir em situações desesperadoras (e critica alguns Estados, como França e Inglaterra, assim como a União Africana de Nações por não agirem, respectivamente, na Bósnia e em Ruanda). Apóia a idéia de coalizões de Estados com interesses em comum, para intervirem militarmente em crises humanitárias internacionais⁸⁷⁸. Ademais, WALZER defende, no contexto das crises humanitárias da década de 90, o reconhecimento da necessidade da atuação do poder americano nas crises internacionais. As suspeitas sobre políticas imperialistas deveriam ser deixadas um pouco de lado⁸⁷⁹.

Na crise do Kosovo, alguns países, membros da OTAN, liderados pelos Estados Unidos, agiram sem a autorização do Conselho de Segurança e intervieram militarmente na antiga Iugoslávia, por meio de sucessivos bombardeios aéreos. A maior parte da doutrina internacionalista considerou a ação ilegal perante as normas internacionais relativas ao uso da força. Isto não é o cerne da questão. O fator central refere-se à sua legitimidade, à sua justa causa. Estava em curso uma “limpeza étnica” dos albaneses kosovares por parte do líder Sérvio Slobodan Milosevic. Muitas pessoas morreram, mulheres foram estupradas, milhares se refugiaram em países vizinhos.

WALZER considera inteiramente justificável a intervenção militar humanitária do Kosovo. Havia uma justa causa para guerrear, uma perseguição étnica com alguns milhares de mortos e refugiados capaz de “chocar a consciência moral da humanidade”. Não faz nenhuma restrição a que esta intervenção seja exercida por uma organização regional como a OTAN. A história anterior da Bósnia, os milhares de mortos, as feridas abertas da omissão catastrófica em Ruanda tornariam uma nova omissão injustificável⁸⁸⁰. No seu artigo sobre a guerra do Kosovo, WALZER novamente se manifesta criticamente sobre os teóricos, principalmente os juristas internacionais, que consideram a ONU como o único agente internacional com a autoridade para agir nestas

⁸⁷⁷ WALZER, Michael. *Guerras Justas e injustas*, op.cit., p. XVIII.

⁸⁷⁸ WALZER, Michael. *The Politics of Rescue*. In: *Arguing About War*. New Haven: Yale University Press, 2004, p. 78.

⁸⁷⁹ WALZER, Michael. *The Politics of Rescue*. In: *Arguing About War*. New Haven: Yale University Press, 2004, p. 80.

⁸⁸⁰ WALZER, Michael. *Kosovo*. In: *Arguing About War*. New Haven: Yale University Press, 2004, p. 78

crises. Reafirma o caráter oligárquico do Conselho de Segurança e a conseqüente paralisia pelo poder de veto devido a esta estrutura jurídica. Ademais, raciocina por analogia no sentido de que o mundo estaria muito mais bem servido de vários “bombeiros” dispostos a apagar um incêndio em um prédio em chamas do que somente um⁸⁸¹.

WALZER, no entanto, critica o modo como a intervenção foi realizada. Mesmo amparados por uma justa causa e por uma intenção correta, critérios tradicionais presentes na tradição da teoria da guerra justa, já consagrados na concepção escolástica de São Tomás de AQUINO, os interventores não agiram de modo moralmente adequado ao escolherem bombardeios aéreos como a exclusiva forma de ação militar. Os Estados da OTAN deveriam mandar forças terrestres, pois se aceitam a morte de soldados sérvios, assim como de civis em geral (perdas humanas que denominam eufemisticamente de “danos colaterais”), também teriam de aceitar as perdas de vidas humanas de seus próprios contingentes militares. WALZER resume isto em um mandamento: “you can’t kill unless you are prepared to die”⁸⁸².

As principais preocupações morais de WALZER referentes à causa justa para intervir em uma crise humanitária não se referem à proibição de intervenções unilaterais supostamente motivadas pelo engrandecimento imperial ou ambição econômica, mas à omissão diante da catástrofe. Os países que clamam por intervenções humanitárias em geral não constituem objeto de desejos geopolíticos ou econômicos das grandes potências. Ademais, com crises cada vez mais complexas, de significativas raízes étnicas e culturais, não solucionáveis rapidamente, mas por longas ocupações de tropas, estabelecendo-se uma espécie de protetorado nestes Estados a fim de garantir a segurança e a paz da comunidade política (como ocorrem ainda no Kosovo e no Afeganistão), os custos para intervir demasiadamente altos assustam aqueles que possuem a capacidade para fazê-lo. A indiferença moral é o grande perigo a ser enfrentado, e não a seletividade ou unilateralidade das intervenções⁸⁸³.

Outra revisão do paradigma legalista consiste na possibilidade de ataques prévios a uma agressão sofrida. Mas, primeiramente, WALZER promove algumas

⁸⁸¹ Idem, p. 103.

⁸⁸² Idem, pp. 100-101.

⁸⁸³ WALZER, Michael. *Guerras Justas e injustas*, op.cit., p. XX-XXI.

distinções relativas ao uso antecipatório da força entre três modalidades: o uso antecipado da força em legítima defesa constante na doutrina de WEBSTER, a que muitos juristas internacionais reputam como integrante do Direito Internacional costumeiro, em que deve haver uma resposta a um ataque “imediatamente, incontornável, que não deixe aberta qualquer outra possibilidade de ação ou qualquer tempo para deliberação”; a idéia da guerra preventiva originada na concepção tradicional de balança de poder existente com especial força no século XVIII europeu, em que a ameaça à segurança do Estado que ataca previamente soa abstrata, especulativa e incerta (e WALZER repudia este tipo de uso preventivo da força, característico de uma *Realpolitik* despreocupada com as questões morais); e, finalmente, os ataques antecipatórios que, de um lado, não são quase atos reflexos, como os inadequados critérios da doutrina de WEBSTER, e de outro, não se sustentam em especulações distantes sobre ameaças futuras à segurança do Estado⁸⁸⁴.

WALZER estabelece, então, três critérios que tornam justificável o uso de ataques antecipatórios em determinadas situações: o primeiro consiste na intenção manifesta de prejudicar o “Estado-vítima”, seja no contexto de uma longa história de conflitos e ameaças, como a infundável guerra-árabe-israelense, seja por meio de ameaças inequívocas e recentes; o segundo refere-se a uma preparação manifesta no sentido de prejudicar o “Estado-vítima” (não basta a mera declaração hostil; deve haver uma preparação militar considerável daquele que ameaça atacar); o terceiro e último critério institui que a ameaça deve ser de tal monta que esperar ou manter-se inerte acentua – e muito – o risco de o “Estado-vítima” da ameaça ser objeto de ataque⁸⁸⁵.

WALZER, então, debruçou-se, em ensaios recentes, sobre a legitimidade dos ataques antecipatórios no contexto da “guerra ao terror” nos conflitos armados do Iraque e do Afeganistão.

A “guerra ao terror” defendida por WALZER é distinta daquela criada pela doutrina Bush. Se para esta, a guerra em si como conflito armado alicerçado no poderio militar é central, para o autor de *guerras justas e injustas*, a utilização do vocábulo “guerra” nada mais é que uma metáfora concernente a um dos elementos à disposição

⁸⁸⁴ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. p. X; OREND, Brian. *Michael Walzer on war and justice*, op.cit. pp. 102-103.

⁸⁸⁵ OREND, Brian. *Michael Walzer on war and justice*, op.cit. p. 103.

dos Estados no combate de maior amplitude ao terrorismo internacional contemporâneo. A complexidade social e política, assim como geográfica e estratégica do terrorismo não pode ser enfrentada exclusivamente pela via militar.

Neste sentido, deve haver um trabalho policial mais combativo, o que implica um choque de difícil ponderação entre liberdades individuais e a segurança pública, um novo desafio que se porá às democracias ocidentais. Ações secretas, de espionagem, também são necessárias nesta nova conjuntura – embora WALZER não saiba como analisá-las sob o âmbito da moralidade. Por último, um intenso esforço diplomático se faz premente no sentido de punir e isolar os Estados que apóiam o terrorismo. Embora agindo por redes transnacionais e se utilizando de modernos meios de comunicação – o que reflete o paradoxo de que a modernidade globalizada que os terroristas islâmicos tanto combatem é também a responsável por seu considerável sucesso nos últimos anos –, as organizações terroristas não sobreviveriam sem a ajuda do Estado, concretizada com o fornecimento de abrigo geográfico, a sustentação ideológica e o seu financiamento⁸⁸⁶.

Partindo da suposição de que os Estados Unidos obtiveram êxito na identificação da organização terrorista responsável pelos ataques terroristas de 11 de setembro (a Al-Qaeda) e do Estado que lhe oferecia proteção e abrigo, governado pelo Taleban (o Afeganistão), WALZER considera a guerra do Afeganistão justa. Seu objetivo era eminentemente preventivo: visava à destruição da rede terrorista Al-Qaeda e a deposição do regime Taleban com a finalidade de evitar ataques terroristas futuros (ou mesmo sua eventual preparação). A finalidade em si da “guerra ao terrorismo” sustentada por WALZER é, de fato, toda referente à prevenção, e não à retribuição (mas o discurso político concernente à resposta americana aos ataques de 11 de setembro mesclou os dois). Daí que a série de ações combinadas, que inclui algumas vezes, mas não necessariamente, ataques militares antecipatórios, surte efeitos significativos na segurança futura dos indivíduos mundo afora.

Se para WALZER a guerra do Afeganistão era justa, possuía uma justa causa, o mesmo não acontece com a guerra do Iraque de março de 2003. Não havia uma ameaça por parte do regime Iraquiano de tal monta que justificasse, segundo os padrões

⁸⁸⁶ WALZER, Michael. *After 9/11: Five Questions About Terrorism*. In: *Arguing about war*, op.cit. pp 136-140.

aceitáveis para WALZER, a revisão do paradigma legalista de força por meio de ataques antecipatórios. Havia alternativas viáveis a uma guerra em larga escala para desarmar o regime Iraquiano (mesmo que se aceitassem os argumentos dos serviços de inteligência dos Estados Unidos de que havia armas de destruição em massa estocadas e em construção – fato que não se comprovou como verídico)⁸⁸⁷.

O Governo Bush estabeleceu a guerra como uma saída sem a aceitação de outros modos de resolução da questão. Advogou a tese da legítima defesa preventiva, esgarçando os critérios tradicionais de legítima defesa antecipatória do Direito Internacional Costumeiro. A Administração não se esforçou, ademais, na busca da alternativa de fortalecer o sistema de inspeções da ONU sobre as instalações militares e nucleares no território Iraquiano em busca de armas químicas, nucleares ou biológicas. Se isto fosse feito, a ONU estaria muito mais fortalecida e seria muito difícil qualquer Estado planejar ou travar uma guerra contra o Iraque desobedecendo aos procedimentos decisórios das Nações Unidas⁸⁸⁸.

WALZER lembra o célebre discurso de George W. Bush na Academia Militar de *West Point* em que defendeu a justiça bem como a necessidade de uma guerra *preemptiva* (antecipatória)⁸⁸⁹ contra o Iraque. Mas não havia, à época, evidências suficientes acerca da existência das armas iraquianas nem de seu uso iminente capaz de ameaçar a segurança dos Estados Unidos ou de seus aliados no Oriente Médio. Portanto, a guerra seria uma guerra preventiva, criticada tanto por teóricos da guerra justa como por juristas internacionais devido aos seus altos e terríveis custos humanos. Os perigos distantes, como nota WALZER, podem ser resolvidos diplomaticamente. A guerra dos Estados Unidos contra o Iraque é injusta porque desnecessária⁸⁹⁰.

Mas a guerra do Iraque também foi justificada pela deposição de Saddam Hussein. É inegável que o regime iraquiano era cruel e tirânico. Mas não estava envolvido na prática de uma limpeza étnica ou de um genocídio, violações de direitos humanos capazes de “chocar a consciência moral da humanidade” – e isto não

⁸⁸⁷ WALZER, Michael. *Arguing about war*, op.cit. pp. 143, 160.

⁸⁸⁸ Idem, p. 145.

⁸⁸⁹ Em inglês existe uma distinção entre *preemption*, que se relaciona a ataques antecipados em face de ameaças iminentes, e *prevention*, em que há uma ameaça distante que não se relaciona diretamente a uma defesa imediata. WALZER, Michael. *Arguing about war*, op.cit. pp. 146.

⁸⁹⁰ WALZER, Michael. *Arguing about war*, op.cit. p. 147.

justificaria por si só uma guerra, não a tornaria justa. A mudança de regime não pode ser a justa causa de uma guerra, mas a consequência de uma guerra justa – como ocorreu na Segunda Guerra Mundial (com a deposição dos facínoras Mussolini e Hitler), o exemplo recorrente de WALZER do que seja uma guerra justa⁸⁹¹.

A ânsia do governo Bush em guerrear com o Iraque sem examinar as alternativas factíveis de resolução do impasse representou o início de uma guerra injusta⁸⁹², que claramente desconsiderou as normas internacionais relativas ao uso da força armada e os critérios da teoria da guerra justa. A *doutrina Bush*, em outras palavras, utilizou a retórica dos da guerra justa e a subverteu para legitimar uma política expansionista dos neoconservadores.

3.3 A legitimidade contra a legalidade: a revitalização da teoria guerra justa na Filosofia do Direito Internacional Público

O paradigma legalista do uso da força nas relações internacionais atingiu seu ápice no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, deflagrado nas normas instituídas pela Carta da ONU de proibição do recurso à força armada não compreendida nos casos da legítima defesa e da segurança coletiva. Durante toda esta época até os dias atuais, houve desafios periódicos a este modelo jurídico de regulação do uso da força, considerado demasiadamente restritivo. Mas a partir do fim da Guerra Fria, houve uma intensificação destas críticas, particularmente em razão dos desafios relacionados às crescentes catástrofes humanitárias (pondo em questão novamente o antigo tema da intervenção humanitária na doutrina internacionalista e na prática estatal) e às questões de segurança dos Estados em face de atentados terroristas impostas principalmente em virtude do ataque ocorrido em 11 de setembro de 2001

⁸⁹¹ Idem, p. 149.

⁸⁹² Idem, p. 151.

(evento a partir do qual se fortaleceu a idéia de uso preventivo da força armada na doutrina internacionalista em situações excepcionais)⁸⁹³.

Os ataques ao paradigma legalista provocaram a rediscussão sobre a tensão entre a legalidade e a legitimidade no âmbito do recurso à força armada nas relações internacionais. Houve a revalorização da legitimidade do uso da força em situações excepcionais nas quais a legalidade parecia ser insuficiente (notadamente a guerra humanitária do Kosovo e as *guerras contra o terrorismo* no Iraque e no Afeganistão). E esta legitimidade possui um significado específico que a relaciona à revitalização do paradigma da teoria da guerra justa na doutrina internacionalista e na prática internacional. Novas causas justas para guerrear passam a ser defendidas⁸⁹⁴.

Mas, antes de prosseguir nesta direção, vale fazer algumas breves considerações sobre o tema da legitimidade, sem a pretensão de elaborar uma história do progressivo esvaziamento de seu conteúdo⁸⁹⁵ ou de mencionar as diversas concepções de legitimidade dos inúmeros autores das teorias do direito e da política ao longo dos tempos. A digressão servirá ao breve esclarecimento do instituto com o único propósito de introduzir o uso heurístico que dele será feito, mais especificamente no campo da Filosofia do Direito Internacional Público.

A origem etimológica do termo *legitimidade* remete a Roma, onde não havia distinção entre o legal e o legítimo. A legitimidade não possuía significado de obrigação jurídico-política⁸⁹⁶, mas de conformidade à lei⁸⁹⁷.

⁸⁹³ FALK, Richard. *Legality to Legitimacy – The Revival of the Just War Framework*. In: *Harvard International Review*, vol. 26 (1), 2004, p. 1; FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics – Edited by David Armstrong, Theo Farrel and Bice Maiguashca*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 33.

⁸⁹⁴ TELES, Patrícia Galvão. *Intervenção humanitária e guerra preventiva: as novas guerras justas*. In: www.janusonline.pt, 2005(agosto 2008)

⁸⁹⁵ Como já fez João Maurício ADEODATO em ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade – No rastro do pensamento de Hannah Arendt*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989.

⁸⁹⁶ O termo *legitimidade* advém de legítimo – cuja origem, por sua vez, deriva do latim *legitimu* (*legitimus, a, um*) – e significa *em conformidade com a lei*. No processo legislativo romano não cabia a noção de uma lei que fosse ilegítima ou injusta, uma vez que elas eram sancionadas pela fonte do poder (o povo), assim como pelo Senado (que era a fonte de autoridade). LAFER, Celso. *Prefácio* in: *Poder e Legitimidade* (aut. José Eduardo Faria), São Paulo, Editora Perspectiva, 1978, p. 9; ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade – No rastro do pensamento de Hannah Arendt*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989, p.3.

O vocábulo *legitimidade* obteve inúmeras definições e classificações durante a história do pensamento jurídico-político; constitui-se, com efeito, em um dos temas mais árduos e controvertidos da Filosofia Política e da Filosofia do Direito. José Eduardo FARIA constata, neste sentido, que a legitimidade foi objeto de reflexão desde os filósofos gregos, como ARISTÓTELES⁸⁹⁸ (embora não com este nome), no sentido de justificação da ordem jurídico-política baseada em critérios do bom e do justo⁸⁹⁹.

Mas há de se ressaltar e distinguir significações dadas ao termo legitimidade dentro de um universo conceitual caracterizado por uma assustadora polissemia.

Sob um aspecto, a legitimidade constitui uma espécie de justiça, e legitimar alguma coisa, como um ato ou uma lei é, como nota France FARAGO, “demonstrar a justiça, seu bem fundado”⁹⁰⁰. Neste sentido, Fábio Konder COMPARATO assevera que a legitimidade “corresponde à idéia de uma relação harmônica de uma instituição, uma pessoa, um ato determinado, com o seu fundamento ético, que pode ser um modelo

⁸⁹⁷ DINIZ, Antônio Carlos. *Legitimidade*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente Paulo Barreto (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 514.

⁸⁹⁸ A obediência e as razões de ser de um comando foram consideradas questões importantes em ARISTÓTELES, cuja discussão acerca da exigência de virtude daqueles que mandam foi apresentada em *A Política*: “Exigir virtude de um e não exigir em outro seria um absurdo. Se àquele que obedece faltam essas virtudes, como ele poderá bem obedecer? Se o que manda não é sóbrio nem justo, como poderá bem ordenar? (...) É claro, pois, que ambos devem possuir virtudes, observando-se porém essa diferença que a natureza pôs nos seres feitos para obedecer”. ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1969, livro I, Cap. IV, parágrafo 10.

⁸⁹⁹ O poder legítimo era aquele originado da faculdade de ação política que para os gregos era o próprio sentido da liberdade. Havia igualdade entre os cidadãos – que eram liberados da luta pelas necessidades da sobrevivência, de tudo aquilo que impedisse sua participação nas decisões políticas. Já o poder ilegítimo era exercido pelo tirano, que não consistia em um poder propriamente político (a desigualdade e a força em que se baseava não pertenciam ao reino da política), destruindo a própria noção de polis, uma vez que nela não se reconhecia a distinção entre governantes e governados. “To the polis absolute rule was known as tyranny, and the chief characteristics of the tyrant were that he ruled by sheer violence, had to be protected from people by a bodyguard, and insisted that his subjects mind their own business and leave him the care of public realm. The last characteristic, in Greek public opinion, signified that he destroyed the public realm of polis altogether (...) and thereby deprived the citizens of that political faculty which they felt was the very essence of freedom”. ARENDT, Hannah. *What is authority?* In: *The portable Hannah Arendt – edited by Peter Baehr*. New York: Penguin Books, 2000, p. 473.

Vale nesta oportunidade destacar que não nos cabe desenvolver uma história da legitimidade na Filosofia do Direito. Isto foi realizado com muito mais propriedade por alguns autores pátrios e estrangeiros. Remetemos o leitor às suas obras: ADEODATO, João Maurício. *O problema da Legitimidade – No rastro do pensamento de Hannah Arendt*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, pp. 29-76; GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 275-306; COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 597-615.

⁹⁰⁰ FARAGO, France. *A Justiça*. Tradução de Maria José Pontieri. São Paulo: Manole, 2004, p. 162.

peçoal, humano – herói profeta ou super-homem – ou divino; ou então, da conformidade com um conjunto de princípios ou regras de comportamento”⁹⁰¹.

Sob outro aspecto, tão antigo quanto o outro, a legitimidade remete à obrigação política, à aceitação dos governados do poder dos governantes. Os modelos de legitimidade, sob esta ótica, buscam estabelecer os fundamentos da obrigação político-jurídica⁹⁰². Como um dos temas fundamentais do Direito Público e da Filosofia Política – ao lado daqueles ligados às noções de Estado, nação, soberania, povo –, constantemente reformulado de acordo com os contextos históricos diferenciados, a questão da legitimidade indaga acerca da chamada “fórmula política da obediência”. Questiona a um tempo as origens da energia legitimadora da ordem jurídica e do poder político na relação entre governantes e governados que não se estabelece somente como uma relação de fato puramente baseada na força, mas numa relação de direito consubstanciada no consentimento. Com a finalidade de explicar estes fenômenos, os diferentes modelos de legitimidade estabelecem vários motivos, como a legalidade formal, o consenso intersubjetivo, os valores da comunidade, fórmulas metafísicas, o procedimento juridicamente organizado ou mesmo o medo da anarquia⁹⁰³.

No século XX, Max WEBER contribuiu de modo significativo para o estudo da legitimidade sob este último aspecto, consagrando sua significação sociológica. Trouxe-a para o centro dos debates em teoria política⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*, op.cit. p. 593.

⁹⁰² Idem, p. 594; LAFER, Celso. *O sistema político brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Perspectiva, 1978, pp. 38-43; FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

⁹⁰³ DINIZ, Antônio Carlos. *Legitimidade*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*, op.cit. p. 516. Os mais distintos modelos podem ser vislumbrados na obra de Simone GOYARD-FABRE; dos antigos, usualmente baseados na idéia do poder teologicamente alicerçado, como fizeram os gregos, os Padres Católicos e os formuladores do “direito divino dos reis”, às modificações modernas, que em um “mundo desencantado” esquecem as formulações metafísicas e procuram basear a legitimidade do poder político na razão, na legalidade formal, em diferentes teleologias, como a felicidade, no contrato social etc. GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*, op.cit. pp. 275-297.

⁹⁰⁴ Para Max WEBER há três tipos de dominação – a carismática, a tradicional e a racional –, cuja tipologia tem seu fundamento na motivação da obediência. A dominação carismática baseia-se na crença de um caráter sagrado ou de uma força heróica de uma pessoa e da ordem criada ou por ela revelada. A tradicional fundamenta-se na crença do aspecto sagrado das relações antigas, assim como na legitimidade daqueles que são chamados a exercer a autoridade por esta mesma tradição. Por fim, a dominação racional fundamenta-se na crença na legalidade daqueles que exercem a dominação – e aqui o tipo ideal da legitimidade racional identifica-se com a legalidade nas sociedades políticas da modernidade (os Estados).

Diversas teorias do direito abordaram o problema da legitimidade⁹⁰⁵, não raro de modo reducionista⁹⁰⁶. Não se pretende, todavia, estudar a legitimidade das normas jurídicas ou do ordenamento jurídico sob a ótica destas teorias, independentemente do significado atribuído ao termo. Não se estudará, ademais, a legitimidade sob a perspectiva da obrigação político-jurídica relativa ao consentimento dos dominados,

Com efeito, a interpretação weberiana das ordens estatais das modernas sociedades ocidentais como decorrência da dominação legal ocorre porque sua legitimidade depende da crença na legalidade do exercício do poder. Esta dominação adquire um caráter de racionalidade porque “a fé na legalidade das ordens prescritas e na competência dos que foram chamados a exercer o poder não se confunde simplesmente com a fé na tradição ou no carisma, uma vez que ela tem a ver com a racionalidade que habita na forma do direito e que legitima o poder exercido nas formas legais”. A dominação racional funda então o Estado de Direito, pois o poder somente é legítimo pelo fato de ser legal; a legitimidade funda-se na legalidade do exercício do poder. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (a partir da quinta edição revista, anotada e organizada por Johannes Winckelmann). Volume 1. Quarta Edição. São Paulo: Editora UNB, 2004; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade, vol. II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 193.

⁹⁰⁵ FILHO, Willis Santiago Guerra. *Teoria Política do Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 106.

⁹⁰⁶ O normativismo reduz o legítimo ao legal; afirma que o poder somente é legítimo quando alicerçado na legalidade. No entanto, o normativismo trouxe uma contribuição analítica relevante ao tema, através da distinção das normas jurídicas em primárias e secundárias: as primárias estabelecem as regras de conduta; as secundárias, as regras de competência, a regulamentação da própria ordem jurídica. Nisto há a disciplina dos mecanismos de gênese normativa, que se enquadra na Política do Direito, o campo em que o tema da legitimidade está contido. As normas primárias e secundárias seriam obedecidas pela eficácia da norma fundamental. Esta análise normativista converte-se no positivismo hobbesiano, reduzindo o direito à força.

O realismo jurídico possui a preocupação com a eficácia da lei. Disto advém o interesse dos realistas pelos destinatários das normas jurídicas, que conduz os adeptos desta corrente a uma perspectiva sociológica do direito. No realismo – combinado ou não com o normativismo – há um risco de neutralidade axiológica, em que a legitimidade poderia se tornar algo apenas instrumental, por meio do qual os detentores do poder ou seus competidores simplificam a questão da legitimidade, de modo a reduzi-la à fórmula política pela qual um determinado grupo procede à justificação e à manutenção de seu poder. Não obstante, os realistas contribuíram significativamente, como nota Celso LAFER, quanto às fontes do direito.

O decisionismo tem dois de seus grandes representantes em Carl SCHMITT e Niklas LUHMANN. Esta corrente concebe usualmente a legitimidade das normas em decisões e as próprias normas são consideradas como decisões, que somente podem ter sua fundamentação por outras decisões, existindo uma última que estabelece a legitimidade da série. Como aponta Tercio Sampaio FERRAZ JR., estas teses decisionistas coadunam com o posicionamento do positivismo lógico de que as normas têm natureza deontica, e que nelas não cabe a alternativa verdadeiro/falso. Geralmente pressupõem a irracionalidade dos juízos e das correspondentes argumentações morais e jurídicas; admitem ainda um só conceito de racionalidade, baseado na argumentação dedutiva. A argumentação jurídica teria de “se limitar ao teste analítico da consistência de suas premissas de valor ou do sistema de referências condicionantes das decisões ou ao teste empírico da realizabilidade dos fins, estabelecidos conforme os critérios de valor”. Esta posição traz um perigoso pluralismo relativista dos valores últimos, reduzido à condição de crença – o exemplo típico desta posição é a aceitação kelseniana do direito nazista. FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 163-164. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 93-109; LAFER, Celso. *Prefácio*. In: *Poder e Legitimidade* (aut. José Eduardo Faria). São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 12

mas sob aquela que a considera uma espécie de justiça, “como a realização de princípios de justiça”⁹⁰⁷, na qual um ato ou um conjunto de atos (a guerra) é correlacionado ao seu fundamento ético ou a um conjunto de princípios ou regras de comportamento, e a legitimação é caracterizada como a justificação acerca de sua justeza.

Thomas M. FRANCK elabora, no campo da Filosofia do Direito Internacional Público, uma influente teoria sobre a legitimidade que não será objeto de estudo desta dissertação, pois diretamente vinculada ao significado referente à obediência – agora dos Estados e não mais dos indivíduos. Para o jurista norte-americano, a questão fundamental no tema da legitimidade consiste na pergunta de por qual motivo as nações obedecem às regras, já que o sistema internacional é carente quanto aos mecanismos coercitivos para sua imposição. Neste sentido, a legitimidade consiste na “propriedade de uma regra ou de uma instituição legisladora que exerce por si uma compulsão à obediência sobre aqueles a que se dirige enquanto orientação normativa porque estes acreditam que a regra ou a instituição vige e opera de acordo com princípios de devido processo legal geralmente aceitos”⁹⁰⁸.

FRANCK atesta que, de modo surpreendente, os Estados obedecem às regras internacionais na maior parte do tempo, e isto ocorre porque as consideram legítimas. O autor estabelece quatro critérios principais na determinação da legitimidade de uma regra em relação aos seus destinatários: o primeiro reside na sua clareza textual; o segundo, no seu valor simbólico, relacionado às dimensões cultural e antropológica; o terceiro, na aplicação coerente das regras jurídicas em casos distintos; o quarto, no ingresso de uma determinada regra dentro de uma hierarquia normativa⁹⁰⁹.

A teoria de FRANCK possui um teor claramente formal-procedimental que remete a concepções pluralistas da sociedade internacional (nas quais há o reconhecimento da igualdade soberana dos Estados, a confiança na inevitável utilização da autoajuda e a ausência de constrições externas à construção moral dos Estados internamente). O seu significado liga-se à concepção da legitimidade como a busca pela resposta à questão da obediência às regras internacionais sem que seja necessária a

⁹⁰⁷ MERLE-Jean-Christophe, MOREIRA, Luiz. *Introdução*. In: *Direito e Legitimidade – Jean-Christophe MERLE e Luiz MOREIRA (orgs.)*. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 9.

⁹⁰⁸ FRANCK, Thomas M. *The Power of Legitimacy Among Nations*. New York: Oxford University Press, 1990, pp. 24-25 (tradução livre do autor).

⁹⁰⁹ FRANCK Thomas M. *The Power of Legitimacy Among Nations*, op.cit. pp. 50-194.

utilização da coerção, ao tradicional “consentimento dos governados” presente na Filosofia do Direito e do Estado. A sua tentativa de resposta a esta pergunta percorre um caminho processual, sem que se questione para isto sobre quaisquer princípios de justiça, constituintes de outra ordem, moral. A percepção da justiça de uma regra ou de uma instituição decorre da “crença de que atuam de acordo com princípios de equidade e decência compartilhados por todos os membros de uma ordem moral que sustentam valores morais fundamentais comuns ou sobrepostos”.⁹¹⁰ Para FRANCK, não pode haver justiça entre os Estados, no sistema internacional, mas somente entre os indivíduos. Sob esta perspectiva, a legitimidade – e não a justiça – é a única a atuar internacionalmente, pois ligada a critérios formais. Por outro lado, a legitimidade perde todo o seu conteúdo moral, daí o motivo pelo qual seu estudo não será aprofundado, uma vez que a perspectiva aqui adotada vincula a atual preocupação com a legitimidade com o fortalecimento da teoria da guerra justa na doutrina e na prática internacionais contemporâneas.

Passerin D'ÈNTREVES assinalou certa vez que a legalidade e a legitimidade exercem um papel de suma relevância na teoria política: constituem, de fato, “os dois pilares de toda construção política”⁹¹¹. As relações instáveis – e por vezes conflituosas – entre elas refletem-se na doutrina internacionalista, destacadamente no campo da Filosofia do Direito Internacional Público. A doutrina demonstra uma renovada preocupação sobre a tensão clássica entre a legalidade e a legitimidade de modo amplo, mas com ênfase reforçada sobre o uso da força armada nas relações internacionais⁹¹². No curso elaborado por Pierre MARIE-DUPUY na Academia da Haia em 2003, há, com efeito, um capítulo específico sobre o choque entre elas no contexto do conflito das unidades formal e substancial no Direito Internacional Público atual, no qual submete a

⁹¹⁰ Idem, p. 235. (tradução livre do autor)

⁹¹¹ D'ÈNTREVES, Alexandre Passerin. *Legalité et légitimité*. In: *L'idée de légitimité*. Paris: Presses Universitaires, 1967, p. 29.

⁹¹² Alguns exemplos: DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp. 399 e ss. CASSESE, Antonio. *Ex injuria Ius Oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Counter-Measures in the World Community?* In: *European Journal of International Law*, nº 1, 1999 pp. 23 e ss.; KRISCH, Nico. *Legality, Morality and the Dilemma of Humanitarian Intervention after Kosovo*. In: *European Journal of International Law*, nº 1, 2002; FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics – Edited by David Armstrong, Theo Farrel and Bice Maiguashca*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

intervenção humanitária no Kosovo e a segunda guerra do Iraque a uma análise jusfilosófica⁹¹³.

Pierre-Marie DUPUY utiliza a distinção entre legalidade e legitimidade elaborada por BOBBIO. Ambas constituem atributos do poder. Mas vale mencionar que a legitimidade do poder caracterizada pelo princípio da efetividade do poder estatal no Direito Internacional Público, também analisada pelo jusfilósofo italiano, não será investigado neste estudo. O sentido que se busca aqui é aquela referência feita por BOBBIO – e por outros autores, como Passerin D'ENTRÈVES – baseada na clássica distinção elaborada por BARTOLO de SASSOREFATO, acerca da *tyrannia absque titulo* (relacionada à questão da ilegitimidade) e a *tyrannia quoad exercitium* (relacionada à questão da ilegalidade). Um ato ilegítimo não possui um título jurídico ou qualquer outro para sua realização; um ato ilegal é desconforme com as regras formalmente estabelecidas para sua realização. Uma ação pode então ser atacada sob os dois pontos de vista, o da legitimidade, relacionada ao justo título, e o da legalidade, ligada ao exercício consonante com as regras formalmente estabelecidas⁹¹⁴.

E é neste sentido e a partir desta distinção entre o poder legítimo e o poder legal na confluência entre a Filosofia do Direito e a Filosofia Política que BOBBIO promove a separação entre a legitimidade e a legalidade da guerra. O julgamento sobre a legitimidade da guerra remete à guerra justa e a legalidade à conformidade do comportamento e do exercício da guerra com as regras jurídicas formalmente estabelecidas⁹¹⁵. O julgamento sobre a legitimidade não é jurídico, mas ético, enquanto o julgamento sobre a legalidade é jurídico e o único relevante para o Direito Internacional Público Positivo na concepção positivista de Norberto BOBBIO⁹¹⁶. Nossa abordagem versará sobre a legitimidade moral da guerra vinculado ao tema da guerra

⁹¹³ DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. pp.

⁹¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Sur le principe de légitimité*. In: *L'idée de Légitimité*, op.cit. pp. 50 e ss.; DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit., p. 403-404; FILHO, Willis Santiago Guerra. *Teoria Política do Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 104; FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*, op.cit. p. 82.

⁹¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. In: *O problema da guerra e as vias da paz*, op.cit. p. 82.

⁹¹⁶ Idem, p. 83.

justa – e não sobre os outros diversos significados políticos e jurídicos atribuídos ao termo⁹¹⁷.

E é com base neste significado que relacionaremos o interesse pela legitimidade contraposta à legalidade em ações problemáticas envolvendo o uso da força na doutrina e em documentos internacionais com a revitalização da teoria da guerra justa.

A complexidade dos problemas internacionais relativos ao uso da força – crises humanitárias gravíssimas nas quais ocorre não raramente a prática de genocídios e *limpeza étnicas*, além de desafios em face do megaterrorismo transnacional – não permite a adesão de parte da doutrina a um juízo tão peremptório sobre a irrelevância da legitimidade da guerra para o Direito Internacional Público Contemporâneo. Neste sentido, parte da doutrina internacionalista constata e/ou defende a revitalização da teoria da guerra justa como um paradigma legítimo de avaliação das guerras no Direito Internacional Público Contemporâneo.

HABERMAS, um até então assumido defensor de um Direito Cosmopolita no qual as violações de direitos humanos são punidas dentro de um quadro juridicamente estabelecido, surpreendentemente sustenta a guerra do Kosovo por meio de uma linguagem inextricavelmente ligada à teoria da guerra justa – fato reconhecido e apontado pelo próprio Michael WALZER ao defender a guerra do Kosovo⁹¹⁸.

Em artigo publicado no jornal alemão *Die Zeit*, HABERMAS justifica a guerra do Kosovo com os três requisitos clássicos do *jus ad bellum* da teoria da guerra justa: justa causa, autoridade legítima e intenção reta. Apesar da sua utilização de malabarismos lingüístico-jurídicos, como comparar o conflito militar no Kosovo a uma “ação policial” ou afirmar que as potências da OTAN, sem autorização do Conselho de Segurança, “só podem derivar os poderes para a prestação de socorro dos fundamentos

⁹¹⁷ RENGGER, Nicholas. *The judgement of war: on the Idea of legitimate force in world politics*. In: *Force and Legitimacy in World Politics – Edited by David Armstrong, Theo Farrel and Byce Maiguashca*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 143.

⁹¹⁸ “NATO’s intervention in Kosovo has been called an aggressive war, but most observers acknowledged its moral legitimacy. I am told that the German philosopher and social theorist, Jurgen Habermas, described it as ‘illegal but morally necessary’. When those two judgements are paired, the illegality is already fading”. WALZER, Michael. *The crime of aggressive war*. In: *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 6, p. 3.

aplicáveis *erga omnes* do Direito Internacional Público”⁹¹⁹, o núcleo de sua justificação para a guerra é essencialmente moral e ligado à teoria da guerra justa.

Para HABERMAS, os direitos humanos possuem um “conteúdo puramente moral”⁹²⁰, compartilhando com as normas morais da pretensão de validade universal⁹²¹. Esta seria a *justa causa* para intervir. Marcelo NEVES critica duramente a contradição de HABERMAS com a posição anterior:

De acordo com esta compreensão do caráter “moral” e “racional” da “intervenção humanitária” posta em prática, unilateralmente, pelas grandes potências ocidentais, a proposta de Habermas não aponta para “uma política *interna mundial*” para a imposição dos direitos humanos, mas sim para uma política *externa do Ocidente* para a vigilância das políticas de “direitos humanos” dos países mais frágeis nas relações internacionais de poder⁹²².

HABERMAS também justifica *moralmente* a intervenção humanitária da OTAN no Kosovo segundo o critério da autoridade legítima (competente). Afirma que a OTAN é constituída por dezenove países democráticos e que, apesar de ser uma parte exercendo uma “competência de interpretação e decisão que, se fosse possível, só pertenceria a instituições independentes” com uma atuação paternalista, “há bons motivos morais para isto”⁹²³.

Por fim, HABERMAS justifica a intervenção do Kosovo pelo terceiro importante princípio do *jus ad bellum*, a intenção correta. Atacando a noção de SCHMITT de que a moralização da *razão de Estado* tenderia necessariamente a degenerar-se em uma cruzada contra o mal, afirma que “argumentos universalistas nem sempre mascaram interesses não assumidos”. As razões para intervir tanto dos estados Unidos como da União Européia relativas aos seus interesses nacionais não explicaria

⁹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Bestialidade e Humanidade: Uma Guerra entre o Direito e a Moral*, op.cit. p. 7.

⁹²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Bestialidade e Humanidade: Uma Guerra entre o Direito e a Moral*, op.cit. p. 11.

⁹²¹ Idem, *Ibidem*.

⁹²² NEVES, Marcelo. *A força simbólica dos direitos humanos*. In: *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Fortaleza: Conceito Editorial, 2007, p. 532; NOUR, Soraya. *À Paz Perpétua de Kant – Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais*, op.cit. pp. 170-171.

⁹²³ HABERMAS, Jürgen. *Bestialidade e Humanidade: Uma Guerra entre o Direito e a Moral*, op.cit. p. 12.

adequadamente uma intervenção militar tão dispendiosa e arriscada. Eles têm, portanto, a *intenção correta*⁹²⁴. Vê-se, com efeito, que HABERMAS cumpre exemplarmente os três requisitos essenciais de uma justificação moral da guerra a partir dos padrões argumentativos da teoria da guerra justa.

Martti KOSKENNIEMI constata, nesta linha, que especialmente após o fim da Guerra Fria – e ainda de modo mais explícito na contraposição entre legalidade e legitimidade na guerra do Kosovo, – os jusinternacionalistas tentam acomodar suas “intuições morais com sua competência profissional” em um movimento de um generalizado “giro para ética” na doutrina jusinternacionalista. Isto ocasiona uma moralização da disciplina, que poderia se tornar um instrumento de manipulação acrítico das potências mundiais no exercício de suas políticas exteriores⁹²⁵.

Na linha idêntica de KOSKENNIEMI, Emmanuelle JOUAUNNET aponta para a atual – e ressalta, também perigosa – substituição do universalismo formal no Direito Internacional Público Contemporâneo por um “universalismo substantivo” sinalizador de um “giro para a Ética” (e cita nominalmente KOSKENNIEMI) na disciplina, levando a uma potencial moralização do Direito Internacional que “conduz atores inconscientemente no caminho de uma desformalização do próprio Direito Internacional”. Na medida em que fundam a ordem internacional de modo tão relevante quanto a soberania, a democracia e os direitos humanos passam a ser entendidos por seu valor intrínseco e não por sua inclusão no Direito Internacional positivo. E, portanto, podem mudar as regras formais do Direito Internacional clássico, desenvolvimento do qual a revitalização da teoria da guerra justa faz parte – volta-se a justificar a guerra com apelos à moralidade para se atingir um fim bom⁹²⁶.

Embora haja vários jusinternacionalistas que sucumbam em algum momento diante das insuficiências do paradigma estritamente legalista, Antonio CASSESE, Pierre-Marie DUPUY e Richard FALK são os autores que refletem sobre este fenômeno atual de forma mais detida – e serão, com efeito, mais detalhadamente analisados. Já

⁹²⁴ Idem, p. 7.

⁹²⁵ KOSKENNIEMI, Martti. ‘*The Lady Doth Protest Too Much*’ Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law. In: *The Modern Law Review*, vol. 65, n° 2, March 2002, pp. 159-175.

⁹²⁶ JOUANNET, Emmanuelle. *Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law?* In: *European Journal of International Law*, vol. 18, n 3, 2007, pp.388-389.

outros internacionalistas apresentam reflexões também neste sentido, mas atêm-se mais a casos específicos – o que não retira a importância de suas contribuições.

Os autores que meditam sobre esta ascensão da guerra justa no Direito Internacional Público constantemente citam Michael WALZER, o mais influente representante da teoria da guerra justa no século XX, e o responsável pela revalorização do paradigma da guerra justa fora de contextos teológicos e por sua inserção em contextos seculares. Ademais, como se viu, um dos mais influentes filósofos políticos do século XX, John RAWLS, também apresenta uma teoria da guerra justa em *O Direito dos Povos* larga e assumidamente inspirada na obra de WALZER.

De fato, sem fugir à tradição, mas também sem meramente evocá-la, Michael WALZER elabora a teoria da guerra justa considerada como a formulação padrão – e a mais original – pelos internacionalistas na contemporaneidade. Se parte da doutrina utiliza a tradição da doutrina da guerra justa (exposta no capítulo 1) para justificar principalmente as intervenções humanitárias, também cita constantemente a obra de WALZER, e em especial, o livro *Guerras justas e injustas*, como a principal referência teórica sobre a influência da guerra justa sobre o Direito Internacional Público atual.

3.4 A recepção da teoria da guerra justa na doutrina internacionalista.

3.4.1. Aceitação em Richard FALK e Antonio CASSESE

Richard FALK, professor de Direito Internacional Público da Universidade de Princeton, é o doutrinador que mais explicitamente declara a vinculação do problema da legitimidade com a revitalização da teoria da guerra justa. É um dos autores do *Kosovo Report*, da Comissão Internacional Independente sobre a crise humanitária no Kosovo,

um dos documentos que mais claramente estabelece esta relação. Reconhece, ademais, que a relação entre a legalidade e a legitimidade é um dos temas mais discutidos da teoria política, que no Direito Internacional se exterioriza pela dicotomia entre a legalidade e a legitimidade do uso da força armada. FALK analisa, a partir desta ótica, os casos mais relevantes da atualidade, as guerras do Kosovo, do Afeganistão e do Iraque (2003).

Antonio CASSESE, professor de Direito Internacional Público na Universidade de Florença, juiz e Presidente do Tribunal Criminal Internacional para a antiga Iugoslávia, é outro dos adeptos mais influentes da teoria da guerra justa na doutrina internacionalista atual. Sua adesão retrata a amplitude da recepção a esta teoria, que ultrapassa os limites dos Estados Unidos da América, o país onde mais significativamente prosperaram no século XX os estudos sobre a guerra justa na filosofia moral e política e onde sua recepção teórica na doutrina do Direito Internacional Público foi mais aceita, como já notara Wilhelm GREWE em 1984. Este autor previra corretamente o crescimento da influência destas concepções, embora não positivadas no Direito Internacional⁹²⁷.

Neste sentido, CASSESE e FALK não elaboram propriamente uma teoria da guerra justa, mas recorrem ao seu paradigma quando refletem sobre casos problemáticos relacionados ao uso da força armada internacional na contemporaneidade: os dilemas das intervenções humanitárias e da legítima defesa. Procuram, a partir da tendência apontada por GREWE na década anterior – e originariamente restrita à doutrina jurídica norte-americana –, conformar um paradigma revisitado da tradição do *bellum justum* com as normas instituídas na Carta das Nações Unidas⁹²⁸.

CASSESE, diferentemente de Richard FALK, não se filia expressamente à teoria da guerra justa nos seus artigos escritos logo depois da guerra do Kosovo no *European Journal of International Law* nem no seu tratado de Direito Internacional: não cita diretamente os autores tradicionais ou contemporâneos pertencentes à tradição

⁹²⁷ Os referidos estudiosos tentaram conciliar a teoria do *bellum justum* com o sistema vigente de interdição da guerra e de qualquer uso da força nas relações internacionais. As guerras deveriam ser *justas e limitadas* (como formulou, com maior influência, Michael WALZER), restringindo-se ao impedimento da agressão e obedecendo às regras de proteção dos não-combatentes GREWE, Wilhelm. *The Epochs of International Law*, op.cit. p. 577.

⁹²⁸ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op.cit. pp. 677-680.

do *bellum justum* nem afirma qualquer vinculação teórica. Ele somente menciona a idéia de guerra justa em artigo de coletânea distinta, “*Le cinque regole per una guerra giusta*”⁹²⁹. Apesar disto, os critérios da tradição da guerra justa permeiam tanto os seus textos sobre a intervenção humanitária – destacadamente no debate criado em torno da intervenção militar no Kosovo – como aqueles sobre os desafios relacionados à legítima defesa na contemporaneidade.

A tradição da guerra justa ressurgiu, para FALK, porque o Direito Internacional não parecia mais suficiente para lidar com os problemas relativos ao uso da força que emergiram; deveria, no mínimo, ser reforçado por restrições de natureza ética⁹³⁰. Não foi capaz, ademais, de controlar o avanço e o desenvolvimento de armamentos de tecnologia avançada, como os nucleares.

A abordagem legalista da guerra e da intervenção, segundo FALK, atingiu seu ápice justamente após o fim da Segunda Guerra Mundial, com o estabelecimento do compromisso internacional de proibição do recurso à força nas relações internacionais do art. 2º (4) e com os julgamentos do Tribunal de Nuremberg, que condenaram os líderes nazistas por crimes contra a paz. O Direito Internacional passou a constituir-se em uma fonte completamente autônoma de autoridade, e o único guia do comportamento estatal no que se refere às guerras e às intervenções armadas. Mas este tipo de abordagem foi desafiado por diversas vezes nos últimos anos por dois tipos de problemas de grande complexidade nas relações internacionais atuais: as questões da intervenção humanitária em situações de extremas violações de direitos humanos e das reivindicações ampliadas de defesa contra as novas ameaças à segurança dos Estados, em especial, o megaterrorismo internacional⁹³¹.

Para FALK, invocar a legitimidade nos casos relacionados ao uso da força nas relações internacionais nos casos de necessidades humanitárias urgente e necessidades defensivas sob a revitalização do paradigma da guerra justa simultaneamente reconhece tanto a validade da lei nas situações ordinárias da sociedade internacional como sua

⁹²⁹ *Le cinque regole per una guerra giusta*. In: *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*. PL Promozione Libri, 1999.

⁹³⁰ FALK, Richard. *Legality to Legitimacy – The Revival of the Just War Framework*. In: *Harvard International Review*, p. 2

⁹³¹ FALK, Richard. *Legality to Legitimacy – The Revival of the Just War Framework*. In: *Harvard International Review*, p. 1; FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics*, op.cit. p. 33.

inadequação, sua “disfuncionalidade” na normatização de situações notadamente excepcionais. Aqui não simplesmente se defende a generalização de violações justificadas eticamente a normas jurídicas inadequadas. Agir de acordo com um critério considerado legítimo, mas abertamente considerado “ilegal” promove a desobediência à lei, e por isto, as *exceções razoáveis* à lei devem ser moderadas por considerações baseadas em princípios além de ser consideradas como *temporárias*. Para o jusinternacionalista de Princeton, a legitimidade assume a condição não de uma exceção política no contexto da supremacia da política sobre o direito, na acepção decisionista de Carl SCHMITT em que o soberano decide na emergência sobre o estado de exceção⁹³², mas sim de uma exceção “quase-legal”⁹³³.

A função benéfica da flexibilidade trazida com a legitimidade somente se aplica em duas – e somente duas, enfatiza FALK – situações relativas ao uso da força nas relações internacionais: as circunstâncias de tragédias humanitárias urgentes, como em Kosovo e Darfur, e aquelas ligadas à legítima defesa, como em Israel, em 1967, e no Afeganistão, em 2001⁹³⁴.

Existem basicamente dois métodos de incrustar os imperativos morais e políticos na interpretação dos dispositivos legais: um interno e outro externo. O primeiro é interno ao próprio Direito, ao âmbito da legalidade, com o alargamento do significado de suas disposições. O segundo, concernente ao âmbito da legitimidade, reconhece os limites do Direito e cria exceções externas. Há problemas em adotar-se exclusivamente qualquer um destes métodos. Dificuldades surgem no que se refere ao momento e em que sob circunstâncias se deve adotar a flexibilidade da lei em face dos imperativos morais e políticos ou se admitir o fosso entre a legalidade e a legitimidade. Dois perigos existem na adoção extrema da interpretação flexível ou rígida das disposições normativas. Se ela for de tamanha flexibilidade, a ponto de a referência textual da linguagem ser relegada como um guia de conduta, o Direito se instrumentaliza, para utilizarmos a acepção de KOSKENNIEMI, como apologista, o que resulta na degradação da confiança em sua autoridade como efetivamente distinta da Moral e da

⁹³² SCHMITT, Carl. *Political Theology*. Translated by George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, 2005, passim.

⁹³³ FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics*, op.cit. p. 34.

⁹³⁴ Idem, p. 50.

Política. Por outro lado, se a interpretação jurídica for tão rígida a ponto de nunca se adaptar às circunstâncias urgentes, assumindo, também na linha de KOSKENNIEMI, um caráter assumidamente utópico, é descartado como irrelevante ou opressivo pelos donos do poder⁹³⁵.

Neste sentido, a tensão entre os benefícios da certeza e as necessidades de flexibilidade trazidas pelas circunstâncias urgentes é de difícil equilíbrio. O poder de reivindicar exceções não pode ser concebido no sentido schmittiano de que a política sempre prevalece sobre o direito quando há um choque entre os dois. Por isso se faz necessária a utilização de critérios razoáveis em caso de necessidades morais e políticas excepcionais⁹³⁶.

Então, FALK define e distingue a legalidade e a legitimidade no tema do uso da força. A legalidade “clarifica as obrigações nucleares relacionadas à força”, enquanto a legitimidade “tenta identificar e *delimitar* uma zona de exceção que leve em conta circunstâncias supostamente especiais”⁹³⁷. Há dificuldades na tentativa de promover esta flexibilidade em razão de sua recusa tanto pela ONU como por Estados protagonistas da sociedade internacional. O discurso relativo à legitimidade e à legalidade de questões controversas de uso da força é ainda concernente à sociedade civil internacional. FALK assinala que há um esforço para alcançar um maior apoio intergovernamental quanto a esta diferenciação – e a aprovação da Comissão Independente Internacional sobre o Kosovo é um sinal evidente disto, assim como a proposta do Secretário-Geral de uma Resolução do Conselho de Segurança para esclarecer a abordagem da Carta sobre o uso da força em situações diversas⁹³⁸.

FALK observa que a legalidade traz o benefício da segurança jurídica. A legitimidade busca o poder de criar exceções razoáveis – e não arbitrárias – ao pôr limitações fundadas em princípios determinados. Esta tensão sempre se exprime quando exigências de natureza moral e/ou política aparentemente sobrepõem-se aos limites da

⁹³⁵ FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics*, op.cit. p. 36; KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia – The structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 1-70.

⁹³⁶ FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics*, op.cit. p. 37.

⁹³⁷ Idem, p. 35.

⁹³⁸ Idem, pp. 35-36.

legalidade estrita. CASSESE, de modo semelhante, nomeia tais exigências de *opinio necessitatis*⁹³⁹.

Mas a posição institucional da ONU insiste na flexibilidade da própria lei, que seria capaz de até abranger uma doutrina de legítima defesa mais ampla que aquela da redação original do art. 51 da Carta – mas exercida inescapavelmente por meio do Conselho de Segurança. O que se veda é sua invocação unilateral.

A relação da legalidade e da legitimidade pode, por meio da interpretação ampliativa, tornar-se apenas uma questão de *clareza interpretativa* e não de uma *diferença substantiva*. FALK defende também em certos casos o alargamento da interpretação das regras internacionais de acordo com os novos contextos, como os atentados terroristas de 11 de setembro e a adaptação do instituto da legítima defesa⁹⁴⁰. Mas também constata um problema nesta abordagem. A flexibilidade no âmbito da própria legalidade em razão das mudanças contextuais provoca a perda da clareza do núcleo significativo de uma norma restritiva. A legitimidade, por sua vez, ao não inserir os imperativos morais e políticos de situações excepcionais dentro da lei, mas além dela, não alarga seu conteúdo normativo e acaba por preservar seu núcleo de restrição, o que desestimula a discricionariedade estatal no âmbito do uso da força internacional. Em vez de os imperativos morais e políticos ingressarem na norma jurídica tornando-se a regra, o que provoca certo esvaziamento de sua própria força restritiva sobre o uso da força armada, eles excepcionam a regra em ocasiões notadamente singulares, que mantém a força restritiva do núcleo da norma jurídica⁹⁴¹.

Com efeito, arriscamos a interpretação de que em um ponto é cabível uma analogia da contraposição de FALK entre legalidade e legitimidade e a construção de WALZER de um paradigma legalista como parte de sua *teoria da agressão* revisado em

⁹³⁹ FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics*, op.cit. p. 37.

⁹⁴⁰ “For these reasons, there was no significant significant international opposition to the american initiative and conduct of the Afghanistan War and varying levels of support from all of America’s traditional allies. International Law was successfully stretched in these novel circumstances to provide a major state with the practical option of responding with force to one important territorial source of megaterrorist warfare, thereby upholding the White House claim that a government that knowingly harbors such traditional terrorists shares responsibility for the political violence that ensues”. FALK, Richard A.. *The Declining World Order – America’s Imperial Geopolitics*, op.cit. p. 204.

⁹⁴¹ FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics*, op.cit. p. 50.

casos excepcionais. O paradigma legalista walzeriano, convergente em boa parte com alguns dos princípios centrais do Direito Internacional Público, constitui seu modelo analítico *regular* de julgamento das guerras justas e injustas. No entanto, ele submeteu-o a algumas revisões, nas quais justifica, por exemplo, ataques antecipatórios e intervenções humanitárias, porque “o paradigma, sem revisões, não tem como dar conta das realidades morais da intervenção militar”⁹⁴². É extremamente cauteloso ao desenvolvê-las; estabelece claramente os critérios para que a revisão do paradigma legalista seja possível, pois com “a presteza com que os Estados se dispõem a invadir outros, o revisionismo é uma tarefa arriscada”⁹⁴³. Entendemos, neste sentido, que FALK se atém, nas situações ordinárias, ao seu “paradigma legalista” (as normas do Direito Internacional Público). Mas também busca, analogamente a WALZER, revisá-lo em situações moral ou politicamente singulares. Faz isto com base na inserção de princípios flexíveis e moderados do instrumental analítico da teoria da guerra justa.

A questão da intervenção humanitária ganhou nova dimensão na década de noventa, com o fim da Guerra Fria. A Carta da ONU proibia qualquer uso não-defensivo da força, mesmo se justificado por razões humanitárias; ademais, vedava a intervenção nos assuntos internos dos Estados em assuntos não relacionados com questões de paz e segurança diretamente relacionados ao capítulo VII da Carta.

Mas houve pressões no sentido da adoção de uma conduta mais intervencionista em alguns casos excepcionais trazida por três fontes, segundo FALK: a significativa ascensão da implementação de padrões fundamentais de direitos humanos, a influência da mídia na cobertura de crises humanitárias em lugares distantes, capaz de comover a opinião pública internacional⁹⁴⁴, e a erosão da soberania nas mais diversas esferas⁹⁴⁵. Além destas, CASSESE menciona algumas outras, como o entendimento de que atrocidades como *limpezas étnicas* e genocídios caracterizam uma forma de

⁹⁴² WALZER, Michael. *Guerra justas e injustas – Uma argumentação moral com exemplos históricos*, op.cit. p. 184.

⁹⁴³ Idem, p. 152.

⁹⁴⁴ “Also, the emergence of human rights as items ranked rather highly, although selectively, on the global policy agenda has generated support for “humanitarian intervention”. This support also reflects the growing influence of TV in building public pressure to act in the face of severe humanitarian abuse”. FALK, Richard. *Humanitarian Intervention After Kosovo*. In: *Lessons of Kosovo: The dangers of Humanitarian Intervention – Edited by Aleksander Jokic*. Toronto; Broadview Press, 2003, p. 31.

⁹⁴⁵ FALK, Richard. *Legality to Legitimacy – The Revival of the Just War Framework*. In: *Harvard International Review*, p. 2.

responsabilidade internacional mais grave dos Estados e que em razão disto há a necessidade de uma maior intervenção internacional, por meio de organismos internacionais, em conflitos internos dos Estados nos quais haja uma ameaça ou mesmo a violação massiva de direitos humanos⁹⁴⁶; a precedência da resolução pacífica das controvérsias em face da opção pelo recurso à força armada (algo já previsto na Carta da ONU em seu art. 2º (3)), e o aumento da relevância das organizações não-governamentais e mesmo de organizações oficiais no sentido da proteção forçada contra atrocidades de direitos humanos que “chocam a consciência dos seres humanos” (um claro eco da expressão utilizada com grande repercussão por WALZER em *Guerras justas e injustas* – “chocar a consciência da humanidade” – para justificar as intervenções humanitárias) de modo a perturbar a estabilidade internacional⁹⁴⁷.

Cresce, de fato, o entendimento entre teóricos do Direito Internacional de que a soberania poderia ser relativizada quando um imperativo moral exigir a proteção de pessoas vitimadas por graves violações de direitos humanos. A inércia em Ruanda e a obediência estrita da legalidade do uso da força, impedida pela paralisação do Conselho de Segurança em virtude dos impasses políticos, inibiu ações que refletem exigências morais da atualidade, relativas à proteção dos direitos humanos. Para responder efetivamente à complexidade das questões humanitárias, duas soluções inadequadas poderiam ser adotadas: a mudança das normas relativas ao uso da força da Carta das Nações Unidas em emergências humanitárias – que se mostra impossível pela oposição da China e da Rússia, membros permanentes do Conselho de Segurança – e o inequívoco desprezo pelas normas jurídicas internacionais. FALK e CASSESE não consideram nenhuma das alternativas como válida.

Isto remete à guerra do Kosovo como resposta de uma aliança regional a uma emergência humanitária. Evitou-se a aprovação do Conselho de Segurança em razão do desacordo entre seus membros permanentes acerca do equilíbrio na relação entre a soberania e os direitos humanos. Há também o elemento geopolítico relativo à

⁹⁴⁶ Cita, para sustentar este argumento, as intervenções da Organização da Unidade Africana e da ONU na Libéria em 1990, no Iraque em favor dos curdos em 1991, na Bósnia Herzegovina para proteger a população civil de uma limpeza étnica entre 1992 a 1995 e a intervenção retardada em Ruanda, quando um genocídio já havia sido praticado em 1994.

⁹⁴⁷ CASSESE, Antonio. *Ex iniuria ius oritur. Are We moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* In: *European Journal of International Law*, op.cit. p.26; WALZER, Michael. *Guerras Justas e injustas*, op.cit. p. 183.

intervenção, viável politicamente somente em Estados fracos por vezes sob a área de influência direta de um dos membros permanentes do Conselho⁹⁴⁸. Preferiu-se, então, o caminho da OTAN para evitar a repetição da tragédia na Bósnia alguns anos antes. Já em Srebrenica, quando as tropas de operações de paz presenciaram a tragédia humanitária como simples espectadores, já se punha como relevante a contraposição entre legalidade e legitimidade.

Para FALK, não existe uma via ideal, em uma análise normativa puramente textual, de harmonização das exigências do humanitarismo contemporâneo com as regras relativas à proibição do uso da força armada e da intervenção instituídas na Carta das Nações Unidas⁹⁴⁹.

A crise do Kosovo não é analisada de modo satisfatório por nenhuma das partes da polêmica legalista acerca da intervenção.

Por um lado, os favoráveis argumentam de modo frágil acerca de outra exceção lícita que não a legítima defesa e o uso da força por meio do Conselho de Segurança da ONU. Ademais, a OTAN, uma aliança militar cujo propósito é a defesa coletiva de seus membros, deve estar submetida a um rígido controle da Carta das Nações Unidas, ainda mais para o uso da força militar fora dos limites territoriais da Aliança. A OTAN claramente viola o artigo 2º (4) da Carta quando usa a força militar sem a autorização do Conselho de Segurança. A ação só seria legal em caso de legítima defesa coletiva⁹⁵⁰.

Por outro lado, os argumentos dos contrários à intervenção também são problemáticos. Alegar que a intervenção humanitária não deve ocorrer simplesmente porque é um assunto de jurisdição exclusivamente doméstica ou porque está sujeito ao poder de veto de um dos membros permanentes é ignorar o desenvolvimento normativo internacional das últimas décadas tanto sobre a limitação da soberania como sobre os direitos humanos.

Há, com efeito, na contemporaneidade, a formação de um novo *ethos* global em virtude da ascensão normativa dos direitos humanos em face do poder estatal antes absoluto – expressa em diversos diplomas, mas especialmente na Convenção sobre o

⁹⁴⁸ FALK, Richard. *Humanitarian Intervention After Kosovo*, op.cit. p. 31.

⁹⁴⁹ FALK, Richard. *Humanitarian Intervention After Kosovo*, op.cit. p. 33.

⁹⁵⁰ FALK, Richard. *Humanitarian Intervention After Kosovo*, op.cit. p. 39

Genocídio – da disseminação da democracia, da fragilização das distinções interno/externo em virtude da globalização e do fortalecimento das pressões da opinião pública internacional em face de violações humanitárias atroztes como resultado do desenvolvimento dos meios de comunicação de massa. Neste sentido, alegar os impedimentos legais da intervenção humanitária dispostos na Carta da ONU diante de um comportamento genocida é, para FALK, “moral e politicamente inaceitável”⁹⁵¹.

Portanto, a pressão para agir nesta situação excepcional é legitimada, sobrepondo-se às restrições legais. FALK propõe uma maior atenção às situações contextuais e sugere a reformulação do debate rumo à conciliação entre as exigências de um sistema segurança universal e de uma proteção eficaz dos direitos humanos. Cada crise humanitária deve ser vista pela comunidade internacional em suas peculiaridades contextuais porque inexistente uma solução pronta e acabada para todas elas. Os juristas internacionais não devem ser “meros consoladores” – na acepção da crítica kantiana aos juristas do Direito das Gentes Clássico – quanto ao tema do uso da força armada. Não podem se comportar nem como legalistas utópicos nem como apologistas da força militar servis à política do poder⁹⁵².

O autor estabelece então algumas diretivas de legitimidade das intervenções humanitárias nas três partes componentes da teoria da guerra justa: o *jus ad bellum*, o *jus in bello* e o *jus post bellum*. Em primeiro lugar, exige-se uma situação excepcional e bastante persuasiva da ocorrência de um genocídio ou outra catástrofe humanitária para que sejam suplantadas as restrições do uso da força armada da Carta da ONU. Impõe-se a proibição das intervenções se há vias diplomáticas e não-violentas ainda disponíveis. Devem, ademais, seguir os princípios da proporcionalidade e da imunidade dos não-combatentes. E, por fim, não pode haver imposição de punições aos adversários, especialmente as indiscriminadas, após a celebração de um acordo para pôr fim às hostilidades⁹⁵³.

Para FALK, a intervenção do Kosovo não funciona como um bom precedente para futuras intervenções humanitárias sem a autorização do Conselho de Segurança. Mas isto, segundo ele, é de certo modo benéfico porque se permite aprender com os

⁹⁵¹ FALK, Richard. *Humanitarian Intervention After Kosovo*, op.cit. p. 40.

⁹⁵² FALK, Richard. *Humanitarian Intervention After Kosovo*, op.cit. p. 40.

⁹⁵³ FALK, Richard. *Humanitarian Intervention After Kosovo*, op.cit. p. 47.

erros do conflito e, deste modo, valoriza-se mais o caráter humanitário propriamente dito, com a força militar se colocando efetivamente como o último e extremo recurso. Neste sentido, as chamadas “lições do Kosovo” também versam necessariamente sobre o fortalecimento das Nações Unidas para que esta responda com maior efetividade às crises humanitárias futuras⁹⁵⁴.

Neste cenário de mistura de pressões de ordem política, moral e legal que a Comissão Independente sobre o Kosovo abordou a tensão entre legalidade e legitimidade do uso da força armada. No relatório, formulado por diversos doutrinadores de diferentes países, incluindo o próprio Richard FALK, a intervenção foi considerada “ilegal, mas legítima”. Ilegal porque uma intervenção armada da OTAN sem a devida autorização pelo Conselho de Segurança contraria as disposições da Carta da ONU de forma inequívoca; legítima porque atuou diante de uma catástrofe humanitária, buscando a maior proteção dos direitos humanos consagrados em normas jurídicas internacionais⁹⁵⁵. O descompasso com o paradigma da legalidade foi lamentado, e a intervenção ilegal foi considerada uma forma não desejável de ação; mas, por outro lado, o desacerto entre a legalidade e a legitimidade da ação claramente sugere uma reforma legal. Todavia, os obstáculos jurídico-institucionais de reforma legal no campo do uso da força armada em intervenções humanitárias são consideráveis. É ainda dificultada pelo enorme obstáculo que representa emendar a Carta da ONU e pelo poder dentro da Organização de países descrentes quanto às reais finalidades das intervenções humanitárias, como a China e a Rússia⁹⁵⁶.

Neste sentido, FALK assinala que a Comissão Independente para o Kosovo sugeriu um paradigma de princípios que proveria um modelo quase-legal com o escopo de conduzir as reivindicações e ações acerca da legitimidade. Uma série de condutas foi proposta, como o respeito às leis humanitárias internacionais e a utilização da força armada como último recurso – critérios que explicitamente se referem, respectivamente, ao *jus in bello* e ao *jus ad bellum* da teoria da guerra justa. FALK aponta, neste sentido, que, embora não elaboradas como tal, o referido conjunto de medidas é uma reformulação dos princípios da teoria da guerra justa com o intuito de adequar ações

⁹⁵⁴ Idem, p. 48.

⁹⁵⁵ *Kosovo Report*, pp. 62 e ss.

⁹⁵⁶ FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics*, op.cit. p. 39.

militares em um mundo complexo onde intervenções humanitárias são necessárias (consideradas como justas causas), e para, concomitantemente, moderar ao máximo possível o uso da força, respeitando-se, desse modo, os critérios humanitários do *jus in bello*, e diminuindo, de outro lado, a influência da geopolítica nestas situações⁹⁵⁷.

FALK também anota que em 2001 a Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal elaborou o conjunto de proposições denominado *Responsabilidade para Proteger (Responsibility to Protect)*. Para suavizar o debate intenso acerca da ação militar do Kosovo, resolveu substituir a terminologia: “intervenção” por “responsabilidade”. O Relatório desta Comissão complementa o Relatório sobre o Kosovo, segundo FALK, tanto nas finalidades quanto no seu conteúdo, e incorpora, ainda mais explicitamente, a linguagem da teoria da guerra justa, almejando alterações institucionais na prática do próprio Conselho de Segurança.

Para FALK, ambos os Relatórios são de grande utilidade na apreciação dos problemas envolvendo situações de emergência humanitária que necessitem de uma intervenção milita. Mas apóia o *Kosovo Report* porque este confronta mais corajosamente o desafio posto nas fronteiras externas ao Direito quando este é confrontado com situações excepcionais de caráter moral ou político que extrapolam seus limites⁹⁵⁸. FALK não detalha a crítica, mas a interpretamos no sentido de que o Relatório *The Responsibility to Protect* desvia-se um pouco do desafio ao enfatizar sobremaneira a relevância do papel representado pelo Conselho de Segurança neste tipo de intervenção, restringindo a *responsabilidade de proteger* basicamente a ele quando há uma crise humanitária. Aproxima-se tanto da legalidade estrita que cria a mesma dificuldade política encontrada quando há impasse dentro do próprio Conselho. Ademais, FALK critica este Relatório por seu extremo receio de que uma “intervenção seja interventiva”, pudor ausente no *Kosovo Report*⁹⁵⁹.

Ao atrelar o Direito Internacional Público Contemporâneo à teoria da guerra justa, o Relatório tentou restringir o uso da força ao mínimo possível, identificando as

⁹⁵⁷ FALK, Richard. *Legality to Legitimacy – The Revival of the Just War Framework*. In: *Harvard International Review*, p. 3.

⁹⁵⁸ FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics*, op.cit. p. 40.

⁹⁵⁹ FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics*, op.cit. p. 40.

“justas causas” para a intervenção humanitária em duas grandes instâncias: grande perda de vidas humanas, atual ou iminente, sem ou com a intenção de praticar um genocídio, decorrente ou de uma ação estatal, ou de sua incapacidade de agir, bem como de situações em que o Estado esteja com suas instituições falidas (o caso dos “failed States”); “limpeza étnica” em larga escala praticada por grandes massacres, expulsões maciças, estupros ou prática de terrorismo⁹⁶⁰. O Relatório propõe, ademais, que os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança abstenham-se de usar o poder de veto quando houvesse um grande apoio internacional a uma tomada de posição efetiva.

A discricionariedade quanto a intervir ou não que esta interpretação atrelada à teoria da guerra justa traz é, segundo FALK, inevitável. Mas a credibilidade dos procedimentos de inquirição de sua real necessidade em situações destacadamente excepcionais consegue responder efetivamente a um problema fundamental da ordem internacional contemporânea, e, ao mesmo tempo, diminuir a arbitrariedade do intervencionismo fundamentada em uma mera política de poder⁹⁶¹.

As preocupações principais da década de 90, relativas à intervenção humanitárias com a ascensão de importância do paradigma de proteção dos direitos humanos, ressaltado inclusive por Michael WALZER em seu prefácio à 3ª edição de *Guerras Justas e Injustas* de 1999, sob influência direta da crise no Kosovo, foram superadas pelas preocupações com questões relativas à agressão armada e à legítima defesa em face do desafio do megaterrorismo internacional, cujos ataques de 11 de setembro de 2001 mudaram a ordem política mundial.

Pôs-se a questão da quebra do monopólio do uso da força armada pelos Estados. Agora, organizações terroristas transnacionais podem mobilizar seus contingentes e perpetrar grandes ataques, seja por meio de armas biológicas ou nucleares, seja por seqüestros de aeronaves civis. A complexidade de se travar uma guerra contra atores

⁹⁶⁰ FALK, Richard. *Legality to Legitimacy – The Revival of the Just War Framework*. In: *Harvard International Review*, pp. 3-4; FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics*, op.cit. p. 40.

⁹⁶¹ FALK, Richard. *Legality to Legitimacy – The Revival of the Just War Framework*. In: *Harvard International Review*, p. 4

não-estatais dificulta a ação do Direito Internacional Público, formulado no início da Idade Moderna para regular as relações entre os Estados soberanos⁹⁶².

No caso da guerra do Afeganistão, a expansão da legítima defesa parecia se justificar, pois um Estado apoiava abertamente a organização terrorista responsável pelos ataques terroristas de 2001, a Al-Qaeda. A comunidade internacional apoiou amplamente a guerra do Afeganistão, pois havia o perigo iminente de que o seu apoio resultasse em ataques terroristas de tal magnitude como os ocorridos no dia 11 de setembro de 2001. O fato de somente três Estados reconhecerem diplomaticamente o regime Talibã, os amplos abusos de direitos humanos e os apoios material, financeiro e logístico que o regime afegão oferecia a Al-Qaeda justificariam a intervenção como “legítima” e possivelmente “legal”⁹⁶³.

FALK considera a guerra no Afeganistão contra o que denomina *terrorismo apocalíptico* como a primeira de fato justa desde a Segunda Guerra Mundial, embora também ressalte os resultados em geral benéficos obtidos na guerra no Kosovo. Esforços diplomáticos ou não-violentos atrelados a sanções econômicas, bombardeios pontuais como retaliação e procedimentos legais de controle do terrorismo por meio das Nações Unidas não se mostram como alternativas válidas à guerra por incapacidade tanto de impedimento da ameaça grave de repetição de novos ataques terroristas de magnitude similar aos perpetrados em 11 de setembro como de punição dos perpetradores⁹⁶⁴. Mas faz a relevante ressalva de que a justiça da causa da guerra e de seus fins limitados não deve ser afastada pela injustiça dos meios impróprios e dos fins excessivos. Ao contrário de guerras justas anteriores, como a Segunda Guerra Mundial, a guerra contra o Afeganistão somente pode ser vencida se forem combinadas

⁹⁶² FALK, Richard. *Legality to Legitimacy – The Revival of the Just War Framework*. In: *Harvard International Review*, p. 4

⁹⁶³ FALK, Richard. *Legality to Legitimacy – The Revival of the Just War Framework*. In: *Harvard International Review*, p. 4

⁹⁶⁴ Esta linha argumentativa favorável à justificação da guerra do Afeganistão converge totalmente com aquela dada por WALZER que reforça a primazia da prevenção sobre a punição: “Assuming that we correctly identified the terrorist network responsible for September 11 attacks and that Taliban government was in fact its patron and protector, the war in Afghanistan is certainly a just one. The point of the war is prevention above all: to destroy the network and stop the preparation of the future attacks. We shouldn’t, in my view, think of war as a “police action”, aimed at bringing criminals to justice. We probably don’t have the evidence to do that; and it may well be the case that evidence collected by clandestine means or by armed force in distant countries, evidence that doesn’t come from official archives, such as the German records that figured in the Nuremberg trials, but from e-mail intercepts and similar unofficial sources”. WALZER, Michael. *After 9/11: Five Questions about Terrorism*. In: *Arguing About War*, op.cit. p. 137.

moderações jurídicas e morais quanto ao seu modo de condução e quanto aos fins estabelecidos⁹⁶⁵.

As negociações diplomáticas com o *terrorismo apocalíptico* da Al-Qaeda são inviáveis, afirma FALK, porque sua lógica fanática objetiva a guerra civilizacional entre o Ocidente e o Islã sem fazer qualquer distinção entre combatentes e não-combatentes, o genocídio de americanos e judeus e a perpetração de grandes tragédias humanas e materiais⁹⁶⁶. Neste sentido, para recorrer ao entendimento de LAFER, as tensões nos últimos anos no plano internacional decorrem em boa parte do solipsismo da *razão terrorista* cuja finalidade consiste em destroçar a confiança na estabilidade internacional pela sedimentação do medo paralisante e do horror desconcertante – mas também, na *Era Bush*, do solipsismo da soberania, do decisionismo subjetivo dos Estados Unidos, que por conta própria instaura um estado de exceção indutor da insegurança coletiva ao invadir o Iraque e questionar a função do Direito Internacional Público de estabilização da ordem. Embora não seja um fenômeno novo, o terrorismo alcançou uma nova dimensão transnacional e se tornou um problema grave de segurança coletiva nos termos da Carta das Nações Unidas⁹⁶⁷.

Quatro são as modalidades de respostas aos atentados terroristas de 11 de setembro. Três delas são inadequadas: as abordagens pacifista, legalista e militarista. Uma mostra-se ideal: o reforço mútuo dos princípios éticos moderados e mais flexíveis da tradição da teoria da guerra justa combinados com as regras do Direito Internacional Público⁹⁶⁸.

A abordagem pacifista é útil por reforçar a concepção de que o uso da força deve ser excepcional e minimamente intenso. Todavia, ao opor-se a uma resposta armada, mesmo que de limitados objetivos, negligencia a relevância da ameaça à segurança global⁹⁶⁹.

⁹⁶⁵FALK, Richard. *Appraising the War Against Afghanistan*, www.ssrc.org/sept11/essays/falk.htm, January 31st, 2002, p. 1; FALK, Richard. *Defining a Just War*. In: *The Nation*, October 29th 2001, p. 1

⁹⁶⁶FALK, Richard. *Defining a Just War*, op.cit. p. 1.

⁹⁶⁷LAFER, Celso. *A democracia diante do terrorismo transnacional*. In: *Política Externa*, vol. 14, nº4, 2006, p. 130.

⁹⁶⁸FALK, Richard. *Defining a Just War*, op.cit. pp. 1, 6.

⁹⁶⁹Idem, p. 2.

A abordagem legalista defende a utilização dos tratados internacionais de cooperação contra o terrorismo, a captura, o indiciamento e o julgamento dos terroristas da Al Qaeda, talvez em um tribunal sob a autoridade das Nações Unidas por crimes contra a humanidade – uma reprodução para os nossos tempos de terrorismo apocalíptico do julgamento de Nuremberg. Mas para FALK, essa abordagem também se mostra inviável porque não lida inteiramente com a magnitude da ameaça. Um julgamento seria uma tribuna capaz de transformar Bin Laden em um mártir para o fanatismo terrorista⁹⁷⁰.

Ademais, FALK considera vagas as medidas contra o terrorismo geradas nos mecanismos de segurança coletiva das Nações Unidas. Esta não tem os meios adequados para responder a este novo tipo de ameaça expressa em um novo desafio jurídico e moral, já que o adversário não é um Estado nacional, mas uma rede transnacional móvel abrigada em um ou mais Estados. Isto estimula, por outro lado, e em um longo prazo, a necessidade de reformas institucionais da ONU para lidar com estes tipos de ameaças, porque indubitavelmente a segurança e a confiança internacionais seriam beneficiadas com uma ONU fortemente institucionalizada e apta a impor forçadamente as regras de Direito Internacional Público⁹⁷¹.

Apesar de não elaborar uma profunda análise jurídica do impacto dos ataques terroristas de 11 de setembro sobre a noção de legítima defesa, FALK indica os novos elementos perturbadores da noção tradicional causadores de um dilema jurídico – notadamente a noção de ataque armado por uma organização não-estatal. Mas observa que o caso da Guerra do Afeganistão não trouxe maiores problemas neste sentido exatamente porque a Al-Qaeda e o Afeganistão estavam profundamente envolvidos logística e materialmente: o Talibã apoiou diretamente a Al-Qaeda, provendo-a de uma base de operações e de campos de treinamento. Ademais, o Afeganistão somente era reconhecido diplomaticamente por três países em todo o mundo, considerado um verdadeiro Estado-fora-da-lei – parece-nos que em sentido idêntico ao dado por RAWLS⁹⁷² – por quase toda a comunidade internacional. Sua teocracia solipsista

⁹⁷⁰ FALK, Richard. *Defining a Just War*, op.cit. p. 2.

⁹⁷¹ Idem, p. 3; FALK, Richard. *Appraising the War Against Afghanistan*, op.cit. p. 1.

⁹⁷² “The list of human rights (...) [is] binding on all peoples and societies, including outlaw states. An outlaw state that violates these rights is to be condemned and in grave cases may be subjected to

violava, ademais, grave e maciçamente os direitos humanos dentro de seu território⁹⁷³. Portanto, diante de tais circunstâncias, havia a credibilidade necessária para que o Afeganistão fosse considerado responsável por um ataque armado no caso do 11 de setembro assim como da existência de sérias ameaças de outros ataques terroristas, o que justificaria a guerra norte-americana⁹⁷⁴.

O Conselho de Segurança também afirmou o direito de legítima defesa dos Estados Unidos após os atentados terroristas por meio das Resoluções 1368 e 1373, direito este do qual eles nunca abririam mão para não perder o controle exclusivo dos meios e dos fins da guerra. E nisto reside o problema, segundo FALK, porque há uma cultura governamental e social fortemente estabelecida internamente de que os Estados Unidos devem usar o máximo da força possível contra seus inimigos⁹⁷⁵.

Já a abordagem militarista é a mais nefasta de todas porque ao contrário das anteriores, traz consigo a possibilidade de criação de grande instabilidade e insegurança internacionais além de representar uma séria ameaça interna a um dos pilares da democracia americana, a proteção dos direitos individuais⁹⁷⁶. A luta contra o terrorismo realiza os receios de FALK concretizando-se na expansão da guerra alicerçada na visão apocalíptica da luta do bem contra o mal proposta por Wolfowitz e Rumsfeld⁹⁷⁷. FALK critica duramente esta alternativa porque incrementa a própria ameaça contra a qual luta, expandindo a violência globalmente⁹⁷⁸.

A última abordagem, aquela que FALK pondera como a mais adequada, liga-se à idéia de limitação dos meios e dos fins, na qual se inserem conjuntamente os princípios mais flexíveis da tradição da teoria da guerra justa e as regras de Direito Internacional Público. Para ela, a força militar deve ser marginal, proporcional aos fins estabelecidos, e as moderações jurídicas e morais respeitadas. Avalia conjuntamente, neste sentido, o recurso à força, a conduta e os efeitos da guerra levando-se em conta o

forceful sanctions and even to intervention". RAWLS, John. *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, pp. 80-81.

⁹⁷³ FALK, Richard. *Appraising the War Against Afghanistan*, op.cit. p. 1.

⁹⁷⁴ FALK, Richard. *Appraising the War Against Afghanistan*, op.cit. p. 1.

⁹⁷⁵ FALK, Richard. *Defining a Just War*, op.cit. p. 3.

⁹⁷⁶ Idem, *Ibidem*; FALK, Richard A. *Declining World Order – America's Imperial Geopolitics*. New York: Routledge, 2004, pp. 227-239.

⁹⁷⁷ FALK, Richard. *Defining a Just War*, op.cit. p. 3.

⁹⁷⁸ Idem, p.4.

novo contexto excepcional de uso defensivo da força armada contra uma organização terrorista transacional dotada da capacidade de praticar catastróficos atos, a partir do qual aparece a importância da *legitimidade* para indicar a zona de excepcionalidade da situação guiada pelos princípios mais flexíveis da tradição da teoria da guerra justa⁹⁷⁹.

Nesta situação excepcional, o autor considera que as restrições das regras do Direito Internacional aplicadas às situações convencionais não possuem muita relevância; mas, de outro lado, destaca a importância da adoção de limites relativos aos princípios mais flexíveis da teoria da guerra justa para identificar os limites que cercam a brutalidade da guerra como solução *extrema ratio* na resolução de uma disputa e para evitar a criação de um precedente para uma guerra futura E, para FALK, o trauma coletivo dos americanos em razão dos eventos ocorridos ocasiona uma lamentável queda do valor da imposição de limites à própria conduta na guerra⁹⁸⁰.

Por meio da combinação mutuamente reforçada da tradição da teoria da guerra justa com o Direito Internacional, FALK estabelece alguns princípios abstratos de *jus ad bellum* e *jus in bello*. Eles não demandam uma direção concreta das operações militares, mas produzem efeitos benéficos para o debate, para a justificação dos meios e dos fins utilizados, assim como para a identificação rápida e precisa das condutas que os violam. Com o intuito de demonstrar a extrema proeminência de tais princípios como guias de conduta, FALK recorre à passagem que pode ser considerada o *leitmotif* de sua abordagem da teoria da guerra justa: “a justiça da causa e dos fins limitados não pode ser negada pela injustiça dos meios impróprios e dos fins excessivos”⁹⁸¹.

O *princípio da discriminação* exige que a força tenha como objetivo os alvos militares, e não a população civil. O *princípio da proporcionalidade* demanda que a força não deve ser excessiva nem diante da causa da guerra nem dos objetivos militares razoáveis almejados. O *princípio da humanidade* determina a não-utilização da força contra inimigos rendidos, feridos ou contra os prisioneiros de guerra. E o *princípio da*

⁹⁷⁹ FALK, Richard. *Appraising the War Against Afghanistan*, op.cit. p. 2; FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*, op.cit. p. 35.

⁹⁸⁰ FALK, Richard. *Appraising the War Against Afghanistan*, op.cit. p. 2.

⁹⁸¹ Falk, Richard. *Defining a Just War*, op.cit. p. 6. (tradução livre do autor).

necessidade afirma que a força somente deve haver o recurso à força armada se os meios não-violentos se mostrarem impossíveis para o alcance dos objetivos militares⁹⁸².

FALK propõe, neste sentido, medidas para enfrentar a ameaça da guerra contra o Afeganistão e a Al-Qaeda: o uso moderado e seletivo da força militar – os Estados Unidos não devem se desviar de seus objetivos como a derrubada de outros regimes ou a destruição de outras organizações terroristas que não representem ameaças diretas, como o Hezbollah – integrado a uma série de outras medidas nos campos financeiro e de inteligência capazes de afetar a organização dos terroristas⁹⁸³.

No que concerne ao *jus in bello* na guerra do Afeganistão, FALK elogia a idéia proposta por WALZER (já utilizada por este para criticar a guerra no Kosovo) de que o comportamento de um Estado pode ser em parte avaliado como condizente com os padrões da teoria da guerra justa se ele aceita correr riscos para evitar danos a civis. Neste sentido, FALK sustenta que os Estados Unidos não cumpriram este requisito como deveriam em virtude da obsessão americana em reduzir as suas perdas em combate a zero, privilegiando a estratégia em detrimento de preocupações humanitárias. Por outro lado, atesta que em comparação com os ataques indiscriminados da Segunda Guerra Mundial e da Guerra do Vietnã, houve significativos avanços na preservação de civis⁹⁸⁴. Sob o padrão analítico da guerra justa, apesar da imperfeição da conduta americana, não se pode afirmar que a legítima defesa não obedeceu ao requisito da proporcionalidade tendo-se como norte tanto a restauração da segurança como a punição⁹⁸⁵.

O autor também atenta para outro dos relevantes aspectos da tradição da guerra justa desde AGOSTINHO, de que o objetivo de uma guerra justa é a restauração da paz. Quanto à guerra no Afeganistão, FALK afirma (em janeiro de 2002) que é ainda muito cedo para fazer uma análise peremptória sobre os êxitos da guerra, mas já assinala uma melhora significativa no que diz respeito ao governo emergente após a obscuridade opressiva do Talibã e às extremas violações de direitos humanos na região⁹⁸⁶.

⁹⁸² Idem Ibidem.

⁹⁸³ FALK, Richard. *Defining a Just War*, op.cit. p. 5.

⁹⁸⁴ FALK, Richard. *Appraising the War Against Afghanistan*, op.cit. p. 3.

⁹⁸⁵ Idem, Ibidem.

⁹⁸⁶ Idem, Ibidem.

A defesa da legitimidade da guerra no Afeganistão não implica, segundo entende o jusinternacionalista, a concessão de uma ampla autorização para o uso militar da força pelos Estados Unidos no combate ao terrorismo internacional. Os objetivos da guerra no Afeganistão devem ser reduzidos a Al-Qaeda. Para combater o terrorismo em escala global, mostram-se como integralmente adequadas – e neste ponto converge em quase tudo com WALZER – as regras do Direito Internacional Público, a cooperação entre agências de inteligência, as medidas de cooperação internacional para o controle do fluxo financeiro das organizações terroristas e mesmo algumas operações secretas – acerca das quais o próprio WALZER admite não saber quais regras morais são aplicáveis⁹⁸⁷.

FALK também faz uma advertência de enorme importância já nos primeiros dias da guerra do Afeganistão, momento no qual ainda não estava consolidada a *Doutrina Bush*, mas que faz parte da tradição da política externa norte-americana: a idéia de que as guerras sempre são consideradas de modo maniqueísta, com a vitória absoluta sobre o inimigo demonizado em nome da supremacia do bem⁹⁸⁸. A retórica de BUSH para a mobilização popular possuía um tom moral e religioso triunfalista, intolerante e simplista. As questões internacionais no pós-11 de setembro passaram a ser apreciadas a partir do moralismo e da religião, ressaltando-se a noção do *excepcionalismo americano*:

Some worry that is somehow undiplomatic or impolite to speak the language of right and wrong. I disagree. Different circumstances require different methods but not different moralities. (...) Our Nation's cause has always been larger than our Nation's defense. We fight, as we always fight, for a just peace – a peace that favors liberty. We will defend the peace against the threats from terrorists and tyrants. We will preserve the peace by building good relations among great powers. And we will extend the peace by encouraging free and open societies on every continent (...) Just three days removed from these events, Americans do not yet have the distance of history. But our responsibility to history is already clear: to answer these attacks and rid the world of evil. War has been waged against us by stealth and deceit and murder. This nation is peaceful, but fierce when

⁹⁸⁷ WALZER, Michael. After 9/11: *Five Questions About Terrorism*. In: *Arguing About War*, op.cit. p. 139; Idem, p. 4.

⁹⁸⁸ FALK, Richard. *Defining a Just War*, op.cit. p. 5.

stirred to anger. The conflict was begun on the timing and terms of others. It will end in a way, and at an hour, of our choosing⁹⁸⁹.

Este tipo de moralismo solipsista não negocia e não faz autocrítica. Portanto, a forças do bem não se impõem qualquer limitação para derrotar as forças do mal⁹⁹⁰. Apesar de a retórica fundar-se na “justiça da guerra”, nada tem a ver com ela, pois a tradição da guerra justa permite a autocrítica, o debate e a possibilidade da paz sem o recurso à força. Já a *guerra contra o terror* foi construída nos moldes de uma cruzada religiosa e civilizacional. E se o fanatismo islâmico é lamentável, o norte-americano também é igualmente perverso⁹⁹¹.

Mas FALK não amplia a crítica da noção de cruzada moral e religiosa para a história da política exterior norte-americana. A guerra contra o terror da *Era Bush* reproduz um elemento perene da relação dos Estados Unidos com o mundo, a combinação entre cruzada e interesse, entre defesa da ordem e expansão da democracia⁹⁹². Por outro lado, é o paroxismo desta tendência de concepção das guerras como cruzadas morais e de expansão do modelo norte-americano ao resto do mundo. É também revolucionária nos métodos utilizados, pois se antes os Estados Unidos já reservavam a si o direito de ação unilateral e de impedimento dos avanços dos inimigos, a sua atitude, como observa PECEQUILO, era “sempre de contenção e dissuasão e não de ataques antecipados”⁹⁹³.

O excepcionalismo americano – invocado inclusive por OBAMA em seus discursos (ele próprio a suposta personificação de um de seus elementos, a perene capacidade de refundação da América)⁹⁹⁴ – consiste na idéia de que os Estados Unidos

⁹⁸⁹ Todos são trechos de discursos de George W. BUSH postos como introdução aos capítulos do Documento sobre a Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos de Setembro de 2002. In: *The National Security Strategy of the United States of America – September 2002*, op.cit. pp. 1-11.

⁹⁹⁰ FALK, Richard. *The Declining World Order – America’s Imperial Geopolitics*, op.cit. p. 197.

⁹⁹¹ Idem, Ibidem.

⁹⁹² PECEQUILO, Christina Soreanu. *A Política Externa dos Estados Unidos*. Segunda Edição. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2005, pp. 57-58, 399.

⁹⁹³ Idem, p. 399.

⁹⁹⁴ “No que se refere ao excepcionalismo, tanto Obama quanto McCain convergem na reafirmação da diferença do modelo republicano e democrático dos EUA perante o mundo, preservando a imagem da liderança como condutora destes processos políticos, trazendo consigo a visão de um modelo superior. Paradoxalmente a este mito da força emerge o segundo, o da renovação/refundação, que reconhece as dificuldades e fragmentações nacionais presentes (e que tem se tornado cada vez mais recorrentes nas últimas duas décadas), mas que indica a capacidade constante da América se recriar a partir da atualização de suas bases de poder domésticas. Dentre estas, são prioritárias a unidade nacional e os

são uma nação excepcional, resultado de uma trajetória singular no mundo, com uma missão também formidável⁹⁹⁵. Possui duas vertentes, uma secular e outra religiosa. Ambas estão presentes na retórica de mobilização popular para a guerra do presidente BUSH. Nesta se afirma que o modelo de organização norte-americano representa o ideal de legitimidade política e bem-estar social a ser propagado para todo o mundo. Também se faz presente o recurso à fé, à superioridade dos valores morais, dos mitos fundacionais dos peregrinos puritanos do Mayflower criadores de uma identidade nacional singular destinada, como povo eleito, a transmitir seus valores ao resto do mundo⁹⁹⁶. Mary A. JUNQUEIRA sintetiza esta idéia de mobilização pública para uma guerra que denominaremos *guerra santa secular*. Uma guerra agressiva característica da *Razão de Estado*, mas justificada como uma guerra necessária à preservação da religião civil da América:

Quando Bush afirmou, com o propósito de justificar a guerra contra o Iraque, que os “norte-americanos e fortaleceram a cada teste que sofreram”, lembrava á opinião pública que a sociedade exclusiva que construíram desde a Independência estava sob ameaça. Para passar no teste, precisava da união condicional de todos os norte-americanos, pois certamente sairiam dali mais fortes.

Em outras palavras, ao utilizar a retórica que compõe o mito norte-americano, Bush procurava mobilizar a população, influenciar a opinião pública para que o apoiasse nas medidas de guerra que iria tomar. E mandava também um recado para o Ocidente, afirmando que os Estados Unidos não tivessem apoio, especialmente da comunidade européia, o próprio mundo ocidental estaria em perigo devido à extraordinária e letal aproximação da cultura muçulmana⁹⁹⁷.

recursos de poder econômicos, estratégicos e diplomáticos. Simultaneamente afirma-se a superioridade do modelo e a necessidade de repensar o seu funcionamento, buscando um novo consenso interno e externo”. PECEQUILO, Cristina Soreanu. *Os Quatro Mitos Norte-Americanos*. In: <http://meridiano47.info/2008/10/16/os-quatro-mitos-norte-americanos-por-cristina-soreanu-pecequilo/> (Janeiro 2009)

⁹⁹⁵FONSECA, Carlos da. “*Deus está do nosso Lado*”: *Excepcionalismo e Religião nos EUA*. In: *Contexto Internacional*, volume 29, nº 1, 2007, p. 150; JUNQUEIRA, Mary A. *Os discursos de George W. Bush e o excepcionalismo americano*. In: *Margem*, nº 17, São Paulo, pp. 163-170.

⁹⁹⁶“A história dos peregrinos é conhecida. No século XVII, um dos grupos religiosos mais radicais da Inglaterra, *The Separatists* (os Separatistas), rompeu com a Igreja inglesa e, a bordo do Mayflower, atravessou o Atlântico em direção à nova Inglaterra. Estes puritanos, ao atravessarem o oceano numa viagem difícilíssima e a bordo de uma embarcação precária, colocavam-se como um povo eleito. Referiam-se a si próprios como os novos hebreus que atravessavam o Atlântico em direção à Terra Prometida. Eles afirmavam que, tal qual o povo eleito do velho testamento bíblico, libertavam-se da tirania. Inglesa e das amarras da Igreja Anglicana que não lhes permitira exercerem sua fé religiosa como queriam”. JUNQUEIRA, Mary A. *Os discursos de George W. Bush e o excepcionalismo americano*, op.cit p. 166.

⁹⁹⁷ Idem, p. 171.

FALK observa, neste sentido, que a maior flexibilidade quanto ao uso da força constante da teoria da guerra justa (quando comparada às normas da Carta da ONU sobre a legítima defesa) foi apropriada e subvertida por um conjunto de intelectuais neoconservadores, os responsáveis pela formulação da política externa norte-americana durante o governo de George W. Bush. Procuraram legitimar as ações militares dos Estados Unidos sob um amplo paradigma “moral, cultural e humanístico” que fornece um mandato de ampla extensão de utilização do uso da força, desconsiderando as restrições do Direito Internacional Positivo sem também justificar com base em uma linguagem *principiológica* que remeteria à tradicional teoria da guerra justa com a finalidade de “expansão da necessidade defensiva”⁹⁹⁸. Isto iria desencadear a guerra do Iraque em 2003.

A guerra do Iraque está inserida no contexto de uma política externa declarada oficialmente a partir de 2002, com a *Nova Estratégia Nacional de Segurança* dos Estados Unidos, a síntese teórica da *Doutrina Bush*. No discurso *State of Union* de Bush Jr. em 2002, o *eixo do mal* formado por Irã, Iraque e Coréia do Norte alça à condição de grande ameaça à segurança internacional por promover o terrorismo e desenvolver *Armas de Destruição em Massa*. Para enfrentar estas ameaças, os neoconservadores redefinem a estratégia de segurança do país abraçada no período da Guerra Fria e baseada na contenção e na dissuasão⁹⁹⁹.

No discurso em West Point, BUSH advogou uma teoria da antecipação (*pre-emption*) que se estende à prevenção (*prevention*), como nota Michael BYERS, sem que se tentasse qualquer obediência aos requisitos da legítima defesa estabelecidos no *caso Caroline*¹⁰⁰⁰.

Já na *Estratégia de Segurança Nacional* de setembro de 2002, há uma pequena reformulação na Doutrina Bush para fazê-la mais palatável aos outros países e promover uma mudança no Direito Internacional Costumeiro¹⁰⁰¹. Exige-se, neste sentido, a expansão da noção de “ameaça iminente”, considerada por boa parte da doutrina como integrante do costume internacional de legítima defesa consagrado no *caso Caroline*. O

⁹⁹⁸ FALK, Richard. *Legality to Legitimacy – The Revival of the Just War Framework*. In: *Harvard International Review*, p. 4.

⁹⁹⁹ PECEQUILLO, Cristina Soreanu. *A Política externa dos Estados Unidos*. Segunda Edição. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2005, p. 399.

¹⁰⁰⁰ BYERS, Michael. *Geopolitical Change and International Law*, op.cit. p. 60.

¹⁰⁰¹ Idem, p. 61.

Documento defende a adaptação de “ameaça iminente” aos novos tempos. Estende os limites traçados no Direito Internacional costumeiro de legítima defesa antecipatória (*anticipatory self-defense* ou *preemptive self-defense*) para legítima defesa preventiva (*preventive self-defense*) – embora na sua redação continue como legítima defesa antecipatória (*pre-emptive self-defense*):

For centuries, international law recognized that nations need not suffer an attack before they can lawfully take action to defend themselves against forces present an imminent danger of attack. Legal scholars and international jurists often conditioned legitimacy of preemption on the existence of an imminent threat – most often a visible mobilization of armies, navies, and air forces preparing to attack.

We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today’s adversaries. Rogue states and terrorists do not seek to attack us using conventional means. They know such acts would fail. Instead, they rely on acts of terror and, potentially, the use of weapons of mass destruction – weapons that can be easily concealed, delivered covertly, and used without warning¹⁰⁰².

Na prática, os efeitos são os mesmos. Representa uma inequívoca extensão de legítima defesa antecipatória. Abraham D. SOFAER, um defensor da ampliação da noção de ameaça iminente assinala que os critérios do *Caso Caroline* foram baseados nos escritos de VATTEL e GROTIUS¹⁰⁰³. Todavia, o autor não percebe as nuances entre aqueles jusinternacionalistas. VATTEL sustenta, como vimos, uma guerra de defesa também por ameaça iminente, mas esta é praticamente obscurecida por sua justificação de guerras preventivas em função da ameaça distante representada pelo desequilíbrio no poder, que justificava um Estado atacar outro somente em virtude do aumento de seu poderio. GROTIUS diverge de VATTEL neste ponto. Não ampara a possibilidade de guerras preventivas por causa de um *desequilíbrio no poder* e de guerras de *legítima defesa preventiva* como resposta a uma ameaça distante.

¹⁰⁰² *The National Security Strategy of the United States of America - September, 2002*, p. 15.

¹⁰⁰³ SOFAER, Abraham D. *On the Necessity of Pre-emption*. In: *European Journal of International Law*, vol. 14, nº 2, p. 216.

SOFAER usa a autoridade de GROTIUS para justificar a necessidade de guerras antecipatórias, cada uma delas “justa” e adaptada a seu tempo¹⁰⁰⁴. Mas o que nos parece é que a adaptação dos critérios do *caso Caroline* realizados pela *Doutrina Bush* e apoiados por juristas como SOFAER descarta a concepção antecipatória de GROTIUS e adota, para ficarmos com outros teóricos da guerra justa, o entendimento preventivo de GENTILI e VATTEL.

FALK nota como a guerra do Iraque demonstrou de modo mais aparente o aspecto dificultoso da aprovação prévia dos critérios da teoria da guerra justa. Todas as justificações dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha não convenceram a sociedade internacional. Não havia evidências de que o Iraque ameaçava diretamente a segurança dos Estados Unidos para que assim se justificasse uma legítima defesa antecipatória. Também não havia provas de relações cooperativas entre o regime de Saddam Hussein e a Al-Qaeda. As alegações de desenvolvimento de armas de destruição em massa não foram de qualquer modo provadas. O argumento relativo à intervenção humanitária não remetia aos critérios de emergência humanitária grave, atual ou iminente, embora o regime do Iraque fosse tirânico.

De fato, Richard FALK considera que a guerra do Iraque não se qualifica nem na idéia da “doutrina da guerra preventiva” estabelecida na *Estratégia de Segurança Nacional*. Uma ameaça séria à segurança norte-americana advinda do Iraque seria implausível. A guerra do Iraque constitui uma guerra de agressão¹⁰⁰⁵.

A ação unilateral dos Estados Unidos foi, portanto, segundo FALK, ilegal, pois desmereceu e desconsiderou as normas jurídicas internacionais sobre o uso da força, não obtendo autorização do Conselho de Segurança para o ataque armado, e ilegítima, porquanto não havia nenhuma razão persuasiva que a justificasse segundo os critérios da teoria da guerra justa derivados de uma situação excepcional que tivesse o status de “quase-legalidade”¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁴ Idem, p. 225.

¹⁰⁰⁵ FALK, Richard A. *The Declining World Order – America’s Imperial Geopolitics*, op.cit. p. 192.

¹⁰⁰⁶ FALK, Richard. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics*, op.cit. p. 41.

Para o autor, a ação americana poderia ser legítima se uma série de supostas condições fosse obedecida, relacionadas à justa causa e à autoridade competente, ambos critérios tradicionais do *jus ad bellum*: “uma demonstração prévia da necessidade defensiva baseada na iminência, plausibilidade, e severidade da ameaça à segurança, com estas condições *normalmente* determinadas por um processo multilateral, de preferência pelo Conselho de Segurança”¹⁰⁰⁷. Nota-se, nesta passagem, sem vinculação explícita do autor, de critérios essenciais ao *jus ad bellum* da teoria da guerra justa, a causa justa para guerrear e a autoridade devida de quem ataca – utiliza notadamente, ademais, critérios expostos na obra de WALZER para o exercício de ataques antecipatórios.

Para FALK, a guerra do Iraque de 2003 expõe, simultaneamente, a força do Direito Internacional Público e as fraquezas da teoria da guerra justa. As normas jurídicas internacionais consubstanciadas na Carta da ONU permanecem de extrema valia ao interditar as guerras de agressão. Por outro lado, esta guerra demonstra as limitações da abordagem da teoria da guerra justa, que, neste caso, foram apropriadas por neoconservadores, permitindo justificações inconvincentes com a finalidade de mascarar interesses geopolíticos¹⁰⁰⁸.

Diferentemente de FALK e DUPUY (ver item seguinte), CASSESE não demonstra em seus escritos recentes qualquer preocupação filosófica de maior fôlego sobre a tensão entre a legalidade e a legitimidade no âmbito do fortalecimento da teoria da guerra justa no Direito Internacional Público contemporâneo. Ele restringe suas preocupações ao Direito positivo e à sua possível reformulação, à prática estatal e às violações *legítimas* às normas jurídicas internacionais de regulação do uso da força armada em determinadas situações, justificadas por meio da construção de critérios cuja filiação com a teoria da guerra justa parece ser incontestável. Objetiva cristalizar no futuro exceções costumeiras ao atual paradigma jurídico do uso da força imposto na Carta da ONU.

¹⁰⁰⁷ Idem, p. 43.

¹⁰⁰⁸ FALK, Richard. *Legality to Legitimacy – The Revival of the Just War Framework*. In: *Harvard International Review*, p. 5.

Assim como a maioria dos autores, e mais especificamente concordando com Bruno SIMMA¹⁰⁰⁹, CASSESE atesta a ilegalidade tanto da ameaça como do uso da força militar dos países da OTAN contra a República Federal da Iugoslávia para proteger os albaneses kosovares de uma *limpeza étnica*. A ação militar não seguiu as normas instituídas no Capítulo VII da Carta – não obteve a autorização do uso da força pelo Conselho de Segurança para o uso da força militar consoante o artigo 42 – nem seguiu os rígidos parâmetros da legítima defesa coletiva, uma vez que não houve ataque armado da República Federal da Iugoslávia a nenhum outro Estado¹⁰¹⁰.

CASSESE discorda, todavia, de Bruno SIMMA quando este afirma que somente uma “tênue linha vermelha” (“thin red line”) separa a ação da OTAN da legalidade e que sua ilicitude não seria grave, devendo tornar-se excepcional (sem que se forme qualquer precedente) como uma decisão explícita de *extrema ratio*¹⁰¹¹. Segundo CASSESE, a ilegalidade da ação não pode ser amenizada de qualquer modo, porquanto contraria radicalmente o sistema de uso da força internacional estabelecido na Carta das Nações Unidas. Nota, entretanto, a peculiaridade da justificação empreendida pelos países da OTAN, que não recorreram à legítima defesa, subterfúgio mais utilizado pelos Estados quando usam a força armada internacionalmente. Argumentaram, com efeito, que a situação no Kosovo representava uma *ameaça à paz internacional* tal como descrita no artigo 39 da Carta da ONU porque a crise humanitária teria repercussões em outros países pelo intenso deslocamento de milhares de refugiados para Estados vizinhos, como a Macedônia (não se pode deixar de observar, todavia, que a preocupação com a segurança e a estabilidade européias foi também preponderante neste cenário). Mas a mera ameaça à paz internacional não legitima juridicamente um ataque armado, pois deve haver uma resolução do Conselho de Segurança autorizando

¹⁰⁰⁹ SIMMA, Bruno. *NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects*. In: *European Journal of International Law*, vol. 10, number 1, 1999, pp. 1-2.

¹⁰¹⁰ CASSESE, Antonio. *Ex iniuria ius oritur. Are We moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* In: *European Journal of International Law*, volume 10, number 1, p. 24.

¹⁰¹¹ SIMMA, Bruno. *NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects*. In: *European Journal of International Law*, vol. 10, number 1, 1999, p.22; Idem, *Ibidem*.

explicitamente ações militares, de acordo com o artigo 42 da Carta (ver capítulo segundo)¹⁰¹².

A ação militar no Kosovo fez prevalecer os direitos humanos, e isto, segundo CASSESE, poderia abrir uma “caixa de Pandora” de futuras ações militares de coalizões arrogadas em guardiãs da sociedade internacional para agir em seu nome sob a justificativa humanitária, embora contrárias à Carta da ONU. Esta observação cética não impede, todavia, que o jusinternacionalista italiano reconheça a legitimidade moral da intervenção humanitária da OTAN¹⁰¹³.

Então CASSESE se pergunta – baseado na idéia de uma moralidade convencional semelhante àquela afirmada em WALZER, capaz de revisar o *paradigma legalista* – se uma pessoa com bom senso (*common sense*) aceitaria que tragédias humanitárias não fossem evitadas ou contidas sob o argumento do respeito à legalidade internacional quando o Conselho de Segurança mantém-se inerte pela oposição de um ou mais de um de seus membros permanentes. A isto responde que a intervenção do Kosovo é justificável moralmente, embora contrária ao Direito Internacional Público contemporâneo¹⁰¹⁴. Pergunta-se também se esta ação não se baseou em alguns critérios que possibilitassem a futura legitimação de intervenções humanitárias sem a autorização do Conselho de Segurança¹⁰¹⁵. E a isto também responde afirmativamente

CASSESE propõe, com efeito, seis condições que, baseadas nas atuais características da sociedade internacional e de modo similar às propostas por FALK, mas com mais riqueza de detalhes jurídico-institucionais, poderiam, em situações excepcionais, gradualmente justificar uma intervenção humanitária sem a devida autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas – em outras palavras, uma intervenção legítima embora ilegal, que traz novamente a teoria da guerra justa distinta dos termos normativistas de KELSEN e BOBBIO para as preocupações da doutrina internacionalista. Em suma, parâmetros para uma guerra justa embora ilícita:

¹⁰¹² CASSESE, Antonio. *Ex iniuria ius oritur. Are We moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* In: *European Journal of International Law*, volume 10, number 1, p. 24.

¹⁰¹³ Idem, p. 25.

¹⁰¹⁴ CASSESE, Antonio. *Ex iniuria ius oritur. Are We moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* In: *European Journal of International Law*, op.cit. p.25.

¹⁰¹⁵ Idem, Ibidem.

- 1) Atrocidades cometidas contra os direitos humanos em larga escala, com perdas significativas de vidas humanas (de centenas a milhares, com escala semelhante a um genocídio ou a uma “limpeza étnica”) de modo a constituírem crimes contra a humanidade seja por um Estado contra seus cidadãos de modo ativo ou com sua complacência (como no caso das ações da Sérvia sobre a população albanesa-kosovar) seja pela total degradação das instituições estatais que as tornem incapazes de impedir tais atrocidades pela completa anarquia instaurada na sociedade, como veio a ocorrer na Somália em 1994 – o que teóricos das Relações Internacionais e do Direito Internacional Público denominaram de *failed States* (*Estados falidos*)¹⁰¹⁶ O Conselho deve, então, a partir disso, considerar a situação como uma ameaça à paz e à segurança internacionais, conforme estabelecido pelo artigo 39 da Carta da ONU. (Esta condição, vale lembrar, tem suas raízes na justa causa para intervenções humanitárias já presente nas obras dos fundadores do Direito Internacional Público, como Francisco de VITÓRIA e Hugo GROTIUS estudadas no capítulo 1 e também se encontra presente nos Relatórios de Comissões Internacionais, o *Kosovo Report* e o *Responsibility to Protect*, cujo estudo mais detalhado ocorrerá a seguir.)

- 2) Provas de que os crimes contra a humanidade são cometidos ou pela incapacidade de as autoridades do Estado para contê-los em razão da anarquia interna (recusando, concomitantemente, ajuda por parte de qualquer Estado ou organismo internacional para sua contenção), ou pelas próprias autoridades estatais. Estas devem recusar qualquer tipo de cooperação com a ONU e desobedecer de modo recorrente às suas decisões e recomendações, assim como de outras organizações internacionais. (Este critério também integra a justa causa da tradição da teoria da guerra justa.)

¹⁰¹⁶ Para uma análise neoconservadora do problema dos “Estados falidos”, totalmente dedicada à realização de uma construção institucional vinda do exterior como um dos principais objetivos da política externa norte-americana dos últimos anos, ver FUKUYAMA, Francis. *Construção de Estados – Governo e Organização no Século XXI*. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro, 2005.

- 3) O Conselho de Segurança deve-se mostrar incapaz de solucionar a crise internacional humanitária por meio da utilização ou autorização para o uso da força armada em virtude do impasse político entre seus Membros Permanentes pelo exercício do poder de veto de um ou mais de um deles. Em virtude disto, o Conselho omite-se de tomar qualquer medida eficaz ou apenas condena a ação inutilmente.
- 4) Todos os meios pacíficos e todos os meios coercitivos não-armados devem ter-se esgotado sem que haja qualquer acordo sobre uma solução para a crise humanitária. (Este critério claramente remete ao *último recurso* para o uso da força armada, presente na teoria da guerra justa.)
- 5) A ação militar não deve ser praticada por uma potência hegemônica unilateralmente, mas por um grupo de Estados com o apoio da maior parte dos membros das Nações Unidas – ou ao menos com sua não-oposição. Nota-se aqui que não é tido como imprescindível a autorização do Conselho de Segurança segundo os procedimentos estabelecidos no artigo 42 da Carta da ONU. (Este critério relaciona-se inequivocamente ao da *autoridade competente*, que na famosa formulação de São Tomás de AQUINO competia aos Príncipes e cujo exercício em grande parte da vigência da ordem *vestfaliana* coube ao Estado nacional.)
- 6) Os propósitos da ação militar humanitária devem-se limitar à contenção das atrocidades praticadas no interior de um determinado Estado – sem que se cogite de qualquer outra finalidade *positiva*, como a exportação de liberdades democráticas. Este critério remete ao da *intenção correta*. Deste modo, exige-se que a intervenção militar seja *temporária* (na mesma linha de Richard FALK e de WALZER em *Guerras Justas e Injustas*), para evitar que Estados, sob a retórica das razões humanitárias, tentem a dominação de outros Estados, como observou WALZER¹⁰¹⁷. Ademais, o uso da força deve ser proporcional, respeitando os limites do *ius in bello* e do paradigma jurídicos dos direitos humanos na ordem internacional. Mas isto não significa que a

¹⁰¹⁷ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. p. 181.

proporcionalidade não seja de via dupla – ou seja, que as respostas militares não devam ser intensas quanto mais atrozes forem os massacres contra as populações de um dado Estado¹⁰¹⁸ –, o que, de certo modo, é uma resposta aos “pacifistas radicais” que desconsideraram a possibilidade de a proporcionalidade também justificar ações militares mais duras, como deveria ter ocorrido em Ruanda em 1994.

Vistas estas condições abstratas, o jusinternacionalista italiano avalia sua adequação ou não pela intervenção humanitária no Kosovo.

CASSESE observa que estava em curso uma tragédia humanitária de enormes proporções, verificada por várias fontes internacionais, incluindo o órgão principal da ONU, o Conselho de Segurança, por meio da Resolução 1199, que constatou “uma ameaça à paz e à segurança da região”¹⁰¹⁹. Esta situação catastrófica condiz com o primeiro critério estabelecido pelo autor para que se trave uma guerra justa.

De modo compatível com o segundo critério, o governo Iugoslavo repetidamente desobedeceu às decisões e às recomendações do Conselho de Segurança assim como às regras do Direito Internacional Público relativas à tutela dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário.

Na crise do Kosovo também havia um impasse político entre os Membros Permanentes do Conselho de Segurança, notadamente a China e a Rússia, sob a lógica da fragmentação do segundo pós-Guerra Fria, segundo Celso LAFER e Gelson

¹⁰¹⁸ CASSESE, Antonio. *Ex iniuria ius oritur. Are We moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* In: *European Journal of International Law*, op.cit. p.27.

¹⁰¹⁹ A Resolução 1199 afirma a extrema gravidade humanitária da crise em diversas passagens dos massacres e da enorme quantidade de refugiados: “(...) Deeply concerned by the rapid deterioration in the humanitarian situation throughout Kosovo, alarmed at the impending humanitarian catastrophe as described in the report of the Secretary-General, and emphasizing the need to prevent this from happening”. (...) “Gravely concerned at the recent intense fighting and in particular the excessive and indiscriminate use of force by Serbian security forces and the Yugoslav Army which have resulted in numerous civilian casualties, and, according to the estimate of the Secretary-General, the displacement of over 230,000 persons from their homes, Deeply concerned by the flow of refugees into northern Albania, Bosnia and Herzegovina and other European countries as a result of the use of force in Kosovo, as well as by the increasing numbers of displaced persons within Kosovo, and other parts of the Federal Republic of Yugoslavia, up to 50,000 of whom the United Nations High Commissioner for Refugees has estimated are without shelter and other basic necessities”. S/RES/1199 (1998)

FONSECA JR – o que tornou a situação compatível com o terceiro critério de CASSESE¹⁰²⁰. Ambos os Estados tinham razões específicas e semelhantes para se oporem à intervenção humanitária da OTAN. A Rússia possuía (e ainda possui) intensas relações históricas e étnicas com a Iugoslávia, que, sob a ditadura de Tito, formava o conjunto dos Estados-satélites da União Soviética. E, de modo semelhante ao da República Popular da China relativamente a Taiwan e ao Tibete, a Rússia possui problemas relativos à secessão com a Chechênia com graves repercussões humanitárias. Uma ação da OTAN poderia criar um precedente perigoso e indesejado por estes países.

O quarto critério, relativo à consideração da guerra como *último recurso*, teve sua comprovação dada pela realidade fática da crise no Kosovo porque todas as alternativas pacíficas para a sua resolução fracassaram, especialmente o Acordo em Rambouillet.

O quinto critério de CASSESE, condizente com o da *autoridade competente* da tradição da teoria da guerra justa, também foi preenchido, pois a intervenção militar humanitária não foi perpetrada por uma potência hegemônica agindo unilateralmente, com simples intento geopolítico de dominação territorial, motivo repudiado por toda a tradição da guerra justa desde AGOSTINHO, mas por um conjunto de dezenove Estados democráticos, membros da OTAN. Ademais, não houve uma oposição de grande parte dos membros da ONU (um projeto de Resolução do Conselho de Segurança para condenar a intervenção militar da OTAN foi rejeitado por doze dos quinze membros do Conselho de Segurança – e apoiado somente por China, Rússia e Namíbia). CASSESE acrescenta que se houvesse uma larga oposição ao uso da força armada pela OTAN, haveria a convocação para uma reunião da Assembléia Geral para deliberar uma condenação neste sentido¹⁰²¹.

A intervenção militar da OTAN não cumpriu totalmente as condições previstas no sexto critério estabelecido por CASSESE. Embora seus objetivos tenham-se limitado

¹⁰²⁰ LAFER, Celso, FONSECA JÚNIOR, Gelson. *Questões para a diplomacia no Contexto Internacional das Polaridades Indefinidas (notas analíticas e algumas sugestões)*. In: FONSECA Júnior, Gelson & CASTRO, Sérgio Henrique Nabuco de (orgs.). *Temas de Política Externa Brasileira II*. Brasília/São Paulo: FUNAG/Paz e Terra, 1994, vol. 1, p. 49-77. CASSESE, Antonio. *Ex iniuria ius oritur. Are We moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* In: *European Journal of International Law*, op.cit. p.28.

¹⁰²¹ CASSESE, Antonio. *Ex iniuria ius oritur. Are We moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* In: *European Journal of International Law*, op.cit. p.29.

à paralisação dos massacres cometidos pelo governo sérvio, sem qualquer finalidade *positiva* de anexação territorial de fundo expansionista, observando a necessidade da provisoriedade, não obedeceu ao requisito da proporcionalidade, às regras do Direito Internacional Humanitário. O uso exclusivo de ataques aéreos deu-se para preservar as vidas dos combatentes da OTAN em razão das pressões da opinião pública dos países interventores, particularmente a dos Estados Unidos, que condenara violentamente o governo pelas mortes de dezoito soldados na intervenção na Somália em 1994. Os ataques aéreos como método para resolver a crise do Kosovo acarretaram diversos “efeitos colaterais”, segundo o eufemismo de larga utilização na época, consubstanciados nas mortes de mais de quinhentos civis. A justificação moral humanitária contradizia diretamente os meios utilizados para alcançá-la.

Uma intervenção humanitária como a realizada na crise do Kosovo, seguindo as condições estabelecidas para tanto, poderia cristalizar-se, na atual configuração da comunidade internacional, como uma regra costumeira de excepcional uso lícito da força ao lado da legítima defesa. CASSESE nota que não se pode afirmar que houve a criação de uma regra de direito costumeiro, mas sim que ela possa estar em processo de formação. Não existe o requisito da *opinio juris*, a convicção dos Estados de que sua conduta obedece às normas jurídicas internacionais. Estes sabem que sua conduta é ilegal, não constituindo uma exceção lícita ao artigo 2º (4) da Carta das Nações Unidas. Consideram, todavia, que a sua ação é moral ou politicamente necessária, o que constituiria uma *opinio necessitatis*¹⁰²².

Na intervenção do Kosovo os Estados interventores alegaram a existência desta *opinio necessitatis* no sentido de impedir a ocorrência de um genocídio, uma catástrofe humanitária, o que consubstancia uma justificativa de substrato eminentemente, mas não exclusivamente moral – e neste momento vale destacar a observação de WALZER de que nunca existiu uma intervenção humanitária exclusivamente motivada por razões morais. CASSESE atesta que boa parte dos Estados também compartilhou este entendimento, porém não todos. Houve oposição de alguns deles, especialmente Rússia e China, o que, por um lado, comprova o florescimento do componente psicológico

¹⁰²² CASSESE cita, neste sentido, uma definição da expressão dada por SCHELLE, consistente no sentimento, no instinto de obedecer a uma necessidade social. SCHELLE, Georges. *Règles générales du droit de la paix. Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Paris: Recueil Sirey, tome 45, vol. 4, p. 434. CASSESE, Antonio. *A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and Opinio Necessitatis*. In: *European Journal of International Law*, vol. 10, nº 4, p. 797.

necessário para a criação de um costume internacional, e por outro, de que não há ainda a generalidade e a não-oposição para que se materialize em definitivo¹⁰²³.

Uma preocupação recorrente comum tanto a FALK como a CASSESE perpassa os artigos escritos por este último no contexto da guerra no Kosovo: a possibilidade da ocorrência de abusos praticados por Estados sob a justificativa da proteção dos direitos humanos capazes de provocar um conflito em larga escala no seu desenrolar, opondo interesses estratégicos de potências militares¹⁰²⁴. Também isto os liga diretamente à tradição da teoria da guerra justa, que sempre repudiou guerras motivadas pela política do poder, pela expansão territorial. Identifica-os, de fato, com o pacifismo condicional do conjunto de teóricos formadores da tradição.

A inércia do Conselho em virtude do impasse político entre seus Membros Permanentes não pode de qualquer ser a causa exclusiva de uma intervenção militar unilateral – não autorizada pelo Conselho, mas praticada por um ou mais Estados. CASSESE alerta que a alternativa da força armada sob rígidas condições (da teoria da guerra justa) deve ser interpretada e utilizada com enorme cautela pelos Estados interventores em situações excepcionais. As *contramedidas forçadas* como reação a uma catástrofe humanitária somente são legitimadas se todos os parâmetros para a ação forem estritamente seguidos. A necessidade de formulação de parâmetros concomitantemente rígidos e realistas¹⁰²⁵ sob a égide de uma comunidade internacional em transformação poderia “restringir ao máximo possível o recurso à violência armada em uma comunidade que é crescentemente inclinada ao conflito e ao derramamento de sangue”¹⁰²⁶.

A legitimação da legítima defesa antecipatória em circunstâncias marcadamente singulares também constitui objeto de preocupação doutrinária de CASSESE. Ele concorda com a interpretação restritiva da maior parte da doutrina, reputando-a como

¹⁰²³ Idem, p. 798.

¹⁰²⁴ CASSESE, Antonio. *Ex iniuria ius oritur. Are We moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* In: *European Journal of International Law*, op.cit. p. 29; CASSESE, Antonio. *A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and Opinio Necessitatis*. In: *European Journal of International Law*, vol. 10, n° 4, p. 798.

¹⁰²⁵ Esta colocação parece sintetizar a própria natureza dos critérios da guerra justa.

¹⁰²⁶ CASSESE, Antonio. *Ex iniuria ius oritur. Are We moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* In: *European Journal of International Law*, op.cit. p. 30 (tradução livre do autor).

ilegal perante o Direito Internacional Público Contemporâneo¹⁰²⁷. Todavia, considera, juntamente com FALK, que excepcionalmente a legítima defesa antecipatória é moral ou politicamente justificável (*opinio necessitatis*). Esta ação militar anterior a uma agressão armada deveria ser justificada perante a comunidade internacional mediante substanciais evidências – provas dotadas de credibilidade, nas palavras de FALK– de que aquela agressão era de tal modo iminente que um ataque armado prévio seria a única alternativa possível, delimitado somente à defesa, à remoção da agressão, e respeitando os ditames da proporcionalidade assim como as demais regras do Direito Internacional Humanitário¹⁰²⁸.

Já há algumas décadas, com o processo de rápido e vultoso desenvolvimento tecnológico dos armamentos e com o conseqüente aumento de seu poderio destrutivo, a legítima defesa antecipatória tem-se mostrado um tema importante para a doutrina do Direito Internacional Público – conforme visto no capítulo segundo –, ainda mais com o sucesso dos ataques terroristas de magnitude sem precedentes do dia 11 de setembro de 2001¹⁰²⁹, que demonstraram, segundo CASSESE, a capacidade de um ente não-estatal, uma organização terrorista, de perpetrar um ataque armado¹⁰³⁰.

¹⁰²⁷ E já vimos amplamente sua posição restritiva no segundo capítulo, por meio da análise que ele fez do artigo 51 da Carta nos comentários à Carta da ONU de COT e PELLET (*La Charte des Nations Unies*) e na sua obra *International Law*. Não se faz necessário, portanto, repeti-la.

¹⁰²⁸ CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. p. 362.

¹⁰²⁹ CASSESE escreveu um artigo sobre a influência do uso da força armada dos Estados Unidos sobre o Afeganistão em resposta aos atentados terroristas de 11 de setembro. Nele considera que o terrorismo contemporâneo rompe com algumas categorias jurídicas centrais do Direito Internacional, notadamente a legítima defesa. Aponta a existência de um ataque armado por parte da organização terrorista Al-Qaeda, assim como as perplexidades disto para o alvo da legítima defesa, (o Estado agressor), a duração da legítima defesa, os meios admissíveis e o momento. Para lidar com as nebulosidades criadas, defende a necessidade do apoio nos princípios gerais de Direito Internacional: 1) a busca da paz e a privação tanto quanto possível do recurso unilateral à força armada; 2) o respeito aos direitos humanos; 3) a imunidade dos não-combatentes nas hostilidades; 4) a resolução das controvérsias ou das crises por meios multilaterais, rejeitando-se a ação unilateral e reações arbitrárias; 5) perseguir a justiça e levar os culpados de crimes internacionais a julgamento pela Corte competente. O autor sugere, ademais, cinco critérios de ação dos Estados Unidos como resposta aos atentados terroristas: 1) O uso da força unilateral reduzido ao mínimo possível; o uso proporcional da força armada, não voltado à derrubada do governo afegão, mas às organizações terroristas; condução dos criminosos à Corte competente para julgamento no Tribunal Penal Internacional da Haia; não restrição às medidas repressivas, porque a justiça também passa pela justiça social e econômica, uma vez que as desigualdades nessas áreas constituem causas profundas da proliferação do terrorismo em muitos países.

Embora CASSESE considere que a legítima defesa antecipatória pode ser moral ou politicamente necessária também na ameaça iminente de atentados terroristas, nada mencionou neste artigo. Ateve-se a analisar e interpretar a legítima defesa dos Estados Unidos exclusivamente sob o âmbito das normas jurídicas internacionais em vigor. CASSESE, Antonio. *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*. In: *European Journal of International Law*, vol. 12, nº 5, 2001, pp. 993-1001.

¹⁰³⁰ Idem, pp. 354-355.

Ao vislumbrar os referidos desafios à segurança dos Estados nas relações internacionais, CASSESE propõe a adoção de novas regras (*de lege ferenda*) também no tema da legítima defesa antecipatória para diminuir a distância entre a legitimidade e a legalidade. Para tanto, sugere algumas condições – dotadas de maior especificidade e detalhe que aquelas estipuladas por FALK, mas convergindo no mesmo sentido – que, se cumpridas, poderiam tornar a legítima defesa antecipatória legal ou quase-legal por meio da aprovação unânime de uma Resolução na Assembléia Geral, incluindo os votos afirmativos dos cinco Membros Permanentes do Conselho de Segurança em um procedimento menos dificultoso que o de emenda à Carta previsto no artigo 108¹⁰³¹. Esta proposta de CASSESE parece desejar a mudança da Carta não por meio de uma Resolução, uma vez que uma Resolução do Conselho de Segurança ou da Assembléia Geral não possui status jurídico capaz de emendar a Carta, mas torná-la um marco institucional para a formação de um direito costumeiro posterior capaz de trazer mais exceções à interdição do uso da força nas relações internacionais.

São elas:

1) O Estado que perpetrar um ataque em legítima defesa antecipatória deve angariar substanciais provas de que há um ataque armado iminente contra ele advindo de um Estado ou de uma organização terrorista (provas estas que devem ser ainda mais categóricas se relativamente ao Estado ou à organização houver mecanismos de conciliação ou procedimentos de inspeção e monitoramento – e, neste momento, CASSESE critica a guerra do Iraque em 2003 por desobedecer a tal exigência);

2) Não bastam a iminência e a inevitabilidade da agressão armada; ela deve ser de significativa intensidade, dotada de capacidade para destruir o Estado;

3) A legítima defesa antecipatória, assim como qualquer uso da força armada nas relações internacionais, deve respeitar os ditames da proporcionalidade;

4) É vedado ao Estado que no exercício da legítima defesa antecipatória busque finalidades outras que não sejam o impedimento da agressão armada ou a contenção de sua ameaça iminente, como a derrubada de um governo para promover a democracia ou

¹⁰³¹ “Art. 108. As emendas à presente Carta entrarão em vigor para todas as Nações Unidas, quando forem adotadas pelo voto de dois terços dos membros da Assembléia Geral e ratificada de acordo com seus respectivos métodos constitucionais por dois terços dos membros das Nações Unidas inclusive todos os membros permanentes do Conselho de Segurança”. *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 100.

a ocupação de longo prazo do território do Estado-alvo – condição que ecoa, novamente, aquelas estabelecidas por FALK, assim como WALZER em *Guerras justas e injustas*;

5) Assim como dispõe a Carta da ONU no artigo 51, o Estado que perpetrar um ataque armado em legítima defesa antecipatória deve comunicá-lo imediatamente ao Conselho de Segurança, convencendo-o, posteriormente ao ataque, de que sem uma ação militar prévia, o Estado seria atacado;

6) O Estado, mesmo sendo Membro Permanente do Conselho de Segurança (o que o levaria a se abster do exercício do poder de veto), deve aceitar as medidas políticas posteriores tomadas pelo Conselho; se este não aceitar as razões para defesa antecipatória porque o Estado não cumpriu as estritas condições para tanto, deve, se assim for o entendimento da maioria do Conselho, submeter-se a um procedimento de arbitragem ou conciliação;

7) Se o Conselho ou os procedimentos estabelecidos de arbitragem ou conciliação constatarem que o ataque antecipado não tinha razão suficiente para ocorrer, ou que seus objetivos eram ilícitos e os meios de ação desproporcionais, o Estado deve compensar o Estado-alvo¹⁰³².

As condições para a prática de uma guerra justa na contemporaneidade estabelecidas por CASSESE e FALK, aptas a legitimar as intervenções humanitárias e a legítima defesa antecipatória, serviriam, a um só tempo, para reduzir a discricionariedade estatal quanto à intervenção em determinadas situações de acentuada gravidade humanitária e de perigo iminente à sobrevivência de um determinado Estado. Ambos comungam o repúdio à consagração de um *Direito Internacional Imperial*, fenômeno diagnosticado por Nico KRISCH¹⁰³³, consistente tanto na instrumentalização das normas do Direito Internacional Público como na recusa ao seu cumprimento em determinadas situações pelas grandes potências para o alcance de objetivos hegemônicos. Este tipo de abordagem do Direito Internacional, imperial e alargadora ao extremo das possibilidades do recurso ao uso da força, mas bem-intencionada, repleta de supostos ideais humanitários, parece ser aquele falso humanismo de alegada

¹⁰³² CASSESE, Antonio. *International Law*, op.cit. pp. 362-363.

¹⁰³³ KRISCH, Nico. *Imperial International Law*. Global Law working Paper. Hauser Global Law School Program. New York: New York University School of Law, 2004, passim.

vinculação kantiana defendido por Fernando TESÓN¹⁰³⁴, como bem observa V.S. MANI em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia em 2005¹⁰³⁵ – denominado apropriadamente por Terry NARDIN de *imperialismo humanitário*¹⁰³⁶.

Diferentemente de TESÓN, CASSESE e FALK atribuem um papel importante às regras atuais relativas ao uso da força armada constantes da Carta da ONU e do direito costumeiro, assim como à legitimação jurídica do uso da força, o que também os liga diretamente aos fundadores do Direito Internacional Público, adversários dos teóricos da *Razão de Estado* como fundamento para qualquer guerra. O direito não é relegado em nenhum momento em nome de uma análise puramente moral, capaz de levar a interpretações maniqueístas da realidade internacional.

FALK, particularmente, repudia a condição de um contemporâneo “mero consolador”, expressão desabonadora formulada por KANT no *Tratado Filosófico da Paz Perpétua* ao se referir aos teóricos da tradição da guerra justa fundadores do Direito Internacional Público, que, segundo ele, estabeleciam justificativas para guerras tributárias, em última instância, de uma concepção da guerra perpétua. FALK, no entanto, não dirige esta crítica aos adeptos contemporâneos da teoria da guerra justa, mas àqueles que interpretam a proibição do uso da força de modo deveras amplo, aqueles que nesta dissertação serão chamados de céticos.

As semelhanças entre as posições de FALK e CASSESE quanto à revitalização de uma guerra legítima embora ilegal – ou quase-legal a caminho da legalidade – são, como visto, substanciais, mas suas abordagens distinguem-se pelas ênfases distintas que atribuem ao assunto.

FALK tenta estabelecer com maior força uma raiz teórica da dicotomia entre a legalidade e a legitimidade no plano mais amplo da Filosofia do Direito Internacional Público relativamente ao uso da força armada. Também faz menção ao papel das Comissões Independentes e de sua importante recepção dos critérios da guerra justa, particularmente no que se refere às intervenções humanitárias. Contempla as exceções

¹⁰³⁴ TESÓN, Fernando R. *Humanitarian Intervention – An inquiry into Law and Morality*. Third Edition. New York: Transnational Publishers, 2005, passim.

¹⁰³⁵ MANI, Venkateswara.Subramanian. “*Humanitarian*” *Intervention Today*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 313. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 218-230.

¹⁰³⁶ NARDIN, Terry. *Humanitarian Imperialism*. *Ethics & International Affairs*, 19,nº 2, pp. 21-26.

moral e politicamente urgentes como fora do âmbito da legalidade, e externa a ela devem permanecer em boa parte das ocasiões (embora também não negue a validade do alargamento do significado das regras sobre o uso da força em circunstâncias singulares, notadamente os atentados terroristas de 11 de setembro sobre a noção de legítima defesa). Assim, a autoridade da norma restritiva do uso da força armada não seria tão alargada a ponto de o Direito não ter uma autoridade distinta das necessidades políticas e morais, cujo reflexo sobre as normas de restrição do uso da força seria uma excessiva expansão que enfraqueceria seu núcleo de proibição ao tornar a exceção uma regra – o Direito Internacional seria instrumentalizado como apologia, nos termos de KOSKENNIEMI.

CASSESE, por outro lado, destaca enfaticamente o papel importante da formação de um novo costume internacional capaz de suprimir o fosso entre a legitimidade das necessidades morais e/ou políticas urgentes e a legalidade estrita. Ele, ao contrário de FALK, não considera a noção de exceções morais ou políticas além das fronteiras do Direito que lá permaneçam para preservar a força da proibição da norma jurídica. Elabora uma série de critérios normativos vinculados à teoria da guerra justa em situações moral e/ou politicamente excepcionais e razoáveis para integrá-las no direito costumeiro internacional.

Nota-se, por fim, que dois autores de inegável relevância doutrinária e institucional¹⁰³⁷, de continentes distintos, comungam de modo pleno a importância da teoria da guerra justa para as questões jurídicas internacionais da atualidade, o que comprova a sua permanência e o valor de sua análise, ao contrário do que pensam alguns doutrinadores.

3.4.2. Aceitação para as intervenções humanitárias em Allain PELLET e Pierre-Marie DUPUY

¹⁰³⁷ CASSESE foi o primeiro Presidente do Tribunal Internacional Criminal para a Ex-Iugoslávia e em 2004 foi nomeado pelo Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi ANNAN, Presidente da Comissão Internacional de Pesquisa sobre Darfur. Richard FALK é atualmente Relator Especial da ONU para os direitos humanos nos territórios palestinos ocupados.

Alain PELLET não segue o entendimento de CASSESE no que se refere à intervenção militar humanitária no Kosovo. Mas acata o fundamento abstrato de sua argumentação de que em alguns casos, como uma limpeza étnica, a legitimidade sobrepuja a legalidade, embora isto não seja desejável do ponto de vista de um jusinternacionalista¹⁰³⁸. Pierre-Marie DUPUY, por sua vez, demonstra concordar com o essencial da tese de CASSESE: expressamente a elogia e lhe atribui a condição de *opinio juris* de muitos países da OTAN, particularmente a França¹⁰³⁹.

PELLET não faz uma reflexão mais longa, ao contrário de DUPUY, sobre a contraposição entre a legitimidade e a legalidade. Assim como este, também remete à disputa entre Creonte e Antígona – e afirma, por conseguinte, que não há dúvidas de que sempre Antígona prevalece¹⁰⁴⁰.

Para PELLET, o Direito não pode ser visto como um fim em si mesmo. Quando os padrões morais ditados pela sociedade não coincidem com as leis, embora de modo freqüente sejam convergentes, estas podem ser suplantadas se “chocam a consciência da humanidade”¹⁰⁴¹ – nos mesmos termos de Michael WALZER¹⁰⁴² e da doutrina jurídica tradicional a que este provavelmente recorre, notadamente Lassa OPPENHEIM¹⁰⁴³.

Em um primeiro momento, PELLET adota o argumento de CASSESE de que a intervenção foi “legítima, mas ilegal”. Todavia, considera que a Resolução 1244 do Conselho de Segurança legalizou posteriormente uma intervenção que, antes dela, não tinha argumentos satisfatórios para ser considerada legal, mas que, a partir dela,

¹⁰³⁸ PELLET, Alain. *Brief Remarks on the Unilateral Use of Force*. In: *European Journal of International Law*, vol. 11, n° 2, p. 387.

¹⁰³⁹ DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. p. 342.

¹⁰⁴⁰ PELLET, Alain. *Brief Remarks on the Unilateral Use of Force*, op.cit. p. 385.

¹⁰⁴¹ PELLET, Alain. *Brief Remarks on the Unilateral Use of Force*, op.cit. p. 386.

¹⁰⁴² WALZER, Michael. *Guerras Justas e injustas – Uma argumentação moral com exemplos históricos*, op.cit. p. 183.

¹⁰⁴³ “There is general agreement that, by virtue of its personal and territorial supremacy a State can treat its own nationals according to discretion. But there is a substantial body of opinion and of practice in support of the view that there are limits to that discretion and that when a State renders itself guilty of cruelties against and persecution of its nationals, in such a way as to deny their fundamental human rights and to shock the conscience of mankind, intervention is legally permissible”. OPPENHEIM, Lassa. *International Law – A Treatise*. Edited by H. Lauterpacht. Seventh Edition. London, New York and Toronto: Longmans and Green and Co., 1955, pp. 279-280.

contemplados todos os argumentos conjuntamente, poderia ser assim reputada¹⁰⁴⁴. Ao fim de tudo, afirma o autor, a legalidade conjuga-se com a legitimidade¹⁰⁴⁵.

PELLET assinala que a comunidade internacional tem o direito e o dever de reagir quando há um crime “contra a paz e a segurança da humanidade” consubstanciado em uma maciça violação de uma norma de direitos humanos com *status* de norma peremptória do Direito Internacional – notadamente um genocídio ou uma limpeza étnica, segundo o entendimento do art. 19 de um esboço de artigos da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre Responsabilidade Estatal¹⁰⁴⁶. Mas há um limite para esta reação, observa PELLET, e ele se encontra na proibição do uso da força nas relações internacionais instituída no artigo 2º (4) da Carta, outra norma peremptória de Direito Internacional. Com efeito, afirma que um crime por violação de uma norma peremptória de Direito Internacional não pode ser combatido com outro crime violador de outra norma peremptória de Direito Internacional¹⁰⁴⁷.

Mas, segundo o autor, o Conselho de Segurança, o principal responsável pela manutenção da paz e as segurança internacionais, em cuja competência se insere a determinação de atos de agressão – que também são crimes internacionais¹⁰⁴⁸ –, nunca endossaria as conseqüências da intervenção militar da OTAN na Resolução 1244 se a entendesse como um crime internacional, uma vez que não se pode reconhecer qualquer conseqüência legal por este originada. E se a intervenção da ONU fosse ilegal perante o Conselho, só poderia se caracterizar como um crime de agressão, do qual não se extrai

¹⁰⁴⁴“However, and on this point, I entirely agree with Ruth Wedgwood, Resolution 1244 (1999) dramatically changed the picture. Indeed, it does not formally declare that NATO’s intervention was lawful – and, in any case, this is not the Security Council’s duty – and both China and Russia maintained that they did not accept its legality. However, it clearly endorses the *consequences* of this intervention and it cannot be seriously maintained that the principal organ of the United Nations vested with the ‘primary responsibility for the maintenance of international peace and security’ (which includes the determination of the existence of an act of aggression – Article 39) would have given its blessing to such an act if only because one effect of a crime (and an act of aggression too is a crime) can legally produce no consequence nor can its consequences be recognized under any circumstances” (grifo do autor). PELLET, Alain. *Brief Remarks on the Unilateral Use of Force*, op.cit. p. 389.

¹⁰⁴⁵ Idem, *Ibidem*.

¹⁰⁴⁶ *International Law Commission, Report on the work of its 48th Session (1996), GA Official Records, Supplement n° 10, A/51/10, p. 131.*

¹⁰⁴⁷ PELLET, Alain. *Brief Remarks on the Unilateral Use of Force*, op.cit., p. 388.

¹⁰⁴⁸ Assim estabelecem, por exemplo, o art. 19 (3) do citado esboço da Comissão de Direito Internacional e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, em seu art. 5º. In: *Estatuto do Tribunal Penal Internacional*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 178.

nenhuma consequência juridicamente válida. E o Conselho acabou por endossar as consequências da intervenção militar¹⁰⁴⁹.

Isto poderia conduzir à interpretação da legalidade de uma resposta militar a um crime cometido por um Estado; todavia, PELLET não chega a endossar esta posição porque o caso do Kosovo constitui um precedente problemático e isolado. Por outro lado, entende que “a comunidade internacional pode ao menos tolerar uma reação armada contra uma violação maciça de direitos humanos”¹⁰⁵⁰. Por isto defende a melhora dos mecanismos institucionais de proteção dos direitos humanos, que não acompanharam a sua evolução conceitual, a fim de que os instrumentos internacionais criados consigam evitar a tentação interventiva das grandes potências¹⁰⁵¹ e de que haja um equilíbrio intermediário entre o que ele chama de “Princípio de Munique” (o legalismo moralmente indefensável) e o “Princípio de Zorro” (uma conduta – no caso, uma intervenção militar – ilegal, mas legítima).

O ideal, para PELLET, é, portanto, evitar ao máximo possível o conflito entre a legalidade e a legitimidade por meio da evolução dos mecanismos de controle do Direito Internacional¹⁰⁵². Mas, por outro lado, deixa claro em seus escritos que defenderia a legitimidade no choque com a legalidade em situações gravíssimas, como no caso do genocídio em Ruanda. Não fosse a Resolução 1244 do Conselho de Segurança, como ele próprio assume, provavelmente teria adotado até o fim a posição de Antonio CASSESE, e não somente de início.

PELLET possui, de fato, concepção cautelosa acerca da superioridade da legitimidade sobre a legalidade no Direito Internacional do uso da força, sempre tendo como objetivo o fechamento do fosso entre as duas. Pieere-Marie DUPUY segue linha semelhante.

Para DUPUY, a unidade formal do Direito Internacional Público é aquela cujo início ocorreu com a Paz de Westfália. Constitui uma sociedade de Estados

¹⁰⁴⁹ PELLET, Alain. *Brief Remarks on the Unilateral Use of Force*, op.cit., p. 389.

¹⁰⁵⁰ PELLET, Alain. *State Sovereignty and the protection of fundamental human rights: an International Law perspective. Paper published In: Pugwash Conferences on Science and World Affairs, 2000* (disponível em: <http://www.pugwash.org/reports/rc/pellet.htm>)

¹⁰⁵¹ PELLET, Alain. *Brief Remarks on the Unilateral Use of Force*, op.cit., pp. 391-392.

¹⁰⁵² Idem, p. 392.

descentralizada caracterizada pela ausência de hierarquia, com a predominância de relações laterais. Possibilitou, ademais, a existência de um conjunto de regras jurídicas formais no âmbito internacional. O direito desta sociedade descentralizada na qual se sobressaem as regras de coexistência, se apóia exclusivamente na legalidade, na validade formal das regras jurídicas, sem questionamentos acerca de sua legitimidade. De fato, a unidade formal vincula-se filosoficamente ao positivismo voluntarista e a o normativismo¹⁰⁵³.

Já a unidade material ou substancial não se funda somente na vontade estatal soberana, no *pacta sunt servanda*, mas em mandamentos de natureza ética, como a dignidade da pessoa humana, substancialmente desenvolvida em documentos internacionais a partir da Carta da ONU, notadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Pactos de 1966. Há a pretensão de unificação da ordem jurídica internacional a partir de alguns princípios nucleares de natureza axiológica. Os julgamentos não se restringem à legalidade formal, mas abrangem também a legitimidade. Na unidade substancial há um esforço de fortalecimento das estruturas de cooperação internacional, tanto entre os Estados, espaço no qual agem as organizações intergovernamentais, como na chamada “sociedade civil internacional”, na qual atuam as ONGs internacionais. Há, ademais, um escopo de gestão comum da ordem pública internacional com a busca de verticalização das relações entre os sujeitos de Direito Internacional Público e a construção de uma “comunidade internacional” fundada sobre uma moral comum.

A Carta da ONU instituiu, segundo DUPUY, meio que acidentalmente, um esboço desta unidade substancial, porquanto as suas normas retiram sua validade a partir da “conformidade substancial aos supostos valores conjuntamente afirmados pela ‘comunidade’”. Este modelo de Direito Internacional Público, embora inscrito em textos normativos, é muitas vezes desmentido no plano fático pelo voluntarismo das soberanias individuais consubstanciada em uma política de poder, assim como pelos conflitos alimentados pela diversidade cultural entre os Estados. Procura, ademais,

¹⁰⁵³ DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 399-400

traçar o dever-ser de uma comunidade internacional fundada sobre valores vinculantes, mas não os exaure com a elaboração de um rol taxativo¹⁰⁵⁴.

O conflito destas unidades nos termos da tensão entre legalidade e legitimidade caracteriza a dinâmica do Direito Internacional Público contemporâneo, e daí o estímulo para seu estudo. Mas para o autor, o par legalidade/legitimidade não é essencialmente conflitante; os termos podem ser complementares, uma vez que os sujeitos de Direito Internacional devem-se utilizar dos instrumentos técnico-normativos característicos da unidade formal para almejar o alcance da unidade substancial¹⁰⁵⁵.

A unidade formal consubstanciada na legalidade e a unidade material na legitimidade reproduzem, em certo sentido, no Direito Internacional Público, o conflito entre Creonte e Antígona¹⁰⁵⁶ – entre o que metaforicamente pode-se dizer que é o embate entre a “lei da cidade” relacionada ao paradigma vigente de regulação jurídica do uso da força armada e as “leis eternas” fundadas numa moral superior.

DUPUY invoca a distinção de BOBBIO entre legalidade e legitimidade já resgatada de BARTOLO: a legitimidade liga-se ao justo título do poder; a legalidade, ao justo exercício do poder. No que se refere ao tema da guerra, a legitimidade, o justo título, remete à justa, que não é estudada pelo Direito Internacional Positivo¹⁰⁵⁷. É uma questão estudada pela Ética. A teoria da guerra justa não faria mais parte do Direito Internacional.

Mas não é o que de fato ocorre. DUPUY cita as duas situações recentes que estabeleceram uma tensão entre legalidade e legitimidade no que se refere ao tema do uso da força armada: a “guerra humanitária” do Kosovo em 1999 e a guerra do Iraque em 2003.

O Conselho de Segurança, no ano de 1999, encontrava-se bloqueado para qualquer autorização do uso da força militar contra a Sérvia pelo virtual veto da Rússia, sua tradicional aliada.. Nenhuma medida por meio do aparato institucional das Nações

¹⁰⁵⁴ Idem, pp. 400-401.

¹⁰⁵⁵ DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit., p. 401-402.

¹⁰⁵⁶ Idem., p. 403.

¹⁰⁵⁷ Idem, p. 404.

Unidas se mostrava viável em face das notícias de “limpeza étnica” praticada pelos sérvios comandados pelo Chefe de Estado Slobodan Milosevic contra os albaneses kosovares. A região do Kosovo, de maioria muçulmana, já possuía uma história tradicional de conflitos étnicos. Neste caso, os sérvios almejavam expulsar ou aniquilar a maioria muçulmana e restabelecer a “Grande Sérvia”. A Conferência de Rambouillet fracassou, e o Conselho de Segurança manteve-se inerte. A união dos cinco membros permanentes ocorrida na Primeira Guerra do Iraque não mais se repetiria¹⁰⁵⁸.

Durante os acontecimentos, os massacres dos sérvios contra os albaneses kosovares aumentam de intensidade, e os ecos da inércia em Ruanda, com o genocídio catastrófico que se seguiu, surgiram na opinião pública mundial. A proteção aos direitos humanos, consagrada na Carta da ONU e em diversos outros documentos internacionais como princípio basilar do Direito Internacional Público, estava sob intensa violação.

Os aliados da OTAN, liderados pelos Estados Unidos, confrontaram-se com a legitimidade de uma ação militar para proteger direitos humanos declarados como universais em uma situação de intensa gravidade (justa causa) e com a legalidade, que determina o uso da força internacional somente em casos de legítima defesa ou por autorização do Conselho de Segurança nos termos dos mecanismos da Segurança Coletiva.

Guiaram-se, com efeito, pelo paradigma da teoria da guerra justa, defendendo valores proclamados como universais, mas sem a devida autorização instituída no art. 42 da Carta. A legitimidade da guerra teve preferência pela sua legalidade. Nos termos de DUPUY, a dimensão substancial da Carta, ligada aos direitos humanos, sobrepôs-se à sua dimensão orgânica relativa ao estabelecimento das competências, que autoriza o uso da força armada pelo Conselho de Segurança¹⁰⁵⁹.

DUPUY deixa entender que o uso da força armada de acordo com o que ele chama de dimensão material ou substancial do Direito Internacional Público, integrada pela defesa dos direitos humanos como princípio fundamental do Direito Internacional, pode se sobrepor, em casos de flagrante excepcionalidade, à dimensão formal do

¹⁰⁵⁸ Idem, p. 410.

¹⁰⁵⁹ DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit., pp. 410-411.

ordenamento jurídico internacional – a legalidade. É uma controvérsia no epicentro da Carta de difícil solução na realidade fática¹⁰⁶⁰.

Todavia, a realidade internacional sofreu grandes transformações no início do século XXI. A controvérsia entre a legitimidade e a legalidade, que se dava no interior da Carta da ONU, agora se dá fora dela.

Os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 colocaram de novo em pauta as questões sobre a agressão, a legítima defesa e seu âmbito de aplicação. Os Estados Unidos invocaram uma legítima defesa menos restritiva que a estatuída no art. 51 da Carta, devido à magnitude das novas ameaças. A Nova Estratégia de Segurança declarava a legitimidade de ataques preventivos contra Estados que ameçassem a segurança dos Estados Unidos: estabeleceu-se uma “guerra contra o terrorismo” e um *Eixo do Mal*, formado por alguns países que ameaçam a segurança internacional e apóiam logística, financeira e materialmente organizações terroristas, como a Coreia do Norte e o Irã. O terrorismo seria uma ameaça contra a paz e uma ruptura da paz, capaz de justificar ataques preventivos nestes casos¹⁰⁶¹. sobrepor

A dificuldade que se apresenta decorrente disto refere-se ao fato de que o mundo é composto por diversos sistemas sócio-culturais não raro conflitantes (embora não se deva falar de *choque de civilizações* nos termos de Samuel HUNTINGTON), e a justificação do uso da força armada em nome de valores proclamados universais não se faz por meio de instituições universais, como a ONU, mas por Estados nacionais representantes de cada uma das tradições. Então, quando a análise jurídica faz sobrepor o peso dos valores morais sobre o direito, pode acontecer de a chamada unidade material do Direito Internacional ser ameaçada pelo que DUPUY chama de “integrismes simplistes” que opõem, de maneira maniqueísta, uma cruzada contra o chamado *Eixo do Mal* e a luta contra o “Grande Satã”. E isto demonstra a deficiência fundamental relacionada à legitimidade, pois como é fundada em valores, torna-se subjetiva, possibilitando o surgimento de retóricas nefastas como as acima citadas¹⁰⁶².

¹⁰⁶⁰ Idem, p. 411.

¹⁰⁶¹ DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit., p. 411.

¹⁰⁶² Idem, pp. 411-412.

Estados Unidos e Grã-Bretanha consideraram a guerra contra o Iraque legítima – o que não os impediu de claramente violar o art. 2º (4) da Carta da ONU. Aqui a legitimidade não suplanta a legalidade – nem suscita controvérsia a respeito, pois a maioria dos membros da comunidade internacional – no sentido substancial – reprovava as agressões armadas fundadas em uma legitimidade unilateral.

Esta revitalização da legitimidade unilateral da guerra sem a intermediação de instituições jurídicas universais constituintes de uma “comunidade universal de direito” provoca um resultado devastador sobre a legalidade, instaurando uma insegurança jurídica entre os Estados e incrementando a anarquia nas relações internacionais, de modo que pode justificar, por meio de uma retórica conservadora da teoria da guerra justa, políticas belicistas.

A única forma de se instaurar, segundo DUPUY, uma *legitimidade objetiva* consiste no fortalecimento dos títulos de legalidade e legitimidade das Nações Unidas. A única legitimidade objetiva é aquela que “se funda na cooperação e na rejeição do unilateralismo”¹⁰⁶³.

Pierre-Marie DUPUY apóia a guerra do Kosovo pois naquela situação havia um choque de dois valores fundamentais para a sociedade internacional atual: a proibição do uso da força armada nas relações internacionais consagrada no art. 2º (4), assim como o princípio da não-intervenção (art. 2º (7)) e a proteção dos direitos humanos proclamados em diversos textos normativos vigentes. Era a guerra do Kosovo uma situação-limite que provocava uma discussão no próprio epicentro da Carta, e, portanto, ainda possuía uma justificativa plausível, uma “justa causa”. Mas quando se trata da guerra do Iraque, DUPUY simplesmente refuta o discurso de ações militares unilaterais justificadas com bases em valores universais. Uma espécie de subversão conservadora da própria teoria da guerra justa. E é aí que reside o perigo de se confiar na legitimidade em detrimento da legalidade, pois sua subjetividade pode legitimar o abuso da força armada unilateral. De fato, a guerra do Iraque desprezou a própria legalidade internacional, a sua dimensão formal. E por isto é um precedente perigoso de estímulo ao unilateralismo. Para DUPUY, a legalidade e a legitimidade devem-se aliar por meio

¹⁰⁶³ DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, op.cit., p. 412.

da cooperação universal e da recusa aos unilateralismos bélicos. Aí se preservam ações fundadas em valores consonantes com a legalidade. A ponte entre ambas deve ser diminuída.

3.4.3 Ceticismo

Dividiremos os doutrinadores céticos em dois segmentos distintos quanto ao alcance de suas rejeições, um legalista e o outro realista

O primeiro segmento, legalista, rejeita a revitalização da teoria da guerra justa no Direito Internacional Público pela inserção de seus critérios *ampliativos* em relação aos da interpretação majoritária da Carta das Nações Unidas. Constrói uma crítica jurídica de finalidade restritiva quanto à validade da teoria da guerra justa para o Direito Internacional Público Contemporâneo lidar adequadamente com os complexos problemas da vigente realidade internacional instável e insegura.

O segundo, realista, rejeita tanto a teoria da guerra justa como o próprio legalismo em detrimento das prerrogativas do poder. Censura, neste sentido, todo o atual edifício jurídico regulador do uso da força armada instituído na Carta da ONU e os seus supostos substitutos ou aliados, como a teoria da guerra justa. Dirige-se aos próprios fundamentos da teoria, considerando-a inviável nas relações internacionais em virtude da subjetividade do conceito de justiça. Na atualidade, seus alvos seriam tanto WALZER, cuja teoria da guerra justa é consagrada nos meios jurídicos e políticos internacionais, como os próprios legalistas.

A rejeição realista da teoria da guerra justa possui intenções exatamente opostas às dos legalistas quanto às limitações do uso da força armada na esfera internacional. Talvez o número de adeptos seja diretamente proporcional à importância que cada um deles confere à legalidade internacional. E isto talvez explique a grande predominância nesta análise do legalismo sobre o realismo, porque poucos juristas internacionais defendem a adoção de uma concepção teórica do Direito Internacional explicitamente submetida à política do poder, o que acabaria por desmerecer o seu próprio objeto de estudo.

3.4.3.1 Legalismo

Diversos autores demonstram ceticismo quanto à revitalização da teoria da guerra justa no Direito Internacional Público. Alguns deles são, de fato, autoridades das mais importantes em todo o mundo quando se trata do estudo sobre o uso da força no Direito Internacional. Compartilham, em geral, de uma posição mais restritiva do recurso à força militar do que aqueles autores favoráveis à recepção dos critérios da guerra justa na atualidade. Manifestam-se, ademais, sobre as questões mais controvertidas na época presente envolvendo a ampliação dos critérios de legitimação do uso da força, particularmente as intervenções humanitárias, a legítima defesa nas modalidades antecipatória e preventiva e a legítima defesa contra o terrorismo.

O fenômeno de revitalização da guerra justa é recorrente. Arthur NUSSBAUM, por exemplo, já em 1943, assinala que, após a intensa especulação sobre a guerra justa no Direito das Gentes clássico entre os séculos XVI e XVIII, e o seu desaparecimento quase que total dos escritos de relações internacionais no século XIX, tornou a reaparecer no período posterior à Primeira Guerra Mundial, revitalizada por juristas e não-juristas¹⁰⁶⁴.

Yoram DINSTEIN, sessenta anos depois, aponta que desde o advento da Carta das Nações Unidas, há recorrentes tentativas por parte de representantes de todas as correntes do espectro político de revitalizar a teoria da guerra justa. Especialmente na atualidade, o autor percebe a intenção de diversos teólogos, moralistas, filósofos políticos e juristas de viabilizar teoricamente a revitalização do tema da guerra justa¹⁰⁶⁵.

Na doutrina brasileira, Hermes Marcelo HUCK decreta, no início da década de noventa, a morte da teoria da guerra justa, considerando-a superada pelo tempo e pelo direito – talvez motivado pelo bom funcionamento (então inédito) do sistema de segurança coletiva previsto na Carta da ONU desde a primeira guerra do Iraque. Por outro lado, também constata a sua revitalização, mas a limita às declarações políticas de

¹⁰⁶⁴ NUSSBAUM, Arthur. *Just War – A legal concept?*, op.cit. p. 453.

¹⁰⁶⁵ DINSTEIN, Yoram. *Comments on War*. In: *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 27, 2003, p. 880

Chefes de Estado no sentido de justificar o uso da força armada em situações não permitidas pelas normas jurídicas internacionais¹⁰⁶⁶.

DINSTEIN assinala que os fundadores do Direito Internacional – e em particular VITÓRIA –, ao promoverem a reformulação e a filtragem das idéias tomistas sobre a guerra justa, inserindo-as no chamado Direito das Gentes Clássico, nada mais fizeram do que manejar as chamadas listas de *justas causas* constantes do *jus ad bellum* em favor das suas respectivas nações. O autor concorda com as posições de SCHMITT e TUCK sobre o papel central de VITÓRIA na justificação da *Conquista* espanhola. O frei dominicano defende a justiça da guerra contra os índios americanos por meio do mero pretexto de que estes violaram os direitos dos espanhóis de propagação do Cristianismo, de livre comércio e de comunicação¹⁰⁶⁷ – os então chamados *Títulos Legítimos pelos quais os índios acabaram ficando em poder dos espanhóis*¹⁰⁶⁸.

Para DINSTEIN, a teoria da guerra justa serviu como instrumento de grande utilidade na justificação de guerras travadas ao livre arbítrio estatal por meio de uma manipulação das *justas causas*. Embora não houvesse quaisquer sinais de sua obediência pelos líderes europeus na vigência do *jus publicum europaeum* até o século XVIII¹⁰⁶⁹, a teoria da guerra justa legitimou jurídica e ideologicamente a *razão de Estado* na manutenção da *balança de poder* entre os Estados europeus. Mas no século XIX, a doutrina jusinternacionalista nem se preocupou mais em escamotear este papel com uma teoria da guerra justa, que foi solenemente abolida. Todas as guerras passaram a ser livres, por qualquer razão alegada, razoável ou não¹⁰⁷⁰.

Já antes do advento das Nações Unidas, NUSSBAUM qualifica como inadequadas as tentativas de revitalização da teoria da guerra justa para o Direito Internacional cujas origens remetam a uma filosofia moral ou religiosa destinada ao comportamento individual. Elas simplesmente não se aplicam por transferência ao âmbito das relações internacionais porque inadequadas a fundar o direito de uma

¹⁰⁶⁶ HUCK, Hermes Marcelo. *Da Guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em Direito Internacional*, op.cit. p. 285.

¹⁰⁶⁷ DINSTEIN, Yoram. *Comments on War*, op.cit. p.877.

¹⁰⁶⁸ VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito de guerra*, op.cit. pp. 93-109.

¹⁰⁶⁹ DINSTEIN, Yoram. *Comments on War*, op.cit. p.877.

¹⁰⁷⁰ DINSTEIN, Yoram. *Comments on War*, op.cit. p.878.

comunidade internacional¹⁰⁷¹. Talvez, cremos, já que o autor não se prolonga na argumentação, em virtude da impossibilidade de se aplicar universal e imparcialmente por meio do Direito um conceito determinado do justo com base nestas concepções morais e religiosas.

Por outro lado, o autor observa que a teoria da guerra justa somente se mostra ineficaz segundo o ponto de vista jurídico, já que a Ética, a Religião e a Política freqüentemente se valem dela, de modo eficaz, para condenar guerras específicas nas quais deveres ético-religiosos sofrem violação¹⁰⁷².

Mas a rejeição de NUSSBAUM da inserção da teoria da guerra justa no Direito Internacional não significa a sua aprovação de uma política beligerante alicerçada em um direito indiscriminado de guerrear. O Direito Internacional não aprova políticas beligerantes já na época em que o autor escreve, pois vigentes os Pactos da Liga das Nações e Briand-Kellogg. E ele reafirma esta posição ao considerar a inadequação da concepção kelseniana de guerra como sanção a uma violação de direito internacional por sua evidente desproporcionalidade. A guerra é brutal, e nem do ponto de vista moral seria justificável como imposição forçada do Direito Internacional em virtude de uma violação de uma regra¹⁰⁷³.

NUSSBAUM assinala, além disso, que a única possível relevância da teoria da guerra justa para o Direito Internacional ocorre quando algum tratado, como o Pacto da Liga das Nações se vale de sua linguagem¹⁰⁷⁴. Mas isto não representa de qualquer forma adoção deste a uma teoria moral da guerra justa¹⁰⁷⁵. Embora o autor não justifique esta posição, supomos que ele considere o vocábulo “justiça” constante do artigo 15 do Pacto da Liga como uma mera figura de retórica ou de reforço. Neste sentido, ele critica a posição kelseniana relativa à adoção da teoria da guerra justa pelo Pacto da Liga das Nações e pelo Pacto Briand-Kellogg¹⁰⁷⁶. Este diploma, particularmente, não poderia ser mais divergente da noção de guerra justa, já que

¹⁰⁷¹ NUSSBAUM, Arthur. *Just War – A legal concept?*, op.cit. p. 475.

¹⁰⁷² Idem, pp. 476-477.

¹⁰⁷³ NUSSBAUM, Arthur. *Just War – A legal concept?*, op.cit. p. 477.

¹⁰⁷⁴ Faz referência ao artigo 15 do Pacto da Liga das Nações quando este se refere ao direito de seus Membros agirem como lhes convenha na manutenção do “direito” e da “justiça” em face da incapacidade de o Conselho da Liga fazer aceitar seu parecer a todos os membros que não sejam partes do litígio. *Pacto da Liga das Nações*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 75.

¹⁰⁷⁵ NUSSBAUM, Arthur. *Just War – A legal concept?*, op.cit. p. 478.

¹⁰⁷⁶ KELSEN, Hans. *Derecho y paz em las relaciones internacionales*, op.cit. p. 61.

promove a proibição geral da guerra como meio de resolução das disputas internacionais¹⁰⁷⁷.

NUSSBAUM observa que a teoria da guerra justa impõe obstáculos difíceis de transpor por meio da técnica jurídica em virtude da quantidade de dúvidas que provoca, como a possibilidade de guerra justa para ambas as partes. Ademais, a ética/religião que lhe subjaz é inadequada a reger a comunidade internacional como um todo porque excessivamente dogmática e desprovida de universalidade. A sua importância deveria se resumir ao aspecto histórico do desenvolvimento do Direito Internacional¹⁰⁷⁸.

DINSTEIN censura também a teoria kelseniana, a mais influente tentativa de resgate para a teoria do Direito Internacional do princípio do *bellum justum*. Três são as principais censuras.

A primeira crítica converge no mesmo sentido daquela de BOBBIO quanto ao aspecto ligado ao papel da guerra como sanção na teoria da guerra justa. As guerras podem constituir sanções ineficazes por sua contingência, uma vez que não é assegurada a vitória para quem possui o direito, mas para quem detém o maior poderio militar¹⁰⁷⁹. A segunda diz respeito à falta de um órgão juridicamente imparcial dotado da competência de determinar se uma guerra em particular constitui efetivamente uma sanção a um delito, pois a outra parte pode alegar a ilicitude da suposta guerra-sanção. A terceira, já apontada por NUSSBAUM, remete à desproporcionalidade entre delito e sanção¹⁰⁸⁰. DINSTEIN lembra um exemplo patente desta desproporção: a possibilidade de que a violação de uma norma internacional como o não-pagamento de um empréstimo provoque uma guerra como reação. Em razão de seu trágico poder destrutivo, a guerra somente deve ser levada adiante em casos extremos. Não deve ser contemplada como simples sanção a um ilícito internacional¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁷ NUSSBAUM, Arthur. *Just War – A legal concept?*, op.cit. p. 478.

¹⁰⁷⁸ Idem, *Ibidem*.

¹⁰⁷⁹ “Observando bem, também em relação ao processo de execução, o confronto entre guerra e processo judicial é falaz. Por ‘sanção’ entende-se determinado mal infligido a alguém que violou uma regra jurídica. A derrota é certamente um mal: mas que garantia oferece um conflito armado de que o mal ou pelo menos o mal maior seja infligido a quem está errado? A guerra é um processo judicial em que o mal maior é infligido não a quem tem mais direito, mas a quem tem mais força”. BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*, op.cit. p. 78.

¹⁰⁸⁰ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 94.

¹⁰⁸¹ Idem, *Ibidem*.

Não podemos nos omitir, todavia, quanto à leitura incompleta e equivocada que DINSTEIN faz da teoria da guerra justa de KELSEN. Apesar de reconhecer que este “adaptou sua teoria à evolução do direito internacional”¹⁰⁸², o autor não parece atentar-se às alterações promovidas pelo jurista austríaco em razão do advento da Carta das Nações Unidas. A primeira versão dela surge em 1942 (*Law and Peace in International Relations*¹⁰⁸³). Sua última reformulação aparece em 1953, no curso sobre *Teoria do Direito Internacional Público* na Academia da Haia¹⁰⁸⁴.

A primeira crítica é, de fato, amplamente aceita porque o vitorioso da guerra sempre é o militarmente o mais forte. Mas ela se aplica principalmente à luta entre dois Estados adversários no campo de aplicação da tradicional teoria da guerra justa. A censura de DINSTEIN parece se dirigir à primeira versão da teoria de KELSEN, embora este já ressaltasse a importância do artigo 15 (7) do Pacto da Liga das Nações como uma positivação do princípio do *bellum justum*, em que a guerra atua como sanção¹⁰⁸⁵ – o que já lhe conferiria muito maior eficácia.

No curso da Academia da Haia, KELSEN atribui às medidas constantes dos artigos 39, 41 e 42 da Carta da ONU, cuja competência pertence exclusivamente ao Conselho de Segurança, a função de sanções a ilícitos praticados, como a violação da norma de interdição do uso da força nas relações internacionais¹⁰⁸⁶. Ele claramente confere o monopólio de uso da força armada no regime da Carta das Nações Unidas ao Conselho de Segurança – e destaca, ainda por cima, os méritos desta criação de “um monopólio centralizado da força em favor da comunidade de Estados”¹⁰⁸⁷. A única exceção decorre da legítima defesa, a que atribui igualmente o caráter de sanção a um ilícito anteriormente praticado¹⁰⁸⁸.

Se a crítica realmente procedesse em face destas adaptações, então qualquer guerra travada em legítima defesa (art. 51) ou por meio do Conselho de Segurança (art.42) seria potencialmente ineficaz em virtude de sua contingência. Como se

¹⁰⁸² Idem, Ibidem.

¹⁰⁸³ KELSEN, Hans. *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, op.cit. pp. 54-68.

¹⁰⁸⁴ KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours, tome 84 – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 28-55.

¹⁰⁸⁵ KELSEN, Hans. *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, op.cit. p. 62.

¹⁰⁸⁶ KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours, tome 84 – Académie de Droit International*, op.cit. p. 53.

¹⁰⁸⁷ Idem, p. 51.

¹⁰⁸⁸ Idem, pp. 51, 55.

pressupõe que as maiores potências militares do mundo são os Membros Permanentes do Conselho, as guerras por eles autorizadas não sofreriam da ineficácia criticada por DINSTEIN. Seriam sanções eficazes às condutas de “ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão”, estabelecidas no artigo 39 da Carta. Quanto à questão da precariedade da sanção referente à guerra de legítima defesa, o Conselho poderia, em uma situação determinada, decidir que a conduta do Estado agressor viola a paz internacional. Autorizaria, em consequência, o uso da força armada como sanção à sua conduta, porque o próprio artigo 51 prevê a competência do Conselho para a tomada de quaisquer medidas adicionais com o fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Vê-se, com efeito, que a reformulação teórica de KELSEN da guerra como sanção, em consonância com o novo modelo de uso da força armada instituído pela Carta das Nações Unidas, dota-a de grande eficácia, afastando-se, portanto, a censura de DINSTEIN.

Tem procedência a crítica feita por DINSTEIN – e compartilhada por BOBBIO especialmente na análise da *tradicional* teoria da guerra justa – relativa à inexistência da imparcialidade de um órgão jurídico similar ao Poder Judiciário dos Estados nacionais no sentido de determinar quem cometeu o ilícito. Por outro lado, é uma censura de certo modo inútil e contraditória porque acaba por se voltar contra a própria configuração do sistema de segurança coletiva da Carta da ONU, ultrapassando o universo da teoria da guerra justa de KELSEN. Não se aplicaria somente à idéia de guerra como sanção, mas à própria natureza política do Conselho de Segurança, a quem compete determinar a existência de uma ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão. Tanto KELSEN como DINSTEIN reconhecem a primazia do Conselho como órgão político no tema da paz internacional e a importância do sistema de segurança coletiva criado na Carta. Como ambos valorizam o papel de um órgão político em determinar quem comete o ilícito (a ameaça à paz, a ruptura da paz e atos de agressão), a crítica à teoria da guerra justa reformulada por KELSEN a partir do modelo da ONU se torna contraditória.

A terceira crítica de DINSTEIN, já feita por NUSSBAUM logo após o lançamento do livro de KELSEN sobre a teoria da guerra justa, também não procede. KELSEN não autorizaria uma guerra em face de uma violação inofensiva de uma norma de Direito Internacional Público como o não-pagamento de um empréstimo – a infame *política do canhão* do início do século XX.

KELSEN trata das duas sanções típicas relativas à sua teoria da guerra justa, a guerra e a represália. A primeira se caracteriza pela intervenção ilimitada na esfera interesses de outro Estado, a segunda por constituir uma intervenção limitada. O autor reconhece expressamente que segundo o direito internacional costumeiro as represálias devem ser proporcionais aos ilícitos praticados¹⁰⁸⁹. Ademais, ele afirma, mesmo na primeira versão de sua teoria, que não necessariamente uma represália deva ser acompanhada do uso da força militar. A força somente poderia ser utilizada em caso de resistência¹⁰⁹⁰. E semelhante proporcionalidade também se evidencia no caso da guerra. A contraguerra – seja por meio da legítima defesa, seja pela autorização do Conselho de Segurança – constitui uma reação a uma guerra ilícita, que viola o artigo 2º (4) da Carta.

As represálias não-armadas em caso de constatação pelo Conselho de Segurança de algum dos fatos descritos no art. 39 são de responsabilidade do próprio Conselho. Ademais, para KELSEN, as represálias armadas a um delito de direito internacional não são, a partir da Carta, lícitas, pois violam a norma de interdição do uso da força cujo monopólio – exceto no caso de legítima defesa – é do Conselho de Segurança da Organização¹⁰⁹¹. Como se vê, KELSEN não descuida da proporcionalidade entre delito e sanção. E, mais destacadamente, muda de opinião sobre a licitude das represálias armadas após o advento da Carta da ONU, reputando-as todas ilegais. Todo uso da força é ilegal senão utilizado por meio da legítima defesa como resposta a um ataque armado.

No período da descolonização afro-asiática, durante a Guerra Fria, a defesa da guerra justa também surgiu na forma das “guerras de libertação nacional”. A questão principal não se referia à legitimidade em si da guerra dos dissidentes contra os colonialistas dominadores, cuja dimensão não era internacional, mas sim à intervenção de terceiros Estados na guerra, ajudando militarmente os “movimentos de libertação nacional”. Baseando-se na “nova teoria da guerra justa”, seria lícita a intervenção militar em desfavor do governo central e em benefício daqueles. Eram guerras justificadas fundamentalmente por países do Terceiro Mundo e pela antiga União

¹⁰⁸⁹ KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours, tome 84 – Académie de Droit International*, op.cit. p. 33.

¹⁰⁹⁰ KELSEN, Hans. *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, op.cit. p. 56.

¹⁰⁹¹ KELSEN, Hans. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours, tome 84 – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 33, 37-38, 51-55; KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations*, op.cit. p. 269.

Soviética como justas com base no princípio da autodeterminação dos povos, constante do art. 1º (2) da Carta das Nações Unidas¹⁰⁹².

Os povos oprimidos, sob o jugo da dominação externa, teriam uma justa causa para a guerra, e os terceiros Estados que a ela aderissem estariam autorizados a intervir militarmente. Todavia, a Carta das Nações Unidas não excetua a intervenção militar externa em uma “guerra de libertação nacional” como uso lícito da força armada no Direito Internacional Contemporâneo. A Carta não dispõe sobre exceções lícitas além da legítima defesa individual ou coletiva e do uso da força armada por meio do sistema de segurança coletiva da Carta, condicionado à autorização do Conselho de Segurança¹⁰⁹³.

A partir da década de sessenta, com a aceleração do processo de descolonização, a Assembléia Geral das Nações Unidas passou a ter a grande maioria de países do Terceiro Mundo. E isto se refletiu na redação de Resoluções da Assembléia concernentes ao tema da autodeterminação em face da dominação colonial. Em 1970, a *Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Referentes às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas* (Resolução nº 2625 da Assembléia Geral), a mais abrangente Resolução sobre as questões de paz e segurança internacionais¹⁰⁹⁴, traz em sua redação a influência política dos países de Terceiro Mundo e dos países socialistas quanto ao tema das “guerras de libertação nacional”:

Todo Estado tem o dever de abster-se de recorrer a qualquer medida de coerção que privaria os povos mencionados acima na formulação do presente princípio de seu direito a dispor de si mesmo, de sua liberdade e de sua independência. Quando eles reagem e resistem a tal medida de coerção no exercício de seu direito de dispor de si mesmo, estes povos estão no direito de buscar e de receber um apoio em conformidade com os princípios e objetivos da Carta¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹² “art. 1.2 Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direito de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal”. *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 80; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 95, 97.

¹⁰⁹³ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 96.

¹⁰⁹⁴ ROBERTS, Adam. *Order/Justice issues at the United Nations*. In: *Order and Justice in International Relations* – Edited by Rosemary Foot, John Lewis Gaddis, Andrew Hurrell. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 59.

¹⁰⁹⁵ *Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Referentes às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas* (Resolução nº 2625 da Assembléia Geral). In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 166.

A Resolução nº 3314 da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre a *Definição de Agressão* também levantou muita polêmica em seu artigo 7º relativamente a este assunto:

Nada na presente definição, e particularmente o artigo 3º, não poderá em hipótese alguma trazer prejuízo ao direito à autodeterminação, à liberdade e à independência, tal como decorre da Carta, dos povos privados pela força deste direito e aos quais refere-se a Declaração relativa aos princípios do Direito Internacional referente às relações amistosas e à cooperação entre os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas, notadamente os povos que são submissos a regimes coloniais ou racistas ou a outras formas de dominação estrangeira, bem como ao direito destes povos de lutar, de buscar e receber apoio, em conformidade com os princípios da Carta e à Declaração mencionada¹⁰⁹⁶.

Estes dispositivos defendem, na apreciação de DINSTEIN, visões absolutamente inconciliáveis¹⁰⁹⁷. Aprovam as guerras de libertação nacional tanto do ponto de vista dos dissidentes como da perspectiva dos Estados interventores no conflito armado, mas submetem tudo isto à conformidade com os princípios da Carta das Nações Unidas. Ao mesmo tempo em que defendem a idéia de uma “guerra justa de libertação nacional” além das exceções ao uso lícito da força armada previstas na Carta, impõem esquizofrenicamente a obediência aos princípios desta. Não há de se questionar hierarquicamente acerca de qual disposição prevalece. Uma Resolução da Assembléia Geral não pode contrariar os princípios estabelecidos pela Carta sob pena de ser reputada “ultra vires”¹⁰⁹⁸.

BOBBIO assinala, de modo convergente com DINSTEIN, que as “guerras de libertação nacional” são justificadas por meio de reivindicações de justiça fundadas em um direito ideal apresentado sob a forma de um direito natural – no caso, o “direito natural de autodeterminação dos povos”¹⁰⁹⁹. Este “direito natural” legitima a *causa justa* da intervenção militar praticada por outros Estados em um conflito armado interno.

¹⁰⁹⁶ Resolução n. 3314 da Assembléia Geral das Nações Unidas. In: *Legislação Internacional*, op.cit. 161.

¹⁰⁹⁷ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 182.

¹⁰⁹⁸ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 182.

¹⁰⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*, op.cit. p.125; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 97.

DINSTEIN aponta, neste sentido, o anacronismo trazido por esta motivação política baseada nos critérios elásticos da teoria da guerra justa. As *causas justas* se acomodam, de fato, às conveniências políticas e ideológicas de quem as reivindica¹¹⁰⁰. Neste caso, as pretensões políticas dos países socialistas e dos países do Terceiro Mundo, que formavam a grande maioria da Assembléia Geral da ONU. Por isto, Resoluções da Assembléia Geral traziam disposições tão contraditórias como as do artigo 7º da Resolução nº 3314, para atender os anseios de uma maioria desejosa de inserir uma nova exceção sobre o uso da força armada lícita perante o Direito Internacional¹¹⁰¹.

DINSTEIN rejeita expressamente a revitalização da teoria da guerra justa porque aqueles que o fazem possuem uma motivação clara: legitimar uma guerra proibida pela Carta das Nações Unidas, não prevista nas exceções lícitas acerca do uso da força armada. Apoiá-la é perigoso tanto por isto como por outro motivo: o obscurecimento da distinção entre o *jus ad bellum* e o *jus in bello*¹¹⁰².

DINSTEIN aponta e critica uma espécie de “tendência natural” dos apoiadores da teoria da guerra justa em diferenciar as condutas praticadas durante as hostilidades entre o adversário cuja causa é justa e seu oponente. Para o autor, isto não é mais possível no Direito Internacional pela independência do *jus ad bellum* e do *jus in bello*. Ou seja, a violação do *jus ad bellum* por um dos adversários não implica a justiça na violação de seus direitos na guerra (*jus in bello*). A ambos os adversários o Direito Internacional confere iguais direitos durante as hostilidades, como o faz o Preâmbulo do Protocolo Adicional I de 1977 às Convenções de Genebra de 1949¹¹⁰³.

¹¹⁰⁰ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 182

¹¹⁰¹ O ceticismo de DINSTEIN não concede nenhum milímetro em relação à importância política e axiológica do papel da ONU (mais especificamente da Assembléia Geral) no que Adam ROBERTS classifica como o “mais importante processo singular nas relações internacionais desde a Segunda Guerra Mundial: a cisão dos Impérios em Estados”. ROBERTS, Adam. *Order/Justice issues at the United Nations*. In: *Order and Justice in International Relations*, op.cit. p. 57. Celso LAFER assinala, com efeito, a importância para a ordem internacional dos princípios da *Resolução 2625* da Assembléia Geral: “Conforme se ve verificada, *la filia* de la Resolución 2625 representa, em su acepción más profunda, la contención del predominio indiscriminado del subjetivismo de la relación amigo-enemigo, entendida como um antagonismo supremo. Por esta razón, la formalización de estos principios puede ser vista como El conjunto de condiciones mínimas de posibilidad del auditorio universal de um sistema internacional globalizante”. LAFER, Celso. *Derecho y Legitimidad en el sistema internacional: soberanía nacional y comunidad mundial*. In: *Foro Internacional*, vol. XXIX, núm 4, 1989, p. 581.

¹¹⁰² DINSTEIN, Yoram. *Comments on war*, op.cit. p. 880.

¹¹⁰³ “Reaffirming further that the provisions of the Geneva Conventions of 12 August 1949 and of this Protocol must be fully applied in all circumstances to all persons who are protected by those

Todavia, parece que neste ponto DINSTEIN faz uma leitura simplista e incompleta da tradição da teoria da guerra justa já vista no primeiro capítulo. Suas críticas parecem adequar-se mais à antiga tradição teológica da teoria da guerra justa, à subversão da teoria da *guerra santa* e às apropriações políticas contemporâneas da teoria da guerra justa, como a *Doutrina Bush*, do que à própria tradição que fundou o Direito Internacional e revitalizou a idéia de guerra justa na Filosofia Política, como Michael WALZER.

Já em VITÓRIA e GROTIUS, por exemplo, a tradição formula uma concepção não-discriminatória de guerra. Os adversários não são mais concebidos como criminosos no sentido teológico¹¹⁰⁴, aos quais não se conferem *direitos na guerra* porque culpados pela violação do *jus ad bellum*. A idéia da *guerra santa* e a sua versão secular como política externa na *Doutrina Bush*, com seus corolários jurídicos inomináveis como a Prisão de Guantánamo – cujos presos se encontram em um buraco-negro jurídico, sem direito a um julgamento justo, submetidos a torturas em nome da moral superior e revolucionária dos radicais da *Era Bush*.¹¹⁰⁵ –, promovem esta diferenciação de status jurídico entre os combatentes e não o núcleo fundador do Direito Internacional Público – excetuados, em particular, alguns arroubos furiosos de GENTILI contra os índios *bárbaros* na América espanhola, contraditórios com sua própria concepção mais ampla de não-discriminação dos combatentes.

Para DINSTEIN, a manipulação político-ideológica das *justas causas* que serviu aos movimentos de libertação nacional e aos países socialistas e do Terceiro Mundo contra as Potências Colonialistas na época da Guerra Fria agora serve, no período pós-Guerra Fria, às intervenções humanitárias praticadas unilateralmente pelos poderosos países desenvolvidos em face de grandes violações aos direitos humanos¹¹⁰⁶.

instruments, without any adverse distinction based on the nature or origin of the armed conflict or on the causes espoused by or attributed to the Parties to the conflict”. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977. In: www.icrc.org

¹¹⁰⁴ SOLON, Ari Marcelo. *Bellum Justum – Melchemet Mitswa*, op.cit. p. 5.

¹¹⁰⁵ STEYIN, Johan. *Guantanamo Bay: the Legal Black Hole*. In: *International and Comparative Law Quarterly*, volume 53, number 1, 2004, pp. 1-15; GUILLAUME, Gilbert. *Terrorism and International Law*. In: *International and Comparative Law Quarterly*, volume 53, number 3, 2004, pp. 546-548.

¹¹⁰⁶ DINSTEIN, Yoram. *Comments on War*, op.cit. p. 881.

Acontece então mais esta mudança de rumo quanto à revitalização da teoria da guerra justa: a defesa das intervenções humanitárias unilaterais como novas guerras justas, a despeito de sua ilegalidade perante a Carta das Nações Unidas. Sobre este polêmico tema se manifestam também outros juristas internacionais tão céticos como DINSTEIN quanto à possibilidade de inserção desta *justa causa* entre as normas jurídicas sobre o uso da força armada da atualidade e quanto à formulação de critérios adicionais de legitimidade para a sua prática. A argumentação jurídica deles tem, em geral, a intervenção humanitária no Kosovo como cenário ideal, em virtude das controvérsias geradas pelo caso na doutrina.

Todos eles compartilham de uma interpretação restritiva e rígida da Carta quanto ao uso da força tanto para as intervenções humanitárias – cujo exame será realizado em seguida – como para a legítima defesa antecipatória, a legítima defesa preventiva e a legítima defesa contra o terrorismo – cujas análises ocorrerão em momento posterior. São, em suma, céticos quanto à emergência destas novas “guerras justas” – embora haja divergências quanto aos pressupostos filosófico-jurídicos, notadamente no caso daquilo que classificamos como *ceticismo legalista-jusnaturalista* de Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

DINSTEIN observa que no final do século XX, em especial após o fim da Guerra Fria, a retórica da justiça muda de foco: dos oprimidos pelo colonialismo europeu para aqueles açoitados por seus próprios governantes. Isto redireciona a renovação da teoria da guerra justa. O jurista legitima a posição de vários outros autores de que os Estados interventores, ao se basearem nos critérios da guerra justa de origem romano-medieval, postam-se como “cavaleiros da humanidade”. Os problemas fundamentais deste tipo de atitude são a subjetividade das concepções de justiça e a perene possibilidade da prática de variados abusos em seu nome¹¹⁰⁷.

Para os céticos – entre eles Ian BROWNLIE, Hans KELSEN¹¹⁰⁸, Yoram DINSTEIN, CANÇADO TRINDADE, Michael BYERS, Louis HENKIN, V.S. MANI, Christine GRAY e Simon CHESTERMAN –, não existe nenhum dispositivo na Carta que permita uma intervenção militar sem autorização do Conselho de Segurança, ainda

¹¹⁰⁷ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 182; DINSTEIN, Yoram. *The Interaction of International Law and Justice*. In: *Israel Yearbook of Human Rights*, 16, 1986, pp. 9-17.

¹¹⁰⁸ Um adepto do *bellum justum* cuja interpretação da Carta da ONU é repleta do mais alto grau de ceticismo como aqui se estabelece.

que convergente com os propósitos das Nações Unidas, como a proteção dos direitos humanos, estabelecida como um dos propósitos da Organização em seu artigo 1º (3)¹¹⁰⁹. A justificativa de que a intervenção militar também não afetaria a “integridade territorial ou a independência política” do Estado-alvo também é repudiada. Ambos os complementos do artigo 2º (4) reforçam o sentido da proibição do uso da força ao invés de restringi-lo¹¹¹⁰.

Os céticos anotam que o princípio de proibição ampla do uso da força instituído no artigo 2º (4) foi reconhecido pela Corte Internacional de Justiça como parte integrante do direito costumeiro internacional. Assinalam, ademais, que não há evidências razoáveis de que este costume tenha sido abolido ou restringido no seu conteúdo no intervalo entre 1986 e os dias atuais por um direito de intervenção militar humanitária unilateral. Destacam, ademais, a existência de um amplo consenso de que esta norma é de *jus cogens*, uma norma peremptória de Direito Internacional – de possível mas improvável modificação por uma posterior norma de *jus cogens* –, constituinte da própria noção de ordem pública mundial¹¹¹¹.

Christine GRAY rechaça a argumentação de que pelo simples fato de as normas de proteção dos direitos humanos serem reconhecidas por muitos na atualidade como normas de *jus cogens*, isto acarretaria uma mudança de interpretação da norma acerca da proibição do uso da força instituída no art. 2º (4). Para isto ocorrer, ressalta a autora,

¹¹⁰⁹ BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*, op.cit. pp. 338-341; BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 255, op.cit. pp. 206-208; KELSEN, Hans. *The Law of The United Nations – A critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 267; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 98-99; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 838; GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 46; BYERS, Michael. *Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. p. 128; HENKIN, Louis. *How Nations Behave – Law and Foreign Policy*, op.cit. pp. 139-141; MANI, Venkateswara.Subramanian. “Humanitarian” *Intervention Today*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 313, op.cit. pp. 161-163.

¹¹¹⁰“The conclusion warranted by the travaux preparatoires is that the phrase under discussion was not intended to be restrictive but, on the contrary, to give more specific guarantees to small states”. BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*, op.cit. p. 267. DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 128.

¹¹¹¹ DINSTEIN, Yoram. *Comments on war*, op.cit. p. 878; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*, op.cit. p. 830; GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 29; BYERS, Michael. *Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. p. 126; BYERS, Michael, CHESTERMAN, Simon. *Changing the rules about rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the future of International Law*. In: *Humanitarian Intervention – Ethical, Legal and Political Dilemmas – Edited by J. L. Holzgrefe and Robert O. Keohane*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 183; MANI, Venkateswara.Subramanian. “Humanitarian” *Intervention Today*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 313, op.cit. pp. 234-236.

não basta o reconhecimento universal de que os direitos humanos possuem este status normativo, mas também o consenso universal de que os Estados possuem o direito de usar a força unilateralmente para protegê-los¹¹¹². Os autores que sustentam este tipo de argumentação devem provar o surgimento do novo direito de intervenção humanitária unilateral e o modo como este direito alterou a norma de proibição ampla do uso da força armada.¹¹¹³

A Carta das Nações Unidas possui, segundo vários dos autores da vertente cética, dispositivos de inegável projeção normativa “constitucional” ou “quase-constitucional”, como o artigo 103. Ele estabelece que em caso de conflito entre obrigações dos Estados membros perante a Carta e obrigações perante qualquer outro acordo internacional, anterior ou posterior, prevalecem as obrigações dadas pela Carta¹¹¹⁴. DINSTEIN complementa, neste sentido, que a principal característica de uma constituição em um ordenamento jurídico é a supremacia sobre as outras espécies normativas. A autoridade da Carta protege “a comunidade internacional contra as forças do caos e do barbarismo”¹¹¹⁵. A sua erosão coloca em perigo a estabilidade internacional¹¹¹⁶. Por isto que o autor, um auto-aclamado intérprete estrito do conteúdo da Carta, rechaça a adição de qualquer uso lícito da força militar nela não previsto por meio de uma reivindicação de justiça¹¹¹⁷.

Para os céticos, em particular DINSTEIN e CANÇADO TRINDADE, a filosofia da Carta é tida como revolucionária em relação ao Direito Internacional Público anterior especialmente no aspecto da ampla proibição do uso da força nas relações internacionais. Consideram absolutamente errônea a interpretação de que a Carta adotou princípios da teoria da guerra justa. Ela extinguiu as normas pré-existentes que conferiam o direito de guerrear entre os Estados e instituiu um conjunto normativo baseado no *jus contra bellum* – ou seja, a única forma lícita de uso da força não-

¹¹¹² GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 46.

¹¹¹³ Idem, Ibidem.

¹¹¹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 846; BYERS, Michael, CHESTERMAN, Simon. *Changing the rules about rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the future of International Law*, op.cit. p. 180 Carta das Nações Unidas. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 100; DINSTEIN, Yoram. *Comments on war*, op.cit. p. 879

¹¹¹⁵ DINSTEIN, Yoram. *Comments on war*, op.cit. p. 879.

¹¹¹⁶ Idem, Ibidem.

¹¹¹⁷ Idem, Ibidem.

defensiva deve ser autorizada pelo Conselho de Segurança da Organização¹¹¹⁸. Michael BYERS e Simon CHESTERMAN indicam, neste sentido, a direta oposição entre o art.2º (4) da Carta e o *jus ad bellum* unilateral concernente à tradicional teoria da guerra justa:

The ordinary meaning of article 2(4) is clear: the use of force across borders is simply not permitted. This meaning is supported by the UN Charter's context, object, and purpose – a global effort to prohibit unilateral determinations of the just war by vesting sole authority for non-defensive use of force in the Security Council¹¹¹⁹.

Louis HENKIN destaca perigosa possibilidade de as intervenções humanitárias se converterem em pretextos para guerras de agressão. Como violações de direitos humanos existem em quase todos os Estados do mundo – e em muitos deles, são significativas – a licitude do uso da força militar externa como resposta esvaziaria completamente a norma proibitiva do uso da força disposta no art. 2º (4) da Carta. Para o jurista, problemas relacionados aos direitos humanos ou a qualquer outra sorte de injustiça não podem ser solucionados por meio do aniquilamento do mais relevante avanço já alcançado pelo Direito Internacional Público, o de proibir amplamente o uso da força armada nas relações internacionais. A resolução destes problemas deve acontecer por meios pacíficos¹¹²⁰.

E é exatamente nesta linha que CANÇADO TRINDADE opõe a intervenção humanitária à assistência humanitária.

A intervenção militar humanitária unilateral causa somente efeitos nefastos e com suas grandes limitações, é incapaz de solucionar de modo adequado tragédias humanitárias como *limpezas étnicas*, genocídios ou violações sistemáticas e graves de direitos humanos¹¹²¹.

¹¹¹⁸ DINSTEIN, Yoram. *Comments on war*, op.cit. pp. 879-880. CANÇADO TRINDADE afirma a respeito: “In the last decades, one has witnessed a true conversion of the traditional and surpassed jus ad bellum into the jus contra bellum of our days; this is one of the most significant transformations of the contemporary international legal order”. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 316. Leiden/Boston; Martinus Nijhoff, 2006, p. 142

¹¹¹⁹ BYERS, Michael, CHESTERMAN, Simon. *Changing the rules about rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the future of International Law*, op.cit. p. 181.

¹¹²⁰ HENKIN, Louis. *How Nations Behave - Law and Foreign Policy*, op.cit. p. 145.

¹¹²¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*, op.cit. p. 772.

A assistência humanitária, baseada em um costume recente formado da prática do Conselho de Segurança e da Assembléia Geral na década de noventa¹¹²², decorre da atuação de uma rede de organismos internacionais não-governamentais e intergovernamentais em uma base multilateral voltada essencialmente ao benefício das pessoas assistidas e atrelada ao Direito Internacional Humanitário e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não se concretiza por meio de uma intervenção militar ilícita, mas por um “socorro humanitário prestado por um Estado, grupo de Estados ou organização internacional à população de outro Estado, sobre a qual paira risco à vida e à saúde”¹¹²³. Os indivíduos penalizados por tragédias humanitárias teriam, a partir deste desenvolvimento do Direito Internacional, sob inspiração de um *princípio da humanidade*, direito à assistência humanitária (direito subjetivo das vítimas), uma evolução do direito *de* assistência humanitária (direito dos organismos internacionais de assistência humanitária)¹¹²⁴.

Com base nesta distinção, CANÇADO TRINDADE faz a primeira crítica relevante à intervenção humanitária do Kosovo praticada pela OTAN e reprovada, de fato, por todos os cétricos aqui analisados – inclusive por Louis HENKIN, que apesar de sua obra ser prévia aos ataques, estabelece com firmeza a ilicitude de todas as intervenções humanitárias unilaterais. Para TRINDADE, a “intervenção militar humanitária” praticada por meio de bombardeios aéreos foi um absurdo retrocesso para as políticas internacionais de proteção de direitos humanos, a despeito das justificativas empreendidas pelas potências interventoras¹¹²⁵. Este tipo de intervenção militar unilateral, que mistura motivações essencialmente políticas com o humanitarismo, degrada o próprio Direito Internacional Humanitário que pretende defender¹¹²⁶.

Os cétricos condenam a intervenção militar humanitária praticada pela OTAN na ex-Iugoslávia. Nenhuma das exceções à norma de proibição do uso da força do artigo 2º (4) se aplica ao caso, a legítima defesa e o uso da força pelos mecanismos de segurança coletiva instituídos no capítulo VII da Carta. A intervenção militar sem a prévia autorização do Conselho de Segurança é ilegal. Não pode ser interpretada como um

¹¹²² AMARAL JR, Alberto. *Direito de Assistência Humanitária*, op.cit. p. 246.

¹¹²³ Idem, p. 247; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*, op.cit. p. 772-773.

¹¹²⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*, op.cit. p. 773, 775.

¹¹²⁵ Idem, p. 773.

¹¹²⁶ Idem, p. 774.

“direito unilateral de intervenção humanitária” porque este direito não existe¹¹²⁷. CANÇADO TRINDADE assinala, nesta linha, que nem o intenso sofrimento humano em razão dos despotismos justifica uma reação militar ilegal. A resposta deve ser dada “dentro do Direito e de conformidade com a normativa internacional aplicável”¹¹²⁸. Uma Aliança militar não pode se autonear salvadora da humanidade por meio de uma intervenção militar amparada na *política do poder*. Pelo contrário, prejudica a ordem jurídica internacional, a única que realmente pode proteger a comunidade internacional¹¹²⁹.

Não houve, de fato, decisão do Conselho de Segurança no sentido específico de autorizar o uso da força armada contra a ex-Iugoslávia. A Resolução 1160 do Conselho não decidiu, como se exige, especificamente sobre o uso da força armada. Somente mencionou a tomada de medidas adicionais caso não houvesse solução pacífica do conflito¹¹³⁰. E de modo idêntico procederam a Resolução 1199¹¹³¹ e a Resolução 1203¹¹³² – esta, em particular, a última antes do início da intervenção armada. A Resolução 1244, posterior ao início do conflito, que estabeleceu a presença internacional para lidar com os efeitos da intervenção militar também não pode ser interpretada como uma autorização *ex post facto* do conflito¹¹³³ – muito menos a

¹¹²⁷ Por todos, DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. pp. 418-420; BYERS, Michael, CHESTERMAN, Simon. *Changing the rules about rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the future of International Law*, op.cit. pp. 181-182; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*, op.cit. p. 838; BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States Revisited*. In: *Chinese Journal of International Law, The Inaugural Volume, number 1*, 2002, p. 15; GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 46; BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. pp. 126-129; HENKIN, Louis. *Kosovo and the Law of “Humanitarian Intervention”*. In: *American Journal of International Law*, vol. 93, nº4, 1999, pp. 824-826.

¹¹²⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*, op.cit. p. 839.

¹¹²⁹ Idem, Ibidem.

¹¹³⁰ “19. Emphasizes that failure to make constructive progress towards the peaceful resolution of the situation in Kosovo will lead to the consideration of additional measures”. *SC/RES 1160*. In: www.un.org

¹¹³¹ 16. Decides, should the concrete measures demanded in this resolution and resolution 1160 (1998) not be taken, to consider further action and additional measures to maintain or restore peace and stability in the region”. *SC/RES 1199*. In: www.un.org

¹¹³² “4. Demands also that the Kosovo Albanian leadership and all other elements of the Kosovo Albanian community comply fully and swiftly with resolutions 1160 (1998) and 1199 (1998) and cooperate fully with the OSCE Verification Mission in Kosovo”. *SC/RES 1203*. In: www.un.org.

¹¹³³ “Pouco depois do fim da guerra, o Conselho de Segurança da ONU adotou a Resolução 1244, conferindo às Nações Unidas um papel central na reconstrução do Kosovo. Embora a resolução tenha

tentativa da Rússia de condenar por meio de uma Resolução do Conselho a intervenção militar, derrotada porque os membros da OTAN votaram contra¹¹³⁴. A Carta da ONU exige, como indica Michael BYERS, uma autorização positiva, e não apenas uma negativa¹¹³⁵.

Já na década de 70, duas décadas antes do consenso doutrinário em torno do papel do Conselho de Segurança na proteção dos direitos humanos por meio da interpretação alargada da expressão “paz e segurança internacionais”¹¹³⁶, Ian BROWNLIE já alegava que a única forma permitida de intervenção humanitária deveria ser aquela autorizada pelo Conselho de Segurança. Segundo este jurista, as violações de direitos humanos constituiriam uma “ameaça à paz”¹¹³⁷.

Também não havia espaço para a justificativa da legítima defesa coletiva, pois nunca se cogitou que a Iugoslávia estava preparando um ataque armado contra os membros da OTAN¹¹³⁸.

Ian BROWNLIE atenta para outros pontos acerca da ilegalidade da intervenção militar, as alegações jurídicas dadas pelas autoridades interventoras (talvez releve este aspecto também por representar a Iugoslávia perante a Corte Internacional de Justiça no caso ligado à intervenção militar – *The Legality of Use of Force*).

BROWNLIE e BYERS observam que somente o Reino Unido e a Bélgica justificaram a intervenção militar com base em um direito de intervenção humanitária unilateral¹¹³⁹. BROWNLIE atesta, neste sentido, que apesar de estes dois membros da OTAN reputarem como lícita a intervenção militar na crise do Kosovo, evitaram apresentar argumentos relacionados ao padrão jurídico de uso da força criado pela Carta das Nações Unidas. O Reino Unido valeu-se da retórica sobre o desenrolar de uma

seu desenvolvimento com o cuidado de impedir qualquer argumentação de que autorizava retroativamente a guerra, certos acadêmicos têm sustentado que efetivamente o fez”. BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. p. 128.

¹¹³⁴ “Argumentos semelhantes têm sido levantados a respeito da derrota da resolução proposta pela Rússia condenando a intervenção”. Idem, Ibidem; BYERS, Michael, CHESTERMAN, Simon. *Changing the rules about rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the future of International Law*, op.cit. p. 181-182.

¹¹³⁵ BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. p. 128.

¹¹³⁶ AMARAL JR., Alberto do. *Direito de Assistência Humanitária*, op.cit. pp. 225-235.

¹¹³⁷ BROWNLIE, Ian. *Humanitarian Intervention*. In: *Law & Civil War in the Modern World – edited by John Norton MOORE*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1974, p. 226.

¹¹³⁸ BYERS, Michael, CHESTERMAN, Simon. *Changing the rules about rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the future of International Law*, op.cit. p. 182.

¹¹³⁹ BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States Revisited*, op.cit. pp. 12-14; BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. pp. 127-128.

catástrofe humanitária e a necessidade de a OTAN impedir seu prosseguimento, mas nenhum argumento jurídico capaz de amparar a ação militar¹¹⁴⁰.

A Bélgica, apesar de justificar mais elaboradamente a legalidade da intervenção militar, apresentou argumentos muito frágeis: fez referência às Resoluções 1160, 1199 e 1203 do Conselho de Segurança – que, como afirmam os céticos, não autorizaram diretamente o uso da força militar –; alegou que a intervenção humanitária é compatível com a “integridade territorial e a independência política” da Iugoslávia, e, portanto, compatível com o art. 2º (4) da Carta – a doutrina cética afirma, no entanto, que o excerto do referido artigo reforça em vez de restringir a proibição –; invocou os precedentes das intervenções da Índia no Paquistão do Leste, da Tanzânia em Uganda e das intervenções na Libéria e em Serra Leoa – mas a doutrina cética atesta a impossibilidade da formação de um costume internacional e o surgimento de *direito de intervenção humanitária* com status de norma peremptória relativamente à norma instituída no art. 2º (4) da Carta; por último, os belgas alegaram o estado de necessidade – alegação juridicamente irrelevante¹¹⁴¹.

As fracas alegações jurídicas de somente dois dos membros aptos a defender um direito de intervenção humanitária unilateral e a ampla oposição na comunidade internacional à intervenção armada – entre os contrários, 133 países componentes do Grupo dos 77, Rússia, China, Índia, Bielo-Rússia, Irã, Tailândia, Indonésia, Ucrânia, África do Sul – demonstram cabalmente para os céticos a ausência dos requisitos necessários para a emergência de um costume internacional¹¹⁴².

¹¹⁴⁰ BROWNLIE cita, então, o discurso que consubstancia a posição oficial do Reino Unido, proferido por Sir Jeremy GREENSTOCK, o representante permanente do Reino Unido para as Nações Unidas: “Mr. President, In defiance of the international community, President Milosevic has refused to accept the interim political settlement negotiated at Rambouillet; to observe the limits on security force levels agreed on 25 October, and to end the excessive and disproportionate use of force in Kosovo. Because of his failure to meet these demands, we face a humanitarian catastrophe have been frustrated by Serb behavior (...) Mr. President, The action being taken is legal. It is justified as an exceptional measure to prevent an overwhelming humanitarian catastrophe. Under present circumstances in Kosovo there is convincing evidence that such a catastrophe is imminent (...) Every means short of force has been tried to avert this situation. In these circumstances, and as exceptional measure on grounds of overwhelming humanitarian necessity, military intervention is legally justifiable. The force now proposed is directed exclusively to averting a humanitarian catastrophe, and is the minimum judged necessary for that purpose”. BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States Revisited*, op.cit. pp.13-14.

¹¹⁴¹ BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States Revisited*, op.cit. pp.14-15.

¹¹⁴² BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States Revisited*, op.cit. p. 1; BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. p. 128.

DINSTEIN entende que a intervenção humanitária na crise do Kosovo não insere uma nova possibilidade de construção de legitimidade para o uso da força além dos limites impostos pela Carta das Nações Unidas, uma “guerra justa” em resposta às violações maciças de direitos humanos. Embora a intervenção fosse concebida como justa para os interventores, ainda assim foi uma grave violação das normas da Carta da ONU. Nem o principal de seus artífices, os Estados Unidos, justificaram a intervenção pelo direito de intervenção humanitária unilateral: definiram-na como uma intervenção militar excepcional. DINSTEIN complementa: excepcional e ilegal, incapaz de fazer emergir uma nova regra destinada a legitimar um novo tipo de “guerra justa” – mas o jusinternacionalista concede, por outro lado, sobre a hipotética possibilidade de que talvez tenha sido “moralmente escusável”¹¹⁴³.

O ceticismo da doutrina também se dirige ao Relatório sobre a *Responsabilidade de Proteger*. Michael BYERS observa que como há grande consenso internacional sobre a primazia e o bom funcionamento do Conselho de Segurança, a única contribuição que a *Responsabilidade de Proteger* poderia trazer ao debate sobre a proteção dos direitos humanos seria por meio da prevenção de grandes problemas humanitários associados a conflitos bélicos. Assevera com certa virulência que “os adeptos da responsabilidade de proteger que concentram sua atenção nas intervenções militares tomam parte em uma terrível *farsa*”¹¹⁴⁴.

Ainda com maior agressividade – que em certos momentos tangencia o panfletarismo – V.S.MANI expõe seu ceticismo sobre a idéia de *Responsabilidade de Proteger*. Assinala que a sinopse do Relatório já indica a sua matriz teórica, a tradição da guerra justa. Mas aponta uma intenção subjacente à adoção desta teoria: legitimar a intervenção militar na crise do Kosovo – que classifica como uma “loucura” – e a *cruzada* de Bush Jr. contra o terrorismo islâmico. Para tanto, os teóricos ocidentais, que dominaram a elaboração do Relatório, procuraram regularizar o unilateralismo por meio da inserção da noção de que um Estado ou grupo deles poderiam travar “guerras justas” nas quais o humanitarismo não seria a única finalidade – de tal modo que constituiriam uma espécie de *farsa* “humanitária”¹¹⁴⁵.

¹¹⁴³ DINSTEIN, Yoram. *Comments on war*, op.cit. p. 881.

¹¹⁴⁴ BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. p. 139.

¹¹⁴⁵ MANI, Venkateswara.Subramanian. “*Humanitarian*” *Intervention Today*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 313, op.cit. p. 297.

O autor vocifera uma segunda reprimenda diretamente atrelada à crítica anterior, de que o Relatório procura legitimar um unilateralismo contrário à Carta das Nações Unidas porque os artífices do unilateralismo já não a consideram adequada à suposta *nova ordem internacional*. Esta ordem se caracteriza pela primazia de uma superpotência militar que necessita da legitimação de suas ações unilaterais dependentes das conveniências ou exigências de natureza política ou militar¹¹⁴⁶. Neste sentido, as “intervenções humanitárias” teriam a finalidade humanitária como uma entre as diversas outras para legitimar guerras como a do Iraque em 2003 e a do Afeganistão em 2001 porque estes regimes violam direitos humanos. Por outro lado, as mesmas potências se omitem quanto às violações dos déspotas aliados¹¹⁴⁷.

MANI critica também a própria idéia de *responsabilidade de proteger* conferida primeiramente ao Conselho de Segurança depois de esgotada a responsabilidade do Estado onde existe uma tragédia humanitária. Este órgão não detém competências de natureza econômica ou diplomática, de modo que seria incapaz de oferecer uma “proteção” efetiva depois da intervenção militar. Ademais, a hierarquia posta pelo Relatório entre Estado, Conselho de Segurança, Organizações Regionais e outros Estados nacionais poderia ocasionar prolongamentos que trariam ineficácia às medidas¹¹⁴⁸.

O jurista indiano recrimina ainda a ausência no Relatório de critérios de imparcialidade e não-seletividade bem como de medidas eficazes que ultrapassem a mera retórica no sentido de como as potências mundiais efetivamente assistiriam Estados degradados como Somália e Ruanda¹¹⁴⁹.

Por fim, MANI parte para a crítica radical da própria configuração jurídico-institucional imposta na Carta das Nações Unidas. Admoesta primeiramente a prioridade dada pelo Relatório ao Conselho de Segurança em desfavor da Assembléia Geral. Avança nas recriminações quando ataca a própria legitimidade moral e jurídica das ações de um órgão oligárquico que mal representa a “comunidade dos povos” – e nesta oportunidade a crítica perde muito de seu valor na medida em que por meio dela

¹¹⁴⁶ MANI, Venkateswara.Subramanian. “Humanitarian” Intervention Today. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International, tome 313*, op.cit. p. 297.

¹¹⁴⁷ Idem, Ibidem.

¹¹⁴⁸ Idem, p. 298.

¹¹⁴⁹ Idem, Ibidem.

faz um escancarado proselitismo político em favor da entrada da Índia neste restrito grupo. O Relatório sobre a *Responsabilidade de Proteger* erra, segundo ele, ao considerar a necessidade de legitimar o unilateralismo ou aquilo que ele chama de “unilateralismo coletivo” porque o Conselho de Segurança já tem as prerrogativas constitucionais de agir na defesa de direitos humanos em uma interpretação ampla de “ameaça à paz” – embora suas ações sejam marcadas pela parcialidade, seletividade e excessiva boa vontade para com o intervencionismo das potências¹¹⁵⁰.

Os céticos também se posicionam explicitamente contra a ampliação recente do escopo da legítima defesa, particularmente no que se refere à ampliação de seu lapso temporal. Seja a expansão para a legítima defesa antecipatória em casos de excepcional necessidade moral ou política da parcela da doutrina contemporânea adepta da teoria da guerra justa, como FALK e CASSESE, seja a expansão da legítima defesa antecipatória para preventiva promovida pela *Doutrina Bush*. A vinculação desta com a teoria da guerra justa tradicional ainda poderia ser feita no caso da *legítima defesa preventiva*, notadamente em GENTILI e VATTEL, mas seus laços parecem muito mais ligados à deturpação e à ampliação dos critérios moderados da guerra justa – como já observou o próprio Richard FALK –, ingressando, como defendemos pessoalmente, no espaço de uma possível *guerra santa secular*. A denominada *legítima defesa contra o terrorismo*, ademais, entrelaça-se em diversos pontos com aquelas formas de legítima defesa porque o *megaterrorismo internacional* agora constitui uma das mais perigosas ameaças à ordem internacional a que se deve, supostamente, impedir a concretização antecipada ou preventivamente.

Os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 provocaram muitas controvérsias acerca do instituto da legítima defesa. Alguns dos céticos manifestam-se diretamente sobre o problema da *legítima defesa contra o terrorismo* com foco especial nas Guerras contra o Afeganistão em 2001 e contra o Iraque em 2003, um tema de enorme relevância e atualidade; outros não abordam ou abordaram diretamente o assunto, mas suas interpretações acerca de várias questões envolvendo a legítima defesa apontam a direção de seus entendimentos. O desdobramento da *guerra contra o terror* na invasão do Iraque leva às críticas doutrinárias sobre a legítima defesa antecipatória e sua extensão pela *Doutrina Bush*, de modo a compreender *ataques preventivos*.

¹¹⁵⁰ MANI, Venkateswara.Subramanian. “Humanitarian” Intervention Today. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 313, op.cit. p. 299.

Vários céticos¹¹⁵¹ afirmam que o conceito de ataque armado não se limita à utilização por um Estado de forças armadas regulares, compreendendo o envio de tropas irregulares ou bandos armados para o território de outro Estado que causem atos de força de enorme gravidade, conforme também estabelecem o art. 3º da Resolução n.3314 da Assembléia Geral¹¹⁵² e o julgamento do *caso Nicarágua* pela Corte Internacional de Justiça¹¹⁵³. Ian BROWNLIE sustenta, ainda mais flexivelmente e contrariamente ao entendimento da Corte Internacional de Justiça, que os apoios logístico e material de um Estado a bandos armados ou “agentes não-oficiais” podem responsabilizá-lo por um ataque armado perpetrado por estes grupos de agentes “não-oficiais”¹¹⁵⁴.

DINSTEIN assinala a importância da necessidade de se estabelecer a gravidade da força utilizada por grupos terroristas ou bandos armados a fim de que se constitua efetivamente em um ataque armado. Não se pode banalizar a noção de ataque armado¹¹⁵⁵; não é qualquer atentado terrorista que justifica uma reação em legítima defesa, como alegaram Israel e Estados Unidos antes dos atentados de 11 de setembro de 2001. Um evento único tem de atender aos requisitos impostos relativamente à sua gravidade. O autor acata, no entanto, a possibilidade razoável de uma série de ataques gradativos constituírem um ataque armado se avaliados em sua totalidade¹¹⁵⁶.

¹¹⁵¹ Por todos, BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*, op.cit. p. 279; BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States Revisited*, op.cit. p. 8; KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 798; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 277.

¹¹⁵² “Art. 3º g) O envio por um Estado ou em seu nome de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares, ou de mercenários que praticam atos de força armada contra um outro Estado de tamanha gravidade que eles equivalem aos atos enumerados acima, ou o fato de engajar-se de maneira substancial em tal operação”. *Resolução n. 3314 da Assembléia Geral das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 160.

¹¹⁵³ “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgement, I.C.J. Reports*, 1986, op.cit. p. 103.

¹¹⁵⁴ BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*, op.cit. p. 361.

¹¹⁵⁵ “Não resta dúvida de que para o uso ilegal da força adquira dimensões de um ataque armado, um limiar mínimo específico deve ser alcançado. Já que o art. 2º (4) da Carta proíbe “a ameaça ou o uso da força” e o art. 51 permite medidas de legítima defesa apenas contra um “ataque armado”, pode-se perceber que existe um intervalo entre as duas estipulações. Mesmo deixando de lado meras ameaças pela força (discutidas no subitem (a)), fica claro que um Estado pode aplicar força ilegal contra outro sem desatar um ataque armado propriamente dito. Dessa forma, os agentes de Arcádia – sem infligir mortes ou muitos danos – podem romper relações diplomáticas com Utopia, ou deter um navio da Ruritânia em condições não condizentes com o direito internacional. Em ambos os casos, um pouco de força é geralmente depositada, mesmo que nenhum ataque armado seja produzido. Na ausência de um ataque armado, a legítima defesa não é uma opção disponível ao Estado vítima, de modo que nem Utopia nem Ruritânia podem responder com a legítima defesa”. DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 266.

¹¹⁵⁶ DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 278.

Acrescenta que se houver uma relação de apoio efetivo de um Estado a grupos terroristas e estes praticam um atentado, podem ser considerados como *órgãos de fato* do Estado, ao qual se imputa o atentado – e isto ocorre mesmo quando os terroristas agem com certa autonomia¹¹⁵⁷. Um ataque armado não perde sua natureza em virtude de sua delegação a um grupo terrorista ou ao uso da agressão indireta por meio de agentes não-oficiais de bandos armados e voluntários¹¹⁵⁸.

Neste sentido, os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, praticados pela Al Qaeda com o intenso apoio do regime Talibã provocaram um amplo debate sobre o alcance da noção de “ataque armado” (na linha de CASSESE, o terrorismo está rompendo com algumas categorias jurídicas cruciais do Direito Internacional, como a legítima defesa¹¹⁵⁹).

Gilbert GUILLAUME indica o reconhecimento de grande parte dos juristas internacionais de que atos terroristas da gravidade e da magnitude como os perpetrados em 11 de setembro de 2001 devem ser considerados ataques armados. Mas tais atos, para serem assim classificados, não podem ser atribuídos exclusivamente a uma organização terrorista, a indivíduos sujeitos à perseguição criminal, e sim ao Estado que exerce mando sobre os membros da organização terrorista. Dúvidas surgiram sobre se realmente existia uma relação de controle do Talibã sobre a Al-Qaeda capaz de conduzir à idéia de que o Afeganistão praticara um ataque armado contra os Estados Unidos de acordo com a Carta das Nações Unidas, o poria em xeque a legítima defesa dos Estados Unidos contra o Afeganistão¹¹⁶⁰.

Os atentados terroristas de 11 de setembro foram classificados, com maior ou menor dificuldade de aceitação, como ataque armado por vários dos céticos¹¹⁶¹. Christine GRAY observa que, de fato, os ataques terroristas tiveram a gravidade necessária de acordo com a *Resolução nº 3314 sobre a Definição de Agressão*,

¹¹⁵⁷ Idem. p. 280.

¹¹⁵⁸ Idem, pp. 279-280; BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*, op.cit. p. 361.

¹¹⁵⁹ CASSESE, Antonio. *Terrorism is Also Disrupting Some Legal Categories of International Law*, op.cit. p. 993.

¹¹⁶⁰ GUILLAUME, Gilbert. *Terrorism in International Law*. In: *International and Comparative Law Quarterly*, volume 53, number 3, 2004, p. 546.

¹¹⁶¹ BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States Revisited*, op.cit. p. 8; DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, op.cit. p. 278.

constituindo um ataque armado¹¹⁶². Para ela, a questão principal não seria a classificação como ataque armado dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, mas se os Estados estariam dispostos aceitar que atentados de menor escala no futuro também ensejassem a legítima defesa¹¹⁶³.

A OTAN e a OEA classificaram formalmente os ataques terroristas de 11 de setembro como um “ataque armado”. Já as Resoluções 1368 e 1373 do Conselho de Segurança reconheceram o direito de legítima defesa dos Estados Unidos em seus preâmbulos, mas, ambígua e contraditoriamente, também declararam que o Conselho de Segurança tomaria as providências necessárias de acordo com o estabelecido na Carta da ONU, o que inviabilizaria a própria legítima defesa dos Estados Unidos¹¹⁶⁴.

Diante do ineditismo dos fatos e de suas complexas repercussões no Direito Internacional, as posições dos céticos não se mostram uniformes quanto à reação militar promovida por uma coalizão liderada pelos Estados Unidos sob a alegação de *legítima defesa contra o terrorismo*.

CANÇADO TRINDADE sustenta que a luta contra o terrorismo internacional deve ser feita “dentro do Direito”. Indica que treze convenções internacionais sobre o terrorismo estão em vigor, exigindo-se a sua devida aplicação. Sem questionar nominalmente a legalidade da ação militar americana no Afeganistão, TRINDADE afirma que contramedidas indefinidas contra o terrorismo – o Afeganistão ainda se encontra sob ocupação militar – violam o Direito Internacional¹¹⁶⁵.

Yoram DINSTEIN considera que os atentados terroristas de 11 de setembro perpetrados pela Al Qaeda e apoiados pelo Talibã consistem em um perfeito exemplo de um ataque armado dotado de substancial gravidade contra o qual se faz necessário o exercício da legítima defesa¹¹⁶⁶. Não importa, para DINSTEIN, que a comunidade

¹¹⁶² GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 167. No mesmo sentido, MANI, Venkateswara.Subramanian. “Humanitarian” Intervention Today. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International, tome 313*, op.cit. p. 249

¹¹⁶³ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 167.

¹¹⁶⁴ Idem p. 159; CASSESE, Antonio. *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*. In: *European Journal of International Law*, vol. 12, nº 5, p. 996.

¹¹⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*, op.cit. p. 831.

¹¹⁶⁶ DINSTEIN, Yoram. *Ius ad bellum Aspects of “War on Terrorism”*. In: *Terrorism and the Military: International Legal Implications*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 13-22. Na doutrina nacional: CRETELLA NETO, José. *Terrorismo Internacional: Inimigo sem rosto – Combatente sem pátria*, op.cit. p. 526.

internacional não tenha amplamente reconhecido o regime Talibã como governo legítimo do Afeganistão, mas sim de que ele exercia o domínio de fato da maior parte do território afegão. Portanto, as suas ações deveriam ser contempladas como do Estado afegão, que, nesta condição, ofereceu apoio aos terroristas da Al Qaeda. E por isto, uma guerra contra o Afeganistão em legítima defesa é lícita. Mas o autor ressalta que a metáfora da “guerra ao terrorismo” não pode ser vista como a supervalorização de respostas militares devastadoras como a guerra no enfrentamento deste grande desafio à segurança internacional¹¹⁶⁷.

Christine GRAY questiona a obediência da ação militar americana na Operação *Liberdade Duradoura* aos requisitos da necessidade e da proporcionalidade para o exercício da legítima defesa contra ataques terroristas *já concretizados no passado*. A legítima defesa neste caso não traz consigo o critério da necessidade porque o dano já foi causado no passado e a agressão não precisa ser repelida. Ademais, a resposta militar muito dificilmente preveniria a execução de atentados terroristas sem a evidência detalhada sobre uma ameaça específica neste sentido. De fato, a legítima defesa também não seria proporcional se procurasse deter a execução de um possível – e indeterminado – atentado terrorista de ocorrência futura.

Em face disto, a *Operação Liberdade Duradoura* poderia não cumprir com os requisitos da necessidade e da proporcionalidade¹¹⁶⁸. O prolongamento da ocupação militar cada vez mais a desvincula do exercício da legítima defesa, o que afeta igualmente o cumprimento dos referidos requisitos¹¹⁶⁹. A autora arremata no sentido de que uma guerra inicialmente nova contra um tipo de terrorismo sem precedentes, acabou por tornar-se uma guerra já conhecida de todos (União Soviética e Afeganistão) por seu fracasso no apoio a um governo incapaz de lidar adequadamente com os fundamentalismos e a rivalidade étnica¹¹⁷⁰.

BYERS demonstra ceticismo quanto à própria adequação da justificativa de legítima defesa pelos Estados Unidos contra os ataques terroristas de 11 de setembro. O autor aponta a insistência norte-americana em ampliar o direito internacional no que diz respeito à legítima defesa contra terroristas no exterior porque atenderia aos seus

¹¹⁶⁷ DINSTEIN, Yoram. *Comments on war*, op.cit. p. 886.

¹¹⁶⁸ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 167.

¹¹⁶⁹ Idem, p. 169.

¹¹⁷⁰ Idem, p. 170.

interesses já que este nunca seria atacado por outro Estado se houvesse terroristas em seu território¹¹⁷¹. Esta é uma estratégia recorrente dos Estados Unidos quando suas ações contrariam o Direito Internacional: procuram por meio de seus advogados a modificação das leis pressionando por mudanças de padrão da prática e da *opinio juris* estatais com a finalidade de alterar o direito costumeiro – não restrito, é imperioso assinalar, à malfadada *Era Bush*, pois em 1998, no governo Clinton, os Estados Unidos já alegaram a pertinência de seus bombardeios ao Afeganistão como legítima defesa em relação aos ataques terroristas no Quênia e na Tanzânia pela Al Qaeda.¹¹⁷²

Em virtude da consternação mundial em face da brutalidade dos atentados terroristas de 11 de setembro, os Estados Unidos possuíam à sua disposição um amplo leque de possibilidades jurídicas de justificação do uso da força militar contra o Afeganistão – particularmente a autorização do uso da força militar pelo Conselho de Segurança¹¹⁷³. Mesmo sabendo que o Conselho de Segurança não vetaria qualquer reivindicação sua neste sentido, os Estados Unidos restringiram-se a justificar a invasão militar como legítima defesa contra o terrorismo. Isto lhe traria um dilema jurídico, mas seria útil a seus interesses de longo prazo.

O desafio jurídico remete à obediência dos requisitos da proporcionalidade e da necessidade – ou seja, concentrar-se naqueles responsáveis pelos atentados de 11 de setembro. Mas esta alternativa mostraria a própria fragilidade da alternativa militar perante os outros Estados. Então, BYERS aponta a estratégia jurídica de duas fases dos Estados Unidos: procuram envolver os talibãs nos ataques da Al-Qaeda, oferecendo-lhes inclusive um prazo para entregar Bin Laden, e classificam o próprio governo Talibã como terrorista, cuja continuidade representaria uma ameaça contínua de repetição de atos terroristas. Os Estados Unidos ampliam, com efeito, a sua alegação de legítima defesa como estratégia legiferante para mudar o direito costumeiro, mas de um modo muito mais condizente com suas regras tal como expostas na Definição de Agressão

¹¹⁷¹ BYERS, Michael. *A lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. pp. 83-84.

¹¹⁷² BYERS, Michael. *A lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. p. 84-85.

¹¹⁷³ Mas também poderiam ter invocado a intervenção por meio de convite da Aliança do Norte, que precariamente poderia ser considerada o governo legítimo, e a intervenção humanitária nos mesmos moldes de necessidade estabelecidos no precedente do Kosovo. BYERS, Michael. *A lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. p. 85; CRETILLA NETO, José. *Terrorismo Internacional: Inimigo sem rosto – Combatente sem pátria*, op.cit. p. 521.

relativamente ao apoio de bandos armados¹¹⁷⁴, a ponto de obter um apoio muito maior dos demais Estados.

O jusinternacionalista considera que os Estados Unidos, por meio de sua força hegemônica, conseguem atingir o objetivo de incluir no direito costumeiro a possibilidade da legítima defesa contra os Estados que acolhem terroristas se estes já promoveram um ataque contra o Estado-vítima. Aproveitando esta oportunidade política do consenso quase-universal, eles procuraram legalizar uma reivindicação antiga de uso da força militar contra o terrorismo. E o perigo maior para a futura estabilidade internacional, conclui BYERS, é a possibilidade de sua invocação em situações não tão graves e nas quais não haja por evidente as relações entre um Estado e um determinado grupo terrorista¹¹⁷⁵. A atual guerra entre Israel e Palestina (2008/2009) parece concretizar o receio de BYERS acerca do aprofundamento da estratégia de utilização da força militar em resposta a atentados terroristas de menor intensidade.

V.S.MANI, apesar de não ver problemas na extensão do conceito de ataque armado tal como estabelecido no artigo 51 da Carta para os ataques terroristas de 11 de Setembro, considera ilegal a reação militar unilateral norte-americana. Justifica tal posição na medida em que aponta que, nas Resoluções posteriores à crise, o Conselho de Segurança reafirma suas responsabilidades conferidas pela Carta acerca da paz internacional¹¹⁷⁶, reivindicando para si a tomada das medidas necessárias. Portanto, somente caberia uma intervenção militar por meio da autorização do Conselho porque esgotada a legítima defesa dos Estados Unidos segundo o art. 51 da Carta¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁴ BYERS, Michael. *Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September*. In: *International and Comparative Law Quarterly*, volume 51, 2002, p. 401.

¹¹⁷⁵ BYERS, Michael. *A lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. pp. 86-88; BYERS, Michael. *Not yet havoc: geopolitical change and the international rules on military force*. In: *Force and Legitimacy in World Politics – Edited by David Armstrong, Theo Farrell and Bice Maiguashca*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 58.

¹¹⁷⁶ “5. Expresses its readiness to take all necessary steps to respond to the terrorist attacks of 11 September 2001, and to combat all forms of terrorism, in accordance with its responsibilities under the Charter of the United Nations;

6. Decides to remain seized of the matter”. *S/Res/1368 (2001)*. In: www.un.org; “9. Decides to remain seized of this matter” *S/Res/1373 (2001)*. In: www.un.org.

¹¹⁷⁷ MANI, Venkateswara.Subramanian. “Humanitarian” *Intervention Today*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 313, op.cit. pp. 248-249. “Art. 51 Nada na presente Carta prejudicará o direito de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais (...)”. *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 90.

Este é o idêntico entendimento de Soraya NOUR. A autora indica que já na Resolução nº 1368, o Conselho já afirmou que tomaria as medidas necessárias. Estas foram trazidas pela Resolução nº 1373 de 28 de setembro de 2001, na forma de providências contra as fontes financeiras e o suporte logístico das organizações terroristas. Esvaído o prazo da legítima defesa dos Estados Unidos, o seu ataque armado viola a norma de proibição do uso da força nas relações internacionais¹¹⁷⁸.

NOUR decerto não nega a importância do combate ao terrorismo internacional, mas faz uma crítica à opção militar em detrimento de outros meios de maior eficácia em um longo prazo, como medidas sociais, econômicas e jurídicas. O uso da força militar estimula a anarquia internacional e tende a conduzir os conflitos para longe da alçada das instituições jurídicas e políticas internacionais, geralmente com consequências prejudiciais para os princípios do Direito Internacional¹¹⁷⁹.

NOUR defende a idéia kantiana – recepcionada no ideário da Carta das Nações Unidas – de resolução jurídica dos conflitos internacionais. Embora reconheça que a carta dos intelectuais americanos “Pelo que estamos lutando” escrita logo após os ataques de 11 de setembro traga consigo princípios universais de indubitável valor, a sua fundamentação é criticável. Ao justificarem uma guerra moralmente, por meio da noção de guerra justa, e não juridicamente, por meio dos princípios vigentes do Direito Internacional Público, estes pensadores resgatam algo há muito tempo expulso do Direito Internacional porque manipulável pelo entendimento particular e unilateral dos Estados acerca do significado da justiça nos conflitos bélicos¹¹⁸⁰.

Os doutrinadores céticos compartilham do entendimento restritivo quanto à ampliação temporal do exercício da legítima defesa. Este é o tema central nas discussões sobre as guerras na atualidade: seja com a ampliação do lapso para a legítima defesa antecipatória presente no *caso Caroline*, de inspiração grociana e defendida também por adeptos da teoria da guerra justa na doutrina jusinternacionalista (Antonio CASSESE e Richard FALK), seja com a sua extensão para a legítima defesa preventiva, de feição gentiliana e vatteliana, presente na *doutrina Bush* – que também agrega

¹¹⁷⁸ NOUR, Soraya. *À Paz Perpétua de Kant – Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais*, op.cit. p. 174.

¹¹⁷⁹ NOUR, Soraya. *À Paz Perpétua de Kant – Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais*, op.cit. p. 173.

¹¹⁸⁰ Idem, p. 175.

elementos da idéia de *guerra santa*, mas adaptados à religião secular do *excepcionalismo americano*.

Os céticos consideram que a legítima defesa no Direito Internacional Contemporâneo somente pode ser exercida em virtude da ocorrência de um ataque armado. Seu entendimento do art. 51 da Carta veda qualquer ação armada antecipatória (em resposta a uma ameaça iminente) ou preventiva (em resposta a uma ameaça possível). Questionam qualquer formulação teórica no sentido de aumentar o lapso temporal da legítima defesa¹¹⁸¹. Neste sentido, KELSEN assevera, com admirável economia, que uma ameaça mesmo que “iminente” (aspas do autor) não justifica o uso da força em legítima defesa¹¹⁸².

Os doutrinadores céticos opõem-se à expansão da legítima defesa. Mas manifestam verdadeiro repúdio à extensão ainda maior promovida pela política externa dos Estados Unidos, teorizada na *Estratégia de Segurança Nacional de 2002* e concretizada com a guerra do Iraque de 2003. Poucos juristas internacionais adotaram as reivindicações preventivas da *Doutrina Bush* – americanos e israelenses em sua maioria¹¹⁸³.

Há trinta anos, Louis HENKIN já chamava a doutrina da legítima defesa antecipatória supostamente surgida no *caso Caroline* de perniciosa, permeada por argumentos infundados e falaciosos. Não vê nos *trabalhos preparatórios* da Carta a existência de indícios de que os seus autores queriam estender o exercício da legítima defesa para além da ocorrência de um ataque armado. Nem as mudanças ocorridas na ordem internacional desde seu advento, como a Guerra Fria, o amplo processo de descolonização e o desenvolvimento da tecnologia militar, nem as deficiências na

¹¹⁸¹ Por todos, BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*, op.cit. p. 275; KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 797; DINSTEIN, Yoram. *Comments on war*, op.cit. p. 882; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours*, tome 316 – Académie de Droit International. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2006, p. 128; BYERS, Michael. *Preemptive Self-Defense: Hegemony, Equality and Strategies of Legal Change*. In: *11/2 Journal of Political Philosophy*, 2003, p. 180.

¹¹⁸² KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, op.cit. p. 797.

¹¹⁸³ SOFAER, Abraham D. *On the Necessity of Pre-emption*. In: *European Journal of International Law*, vol. 14, n° 2, 2003, pp. 209-226; BENVENISTI, Eyal. *The US and the Use of Force: Double-edged Hegemony and the Management of Global Emergencies*. In: *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 4, 2004, pp. 677-700; WEDGWOOD, Ruth. *The Fall of Saddam Hussein: Security Council Mandates and Preemptive Self-Defense*. In: *The American Journal of International Law*, vol. 97, n°3, 2003, pp. 576-585.

atuação do Conselho de Segurança, justificam a interpretação da Carta no sentido de autorizar o uso da força unilateral previamente a um ataque armado¹¹⁸⁴.

A principal justificativa meta-jurídica de ampliação do lapso temporal de legítima defesa, o desenvolvimento tecnológico dos aparatos bélicos, é usada por HENKIN justamente para afastar a noção de legítima defesa antecipatória. Ele observa que, exatamente porque estamos em um mundo dotado de armas tão destrutivas que os Estados deveriam ser cautelosos em atacar em primeiro lugar sob a justificativa da prevenção ou da antecipação. A legítima defesa antecipatória nada mais é que um eufemismo para “guerra preventiva”. Nada indica que uma mudança na interpretação do artigo 51 ou mesmo sua própria alteração melhoraria as relações entre os Estados. O autor considera deploráveis tais tentativas de erosão do princípio de interdição ampla do uso da força unilateral nas relações internacionais, a mudança mais significativa da Carta das Nações Unidas¹¹⁸⁵.

Christine GRAY, já sob o contexto da segunda guerra do Iraque, observa que a maioria dos Estados contempla a *doutrina Bush* com redobradas suspeitas. A jurista considera a *Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos* de 2002 um documento demasiadamente perigoso por combinar a promessa de uma vitória da combatida *civilização ocidental* com a disseminação de uma política alarmista relacionada à ameaça terrorista¹¹⁸⁶.

O então presidente George W. BUSH tenta, em sua opinião, instrumentalizar, por meio da retórica da *guerra contra o terror*, o amplo apoio dado aos Estados Unidos na guerra contra o Afeganistão para ampliar a noção da legítima defesa. Embora uma maioria substancial dos Estados tenha de fato amparado a *Operação Liberdade Duradoura* em resposta a um ataque terrorista, não estão dispostos, por outro lado, a defender a idéia de legítima defesa preventiva diante de ameaças possíveis de ataques terroristas. Estes devem ou já ter acontecido ou sua ameaça ser iminente¹¹⁸⁷.

Christine GRAY e V.S. MANI fazem críticas às precárias razões jurídicas pelas quais os Estados Unidos justificaram a segunda guerra no Iraque.

¹¹⁸⁴ HENKIN, Louis. *How Nations Behave – Law and Foreign Policy*, op.cit. p. 141.

¹¹⁸⁵ Idem, pp. 142-144.

¹¹⁸⁶ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 175-176.

¹¹⁸⁷ Idem, p. 177.

Os norte-americanos alegaram, em primeiro lugar, ligações entre o governo de Saddam Hussein e a organização terrorista Al-Qaeda, embora não conseguissem prová-las. Atacar o Iraque tornou-se o mais destacado objetivo da *guerra contra o terrorismo* para defender a integridade norte-americana de futuros atentados, uma interpretação significativamente ampliada em relação à alegação de *legítima defesa contra o terrorismo* da guerra contra o Afeganistão. Embora os próprios serviços de inteligência dos Estados Unidos e do Reino Unido não considerassem o Iraque como uma ameaça iminente, ainda assim a guerra foi justificada pelos norte-americanos nos termos amplos da defesa preventiva da *Doutrina Bush*¹¹⁸⁸. A principal alegação desta “defesa antecipatória” relacionou-se ao desenvolvimento iraquiano de *Armas de Destruição em Massa*, que nunca foram encontradas¹¹⁸⁹. A oposição internacional foi muito grande à guerra do Iraque com base nesta alegação ampliada de legítima defesa, causando a divisão do Ocidente, o que fez Rumsfeld classificar depreciativamente os países europeus contrários à guerra de “Velha Europa”¹¹⁹⁰.

MANI destaca, neste sentido, que o alegado direito de “legítima defesa antecipatória” contra o Iraque não cumpriu a condição da ocorrência de um ataque armado, tampouco da sua iminência. Acrescenta que a prática de guerras assim justificadas em virtude de percepções idiossincráticas de ameaças futuras à segurança nacional pode estimular a prática de ataques preventivos arbitrários e abusivos das potências em relação aos Estados fracos. Caso haja a generalização destas ações ilegais perante a Carta das Nações Unidas, o próprio sistema de segurança coletiva e o papel do Conselho de Segurança como principal guardião da paz e da segurança internacionais seriam profundamente afetados¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ A autora assevera, no entanto, que o Reino Unido e a Austrália e os outros países que apoiaram a guerra não alegaram a legítima defesa antecipatória como parte de sua justificação jurídica: “ But the UK and Australia, the only other states to contribute forces at the start of Operation Iraq Freedom, did not use pré-emptive self-defence as any part of their legal case for the invasion of Iraq; they preferred to rely on authorization by the Security Council, and indication of the doubt over the doctrine of pre-emptive action. Nor did the other states offering military or political support expressly put forward a justification based on pre-emption. Several states which opposed the use of force against Iraq expressly rejected the legality of the pre-emptive use of force”. GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit p. 182.

¹¹⁸⁹ Idem, p. 183; MANI, Venkateswara.Subramanian. “*Humanitarian*” *Intervention Today*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 313, op.cit. pp. 257-258.

¹¹⁹⁰ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 179.

¹¹⁹¹ MANI, Venkateswara.Subramanian. “*Humanitarian*” *Intervention Today*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 313, op.cit. pp. 258-259.

Outra justificativa para a guerra, que no entendimento de Christine GRAY possuía idêntica fragilidade jurídica, dizia respeito ao descumprimento do Iraque das obrigações do regime de cessar-fogo de Resoluções como a 687¹¹⁹². A Resolução 1441 teria então autorizado o uso da força militar contra o Iraque – argumento surpreendentemente defendido por Yoram DINSTEIN¹¹⁹³.

Ademais, GRAY e MANI apontam que os norte-americanos justificaram a invasão para acabar com a tirania no Iraque, uma alegação de *mudança de regime*, já entendida como ilegal pela Corte Internacional de Justiça no *caso Nicarágua* em 1986¹¹⁹⁴. A mudança de regime imposta por uma intervenção militar estrangeira fere o direito de autodeterminação dos iraquianos¹¹⁹⁵.

Christine GRAY expressa o receio de que alguns Estados como Israel e Estados Unidos utilizem a ameaça terrorista para demonizar seus adversários políticos, criar restrições de direitos humanos no plano doméstico e tentar modificar o direito internacional quanto à intervenção militar e à legítima defesa¹¹⁹⁶. Neste sentido, os Estados Unidos adotam uma teoria da “legítima defesa antecipatória” fazendo ameaças plausíveis a Estados que eles unilateralmente consideram párias e estendem a legítima defesa para muito além tanto da sua concepção tradicional como daquela usada na

¹¹⁹² Embora a Resolução 1441 tenha de fato afirmado o descumprimento iraquiano das regras do cessar-fogo, citando nominalmente as Resoluções 678 e 687 entre outras, e tenha lembrado que a continuação disto traria sérias conseqüências ao Iraque, não se pode depreender disto uma autorização expressa do uso da força em relação ao descumprimento de uma obrigação imposta doze anos antes. Até mesmo porque a Resolução foi aprovada por membros do Conselho de Segurança claramente contrários à guerra, como a França. Ademais, a Resolução estabelece em sua maior parte os procedimentos de inspeção das armas pela Agência Internacional de Energia Atômica e pela Comissão de Monitoramento, Verificação e Inspeção das Nações Unidas, providências incompatíveis com a autorização do uso da força militar, ainda não considerada como alternativa. *S/RES/1441*. In: *www.un.org*

¹¹⁹³ “Security Council Resolution 1441 decided categorically - in a binding manner under Chapter VII of the Charter – that ‘Iraq has been and remains in material breach of its obligations under relevant resolutions, including resolution 687’, insofar as disarmament obligations are concerned. The Security Council further decided to give Iraq ‘a final opportunity to comply with its disarmament obligations’ by giving U.N. inspectors a full account of its programs to develop weapons of mass destruction. Once a ‘material breach’ of the cease-fire agreement (rooted in resolution 687) was conceded by the Security Council to exist, the decision whether and when to recommence military operations was vested in the other side to the armed conflict under the Hague Regulations and the Vienna Convention, to wit, the (restructured) coalition”. DINSTEIN, Yoram. *Comments on war*, op.cit. p. 890.

¹¹⁹⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgement, I.C.J. Reports*, 1986, op.cit. p. 14; GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 190-192.

¹¹⁹⁵ MANI, Venkateswara.Subramanian. “Humanitarian” *Intervention Today*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International, tome 313*, op.cit. p. 258.

¹¹⁹⁶ *Idem*, p. 188.

guerra contra o Afeganistão. Isto causa uma profunda desestabilização da ordem internacional¹¹⁹⁷.

Michael BYERS mostra-se também inequivocamente favorável à interpretação restritiva do direito de legítima defesa. Segundo ele, com base na conhecida regra de interpretação dos tratados da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o art. 51 deve ser interpretado de acordo com o “sentido comum das palavras”, o que restringe a legítima defesa ao “caso de ocorrer um ataque armado”. Os critérios estabelecidos pelo *caso Caroline* só poderiam ter aplicação se o artigo 51 fosse ignorado, reinterpretado ou alterado pela prática internacional dos Estados. Mas não é isto que ocorre. A alegação de legítima defesa antecipatória por Israel na destruição de um reator nuclear iraquiano em Osirak – que de fato constitui uma legítima defesa preventiva, já que lidava com uma ameaça futura – foi amplamente rechaçada pela comunidade internacional na Assembléia Geral, por meio da Resolução 36/27, e unanimemente no Conselho de Segurança, por meio da Resolução 487¹¹⁹⁸. O Conselho expressamente condenou o bombardeio como uma violação à norma instituída no art. 2º (4) da Carta¹¹⁹⁹.

A extensão da legítima defesa antecipatória para preventiva estabelecida pela *Doutrina Bush* é criticada por BYERS em suas múltiplas dimensões.

O jurista observa que os ataques preventivos provavelmente não são a melhor forma de enfrentar a ameaça das Armas de Destruição em Massa (ADMs). De fato, elas já representam uma ameaça desde o final do século XIX. Por muito tempo desde a criação das Nações Unidas, os Estados Unidos não reivindicaram um controle duro sobre este tipo de armamento. Mais especificamente no governo de George W. BUSH, tomaram diversas providências contraditórias com o suposto interesse de contenção das ADMs. Conseguiram, por meio de inúmeras pressões, afastar, em plena vigência do mandato, o Diretor-Geral da Organização para a Proibição de Armas Químicas

¹¹⁹⁷ Idem, p. 186.

¹¹⁹⁸ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, op.cit. p. 133.

¹¹⁹⁹ “Considering that, under the terms of article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations, ‘all members shall refrain in their international relations from the threat or the use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations’,

1. Strongly condemns the military attack by Israel in clear violation of the Charter of the United Nations and the norms of international conduct

2. Calls upon Israel to refrain in the future from any such acts or threats thereof’. *SC/Res. 487 (1981)*. In: *www.un.org*.

(OPAQ), o diplomata brasileiro José BUSTANI. Desobedeceram ao Tratado de Não-Proliferação Nuclear ao desenvolverem armas nucleares de campo para penetração em *Bunkers* e destruição de produtos químicos. Também se opuseram ativamente à criação do Tribunal Penal Internacional¹²⁰⁰.

O governo de George W. BUSH. depreciou, com efeito, todas as alternativas multilaterais de controle das ADMs em favor da política de intervenções militares preventivas. Este método traz consigo profunda instabilidade internacional, pois cada país decide por si qual ameaça mereceria um ataque militar preventivo. A consequência evidente disto é a atribuição de um poder quase ilimitado aos Estados mais poderosos de utilização da força armada nas relações internacionais, ferindo de morte o art. 2º (4) da Carta¹²⁰¹. A única alternativa de uso da força antecipada na ausência de um ataque armado, sustenta BYERS, é por meio do Conselho de Segurança. Este poderia agir se houvesse provas da iminência de um ataque com armas de destruição em massa. Tal restrição ao unilateralismo beligerante configura uma garantia do Direito Internacional de proteção dos Estados mais fracos militarmente cuja finalidade consiste na manutenção da igualdade soberana dos Estados¹²⁰².

Quando os Estados Unidos agem unilateralmente e ainda por cima questionam o caráter obrigatório do Direito Internacional, este tem sua própria existência ameaçada como tal. A estratégia de mudança das normas jurídicas de regulação do uso da força por meio da inserção da legítima defesa preventiva na prática internacional, com o necessário e correlato desprezo em relação às restrições presentes na Carta das Nações Unidas, pode acarretar o surgimento de um *sistema imperial de Direito Internacional* no âmbito das regras sobre o uso da força armada. Isto traria uma profunda hierarquização do Direito Internacional, cujo resultado seria sua indelével deformação, já que a igualdade soberana é talvez sua principal nota característica e uma das principais garantias aos Estados mais fracos¹²⁰³. Mas ela o é não por representar uma descrição utópica de igualdade de poder e bem-estar a todos os Estados, e sim por constituir uma

¹²⁰⁰ BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. p. 99.

¹²⁰¹ BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. p. 99-101.

¹²⁰² Idem, p. 100.

¹²⁰³ BYERS, Michael. *Preemptive Self-defense: Hegemony, Equality and Strategies of Legal Change*, op.cit. p. 189; SIMPSON, Gerry. *Great Powers and Outlaw States – Unequal Sovereigns in the International Legal Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 280-253; PAULUS, Andreas L. *Antinomies of Power and Law: A Comment on Robert Kagan*. In: *German Law Journal*, Vol. 4, nº 9, 2003, p. 884.

ficção jurídica essencial do Direito Internacional sobre como criar e impor normas obrigatórias aos Estados¹²⁰⁴.

CANÇADO TRINDADE talvez seja, nos últimos anos, um dos jusinternacionalistas a combater com mais veemência as doutrinas de expansão da legítima defesa. É especialmente movido pela guerra do Iraque em 2003, que considera uma das mais evidentes violações do Direito Internacional das últimas décadas. Repudia a proliferação de doutrinas positivistas e realistas porque estas incitam tanto a intolerância do “choque de civilizações” como a força bruta de intervenções militares supostamente “humanitárias” e de guerras preventivas ou antecipatórias¹²⁰⁵. Condena também os apologistas da “guerra contra o terror”: o terrorismo não pode ser combatido com suas próprias armas. Em suma, a força bruta gera a força bruta, as violações extremas dos direitos humanos, a degradação dos laços culturais e sociais, a instrumentalização do homem como serviçal da aniquilação mútua¹²⁰⁶.

O autor condena a subserviência ao poder do realismo político e do positivismo voluntarista, a inadequação e a precariedade de seus modelos analíticos, estáticos e limitados. As suas investigações acerca das relações internacionais acontecem sob a perspectiva exclusiva dos interesses dos Estados e da luta pelo poder em um período determinado, mas concebido como um dado perene da realidade¹²⁰⁷. Não têm

¹²⁰⁴ PAULUS, Andreas L. *Antinomies of Power and Law: A Comment on Robert Kagan*, op.cit. p. 883.

¹²⁰⁵ “E lamentavelmente, as Universidades não só brasileiras como de tantos outros países, encontram-se hoje infestadas de positivistas e realistas, o que explica o preocupante declínio no cultivo da ciência jurídica e das ciências sociais. Difundem-se, no âmbito do Direito Internacional, sem o menor espírito crítico, pseudo-doutrinas como as de ‘recurso à força’, das ‘contramedidas’, das intervenções supostamente ‘humanitárias’, da chamada ‘guerra preventiva’, da ‘ação de preempção’, da ‘legítima defesa antecipatória’ nas relações interestatais, dos ‘limites’ e da ‘fragmentação’ do direito internacional, do ‘conflito de civilizações’, dentre outras, que prestam um desserviço ao Direito Internacional, ignoram os princípios gerais do direito, além de desvendar as distorções, a letargia e a indigência mental de segmentos da ‘doutrina’ jusinternacionalista contemporânea”. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Recta Ratio Nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade*. In: *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 21.

¹²⁰⁶ Idem, pp. 22-23.

¹²⁰⁷ A crítica parte, no entanto, de uma leitura de uma leitura um tanto descuidada do Realismo Político, ao menos na concepção de seu maior representante contemporâneo, Hans MORGENTHAU: “Enquanto o realista acredita realmente que o interesse é o padrão constante com base no qual a ação política deve ser julgada e dirigida, a conexão contemporânea entre o interesse e a nação constitui um produto da história, motivo por que está destinado a desaparecer no curso dessa mesma história. Nada, na posição realista, invalida a presunção de que a presente divisão do mundo político em estados-nações será um dia substituída por unidades de maiores dimensões de natureza muito diferente e mais consentâneas com as potencialidades técnicas e exigências morais do mundo contemporâneo”. MORGENTHAU, Hans. *A política entre as nações – A luta pelo poder e pela paz*. Tradução de Oswaldo Biato. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2003, p. 19

discernimento sobre as mudanças históricas responsáveis tanto pelo surgimento do próprio Estado, a matriz de suas preocupações teóricas, como por evoluções do Direito Internacional imprevisíveis a seus modelos rígidos, particularmente o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tratam a realidade como permanente e inevitável e justificam a primazia da ordem sobre as exigências dos princípios de justiça. São servis à *razão de Estado*¹²⁰⁸.

CANÇADO TRINDADE afirma o primado da *razão da humanidade* sobre a *razão de Estado*¹²⁰⁹. Sustenta uma concepção universalista e ética de Direito Internacional resgatada de seus fundadores, como VITÓRIA e GROTIUS. A comunidade universal de Direito predomina em relação à vontade estatal, nos mesmos termos do *totus orbis* vitoriano. A *recta ratio* dota o Direito Internacional de um fundamento ético objetivo, imprimindo-lhe universalidade. O *jus gentium* do século XXI deriva da chamada *consciência jurídica universal*, a sua fonte material por excelência¹²¹⁰.

O resgate dos “fundadores” não significa, todavia, um anacronismo representado pela volta do “direito natural” clássico, mas sim a instituição de um padrão de avaliação da justiça do Direito positivo¹²¹¹. A moralização do Direito contribui para a afirmação e a materialização, no âmbito axiológico, das obrigações dos Estados relativas aos direitos humanos em face da comunidade internacional. É necessária a reconstrução do Direito Internacional com base em um fundamento objetivo para enfrentar as doutrinas nefastas defensoras do voluntarismo e da *razão de Estado*. Embora o mundo atual seja em muito distinto daquele dos fundadores do Direito Internacional, o anseio de unificação harmônica da humanidade ainda continua¹²¹². Esta concepção clássica é capaz de auxiliar a recriação do Direito Internacional em bases humanistas e universais, fundando um novo *jus gentium* para o século XXI, um *Direito Universal da Humanidade* que se

¹²⁰⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Recta Ratio Nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade*., op.cit. p. 23.

¹²⁰⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón del Estado*. In: *A humanização do Direito Internacional*, op.cit. p. 127.

¹²¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Recta Ratio Nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade*. In: *A Humanização do Direito Internacional*, op.cit. p. 14.

¹²¹¹ Idem., p. 14.

¹²¹² Idem, pp. 15-16.

preocupa primordialmente com a identificação e concretização dos interesses e valores superiores, concernentes a toda a humanidade¹²¹³.

O jusinternacionalista, como se vê, resgata os fundamentos teóricos dos fundadores do Direito Internacional para edificar um Direito Universal preocupado com a realização da justiça¹²¹⁴. Esta, no entanto, somente pode ser satisfeita por meio do Direito e não pelo uso discricionário da força. O resgate dos fundadores é, portanto, seletivo. Não há qualquer menção do jusinternacionalista à teoria da guerra justa formulada pelos mesmos autores cuja retomada promove. CANÇADO TRINDADE utiliza-se somente de seus fundamentos teóricos, mas não de sua aplicação à guerra. De fato, seu embevecimento pela idéia da contraposição tão flagrante entre *Direito e Força* e a sua oposição à carnificina generalizada das guerras no contexto da atual crise de valores parece por vezes tangenciar um pacifismo não defendido pelos fundadores do Direito Internacional objetos de sua inspiração. Mas esta impressão é afastada quando ele qualifica o uso da força não-autorizada e unilateral como “não-civilizado”, o que nos permite concluir que existe um uso da força a serviço da “civilização”, em favor do cumprimento das normas jurídicas internacionais¹²¹⁵. O uso justo da força é aquele autorizado pelo Direito positivo, não pelo padrão moral responsável pela avaliação de sua justiça. Para CANÇADO TRINDADE, qualquer guerra não-autorizada juridicamente seria, portanto, injusta e incivilizada.

O jusinternacionalista opõe-se ferozmente à idéia de legítima defesa preventiva. Esta permitiria a generalização indiscriminada do uso da força armada pelos poderosos. Se doutrina semelhante tivesse sido aplicada durante a Crise dos Mísseis de 1962, a humanidade já não mais existiria. O Conselho de Segurança oferece a resposta institucional necessária à manutenção ou à restauração da paz e da segurança internacionais, e não a legítima defesa preventiva arbitrariamente julgada e praticada. O autor refuta, ademais, a idéia de legítima defesa antecipatória, que desafia os princípios ligados à paz instituídos com o advento da Carta das Nações Unidas. Na verdade, para ele, o que previne e antecipa não é a força, mas o Direito¹²¹⁶.

¹²¹³ Idem, pp. 18-19.

¹²¹⁴ Idem, pp. 26-27.

¹²¹⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 316 – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 122, 136.

¹²¹⁶ Idem, pp. 129-130.

A legítima defesa preventiva nunca poderia cumprir com o requisito da proporcionalidade necessário ao exercício da legítima defesa, uma vez que não houve ataque armado. Isto provocaria então um absurdo jurídico porque não existe critério de proporcionalidade possível para sua prática. Ela não estaria sujeita a esta limitação enquanto a legítima defesa após um ataque armado deveria submissão a ela¹²¹⁷.

De modo idêntico a Michael BYERS, CANÇADO TRINDADE ressalta que a legítima defesa preventiva constitui uma alternativa possível somente às grandes potências, o que fulminaria o princípio da igualdade soberana dos Estados ao instaurar uma hierarquia fundada apenas nas diferenças materiais de poder que possibilitam a utilização arbitrária da autoajuda em um ambiente internacional anárquico. O uso preventivo da força representa um retrocesso em relação às conquistas do Direito Internacional instituído com o advento da Carta da ONU. Nada neste diploma autoriza o uso preventivo da força armada unilateral por um Estado ou por um grupo deles (uma *coalizão dos dispostos*) com base no pretexto do desmonte de arsenais de Armas de Destruição em Massa. A guerra do Iraque representa, de fato, uma das maiores afrontas das últimas décadas ao Direito Internacional. Para cumprir com este desiderato, existem diversos mecanismos multilaterais no Direito Internacional Contemporâneo, como as convenções de desarmamento e o uso da força autorizado pelo Conselho de Segurança em caso de ameaça à paz, ruptura da paz ou de atos de agressão. As reformas do Conselho são extremamente necessárias na atualidade, a fim de que este melhor efetive o princípio da igualdade soberana dos Estados¹²¹⁸.

O uso preventivo da força armada instaura a barbárie incivilizada. As nações civilizadas na atualidade – distintamente do sentido colonialista estudado por Martti KOSKENNIEMI em *The Gentle Civilizer of Nations* – são aquelas que reconhecem o primado do Direito sobre a força bruta como um imperativo de *jus cogens*¹²¹⁹. CANÇADO TRINDADE afirma que uma nova ordem internacional não pode ser fundada sobre o uso unilateral e agressivo da força armada¹²²⁰ – e isto foi comprovado

¹²¹⁷ Idem, p. 130.

¹²¹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 316 – Académie de Droit International*, op.cit. p. 131.

¹²¹⁹ Idem, p. 139.

¹²²⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 316 – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 140-141.

pelo flagrante fracasso do projeto revolucionário da *Doutrina Bush*. Um Estado - ou um grupo deles - não pode se autonear defensor da civilização por meio de uma guerra agressiva, devastadora e ilegal. Quando o fazem somente provocam a barbárie contra a qual declaram lutar¹²²¹.

3.4.3.2 Realismo em Hans MORGENTHAU e Michael GLENNON

Quando Martti KOSKENNIEMI expõe em sua obra sobre a estrutura da argumentação jurídica internacional o ceticismo doutrinário em relação ao próprio Direito Internacional, aponta duas características peculiares. A primeira, baseado em Hans MORGENTHAU, de que esta concepção nasce como uma resposta ao esgotamento do *Direito de Genebra*. Para ela, as doutrinas do então emergente Direito Internacional da primeira metade do século passado são utópicas e inconscientes da primazia da realidade política. A segunda, de que as normas jurídicas internacionais não vinculam nem uniforme nem categoricamente. Além de periférico, o Direito Internacional é ainda por cima “normativamente flexível”, ou seja, vincula mais ou menos a depender da cambiante realidade política¹²²².

KOSKENNIEMI aponta a improbabilidade de que alguma vez um jurista tenha apresentado um argumento puramente cético sobre o Direito Internacional; preferem conferir-lhe certa relevância na vinculação dos comportamentos ao menos em temas periféricos e de pouco interesse. Todavia, para ele, MORGENTHAU é aquele cuja obra melhor representa as características cruciais distintivas da argumentação cética¹²²³.

O ceticismo tal como exposto por MORGENTHAU não se limita ao próprio Direito Internacional quando confrontado com a realidade política guiada pelos interesses de poder, mas também, ao adotar o relativismo valorativo weberiano, à possibilidade de vinculação de uma argumentação moral universalista na política internacional, como uma teoria concernente à justificação moral da guerra, a teoria da

¹²²¹ Idem, p. 141.

¹²²² KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 197; MORGENTHAU, Hans. *Positivism, Functionalism, and International Law*. In: *American Journal of International Law*, vol. 34, issue 2, 1940, p. 264.

¹²²³ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, op.cit. p.

guerra justa. A única virtude possível na política internacional é a prudência, a sua adaptação da ética da responsabilidade weberiana¹²²⁴.

O ceticismo de MORGENTHAU não se estende, de fato, à própria existência do Direito Internacional como um conjunto de regras legais de cunho obrigatório¹²²⁵. Este constitui, no entanto, um tipo de legislação primitiva porque absolutamente descentralizada. Por outro lado, o reconhecimento de sua existência não implica a sua eficácia na contenção e na regulação da luta pelo poder na política internacional. Muito pelo contrário, é ineficiente tanto na delimitação dos poderes das potências sustentáculos do atual *statu quo* como no impedimento das mudanças provocadas por políticas imperialistas¹²²⁶. E, como nota ARON, isto se evidencia claramente no colapso do sistema jurídico da Sociedade das Nações e do Pacto Briand-Kellogg pela sua total incapacidade de impedir a ação dos Estados revolucionários insatisfeitos com a ordem então estabelecida¹²²⁷.

Neste sentido é que MORGENTHAU ataca duramente os positivistas jurídicos internacionais porque não revisam os seus pressupostos mesmo diante da recorrente vitória da realidade fática sobre suas hipóteses teóricas. O autor os compara a feiticeiros primitivos que procuravam expurgar os males pelo recurso reiterado a “fórmulas mágicas”¹²²⁸ como a noção “igualdade soberana”, uma ficção tão contrariada pelas distorções de poder da realidade política internacional que acaba por se tornar irrelevante¹²²⁹.

¹²²⁴ “Morgenthau’s attempt to create constraint over foreign policy decision-making in an anarchic international environment by *focusing* on prudent statesmanship resembles Weber’s recourse to an ethic of responsibility as a substitute for the controlling force of determining formal rules or binding ethical principles. In both, there is a tragic aspect to their proposal, and it is hard to tell whether they had much faith in its realization. Moreover, Morgenthau ‘prudence’ turned inwards, to the national community (national interest), and could work as an argument about acceptable international order only by a further assumption about an invisible hand that could not be sustained by his anthropological pessimism”. KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and the Fall of International Law 1870-1960*, op.cit. pp. 487-488.

¹²²⁵ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A luta pelo poder e pela paz*, op.cit. p. 508.

¹²²⁶ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A luta pelo poder e pela paz*, op.cit. p. 508; KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and the Fall of International Law 1870-1960*, op.cit. p. 454.

¹²²⁷ ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 137.

¹²²⁸ MORGENTHAU, Hans. *Positivism, Functionalism, and International Law*. In: *American Journal of International Law*, vol. 34, issue 2, 1940, p. 260.

¹²²⁹ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A luta pelo poder e pela paz*, op.cit. p. 12. Raymond ARON, todavia, não se resume traçar a incompatibilidade entre o formalismo jurídico da

O autor critica o positivismo jurídico, a concepção ainda dominante no Direito Internacional e o seu próprio reflexo ideológico, por criar uma *metafísica negativa* em resposta à refutação *a priori* de todos os elementos considerados *metafísicos*. Com isto, estabelece-se uma contradição com o próprio móvel do positivismo de se tornar uma ciência positiva porque ignora a necessidade do exame imparcial da realidade fática¹²³⁰. Erroneamente, ao defender uma legalidade abstrata auto-suficiente com pretensões de inteireza lógica, o positivismo jurídico internacionalista desconsidera as outras esferas normativas como a ética e a moral, além de ignorar, na esfera social, os componentes psicológicos, econômicos e políticos. Ao isolá-los do Direito Internacional, este perde qualquer contato com a realidade¹²³¹. As regras internacionais devem ter sua interpretação guiada justamente por estas esferas moldadoras da realidade cuja regulação o Direito Internacional pretende realizar¹²³².

MORGENTHAU defende uma teoria *funcionalista* do Direito Internacional. Uma teoria científica do Direito Internacional deve aproximar-se da realidade e, por isto, ele a denomina realista. As regras jurídicas devem estabelecer uma relação funcional uniforme com as forças psicológicas, políticas sociais e econômicas: estas e aquelas se determinam reciprocamente¹²³³.

O Direito Internacional é, com efeito, uma bifurcação da *política do poder*. Existe em função do *equilíbrio do poder*, de um lado, quando não existem interesses

igualdade soberana e as disparidades de poder da realidade política. Aponta, efetivamente, uma evolução neste aspecto: “[A ordem jurídica criada depois da Segunda Guerra] É uma ordem jurídica que abrange a quase totalidade da população do globo (...). Por isto mesmo, ela se aplica a uma realidade histórica e politicamente heterogênea. Heterogeneidade apoiada no princípio da igualdade dos Estados e que reflete a diversidade das próprias unidades políticas: o Iêmen, a Libéria e o Haiti têm sua soberania proclamada com título igual ao da União Soviética, Grã-Bretanha e Estados Unidos da América, com as mesmas prerrogativas. Alguns vêm nisto um progresso decisivo com relação à conjuntura diplomática do começo do século, quando os europeus consideravam normal o domínio que exerciam sobre tantos povos não-europeus. Favorável ou não, a evolução é incontestável: há cinquenta anos, a igualdade jurídica era concedida a poucos Estados fora da esfera européia e americana; hoje, é estendida a todas as outras unidades políticas, quaisquer que sejam seus recursos ou instituições. O direito internacional, que a princípio era o das nações cristãs, e depois o das nações civilizadas, se aplica hoje às nações de todos os continentes, desde que sejam pacíficas ou “amantes da paz”. ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*, op.cit. pp. 140-141.

¹²³⁰ MORGENTHAU, Hans. *Positivism, Functionalism, and International Law*. In: *American Journal of International Law*, vol. 34, issue 2, 1940, pp. 268-269.

¹²³¹ MORGENTHAU, Hans. *Positivism, Functionalism, and International Law*. In: *American Journal of International Law*, vol. 34, issue 2, 1940, pp. 267; KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, op.cit. p. 198.

¹²³² MORGENTHAU, Hans. *Positivism, Functionalism, and International Law*. In: *American Journal of International Law*, vol. 34, issue 2, 1940, pp. 269.

¹²³³ Idem, pp. 273-274.

convergentes entre os Estados, e da *comunidade de interesses*, do outro, quando os Estados possuem interesses idênticos. Se não há nenhum dos dois, não há Direito Internacional¹²³⁴.

Neste sentido, o autor estabelece a validade das normas jurídicas internacionais não em relação a uma teoria das fontes, mas à probabilidade fática de uma violação ser objeto de sanção¹²³⁵. A vinculação ao Direito Internacional é contextual porque dependente da distribuição de poder do momento, e a sua universalidade, então, se esvai. E este é o problema principal das regras jurídicas sobre o uso da força armada nas relações internacionais, porque sua validade depende da capacidade de que, dentro das relações de poder existentes na realidade internacional, haja a punição do recalcitrante. As considerações acerca do poder, e não acerca do Direito, é que condicionam a implementação da sanção e validam a regra jurídica. Uma regra violada não seguida por uma sanção é apenas um desejo, uma sugestão, mas não uma regra válida de Direito Internacional¹²³⁶. Daí o seu papel ainda marginal na regulação da realidade política internacional concebida como uma luta pelo poder, porque vincula mais ou menos a partir da diminuição ou do aumento da probabilidade de fato da sanção à conduta desobediente¹²³⁷. Neste sentido, não se deve medir a importância do Direito Internacional em tempos de calma, assinala ARON, mas nos de acirramento dos conflitos – e é justamente neles que o Direito Internacional demonstra sua irrelevância, particularmente no que se refere à guerra. A *Paz pelo Direito* é ainda uma quimera longínqua¹²³⁸.

¹²³⁴ Idem, p. 276.

¹²³⁵ MORGENTHAU assinala que as normas relativas à comunidade de interesses são quase que autoimplementáveis porque não há motivo para forçar seu cumprimento, já que são úteis para todos os Estados. E quando há descumprimento destas normas, “costuma-se dar uma satisfação à parte prejudicada, quer voluntariamente, quer como consequência de uma decisão judicial”, Continua ele, “É digna de menção a circunstância de que, dos milhares de decisões judiciais pronunciadas durante o último século e meio, só em menos de dez casos houve recusa de execução voluntária pela parte perdedora”. Portanto, “as normas de direito internacional, em sua grande maioria, deixam de ser afetadas pela fraqueza de seu sistema de implementação, uma vez que a observância voluntária de tais normas pelas partes evita a necessidade de se recorrer a mecanismos de cumprimento compulsório”. MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A luta pelo poder e pela paz*, op.cit. p. 541.

¹²³⁶ MORGENTHAU, Hans. *Positivism, Functionalism, and International Law*. In: *American Journal of International Law*, vol. 34, issue 2, 1940, pp. 276-278; MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A luta pelo poder e pela paz*, op.cit. p. 541.

¹²³⁷ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A luta pelo poder e pela paz*, op.cit. pp 49, 52; KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, op.cit. p. 198.

¹²³⁸ ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*, op.cit. p. 670.

Neste sentido, Martti KOSKENNIEMI assinala que o ceticismo ao mesmo tempo em que diferencia, identifica o Direito com a Política. Estabelece um critério distintivo entre os dois, a probabilidade da sanção; por outro lado, nega-a ao condicioná-la a um puro fato sociológico – ou seja, estabelece-se a força obrigatória do Direito por aquilo que é politicamente efetivo, indiferenciadas, portanto, as controvérsias políticas das jurídicas¹²³⁹.

A Carta das Nações Unidas é a última tentativa de superação desta fraqueza relacionada à imposição coercitiva do Direito Internacional. Mas a descentralização deste aliada à sua ineficácia persiste porque as ações militares concernentes ao capítulo VII da Carta das Nações Unidas dependem da concordância dos Estados para entrar em operação¹²⁴⁰. Ademais, o poder de veto dos membros permanentes do Conselho de Segurança reafirma a descentralização do poder de punir, uma vez que somente um deles pode impedir a implementação de uma sanção desejada por toda a comunidade internacional¹²⁴¹. O poder de veto inviabiliza a “imposição de restrições efetivas à luta pelo poder no cenário internacional”.¹²⁴²

As sanções no campo militar são, desse modo, condicionadas à distribuição do poder nas relações internacionais, e não às considerações relativas à violação de Direito Internacional. Ademais, as Nações Unidas não possuem forças armadas próprias com poderio militar superior a qualquer Estado do mundo individualmente – um requisito imprescindível para que possa haver efetivamente uma centralização do Direito Internacional¹²⁴³.

MORGENTHAU constata que todas as tentativas de conferir eficiência ao Direito Internacional por meio da centralização da aplicação das sanções fracassaram em virtude das condições políticas gerais. A descentralização, inevitável em razão da soberania dos Estados, ainda é uma característica essencial do Direito Internacional

¹²³⁹ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, op.cit. p. 199.

¹²⁴⁰ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A luta pelo poder e pela paz*, op.cit. pp. 555-556.

¹²⁴¹ Idem, pp. 556-559.

¹²⁴² Idem, p. 559.

¹²⁴³ Idem, pp. 556-562.

desde o Direito Internacional geral, passando pela Liga das Nações e pela Carta das Nações Unidas¹²⁴⁴.

A concepção realista de MORGENTHAU recusa a aplicação de princípios morais abstratos nas relações entre os Estados na realidade política internacional. O indivíduo pode dar-se ao luxo de se sacrificar em nome de uma concepção moral, mas isto não é permitido aos Estados, porque dele depende a segurança das pessoas que o integram – e por isto, um Estado não pode deixar de obter uma vitória política em nome da segurança nacional pela desaprovação moral de uma conduta. Ele não é guiado em suas ações por uma ética de princípios, pela conformidade de uma ação com uma lei moral dada, mas por uma ética política que leva em conta as conseqüências políticas da ação – a ética da responsabilidade weberiana. Não é possível uma política externa guiada por princípios éticos, porque a ética para MORGENTHAU é situacional, dirigida pela prudência¹²⁴⁵. Desse modo, o autor rechaça a idéia de que um Estado possa justificar uma guerra moralmente a partir de um ponto de vista da ética abstrata.

O autor rejeita igualmente a identificação por um Estado de suas ações com leis morais universais, pois é impossível saber ao certo o que é bom ou mau nas relações internacionais. Igualar os atos de um determinado nacionalismo à Providência divina ou a um princípio moral de natureza ideal é politicamente deletério porque dá ensejo a cruzadas, intensifica os conflitos internacionais. Nações e civilizações são destruídas em nome de Deus ou de um princípio moral ideal¹²⁴⁶.

Com efeito, MORGENTHAU segue a idéia de SCHMITT relativa ao recrudescimento da violência das guerras após o colapso do *jus publicum europaeum*. A linguagem legal-moralista – como a idéia de “nações amantes da paz” constante da Carta das Nações Unidas – resgata o caráter religioso das guerras da Antigüidade e da maior parte da Idade Média. Abandona-se a limitação da violência da guerra como um duelo público formal entre Estados característica da Era Moderna e representada pela idéia de *iustus hostis*. De fato, o Direito Público Europeu não criminaliza a guerra; legaliza-a e limita sua violência. Mas após sua derrocada, o inimigo passa a ser tratado

¹²⁴⁴ Idem, pp. 564-565.

¹²⁴⁵ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A Luta pelo Poder e pela paz*. Tradução de Oswaldo Biato. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, pp. 20-21; KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and the Fall of International Law 1870-1960*, op.cit. p. 469.

¹²⁴⁶ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A luta pelo poder e pela paz*, op.cit. p.

como um criminoso no sentido teológico¹²⁴⁷. Na mesma linha, Raymond ARON aponta a distinção crucial entre estes períodos do Direito Internacional quanto às concepções de guerra legal e guerra criminosa no que diz respeito ao diferencial de brutalidade:

Considerando-se a guerra como legal, os beligerantes podiam ver seus inimigos sem ódios ou vituperações. Eram os Estados que se combatiam, não as pessoas que os compunham. Sem dúvida a legalidade da guerra não resolvia o problema moral de saber se a guerra era justa ou não. Mas o beligerante, ainda que responsável por uma guerra injusta, não deixava de ser um inimigo legal¹²⁴⁸.

Para MORGENTHAU a guerra torna-se ideológica ao resgatar o componente religioso. Seus combatentes não lutam mais pela glória nacional, mas por valores e modos de vida; combatem em uma “cruzada” na qual somente um dos lados possui a virtude. Em consequência disto, para defender um ideal ou um modo de vida, não há qualquer limitação nos meios de guerrear. Os adversários devem ser totalmente eliminados, extinguindo-se a distinção entre os combatentes e a população civil apenas porque não estão ao lado da verdade, da virtude, do ideal ou da filosofia de vida correta. Suprime-se o dever moral de poupar os inimigos, mesmo feridos e enfermos, em nome “do dever moral de punir e varrer da face da terra os professores e praticantes do mal”¹²⁴⁹. E isto se concretiza na Segunda Guerra Mundial, durante a qual os beligerantes procedem à justificação moral de extermínios e massacres cometidos a fim de “abrandar os escrúpulos morais, ou talvez mesmo livrar-se deles”¹²⁵⁰.

SCHMITT, em sentido idêntico, assevera que o universalismo moralista exclui qualquer forma de limitações da guerra internacional. Quando um dos lados monopoliza e confisca o conceito de humanidade – que não é político porque impossível a distinção amigo-inimigo – para justificar uma guerra, retira-se a condição de ser humano do adversário. Este é concebido como um criminoso contra a humanidade, e “uma guerra

¹²⁴⁷ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A luta pelo poder e pela paz*, op.cit. pp. 444-446; SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*, op.cit. p. 54; KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and the Fall of International Law 1870-1960*, op.cit. p. 462.

¹²⁴⁸ ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, pp. 135-136.

¹²⁴⁹ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A luta pelo poder e pela paz*, op.cit. p. 447.

¹²⁵⁰ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A Luta pelo Poder e pela paz*, op.cit. p. 448.

pode então ser guiada na direção da mais extrema desumanidade”¹²⁵¹, de modo semelhante às contraposições entre cristãos e infiéis, helenos e bárbaros¹²⁵². De fato, o conceito de humanidade tem sido para SCHMITT, em sua feição ético-humanitária, um instrumento de manipulação ideológica a serviço do imperialismo, especialmente o econômico. Uma política com o escopo de abranger toda a humanidade é uma política imperial, daí que o autor adapta o aforismo de PROUDHON e declara sua desconfiança de que “quem invoca a humanidade quer trapacear”¹²⁵³.

O ceticismo de MORGENTHAU também se revela no âmbito dos direitos humanos. É igualmente vedado a um país impor coativamente os seus princípios morais em relação a todos os outros ou a uma parcela deles nesta área da moralidade internacional. Neste sentido, o autor adota um relativismo entre política externa e princípios morais: existe um relativismo em termos culturais, ou seja, certos princípios são seguidos em determinados Estados ou civilizações, mas não em outros, e existe igualmente um relativismo em termos temporais, isto é, alguns princípios são obedecidos em determinadas épocas e em outras não¹²⁵⁴.

A possibilidade de imposição coativa dos direitos humanos requer o pressuposto de sua validade universal para todos os povos. MORGENTHAU recusa-se a ingressar em um debate de cunho filosófico ou teológico acerca de sua fundamentação. Seu argumento relativista resume-se a reconhecer que os direitos humanos são necessariamente “filtrados por meio de circunstâncias históricas e sociais, que, por sua vez, conduzem a resultados diferentes, em tempos diferentes e sob condições diferentes”¹²⁵⁵. Ele é, com efeito, favorável à política do exemplo, e não da imposição coercitiva. Não desvaloriza a proteção dos direitos humanos como um princípio abstrato – pelo contrário, expressamente afirma apreciá-lo. Todavia, considera a imposição ou a

¹²⁵¹ SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*, op.cit. p. 54. (tradução livre do autor).

¹²⁵² KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and The Fall of International Law 1870-1960*, op.cit. p. 434.

¹²⁵³ SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*, op.cit. pp. 54-56; KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and The Fall of International Law 1870-1960*, op.cit. p. 434.

¹²⁵⁴ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A Luta pelo Poder e pela paz*, op.cit. p. 476.

¹²⁵⁵ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A Luta pelo Poder e pela paz*, op.cit. p. 477.

punição de outras nações em virtude de violações aos direitos humanos fruto de ignorância, presunção e imprudência¹²⁵⁶.

Além de desacreditar a teoria da guerra justa, MORGENTHAU de fato a repudia – ao menos na dimensão da *justa causa*, do *jus ad bellum* – porque toma, na mesma linha de Carl SCHMITT, a justificação da guerra por meio de valores como uma forma de cruzada contra o mal a ser extirpado do convívio humano. Há sempre um propósito político escuso por trás da alegação de uma justa causa em defesa da humanidade. Neste sentido, ambos provavelmente reprovariam a *justificativa moral* de proteção dos direitos humanos da intervenção humanitária do Kosovo.

MORGENTHAU reprova uma política de imposição militar de respeito dos direitos humanos tanto do ponto de vista de seu relativismo axiológico no que se refere à chamada ética de princípios, uma vez que os direitos humanos não têm validade universal e são filtrados pelas condições históricas e sociais, como do ponto de vista da ética da responsabilidade, pois imprudente (“não minimiza riscos nem maximiza vantagens”¹²⁵⁷) e até “quixotesca”¹²⁵⁸. Por outro lado, a guerra do Kosovo poderia ser justificável com base nos benefícios estratégicos ao interesse nacional dos interventores, como a proximidade geográfica da região em relação ao território europeu, ou a instabilidade internacional causada pelo fluxo de refugiados.

Já na atualidade, o jurista norte-americano Michael J. GLENNON é um dos mais importantes defensores de uma posição cética tanto em relação ao contemporâneo Direito Internacional sobre o uso da força armada, que considera extinto após a guerra do Kosovo, quanto ao que ele chama de outros “sistemas de validação”, como a justiça, a moralidade, o direito natural ou a legitimidade¹²⁵⁹. Adota, com efeito, o mesmo relativismo axiológico de MORGENTHAU inviabilizador da defesa de uma guerra baseada em um princípio moral e a mesma descrença quanto ao papel do Direito Internacional Público Contemporâneo na regulação do tema da guerra.

¹²⁵⁶ Idem, Ibidem.

¹²⁵⁷ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A Luta pelo Poder e pela paz*, op.cit. p. 16.

¹²⁵⁸ MORGENTHAU, Hans. *A Política entre as Nações – A Luta pelo Poder e pela paz*, op.cit. p. 479.

¹²⁵⁹ GLENNON, Michael J. *Limits of Law, Prerogatives of Power – Interventionism After Kosovo*. New York: Palgrave, 2001, p.168.

Na mesma linha de MORGENTHAU, GLENNON afirma que a soberania nada mais é que uma ficção jurídica distante da realidade política internacional. É um mito; há disparidades de poder e de riqueza tão grandes entre os Estados que o conceito de igualdade soberana não pode ser levado a sério. Ademais, tal como MORGENTHAU, afirma que o poder de veto do Conselho de Segurança submete a aplicação de uma sanção não às violações de Direito Internacional, mas às considerações da realidade política internacional, à distribuição do poder. E cita, nesta linha, o próprio MORGENTHAU quando observa a inviabilidade de um sistema jurídico eficaz no qual um só Membro Permanente do Conselho de Segurança pode bloquear uma sanção desejada por todos os Estados do Mundo ¹²⁶⁰.

Ele concorda com a idéia de MORGENTHAU de que a validade do Direito Internacional está submetida à probabilidade fática da sanção ao comportamento violador. O Direito Internacional do uso da força da Carta das Nações Unidas entrou em colapso após a guerra do Kosovo porque a OTAN, mesmo proibida pela Carta das Nações Unidas de praticar tal intervenção, agiu mesmo assim, sem medo de qualquer sanção. Este fato sacramenta a falência de um regime jurídico quase nunca obedecido de fato ¹²⁶¹. O esgotamento foi confirmado com a segunda guerra do Iraque em 2003, na qual o Conselho de Segurança foi mais uma vez solapado pelas forças geopolíticas ¹²⁶².

Se as regras não vêm acompanhadas da reação punitiva, então não passam de mero desejo, afirmou MORGENTHAU. GLENNON subscreve este entendimento e assinala que o Direito Internacional do uso da força atual não passa de mera ficção, incapaz de implementar uma sanção efetiva ao seu descumprimento. Do mesmo modo que MORGENTHAU diagnosticou o colapso do Direito Internacional da Liga das Nações, ele decreta a sentença de morte do regime jurídico de uso da força da Carta das Nações Unidas. O restritivo Direito Internacional atual perdeu também o contato com a realidade política internacional – e o fosso entre os imperativos geopolíticos e o Direito Internacional da Carta já é muito grande para ser preenchido ¹²⁶³.

¹²⁶⁰ Idem, p. 147-152.

¹²⁶¹ GLENNON, Michael J. *Limits of Law, Prerogatives of Power – Interventionism After Kosovo*. New York: Palgrave, 2001, p.144.

¹²⁶² GLENNON, Michael J. *Why the Security Council Failed*. In: *Foreign Affairs*, volume 82, nº 3, May/June, 2003, pp. 16-36.

¹²⁶³ Idem, p. 176.

Neste sentido, aponta que na atualidade existem dois regimes de uso da força no sistema internacional atual. O regime *de jure*, o da Carta das Nações Unidas, baseado na fictícia igualdade soberana das nações e nas regras inflexíveis sobre o uso da força armada, e o regime *de facto*, cujo princípio ordenador não é a igualdade soberana, mas o poder¹²⁶⁴.

Na medida em que um regime jurídico de uso da força se mostra completamente ineficaz a ponto de entrar em colapso, há o estímulo ao recurso de outros sistemas de validação, tais como a justiça, o direito natural, a moralidade. Mas eles não podem ser alternativas válidas porque não são consensuais ou universais. Estes têm significado a partir do ponto de vista do observador – e aqui também se explicita a identificação de GLENNON com MORGENTHAU. Apesar de a intervenção do Kosovo ter sido rotulada como “justa”, “legítima” ou “moral”, não há nenhuma força objetiva nisto, pois estes termos são resultados de variáveis culturais – não têm um significado objetivo e de aceitação universal¹²⁶⁵.

Para GLENNON, não há dificuldades em se compreender porque um sistema de validação alternativo como a “justiça” se mostra tão sedutor. Ele amplia o universo de critérios pelos quais uma intervenção militar pode ser justificada em comparação com uma análise puramente técnico-jurídica. Mas esbarra na dificuldade relativa à objetividade dos critérios. Embora na história do pensamento muitos tenham buscado pela objetividade do conceito de justiça, ele ainda não é disponível. A justiça continua a ser um conceito relativo, cultural e socialmente determinado¹²⁶⁶. Por outro lado, embora o autor compartilhe com MORGENTHAU do relativismo ético, não chega a afirmar que guerras justificadas por valores morais ganham um aspecto de cruzada contra o mal.

Apesar das justificativas retóricas acerca da justiça e da legitimidade das intervenções, na ausência do Direito só restam o poder e a preferências¹²⁶⁷. Na falta de uma moral universal, de um conceito de justiça objetivo, a OTAN intervém militarmente com base na sua própria crença acerca do que é justo¹²⁶⁸. A idéia de dever moral para intervir militarmente não é objetiva, resulta de uma preferência social. E ele

¹²⁶⁴ Idem, p. 177.

¹²⁶⁵ Idem, p. 168.

¹²⁶⁶ GLENNON, Michael J. *Limits of Law, Prerogatives of Power – Interventionism After Kosovo*. New York: Palgrave, 2001, p.169.

¹²⁶⁷ Idem, p. 168.

¹²⁶⁸ Idem, p. 173.

aponta, neste sentido, um caso exemplar de seu relativismo ético: não condenar o genocídio pode ser contra-intuitivo para a maioria das pessoas inseridas em contextos sociais, mas não significa, por outro lado, que não exista quem o aprove moralmente¹²⁶⁹.

A alternativa de GLENNON ao Direito Internacional colapsado consiste na análise do custo-benefício das intervenções militares praticadas pelos Estados¹²⁷⁰. Esta nada mais é que a reformulação da noção de prudência em política externa de MORGENTHAU de minimização dos riscos e maximização das vantagens. As ações são guiadas pela ética política, por suas conseqüências – tudo é visto do ponto de vista conseqüencialista. Este método, ressalva GLENNON, carece de certeza, mas é mais “apto para promover os objetivos políticos do Estado”¹²⁷¹, um claro eco da necessidade de defesa do interesse nacional afirmada por MORGENTHAU¹²⁷².

3.5 Recepção nas Comissões Internacionais e no Relatório do Alto Painel sobre Ameaças, Desafios e Mudança do Secretário Geral das Nações Unidas:

3.5.1. Comissão Independente para o Kosovo e Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal

Comissões Internacionais formadas por importantes doutrinadores e líderes de Estados distribuídos por diversos continentes elaboraram Relatórios sobre o imensamente controverso problema da intervenção humanitária na ordem internacional contemporânea utilizando a linguagem e as condições consagradas pela teoria da guerra justa expressamente em diversas passagens.

¹²⁶⁹ Idem, p. 174.

¹²⁷⁰ Idem, pp. 204-205.

¹²⁷¹ Idem, p. 209.

¹²⁷² MORGENTHAU, Hans. *In defense of national interest - A critical examination of American foreign policy*. New York: Knopf, 1951, passim.

A Comissão Internacional Independente para o Kosovo (*Independent International Commission on Kosovo*), idealizada pelo então Primeiro-Ministro da Suécia Göran Persson e referendada pelo Secretário-Geral da ONU à época, Kofi Annan, elaborou um Relatório final sobre a crise do Kosovo conhecido como *Kosovo Report*¹²⁷³. Persson demonstrara grande inquietação com a ausência de uma análise independente sobre esta tragédia humanitária dotada da capacidade concomitante de aprender com as lições ocorridas no conflito e de sugerir padrões de conduta para o futuro.

O governo canadense e um conjunto de grandes fundações anunciaram na Assembléia Geral da ONU, no ano de 2000, a constituição da Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal (*International Commission on Intervention and State Sovereignty – ICISS*) em resposta ao desafio imposto pelo então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, acerca do estabelecimento de um consenso sobre o tema das intervenções humanitárias¹²⁷⁴. Esta preparou um Relatório final denominado *The Responsibility to Protect*¹²⁷⁵, no ano de 2001, publicado logo após os ataques terroristas de 11 de setembro. Debateu-se com as intrincadas questões jurídicas, morais, políticas e operacionais do debate e trouxe um vasto número de opiniões de diversas regiões do globo para elaborar um Relatório capaz de auxiliar o Secretário-Geral da ONU – assim como a “sociedade civil internacional” – a encontrar um paradigma apto a formar um consenso emergente¹²⁷⁶.

O primeiro Relatório analisa mais especificamente a crise humanitária do Kosovo, suas causas históricas, as tentativas diplomáticas prévias aos bombardeios

¹²⁷³ A Comissão Independente sobre o Kosovo foi constituída por onze membros de diversos Estados do mundo: Dr. Hanan Ashwari, da Palestina; Professora Grace d’Almeida, de Benin; Senador Akiko Domoto, do Japão; Professor Richard Falk, dos Estados Unidos da América; Embaixador Oleg Grinevsky, da Rússia; Professor Michael Ignatieff, do Canadá; Professora Mary Kaldor, do Reino Unido; Professora Martha Minow, dos Estados Unidos da América; Professor Jacques Rupnik, da França; Theo Sommer, da Alemanha e Sr. Jan Urban, da República Tcheca. *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 8.

¹²⁷⁴ A Comissão cita um trecho decisivo em uma declaração de Annan como estímulo central à elaboração do Relatório: “... if humanitarian intervention is, indeed, an unacceptable assault on sovereignty, how should we respond to a Rwanda, to a Srebrenica – to gross and systematic violations of human rights that affect every precept of our common humanity?”. *The Responsibility to Protect – Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, 2001, p. VII. Constituíram a Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal:

¹²⁷⁵ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, op.cit. passim; *International Commission on Intervention and State Sovereignty: the Responsibility to Protect*, 2001, passim.

¹²⁷⁶ Idem, p. VII.

aéreos da OTAN, as condições aptas a justificar uma intervenção militar em situações de extremas violações dos direitos humanos e a inadequação entre meios e fins da intervenção da OTAN sobre o Kosovo. Propõe reformas à Carta da ONU e condições necessárias para que uma paz duradoura floresça na problemática região dos Balcãs – categoria denominada por WALZER de *jus post bellum*, a justiça posterior à guerra, ligada à reconstrução jurídica, política e institucional dos Estados afetados, cuja finalidade consiste na estabilização das sociedades oneradas por conflitos armados.

O segundo Relatório pondera mais amplamente sobre o “direito” de intervenção humanitária, reconhecendo ao mesmo tempo uma mutação de foco, no âmbito das questões relativas à segurança internacional, do tema da intervenção humanitária, dominante na década de noventa do século XX, para os da agressão e da legítima defesa, no início *de facto* do século XXI, o dia 11 de setembro de 2001.

A “Responsabilidade de proteger” invoca ainda mais explicitamente que o *Kosovo Report* os critérios da tradição da guerra justa, modificando o instrumental terminológico de “intervenção” para “responsabilidade”, nuance lingüística que procura aproximar as intervenções humanitárias da correlação entre direitos e deveres ao mesmo tempo em que almeja extirpar qualquer conotação “imperialista” ou expansionista contida na expressão “intervenção humanitária”. O Relatório Final da Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal também utiliza mais desinibidamente a terminologia da tradição da teoria da guerra justa (*justa causa*, autoridade competente, intenção correta, último recurso, meios proporcionais). Explicita de vez de onde surge sua inspiração teórica.

Os Relatórios da ICISS e da Comissão Independente para o Kosovo objetivam auxiliar não só a ONU como também os líderes dos mais diversos Estados a encontrar um padrão comum de ação militar em crises humanitárias graves, de modo a promover a reabilitação da intervenção humanitária perante as normas jurídicas atuais relativas ao uso da força armada. Os seus autores almejam um amplo debate no âmbito de uma emergente “sociedade civil internacional” derivado da leitura do Relatório, assim como a adoção de suas sugestões e conclusões¹²⁷⁷.

¹²⁷⁷ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 8

O *Kosovo Report* forma um abrangente estudo interdisciplinar de substancial qualidade. Isto não causa surpresa, já que na sua redação colaboraram acadêmicos de enorme prestígio internacional por suas relevantes produções intelectuais, como os juristas Richard FALK e Martha MINOW, o historiador Michael IGNATIEFF e os cientistas políticos e teóricos das Relações Internacionais Mary KALDOR, Jacques RUPNIK e Theo SOMMER.

A Comissão sobre o Kosovo perquire sobre as origens históricas dos conflitos étnicos nos Balcãs, iniciados há mais de setecentos anos e mantidos vivos por meio de baladas e criações míticas de batalhas épicas, migrações e lugares sagrados. Mas, sobretudo, investiga seu estopim historicamente mais próximo, a ascensão ao poder de Milosevic no contexto do enfraquecimento da União Soviética e de sua conseqüente incapacidade de supressão dos movimentos separatistas nos Estados-satélites¹²⁷⁸. Também examina os contextos das negociações diplomáticas fracassadas, como os Acordos *Holbrooke-Milosevic* e *Rambouillet*, das reações da comunidade internacional ao início das hostilidades, do desenvolvimento do conflito armado internamente entre fevereiro de 1998 e março de 1999 (o mês do início dos ataques aéreos da OTAN) e dos problemas posteriores provenientes da intervenção militar, assim como das soluções a estes propostas¹²⁷⁹.

Para os autores do *Kosovo Report* realmente havia uma iminente catástrofe humanitária em curso relativamente aos albaneses-kosovares na região do Kosovo, entendimento reforçado pelo histórico de severas violações aos direitos humanos cometidas pelos sérvios na década de noventa, particularmente na Bósnia. Embora os efeitos iniciais dos ataques da OTAN tenham agravado a situação humanitária na região, estimulando as medidas de “limpeza étnica”, a Comissão crê que em um longo prazo a intervenção militar trouxe mais benefícios que malefícios, pois desestruturou o aparato policial e paramilitar repressivo da Sérvia, evitando uma tragédia de maiores

¹²⁷⁸ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, pp. 11-14.

¹²⁷⁹ Não é objetivo deste trabalho a análise mais detida destes aspectos, de modo que para o aprofundamento destas questões, sugerimos a leitura do inteiro teor do Relatório. *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p.14.

proporções – mas reconhece, por outro lado, que a intervenção provocou o efeito reverso de perseguição da minoria sérvia ¹²⁸⁰.

É, de fato, em torno da controvérsia sobre a aprovação ou não de intervenções militares em catástrofes humanitárias semelhantes à do Kosovo que circundam alguns dos tópicos do *Kosovo Report* de importância para este trabalho.

Com efeito, seu foco analítico relaciona-se mais diretamente à interpretação da Comissão acerca de uma doutrina emergente de intervenção humanitária situada em uma zona cinzenta entre as normas do Direito Internacional Público contemporâneo e um consenso moral relativo à proteção dos direitos humanos, de maneira que se possa suprimir o fosso entre visões mais flexíveis de legitimidade e a legalidade estrita por meio de um conjunto de princípios capazes de legitimar intervenções humanitárias atualmente consideradas ilegais ¹²⁸¹.

Para isto, a Comissão desenvolve o estudo em duas partes: a primeira considera a legalidade da intervenção humanitária sob a égide do *jus ad bellum* e do *jus in bello*; a segunda desenvolve uma argumentação em favor da legitimidade em um paradigma emergente de intervenções humanitária submetidas a uma série de critérios ¹²⁸² que, embora sem alusão expressa em todo o Relatório, revitalizam aqueles da tradição da teoria da guerra justa. A partir deste ponto, já é possível constatar preliminarmente a intensa semelhança entre a posição doutrinária de Richard FALK e o Relatório sobre o Kosovo, o que demonstra a influência do jusinternacionalista de Princeton sobre a redação do referido tópico temático – talvez por ele próprio redigido. Mas também não é possível afirmar categoricamente que há uma superposição entre ambas, sem que houvesse a influência dos outros autores sobre sua elaboração.

Quanto à primeira parte, referente à legalidade da intervenção militar, vale a menção de alguns pontos relevantes destacados pela Comissão em vista do grande debate suscitado na doutrina jusinternacionalista sobre a permissibilidade jurídica da intervenção militar sobre o Kosovo.

¹²⁸⁰ Idem, pp. 58-59.

¹²⁸¹ Idem, p. 59.

¹²⁸² Idem, Ibidem.

Para a Comissão, as negociações prévias ao ataque militar à Sérvia não preencheram os requisitos estabelecidos na Carta das Nações Unidas no art. 2º (3) ¹²⁸³ acerca da obrigação pela precedência para a resolução pacífica das controvérsias internacionais, porquanto a OTAN utilizou constantemente uma “diplomacia da ameaça” para a conclusão dos Acordos (o que, vale acrescentar, é vedado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados). Ademais, a OTAN não obteve autorização para o uso da força armada pelo Conselho de Segurança, violando o artigo 2º (4) da Carta. Também desconsiderou a alternativa da Resolução *Uniting for Peace*, pela qual se permite a ação da Assembléia Geral da ONU diante situações de ameaça à paz e à segurança internacionais quando há inaptidão do Conselho de Segurança em cumprir com suas obrigações estatuídas no Capítulo VII da Carta ¹²⁸⁴.

A Comissão cita a concepção restritiva da licitude do uso da força armada de forte apoio doutrinário e corroborada pela Corte Internacional de Justiça no *Caso Nicarágua* em 1986 – a proibição ampla do uso da força nas relações internacionais e as duas exceções possíveis, a legítima defesa após uma agressão armada e o uso da força de acordo com os procedimentos previstos no capítulo VII – para de certo modo confrontá-la com a nova e complexa realidade internacional.

Desde o período de instituição da Carta, após a Segunda Guerra Mundial, houve uma mudança de status dos direitos humanos. Em 1945, previamente à Declaração Universal de 1948, a Carta normatizou vagamente sobre eles, de modo marginal e subsidiário ao objetivo primordial da segurança internacional. Mas a sua importância “mudou drasticamente”, segundo a Comissão, nos então mais de cinquenta anos de criação das Nações Unidas ¹²⁸⁵, o que provocou a mudança da interpretação de que mesmo grandes violações de direitos humanos seriam questões de jurisdição interna, protegidas pela norma de não-intervenção prevista no art. 2º (7) da Carta ¹²⁸⁶. A questão

¹²⁸³ “art. 2.3. todos os membros das Nações Unidas deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais”. *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 81.

¹²⁸⁴ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 60.

¹²⁸⁵ Os diversos diplomas internacionais que regularam a matéria demonstram o crescimento de importância da matéria no decorrer das décadas de existência da ONU.

¹²⁸⁶ “art. 2.7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não

destes abusos passa a ser, de acordo com a prática recente da ONU, diretamente relacionada à manutenção da segurança e da paz internacionais, afastando a proibição do dever de não-intervenção consubstanciado no art. 2º (7) da Carta, porquanto constitui uso lícito da força armada se assim for autorizado pelo Conselho de Segurança, segundo os artigos 39 e 42 da Carta.

Apesar das críticas à interpretação restritiva, a Comissão reconhece a ilegalidade da intervenção militar da OTAN na crise do Kosovo ao desrespeitar as exceções lícitas à proibição do uso da força armada instituída nos arts. 2º (4) (arts. 42, 51 e 53 da Carta). Por outro lado, observa que a complexidade multidimensional da crise, como a político-diplomática e a moral, torna razoável o uso da força militar perante um cenário em que uma negociação diplomática não impediria Milosevic de cumprir seus objetivos de “limpeza étnica”¹²⁸⁷.

Se a Comissão não poupa de críticas à interpretação restritiva da licitude do uso da força armada nas relações internacionais, também não o faz com a interpretação exatamente oposta, defensora de um mandato demasiado ampliativo para o uso da força armada nas relações internacionais. Segundo esta, caberia a uma coalizão de Estados “iluminados”, no contexto de um Conselho de Segurança bloqueado, conferir prioridade moral à prevenção do genocídio ou de crimes contra a humanidade, a partir de uma interpretação particular da moralidade internacional capaz de lhes conferir uma autoridade moral para intervir militarmente, quando a situação assim exija, ao mesmo tempo em que descarta as regras jurídicas internacionais estabelecidas na Carta e em outros instrumentos normativos, reputando-as como obsoletas¹²⁸⁸.

Esta interpretação geopolítica da realidade internacional e do Direito Internacional Público remete, por um lado, às guerras neocolonialistas europeias do século XIX, justificadas por um *jus publicum europaeum* legitimador de toda guerra como prerrogativa da soberania, que nos outros continentes revelava sua face expansionista, porém *suave, civilizada, humanitária*, pois baseada em valores morais característicos das supostamente superiores tradições moral e cultural europeia, como

prejudicará a adoção das medidas coercitivas constantes do capítulo VII”. *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op. cit. p. 81.

¹²⁸⁷ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 62.

¹²⁸⁸ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 62.

bem observa Martti KOSKENNIEMI¹²⁸⁹, e, por outro, à política moralista radical idealizada pela *doutrina Bush* de reforma da sociedade internacional pela força militar, com a tentativa da imposição do modelo americano. Mas, agora, com uma nota de distinção relativamente ao século XIX: com o expresso desrespeito – e desprezo – às normas jurídicas internacionais impeditivas do uso da força armada, consideradas obstáculos aos interesses nacionais dos norte-americanos.

Nos dois casos, o humanitarismo serve de escusa ao expansionismo, ao belicismo e à desestabilização da ordem internacional. A autorização *ampla* do uso da força armada baseada em uma moral particular com aspiração universal que considera, concomitantemente, as normas jurídicas de interdição do uso da força obsoletas, pois inadequadas aos seus propósitos, ataca tanto a função estabilizadora do Conselho de Segurança como “o esforço de circunscrever as condições sob as quais o recurso à força armada pelos Estados é permitido”¹²⁹⁰, posição intermediária defendida pela Comissão Independente sobre o Kosovo que revigora a teoria da guerra justa para o Direito Internacional Público contemporâneo.

Quanto à segunda parte, referente à legitimidade da intervenção militar humanitária no Kosovo, a Comissão acredita que ela constitui uma exceção razoável e necessária, embora lamentável, particularmente em um cenário internacional do pós-Guerra Fria no qual constituem objeto de questionamento a adequação das diretivas jurídicas de conduta estabelecidas em 1945 e o fracasso dos Estados em conferir tanto autoridade como recursos materiais à Organização das Nações Unidas. A Comissão entende, com efeito, que imperativos morais relacionados à proteção contra extremas violações de direitos humanos em um mundo cada vez mais integrado não deveriam ser rejeitados pela sobrevalorização dos aspectos formais-legalísticos em face da efetividade de situações de resgate humanitário¹²⁹¹.

O fim da Guerra Fria acentuou uma tendência já em gestação antes do colapso da União Soviética relativa ao crescimento de importância dos desafios à paz e à segurança internacionais representados pelos conflitos internos. As preocupações que

¹²⁸⁹ KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and the Fall of International Law*, op.cit. pp. 127-136.

¹²⁹⁰ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 62. (Tradução livre do autor)

¹²⁹¹ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 63.

permearam a redação da Carta da ONU, como a prevenção de guerras entre grandes potências e o seu desarmamento nuclear, tiveram sua importância drasticamente reduzida. Por outro lado, a interpretação majoritária do artigo 2º (7) da Carta pela doutrina e pela prática internacional tratava as violações graves dos direitos humanos no território de um Estado como questões pertencentes exclusivamente à sua jurisdição doméstica.

Houve uma mudança desta interpretação pelo Conselho de Segurança no pós-Guerra Fria. As crises humanitárias também passaram a ser consideradas sérias ameaças à paz e à segurança internacionais – frutos de interpretações feitas caso a caso, que podem ser objeto de críticas por sua falta de critérios, pela ambigüidade, pela vagueza. Algumas Resoluções do Conselho de Segurança aprovadas na década de noventa apontam este novo entendimento, como a nº 794¹²⁹², que considerou a tragédia humanitária na Somália e os obstáculos à assistência humanitária no Estado constitutivas de uma ameaça à paz e à segurança internacionais, as Resoluções nº 1031¹²⁹³ e nº 1038¹²⁹⁴, que autorizaram o uso da força para apoiar a FORPRONU na Bósnia, e a Resolução nº 929¹²⁹⁵, que, embora tenha exposto o reconhecimento pelo Conselho de Segurança de que a tragédia humanitária em Ruanda consistia em uma séria ameaça à paz e à segurança internacionais, nada mais fez do que isto – e a *Operação Turquesa*, liderada por França e Senegal, mostrou-se inútil porque demasiadamente tardia. Mas mesmo assim, a Comissão ainda crê que a Carta da ONU ainda não confere uma resposta adequada às repetidas crises humanitárias que pululam no contexto do fortalecimento dos nacionalismos e dos conflitos étnicos guiados pela lógica da fragmentação¹²⁹⁶.

O entendimento da Comissão Independente sobre a intervenção militar no Kosovo é de que apesar de ilegal, foi legítima. Embora o “direito” de intervenção humanitária não seja compatível com as disposições da Carta da ONU, poderia, de outro lado, refletir o “espírito” da Carta, que protege os seres humanos contra práticas atroz. Aqui se expressa, como não se poderia deixar de notar, a semelhança do entendimento

¹²⁹² Res. 794

¹²⁹³ Res. 1031

¹²⁹⁴ Res. 1038

¹²⁹⁵ Res. 929

¹²⁹⁶ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 67.

da Comissão com o de Pierre Marie-DUPUY sobre a dimensão “material” da Carta em conflito com sua dimensão “orgânica” nos dilemas trazidos pelas intervenções humanitárias.

O padrão recorrente de conduta do Governo Milosevic quanto a violações maciças de direitos humanos – com destaque para a limpeza étnica em Srebrenica – e a inação da comunidade internacional diante do genocídio praticado em Ruanda em 1994 criaram para a comunidade internacional “um forte dever moral e político” para agir de modo efetivo, ultrapassando a mera retórica diplomática, a fim de garantir o direito à autodeterminação à província do Kosovo e a proteção dos direitos humanos de seu povo¹²⁹⁷.

Para a Comissão, o fosso existente entre a legitimidade e a legalidade é extremamente prejudicial. Por um lado, uma interpretação restritiva da licitude do uso da força armada intimida a solidariedade moral para com os indivíduos vítimas de grandes abusos genocidas ou quase-genocidas pela ilegalidade atribuída à conduta reativa a tais crimes bárbaros – em outras palavras, uma guerra justa. Por outro, o uso da força armada sem a devida autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas fragiliza acentuadamente a autoridade da ONU como protagonista dos temas relativos à paz e à segurança internacionais – embora a Comissão ressalve que outra omissão diante de uma catástrofe humanitária teria enfraquecido ainda mais a autoridade da Organização¹²⁹⁸.

Por tudo isto, a Comissão Independente sobre o Kosovo crê na construção de uma ponte entre a legalidade e a legitimidade para a supressão deste fosso com a elaboração de uma doutrina emergente de intervenção humanitária em um processo constitutivo de três fases: a primeira, com a recomendação de um conjunto de critérios (princípios) para a intervenção militar como resposta internacional a uma crise humanitária; a segunda, com a adoção formal destes pela Assembléia Geral da ONU sob a forma de uma *Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade de Intervenção Humanitária*, aliada a uma interpretação da Carta da ONU pelo Conselho de Segurança capaz de conciliar esta prática com os conflitos entre os direitos de soberania estatal, a

¹²⁹⁷ Idem, p. 67.

¹²⁹⁸ Idem, Ibidem.

proteção dos direitos humanos e a prevenção de tragédias humanitárias; e a terceira, com a emenda à Carta da ONU, para enfim incorporar estas mudanças em seu texto, de modo a concretizar de vez os princípios da *Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade de Intervenção Humanitária*¹²⁹⁹.

Os obstáculos relacionados à intervenção em face de tragédias humanitárias são muito mais de natureza política que jurídica, reconhece a Comissão, pois qualquer ação armada de repercussão internacional deve conformar-se com a vontade dos Estados interventores, que submetem suas ações à prudência política. Estes vislumbram qualquer intervenção armada internacional sob o espectro da eventualidade de um potencial desencadeamento de um grave desequilíbrio na ordem internacional agravado por uma guerra de grandes proporções. Isto constituiu um dos principais obstáculos, durante o período da Guerra Fria, ao fortalecimento das intervenções humanitárias, sempre vinculadas ao cenário de rivalidade entre as duas superpotências e ao forte componente geopolítico destas intervenções, cujos fins humanitários pareciam – apesar das declarações dos Estados interventores – subjugados aos interesses estratégicos¹³⁰⁰, o que provocou o afloramento de uma suspeita generalizada – cujo início remonta, como visto no capítulo inicial deste trabalho, ao século XVI, com a Conquista da América e as justificações dadas por Francisco de VITÓRIA contra as práticas bárbaras das comunidades indígenas, fortalecendo-se nas guerras imperialistas do século XIX na África e na Ásia – de que as intervenções humanitárias nada mais eram que um “embelezamento ético” de uma política de poder cujo objetivo último consistia em estender ao limite os domínios das potências ocidentais.

A partir disto, a Comissão considera utópico qualquer tratamento igualitário das diferentes crises humanitárias. Mas em vez de tomar uma das atitudes possíveis contra esta seletividade guiada por razões políticas, consistente na proibição de qualquer reivindicação intervencionista, a Comissão prefere tomar outra atitude: reconhecer a seletividade das intervenções humanitárias, assegurando que nas situações determinadas elas sigam um conjunto de princípios condizente com seus fins precípuos¹³⁰¹. A

¹²⁹⁹ Idem Ibidem.

¹³⁰⁰ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 68.

¹³⁰¹ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 68.

Comissão parece aderir à visão de WALZER de que a seletividade não desobriga moralmente os agentes diante de uma catástrofe humanitária determinada.

Se no período da Guerra Fria não havia vontade política suficiente nem o consenso necessário para a criação de uma diplomacia humanitária capaz de recorrer ao uso da força armada em crises internas, o seu fim tornou possível a sustentação de uma doutrina emergente de intervenção humanitária em virtude das já citadas mudanças contextuais ocorridas na sociedade internacional – como a virtual impossibilidade de uma grande guerra entre as potências devido às intervenções humanitárias, cuja prática ocorre geralmente em lugares de reduzido interesse geopolítico – e na interpretação das normas de Direito Internacional Público. Ademais, avanços jurídico-institucionais, como o Tratado de Roma de 1998, responsável pela criação de um Tribunal Penal Internacional destinado a punir líderes de Estado criminosos de guerra, os Tribunais Internacionais para a Antiga Iugoslávia e Ruanda, a discussão sobre a jurisdição universal no caso da extradição do General Augusto Pinochet e o crescimento de importância da sociedade civil e das organizações não-governamentais nas questões humanitárias internacionais intensificam esta nova tendência¹³⁰².

Há, na contemporaneidade, um cenário moral, legal e político favorável à reordenação do equilíbrio entre o dever de não-intervenção, sustentáculo da ordem internacional de Vestfália, e a ética subjacente às intervenções humanitárias guiadas por decisões coletivas e princípios determinados¹³⁰³ de utilidade tanto para analisar as situações anteriores nas quais havia uma reivindicação de teor humanitário quanto para guiar decisões futuras em um cenário de tragédia humanitária decorrente ou de abusos de um governo central contra sua própria população ou do total colapso das instituições governamentais em uma situação de verdadeira *anomia* e caos social, o que se convencionou chamar de *Estados falidos*.

O paradigma de princípios para a intervenção humanitária da Comissão Independente para o Kosovo divide-se em dois grupos: o primeiro abrange os *princípios limiares*, cuja satisfação é exigida para qualquer intervenção humanitária legítima; o segundo, os *princípios contextuais*, de aplicação prévia à intervenção no sentido de

¹³⁰² *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 68.

¹³⁰³ *Idem*, p. 69.

determinar ou se ela era justificável ou se o recurso à força militar era necessário, cujo preenchimento ou não aumenta ou diminui a legitimidade de uma dada intervenção militar humanitária. Ambos os grupos de princípios destinam-se tanto à ONU quanto a coalizões militares que agem sem a sua devida autorização.

São três os princípios limiares. Observamos, previamente, que os três se ligam aos critérios substantivos¹³⁰⁴ do *jus ad bellum* da tradição da teoria da guerra justa: a justa causa, a intenção correta e a proporcionalidade entre meios e fins.

O primeiro deles estabelece duas causas primordiais para a legitimação de uma intervenção humanitária: violações severas e contínuas de direitos humanos e o terrível sofrimento humano em razão da falência de um Estado e da anarquia dela resultante, com graves repercussões humanitárias¹³⁰⁵. Ambas são inegavelmente *justas causas* para intervir de entendimento já da tradição dos *founding fathers* do Direito Internacional, que reconheciam a justiça da guerra praticada em defesa de súditos de outras comunidades políticas submetidos a intenso sofrimento¹³⁰⁶. Hoje se baseiam na solidariedade moral subjacente ao consenso trazido pelo advento da Carta da ONU, da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948 e dos tratados internacionais para a proteção dos direitos humanos, de estreita vinculação teórica com o universalismo moral dos fundadores do Direito Internacional Público e teóricos da guerra justa, defensores de intervenções humanitárias em situações de imensa brutalidade contra a vida humana. Baseia-se na dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídica internacional contemporânea.¹³⁰⁷

O segundo princípio limiar e o sétimo princípio contextual serão analisados em conjunto por se relacionarem ambos com o critério da *intenção correta* constante da tradição do *bellum justum*, relevante, por exemplo, na formulação de Tomás de AQUINO na *Suma Teológica*. Estabelecem que a finalidade principal da intervenção

¹³⁰⁴ Alex J. BELLAMY assim os denomina, juntamente com um quarto, o último recurso. Vale a lembrança de que os critérios do *jus ad bellum* dividem-se em substantivos, prudenciais e procedimentais, todos de algum modo explícitos no trabalho da Comissão. BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*, op.cit. pp. 121-122.

¹³⁰⁵ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 70.

¹³⁰⁶ CHESTERMAN, Simon. *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, op.cit. pp. 8-20.

¹³⁰⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Toward a New Jus Gentium*. In: *Recueil des Cours, tome 316 – Académie de Droit International*, op.cit. pp. 58-60.

armada, em todas as suas fases, é a proteção da população vitimada pela catástrofe humanitária. Os fins devem ser humanitários, e não o engrandecimento territorial, a mera conquista ou a busca pelo poder ou por vantagens econômicas, como já advertira também Santo AGOSTINHO. Deve haver a busca do bem comum¹³⁰⁸. Pela falta de *intenção correta*, por exemplo, a intervenção (tardia) francesa na crise em Ruanda foi objeto de críticas, uma vez que objetivava exclusivamente a manutenção de seu poderio na África Central, e não a resolução da tragédia humanitária.

Mas a Comissão Independente para o Kosovo não reafirma pura simplesmente a *intenção correta* da tradição católica. Parece muito mais concordar com a opinião divergente – e mais cética quanto às condutas desinteressadamente virtuosas entre os Estados nas relações internacionais – de Michael WALZER, pois estabelece como *finalidade principal* da intervenção a proteção da população oprimida, o que não desconsidera motivos mais *egoísticos* sempre presentes nas relações internacionais, como a manutenção da segurança de uma região de influência geoestratégica ou econômica. WALZER mostra-se cético quanto ao imperativo de exclusividade das intenções altruístas. Somente encontrou exemplos históricos de intervenções em que a finalidade humanitária era uma entre várias outras. Deve-se, segundo ele, considerar a moralidade de uma intervenção cuja motivação seja plural ou confusa¹³⁰⁹.

O terceiro princípio limiar instituí que a intervenção militar deve extinguir a crise humanitária o mais rápido possível, tomando-se medidas de proteção da população civil e evitando os chamados “danos colaterais”, assim como a repetição de medidas punitivas ou retaliatórias contra o governo-alvo. Este princípio converge com o imperioso caráter provisório das intervenções humanitárias, segundo afirmava o primeiro entendimento de WALZER na obra *Guerras Justas e Injustas*, corroborado na doutrina internacionalista tanto por FALK como por CASSESE.

São oito os *princípios contextuais*. Aumentam ou diminuem a legitimidade de uma intervenção militar humanitária. Atrelam-se à sua justificação e à sua necessidade. Ligam-se muitos deles de alguma forma também aos critérios de *jus ad bellum* e *jus in bello* elaborados pela tradição da teoria da guerra justa. Sejam eles substantivos,

¹³⁰⁸ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 70; BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*, op.cit. p. 122.

¹³⁰⁹ WALZER, Michael. *Guerras Justas e injustas*, op.cit. p. x

prudenciais ou procedimentais, como os ligados à autoridade competente, ao último recurso, ao respeito às populações civis e aos não-combatentes.

O primeiro e o oitavo princípios contextuais serão estudados em conjunto por pertencerem a uma mesma categoria, a da justiça posterior à guerra. O primeiro afirma a exigência de uma tentativa séria de encontrar uma solução pacífica para o conflito. Deve-se assegurar, de um modo estável, que os abusos sejam extintos ao lado da procura simultânea de meios factíveis de estabilização das instituições governamentais¹³¹⁰. O oitavo sugere que depois de alcançados os objetivos da intervenção, deve ser concretizada uma missão humanitária fortemente apoiada, bem dotada de recursos financeiros e de suporte político para reconstruir a sociedade atingida e normalizar a situação de seus habitantes. Rejeita, neste sentido, quaisquer punições prolongadas, como um embargo econômico¹³¹¹.

Estes princípios, como se vê, não possuem correspondência direta com os da tradição romana, medieval ou escolástico-legalista dos fundadores do Direito Internacional, cujas preocupações dirigiam-se primordialmente às justificações prévias ao conflito armado e ao modo como ele era travado. Aproximam-se, por sua vez, de uma categoria recente de grande importância para o estudo da guerra sob a perspectiva da teoria contemporânea da guerra justa, posta ao lado dos tradicionais *jus ad bellum* e *jus in bello*, o *jus post bellum*. Liga-se muito mais ao fim de uma paz duradoura, estável, a que ARON chamou de *paz de satisfação*, como já lembrado em outra parte deste trabalho, ou mesmo a *tranquillitas ordinis* de AGOSTINHO. Sem instituições estáveis a possibilidade de recorrência de grandes violações contra os direitos humanos é significativa, seja por meio de uma anomia ocasionada pelo caos, seja pelas políticas internas de um ditador sanguinário.

Medidas destinadas ao auxílio do Estado afetado para sua estabilização não devem, de modo algum, confundir-se com a imposição de determinados modelos de organização social¹³¹². WALZER sustenta, neste sentido, a importância da idéia da autodeterminação, valor crucial para os teóricos da tradição liberal, como em Stuart MILL, a quem cita diversas vezes em *Guerras justas e injustas* quando aborda as

¹³¹⁰ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 70.

¹³¹¹ *Idem*, pp. 70-71.

¹³¹² BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*, op.cit. p. 214.

tensões entre a autodeterminação e as guerras de libertação nacional¹³¹³. O filósofo norte-americano sustenta a essencialidade das escolhas comunitárias de organização dos bens sociais, exposta em *Esferas da Justiça*¹³¹⁴. A sua teoria da guerra justa concilia o universalismo ténue com a moralidade densa criada pelas comunidades políticas.

O segundo e o quarto princípios contextuais também serão estudados conjuntamente por se relacionarem ambos ao critério procedimental da *autoridade competente* da tradição da teoria da guerra justa. O segundo princípio afirma que o recurso ao Conselho de Segurança ou sua ausência não traz nenhuma conclusão categórica sobre a ilegitimidade de uma intervenção humanitária. O Conselho pode encontrar-se paralisado pelo iminente ou atual exercício do poder de veto de um de seus Membros Permanentes sem que seja factível pragmaticamente a alternativa da Assembléia Geral. Neste caso, o veto pode então ser substituído pelo entendimento de uma grande maioria de uma coalizão dos *aptos e dispostos* (*the able and the willing*) de que há a atualidade ou a iminência de uma tragédia humanitária. O quarto princípio contextual sugere que se, por um lado, a autorização do Conselho de Segurança não é essencial, como estabelecido no segundo princípio, por outro, a intervenção não deve ser unilateral, mas autorizada por um processo multilateral – que a Comissão deixa subentendido caber primordialmente a uma Organização Regional atuando sob a égide do capítulo VIII da Carta, embora sem a autorização formal do Conselho de Segurança, como exige o artigo 52.

Neste aspecto, a Comissão se distancia não só da tradição, que desde os primórdios do Direito Internacional confiou aos Estados soberanos a autoridade competente para a prática de uma guerra justa, mas também de Michael WALZER, que não enxerga relevância moralmente relevante para a justiça da intervenção humanitária o fato de ela ser unilateral ou multilateral. De outra via, também se distancia do entendimento majoritário do Direito Internacional Público atual para o qual a única autoridade competente para perpetrar ou autorizar o uso da força fora dos casos da legítima defesa é o Conselho de Segurança da ONU. A Comissão busca uma via

¹³¹³ WALZER, Michael. *Guerras Justas e injustas – Uma argumentação moral com exemplos históricos*, op.cit. pp. 146-153.

¹³¹⁴ WALZER, Michael. *Spheres of Justice – A Defense of Pluralism and Equality*, op.cit. pp. 28-30.

intermediária entre as guerras unilaterais e a rigidez do recurso exclusivo à autorização formal do Conselho de Segurança.

O terceiro princípio contextual sugere que antes da intervenção militar propriamente dita, devem fracassar todas as alternativas não-violentas de solução do conflito, como sanções internacionais, embargos econômicos e outras medidas não-violentas impositivas da paz.

Assemelha-se este critério ao do *último recurso* da tradição teoria da guerra justa como também ao conteúdo do art. 41 da Carta da ONU. O *último recurso*, como observa Alex J. BELLAMY, não demanda o esgotamento de todos os meios não-violentos de solução do conflito, pois as negociações usualmente podem ser estendidas indeterminadamente e o uso da força sempre seria injustificável¹³¹⁵. A alternativa militar deve ser utilizada dentro de um espectro de estratégias possíveis em face dos fins desejados e do melhor meio de assegurá-los. Ademais, ainda há similaridade com o artigo 41 da Carta da ONU, uma possível incorporação nas normas do Direito Internacional Público deste critério tradicional da teoria da guerra justa. Tanto para a tradição como para a Carta da ONU o uso da força é indesejável, embora algumas vezes lícito e necessário. A doutrina jusinternacionalista contemporânea interpreta, em um sentido convergente ao da tradição do *bellum justum*, a inexigibilidade de uma gradação de medidas entre os artigos 41 e 42 pelo Conselho de Segurança. O uso da força militar pode ser de imediato autorizado, sem a tomada de qualquer providência não-militar constante do art. 41 em caso de *comprovada* necessidade. Tudo depende da especificidade do caso concreto sob análise, embora a doutrina também ressalte a precedência na Carta do princípio da solução pacífica das disputas internacionais presente no art. 2º (3).

O quinto princípio contextual sugere que a intervenção militar humanitária não pode sofrer qualquer tipo de condenação ou censura por um dos principais órgãos das Nações Unidas – a Corte Internacional de Justiça e o Conselho de Segurança. Não há (por óbvio) uma correspondência direta deste critério com os estabelecidos pela tradição. Talvez, indiretamente, poderia indicar uma fraqueza da *justa causa* para

¹³¹⁵ BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*, op.cit. p. 123.

intervir no caso da condenação por órgãos tão centrais na estrutura da ONU quanto ao tema da segurança e da paz internacionais.

O sexto princípio contextual refere-se às normas do *jus in bello*. Sugere que as intervenções humanitárias devem obedecer, em todas as suas fases (incluindo as posteriores ao conflito), as normas do Direito Internacional Humanitário – e de modo ainda mais rígido que nas demais modalidades de conflitos internacionais justamente por suas finalidades humanitárias¹³¹⁶.

Embora a Comissão reconheça o caráter controverso do estabelecimento de um conjunto de princípios aptos a guiar condutas nas intervenções humanitárias – criticado, por um lado, pela sua desnecessidade, pois o alargamento interpretativo das normas jurídicas sobre o uso da força armada poderia fazer o Direito Internacional compreender a *legitimidade*, e, por outro, pelo perigo que sua adoção representaria, uma vez que tais princípios poderiam enfraquecer o Direito Internacional e a própria ONU, estimulando arbitrariedades geopolíticas quanto ao uso da força armada –, também constata sua importância especialmente tendo-se em vista o retrospecto da quantidade de crises humanitárias da década de noventa (Bósnia, Somália, Timor Leste, Kosovo, Ruanda) e a pressão moral exercida pelas opiniões públicas internas para uma tomada de atitude tanto para os Estados como para a ONU.¹³¹⁷

Ao lado destes critérios ligados à tradição do *bellum justum* adaptados para as intervenções humanitárias contemporâneas, a Comissão Independente para o Kosovo propõe emendas à Carta da ONU em diversos de seus artigos com a finalidade de pôr formalmente a proteção dos direitos humanos *fundamentais* – não quaisquer direitos humanos, mas aqueles a que WALZER classificou como constituintes da *moralidade ténue* – sob o âmbito de competências do Conselho de Segurança da ONU, além de fortalecê-la como princípio cardinal das relações internacionais, ao lado da paz e da segurança¹³¹⁸. À Assembléia Geral restaria o cuidado de todos os direitos humanos não qualificados como “fundamentais”, menos afetados em sérias crises humanitárias¹³¹⁹.

¹³¹⁶ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 70.

¹³¹⁷ *Idem*, p. 68.

¹³¹⁸ A proposta da Comissão alteraria a redação de diversos artigos. O art. 1º da Carta teria adicionado como um dos propósitos fundamentais da ONU, no parágrafo 1º, a proteção aos direitos humanos. A Redação do dispositivo ficaria nestes termos: “Manter a paz e a segurança internacionais e

O aprimoramento dos mecanismos protetivos dos direitos humanos *fundamentais* no sistema de segurança coletiva resultante destas emendas tanto dificultaria qualquer inação do Conselho de Segurança, pressionado diante de uma crise humanitária de graves proporções, como facilitaria sua invocação pelo próprio Conselho, autorizado então a tomar uma série de medidas sem a necessidade adaptativa do alargamento da noção de “ameaça à paz”. A ele caberia tanto o papel primário de responsabilidade sobre a paz e a segurança internacionais como sobre a proteção dos direitos humanos *fundamentais*, função não mais relegada a um plano de inferior relevância.

A Comissão reconhece, todavia, os imensos obstáculos políticos relativos à qualquer mudança na redação da Carta da ONU. Alternativas diplomaticamente mais factíveis seriam a elaboração de Resoluções da Assembléia Geral da ONU ou de Declarações interpretativas de excertos da Carta. Porém, também ressalta o momento favorável às reformas na Carta em um contexto internacional favorável (o Relatório sobre o Kosovo foi elaborado no ano de 2000). Após todas as crises humanitárias da década de noventa, com os erros e acertos praticados pelo Conselho de Segurança, de fato apresentou-se um clima adequado tanto para o fortalecimento do tema dos direitos humanos no texto da Carta como para a reforma do Conselho de Segurança, de crucial importância para as intervenções humanitárias.

Quanto a este assunto, a Comissão entende que há sim uma necessidade de alterações na composição do Conselho de Segurança e no exercício do poder de veto pelos Membros Permanentes em tragédias humanitárias. O aumento do número de Membros Permanentes e Não-Permanentes manteria sua efetividade e a sua legitimidade global. A representação dos Estados seria mais equânime. A extinção da possibilidade do exercício do poder de veto de qualquer Membro Permanente para lidar com crises humanitárias internacionais de extrema gravidade também seria muito

respeitar os direitos humanos”. O art. 24 (1) da Carta seria assim redigido: “ A fim de assegurar pronta e eficaz ação por parte das Nações Unidas, seus membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e do respeito aos direitos humanos, e concordam em que, no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade, o Conselho de Segurança aja em nome deles”. O artigo 39, por fim, ficaria com a seguinte redação: “O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão ou sérias violações de direitos humanos, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais”. (grifos nossos). *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 71.

¹³¹⁹ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 71.

benéfica, pois impediria a paralisação de uma ação desejada pela maioria de seus Membros, mas rejeitada por um ou mais de um deles por interesses geopolíticos¹³²⁰.

O paradigma de princípios e sugestões legais ou pré-legais da Comissão Independente para o Kosovo não tem como finalidade específica obter qualquer resolução das controvérsias envolvendo as intervenções humanitárias em geral ou a do Kosovo em particular, mas sim de ampliar o debate, de torná-lo menos simplista e unilateral. O paradigma adota uma posição mais global sobre a necessidade das intervenções em determinados casos com um conjunto de propostas legais ou pré-legais dirigidas à iniciativa dos Estados e das Organizações Internacionais no sentido da instituição de uma doutrina de intervenção humanitária que “equilibre as reivindicações de proteção dos povos e a importância da restrição da discricionariedade do uso da força nas relações internacionais”¹³²¹.

A semelhança destas finalidades com aquelas do Relatório *The Responsibility to Protect* revela-se um ponto de partida analítico propício para o estudo deste último – uma tentativa contemporânea de solução de catástrofes humanitárias que envolve uma nova concepção da soberania estatal e uma noção correlata de *responsabilidade* para com a proteção dos direitos humanos de populações vivendo situações-limite quanto ao aspecto humanitário.

A Sinopse do Relatório traz em seu início, segundo observa V.S.MANI em seu curso sobre as intervenções humanitárias na Academia da Haia em 2005, indícios de sua orientação teórica, a tradição – ou, no seu caso, tradições¹³²² – da guerra justa¹³²³ – fato também constatado por Richard FALK. Se o reconhecimento da influência doutrinária da teoria do *bellum justum* sobre o Relatório da Comissão Internacional sobre Soberania

¹³²⁰ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 72.

¹³²¹ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 72.

¹³²² Ao analisar historicamente o conjunto dos critérios básicos da teoria da guerra justa, MANI reconhece intensas semelhanças entre as tradições islâmica e cristã. Retira, com efeito, a exclusividade das posições do cristianismo agostiniano e do estoicismo romano de CICERO como fontes teóricas da tradição do *bellum justum*. MANI, Venkateswara.Subramanian. “Humanitarian” *Intervention Today*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 313. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 20 e ss.

¹³²³ MANI, Venkateswara.Subramanian. “Humanitarian” *Intervention Today*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 313. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 297.

Estatal e Intervenção é considerado ponto pacífico pela doutrina¹³²⁴, a sua aprovação é, no entanto, controvertida.

MANI, ao contrário de FALK, critica a adoção da teoria da guerra justa pelo Relatório *The Responsibility to Protect* porque este almeja, por meio daquela, a legitimação da intervenção militar na crise do Kosovo pela OTAN (em suas palavras, “a loucura Iugoslávia”) e de outras ações militares futuras de Estados individuais ou coalizões militares unilaterais, dotadas ou não do rótulo de “humanitárias”. Estas passam a ser justificadas pela reinserção dos critérios mais amplos de uso da força constituintes do *bellum justum* no Direito Internacional Público atual – especialmente após a declaração de George W. Bush de guerra contra o terrorismo islâmico em um contexto no qual as finalidades humanitárias das intervenções “humanitárias” não são *exclusivas*. Para o jusinternacionalista indiano, a Comissão foi dominada pelo entendimento ocidental de um unilateralismo regularizado que vai além dos limites jurídicos instituídos na Carta das Nações Unidas acobertado por finalidades supostamente humanitárias¹³²⁵.

A despeito da importância das críticas à idéia da *responsabilidade de proteger*, estas são mencionadas com mais detalhe em outro tópico relativo ao ceticismo da doutrina em relação à revitalização da teoria da guerra justa. Neste, investigamos mais especificamente as relações do Relatório da Comissão Internacional com a teoria da guerra justa a partir de uma tendência contemporânea de crítica das normais atuais sobre o uso da força instituídas na Carta do ONU – também efetuada pelo *Kosovo Report* – com a reinserção dos critérios mais amplos da tradição do *bellum justum* para o uso da força em crises internacionais de complexa resolução.

O Relatório da Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal (a partir deste momento, chamada simplesmente de Comissão) procura, de modo semelhante ao *Kosovo Report*, traçar as mudanças no contexto internacional contemporâneo e a magnitude dos desafios políticos relativos ao tema da intervenção

¹³²⁴ Além de juristas como FALK e MANI reconhecerem a filiação teórica, estudiosos da teoria da guerra justa também o fazem, como Alex J. BELLAMY. BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*, op.cit. p. 208.

¹³²⁵ MANI, Venkateswara.Subramanian. “Humanitarian” Intervention Today. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, tome 313, op.cit. p. 297.

militar com a finalidade de proteção dos direitos humanos. Se o *Kosovo Report* faz isto pontualmente para situar o cenário internacional subjacente à *limpeza étnica* no Kosovo, o Relatório *The Responsibility to Protect* dedica a tal problemática um capítulo inteiro. Como já dito, esta dissertação não versa sobre Sociologia das Relações Internacionais ou Sociologia do Direito Internacional Público, de modo que somente mencionaremos mudanças conjunturais da sociedade internacional na medida em que complementem as esparsas colocações do *Kosovo Report* e sirvam, simultaneamente, aos objetivos da pesquisa.

As intervenções humanitárias, reconhece a Comissão, são problemáticas tanto quando ocorrem como quando não ocorrem. Para cada hipótese a década de noventa trouxe um exemplo paradigmático. Quanto à omissão, a inércia internacional frente ao genocídio em Ruanda, em 1994, que resultou em mais de um milhão de mortos em apenas alguns meses e na desestabilização de toda a Região dos Grandes Lagos, no continente africano. Quanto à ação, o caso mais controvertido foi o da *limpeza étnica* no Kosovo em 1999, que provocou a intervenção militar da OTAN sem a devida autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas, quando se questionaram a justiça ou não de sua causa – e, conseqüentemente os possíveis propósitos políticos estranhos às intenções humanitárias –, o esgotamento ou não das vias pacíficas para a resolução do caso, a autoridade competente para autorizá-la – e a possibilidade de ação de uma coalizão dos *aptos e dispostos* sem o beneplácito do Conselho de Segurança – e os meios utilizados durante a intervenção – notadamente as críticas dirigidas aos ataques aéreos como medida humanitária exclusiva¹³²⁶.

Em torno destes questionamentos gravita o núcleo analítico do Relatório *The Responsibility to Protect*, a outra tentativa de revitalização dos critérios da teoria da guerra justa ao lado do *Kosovo Report*, mas que, ao contrário deste, não enfatiza um caso específico. Nele há a questão da maior ênfase conferida ao problema da *autoridade competente*, já relevante no *Kosovo Report*, mas aqui recebedor de muito maior atenção, constituindo objeto de um capítulo inteiro em separado dos outros critérios. Na redação do Relatório da ICISS encontra-se também uma mudança terminológica mencionada anteriormente cuja finalidade consiste em provocar mudanças no próprio modo como se

¹³²⁶ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*. Ottawa: International Development Research Centre, December 2001, p. 1.

conduzem os debates acerca da contraposição entre a soberania estatal e a proteção dos direitos humanos.

O debate contemporâneo acerca da intervenção com finalidade de proteção dos direitos humanos é resultado de transformações da ordem internacional desde o advento da ONU. Neste sentido, a Comissão verifica a presença de novos atores (como ONGS, órgãos internacionais especializados em direitos humanos, dentre os quais os Tribunais Internacionais criados para julgar criminosos de guerra, o Alto Comissariado da Organização das Nações Unidas para os direitos humanos e o Tribunal Penal Internacional, além de uma maior influência da mídia sobre as opiniões públicas nacionais devido ao processo de internacionalização das comunicações), de novos temas de segurança internacional (com a explosão dos conflitos internos abafados pela *alta política – high politics* – da Guerra Fria propiciados seja por diferenças étnicas entre grupos rivais no contexto de lutas tribais, seja pela prática de massacres e limpezas étnicas pelo aparato estatal, seja pela própria falência institucional em um processo de fragmentação estatal transformador da própria ordem internacional contemporânea), de novas expectativas e demandas (como o desenvolvimento de mecanismos e normas de proteção dos direitos humanos, que se tornaram uma parte fulcral do Direito Internacional Público e das relações internacionais) e, por último, de novas oportunidades de ações integradas (com a capacidade de ação do Conselho de Segurança fortalecida no pós-Guerra Fria, período durante o qual autorizou cerca de 40 operações de paz – embora tenha falhado também em casos críticos, como Ruanda e Kosovo)¹³²⁷.

A soberania ainda é para muitos Estados, apesar de todas as transformações recentes de uma ordem internacional desigual quanto à distribuição de poder e de riquezas, a sua última e mais eficaz salvaguarda. Ela não consiste apenas em um princípio funcional de estabilização da ordem internacional. Para muitos Estados, observa a Comissão Internacional, constitui o maior símbolo do reconhecimento da igualdade de valor e dignidade dos principais sujeitos do Direito Internacional Público –

¹³²⁷ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. pp. 5-7.

assim também reconhecida como um dos princípios basilares da Carta da ONU¹³²⁸ –, protetora de suas identidades nacionais e da construção de seu modo de vida comum, além de possibilitar a construção das finalidades sociais últimas.

Nota-se aqui uma relação de grande proximidade da concepção de WALZER do valor de uma comunidade política exposta em *Guerras Justas e Injustas*, *Thick and Thin*, e em *Spheres of Justice*, na qual trata da construção de significados comuns – ou de uma moralidade densa –, com aquela idéia acerca do que representa a soberania das comunidades políticas:

Nevertheless, the political community is probably the closest we can come to a world of common meanings. Language, history, and culture come together (come more closely together here than anywhere else) to produce a collective consciousness¹³²⁹.

A Comissão ressalta, neste sentido, que as mudanças ocorridas no seio da ordem internacional contemporânea provocaram sérias conseqüências sobre a própria noção de soberania. O surgimento da idéia de segurança humana¹³³⁰ e o advento do paradigma dos direitos humanos limitaram as ações que os Estados podem tomar contra os homens e mulheres que nele habitam. A soberania estatal não justifica qualquer poder ilimitado. A *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*, de 1948, já aponta neste sentido, ao estabelecer, no art. 4º, a responsabilidade penal pela prática de genocídio de *governantes*, e no art. 6º, o julgamento de pessoas acusadas pelas condutas tipificadas no art. 3º¹³³¹ pelo tribunal estatal competente ou pela “corte penal

¹³²⁸ “Art. 2º A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no art.1º, agirão de acordo com os seguintes princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de seus membros”. *Legislação Internacional*, op.cit. p. 81.

¹³²⁹ WALZER, Michael. *Spheres of Justice – A Defense of Pluralism and Equality*, op.cit. p. 28.

¹³³⁰ “Human security means the security of people – their physical safety, their economic and social well-being, respect for their dignity and worth as human beings, and the protection of their human rights and fundamental freedoms. The growing recognition worldwide that concepts of security must include people as well as states has marked an important shift in international thinking during the past decade”. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p.15.

¹³³¹ “Art. 3º Serão punidos os seguintes atos: a) genocídio; b) o conluio para cometer o genocídio; c) a incitação direta e pública a cometer genocídio; d) a tentativa de genocídio; e) a cumplicidade no genocídio”. *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 173.

internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição”¹³³².

Na realidade, a soberania implica, na contemporaneidade, uma dupla responsabilidade: externa – de respeito à soberania dos outros Estados, consubstanciada no dever de não-intervenção e no direito de autodeterminação dos povos, ambos positivados na Carta das Nações Unidas nos arts. 1º (3) e 2º (7) – e interna – de respeito aos direitos básicos de todo o povo vivendo sob a égide de um determinado Estado¹³³³. A soberania como *summa potestas*, assim conceituada por BODIN, é universalmente repudiada, segundo apurou a Comissão em suas amplas consultas internacionais. Nem mesmo os mais ardorosos de seus defensores postulam qualquer crítica à imposição de limites de conduta dos líderes estatais.

A Comissão adota uma concepção de soberania como responsabilidade, pressuposto crucial para sustentar a legitimidade das intervenções para a defesa dos direitos humanos em casos de extrema gravidade. Trata-se de uma concepção bastante similar àquela defendida por WALZER em *Guerras justas e injustas*. Para ele, o dever de não-intervenção, depreendido do paradigma legalista, estabelece em princípio que os Estados não deveriam intervir nos assuntos da alçada interna de outros Estados. Mas os direitos à vida e à liberdade, sustentáculos últimos do próprio paradigma, exigem, por outro lado, o abandono, em certos casos, do dever de não-intervenção. É nestas ocasiões em que se revisa o paradigma legalista, mais especificamente quando “a violação de direitos humanos no interior de um sistema de fronteiras for tão terrível que faça parecer cínica ou absurda qualquer referência a comunidade, autodeterminação ou ‘árdua luta’, ou seja, em casos de escravidão e massacre”¹³³⁴. Quando um governo escraviza ou massacra seu próprio povo, deve-se duvidar da existência de uma comunidade política detentora do direito à autodeterminação – e quando isto ocorre, uma intervenção militar se faz necessária para a proteção do que WALZER denomina de “mínimo moral”¹³³⁵.

Na terminologia da Comissão Internacional afirma-se que se o Estado falhou na sua responsabilidade interna de proteção dos direitos humanos básicos de seus cidadãos,

¹³³² Idem, Ibidem.

¹³³³ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p.8.

¹³³⁴ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. pp. 145, 152.

¹³³⁵ WALZER, Michael. *Thick and Thin – Moral Argument at Home and Abroad*, op.cit. p. 80.

a comunidade internacional torna-se responsável por isto subsidiariamente, agindo em seu lugar sob a égide do dever da *responsabilidade de proteger*. Deve, entre outras ações, intervir militarmente para proteger direitos humanos quando houver necessidade extrema. WALZER assinala, por sua vez, que mesmo quando uma intervenção humanitária seja moralmente justificável, necessária para evitar a prática de crimes bárbaros, como em Ruanda – ou mesmo em Darfur, nos dias que correm – consubstancia um dever imperfeito, não vinculante a nenhum Estado da sociedade internacional¹³³⁶.

WALZER utiliza o clássico termo da doutrina jusinternacionalista “intervenção humanitária”, abandonado pela Comissão, que procura, de seu lado, mudar os termos do debate por uma série de razões. A expressão “intervenção humanitária” é substituída pela “intervenção com finalidades de proteção humana” – ou somente “intervenção” – em virtude das fortes críticas advindas de agências humanitárias internacionais e organizações humanitárias das mais diversas partes do globo acerca da apropriação indevida de qualquer intervenção militar do humanitarismo. Ademais, a Comissão acredita que ao se rotular uma intervenção como “humanitária”, já se confere um sinal explícito de sua aprovação prévia¹³³⁷.

Mas estas razões seriam meramente retóricas se não houvesse um motivo maior por trás desta transformação terminológica: a tentativa de reconsideração conceitual dos temas do debate, em especial a *responsabilidade de proteger*¹³³⁸.

A velha terminologia que considera o “direito de intervenção humanitária” é prejudicial para a própria causa humanitária por algumas razões básicas – e nisto o Relatório *The Responsibility to Protect* já se diferencia do *Kosovo Report*, que adotara a terminologia tradicional. Duas delas por um desvirtuamento de foco. Priorizam-se muito mais as prerrogativas e os direitos dos Estados interventores do que as próprias vítimas das tragédias humanitárias. Ademais, a nomenclatura clássica enfoca muito mais o próprio ato de intervenção do que os empenhos preventivos ou posteriores, de

¹³³⁶ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas – Uma argumentação moral com exemplos históricos*, op.cit. pp. XVI-XVII.

¹³³⁷ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p.9

¹³³⁸ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 9.

estabilização após a fase interventiva propriamente dita. Por último, a linguagem tradicional pode impor o rótulo de *opositores do humanitarismo* àqueles contrários à intervenção, já “legitimada” previamente ao seu início¹³³⁹.

A mudança terminológica da *responsabilidade de proteger* nas discussões sobre a intervenção humanitária provoca uma mudança da perspectiva exposta logo acima em vários aspectos.

Primeiramente, modifica o foco dos interventores para os favorecidos. Distancia-se das prerrogativas, dos direitos e das reivindicações dos Estados interventores em direção ao dever de proteção da comunidade internacional relativamente às vítimas de *limpezas étnicas*, genocídios, fome, estupros em massa e escravização. Em segundo lugar, estabelece uma concepção de convergência e não de confronto. O “direito de intervir” impõe um choque direto entre soberania e intervenção. A *responsabilidade de proteger* tais vítimas é, observa a Comissão, primariamente do Estado em questão, e subsidiariamente da comunidade internacional caso aquele esteja inapto a cumprir sua responsabilidade, ou mesmo seja ele o causador da tragédia humanitária. Ao invés do confronto entre intervenção e soberania, há uma ponte entre responsabilidades de proteção. Em último lugar, a *responsabilidade de proteger* caracteriza-se por uma maior abrangência. Compreende, além da *responsabilidade de reagir* a uma crise humanitária – que abrange a intervenção militar em casos extremos –, a *responsabilidade de prevenir* sua ocorrência e a *responsabilidade de reconstruir* a sociedade afetada após os fatos. As noções de assistência, intervenção e reconstrução se interligam, então, nas dimensões operacional, normativa e conceitual. Constrói-se, deste modo, um cenário bem mais abrangente e rico de possibilidades de atuação interna ou internacional perante crises humanitárias¹³⁴⁰. A questão humanitária não se resume mais somente à fase *reativa*, mais imediatista, que procura agir somente quando a situação atingiu níveis catastróficos; mas às fases de prevenção, com a assistência aos Estados focos da crise, por meio do estímulo à mudanças mais profundas e estruturais, não conjunturais,

¹³³⁹ Idem, p. 16.

¹³⁴⁰ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 17.

e de reconstrução, para impedir repetições futuras da tragédia¹³⁴¹, alcançando-se uma *paz-com-direitos*, na terminologia de WALZER¹³⁴².

A responsabilidade primordial do Estado na proteção dos direitos dos indivíduos atingidos diretamente por uma crise humanitária não decorre somente de uma questão conceitual do Direito Internacional Público, da reserva de jurisdição da soberania, mas de uma demanda de ordem prática: o Estado foco de uma crise encontra-se muito mais habilitado para prevenir situações causadoras de conflitos, bem como para entender sua real dimensão e aplicar as medidas mais aptas a solucioná-los ou contê-los quando acontecem. Ademais, os cidadãos de um determinado Estado onde haja uma tragédia humanitária são os mais interessados na sua solução – e não os cidadãos de outros Estados, principalmente aqueles não atingidos diretamente por seus desdobramentos, (como a passagem de refugiados por suas fronteiras), muitas vezes reticentes em relação à intervenção militar do governo de seu país em problemas humanitários no exterior – podendo constituir-se em atores importantes neste processo¹³⁴³.

Mas o Relatório ressalva um aspecto de suma importância no seu estudo sobre as responsabilidades na proteção dos direitos humanos. A mudança de foco do interventor para o favorecido expressa na mudança terminológica na qual o debate se realiza não resolve todas as dificuldades relativas à autoridade ou à legitimidade – nem pretende isto. De modo idêntico ao *Kosovo Report*, o Relatório *The Responsibility to Protect* procura enriquecer as discussões por meio de um novo entendimento que possibilite a efetivação de uma gama ações adequadas em situações de emergência humanitária¹³⁴⁴.

Esta pesquisa contrariará, ironicamente, a própria filosofia ampliativa do espectro de ação subjacente ao Relatório da Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal. Priorizará a *responsabilidade de reagir* em detrimento das *responsabilidades de prevenir e reconstruir* pela restrição do tema da pesquisa, de como

¹³⁴¹ Idem, pp. 17-18.

¹³⁴² “(...) não a mera ausência de conflito, mas a paz-com-direitos, uma condição de liberdade e segurança que pode existir somente na ausência da agressão em si”. WALZER, Michael. *Guerras Justas e injustas – Uma argumentação moral com exemplos históricos*, op.cit. p. 85.

¹³⁴³ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 17.

¹³⁴⁴ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 17.

se deu a recepção da teoria da guerra justa neste documento. Reconhece-se, todavia, a extraordinária importância das responsabilidades prévia e posterior à intervenção militar para a análise de qualquer crise humanitária.

A assistência internacional mostra-se o principal instrumento para impedir a ocorrência ou o agravamento de crises humanitárias internacionais em países onde as condições socioeconômicas são extremamente degradadas, as instituições governamentais entram em colapso ou são brutalmente instrumentalizadas por ditadores facínoras, e conflitos de natureza étnico-tribal arrasam a vida de milhões de pessoas. Na prevenção subjazem, entre outras, as idéias da justiça distributiva entre as nações¹³⁴⁵ e da relevância do trabalho diplomático na prevenção dos conflitos armados, particularmente em regiões já por eles destruídas¹³⁴⁶.

De outro lado, o tamanho dos desafios enfrentados pela OTAN e pela coalizão dos Estados Unidos nos processos de estabilização do Kosovo e do Iraque após as intervenções militares de 1999 e 2003 demonstra a importância da reconstrução de países onde ocorreram intervenções militares tanto para a preservação dos direitos humanos de seus cidadãos como para a própria estabilidade regional e/ou internacional.

A *responsabilidade de reconstruir* implica a adoção de uma série de providências voltadas à construção da paz (*peace building*), à criação de órgãos de segurança e de instituições judiciárias sólidas, bem como de condições favoráveis ao desenvolvimento econômico autônomo. A finalidade última da *responsabilidade de reconstruir* consubstancia-se na intenção de restaurar as formas de autogoverno e autonomia política. Neste sentido, um guia de conduta de bastante utilidade para as autoridades interventoras seria a realização de uma *adaptação construtiva* do sistema internacional de tutela instituído no Capítulo XII da Carta da ONU, cujos objetivos centrais dispostos no art. 76, em consonância com os propósitos centrais das Nações Unidas, consistem em estimular a proteção dos direitos humanos; favorecer a paz e a segurança internacionais; fomentar o progresso político, econômico e social, assim como seu desenvolvimento progressivo rumo à independência e à autonomia

¹³⁴⁵ Para uma discussão mais profunda sobre este tema, ver RAWLS, John. *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, pp. 113-120; BEITZ, Charles. *Political Theory and International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 1979.

¹³⁴⁶ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. pp. 19-27.

governamental; e, por fim, assegurar a igualdade de tratamento para os membros das Nações Unidas nos campos social, econômico e comercial, e aos seus nacionais, igualdade de tratamento na administração da justiça¹³⁴⁷.

Todavia, o Relatório averigua a presença de obstáculos à implantação regular de um sistema de tutela. Um de ordem política, outro de ordem financeira.

Na dimensão política, os Estados mais fracos combatem a noção da *tutela* como mais uma tentativa dos Estados poderosos de interferência indevida nos assuntos internos dos demais Estados. Mas a Comissão rebate esta oposição com o argumento de que a complexidade dos problemas trazidos pelos *Estados falidos* é uma realidade que não pode ser desprezada pela comunidade internacional.

Na dimensão financeira, os altíssimos custos para a instauração de um longo processo de estabilização em Estados vitimados pela anarquia ou por conflitos bélicos representam um obstáculo ainda maior sobre a suposta boa vontade dos Estados interventores para concretizar tais projetos – a não ser em casos específicos, numa base *ad hoc* (ao que, de nossa parte, acrescentamos: a não ser que exista um fortíssimo interesse estratégico ao lado de toda a motivação humanitária)¹³⁴⁸.

Os autores do Relatório *The Responsibility to Protect* reconhecem, sobriamente, a existência tanto de efeitos positivos como de negativos no processo de estabilização dos países onde houve uma intervenção¹³⁴⁹. Com isto, procuram afastar – e o fazem de modo expresso¹³⁵⁰ – qualquer insinuação sobre um suposto projeto de imperialismo neocolonial¹³⁵¹. Destacam que a *responsabilidade de reconstruir*, resultante da *responsabilidade de reagir*, não poderia ser mais dissonante em relação a uma política imperialista porque seu objetivo básico consiste em tornar independente a sociedade em questão, e não mascarar qualquer relação de dependência característica entre colônias e

¹³⁴⁷ *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 95; *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. pp. 19-27.

¹³⁴⁸ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 43.

¹³⁴⁹ Dentre os efeitos negativos a Comissão destaca os questionamentos sobre o prolongamento da suspensão fática da soberania do Estado-alvo e a dependência econômica.

¹³⁵⁰ “Intervening to protect human beings must not be tainted by any suspicion that is a form of neo-colonial imperialism”. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 45.

¹³⁵¹ *Idem*, *Ibidem*.

metrópoles. Deve-se atribuir seu destino à responsabilidade coletiva dos cidadãos que a compõem, de acordo com o princípio da autodeterminação¹³⁵².

A *responsabilidade de reagir* a situações de extrema necessidade humanitária constitui a principal decorrência da *responsabilidade de proteger* quando falham todas as medidas de prevenção por inapetência ou oposição do Estado-alvo à resolução da catástrofe. A alternativa da intervenção militar constitui a modalidade reativa mais extrema, utilizada somente em casos gravíssimos.

Também na reação, seguindo igualmente os princípios relativos à prevenção, devem-se considerar, em primeiro lugar, as alternativas menos invasivas de caráter econômico, político-diplomático e militar¹³⁵³. Pode ocorrer, no entanto, de as *condições limiares* para uma intervenção militar, similares àquelas dispostas no *Kosovo Report* – os chamados “gatilhos” da alternativa bélica –, serem alcançadas antes mesmo de sua cogitação. Mas como alternativa última e mais violenta à resolução de uma crise humanitária, uma intervenção militar somente se torna defensável em princípio e aceitável na prática se cumprir, além das *condições limiares*, condições adicionais de precaução¹³⁵⁴.

Em situações notadamente extremas e excepcionais a *responsabilidade de reagir* toma, então, a forma de uma intervenção militar. O descumprimento do princípio da não-intervenção somente pode acontecer em situações notadamente singulares, porquanto todos os membros das Nações Unidas o reputam como sustentáculo de uma ordem internacional estável, responsável e interdependente, servindo aos interesses tanto dos Estados fortes como dos fracos. A intervenção militar externa não se justifica na maioria das crises internas de um determinado Estado; a não-intervenção não protege

¹³⁵² Idem, Ibidem.

¹³⁵³ Tais alternativas também são objetos de crítica quando utilizadas de modo indiscriminado, porquanto podem constituir-se em armas extremamente prejudiciais à população civil. Por isto, tais sanções devem ser usadas com extrema cautela. São elas, entre outras: no campo militar, embargo de armas e o fim de qualquer projeto cooperação militar; no campo econômico, sanções financeiras que afetem os bens no estrangeiro dos países-alvo, ou mesmo de seus líderes governamentais; restrições no acesso ao petróleo, um meio eficaz de impedir a continuidade de operações militares; restrições ao rendimento de atividades como a exploração de diamante, madeira e drogas; banimento da aviação internacional; no campo político-diplomático, restrições à representação diplomática, suspensão ou expulsão de órgãos internacionais ou regionais, entre outras. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. pp. 30-31

¹³⁵⁴ Idem, Ibidem.

somente governos e seus agentes, mas culturas e povos, de modo a proporcionar às diferentes sociedades a manutenção de um pluralismo cultural, étnico e religioso¹³⁵⁵.

Sob a égide de um amplo consenso verificado em vastas consultas internacionais, e no mesmo sentido do *Kosovo Report* e de teóricos da guerra justa contemporâneos como WALZER e RAWLS, os comissários argumentam que a conservação deste pluralismo na sociedade internacional não pode servir de subterfúgio para o desrespeito brutal aos direitos humanos em ações ou inações capazes de “chocar a consciência da humanidade”. Mas a vagueza da “excepcionalidade” se mostra problemática, e a Comissão, assim como o *Kosovo Report* também fez pouco tempo antes, procura estabelecer as estritas condições habilitadas a tornar justificável a intervenção militar externa¹³⁵⁶, esclarecendo as possíveis ambigüidades.

Em meio a um vasto universo de listas diferentes de condições para a realização de uma intervenção militar, a Comissão reconhece, apesar das distinções quanto à terminologia empregada e quanto número de condições expostas, um núcleo comum quanto aos aspectos essenciais. Se não há um consenso universal, os comissionários estabelecem a relevância especial de seis condições ou critérios – todos eles, vale mencionar, terminologicamente idênticos ao de toda a tradição da teoria da guerra justa: *justa causa, intenção correta, último recurso, meios proporcionais, expectativas razoáveis de sucesso e autoridade competente*¹³⁵⁷. Aqui, o que era implícito no *Kosovo Report* se explicita definitivamente: a adoção contemporânea *revisitada* das condições da teoria da guerra justa no debate das questões humanitárias internacionais.

O Relatório sobre a *responsabilidade de proteger* prioriza, acertadamente, duas delas, a *autoridade competente* e a *justa causa*, pois suscitam o maior número de controvérsias na doutrina jusinternacionalista. A questão da autoridade para intervir militarmente mereceu até um capítulo em separado dos outros critérios.

Se no passado houve um grande número de razões supostamente humanitárias apresentadas para uma intervenção militar como resposta a um grande número de

¹³⁵⁵ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. pp. 31.

¹³⁵⁶ *Idem*, p. 32.

¹³⁵⁷ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 32.

circunstâncias, a Comissão restringe ao máximo a sua justificativa no sentido da prevenção ou da cessação de dois eventos excepcionais, em conjunto ou separadamente: em primeiro lugar, a perda de vidas humanas em larga escala, iminente ou atual, com intenção ou não da prática de genocídio, resultado de uma ação deliberada do Estado, ou da sua inação, ou mesmo a incapacidade de ação pelo colapso de suas próprias instituições (*Estados falidos*); em segundo lugar, uma política de *limpeza étnica* de larga escala, iminente ou atual, praticada por atos terroristas, estupros em massa, massacres ou expulsão forçada¹³⁵⁸. A ocorrência de qualquer destes eventos satisfaz a condição da *justa causa*.

Mas a Comissão não se limita às superficiais e vagas afirmações de WALZER seguidas por RAWLS e corroboradas no *Kosovo Report* sobre o que poderia “chocar a consciência da humanidade”. Procura discriminá-las com mais profundidade.

A primeira refere-se às condutas tipificadas pela *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio* de 1948 (também dispostas no Estatuto do Tribunal Penal Internacional) e que envolvam a ameaça ou a perpetração de massacres em larga escala; a segunda, à ameaça ou ocorrência de imensas perdas de vidas humanas em decorrência de condutas com intenção genocida ou sem ela, envolvendo ou não o próprio Estado¹³⁵⁹; a terceira, às diferentes formas de *limpeza étnica*, como a sistemática remoção física de um determinado grupo étnico de uma área geográfica, sistemáticos massacres de um grupo com a intenção de exterminar ou diminuir sua presença em região particular, atos de terror motivados pela criação de um intenso fluxo de refugiados ou estupros em massa, seja como meio de espalhar o terror, seja como meio de mudar a própria composição étnica de uma dada sociedade; a quarta, aos

¹³⁵⁸ Idem, p. 32.

¹³⁵⁹ O Estatuto do Tribunal Penal Internacional assim define o genocídio:

Artigo 6º

Crime de Genocídio

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Estatuto do Tribunal Penal Internacional. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 178.

denominados *crimes contra a humanidade* (definidos no art. 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional¹³⁶⁰) e às violações do Direito Internacional Humanitário envolvendo massacres em larga escala e *limpeza étnicas*; a quinta, às situações de completa falência,

¹³⁶⁰ 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

- a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;
- b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;
- c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;
- d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;
- e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;
- f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;
- g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;
- h) Por "crime de apartheid" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;
- i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo. *Estatuto do Tribunal Penal Internacional*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. pp. 178-179.

esgotamento do Estado e de suas instituições, resultando em guerras civis ou fome em larga escala; a sexta – e última –, à incapacidade ou à oposição de um Estado de conter ou impedir a perda de um grande número de vidas humanas em virtude de catástrofes ambientais ou naturais, ou mesmo à recusa de pedir assistência internacional após sua ocorrência¹³⁶¹.

Por outro lado, a Comissão, com o mesmo intento de delimitar com precisão aquilo que constituiria a *justa causa*, exclui algumas situações que durante muito tempo suscitaram a justificação da intervenção militar com a finalidade de proteção dos direitos humanos.

A Comissão não põe entre as *justas causas* para intervir algumas práticas odiosas contra os direitos humanos, como a sistemática repressão política ou a sistemática discriminação racial. Esta última restrição condiz com aquelas impostas por WALZER e RAWLS relativamente a sistemas onde a discriminação racial constitua uma política governamental¹³⁶². A adoção de meios de coerção não-militar no caso do *apartheid* na África do Sul por RAWLS deduz-se indiretamente pela exposição por WALZER no livro *Da Tolerância*, quando afirma que lhe foram sugeridas pelo autor de *O Direito dos Povos*:

A imposição de um embargo parcial contra o *apartheid* da África do Sul é um exemplo útil, apesar de incomum. Condenação coletiva, rompimento de intercâmbios culturais e propaganda ativa também podem servir aos propósitos da intolerância humanitária, embora sanções desta natureza raramente se mostrem eficazes¹³⁶³.

Entretanto, como já visto, WALZER defende a excepcionalidade de uma intervenção militar justificável no caso do *apartheid* sul-africano porque o identifica com os casos da guerra contra a escravidão e guerra de libertação nacional. No primeiro caso, os negros eram escravos *de facto*, de modo que sua situação não se distinguiu, para efeitos de uma intervenção militar externa, dos escravos *de jure*. No segundo, os negros constituiriam uma espécie peculiar de nação, segundo o que sustentava o próprio

¹³⁶¹ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 33.

¹³⁶² Esta é a interpretação de Rex MARTIN. MARTIN, Rex. *WALZER and RAWLS on Just Wars and Humanitarian Interventions*. In: *Intervention, Terrorism and Torture – Contemporary Challenges to Just War Theory*. Edited by Steven P. Lee. Netherlands: Springer, 2006, p. 81.

¹³⁶³ WALZER, Michael. *Da Tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 30-31.

discurso oficial do governo à época¹³⁶⁴, de modo que sua guerra transformava-se de revolução interna para uma guerra atípica de libertação nacional.

A segunda exclusão da Comissão diz respeito a golpes civis ou militares instauradores de regimes ditatoriais em sociedades com anseios pela realização dos valores democráticos. Embora a Comissão assinale a enorme relevância negativa da derrubada de um governo democrático, não crê haver uma *justa causa* para uma intervenção militar. Para eventos assim, deve haver uma ação internacional conjunta no sentido da imposição de sanções políticas e econômicas.

A Comissão exclui, por último, o resgate dos próprios nacionais em outro Estado, inapropriadamente qualificado como intervenção humanitária (que necessariamente exige o resgate dos nacionais do próprio Estado-alvo), e a resposta a uma ataque terrorista da magnitude daquele cometido em 11 de setembro de 2001¹³⁶⁵. Ambos não constituem justas causas para uma intervenção militar para a proteção dos direitos humanos.

O Relatório define sua posição no debate envolvendo duas possíveis controvérsias morais sobre a justa causa da intervenção militar para proteção dos direitos humanos assim como sobre a discussão de evidências dotadas de credibilidade como exigência prévia para a ação militar.

Não procura quantificar o que seria “larga escala” por entender que isto não constitui objeto de grandes controvérsias relativas à *justa causa*. Entretanto, deixa clara sua opção moral no apoio à legitimidade da intervenção militar antecipatória no caso de iminência de um genocídio. A comunidade internacional sustentaria uma posição moralmente indefensável se esperasse a ocorrência de um genocídio para agir militarmente¹³⁶⁶. Os comissários também tomam partido em outra questão: a indistinção, em termos morais, da criação de uma catástrofe humanitária pela ação ou

¹³⁶⁴ “This is specially plausible since it parallels the official position of the South African government: that blacks are a separate nation and that they are not entitled to full citizenship in the Republic of South Africa”. WALZER, Michael. *The Moral Standing of States: A Response to Four Critics*. In: *Philosophy and Public Affairs*, vol. 9, nº 3, 1980, p. 219.

¹³⁶⁵ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 34.

¹³⁶⁶ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 33.

inação das autoridades estatais, ou de sua perpetração por agente estatais ou não-estatais¹³⁶⁷.

Fatos exibem usualmente diversas versões muito distintas. Adquirir certeza absoluta sobre o preenchimento da condição da *justa causa* é bastante difícil em todas as situações de crise, mas de crucial importância. Uma possível solução institucional seria o envio de missões investigativas pelo Conselho de Segurança ou pelo Secretário-Geral da ONU a fim de obter informações seguras sobre os reais acontecimentos, uma vez que organizações não-governamentais insuspeitas como a Cruz Vermelha se abstêm deste papel por não desejar a intromissão em qualquer decisão política até mesmo para trabalhar em qualquer região, sem provocar suspeitas¹³⁶⁸. O poder *subutilizado* do Secretário-Geral de chamar a atenção do Conselho de Segurança para qualquer assunto capaz de ameaçar a manutenção da paz e da segurança internacionais, conferido pela Carta da ONU no artigo 99, deveria ser considerado como uma alternativa adequada¹³⁶⁹

A *autoridade competente* é, juntamente com a *justa causa*, o outro critério que cria mais discussões na doutrina jusinternacionalista. Busca responder a uma pergunta: a quem compete determinar o prosseguimento de uma intervenção militar com finalidade de proteção dos direitos humanos¹³⁷⁰.

A Comissão assinala a primazia da autoridade da ONU, baseada não em um poder coercitivo, porque desprovida de forças armadas próprias, mas na aplicação da legitimidade, aqui concebida como a ponte entre a autoridade e o recurso ao poder. Estados que buscam se sobrepôr à autoridade das Nações Unidas nas questões relativas à segurança e à paz internacionais, minando-a, ajudam a desconstruir uma ordem internacional baseada em normas do Direito Internacional Público de escopo universal.¹³⁷¹ Somente por meio das Nações Unidas, com o Conselho de Segurança ocupando o núcleo do sistema da Carta de uso da força armada internacional, deve ser

¹³⁶⁷ Idem, *Ibidem*.

¹³⁶⁸ Idem, p. 35.

¹³⁶⁹ Idem, *Ibidem*; *Carta das Nações Unidas*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 99.

¹³⁷⁰ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 47.

¹³⁷¹ Idem, p. 48.

autorizada qualquer intervenção militar com finalidade de proteção dos direitos humanos¹³⁷².

O papel do Conselho de Segurança é vital, segundo a Comissão. Para ela, “é absolutamente fora de dúvida de que não há órgão melhor ou mais apropriado que o Conselho de Segurança para lidar com questões de intervenção militar com propósitos de proteção humana”¹³⁷³. As amplas consultas internacionais realizadas pela Comissão apontaram o consenso de que compete ao Conselho a centralidade na autorização para ações militares com finalidades de proteção humana. Neste sentido, a Comissão não busca alternativas ao Conselho, mas o seu melhor funcionamento¹³⁷⁴. Os comissários, com efeito, concordam acerca de duas idéias: a primeira, de que previamente a qualquer intervenção militar deve-se buscar a autorização do Conselho de Segurança; a segunda, de que o Conselho deve responder prontamente quando provocado para autorizar uma intervenção militar em casos nos quais a *justa causa* (massacres genocidas e *limpezas étnicas*) tenha sido satisfeita, verificando, ademais, a os fatos que dêem o devido suporte à ação militar¹³⁷⁵.

A imprescindibilidade do Conselho de Segurança para a autorização da intervenção militar constante do Relatório *The Responsibility to Protect* seria a sua mais profunda diferença com relação ao *Kosovo Report*.

O *Kosovo Report* crê na importância do papel exercido pelas “coalizões militares da boa vontade” quando o sistema da ONU falha na resolução de uma crise humanitária cuja solução se opere pela via militar. Confere legitimidade à intervenção militar das coalizões militares *ad hoc* dos *aptos e dispostos* e das organizações regionais em um dos princípios contextuais do paradigma de intervenção humanitária de sua criação, mesmo sem o beneplácito do Conselho de Segurança da ONU¹³⁷⁶.

Há, no *Kosovo Report*, uma tentativa certamente mais ousada de reforma do Direito Internacional Público do uso da força que no *The Responsibility to Protect*. Nele domina a desconfiança, tal como em WALZER, acerca da opção militar por meio da

¹³⁷² Idem, p. 49.

¹³⁷³ Idem, *Ibidem* (tradução livre do autor).

¹³⁷⁴ Idem, *Ibidem*.

¹³⁷⁵ Idem, p. 50.

¹³⁷⁶ *Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report*, 2000, p. 70.

ONU como exigência prévia porque esta acarreta na maioria das vezes a inação, que não pode ser considerada, segundo entende o filósofo norte-americano, como a *vontade internacional generalizada*¹³⁷⁷. O *Kosovo Report* procura, de fato, uma conciliação, expressa em escritos de WALZER, entre a legitimidade moral de uma intervenção multilateral de uma coalizão de *aptos e dispostos* e a efetividade política representada pela iniciativa unilateral¹³⁷⁸. Mas corolários perigosos desta posição são possíveis: a formação de sistemas hegemônicos regionais em substituição ao sistema de segurança coletiva da Carta ou de alianças entre Estados poderosos com finalidades reais escusas sob as vestes do humanitarismo, novas “Santas Alianças”, resultando na degradação completa da autoridade do Conselho de Segurança da ONU em um longo prazo¹³⁷⁹.

Mas Michael BYERS¹³⁸⁰ também aponta incoerências entre passagens distintas no próprio Relatório *The Responsibility to Protect* quanto ao tema da *autoridade competente*, atribuindo-as a uma possível discordância entre seus diversos autores¹³⁸¹. Há certos excertos favoráveis à intervenção humanitária unilateral:

Based on our reading of state practice, Security Council precedent, established norms, emerging guiding principles, and evolving customary international law, the Commission believes that the Charter’s strong bias against military intervention is not to be regarded as absolute when decisive action is required on human protection grounds¹³⁸².

¹³⁷⁷ WALZER, Michael. *The Politics of Rescue*. In: *Arguing About War*, op. cit. pp. 77-78.

¹³⁷⁸ Idem, p. 78.

¹³⁷⁹ SIMPSON, Gerry. *Great Powers and Outlaw States – Unequal Sovereigns in the International Legal Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 194-223.

¹³⁸⁰ BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 132.

¹³⁸¹ Eis os autores do Relatório: Gareth EVANS, ex-Ministro das Relações Exteriores da Austrália; Mohamed SAHNOUN, consultor especial do Secretário-Geral da ONU, servindo como seu enviado especial no conflito da Etiópia em 1999; Lee HAMILTON, diretor do Centro Internacional Woodrow Wilson para Acadêmicos; Michael IGNATIEFF, Professor Carr de Direitos Humanos na Universidade de Harvard; Vladimir LUKIN, embaixador russo nos Estados Unidos entre 1992 e 1993; Klaus NAUMANN, ex-presidente do Comitê Militar do Atlântico Norte da OTAN entre 1996 e 1999, desempenhando papel importante na crise do Kosovo; Cyril RAMAPHOSA, presidente Executivo da Rebserve, uma enorme companhia de suprimentos e serviços sul-africana, que exerceu papel relevante no fim do *apartheid*; Fidel V. RAMOS, ex-Presidente das Filipinas de 1992 a 1998, e desde 1999 é Presidente da Fundação Ramos para a Paz e o Desenvolvimento; Cornelio SUMMARUGA, presidente da Fundação Caux para o rearmamento moral e presidente do Centro Internacional Humanitário de Genebra para o desarmamento de minas; Eduardo Stein BARILLAS, ex- Ministro das Relações exteriores da Guatemala dentre 1996 e 2000; Ramesh TAKUR, Vice Reitor da Universidade das Nações Unidas, de Tóquio, desde 1998. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. pp. 78-79.

¹³⁸² *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 16.

Intervenções humanitárias unilaterais poderiam, de acordo com este trecho do Relatório, se sobrepor às restrições impostas pela Carta da ONU quanto ao uso lícito da força, a legítima defesa e as medidas militares contidas no Capítulo VII. Seriam praticadas sem a autorização do Conselho de Segurança, se este se mostrasse inerte.

Já no Capítulo concernente à questão da “autoridade competente”, os autores contradizem a passagem exposta acima e refutam a permissibilidade da intervenção humanitária unilateral – aquela sem a devida autorização do Conselho de Segurança, mesmo que levada a cabo por uma coalizão:

As a matter of political reality, it would be impossible to find consensus, in the Commission’s view, around any set of proposals for military intervention which acknowledged the validity of any intervention not authorized by the Security Council or General Assembly¹³⁸³.

Neste capítulo específico é reafirmada a todo tempo importância do comprometimento do Conselho de Segurança perante a *responsabilidade de proteger*. A Comissão encoraja o exercício pleno pelo Conselho desta *responsabilidade* – e não a renúncia a ela. Assinala, com efeito, que o Conselho conseguiu exercê-la a contento na maioria das crises humanitárias da década de noventa (conquanto não tenha atuado a contento em casos paradigmáticos, como Ruanda e Kosovo). O Relatório, ademais, assevera constantemente a primazia da ONU, a sua essencialidade na autorização da intervenção militar¹³⁸⁴ bem como a sua função simbólica de repositório do idealismo internacional de proteção dos direitos humanos ao mesmo tempo em que segue parâmetros de atuação do realismo político. Se a insegurança humana não pode ser simplesmente banida das relações internacionais, a idéia de uma organização de escopo universal de promoção dos direitos humanos, da paz e da segurança sobrevive a todos os conflitos armados da segunda metade do século XX e início do século XXI.

Mas a Comissão também reverbera críticas repetidamente feitas ao redor do mundo relativamente à falta de *legitimidade democrática* do Conselho de Segurança, cuja falta de representatividade diminui sua credibilidade e autoridade ao excluir a condição de Membros Permanentes Estados relevantes nas relações internacionais,

¹³⁸³ Idem, p. 55.

¹³⁸⁴ “Only the UN can authorize military action on behalf of the entire international community, instead of a select few”. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 52.

(como a Índia, o Brasil, a Alemanha e outros Estados africanos e asiáticos), e ao uso indiscriminado do poder de veto pelos Membros Permanentes, que sozinhos podem barrar a vontade de agir de toda a comunidade internacional em crises humanitárias de extrema gravidade. Daí que a Comissão sugere que a reforma de sua composição seria bastante benéfica para a reputação do Conselho, incrementando sua autoridade, embora, realisticamente, ressalve que o processo decisório não seria facilitado de qualquer modo caso ela viesse a acontecer¹³⁸⁵.

Se a todo tempo a Comissão reafirma a primazia do Conselho de Segurança no exercício da *responsabilidade de proteger*, por outro lado, aponta opções alternativas quando ele falha no seu cumprimento, muitas vezes em virtude do poder de veto. Estas são as passagens mais obscuras, confusas e hesitantes do Relatório quanto a sua defesa ou não das intervenções militares não autorizadas pelo Conselho de Segurança. No fim das contas, defende implícita e envergonhadamente intervenções militares autorizadas pelos substitutos diretos do Conselho, mas não por ele, o que torna o Relatório incomodamente contraditório.

A ênfase pragmática da Comissão a fez ladear-se discretamente com o entendimento de WALZER acerca da concorrência da efetividade do unilateralismo e da legitimidade moral do multilateralismo, inteiramente recepcionada pelo *Kosovo Report*. O Relatório não se posiciona com firmeza, como fez o *Kosovo Report*, quanto à inexigibilidade da autorização do Conselho para a legitimidade da intervenção quando este falha em agir, confiando em uma aliança de *aptos e dispostos* e em organizações regionais. Em certos trechos afirma ser o Conselho imprescindível, em outros parece tolerar intervenções militares autorizadas somente por seus substitutos – a Assembléia Geral e Organizações Regionais.

Com isto, aquela que seria a diferença marcante entre o *Kosovo Report* e o *Responsibility to Protect* se atenua. O primeiro não tem receios em defender a intervenção militar unilateral por coalizões militares ao mesmo tempo em que sustenta ser a autorização do Conselho de Segurança requisito desnecessário para a intervenção militar quando este queda inerte. Já o segundo, em muitos trechos do Relatório, enaltece o Conselho, seu papel primordial no cumprimento da *responsabilidade de*

¹³⁸⁵ Idem, p. 51.

proteger, defendendo em várias passagens a inevitabilidade de sua autorização, o que é contrariado em outras passagens, onde tolera a sobreposição à autoridade do Conselho pela Assembléia Geral e por Organizações regionais. Envia sinais contraditórios por todo o documento.

A despeito disto, vale ressaltar que entre os dois Relatórios, o referente à *responsabilidade de proteger* valoriza muito mais o papel do Conselho de Segurança nas intervenções militares humanitárias que o *Kosovo Report*. O que se quer naquele é melhor funcionamento do Conselho, e não a sua substituição – afirmação repetida em idênticos termos no Relatório do *Alto Painel sobre Ameaças, Desafios e Mudança*, do Secretário-Geral da ONU.

O primeiro substituto do Conselho quando este falha em agir é a Assembléia Geral da ONU sob a égide da Resolução n. 377 da Assembléia Geral das Nações Unidas ¹³⁸⁶ (para um estudo mais detalhado da Resolução, ver o capítulo 2). Embora nela a Assembléia *recomende* o uso da força armada coletiva na impossibilidade de o Conselho fazê-lo, estando ausente qualquer possibilidade de vinculação dos membros da ONU, sua posição majoritariamente favorável incrementaria sobremaneira a credibilidade de uma intervenção militar efetuada logo após a obtenção desta autorização, o que poderia provocar uma mudança de posição do próprio Conselho. A mera possibilidade de esta opção se concretizar já estimularia o Conselho de Segurança a decidir e agir a contento, que é o principal desejo da Comissão. O maior obstáculo seria de ordem prática, em virtude da dificuldade de se alcançar uma maioria de dois terços em um caso politicamente controverso, com a ameaça de uso ou uso do veto, em que potências podem exercer pressões políticas e econômicas em troca de votos.

¹³⁸⁶ “A Assembléia Geral, (...) 1. Decide que, em todo caso onde parece existir uma ameaça contra a paz, uma ruptura da paz ou um ato de agressão e onde, em razão da ausência de unanimidade entre os membros permanentes, o Conselho de Segurança falta à sua responsabilidade principal para a manutenção da paz e segurança internacionais, a Assembléia Geral examinará imediatamente a questão a fim de dirigir aos membros as recomendações apropriadas sobre as medidas coletivas a serem tomadas, inclusive, caso tratar-se de uma ruptura da paz ou de um ato de agressão, a utilização da força armada em caso de necessidade, para manter ou restabelecer a paz e segurança internacionais. Caso a Assembléia Geral não esteja reunida naquele momento, ela poderá reunir-se em sessão extraordinária de urgência em 24 horas que seguem ao pedido apresentado com este fim. Tal sessão extraordinária de urgência será convocada por solicitação seja do Conselho de Segurança por um voto afirmativo de sete de quaisquer de seus membros seja pela maioria dos membros da Organização”. *Resolução n. 377 da Assembléia Geral das Nações Unidas: União para a Manutenção da Paz*. In: *Legislação Internacional*, op.cit. p. 141.

A saída da Resolução *Unidos para a Paz* seria, segundo a Comissão, a solução mais recomendável para casos extremos de paralisia, como Kosovo e Ruanda. O veto de um membro permanente do Conselho de Segurança não deveria impedir uma intervenção militar em resposta a um genocídio ou uma *limpeza étnica* aprovada pela grande maioria dos membros das Nações Unidas.

As organizações regionais seriam o segundo substituto do Conselho¹³⁸⁷. Elas poderiam agir sem a autorização do Conselho de Segurança desde que limitada à sua área geográfica. A Comissão faz, com efeito, uma restrição inexistente no *Kosovo Report*, justamente porque neste não há críticas sobre a extrapolação dos limites geográficos de atuação da OTAN na intervenção militar humanitária no Kosovo. No *Kosovo Report*, ademais, nem são mencionadas expressamente as organizações regionais; fala-se simplesmente da necessidade de a decisão sobre a intervenção militar passar de arranjos decisórios multilaterais. E isto acarreta uma ampliação da possibilidade de ocorrência de intervenções militares unilaterais praticadas por coalizões militares, pois não se exige que constituam organizações regionais previstas no capítulo VIII da Carta das Nações Unidas. Uma aliança militar formada por *aptos e dispostos* poderia, então, intervir militarmente em qualquer lugar do mundo. O Relatório *The Responsibility to Protect* mais uma vez adota uma posição titubeante, não condizente com a própria concepção mais restritiva do uso da força armada que a do *Kosovo Report* ao não reprovar a intervenção militar do Kosovo em virtude de a OTAN ultrapassar as suas fronteiras geográficas.

A Comissão deixa claro que a Carta da ONU submete a atuação militar das organizações regionais à autorização do Conselho de Segurança. Mas vê um espaço de manobra além da *rígida letra da lei* na autorização *ex post facto*, obtida em casos como Libéria e de Serra Leoa. A maior flexibilidade desta autorização posterior de uma ação de organização regional poderia abrir uma via de ação no futuro, segundo entende a Comissão¹³⁸⁸. Mas vale a lembrança de que se esta liberdade se generalizar, as organizações regionais teriam uma autonomia em relação ao Conselho de Segurança não conferida pela Carta das Nações Unidas capaz de desestabilizar todo o

¹³⁸⁷ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 54.

¹³⁸⁸ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 54.

sistema de segurança coletiva e destruir a autoridade do Conselho de Segurança como principal responsável pela manutenção da paz e da segurança internacionais.

Para evitar o dilema acerca de qual dano seria maior para a ordem internacional – uma ação militar unilateral passando por cima da autoridade do Conselho de Segurança ou a inércia do Conselho e o massacre de muitas pessoas –, a Comissão adverte o Conselho de Segurança acerca de dois perigos possíveis: o primeiro, de que os Estados interessados não abandonarão seu intento interventivo para lidar com uma situação extrema somente porque o Conselho não cumpriu sua *responsabilidade de proteger*; a pressão para a formação de alianças militares *ad hoc* crescerá e, se os estados interventores concretizarem seus desígnios, a intervenção militar poderá desrespeitar os princípios relativos à precaução propostas no Relatório ou ter sua condução instigada por razões tortuosas; o segundo – e mais grave – de que se uma intervenção militar unilateral praticada por um Estado ou por uma coalizão militar seguir os critérios propostos pelo Relatório e obtiver sucesso operacionalmente e aos olhos da sociedade civil internacional, a credibilidade da própria ONU e do sistema de segurança coletiva seria gravemente questionada¹³⁸⁹.

Além da *justa causa* e da *autoridade competente*, exige-se o preenchimento de outros quatro *critérios de precaução* para que uma intervenção militar com objetivos de proteção humana se torne justificável. De modo similar ao *Kosovo Report*, o *Responsibility to Protect* declara que o estabelecimento de todas elas serve à limitação do uso da força militar e possui o intento de prover diretrizes precisas para a ação militar internacional em casos de catástrofes humanitárias dentro de determinado Estado, resultando no fortalecimento da própria ordem internacional. Não existe, de outro lado, fins sub-reptícios no sentido de proporcionar qualquer *ratio* para Estados poderosos satisfazerem seus anseios estratégicos ou mesmo de ampliar a incidência da agressão militar com floreios lingüísticos¹³⁹⁰.

A Comissão defende que a intervenção militar deve ter como objetivo primordial a interrupção ou a prevenção do sofrimento humano de acordo com a *intenção correta* da tradição da teoria da guerra justa, que se afirma tanto positiva como negativamente –

¹³⁸⁹ Idem, p. 55.

¹³⁹⁰ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 35.

ou seja, que traça tanto os propósitos com ela condizentes, como o salvamento da vida humana, como aqueles que lhe são contrários, como a derrubada de um governo ou a ocupação de longo prazo de um território.

Muitas das considerações feitas pela Comissão sobre a *intenção correta* já se encontram no *Kosovo Report*, inclusive o ceticismo procedente das lições de WALZER em *Guerras justas e injustas* quanto à motivação exclusivamente humanitária da intervenção militar com finalidade de proteção dos direitos humanos¹³⁹¹. De fato, os imensos custos que uma intervenção traz consigo quase escancara outros interesses que não os puramente humanitários. Mas, como ressalta WALZER, não constitui por si um argumento contrário à intervenção humanitária o fato de interesses variados a motivarem – e isto, por outro lado, provoca nele ceticismo, o que o faz examinar detidamente os fatores estranhos ao humanitarismo¹³⁹².

Neste sentido, não repetiremos toda a análise anterior deste critério e dos demais *critérios de precaução*, presentes no *Kosovo Report* e no *The Responsibility to Protect*. Além das grandes semelhanças nas duas listas, cujas diferenças basicamente se resumem à nomenclatura, também possuem menor relevância doutrinária porque menos polêmicos. Somente serão abordados os acréscimos da Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal relevantes à pesquisa.

Outras listas apontam critérios adicionais para uma intervenção militar humanitária que os comissários concebem como três subcomponentes da *intenção correta*, capazes de conferir maior segurança ao seu cumprimento.

Se a intervenção for perpetrada de modo multilateral e não unilateral, há uma maior probabilidade de sua *intenção correta*, pois reduz tanto a possibilidade de intentos baseados em uma mera *política de poder* como aumenta a credibilidade da

¹³⁹¹ Percebe-se claramente a influência da obra de WALZER no Relatório quanto a este tema: “Complete disinterestedness – the absence of any narrow self-interest at all – may be an ideal, but it is not likely always to be a reality: mixed motives, in international relations as everywhere else, are a fact of life”. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 36. “Por outro lado – ou talvez por esse mesmo motivo –, exemplos nítidos do que se chama ‘intervenção humanitária’ são muito raros. A bem da verdade, não encontrei nenhum, mas apenas casos variados em que a motivação humanitária é uma entre diversas. Ao que parece, os Estados não mandam soldados invadir outros Estados somente para salvar vidas. A vida de estrangeiros não tem tanto peso assim na balança do processo decisório nacional. Teremos, portanto, de investigar a importância moral de motivações variadas”. WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. p. 173.

¹³⁹² WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. p. 173.

motivação humanitária, porquanto defendida por diversos Estados. Outra maneira de averiguar a *intenção correta* consiste em verificar a existência de apoio da população interna beneficiária da intervenção. O último modo seria examinar se a opinião dos outros Estados da região foi levada em conta e se apoiaram ou não a intervenção militar¹³⁹³.

Os comissários também analisam o tema da relação entre a opinião pública interna e a *intenção correta* de um Estado interventor. O eleitorado geralmente exige que seu governo não se comporte altruisticamente, motivado por qualquer *intenção correta* em uma intervenção militar de altos custos humanos e materiais¹³⁹⁴. O Estado deveria agir de acordo com o próprio interesse nacional. WALZER constata, neste sentido, tal egoísmo costumeiro do eleitorado interno quando assinala que “a vida de estrangeiros não tem tanto peso assim na balança do processo decisório nacional”¹³⁹⁵.

A Comissão rebate a noção restrita de interesse nacional com a idéia de que uma *boa cidadania internacional* agora faz parte de uma noção ampliada de interesse nacional. O interesse nacional possui várias dimensões e um Estado não deve agir em crises humanitárias somente porque um país vizinho está prestes a entrar em colapso e isto afetaria a segurança da região ou porque um grande número de refugiados passa a transpor as fronteiras de seu país. O Estado *bom cidadão internacional* melhora substancialmente sua reputação na solução de crises internacionais, com claros ganhos diplomáticos (e esta parece ter sido a principal motivação do Brasil para comandar a operação de paz no Haiti). Em um mundo cada vez mais interdependente, seria do interesse de todos os países a resolução de crises de grandes proporções envolvendo, por exemplo, fluxo de refugiados, terrorismo internacional, crime organizado,

¹³⁹³ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p. 36.

¹³⁹⁴ Mas o Relatório também se preocupa com a mobilização da vontade política doméstica. Ressalta o papel crucial dos líderes políticos, por sua capacidade de influenciar o eleitorado, e das Organizações Não-Governamentais, que trazem informações à população e argumentos favoráveis à ação, bem como os malefícios da inação, influenciando diretamente tanto os políticos quanto o eleitorado que os pressiona. Argumentos de ordem moral, relativos à urgência humanitária, à solidariedade para com outros seres humanos, podem ser bastante efetivos, especialmente quando veiculados por meios de comunicação de massa (o chamado *efeito CNN*). Já argumentos de ordem financeira funcionam melhor quando ainda se está na fase da *responsabilidade de prevenir*, pois os custos da prevenção são bem menores que o da intervenção e da reconstrução. Idem, p. 71.

¹³⁹⁵ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. p. 173.

pandemias e genocídios para se estimular cada vez mais a cooperação internacional entre os diversos Estados na resolução de seus problemas internos¹³⁹⁶.

O critério do *último recurso* neste Relatório nada acrescenta em relação àquele estabelecido no *Kosovo Report*. O único diferencial é o lingüístico. Afirma-se que a *responsabilidade de reagir* com a intervenção militar somente é justificável quando esgotada as possibilidades fáticas da *responsabilidade de prevenir* – e isto não significa, por outro lado (e de modo idêntico ao *Kosovo Report*), que todas as opções devem ser contempladas, pois muitas vezes não há tempo para que se verifique o seu sucesso. Deve haver um padrão de razoabilidade a guiar o argumento de que determinada opção prévia à intervenção militar teria sido mal-sucedida¹³⁹⁷.

Quanto ao critério proporcional, o Relatório nada acrescenta ao *Kosovo Report*. Reforça a idéia já apresentada neste de que um padrão mais alto de limitação do uso da força deve ser seguido, para além da mera obediência às regras do Direito Internacional Humanitário, em virtude da própria finalidade precípua da ação¹³⁹⁸.

O critério das *expectativas razoáveis de sucesso* não se encontra no *Kosovo Report* nem nas normas de Direito Internacional Público positivo – ao menos não de modo expresso. Mas se faz presente na tradição da teoria da guerra justa desde a prática romana, como observa James Turner JOHNSON¹³⁹⁹. Na contemporaneidade, Michael WALZER é o exemplo mais influente de adoção deste critério prudencial¹⁴⁰⁰.

Nas pegadas da tradição, a Comissão entende que uma intervenção militar deve ter uma chance razoável de sucesso para que se apresente como justificável. Em outras palavras, deve impedir a continuidade ou prevenir uma tragédia humanitária. Não se justifica se a ação for mais prejudicial que a inação; do mesmo modo, veda-se a ação

¹³⁹⁶ *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. pp. 36, 72.

¹³⁹⁷ *Idem*, *Ibidem*.

¹³⁹⁸ *Idem*, p. 37.

¹³⁹⁹ JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*. New Haven: Yale University Press, 1999, p. 34. No mesmo sentido, BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*, op.cit. p. 123.

¹⁴⁰⁰ “A intervenção humanitária é justificada quando é uma reação (com razoáveis expectativas de sucesso) a atos “que abalam a consciência moral da humanidade”. WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*, op.cit. p. 183.

quando ela possa provocar um conflito de grandes proporções. Por pior que seja a crise, neste caso, a prudência política se sobrepõe às exigências deontológicas¹⁴⁰¹.

E isto significa que a nobreza dos argumentos morais possui uma barreira prudencial determinada pela diferença de poder nas relações internacionais. Nunca uma intervenção militar humanitária será praticada em um Estado militarmente muito poderoso, como os cinco Membros Permanentes do Conselho de Segurança da ONU (que ainda têm a seu favor o *veto*, uma barreira adicional de natureza jurídico-institucional) ou outros Estados como Israel e Índia. Exemplos não faltam. A crise humanitária na Chechênia não foi tratada do mesmo modo que a crise no Kosovo porque aquela estava diretamente relacionada com os interesses estratégicos russos. O mesmo se aplica em relação ao conflito entre China e o Tibete e Israel e Palestina¹⁴⁰².

A despeito de tudo isto, a Comissão adota a mesma posição de Michael WALZER sobre a questão. A seletividade não é o problema moral mais relevante. Em nome da coerência moral não deveríamos simplesmente nos abster de agir. Quando uma situação de urgência humanitária assim exigir e houver possibilidade razoável de sucesso, uma intervenção militar se faz necessária e deve ser realizada¹⁴⁰³.

Em consonância com o caráter declaradamente prático do Relatório da Comissão Internacional, no sentido de ambicionar a construção do consenso acerca dos critérios de ação propostos, ela recomenda algumas medidas à Assembléia Geral¹⁴⁰⁴, ao Conselho de Segurança¹⁴⁰⁵ e ao Secretário-Geral da ONU¹⁴⁰⁶ para *institucionalizar* as

¹⁴⁰¹ JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*, op.cit. p. 34.

¹⁴⁰² *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. pp. 37.

¹⁴⁰³ *Idem*, p. 37.

¹⁴⁰⁴ Sugere à Assembléia Geral a adoção de uma Resolução Declaratória envolvendo os princípios essenciais da responsabilidade de proteger, contendo quatro elementos: 1) a afirmação da idéia de soberania como responsabilidade; 2) uma declaração acerca da tripla responsabilidade da comunidade internacional em face de reivindicações relativas à proteção dos direitos humanos em Estados incapazes ou contrários ao cumprimento de sua responsabilidade primordial; 3) uma definição do critério limiar da *justa causa* (grande perda de vidas humanas atual ou iminente ou *limpezas étnicas* atuais ou iminentes) a ser satisfeito para a justificação de uma intervenção militar; 4) a sugestão de que a observância dos princípios relativos à precaução tem como finalidade a proteção da vida humana. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect*, op.cit. p.74.

¹⁴⁰⁵ Sugere ao Conselho: 1) que os Membros busquem um acordo quanto a um conjunto de critérios que uma intervenção militar deve obedecer (expostos na sinopse do Relatório) para guiar as ações em situações em que haja reivindicações neste sentido; 2) que os Membros Permanentes do Conselho de Segurança acordem quanto à abstenção do uso do veto e da obstrução de resoluções de

idéias discutidas no *Relatório*. Distintamente do *Kosovo Report*, não se alonga em sugestões de reforma da Carta da ONU; crê que a construção do consenso em torno da *responsabilidade de proteger* constitui um processo longo que se encontra apenas no começo. Mudanças jurídicas ousadas como emendar a Carta pressupõem consensos já formados. Pensar sobre elas com seriedade no atual estágio seria demasiadamente idealista – e, conseqüentemente, uma perda de tempo quando soluções mais modestas podem se mostrar bastante eficazes.

A Comissão visa, neste sentido, à articulação de um consenso acerca da relevância *responsabilidade de proteger* entre Estados, Organizações Não-Governamentais e os indivíduos ao redor do globo como componente crucial na formação de um *código de cidadania global* a ser adotado neste século – mas não como simples anseio, e sim como necessidade vital do atual estágio das relações internacionais¹⁴⁰⁷ (e é o que comprovamos atualmente diante do genocídio perpetrado em Darfur).

Entre os objetivos declarados da Comissão consta a reconciliação entre fortalecimento – e não o enfraquecimento da soberania dos Estados – e o aprimoramento da comunidade internacional. Não pode haver, de um lado, uma real igualdade soberana entre os Estados se inexistem o respeito à sua soberania e o fortalecimento de sua capacidade de proteção dos seus próprios povos, nem de outro, senão um simulacro de “comunidade internacional” quando uma comunidade de Estados nada faz perante genocídios ou “limpezas étnicas”.

Mas deve-se dar, por fim, a importância crucial necessária para o próprio desenvolvimento ulterior do Direito Internacional Público – comprovado pela influência sobre o Relatório do Painel de Alto Nível do Secretário-Geral sobre Ameaças, Desafio e Mudança – à maior novidade deste Relatório, a *responsabilidade de prevenir* conflitos armados e atrocidades em massa por meio de uma série de medidas não-militares como “transferência de riqueza, conhecimento e oportunidades dos países desenvolvidos para

intervenção militares para a proteção humana em questões nas quais não haja interesses nacionais diretos envolvidos e na qual exista maioria favorável. Idem, pp. 74-75.

¹⁴⁰⁶ Sugere ao Secretário-Geral que intermedeie junto aos Presidentes do Conselho de Segurança e da Assembléia Geral a melhor adoção nestes dois órgãos, dos princípios estabelecidos no Relatório. Idem, p. 75.

¹⁴⁰⁷ Idem, Ibidem.

os países em desenvolvimento”¹⁴⁰⁸, “apoio às instituições democráticas, à liberdade de imprensa e ao império da lei, a ajuda ao desenvolvimento e a melhora das condições de comércio, assim como a promoção do controle de armas”¹⁴⁰⁹, todas destinadas a sanar suas causas profundas.

O problema encontra-se na falta de interesse de boa parte dos Estados no cumprimento deste conceito ampliado de *responsabilidade de proteger*, embora muito menos dispendiosa do que uma intervenção militar reativa a um problema grave. Ao priorizar a prevenção em vez da intervenção militar, o Relatório apresentou pela primeira vez uma política humanitária que realmente “leva a sério o desenvolvimento do terceiro mundo”¹⁴¹⁰.

Não banaliza o uso da força armada, porque a intervenção militar é tratada como excepcional, somente empregada após o esgotamento de todas as vias de prevenção das causas essenciais das tragédias humanitárias. Além disto, quando necessária, submete-se aos critérios impositivos da guerra justa como guerra limitada¹⁴¹¹.

3.5.2 O Relatório do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças do Secretário Geral das Nações Unidas: *Um Mundo Mais Seguro: Nossa responsabilidade comum*

O Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças (de agora em diante Painel de Alto Nível) expôs ao Secretário Geral da ONU um Relatório em primeiro de dezembro de 2004 cujo teor ele inseriu e publicou posteriormente no Relatório do Secretário Geral *In Larger Freedom: Towards Security, Development and Human Rights for All* para a reforma da ONU¹⁴¹².

¹⁴⁰⁸ BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*, op.cit. pp. 137.

¹⁴⁰⁹ Idem, *Ibidem*.

¹⁴¹⁰ Idem, p. 138.

¹⁴¹¹ GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, op.cit. p. 679.

¹⁴¹² *General Assembly A/59/2005 – Fifty ninth session*. In: www.un.org

As reformas propostas pelo Painel de Alto Nível expressam, segundo HABERMAS, a vitalidade do projeto kantiano de concepção ampliada da paz que não se limita à definição negativa de ausência de guerra ou violência, mas que “implica liberdade em termos de direito”. Alarga, de fato, o conceito de segurança coletiva para além da negação da força militar ao incluir os recursos a uma existência minimamente digna de todos os indivíduos do globo para o exercício das liberdades garantidas por lei¹⁴¹³.

O Relatório do Painel de Alto Nível estabelece como pontos de partida da sua reforma a aprendizagem com os erros cometidos no passado¹⁴¹⁴ e as próprias inovações já estabelecidas com o advento da Carta da ONU, tais como a vinculação da paz com os direitos humanos, a proibição do uso da força armada agressiva amparada na ameaça de sanções para impor a paz, a relativização da soberania dos Estados em função das finalidades da paz e da segurança, e a inclusão universal dos Estados, pressuposto da força vinculativa do Direito da Carta das Nações Unidas¹⁴¹⁵.

No período da criação da Carta, a idéia de segurança coletiva estava umbilicalmente ligada à segurança estatal no sentido militar tradicional. Nesta concepção, um conjunto de Estados se une com o objetivo de garantir a segurança mútua contra a agressão – o ataque contra um dos Estados é tido como um ataque contra todos, exigindo-se uma reação coletiva¹⁴¹⁶. Mas, ao mesmo tempo, há uma inovação da Carta relativa à valorização da indivisibilidade da segurança com a liberdade humana e o desenvolvimento econômico, como se pode depreender da inserção entre seus

¹⁴¹³ HABERMAS, Jürgen. *Uma Constituição Política para a Sociedade Mundial Pluralista? In: Entre Naturalismo e Religião – Estudos Filosóficos*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 349.

¹⁴¹⁴ “The biggest failures of the United Nations in civil violence have been in halting ethnic cleansing and genocide. In Rwanda, Secretariat officials failed to provide the Security Council with early warning of extremist plans to kill thousands of Tutsis and moderate Hutus. When the genocide started, troop contributors withdrew peacekeepers, and the Security Council, bowing to United States pressure, failed to respond. In Bosnia and Herzegovina, United Nations peacekeeping and the protection of humanitarian aid became a substitute for political and military action to stop ethnic cleansing and genocide. In Kosovo, paralysis of the Security Council led the North Atlantic Treaty Organization (NATO) to bypass the United Nations. Only in one instance in the 1990s – in East Timor – did the Security Council, urged on by the Secretary-General, work together with national Governments and regional actors to apply concerted pressure swiftly to halt large-scale killing”. *A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the Secretary-General’s High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*. United Nations, 2004, p. 34.

¹⁴¹⁵ Idem, pp. 349, 375.

¹⁴¹⁶ *A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the Secretary-General’s High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*. United Nations, 2004, p. 1.

propósitos dos princípios antes ordenados somente sob o âmbito das constituições nacionais, notadamente a reafirmação na fé da proteção dos direitos humanos. Este tema específico passou, nas últimas décadas, a constituir parte relevante da agenda do Conselho de Segurança por meio de uma concepção alargada de ameaça à paz e ruptura da paz¹⁴¹⁷.

Neste sentido, o Relatório do Painel de Alto Nível institui um novo consenso de segurança ampliado, dividido em três pilares: o afastamento dos perigos, a busca por condições dignas de vida para todos e a garantia dos direitos de liberdade e participação dos indivíduos. Ademais, estende o campo de ameaças da segurança internacional para além da mera agressão armada entre os Estados. Há, portanto, outros cinco tipos de ameaças objetos de extrema preocupação para o novo consenso de segurança do século XXI: os conflitos internos, o terrorismo, o crime organizado transnacional, as armas nucleares, químicas e biológicas e as ameaças econômicas e sociais como a marginalização social resultado da pobreza, a proliferação de doenças infecto-contagiosas e a degradação do meio ambiente¹⁴¹⁸.

O maior desafio a ser enfrentado pela ONU e por seus membros consiste na articulação de um paradigma preventivo capaz de evitar a concretização destas ameaças – ou seja, impedir que “aquelas que são distantes não se tornem iminentes e aquelas que são iminentes não se tornem efetivamente destrutivas”¹⁴¹⁹.

E, no que diz respeito à prevenção, o Relatório do Painel de Alto Nível destaca o desenvolvimento como a figura capaz de efetivamente fundar as bases de uma segurança coletiva para o século XXI focada na prevenção das ameaças e dos conflitos, uma vez que seu alcance atinge múltiplas dimensões. Ajuda nos combates à pobreza, à degradação ambiental e à proliferação de doenças contagiosas como o HIV, cujos efeitos no continente africano são particularmente catastróficos. É essencial, ademais, como uma estratégia de longo prazo para a prevenção de guerras civis, do terrorismo e do crime organizado, cujo florescimento ocorre usualmente em ambientes aviltados pela

¹⁴¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Uma Constituição Política para a Sociedade Mundial Pluralista?*, op.cit. p. 375.

¹⁴¹⁸ *A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the Secretary- General’s High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*. United Nations, 2004, p. 2; HABERMAS, Jürgen. *Uma Constituição Política para a Sociedade Mundial Pluralista?*, op.cit. p. 375.

¹⁴¹⁹ *A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the Secretary- General’s High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*. United Nations, 2004, p. 3.

pobreza e pela falta de perspectivas. Ademais, o desenvolvimento é essencial para evitar ou mesmo reverter a erosão da capacidade estatal de controle das ameaças, uma vez que os Estados ainda são os sujeitos principais com capacidade para lidar com as novas e antigas ameaças à segurança internacional¹⁴²⁰.

Esta ampliação da noção de segurança coletiva realizada pelo Relatório do Painel de Alto Nível por meio da adoção da idéia de “segurança humana” voltada especialmente para a prevenção das ameaças revela-se como a aplicação e o alargamento da idéia de “responsabilidade de proteger” – particularmente a “responsabilidade de prevenir”. Agora todo o sistema de segurança coletiva é calcado no foco prioritário da prevenção de ameaças. O recurso à força armada somente se faz necessário em último caso, quando a adoção de medidas não-militares se esgota e é impossível conter o caos ou a guerra¹⁴²¹.

O Relatório também reafirma a idéia de soberania como responsabilidade já presente no Relatório da *Responsabilidade de Proteger*. Assinala que a despeito das percepções criadas com o advento do sistema westfaliano de que a soberania seria absoluta, os Estados possuem a responsabilidade para com o bem-estar de seus cidadãos perante a comunidade internacional¹⁴²². Esta idéia, no entanto, apesar de proclamada como um grande avanço teórico contemporâneo sobre a relativização da soberania em um mundo pós-westfaliano, nada mais é do que a reformulação de um antigo entendimento já defendido de modo enfático por Alberico GENTILI no século XVI – como visto no primeiro capítulo.

De modo idêntico ao Relatório acerca da “responsabilidade de proteger”, atribui-se uma hierarquia de responsabilidades. Primeiramente, cabe ao Estado proteger seus cidadãos; se ele não cumpre com esta responsabilidade, cabe à comunidade internacional efetivar a proteção, sob a égide da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Carta das Nações Unidas¹⁴²³. Mas o Painel reconhece, por outro lado, a

¹⁴²⁰ *A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the Secretary-General’s High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*. United Nations, 2004, pp. 1, 3.

¹⁴²¹ *Idem*, p. 3.

¹⁴²² *Idem*, p. 17.

¹⁴²³ *A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the Secretary-General’s High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*. United Nations, 2004, p. 17.

magnitude das dificuldades operacionais envolvendo as respostas adequadas aos abusos maciços de direitos humanos pelas próprias autoridades estatais¹⁴²⁴.

Mas de todas as medidas preventivas pacíficas ou não-militares falham, faz-se necessário o uso da força militar nas ocasiões consideradas indispensáveis. A efetividade de um sistema de segurança coletiva não pode prescindir de um aparato militar que lhe dê sustentação.

A Carta das Nações Unidas coloca a proibição ampla do uso da força armada nas relações internacionais no centro de seu edifício normativo. Somente cabem exceções a tal proibição por meio do exercício de um direito circunscrito de legítima defesa e pelo emprego de sanções armadas com a autorização do Conselho de Segurança¹⁴²⁵.

O Relatório do Painel de Alto Nível reafirma a centralidade destas disposições. Estabelece a primazia e a exclusividade do Conselho de Segurança em relação às potências militares quanto à autorização do uso da força nos casos concernentes ao Capítulo VII da Carta, como a ameaça à paz, ruptura da paz e atos de agressão¹⁴²⁶.

O Relatório adota, ademais, a posição menos restritiva do direito costumeiro do *Caso Caroline*, que permite a legítima defesa contra um ataque iminente. Todavia, rechaça a idéia de uma legítima defesa antecipatória que estenda a noção de ameaça iminente para ameaças longínquas – ou seja, a legítima defesa preventiva. É, de fato, uma resposta direta à *Doutrina Bush*, o embasamento teórico da guerra contra o Iraque no ano anterior à redação do Relatório do Alto Painel. O uso da força preventiva deve ser autorizado pelo Conselho de Segurança, se ele assim decidir, mediante um grande número de evidências que a justifiquem para evitar a transformação de uma ameaça mais distante em uma ameaça iminente à segurança de um Estado, regulado ainda por critérios adicionais de legitimidade, como se verá em seguida. Não cabe a um Estado unilateralmente invocar um direito de legítima defesa preventiva nem muito menos se cogita da possibilidade de sua licitude, pois os riscos de desestabilização de uma ordem

¹⁴²⁴ Idem, p. 18.

¹⁴²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Uma Constituição Política para a Sociedade Mundial Pluralista?*, op.cit. p. 376.

¹⁴²⁶ *A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the Secretary-General's High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*. United Nations, 2004, p. 61.

internacional repleta de ameaças potenciais seriam extremos, com o incremento da anarquia e do número de conflitos armados¹⁴²⁷.

Embora reafirme a fé na proteção dos direitos humanos, a Carta não é muito clara no que diz respeito à proteção de indivíduos massacrados pelos próprios governos. O Relatório do Painel de Alto Nível reconhece que ela não especifica mecanismos de proteção dos direitos humanos nestes casos. Ainda por cima, o artigo 2º (7) cria uma controvérsia entre o chamado “direito de intervenção humanitária” e a proibição de o Conselho de Segurança intervir em assuntos de jurisdição exclusiva dos Estados.

Mas desde que a *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* estabeleceu que os genocídios cometidos em tempos de paz ou de guerra são crimes internacionais puníveis, entende-se que brutais violações do Direito Internacional Humanitário ameaçam a segurança internacional. O princípio da não-intervenção não pode ser utilizado como escudo para prática de genocídios ou limpezas étnicas, já que se entende a soberania como responsabilidade e não como *summa potestas*. O Relatório adota expressamente, portanto, a idéia de “responsabilidade de proteger” em substituição ao “direito de intervir”.¹⁴²⁸

O foco prioritário (como já tivemos oportunidade de ver no tópico anterior) deve ser a assistência, o estímulo ao desenvolvimento, as políticas de proteção dos direitos humanos – *a responsabilidade de prevenir*. Somente em último recurso e em casos absolutamente excepcionais, cabe o recurso ao uso da força armada – *a responsabilidade de reagir*.

O Relatório reconhece o caráter de norma emergente da *responsabilidade de proteger*, cujo exercício subsidiário, depois de esgotadas as possibilidades do Estado, compete ao Conselho de Segurança por meio da autorização do uso da força militar – como último recurso – em resposta a genocídios, limpezas étnicas, estupros em massa e outras violações bestiais do Direito Internacional Humanitário¹⁴²⁹.

¹⁴²⁷ *A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the Secretary-General’s High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*. United Nations, 2004, p. 63.

¹⁴²⁸ *Idem*, p. 65.

¹⁴²⁹ *A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the Secretary-General’s High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*. United Nations, 2004, p. 66.

Ao estabelecer com firmeza que somente o Conselho de Segurança é competente para autorizar o uso da força militar com base no Capítulo VII da Carta nos casos abrangidos pela responsabilidade de proteger, o Relatório do Alto Painel renega a idéia sustentada no *Kosovo Report* acerca da possibilidade do uso da força unilateral em situações de bloqueio do Segurança. O Relatório do Alto Painel também acaba com quaisquer hesitações e inconsistências do Relatório *The Responsibility to Protect* (percebidas por doutrinadores como Michael BYERS) acerca da possibilidade do uso da força unilateral, embora este Relatório já confira um papel de absoluta primazia ao Conselho de Segurança no enfrentamento da *responsabilidade de reagir*. A

A resposta do Relatório do Alto Painel à concepção de FALK e do *Kosovo Report* acerca da criação de alternativas ao Conselho de Segurança bloqueado quando há um dilema moral e politicamente urgente, como a ocorrência de um genocídio, é bastante clara: não há alternativa à autoridade do Conselho de Segurança. O dilema não se resolve com sua substituição, mas com a melhora da eficácia de seu desempenho¹⁴³⁰.

O Relatório do Painel de Alto Nível entende que, apesar de em algumas situações, a força possa ser utilizada porque lícita, nem sempre ela deveria ser a alternativa, por uma questão de *bom senso e boa consciência* – capta-se aqui certo eco de WALZER. Para que um sistema de segurança coletiva seja efetivo, as suas decisões não têm de ser somente legais. Estas devem ser tomadas pelas “razões corretas tanto moral como legalmente”¹⁴³¹. Neste sentido, o Relatório estabelece uma série de critérios de legitimidade da ação militar cuja função consiste em oferecer diretivas à ação do Conselho de Segurança – e o documento acrescenta que seria muito valioso se qualquer Estado, seja ou não membro do Conselho também os adotasse¹⁴³². Por meio deles, não há a certeza da formação de consensos fáceis, mas de sua maximização. Também verificam se uma determinada ação militar é apropriada em um caso concreto, apesar de autorizada legalmente, o que dificultaria grandes potências contornarem a autoridade do Conselho e empreenderem uma ação militar unilateral¹⁴³³.

¹⁴³⁰ Idem, p. 61.

¹⁴³¹ Idem, p. 66.

¹⁴³² Idem, Ibidem.

¹⁴³³ *A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the Secretary-General's High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*. United Nations, 2004, p. 67.

Tais critérios já se encontravam com poucas diferenças de terminologia no Relatório *The Responsibility to Protect* e com outra terminologia no *Kosovo Report*. São, como já visto, os critérios revitalizados da teoria da guerra justa. O Relatório do Painel de Alto Nível os adota como critérios adicionais de legitimidade ao uso da força legal, institucionalizando-os por definitivo. São eles: seriedade da ameaça¹⁴³⁴ (ligado à justa causa); finalidade apropriada¹⁴³⁵ (ligado à intenção correta); último recurso¹⁴³⁶; meios proporcionais¹⁴³⁷ e equilíbrio das conseqüências¹⁴³⁸.

Diferentemente do *Kosovo Report*, cujos critérios têm como finalidade mais clara constituir uma alternativa ao uso ilícito da força por ausência de autorização do Conselho de Segurança em uma grave crise humanitária, o Relatório do Alto Painel os integra como acessórios no julgamento da legitimidade de uma ação militar necessariamente legal. E distintamente tanto do *Kosovo Report* como do Relatório *The Responsibility to Protect*, a sua utilização não se reduz somente ao julgamento das situações de genocídio ou grave crise humanitária; abrange todas as autorizações de uso da força pelo Conselho de Segurança no sistema de segurança coletiva. Por outro lado, o Relatório do Alto Painel também segue as sugestões dos dois Relatórios anteriores acerca da inclusão destes critérios em Resoluções da Assembléia Geral e do Conselho de Segurança¹⁴³⁹, a fim de que, segundo entendemos, haja sua consolidação como costume internacional.

¹⁴³⁴ “Is the threatened harm to State or human security of a kind, and sufficiently clear and serious, to justify *prima facie* the use of military force?”. Idem, Ibidem.

¹⁴³⁵ “It is clear that the primary purpose of the proposed military action is to halt or avert the threat in question, whatever other purposes or motives be involved?”. Idem, Ibidem.

¹⁴³⁶ “Has every non-military option for meeting the threat in question been explored, with reasonable grounds for believing that other measures will not succeed?”. Idem, Ibidem.

¹⁴³⁷ “Are the scale, duration, and intensity of the proposed military action the minimum necessary to meet the threat in question?”. Idem, Ibidem.

¹⁴³⁸ “Is there a reasonable chance of the military action being successful in meeting the threat in question, with the consequences of action not likely to be worse than the consequences of inaction?”. Idem, Ibidem.

¹⁴³⁹ Idem, Ibidem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hedley BULL certa vez escreveu que “é melhor reconhecer que estamos na escuridão a pretender que enxergamos a luz”¹⁴⁴⁰. Esta é a nossa sensação dominante ao término de nossa pesquisa em face de tantas perplexidades envolvendo a questão do uso da força armada. Mas esta pesquisa não almeja nem nunca almejou trazer uma “fórmula mágica” – no sentido da crítica de MORGENTHAU ao utopismo dos positivistas jurídicos – para a solução de tantas controvérsias doutrinárias.

Dividiremos, portanto, as nossas considerações finais em duas partes: a primeira, relativa aos objetivos da pesquisa, a segunda, às perplexidades.

Primeiramente, vale ressaltar, aqui nunca se pretendeu que a teoria da guerra justa se transformasse em um “sistema alternativo de validação”, para usarmos a expressão de GLENNON, em substituição a um inegavelmente frágil Direito Internacional do uso da força armada.

Todavia, não adotamos a posição apressada de certos teóricos que decretam de vez a morte da teoria da guerra justa quando a realidade mostra o oposto tanto na doutrina jusinternacionalista, como na Filosofia do Direito e na Filosofia Política.

Três objetivos básicos guiaram esta pesquisa.

O primeiro consistiu em revelar as continuidades e discontinuidades da tradição da teoria da guerra justa para retirar qualquer impressão de que é monolítica. Uma visão mais aprofundada dos clássicos do Direito Internacional tendo em conta a análise comparada de seus autores é um meio de enaltecer as diferenças e reforçar as semelhanças. Como visto no primeiro capítulo, por exemplo, as concepções de guerra justa de GENTILI e VITÓRIA caminham em lados contrários uma boa parte das vezes.

GENTILI, em especial, demonstra como a teoria da guerra justa chegou a flertar com a *razão de Estado* pós-Renascentista com sua noção de guerra “útil”. E como esta também serviu para legitimar o empreendimento colonial espanhol de um modo

¹⁴⁴⁰ BULL, Hedley. *The Anarchical Society*. London: Macmillan, 1977, p. 320.

inequivocamente brutal. Por outro lado, viu-se como o último grande teórico da tradição já defendia guerras justificadas somente pelo *equilíbrio do poder*, repudiadas por grande parte da tradição – inclusive por WALZER, nos tempos mais recentes.

Tivemos oportunidade de ver que estes teóricos da tradição da teoria da guerra justa contribuíram como predecessores para muitas das questões ainda relevantes para o Direito Internacional Público Contemporâneo. São predecessores da intervenção humanitária – notadamente VITÓRIA, GENTILI e GROTIUS. Os fundadores também se manifestaram sobre a legítima defesa em resposta a um ataque iminente – a legítima defesa antecipatória – e a legítima defesa preventiva – em resposta a uma ameaça longínqua. Este tema é hoje, com as ameaças terroristas e o desenvolvimento da tecnologia militar, um dos mais relevantes do Direito Internacional Público da atualidade, porque seu agravamento pode instaurar a anarquia generalizada da autoajuda.

O Projeto fracassado de *Paz pelo Império* do radicalismo teorizado na *Doutrina Bush*, que resultou na guerra do Iraque, levou autores a apoiar a ampliação da legítima defesa iminente por meio da idéia de atualização da idéia grociana de ameaça iminente – uma das matrizes teóricas do alegado Direito Costumeiro no *Caso Caroline*. Uma *razão de Estado* legitimada pela teoria da guerra justa que na verdade flertava com aquilo que chamamos de *guerra santa secular* derivada do excepcionalismo americano. Neste sentido, muitos políticos se apropriam da tradição e justificam suas guerras como “justas” para escaparem às proibições do Direito Internacional Público.

Analisar os clássicos, especialmente em um trabalho sobre a teoria da guerra justa, não é supérfluo. Parte da doutrina jusinternacionalista, notadamente Paulo Borba CASELLA, resgata os teóricos da tradição para o Direito Internacional Pós-Moderno. Idéias supostamente “inéditas” como a “responsabilidade de proteger”, na qual a soberania é concebida como responsabilidade, já se encontrava formulada cinco séculos antes na obra de Alberico GENTILI, por exemplo. Os entusiastas das novidades geralmente não olham para o desenvolvimento histórico da disciplina, e não percebem que, às vezes, a reformulação de idéias antigas realiza o dito do Eclesiastes de que “não há nada de novo sob o sol”.

Os outros dois objetivos principais consistiram em pesquisar a revitalização da teoria da guerra justa na Filosofia Política como uma resposta tanto ao agnosticismo do realismo político como ao positivismo jurídico utopista e a influência que esta revitalização da justificação moral da guerra exerceu sobre a Dogmática Internacional – tanto sobre doutrinadores do Direito Internacional, como sobre doutrinadores da Filosofia do Direito Internacional, como sobre as Comissões Internacionais.

A teoria da guerra justa como uma das forças motrizes deste fenômeno generalizado de “giro para a Ética” no Direito Internacional, aliada às mudanças contextuais, como o Fim da Guerra Fria, a universalização dos meios de comunicação e a valorização sem precedentes dos direitos humanos, manifestou sua influência na doutrina jusinternacionalista e nas Comissões Internacionais principalmente por meio da justificação moral de intervenções humanitárias – empreendidas até mesmo por antes insuspeitos defensores do Direito Cosmopolita, como HABERMAS.

Detalhemos agora mais nossos achados neste desenvolvimento de “moralização do Direito Internacional” – repudiado, de outro lado, por autores contemporâneos como GLENNON, que ordena a descida dos “castelos nas nuvens” para a realidade política internacional.

Grandes desafios são postos ao Direito Internacional em virtude da complexidade da realidade internacional contemporânea, em que catástrofes humanitárias ocorrem em diversos Estados (cujo exemplo atual mais significativo é o do genocídio em Darfur, no Sudão). O terrorismo retira dos Estados soberanos aquilo que os distinguia no plano internacional, o monopólio do uso da força armada.

A ascensão inédita do paradigma de proteção dos direitos humanos no Direito Internacional e as questões sobre a defesa contra novos tipos de agressão emergem como complicadores nas controvérsias sobre quando ou não utilizar a força armada.

Nesse contexto em que as normas jurídicas internacionais parecem não responder adequadamente aos complexos problemas relativos ao uso da força armada, emerge a revitalização da teoria da guerra justa na doutrina internacionalista, influenciada por seu fortalecimento na Filosofia Moral e Política, como contraposição entre a legalidade e a legitimidade do uso da força.

Para parte da doutrina que não coloca a questão da legitimidade da guerra no plano estritamente ético (como o fez Norberto BOBBIO), a tensão entre a legitimidade e a legalidade do uso da força se mostra relevante na Filosofia do Direito Internacional Público devido ao virtual fracasso da “legalidade estrita” na contenção e na resolução das crises internacionais. O entrelaçamento entre Ética e Direito remete à distinção tradicional entre legalidade e legitimidade, os dois pilares tradicionais da Teoria Política, segundo Passerin D’ENTRÈVES, e objeto de discussão tanto dos filósofos do Direito como dos filósofos da Política.

A legitimidade da guerra relaciona-se diretamente com as próprias origens do Direito Internacional Público. Seus fundadores todos se preocuparam centralmente com as questões relativas à guerra justa dentro do Direito da Guerra e da Paz criado no início da Idade Moderna.

A teoria da guerra justa constituiu parte essencial do Direito Internacional até o advento do positivismo no século XIX. Com a sua expulsão do Direito para a Ética, as guerras não foram consideradas mais legítimas ou ilegítimas, mas legais ou ilegais. E vários diplomas construíram o edifício normativo de regulação do uso da força armada, particularmente a Carta das Nações Unidas.

No início da década de noventa do século XX, doutrinadores como Hermes Marcelo HUCK, talvez contagiados pelo bom funcionamento na prática internacional das sanções militares e econômicas instituídas no sistema de Segurança Coletiva da Carta da ONU, afirmaram que a teoria da guerra justa era uma “doutrina que o tempo e o direito superaram”¹⁴⁴¹. HUCK constata o fenômeno da revitalização da guerra justa, mas a restringe às justificações de líderes internacionais sobre o uso da força armada que de outro modo não seria considerado lícito segundo as normas jurídicas internacionais contemporâneas¹⁴⁴². Apenas cinco anos antes da guerra do Kosovo, o estopim máximo deste “giro para a Ética” diagnosticado por KOSKENNIEMI.

A guerra do Kosovo criou um problema importante para a doutrina internacionalista. Em face de uma “limpeza étnica”, os impasses políticos criados dentro

¹⁴⁴¹ HUCK, Hermes Marcelo. *Da Guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em Direito Internacional*, op.cit. p. 285.

¹⁴⁴² Idem. p. 284.

do Conselho de Segurança impediram qualquer intervenção internacional para proteger seres humanos do massacre com a devida autorização do uso da força instituída pela Carta das Nações Unidas. A ação militar sem a autorização do Conselho e praticada pela OTAN era moralmente justificada de acordo com critérios tradicionais da guerra justa, mas ilegal, pois dissonante do capítulo VII da Carta.

E parte da doutrina pôs-se a dizer que a ação era legítima, mas ilegal. Influentes autores do Direito Internacional Público, como Richard FALK, responsáveis pela elaboração do *Kosovo Report*, convergiram neste sentido. A legitimidade de uma ação fundada em valores morais em situações emergenciais, de inequívoca excepcionalidade, poderia sobrepor-se aos estritos esquemas da legalidade. Mas esta legitimidade não desconsideraria a lei, pois seus critérios, resgatados da tradicional teoria da guerra justa, seriam “quase-legais”, auxiliares das normas de uso da força de extrema valia para lidar com situações consideradas “ordinárias” e para interditar condutas agressivas na ordem internacional.

Os critérios da guerra justa foram resgatados para as preocupações do Direito Internacional Público tanto na doutrina jusinternacionalista, notadamente em Richard FALK e Antonio CASSESE, como em Comissões Internacionais que discutiram os dilemas presentes nas intervenções humanitárias: a Comissão Independente para o Kosovo e a Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal.

CASSESE e FALK são os autores que recepcionam de modo quase integral esta teoria da guerra justa revitalizada na doutrina do Direito Internacional Público. As intervenções humanitárias e a legítima defesa antecipatória são justificadas em situações de excepcional urgência moral e política, mesmo que formalmente ilegais. Mas para isto, ambos estabelecem um conjunto de critérios que resgatam a justificação do uso da força armada constante da teoria da guerra justa, já fortalecida na teoria política pela concepção walzeriana secular, estatal e assumidamente tomada como uma teoria voltada à proteção dos direitos humanos, especialmente os direitos de vida e liberdade. A guerra justa não é mais justificada com base em um direito natural descoberto ou revelado, mas pela fundamentação moral referente às moralidades densa e tênue – particularista e também universalista, que não almeja a posição de uma “verdade moral objetiva”, mas

reconhece que alguns valores essenciais para todas as comunidades políticas devem ser preservados pela sua reiteração nos particularismos.

Mas eles propõem saídas um pouco distintas: FALK preferencialmente deseja a manutenção das exceções como além dos limites da lei, não quer sua inserção no direito costumeiro porque a ampliação da possibilidade do uso da força armada enfraqueceria o núcleo de restrição do uso da força da norma jurídica. Já CASSESE entende que estas exceções deveriam ingressar no direito costumeiro a fim de que o fosso entre a legalidade e a legitimidade fosse fechado.

DUPUY e PELLET também tratam da contraposição entre a legitimidade e legalidade do uso da força armada.

PELLET analisa individualmente o caso do Kosovo, e adota a posição da legalização *ex post facto*, mas indubitavelmente expõe sua preferência pela legitimidade quando em confronto com a legalidade porque o Direito não é um fim em si e Antígona sempre prevalece na luta contra Creonte.

DUPUY apóia a idéia de CASSESE relativa às intervenções humanitárias quando os valores que defende estão dentro dos princípios da Carta da ONU, ou seja, uma legitimidade que se reveste de legalidade material. Mas considera extremamente deletério o desenvolvimento posterior de guerras justificadas com base em valores praticadas pelos Estados Unidos – tributária de idéias nefastas como o “choque de civilizações”, instaurando “integrismos simplistas” na ordem internacional.

Já a revitalização da teoria da guerra justa também foi atacada pelo *mainstream* de céticos, os legalistas. Eles, ao contrário dos adeptos da teoria da guerra justa, não vêem exceções morais possíveis à violação da norma jurídica acerca do uso da força armada. Eles não aceitam as intervenções humanitárias, geralmente vista como um novo projeto colonialista, nem aceitam uma agressão antecipatória ou preventiva do uso da força armada, porque instauram a anarquia internacional e violam flagrantemente a norma instituída no artigo 2º (4) da Carta das Nações Unidas.

Os céticos minoritários seriam os realistas políticos, céticos tanto quanto à efetividade de um regime jurídico internacional de uso da força armada quanto de

guerras justificadas moralmente – baseiam-se, com efeito, em um extremo relativismo axiológico. Guerras justificadas por uma ética de princípios nas relações internacionais tendem a virar uma cruzada contra o mal para MORGENTHAU, seguindo posição de SCHMITT. GLENNON, por sua vez, defende a impossibilidade de uma guerra moralmente justificável porque o pensamento ocidental nunca alcançou o Santo Graal da objetividade acerca da justiça. E decreta, ademais, a morte do atual regime jurídico sobre o uso da força armada depois da guerra do Kosovo – e sacramentada de vez após a guerra do Iraque em 2003.

O Relatório sobre o caso do Kosovo trouxe consigo uma série de critérios que mostraram a influência da teoria da guerra justa revitalizada na contraposição entre a legalidade estrita e a legitimidade moral. Nele havia o estabelecimento de critérios que justificariam uma intervenção armada humanitária sem a autorização do Conselho de Segurança bloqueado.

O Relatório da Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal resgata – e aprimora – uma idéia já defendida por GENTILI no século XVI representativa de uma relevante contribuição para o Direito Internacional Público em relação a uma concepção ampla de política humanitária: a *Responsabilidade de Proteger*, subdividida nas *Responsabilidades de Prevenir, de Reagir e de Reconstruir*. O debate sobre a intervenção humanitária sofre uma reformulação terminológica e de foco. Não se trata mais de um dilema entre soberania e intervenção, mas de uma sucessão de *responsabilidades de proteção* cabíveis ao Estado e de modo subsidiário à comunidade internacional quando aquele falha no cumprimento de sua obrigação. A soberania não é mais concebida como *summa potestas*, mas entendida como responsabilidade: não são mais admitidas condutas estatais criminosas, como *genocídios e limpezas étnicas*.

A *Responsabilidade de Proteger* traz como principal inovação a idéia da importância crucial da assistência aos Estados subdesenvolvidos, massacrados por condições econômicas e políticas extremamente adversas, denominados por RAWLS de *sociedades oneradas*. A modalidade da *responsabilidade de prevenir* busca atacar as causas essenciais das tragédias humanitárias. De fato, o foco prioritário da *responsabilidade de proteger* não se resume mais à intervenção militar. O *direito de*

intervenção humanitária, tão abusado no século XIX por justificativas imperialistas e colonialistas¹⁴⁴³, não tem mais lugar. Esta só se justifica em casos particularmente extremos – como genocídios e *limpezas étnicas* – quando as medidas preventivas falham. E é nestas situações excepcionais que ingressam os critérios da teoria da guerra justa – justa causa, autoridade competente, proporcionalidade, expectativas razoáveis de sucesso, último recurso e intenção correta – para conferir legitimidade às intervenções militares com a finalidade de proteção humana.

Estes critérios foram inteiramente recepcionados em um nível *institucional*, o *Relatório do Secretário Geral do Alto Painel sobre Ameaças, Desafios e Mudança*, em 2004. Além da incorporação da idéia da *responsabilidade de proteger* para a prática humanitária internacional, o Relatório do Secretário Geral das Nações Unidas integrou os critérios revitalizados da teoria da guerra justa dispostos no Relatório da Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal ao sistema de Segurança Coletiva com a finalidade de conferir legitimidade a ações militares formalmente lícitas. Estes critérios não serviriam mais para excepcionar um uso legal da força, mas para legitimar uma decisão legal do Conselho de Segurança das Nações Unidas como uma espécie de “acréscimo de legitimidade” tanto no que se refere à percepção dos Estados como dos critérios revitalizados da teoria da guerra justa. Por outro lado, é de se questionar que ao fazer isto o debate volta a surgir, pois tudo novamente depende do Conselho de Segurança e não há mais alternativas a ele.

Se na guerra do Kosovo boa parte da doutrina considerou a ação legítima e ilegal, podendo justificar-se de algum modo devido à catástrofe humanitária que poderia resultar da inércia internacional, o mesmo não ocorreu com a guerra do Iraque em 2003, considerada ilegal e ilegítima.

Os desafios postos à noção de legítima defesa em resposta aos ataques terroristas de setembro de 2001 são enormes. O apoio internacional à guerra defensiva contra o Afeganistão não se repete na guerra do Iraque. Nesta, alicerçados em uma estratégia de segurança nacional conservadora e belicista, defensora de guerras preventivas em face de ameaças distantes e futuras, os Estados Unidos sofrem oposição de grande parte dos países do mundo, assim como da opinião pública internacional.

¹⁴⁴³ GREWE, Wilhelm *The Epochs of International Law*, op.cit. pp. 487-496.

As justificativas afrontam diretamente a legalidade da guerra segundo as normas internacionais, assim como sua legitimidade. Não há justa causa para esta ação militar unilateral, pois não evidenciadas as ameaças à sua segurança, o desenvolvimento de armas de destruição em massa, o relacionamento do regime de Saddam com a Al-Qaeda e a catástrofe humanitária por eles alegada. Os critérios mais amplos de ameaça iminente da legítima defesa antecipatória são, desse modo, em muito esgarçados para justificar *guerras justas preventivas contra o terrorismo*.

Os critérios restritos da teoria da guerra justa revitalizada são manipulados por intelectuais neoconservadores que justificam a guerra preventiva contra o Iraque como justa. Guerra esta que violou tanto o art. 51 da Carta da ONU, como ultrapassa todos os critérios do Direito Internacional Costumeiro referentes à legítima defesa antecipatória do caso WEBSTER, cuja inspiração vem de GROTIUS. Não há uma justa causa de evidente excepcionalidade averiguada por um processo multilateral que a legitime fora do âmbito da legalidade estrita.

Daí que surge o problema fundamental da teoria da guerra justa revitalizada na Filosofia do Direito Internacional Público: aquele relativo à discricionariedade da interpretação de quando e de como intervir por meio da força armada, que pode levar a manipulações retóricas de seus princípios, justificando guerras de agressão.

A teoria da guerra justa possui uma maior flexibilidade quanto ao uso da força armada que o Direito Internacional Público positivo contemporâneo. Ao mesmo tempo em que é uma válida crítica moral às normas internacionais positivas e à inércia legalista diante de situações catastróficas ou urgentes que demandem ação imediata, propondo reformas legais e institucionais em um novo contexto internacional, pode servir a uma *função manipuladora* de legitimação de guerras agressivas justificadas sem qualquer relação com as normas jurídicas internacionais, como foi o caso da guerra do Iraque em 2003.

As críticas do realismo político quanto à noção de universalidade do conceito de justiça da guerra são muito pertinentes. Na formulação de WALZER, por exemplo, ele foge da idéia de universalidade e fala de “amplos acordos”. Mesmo quanto aos valores considerados universais, sua linguagem da moralidade tênue é demasiadamente vaga – diversas interpretações podem ser dadas acerca dos significados de tirania e opressão,

por exemplo. Ademais, uma fragilidade das teorias da guerra justa atuais diz respeito à predominância da *justa causa* sobre a de *autoridade competente* – o que estimula o uso unilateral da força armada. O descaso de teóricos da guerra justa como WALZER com as instituições também pode ser apontado como um ponto desfavorável.

Guerras preventivas como a do Iraque em 2003 produzem somente barbárie e efeitos destrutivos para toda a comunidade internacional organizada, assim como para os valores que a inspiram. A conduta civilizada na ordem internacional atual, segundo um dos maiores doutrinadores céticos, CANÇADO TRINDADE, é aquela que respeita as normas jurídicas internacionais. A força gera somente a força e uma nova ordem internacional não pode ser criada com o uso desautorizado e prévio da força armada. E por meio do fortalecimento do Direito é que se pode buscar a civilidade na vida internacional, com a maior restrição possível a guerras agressivas¹⁴⁴⁴.

Esta crítica do legalismo pacifista de CANÇADO TRINDADE também é muito pertinente – mas por outro lado o utopismo legalista denunciado por MORGENTHAU ataca fortemente estas concepções que muitas vezes desconsideram a realidade política internacional. O Direito Internacional do uso da força armada está, mais do que qualquer outro ramo do Direito Internacional, ligado diretamente à distribuição do poder nas relações internacionais. Descartar isto da análise é, com efeito, uma manifestação de utopismo. E, neste sentido, a moralização do Direito Internacional Público pode ser um evento perigoso porque, mesmo com critérios doutrinariamente estabelecidos de modo rígido a evitar guerras agressivas, os Estados mais poderosos, como ressalta KOSKENNIEMI, são aqueles que têm o poder de utilizar o uso da força armada nas relações internacionais, e, neste sentido, um Direito Internacional moralizado em benefício das grandes potências seria um instrumento acrítico em face de suas “prerrogativas de poder”, tornando-se apologético do uso da força. Seria tão ou mais prejudicial que um Direito Internacional utópico. A razão de Estado ainda é sim um dado da Política Internacional, como as últimas guerras vieram a mostrar – e o Direito Internacional Público tem fracassado naquilo que seria o seu principal papel, preservar a paz e a segurança internacionais.

¹⁴⁴⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. pp. 185-190.

A prevenção das guerras encontra-se no cerne do que se deve entender por *civilização*. FREUD, no início do século XX, já afirmava isto. Para ele, guerra e civilização são antinômicas. Evitar a guerra ao máximo possível deve ser a conduta necessária para que o homem realmente prove seu valor único conferido pela razão.

Guerras são a tradução da barbárie irracional e da matança. A pulsão de vida (Eros) deve vencer a pulsão de morte (Tânatos). A guerra representa uma regressão ética, porém fundada psicologicamente. E assim, ela mesma produz regressões psíquicas, pois as condutas civilizadas são suplantadas por estados psíquicos semelhantes aos da selvageria primitiva, dando lugar à prática de barbáries inomináveis¹⁴⁴⁵.

Na concepção freudiana, a condução do processo civilizatório compete a Eros¹⁴⁴⁶, que “transforma os instintos egoísticos em instintos sociais”¹⁴⁴⁷. O objetivo imanente da civilização consiste na prevenção da guerra. Mas nada impede que a qualquer tempo os impulsos agressivos do homem possam irromper, impedindo a realização deste fim pacifista. Os estados psíquicos primitivos são imperecíveis: coexistem nos seres humanos com estados psíquicos mais evoluídos e podem sempre de alguma forma emergir (ou seja, o homem primitivo sobrevive no civilizado). Em contrapartida, estados evolutivos posteriores nem sempre podem ser novamente alcançados em razão de uma regressão ocorrida:

A guerra em que não queríamos acreditar estalou e trouxe consigo uma terrível decepção. Não é somente mais sangrenta e mais mortífera que qualquer outra das anteriores, em consequência do

¹⁴⁴⁵ Deve-se ater ao fato de que FREUD não defende uma odiosa teoria discriminatória entre os civilizados e os não-civilizados que era muito presente na retórica político-jurídica das potências européias nos séculos XVIII, XIX e início do XX. Com efeito, observa Sergio Paulo ROUANET: “Freud era francamente iluminista em sua afirmação da unidade da espécie. Não há diferença diacrônica entre os homens, porque os homens de hoje se comunicam com os da pré-história por uma história filogenética comum. Não há diferença entre civilizados e selvagens, porque assim como os segundos são tão capazes de pensar abstratamente como os primeiros – o animismo foi o primeiro sistema filosófico coerente da humanidade –, os civilizados voltam, durante o sonho ou quando se tornam neuróticos, ao modo de pensar dos primitivos. (...) Como os filósofos do século XVIII, Freud partia da hipótese de uma natureza humana universal: para ele, essa natureza se radicava numa constelação pulsional comum. ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na Modernidade* op.cit. p. 109.

¹⁴⁴⁶ “[Eros] tem como vocação congregar os homens em unidades cada vez maiores, por círculos concêntricos. Através de nexos libidinais dessexualizados, os homens isolados vão se unindo em famílias, estas em tribos, estas em nações. Cria-se um direito que protege essas unidades mais amplas contra o arbítrio das unidades menores e o do indivíduo”. Idem, p. 111.

¹⁴⁴⁷ FREUD, Sigmund. *Considerações de atualidade sobre a guerra e a morte*. In: *Obras Completas de Sigmund Freud. Vol. XI*. Tradução de Elias Davidovich e Isaac Izecksohn. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1975, p. 213.

aperfeiçoamento das armas de ataque e defesa, mas tão cruel, tão encarniçada, tão sem quartel, pelo menos, como qualquer delas. Infringe todas as limitações a que os povos se cingiram em tempos de paz – o chamado Direito Internacional –, e não reconhece nem os privilégios do ferido e do médico, nem as diferenças entre os elementos combatentes e pacíficos da população, nem a propriedade privada. Derruba, com cólera cega, tudo quanto lhe surge no caminho, como se depois dela não tivesse que existir qualquer futuro, nem paz entre os homens. Rasga todos os laços de solidariedade entre os povos combatentes e ameaça deixar empós de si um ódio que tornará impossível, durante muito tempo, seu restabelecimento¹⁴⁴⁸.

FREUD elabora em sua obra-prima de análise cultural, *O mal-estar na civilização*, uma teoria psicanalítica da política parcialmente tributária do legado realista hobbesiano. Se “o homem é o lobo do homem” na ausência de coerções irresistíveis, as instituições têm o papel de domar a humanidade e evitar uma guerra civil perpétua em que a vida é brutal, de curta duração e solitária¹⁴⁴⁹.

Embora FREUD sustente algumas dessas premissas hobbesianas quanto à natureza humana ao ressaltar o elemento psicológico da guerra como latente no homem civilizado, não as subscreve inteiramente: a natureza humana é mais complexa, ambivalente; a pulsão de morte (Tânatos)¹⁴⁵⁰ combate a pulsão de vida (Eros) tanto na psique individual quanto no desenvolvimento social humano, como característica do desenvolvimento cultural¹⁴⁵¹. Distintamente de HOBBS, FREUD não é totalmente pessimista quanto à constatação de que o *estado de guerra* é o modo natural e inelutável de relacionamento entre as unidades políticas soberanas em um *estado de natureza*¹⁴⁵².

Se os povos se organizam de maneira primitiva, analogamente aos estágios primários de evolução individual, e se o conflito bélico provoca uma suspensão temporária ou permanente das limitações morais ao comportamento humano impostas

¹⁴⁴⁸ FREUD, Sigmund. *Considerações de atualidade sobre a guerra e a morte*. In: *Obras Completas de Sigmund Freud*. Vol. XI, op.cit. p. 209.

¹⁴⁴⁹ “Freud observou certa vez que o primeiro homem a lançar um insulto ao inimigo, ao invés de uma lança, foi o verdadeiro fundador da civilização”. GAY, Peter. *FREUD – Uma vida para o nosso tempo*. Tradução de Denise Bottmann. 11ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 495; Idem, pp. 492-501.

¹⁴⁵⁰ “A agressividade visível é a manifestação exterior da invisível pulsão de morte”. GAY, Peter. *FREUD – Uma vida para o nosso tempo*, op.cit. p.499.

¹⁴⁵¹ Idem, Ibidem.

¹⁴⁵² “O homem nunca é completamente bom ou completamente mau; geralmente é bom numas circunstâncias e mau em outras”. FREUD, Sigmund. *Considerações de atualidade sobre a guerra e a morte*, op.cit. p. 213; HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico civil*. In: *Os Pensadores*. 3ª edição. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983, pp. 74 e ss.

pela civilização, FREUD acredita, por outro lado, na possibilidade da transformação das relações entre os povos por meio da vitória da razão sobre o arrebatamento da paixão¹⁴⁵³.

Depreende-se, assim, a importância atribuída por FREUD ao papel do Direito Internacional Público nesse *processo educativo* como uma conquista futura da civilização.

Algo parecido com essa mescla de cinismo realista e certo otimismo na capacidade de sua superação é aquilo que defendemos. Explicamos. Temos pressupostos pessimistas, talvez até cínicos, da mesma forma que FREUD tinha quanto à natureza humana. Duvidamos com firmeza da utopia kantiana e da paz pelo Direito em um tempo próximo sem que haja uma alteração profunda no próprio modo de organização das relações internacionais. Por outro lado, não podemos simplesmente nos resignar, como juristas, com um mundo controlado pela política do poder porque isto nos faria apologéticos deste mesmo poder.

Todos estes problemas evocam a frase de Hedley Bull do início desta conclusão.

¹⁴⁵³ FREUD, Sigmund. *Considerações de atualidade sobre a guerra e a morte*, op.cit. pp. 218-220.

BIBLIOGRAFIA

A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the Secretary- General’s High-Level Panel on Threats, Challenges and Change. United Nations, 2004.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* Tradução coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ACCIOLY, Hildebrando *Manual de Direito Internacional Público – Atualizado por G.E.do Nascimento e Silva.* São Paulo: Saraiva, 2002.

ADEODATO, João Maurício. *O problema da Legitimidade – No rastro do pensamento de Hannah Arendt.* 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ANDERSON, Perry. *Spectrum – From right to left in the world of ideas.* New York: WW Norton, 2005.

AGO, Robert. *Le Droit International dans la conception de Grotius.* In: *Commemoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius – Recueil des Cours, IV (Académie de Droit International),* 1983.

AMARAL JR, Alberto do. *Direito de Assistência Humanitária.* 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica: 2ª parte da 2ª parte, Questões 1-79.* 2. Tradução de Alexandre Corrêa. Caxias do Sul: Livraria Sulina Editora, 1980.

ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. *International Law in the Past Third of a Century – General Course of Public International Law.* In: *Recueil des Cours, tome 159 – Académie de Droit International.* Hague: SIJTHOFF & NOORDHOFF, 1978.

ARENDT, Hannah. *What is authority?* In: *The portable Hannah Arendt – edited by Peter Baehr.* New York: Penguin Books, 2000.

ARENDDT, Hannah. *Da Revolução*. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. Brasília: Editora UNB, 1989.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego e notas de ANTONIO C. Caeiro. Lisboa: Quetzal editores, 2004.

_____. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens – cotejada com a tradução inglesa de Benjamin Jowet e a tradução francesa de M. Thurot. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 1979.

_____. *Pensar a Guerra, Clausewitz*. Tradução de Elisabeth Maria Speller Trajano. Brasília: Editora UNB, 1986.

_____. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

AUGUSTINE, Saint. *The City of God* (I, 21). London: Encyclopaedia Britannica, 1952.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. *A invenção do jus cogens e a dogmática do direito internacional no crepúsculo do jus publicum europaeum* (Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – 2002).

BASCHET, Jérôme. *A civilização feudal – Do ano mil à colonização da América*. Tradução de Marcelo Rede. São Paulo: Globo, 2006.

BEITZ, Charles. *Political Theory and International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 1979.

BELLAMY, Alex J. *Just Wars – From Cicero to Iraq*. Cambridge: Polity Press, 2006.

BENVENISTI, Eyal. *The US and the Use of Force: Double-edged Hegemony and the Management of Global Emergencies*. In: *European Journal of International Law*, vol. 15, nº 4, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia Política*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Guerra e direito*. In: BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. São Paulo: Campus, 2000.

_____. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo, Editora Unesp, 2003.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Zait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

_____. *Norberto Bobbio: O Filósofo e a Política*. Organização e apresentação de José Fernández Santillán. Tradução de César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

_____. *Sur le principe de la légitimité*. In: *L'idée de légitimité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1967.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sadatti. 3ª edição. Bauru: Edipro, 2005.

_____. *Paz*. In: *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais. Segunda edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 911.

_____. *Democracia e Sistema Internacional*. In: *O Futuro da Democracia*. 10ª edição. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. *Diário de um Século – Autobiografia*. 2ª edição. Tradução de Daniela Becaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BOVERO, Michelangelo. *El Realismo de Bobbio*. In: *Isonomía*, nº 20, abril 2004.

BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1963.

_____. *General Course of Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 255 – Académie de Droit International*. Hague: Martinus Nijhoff, 1995.

_____. *Humanitarian Intervention*. In: *Law & Civil War in the Modern World –edited by John Norton MOORE*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1974.

BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica – Um estudo da ordem na Política Mundial*. Tradução de Sergio Bath. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2002.

BULL, Hedley. *Recapturing the just war for Political Theory*. In: *World Politics*, vol. 31, nº 4, 1979.

BYERS, Michael. *A Lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007.

_____. *Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September*. In: *International and Comparative Law Quarterly, volume 51*, 2002.

_____. *Preemptive Self-Defense: Hegemony, Equality and Strategies of Legal Change*. In: *11/2 Journal of Political Philosophy*, 2003.

BYERS, Michael. *Not yet havoc: geopolitical change and the international rules on military force*. In: *Force and Legitimacy in World Politics – Edited by David Armstrong, Theo Farrell and Bice Maiguashca*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

BYERS, Michael, CHESTERMAN, Simon. *Changing the rules about rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the future of International Law*. In: *Humanitarian Intervention – Ethical, Legal and Political Dilemmas – Edited by J. L. Holzgrefe and Robert O. Keohane*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

BULL, Hedley. *The Anarchical Society*. London: Macmillan, 1977.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The primacy of International Law over force*. In: *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *A Recta Ratio Nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade*. In: *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón del Estado*. In: *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília, Universidade de Brasília, 1981.

_____. *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours, tome 316 – Académie de Droit International*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2006.

CARR, Edward Hallet. *Vinte anos de crise – 1919-1939*. 2ª edição. Tradução de Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. (Tese de titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006).

CASSESE, Antonio. *International Law in a Divided World*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

_____. *International Law*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. *Article 51*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*. 2º édition revue et augmentée. Paris: Economica, 1984.

_____. *Ex injuria Ius Oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Counter-Measures in the World Community?* In: *European Journal of International Law*, vol. 10 n° 1, 1999.

_____. *A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and Opinio Necessitatis*. In: *European Journal of International Law*, vol. 10, n° 4.

_____. *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*. In: *European Journal of International Law*, vol. 12, n° 5, 2001.

CASSIRER, Ernst. *O Mito do Estado*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1976.

CHAUI, Marilena. *Introdução à história da filosofia – Dos pré-socráticos a Aristóteles*. Volume I. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CHESTERMAN, Simon. *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

CÍCERO, Marcus Tullius. *De Officiis*. In: *Loeb Classical Library*. Translated by W. Miller. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____. *On Duties (edited by M.T.Griffin and E.M.Atkins)*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

_____. *Pro Milone*. In; *Orations, vol. XIV*. Translated by N. H. Watts. London, Cambridge: Loeb Classical Library, 1979, pp. 16-17.

_____. *De Re Publica*. Translated by C.W.Keyes. Boston: Loeb Classical Library, 1928, 2000.

CLAUDE, Inis. *Just Wars: Doctrines and Institutions*. In: *Political Science Quarterly*, volume 95, number 1, 1980.

CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

COATES, Anthony. *Humanitarian Intervention: A Conflict of Traditions*. In: *Humanitarian Intervention – Edited by Terry Nardin and Melissa Williams*. New York: New York University Press, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética – Direito, Moral e Religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CRETELLA NETO, José. *Terrorismo Internacional: Inimigo sem rosto-combatente sem pátria*. Campinas:Millenium, 2008.

De La BRIÈRE, Yves. *Les Étapes de la tradition théologique concernant le droit de juste guerre – Notes d'Histoire des Doctrines*. In: *Revue Générale de Droit International Public*, n° 1, 1937.

D'ENTRÈVES, Alexandre Passerin. *Legalité et légitimité*. In: *L'idée de légitimité*. Paris: Presses Universitaires, 1967.

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Droit International Public*. 5^a edition. Paris: L.G.D.J., 1994.

_____. *Direito Internacional Público*. 2^a edição. Tradução de Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. 3^a edição. Tradução de Mauro Raposo Mello. São Paulo: Manole, 2004.

_____. *Comments on War*. In: *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 27, 2003.

_____. *The Interaction of International Law and Justice*. In: *Israel Yearbook of Human Rights*, 16, 1986.

DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

ELBE, Joachim Von. *The evolution of the concept of the Just war in international law*. In: *American Journal of International Law*, volume 33, 1939.

ELSHTAIN, Jean Bethke. *New Preface*. In: *Just War Theory – Edited by Jean Bethke Elshstain*. New York: New York University Press, 1992.

_____. *The Third Annual Grotius Lecture: Just War and Humanitarian Intervention*. In: *American University International Law Review*, volume 17, number 1, 2001.

FALK, Richard. *Legality to Legitimacy – The Revival of the Just War Framework*. In: *Harvard International Review*, vol. 26 (1), 2004.

_____. *Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint*. In: *Force and Legitimacy in World Politics – Edited by David Armstrong, Theo Farrel and Bice Maiguashca*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

_____. *Appraising the War Against Afghanistan*. In: www.ssrc.org/sept11/essays/falk.htm, January 31st, 2002, p. 1.

_____. *Defining a Just War*. In: *The Nation*, October 29th 2001, p. 1

_____. *Declining World Order – America's Imperial Geopolitics*. New York: Routledge, 2004.

_____. *Humanitarian Intervention After Kosovo*. In: *Lessons of Kosovo: The dangers of Humanitarian Intervention – Edited by Aleksander Jokic*. Toronto; Broadview Press, 2003.

FARAGO, France. *A Justiça*. Tradução de Maria José Pontieri. Barueri: Manole, 2004.

FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação*. Terceira Edição. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FILHO, Willis Santiago Guerra. *Teoria Política do Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

FINLEY, MOSES I. *Appendix 3 – The Melian Dialogue*. In: TUCÍDIDES. *History of Peloponnesian War*. Translated by Rex Warner with introduction and notes by M.I.Finley. New York: Penguin Books, 1972.

FONSECA, Carlos da. “*Deus está do nosso Lado*”: *Excepcionalismo e Religião nos EUA*. In: *Contexto Internacional*, volume 29, nº 1, 2007.

FRANCK, Thomas. *General Course on Public International Law*. In: *Recueil des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Haia: Nijhoff, tome 240, 1994.

_____. *The Power of Legitimacy Among Nations*. New York: Oxford University Press, 1990,

FREUD, Sigmund. *Civilization and Its Discontents*. In: *The Major Works of Sigmund Freud*. Translated by Joan Riviere. London: Encyclopaedia Britannica, 1952.

_____. *Considerações de atualidade sobre a guerra e a morte*. In: *Obras Completas de Sigmund Freud. Vol. XI*. Tradução de Elias Davidovich e Isaac Izecksohn, Rio de Janeiro: Editora Delta, 1975.

GAY, Peter. *FREUD – Uma vida para o nosso tempo*. Tradução de Denise Bottmann. 11ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*. Ijuí: editora Unijuí, 2006.

GLENNON, Michael J. *Limits of Law, Prerogatives of Power – Interventionism After Kosovo*. New York: Palgrave, 2001.

_____. *Why the Security Council Failed*. In: *Foreign Affairs*, Volume 82, nº 3, May/June, 2003.

GONÇALVES, Williams da Silva. *Prefácio*. In: BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica – Um estudo da ordem na Política Mundial*. Tradução de Sergio Bath. São Paulo: Editora UNB, 2002, p. XIII.

GORI, Umberto. *Guerra* in: *Dicionário de Política*. Segunda edição. BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco (orgs.). Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano lo Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro, Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília : Editora UNB, 1986.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2004.

GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*. Translated and revised by Michael Byers. Berlin; New York: De Gruyter, 2000.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume 1*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

_____. *O Direito da Guerra e da Paz. Volume 2*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

GUIMARÃES, Hilton Catanzaro. *Da Guerra Justa - Um Estudo Jurídico-Filosófico da Teoria do “Bellum Justum” nas Concepções Decisionista, Intelectualista e na Síntese Grociana* (Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

GUILLAUME, Gilbert. *Terrorism and International Law*. In: *International and Comparative Law Quarterly*, volume 53, number 3, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Bestialidade e Humanidade – Uma Guerra na fronteira entre o Direito e a Moral*. In: *Die Zeit*, nº 18, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Uma Constituição Política para a Sociedade Mundial Pluralista? In: Entre Naturalismo e Religião – Estudos Filosóficos*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HAGGENMACHER, Peter. *La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs Du droit international*. In: *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria. Organisée par Le Centre Charles de Vischer pour la droit international*. Bruxelles: Bruymant, 1988.

HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*. Paris: Presses Universitaires de France, 1983, p. 13.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

HARTIGAN, Richard Shelley. *Saint Augustine on war and killing: The Problem of the Innocent*. In: *Journal of History of Ideas*, volume 27, number 2, 1966.

HEIDEGGER, Martin, FINK, Eugen. *Heraclitus Seminar*. Translated by Charles H. Seibert. Cicago: Northwestern University Press, 1993.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HENKIN, Louis. *How Nations Behave – Law and Foreign Policy*. Second Edition. New York: Columbia University Press, 1979.

HENKIN, Louis. *Kosovo and the Law of “Humanitarian Intervention”*. In: *American Journal of International Law*, vol. 93, nº4, 1999.

HERACLITUS. *Fragments*. In: *Readings in Ancient Greek Philosophy – From Thales to Aristotle*. Edited by S. Marc Cohen, Patricia C. Curd, and C.D.C. Reeve. Translated by R. D. Mckirahan Jr. Cambridge: Hackett Publishing Company, 1995.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process – International Law and How to Use It*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

Holy Bible – King James Version. London: Trinity, 1984.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico civil*. In: *Os Pensadores*. 3ª edição. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HOBBS, Eric J. *The Age of Extremes – A History of the World, 1914-1991*. New York: Vintage Books, 1996.

HOLZGREFE, J.L. *Humanitarian Intervention Debate*. In: *Humanitarian Intervention – Ethical, Legal and Political Dilemmas*. Edited by J.L. Holzgreffe and Robert O. Keohane. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 18.

HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica – Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

International Law Commission, Report on the work of its 48th Session (1996), GA Official Records, Supplement n° 10, A/51/10, p. 131.

International Commission on Intervention and State Sovereignty: the Responsibility to Protect, 2001.

Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report, 2000.

JAEGGER, Werner. *Paidéia – A Formação do Homem Grego*. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JOHNSON, James Turner. *Morality and Contemporary Warfare*. New Haven: Yale University Press, 1999.

JOUANNET, Emmanuelle. *Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law?* In: *European Journal of International Law*, vol. 18, n 3, 2007, pp.388-389.

JÚNIOR, Arno Dal Ri. *Apresentação*. In: *Os índios e o direito de guerra* (aut. Francisco de Vitória). Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

JUNQUEIRA, Mary A. *Os discursos de George W. Bush e o excepcionalismo americano*. In: *Margem*, nº 17, São Paulo.

KANT, Immanuel. *A Paz perpétua – Um projeto filosófico*. In: *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2004.

_____. *A Paz Perpétua*. Tradução direta do alemão de Lohengrin de Oliveira. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1937.

KEEGAN, John. *Uma história da guerra*. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006.

KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Versión española de Florencio Acosta. México: Fondo de Cultura Economica, 1943.

_____. *General Theory of Law and State*. Translated by Anders Wedberg. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 1999.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Théorie Du Droit International Public*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Tome 84. Netherlands: A.W.Sijthoff, Leyde, 1953.

_____. *The Law of the United Nations. – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London: Stevens & Sons Limited, 1950.

_____. *Collective Security under International Law*. New Jersey: Lawbook Exchange, 1954.

_____. *Collective Security and Collective Self-defense Under the Charter of the United Nations*. In: *The American Journal of International Law*, vol. 42, number 4, October, 1948.

_____. *Peace through Law*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944.

KENNEDY, DAVID. *Primitive Legal Scholarship*. In: *Harvard International Law Journal*, Volume 27, Number 1, 1986.

KENNEDY, Paul. *Ascensão e queda das grandes potências – Transformação econômica e conflito militar de 1500 a 2000*. 2ª edição. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

_____. *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

KUNTZ, Rolf. *Vitória, Francisco de, 1486-1546*. In: *Dicionário de Filosofia de Direito*. Unisino/Renovar: São Leopoldo/Rio de Janeiro, 2006.

KUNZ, Josef L. *La Crise et les Transformations du Droit des Gens*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Tome 88. Netherlands: A. W. Sitjhoff, 1955.

_____. *Bellum Justum and Bellum Legale*. In: *American Journal of International Law*, volume 45, number 3, 1951.

KUNZ, Josef L. *Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations*. In: *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947.

LAFER, Celso. *A política externa, a paz e o legado da Grécia Antiga*. In: *Paradoxos e Possibilidades – Estudos sobre a ordem mundial e sobre a política exterior do Brasil num sistema internacional em transformação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. *O Problema da Guerra e os Caminhos da Paz na Reflexão de Norberto Bobbio*. In: *O Brasil e a Crise Mundial – Paz, Poder e Política Externa*. São Paulo: Perspectiva.

_____. *Prefácio in: Poder e Legitimidade* (aut. José Eduardo Faria), São Paulo, Editora Perspectiva, 1978.

_____. *O sistema político brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Perspectiva, 1978.

_____. *Derecho y Legitimidad en el sistema internacional: soberania nacional y comunidad mundial*. In: *Foro Internacional*, vol. XXIX, núm 4, 1989.

_____. *Guerra, Direito e Poder no Golfo Pérsico*. In: Carlos Henrique Cardim. (Org.). *Bobbio no Brasil - um retrato intelectual*. Brasília: Editora da UnB, 2001.

_____. *A democracia diante do terrorismo transnacional*. In: *Política Externa*, vol. 14, nº4, 2006.

LAFER, Celso, FONSECA JÚNIOR, Gelson. *Questões para a diplomacia no Contexto Internacional das Polaridades Indefinidas (notas analíticas e algumas sugestões)*. In: FONSECA Júnior, Gelson & CASTRO, Sérgio Henrique Nabuco de (orgs.). *Temas de Política Externa Brasileira II*. Brasília/São Paulo: FUNAG/Paz e Terra, 1994, vol. 1.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request of Advisory Opinion by the General Assembly of the United Nations). ICJ Reports, 1996.

Legislação Internacional. Ricardo SEITENFUS (org.). Barueri: Manole, 2004.

L'Otan au Kosovo: une guerre juste? – Entretien avec Norberto Bobbio. In: *L'Unità*. Traduits de l'italien par Françoise Liffiran, 1999.

MANI, Venkateswara.Subramanian. “*Humanitarian*” *Intervention Today*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International, tome 313*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus editora, 1986.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1992.

MAROTTA RANGEL, Vicente. *Prefácio*. In: *O Direito das Gentes* (aut. Emmer de Vattel). Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora UNB, 2004.

MARTIN, Rex. *WALZER and RAWLS on Just Wars and Humanitarian Interventions*. In: *Intervention, Terrorism and Torture – Contemporary Challenges to Just War Theory*. Edited by Steven P. Lee. Netherlands: Springer, 2006.

MCDOUGALL, Myres. *The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defence*. In: *American Journal of International Law* Vol. 57, 1963.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Guerra Justa*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 2º volume. 14ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MERLE-Jean-Christophe, MOREIRA, Luiz. *Introdução*. In: *Direito e Legitimidade – Jean-Christophe MERLE e Luiz MOREIRA (orgs.)*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

MERON, Theodor. *Common Rights of Mankind*. In: *American Journal of International Law*, vol. 85, nº 1, 1991.

MESSARI, Nizar, NOGUEIRA, João Pontes. *Teoria das Relações Internacionais – Correntes e Debates*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Guerra, Justicia y Derecho Internacional*. In: *Isonomía*, nº 20, abril 2004.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports, 1986.

MONTAIGNE, Michel de. *The Complete Essays*. Translated by M. A. Screech. London: Penguin Books, 1991.

MORGENTHAU, Hans Joachim. *A Política entre as nações – A luta pelo poder e pela paz*. Tradução de Oswaldo Biato. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

_____. *Positivism, Functionalism, and International Law*. In: *American Journal of International Law*, vol. 34, issue 2, 1940.

MORRIS, Christopher W. *Guerra e Paz*. In: *Dicionário de Ética e Filosofia Moral. Volume 1*. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althoff, Magda França Lopes, Maria Vitória Kessler de Sá Brito, Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

MURPHY, Sean D. *Humanitarian Intervention – United Nations in an Evolving World Order*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996.

NARDIN, Terry. *Humanitarian Imperialism. Ethics & International Affairs*, 19,nº 2, 2004.

NEVES, Marcelo. *A força simbólica dos direitos humanos*. In: *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Fortaleza: Conceito Editorial, 2007.

NOGUEIRA, João Pontes, MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: Filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional*. Traducción de Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista Madrid, 1949.

NUSSBAUM, Arthur. *Just War – A Legal Concept?* In: *Michigan Law Review*, vol. 42, number 3, 1943.

NYE JR, Joseph. *Compreender os Conflitos Internacionais – Uma Introdução à Teoria e à História*. Tradução Tiago Araújo. Lisboa: Gradiva, 2002.

OPPENHEIM, Lassa. *International Law – A Treatise*. Edited by H. Lauterpacht. Seventh Edition. London, New York and Toronto: Longmans and Green and Co., 1955.

OREND, Brian. *Michael Walzer on War and Justice*. Gloucester: Univerisy of Wales Press, 2000.

PANIZZA, Diego. Introdução. In: *O Direito de Guerra* (aut. Alberico Gentili). Ijuí: editora Unijuí, 2005.

PATRIOTA, Antonio Aguiar. *O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: A articulação de um novo paradigma de segurança coletiva*. Brasília: FUNAG, 1998.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. *A Política externa dos Estados Unidos*. Segunda Edição. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2005.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. *Os Quatro Mitos Norte-Americanos*. In: <http://meridiano47.info/2008/10/16/os-quatro-mitos-norte-americanos-por-cristina-soreanu-pecequilo/> (Janeiro 2009).

PELLET, Alain. *Brief Remarks on the Unilateral Use of Force*. In: *European Journal of International Law*, vol. 11, nº 2.

PELLET, Alain. *State Sovereignty and the protection of fundamental human rights: an International Law perspective. Paper published* In: *Pugwash Conferences on Science and World Affairs, 2000*. (disponível em: <http://www.pugwash.org/reports/rc/pellet.htm>)

PEREIRA, Antônio Celso Alves. *O recurso à força e a legítima defesa no direito internacional contemporâneo*. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, PEREIRA, Antônio Celso Alves (coords.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PICH, Roberto H. *Decreto de Graciano*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

PISTONE, Swergio. *Razão de Estado*. In: *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais. Segunda edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1974.

POWER, Samantha. *Genocídio – A retórica americana em questão*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. In: www.icrc.org

RAWLS, John. *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

REALE, Miguel. *Hugo Grócio e sua posição na escola do Direito Natural*. In: *Horizontes do Direito e da História*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Filosofia do Direito*. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983.

REICHBERG, Gregory, SYSE, Henrik, BEGBE, Endry (Editors). *The Ethics of War and Peace: Classic and Contemporary Readings*. Oxford: Blackwell, 2006.

RENGGER, Nicholas. *The judgement of war: on the Idea of legitimate force in world politics*. In: *Force and Legitimacy in World Politics – Edited by David Armstrong, Theo Farrel and Bryce Maiguashca*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: The Responsibility to Protect. Ottawa: International Development Research Centre, December 2001.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROBERTS, Adam. *Order/Justice issues at the United Nations*. In: *Order and Justice in International Relations – Edited by Rosemary Foot, John Lewis Gaddis, Andrew Hurrell*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ROSENAU, James N. *Intervention as a scientific concept*. In: *The Journal of Conflict Resolution*, volume XIII, number 2, 1969.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

RUSSELL, Bertrand. *A History of Western Philosophy*. London: Counterpoint, 1984.

Santo AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. 2ª edição. Tradução de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

SCHACHTER, Oscar. *Self-Defense and the Rule of Law*. In: *American Journal of International Law*. Vol. 83, nº2, 1989.

SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europeum*. Madrid: Centro de Estudio Constitucionales, 1979.

_____. *The Concept of the Political*. Translated by George Schwab. Chicago: University of Chicago Press.

SCHMITT, Carl. *Political Theology*. Translated by George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

SCHIEDERMAIR, Hartmut. *The influence of Grotius' thought on the ius natural school. Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius*. In: *Recueil des Cours, IV (Académie de Droit International)*. Haia: Nijhoff, 1983.

SCOTT, James Brown. *Francisco de Vitoria and his Law of Nations*. Oxford: Clarendon Press, 1934.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. Third Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

SIMPSON, Gerry. *Great Powers and Outlaw States – Unequal Sovereigns in the International Legal Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SOARES, Guido Fernando da Silva. *Legitimidade de uma guerra preventiva em pleno 2003?* In: *Revista de Política Externa*. Vol. 12, nº 1, jun/jul/ago 2003.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002.

SOFAER, Abraham D. *On the necessity of Pre-emption*. In: *European Journal of International Law*, vol. 14, nº 2, 2003.

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *Bellum Justum – Melchemet Mitswa*. In: *Revista de Direito e Política*. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin, MEDAUAR, Odete (orgs.). São Paulo: Gazeta Juris, 2006.

STEYIN, Johan. *Guantanamo Bay: the Legal Black Hole*. In: *International and Comparative Law Quarterly*, volume 53, number 1, 2004.

TELES, Patrícia Galvão. *Intervenção humanitária e guerra preventiva: as novas guerras justas*. In: *www.janusonline.pt*, 2005(agosto 2008)

The National Security Strategy of the United States of America - September, 2002.

The Norton Anthology of World Masterpieces –Volume 2. Sixth edition. MACK, Maynard, KNOX, Bernard, MCGALLIARD, John, PASINETTI, P. M., HUGO, E. Howard, SPACKS, Patricia Meyer, WELLEK, René, DOUGLAS, Kenneth, LAWALL, Sarah (orgs.). New York: Norton, 1992.

TESÓN, Fernando R. *Humanitarian Intervention – An inquiry into Law and Morality*. Third Edition. New York: Transnational Publishers, 2005.

TOMUSCHAT, Christian. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century – General Course of Public International Law*. In: *Recueil des*

Cours, tome 281 – *Académie de Droit International*. Hague: MARTINUS NIJHOFF, 1999.

TOYNBEE. *A Humanidade e a Mãe-Terra – Uma História da Narrativa do Mundo*. Segunda edição. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1979.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*. Tradução de R. Ehrhardt Soares. Coimbra: Arménio editor, 1952.

_____. *Genèse et structure de la société internationale*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Tome 96. Pays Bas: A. W. Sijthoff, 1960.

_____. *Grotius et les classiques espagnols du droit des gens*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, volume IV. Haia: Nijhoff, 1983.

TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. 3ª edição. Tradução do grego de Mario da Gama Curi. Brasília: Editora UNB, 2004.

_____. *History of Peloponnesian War*. Translated by Rex Warner with introduction and notes by M.I.Finley. New York: Penguin Books, 1972.

TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace – Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

UN SC Res. 487, 36 UN SCOR, 2288th mtg., UN Doc. S/RES/487 (1981).

URBANO, Francisco Castilla. *Introdução*. In: *Os índios e o direito de guerra* (aut. Francisco de Vitória). Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

VANDERPOL, Alfred. *La Doctrine scolastique Du droit de guerre*. Paris: A Pedone editeur, 1919.

VATTEL, Emmer de. *O Direito das Gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

VERDROSS, Alfred. *General International Law and the United Nations Charter*. In: *International Affairs*, Vol. 30, nº 3, (jul. 1954).

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VIRALLY, Michel. *Article 2 Paragraphe 4*. In: *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre COT et Allain PELLET*. 2^o édition revue et augmentée. Paris: Economica, 1984.

VITÓRIA, Francisco de. *Primeira Conferência sobre os índios recentemente descobertos*. In: *Os índios e o direito de guerra*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas: um argumento moral com exemplos históricos*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Thick and Thin – Moral Argument at home and abroad*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1994.

_____. *The Politics of Rescue*. In: *Arguing About War*. New Haven: Yale University Press, 2004.

_____. *Kosovo*. In: *Arguing About War*. New Haven: Yale University Press, 2004.

_____. *After 9/11: Five Questions about Terrorism*. In: *Arguing About War*. New Haven: Yale University Press, 2004.

_____. *Da Tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *The Moral Standing of States: A Response to Four Critics*. In: *Philosophy and Public Affairs*, vol. 9, nº 3, 1980.

_____. *Spheres of Justice – A defense of pluralism and equality*. New York: Basic Books, 1983.

WALZER, Michael. *The crime of aggressive war*. In: *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 6, 2007.

WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional – Uma análise histórica comparativa*. Tradução de René Loncan. Brasília: editora UNB, 2004.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (a partir da quinta edição revista, anotada e organizada por Johannes Winckelmann). Volume 1. Quarta Edição. São Paulo: Editora UNB, 2004.

WEDGWOOD, Ruth. *The Fall of Saddam Hussein: Security Council Mandates and Preemptive Self-Defense*. In: *The American Journal of International Law*, vol. 97, nº3, 2003, pp. 576-585.

WIGHT, Martin. *A Política do Poder*. Tradução de Sérgio Carlos Duarte. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

WRIGHT, Quincy. *Changes in the Conception of War*. In: *The American Journal of International Law*, Vol. 18, nº4, 1924, p. 762.

_____. *A study of war*. Chicago: Chicago University Press, 1942, 1983.

_____. *The Strengthening of International Law*. In: *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Tome 98. Netherlands: A.W. Sijthoff, Leyde, 1959.

Yearbook of the International Law Commission – Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-second session. Volume II, part two, 1980.

