

A guerra como crime*

Danilo Zolo**

RESUMO. No século XX, com a criação de duas instituições universais: a Sociedade das Nações e a Organização das Nações Unidas, tentou-se eliminar o “flagelo da guerra”. A guerra considerou-se então crime e os responsáveis por violações à norma internacional passíveis de serem punidos. O presente ensaio mostra o insucesso dessa tentativa do ponto de vista teórico e prático.

Palavras-chave: Crimes de Guerra. Carl Schmitt. Guerra justa. Guerra de agressão.

1 – Uma profecia apocalíptica

Este ensaio parte de uma releitura de algumas páginas de *O Nomos da Terra (Der Nomos der Erde)* de Carl Schmitt. Para Schmitt, a conclusão da primeira guerra mundial coincide com o fim da centralidade da Europa e o ocaso do *jus publicum europaeum*. Exaure-se assim um ordenamento internacional “especializado” – o westefaliano – que havia tentado colocar *la guerre en forme*, segundo a célebre fórmula de Emmerich de Vattel¹. Em seu lugar, na segunda década do século XX, nasce em Genebra a Sociedade das Nações. É uma instituição universal e “despacializada” (“despazializzata”), desejada pelos

* Título original italiano: *La guerra come crimine*. Trad. Dr. Giuseppe Tosi.

** Professor de Filosofia do Direito da Universidade de Florença.

¹ Cfr. E. de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, London (Neuchâtel) 1758, reimpresso: Washington, Carnegie Institution, 1916, libro III, cap. XII, § 190: “La guerre en forme doit être regardée quant aux effets comme juste de part et d’autre”.

Estados Unidos e dominada pelo cosmopolitismo wilsoniano, que se propõe garantir ao mundo uma paz estável e universal. O Direito internacional genebrino – afirma Schmitt – não tem mais a atribuição de “ritualizar” a guerra entre os Estados europeus, limitando-a, moderando-a, impedindo que se torne uma guerra de “aniquilamento”, como eram as guerras de religião. A tarefa que se atribui à Sociedade das Nações é a de eliminar *tout court* a guerra da história humana, de dissolver a sua realidade e arquivar o seu conceito².

O fracasso da Sociedade das Nações, afirma Schmitt, era inevitável porque representava a tentativa de abolir a guerra simplesmente banindo-a no plano jurídico. Na realidade, para Schmitt:

[...] uma negação jurídica da guerra, sem uma sua efetiva limitação, tem como único resultado dar vida a novos tipos de guerra, provavelmente piores, conduzir à recaída na guerra civil ou a outras formas de guerras de aniquilamento³.

Junto com o pacifismo universal haveria de falir também a grandiosa tentativa de fazer da “guerra de agressão” um *crime international*, um crime a ser imputado não somente à responsabilidade objetiva dos Estados, mas também à responsabilidade penal dos indivíduos. Na opinião de Schmitt, a criminalização da guerra de agressão constitui um retorno à noção de *bellum justum* e à temática medieval da *justa causa belli*, que Francisco de Vitoria havia reelaborado para justificar a conquista do Novo Mundo por parte das potências católicas⁴. Não foi por acaso, afirma ele, que nas primeiras décadas do século XX, autores como o belga Ernest Nys e, em particular, o estudioso internacionalista estadunidense de fama mundial

² Cfr. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, Duncker und Humblot, 1974, trad. it. Milano, Adelphi, 1991, p. 315-6.

James Brown Scott, haviam dado um grande impulso à *renaissance* do pensamento de Vitoria⁵.

Nesta corrente de pensamento neo-escolástica se inspira a doutrina internacionalista ocidental que, nas primeiras décadas do século XX, pretende desfazer-se da noção jurídica de *justus hostis*, própria do *jus publicum europaeum*. O que acaba por ser rejeitado é o princípio westefaliano da legalidade da guerra entre os Estados, conduzida por autoridades soberanas que se reconhecem como titulares de direitos iguais, incluindo o direito a usar a força para fazer valer os interesses do Estado. Em seu lugar, se propõe novamente uma avaliação ético-política das “causas da guerra”, que qualificava negativamente a noção de “agressão” (*le crime de l’attaque*), apesar de que tal noção não assumisse, na tradição hebráico-cristã, e em

³ Cfr. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, cit., p. 219 (trad. it. cit., p. 315): “Es muß hier wiederholt an zwei Wahrheiten erinnert werden: erstens, daß das Völkerrecht die Aufgabe hat, den Vernichtungskrieg zu verhindern, also den Krieg, soweit er unvermeidlich ist, zu umhegen, und zweitens, daß eine Abschaffung des Krieges ohne echte Hegung nur neue, wahrscheinlich schlimmere Arten des Krieges, Rückfälle in den Bürgerkrieg und andere Arten des Vernichtungskrieges zur Folge hat”. [“Devem ser novamente lembradas duas verdades: em primeiro lugar, que o direito internacional tem como obrigação impedir a guerra de aniquilamento, ou seja, limitar a guerra quando ela é inevitável; em segundo lugar, que a abolição da guerra, sem sua efetiva limitação, tem como único resultado provocar novos tipos de guerras, provavelmente piores, conduzir a recaídas na guerra civil e a outras formas de guerra de aniquilamento”].

⁴ “O próprio presidente Wilson -- relembra Schmitt -- era um defensor da doutrina da guerra justa”; cfr. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 348.

⁵ Cfr. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 127-40. Na realidade Nys, a diferença de Scott e Joseph Kohler (para este último ver: J. Kohler, *Grundlagen des Volkerrechts*, Stuttgart, 1918), expressa não poucas reservas sobre o pensamento de Vitoria, que ele considera um simples precursor de Grócio (ver: E. Nys, *Les origines du droit international*, Thorin, Paris, 1894).

particular na teologia católica, uma conotação negativa. A doutrina medieval do *bellum justum* previa, explicitamente, a possibilidade de uma “agressão justa”. Não diversamente da teoria hebraica da *milchemet mitzvà* (guerra santa obrigatória), a teoria da guerra justa havia considerado a guerra de agressão como moralmente recomendável – *bellum justum offensivum* – uma vez que fosse conduzida por príncipes cristãos contra os príncipes e os povos que se subtraíam obstinamente à autoridade da Igreja. Os turcos, os árabes e os hebreus eram *eo ispo* considerados *hostes perpetui*.

Segundo a nova doutrina, afirma Schmitt, o inimigo, tanto o agressor quanto o agredido, não é mais um *justus hostis*, mas um “criminoso”, no sentido mais depreciativo do termo: é um *outlaw*, um fora-da-lei, um pirata, um canibal, ao qual nenhum direito deve ser reconhecido, assim como a doutrina do *bellum justum* não o havia reconhecido aos infiéis. Caem por terra, assim, as garantias e os procedimentos que o Direito internacional europeu havia excogitado para o “estado de guerra”, na tentativa de reduzir as conseqüências mais devastadoras e sangrentas dos conflitos armados. Em seu lugar, reaparece, ao lado do modelo medieval de “guerra discriminatória”, a “guerra civil confessional” entre facções religiosas, típica dos séculos XVI e XVII⁶. Acaba assim por ser destruído, lamenta Schmitt, uma autêntica “obra prima da razão humana”, para alcançar o que tinha sido necessário “um cansativo trabalho jurídico” e graças ao qual, durante mais de dois séculos, não haviam acontecidos guerras de extermínio no território europeu⁷.

Esta reconstrução da história do Direito internacional moderno pode estar sujeita a importantes reservas. Pode-se duvidar, em particular, de que o *jus publicum* dos povos

⁶ Cfr. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 127-40, 178.

⁷ Cfr. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 178.

européus introduziu, realmente, elementos relevantes de atenuação da violência bélica durante os dois séculos em que vigorou historicamente, apesar da tentativa feita em 1648, com o tratado de Münster, de dar vida a um sistema de segurança coletiva que excluía o uso da força por parte dos Estados⁸. Seria suficiente lembrar, pelo menos, as guerras napoleônicas, que em *Der Nomos der Erde* são apenas evocadas, ou o expansionismo militar da Europa colonial, *in primis* da Inglaterra imperial. Schmitt considera as guerras coloniais como um fenômeno indiferente em relação ao espaço europeu, porque pensa que a ritualização jurídica européia exigia uma delimitação espacial que, *eo ipso* excluía a '*la guerre en forme*' do conflito colonial⁹. Poder-se-ia acrescentar que a primeira guerra mundial, com os seus dezoito milhões de mortos, dentre eles dez milhões de civis, e mais de vinte milhões de feridos, tinha sido já em si mesma uma derrota irreparável do Direito internacional europeu, que não tinha conseguido conter os efeitos devastadores das novas armas e das novas estratégias militares.

Como defesa parcial da tese schmittiana, resta o fato de que, nas primeiras décadas do século passado, se afirmou prepotentemente a idéia de que seriam necessárias novas instituições internacionais, capazes de superar a anarquia do sistema westefaliano dos Estados, anarquia que os tratados e a diplomacia multilateral da "Concertação Européia" não tinham conseguido atenuar. Isto comportava a superação do *jus publicum europaeum* e do seu exasperado pluralismo normativo e exigia uma drástica revisão da noção de soberania dos

⁸ Como se sabe, esta tentativa não alcançou nenhum êxito concreto; cfr. A. Cassese, *International Law*, II. ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 22-5.

⁹ Sobre o tema ver: F. Ruschi, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, "Quaderni fiorentini per la storia del diritto moderno", 33 (2004), p. 372-469.

Estados, que abrisse o caminho para a construção de instituições “supranacionais” e não simplesmente interestatais. É o máximo jurista europeu do século XX, Hans Kelsen, que defende com força esta tese no ensaio *Das Problem der Souveränität*, e o reafirma, inspirando-se em Christian Wolff e Kant, no famoso manifesto do “pacifismo jurídico”, *Peace through Law*¹⁰. Junto com os tradicionais aparelhos normativos e institucionais dos Estados, deveriam ser arquivadas também as velhas estratégias européias do equilíbrio de poder, com o seu cortejo de antiquadas formalidades diplomáticas, começando pela protocolar “declaração de guerra”¹¹. Uma paz estável e universal seria assegurada somente por um ordenamento jurídico universal, capaz de transcender o particularismo das soberanias nacionais, de centralizar o uso legítimo da força nas mãos de uma autoridade supranacional não vinculada ao respeito da *domestic jurisdiction* dos Estados e de afirmar o primado ético e político do ordenamento internacional enquanto *civitas maxima*¹².

¹⁰ Ver: H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1920, trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1989; H. Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944 (segunda ed.: New York, Garland Publishing, Inc., 1973), trad. it. Torino, Giappichelli, 1990.

¹¹ O artigo 1 da Convenção sobre a abertura das hostilidades, adotada pela “Conferência para a paz” de Haia de 1899, impunha ao Estado que recorresse por primeiro à guerra de comunicar ao Estado adversário uma formal “declaração de guerra” ou um *ultimatum* que especificasse as condições a serem respeitadas para evitar a guerra. Se o Estado atacante iniciasse as operações militares sem respeitar tal norma, cometeria um ilícito internacional, o que porém não impediria que, entre as partes, se estabelecesse o “Estado de guerra” e que fosse aplicado o direito de guerra, incluindo o regime de neutralidade dos terceiros não combatentes.

¹² Para uma crítica ao “globalismo judiciário” de Kelsen, permito-me remeter ao meu livro: *I signori della pace*, Roma, Carocci, 1998, p. 21-48.

Com base a essas premissas muito gerais, pode ser útil verificar em que medida, no contexto do sistema universal de proibição jurídica da guerra, que se afirmou durante o século XX – da Sociedade das Nações às Nações Unidas, à jurisdição penal internacional – a qualificação da guerra de agressão como crime internacional tenha alcançado os resultados que os seus defensores prognosticavam. Pode ser igualmente útil perguntar-se se, ao contrário, tais instituições não tenham favorecido o advento daquilo que Carl Schmitt evoca insistentemente como um espectro apocalíptico em *Der Nomos der Erde*: o advento de uma guerra global discriminatória – de uma “guerra civil global” (*eine globale Weltbürgerkrieg*)¹³ – não mais submetida às limitações jurídicas da “velha guerra interestatal” e, portanto, sumariamente destrutiva e sanguinária.

Segundo essa profecia, o universalismo ético, antes que jurídico, defendido pelo pensamento internacionalista de

¹³ Em: *Der Nomos der Erde* o termo *Weltbürgerkrieg* aparece uma só vez, na p. 271 da edição alemã de 1974, citada (na edição italiana, citada, o tradutor traduziu erroneamente *Weltbürgerkrieg* com “guerra global”; cfr. p. 390, linha 2). Numa obra precedente, o artigo *Strukturwandel des Internationalen Rechts*, de 1943 (agora in: C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005; tr. it. in C. Schmitt, *L'unità del mondo e altri saggi*, Roma, Pellicani, 1994), Schmitt havia afirmado que a guerra discriminatória promovida pelo expansionismo imperial dos Estados Unidos estava transformando a tradicional guerra interestatal numa *totalen und globalen Welt-Bürgerkrieg*. No prefácio à edição italiana da coletânea de ensaios *Le categorie del 'politico'* (Bologna, il Mulino, 1972, p. 25) Schmitt volta a ocupar-se do tema afirmando: “Hoje a humanidade é entendida como uma sociedade unitária, substancialmente já pacificada; [...] em lugar da política mundial deveria instaurar-se uma polícia mundial. Na minha opinião o mundo de hoje e a humanidade moderna estão muito longe da unidade política. A polícia é algo de apolítico. A política mundial é uma política muito intensiva, resultante de uma vontade de pan-intervencionismo; ela é somente um tipo particular de política e não certamente a mais atraente: ou seja, é a política da guerra civil mundial (*Weltbürgerkriegspolitik*)”.

matriz anglo-saxônica – *in primis* pelos Estados Unidos da América – acabaria por criar instituições internacionais normativamente incoerentes e politicamente ineficazes. A falência ou a impotência dessas instituições acabaria finalmente por legitimar o uso global da força em nome da civilização ou da humanidade contra os inimigos marcados a fogo como os novos bárbaros e os novos infiéis¹⁴. À luz de uma noção moralista e abstrata de ordem mundial, a guerra moderna teria se transformado, sob o impulso do imperialismo estadunidense, numa “guerra global” *legibus soluta*. Derrotados militarmente, os inimigos da humanidade seriam incriminados como bárbaros agressores e submetidos a punições exemplares, que sancionariam a sua indignidade moral e a exclusão do mundo civilizado, fora de qualquer tratado de paz ou procedimento de anistia, e sem alguma misericórdia humanitária. Numa palavra, “piratas” que merecem ser exterminados¹⁵.

2 – As instituições universais do século XX

O objetivo deste ensaio não é de proclamar sumária e retoricamente a falência do universalismo jurídico-institucional,

¹⁴ Escreve Schmitt: “[...] a discriminação do inimigo como criminoso e a contemporânea assunção em proveito próprio da *justa causa* andam *pari passo* com o fortalecimento dos meios de aniquilação e erradicação espacial do teatro de guerra. Abre-se assim o abismo de uma discriminação jurídica e moral igualmente destrutiva. [...] Na medida em que hoje a guerra é transformada em ação de polícia contra os perturbadores da paz, os criminosos e os elementos nocivos, deve também ser potencializada a justificação dos métodos deste *police bombing*. Dessa maneira, acaba-se por impulsionar a discriminação do adversário para dimensões abismais”. (*Der Nomos der Erde*, trad. it. cit, p. 430).

¹⁵ Cfr. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 30. Por uma interessante atualização do tema clássico da discriminação contra os ‘inimigos da humanidade’ ver: E. Di Rienzo, ‘*Bellum piraticum*’ e guerra al terrore, “Filosofia politica”, 19 (2005), 3, p. 459-70.

exibindo a evidência empírica do triunfo da violência militar na Segunda Guerra Mundial não menos que na primeira, e da continuação dos conflitos armados durante as décadas sucessivas à Segunda Guerra Mundial, apesar da instituição das Nações Unidas. Bastaria lembrar, entre os inúmeros outros casos, a agressão dos Estados Unidos contra o Vietnã e da União Soviética contra o Afeganistão, para considerar como confirmada uma tese desse tipo. Poder-se-iam também assumir como provas decisivas as “novas guerras” da última década do século passado e dos primeiros anos do terceiro milênio: da guerra do Golfo de 1991 às duas “guerras humanitárias” nos Balcãs, à represália estadunidense contra o Afeganistão depois do ataque de 11 de setembro de 2001, à “guerra preventiva” dos Estados Unidos e do Reino Unido contra o Iraque em 2003.

Porém argumentos decisivos no âmbito normativo e institucional não podem ser inferidos, na minha opinião, da simples constatação de que a violência bélica não parou durante todo o durante o século XX, ao contrário, explodiu com excepcional virulência no final do século, após a queda do império soviético. Se assim não fosse, seria até fácil demais compartilhar o pessimismo schmittiano e aplaudir a sua crítica do universalismo institucional de matriz anglo-saxônica, como uma diagnose aguda e clarividente. Que a violência e o derramamento de sangue continuem a estar no centro da história humana não pode, certamente, surpreender um observador realista das relações internacionais. Por outro lado, a própria crítica de Schmitt à impiedosa discriminação do belicismo estadunidense não pode ser ingenuamente acreditada a límpidas motivações pacifistas e antiimperialistas.

Hoje a “guerra preventiva”, teorizada e praticada pelos Estados Unidos e pelos seus mais próximos aliados ocidentais, parece uma prótese necessária ao desenvolvimento dos processos de globalização que dividem o mundo entre ricos e

poderosos de um lado e pobres e fracos do outro, enquanto o chamado *global terrorism* se tornou o contraponto igualmente sanguinário e niilista do conflito neocolonial entre o Ocidente e as outras civilizações, em particular a islâmica¹⁶. *Rebus sic stantibus* não é fácil imaginar uma reforma das instituições internacionais que as torne capazes de incidir sobre as estratégias hegemônicas das grandes potências – em particular dos Estados Unidos –, disciplinando e limitando o uso da força internacional. O recente fracasso da tentativa de reforma das Nações Unidas proposta por Kofi Annan e pelo seu *High-Level Panel* constitui a enésima confirmação disso¹⁷. A única função que as instituições internacionais hoje parecem ser capazes de desenvolver – e talvez seja por isso que elas continuam mantidas em vida – é de adaptação e de legitimação do poder dominante. Em face da concentração de poder, que assume sempre mais a forma de uma constituição neo-imperialista do mundo, as instituições internacionais mostram, uma vez mais, a própria incapacidade de entrar em conflito com os eixos de poder existentes, em lugar de servi-los. Como escreveu Alessandro Colombo, na condição histórica atual, na qual a distribuição do poder e da riqueza é a mais desigual possível, também os princípios fundamentais da sociedade internacional – a soberania dos Estados, a igualdade jurídica entre eles, a não ingerência na jurisdição interna, a regulação da guerra – tendem a cair nas mãos do mais forte¹⁸.

¹⁶ Permito-me remeter ao meu livro: *Globalização. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2005, em particular ao capítulo 7.

¹⁷ Ver o texto do documento *High-Level Panel* no site: Jura Gentium, Center for Philosophy of International Law and Global Politics, <<http://www.juragentium.unifi.it>>.

¹⁸ Cfr. A. Colombo, *La società anarchica tra continuità e crisi. La scuola inglese e le istituzioni internazionali*, "Rassegna Italiana di Sociologia", 44 (2003), 2, p. 237-55.

Deixando esse cenário turbulento e alarmante como pano de fundo, questionar-me-ei neste ensaio sobre um ponto central, permanecendo o mais possível no terreno normativo e institucional. Minha pergunta é se a qualificação da guerra de agressão como ilícito internacional e o recurso à jurisdição penal internacional para a repressão dos crimes contra a paz, e de outros graves crimes internacionais, tenham criado um ordenamento jurídico unitário e coerente; e ainda, se a criminalização da guerra produziu um sistema normativo orientado a submeter o uso da força ao respeito de regras gerais e de procedimentos preestabelecidos: um sistema potencialmente capaz, não digo de garantir uma paz estável e universal – utopia kantiana de escasso interesse político e teórico – pelo menos de limitar os efeitos mais destrutivos da violência bélica sobre as pessoas, os bens e o meio ambiente. Trata-se, em outras palavras, de verificar se as instituições multilaterais alcançaram os objetivos que, como muitos afirmavam nas primeiras décadas do século XX, tinham fracassado no quadro “anárquico” do sistema de Westefália e dos formalismos estéreis do *jus publicum europaeum*.

3 – A guerra de agressão como ilícito internacional

O *Covenant* da Sociedade das Nações não vetava o uso da força militar por parte dos Estados, como fará vinte e cinco anos depois a Carta das Nações Unidas. No momento de fundar a nova instituição, as potências vencedoras do primeiro conflito mundial – Reino Unido, França, Itália, Japão e Estados Unidos, estes últimos energeticamente representados pelo presidente Woodrow Wilson¹⁹ – tinham proposto como objetivo o de

¹⁹ Como se sabe, os Estados Unidos, que através de Wilson haviam patrocinado a Sociedade das Nações, não aderiram a ela pela oposição do Parlamento de Washington.

controlar o uso da força submetendo-o a procedimentos precisos. Os artigos 10-17 do *Covenant* previam uma “fase de reflexão” (*cooling off*) de três meses, após a qual era lícito, em certas condições, que um Estado recorresse às armas²⁰. Neste caso, a guerra era de fato reconhecida, se não propriamente como justa, como legalmente justificada, uma vez que, entre as condições previstas para a sua legitimidade, havia o deferimento preventivo da controvérsia ao Conselho da Sociedade ou à Corte Permanente de Justiça Internacional, ou a um tribunal de arbitragem.

As decisões desses órgãos deviam ser, obviamente, obtemperadas por todos os contendentes, mas não era prevista nenhuma sanção contra quem, comportando-se de maneira discordante, iniciasse uma guerra de agressão. A Assembléia e o Conselho da Sociedade – do qual as cinco potências fundadoras eram membros permanentes²¹ – tinham o poder de recomendar aos Estados membros a adoção de sanções contra o Estado agressor, e de indicar as medidas a serem tomadas para assistir o Estado vítima da agressão. Nenhum dos dois órgãos tinha, porém, o poder de enviar tropas ou promover uma reação militar coletiva²². Além disso, como se sabe, tanto a Assembléia como o Conselho decidiam por unanimidade, ressaltando o dever de abstenção dos Estados envolvidos na

²⁰ Cfr. o texto do *Covenant* no apêndice a F.S. Northedge, *The League of Nations: Its Life and Times 1920-1946*, New York, Holmes & Meier, 1986, p. 317-27.

²¹ Inicialmente os membros não permanentes eram quatro, mas chegaram até onze, de tal forma que, a partir de 1922, uma larga maioria do Conselho foi constituída por membros não permanentes. No seu máximo momento de expansão a Sociedade das Nações chegou a incluir cerca de sessenta Estados.

²² O art. 10 do *Covenant* afirma: “Os membros da Sociedade se comprometem a respeitar e defender contra uma agressão externa a integridade territorial e a independência política de todos os membros da Sociedade. Em caso de uma agressão, ou de qualquer ameaça ou perigo de agressão, a Sociedade expressará uma recomendação sobre os instrumentos através dos quais esta obrigação será cumprida”.

controvérsia em exame²³. Cada Estado dispunha, então, de poder de veto.

Obviamente o diretório dos “membros permanentes”, e nele especialmente a França e o Reino Unido, exerceu influência determinante sobre as decisões da Sociedade, que nunca conseguiu funcionar como um verdadeiro órgão coletivo, tanto no caso da Assembléia como do Conselho. Uma longa série de graves violações da ordem internacional e de verdadeiras guerras de agressão acabaram assim por serem legitimadas tacitamente: da ocupação italiana da ilha de Corfu à invasão japonesa da Manchúria e da China, às contínuas violações por parte da Alemanha do Tratado de Versalhes, que acabaram com a invasão da Polônia em 1939. Quanto às sanções tomadas contra a Itália pela agressão à Etiópia, membro da Sociedade, elas ficaram deliberadamente sem efeito²⁴. Finalmente, a expulsão da União Soviética em dezembro de 1939 pelo ataque à Finlândia não teve nenhuma consequência, porque havia começado a segunda guerra mundial e a Sociedade das Nações estava praticamente acabada.

A sociedade das Nações marcou um clamoroso insucesso da primeira tentativa de criar uma instituição universal sob a égide de um diretório de grandes potências, tendo no seu âmago o projeto de vetar a “guerra de agressão”, através da limitação (ainda que muito prudente) da soberania dos Estados nacionais. Fracassou o compromisso político e normativo, que já se tinha revelado impraticável um século antes com a experiência da Santa Aliança, entre o particularismo das soberanias nacionais e

²³ Na realidade, o art. 15, parágrafo 10, do *Covenant* da Sociedade das Nações introduzia uma segunda exceção à regra da unanimidade, no caso em que a controvérsia fosse transmitida à Assembléia pelo Conselho. Neste caso, era suficiente a maioria dos membros da Assembléia, contanto que tal maioria incluísse os representantes dos Estados membros permanentes do Conselho.

²⁴ Sobre o tema ver: Q. Wright, *The Test of Aggression in the Italo-Ethiopian War*, “The American Journal of International Law”, 30 (1936), 1, p. 45-56.

o universalismo de um projeto cosmopolita (wilsoniano) e a pretensão de garantir a paz mundial através do recurso à ação coletiva dos Estados com base meramente voluntária.

O princípio da igualdade formal dos Estados em função soberania de cada um era, ainda, tão forte que o *Covenant* genebrino não podia conter uma explícita proibição jurídica da guerra. Apesar disso, a idéia da condenação ética e jurídica da guerra de agressão penetrou no coração da Europa, graças à forte pressão da cultura internacionalista estadunidense. Por iniciativa de um grupo de intelectuais estadunidenses, guiados por James T. Shotwell, membro da delegação dos Estados Unidos à Conferencia de paz de Paris, o Conselho da Sociedade das Nações, na sua reunião de junho de 1924, assumiu como próprio protocolo oficial o chamado “projeto Shotwell”, intitulado *Outlawry of Aggressive War*. A tese central era a qualificação da “guerra de agressão” como crime internacional, qualificação acompanhada de uma especificação analítica dos *acts of aggression* e das sanções, essencialmente econômicas, previstas contra o Estado agressor²⁵. Era definido como agressor, sem nenhuma consideração da possível *justa causa* da guerra, o Estado que primeiro iniciasse uma ação militar hostil.

Como se sabe, o protocolo de Genebra de 1924 não foi aprovado, inclusive pela oposição do governo britânico, mas os fatores americanos de uma *outlawry of war* não desistiram e obtiveram, com o pacto de Paris – o chamado Pacto Briand-

²⁵ Os primeiros três artigos do projeto afirmavam: “Art. 1. The High Contracting parties solemnly declare that aggressive war is an international crime. They severally undertake not to be guilty of its commission. Art. 2. A State engaging in war for other than purposes of defence commits the international crime described in art.1. Art. 3. The Permanent Court of International Justice shall have jurisdiction on the complaint of any signatory, to make a judgement to the effect that the international crime described in art. 1 has or has not in any given case been committed”; cfr. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 354-5.

Kellog – a proibição absoluta da guerra como instrumento de política dos Estados. O pacto – essencialmente desejado pelos Estados Unidos – foi firmado em Paris em agosto de 1928 pelos delegados de 15 Estados, incluídas as grandes potências que tinham vencido a Segunda Guerra Mundial. Ele foi considerado, não somente por Carl Schmitt, o marco normativo de uma transformação irreversível do Direito internacional e de uma nova concepção da guerra, internacionalmente compartilhada. Não há dúvidas, por exemplo, que a experiência da jurisdição penal internacional, começando pelo processo de Nuremberg contra os criminosos nazistas, assumiu o pacto de Paris como decisiva premissa normativa²⁶. No preâmbulo, e nos dois artigos do pacto, os países signatários reconhecem o “dever solene” que a eles incumbe de “promover o bem estar da humanidade”; se comprometem a uma “franca renúncia à guerra como instrumento de política nacional”, condenam “[...] o recurso à guerra para solução das controvérsias internacionais” e reconhecem portanto que “a solução de todas as controvérsias que poderão surgir entre eles deverá ser procurada exclusivamente por meios pacíficos”²⁷. Naturalmente, poucos anos depois, a deflagração da Segunda Guerra Mundial encarregou-se de desmentir nos fatos tais bons propósitos e o conjunto dos problemas da paz e da guerra reapareceu em termos ainda mais dramáticos.

Quando a Segunda Guerra Mundial estava concluindo, com o seu cortejo de dezenas de milhões de vítimas – dentre elas milhões de judeus e centenas de milhares de ciganos exterminados pelos nazistas –, os representantes dos governos dos Estados Unidos, do Reino Unido, da União Soviética e da

²⁶ Sobre o tema ver: L. Gross, *The Criminality of Aggressive War*, “The American Political Science Review”, 41 (1947), 2, p. 208 e seg.

²⁷ O texto do Pacto pode ser lido in: E. Anchieri, *La diplomazia contemporanea*, Padova, Cedam, 1959, p. 45.

China se reuniram no verão de 1944 em Dumbarton Oaks, no distrito de Washington, para lançar as bases de uma nova organização internacional. Ressalvadas poucas exceções, o projeto elaborado em Dumbarton Oaks continha já todos os elementos essenciais daquela que seria depois a Carta das Nações Unidas. Na realidade, quando em abril de 1945 se reuniu em São Francisco a Conferencia das Nações Unidas para aprovar o estatuto da nova organização, os cinquenta Estados que tinham aceitado o convite de Roosevelt, Churchill e Stalin se defrontaram com uma alternativa clara: aceitar as linhas prefixadas pelas grandes potências em Dumbarton Oaks ou ficar fora do tratado²⁸. Com uma única exceção – o art. 51 sobre o direito de legítima defesa dos Estados –, qualquer tentativa de evitar que o funcionamento da nova organização dependesse da vontade inapelável das grandes potências foi feito fracassar. A vontade de poder dos Estados Unidos, do Reino Unido e dos União Soviética se sobrepôs à soberania de todos os outros Estados.

A totalidade dos poderes de decisão é concentrada no atual Conselho de Segurança das Nações Unidas que, a diferença do Conselho da Sociedade das Nações, não é um órgão meramente deliberativo. Um capítulo inteiro da Carta, o sétimo, dedica-se a especificar os poderes de organização e de direção militar que cabem a este órgão, quando for deliberada uma ação

²⁸ Cfr. B. Conforti, *Le Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 1994, p. 1-6; ver também: R.C. Hilderbrand, *Dumbarton Oaks: The Origins of the United Nations and the Search for Postwar Security*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1990; R.B. Russell, *A History of the United Nations Charter. The Role of the United States 1940-1945*, Washington (D.C.), The Brookings Institution, 1958. Merece ser mencionado o apêndice desta última, amplíssima reconstrução histórica e documental que contém, entre outros, o texto do “United States Tentative Proposals for a General International Organization” (p. 995-1006), o texto dos “Dumbarton Oaks Proposals for the Establishment of a General International Organization” (p. 1019-28) e uma eloqüente “Guide to Evolution of Charter Articles” (p. 1067-72).

coercitiva internacional²⁹. O Conselho de Segurança não decide por unanimidade, como no caso do Conselho da Sociedade das Nações, mas, como se sabe, por maioria qualificada, contanto que nenhum voto contrário seja expresso por um dos cinco membros permanentes, ou seja, por uma das cinco potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial. Finalmente, os membros do Conselho de Segurança, mesmo gozando de poderes de intervenção militar amplíssimos e discricionários, não são obrigados a se abster quando se trata de dirimir com a força as controvérsias nas quais eles próprios estão implicados, ao contrário do que previa o Pacto da Sociedade das Nações³⁰. Por conseguinte, os cinco membros do Conselho de Segurança podem, de fato, exercer os extensos poderes atribuídos a tal órgão, enquanto eles próprios, graças ao poder de veto, estão imunes da possibilidade de serem objeto desses poderes³¹.

²⁹ Ver, em particular, os artigos 42, 43, 45, 46 e 47. Como se sabe, uma boa parte das normas do capítulo VII da Carta, destinadas a disciplinar e a organizar o uso da força armada dependentes do Conselho de Segurança, não foram aplicadas. Em particular, não foi dado seguimento ao art. 47 que previa a instituição de um Comitê de Estado Maior militar, constituído pelos chefes de Estado Maior dos membros permanentes do Conselho de Segurança.

³⁰ Hans Morgenthau observou que a Santa Aliança era abertamente um governo internacional das grandes potências. A Sociedade das Nações era, ao contrário, um governo internacional das grandes potências temperado pelo Conselho e pelo consenso de todas as nações que faziam parte dela. Em princípio, graças à regra da unanimidade, elas podiam se opor às iniciativas das grandes potências. As Nações Unidas, ao contrário, são um governo internacional das grandes potências idêntico quanto ao perfil constitucional àquele da Santa Aliança, isto é, perfeitamente autocrático, que porém finge ser aberto e moderado como aquele da Sociedade das Nações. O Conselho de Segurança, na realidade, é a Santa Aliança do vigésimo século e os seus cinco membros permanentes são uma Santa Aliança dentro da Santa Aliança (cfr. H. Morgenthau, *Politics Among Nations*, New York, Knopf, 1960, p. 480).

³¹ Como se sabe, as duas superpotências violaram repetidamente os princípios do preâmbulo da Carta das Nações Unidas, tutelando-se em sede de Conselho de Segurança, e tutelando os próprios aliados, com a utilização

A estrutura das Nações Unidas foi modelada segundo a idéia de que uma paz estável e universal seria assegurada pelas grandes potências com o uso da força militar contra qualquer possível "Estado agressor". A paz, havia declarado Winston Churchill no seu discurso na Câmara dos Comuns de 24 maio de 1944, seria garantida pelo "poder militar esmagador" da nova "organização mundial"³². A guerra de agressão é juridicamente proscria já no preâmbulo da Carta: a guerra é chamada de "flagelo" (*scourge*), do qual as Nações Unidas pretendem libertar a humanidade para sempre. O uso da força por parte dos Estados é explicitamente vetado no art. 2, parágrafo 4, enquanto o art. 39 autoriza o Conselho de Segurança a tomar medidas, inclusive com o uso da força, contra um Estado que, com um ato de agressão, viole ou ameace violar a paz internacional.

Para tais fins, o art. 43 da Carta previa a instituição de um exército permanente à disposição do Conselho de Segurança. Tratava-se, pelo menos em teoria, de uma polícia internacional graças à qual as grandes potências desenvolveriam o papel de "senhores da paz": o seu poder de intervenção militar não era submetido a nenhum limite jurídico e a soberania de todos os outros Estados era drasticamente limitada. Tampouco estavam previstos instrumentos de sanção no caso em que a violação da paz com atos de agressão fosse perpetrada, não por uma potência média ou pequena, mas por uma das grandes potências

sistemática do direito de veto. Ambas se engajaram em longos conflitos armados: os Estados Unidos em Vietnã, a União Soviética em Afeganistão; ou conduziram operações militares próprias, tais como as intervenções em Guatemala (1954), Líbano (1958), Cuba (1961), Santo Domingo (1965), Grenada (1983), Líbia (1986) e Panamá (1989) por parte dos Estados Unidos e as ações militares da União Soviética na Europa oriental em 1956 e 1968. Somente em um caso os Estados Unidos foram condenados pela Corte Internacional de Justiça, para o apoio às milícias *contras* em Nicarágua, mas o governo estadunidense, usando o poder de veto neutralizou a decisão da Corte.

³² Citado por Kelsen in: *Peace through Law*, cit., p. 67.

vencedoras do conflito mundial. Nesse caso, além do possível recurso ao poder de veto por parte do transgressor, o exército permanente à disposição do Conselho de Segurança deveria, por assim dizer, combater contra si próprio ou dividir-se em facções opostas, uma em guerra contra as outras. Na realidade, o poder de veto e a ausência da obrigação de se abster em caso de envolvimento em controvérsias que exigissem o uso da força impediam que um eventual conflito interno do diretório dos membros permanentes pudesse ser regulado coercivamente contra a vontade deles.

Reside aqui, com muita probabilidade, neste emaranhado funcional, a premissa daquela que muitos observadores consideram a distorção mais grave da estrutura normativa das Nações Unidas que aconteceu durante os primeiros sessenta anos de vida. Trata-se da caída em desuso de uma parte das disposições do capítulo VII da Carta, em particular dos artigos 43 e 47, que previam a constituição de um contingente militar subordinado ao Conselho de Segurança, e de um Comitê de Estado Maior composto pelos chefes de Estado dos membros permanentes. Em lugar disso, vingou a praxe por parte do Conselho de Segurança de delegar em cada caso o uso da força às grandes potências, “empreitando” a elas o poder de recorrer “legitimamente” à guerra, inclusive nas suas formas mais agressivas e devastadoras: justamente aquela guerra que as Nações Unidas pretendiam derrotar para sempre.

Luigi Condorelli afirmou ironicamente que o Conselho de Segurança limitou-se, nestas décadas, a distribuir *letters of marque* ou “cartas de corso”, isto é, cheques em branco oferecidos às grandes potências que estiverem interessadas a (ou exigissem imperiosamente) conduzir operações militares de *peace enforcing*³³. A patente de legalidade internacional que em cada

³³ Cfr. L. Condorelli, citado na edição inglês do meu livro: *Cosmopolis. Prospects for World Government*, Cambridge, Polity Press, 1997, p. 174.

caso foi concedida transformou simplesmente, por assim dizer, os piratas em corsários, em *privateers*. Foi o que aconteceu, de forma paradigmática, como afirmou Richard Falk³⁴, na guerra do Golfo de 1991, e que se repetiu na Somália, em Ruanda, no Haiti, na guerra de Bósnia-Herzegovina (1991-1995) e, ainda que *a posteriori*, na guerra do Kosovo (1999). Em todos esses casos, o Conselho de Segurança abdicou da sua função primária – o controle direto e a limitação do uso da força internacional – e se prontificou a autorizar o uso da força ou a legitimar *ex post* a conduta bélica das grandes potências, incluindo a utilização de armas de destruição em massa quase-nucleares e o extermínio de civis inocentes.

Devemos acrescentar que falta na Carta das Nações Unidas uma definição da noção de “guerra de agressão”, o que, pelo menos em termos teóricos, faz do Conselho de Segurança o árbitro inquestionável do uso ou não da força contra os Estados agressores que violem, o ameacem de violar, a paz mundial. Nem o art. 51, que autoriza um Estado agredido por outro a resistir com a força na espera da intervenção do Conselho de Segurança, faz menção a uma definição de “guerra de agressão”. Pela leitura do referido artigo se pode deduzir somente que deve se tratar de um “ataque armado” e não de uma simples ameaça de ataque, o que deveria, pelo menos, excluir a idéia – hoje fortemente defendida pelos Estados Unidos e Israel – da legitimidade de uma *preventive* (o *pre-emptive*) *self-defense*³⁵. Na realidade, a ausência de uma noção precisa de “guerra de agressão”, como prova a extensa literatura interpretativa do art. 51 e as inúmeras

³⁴ Cfr. R.A. Falk, *Reflections on the Gulf War Experience: Force and War in the United Nations System*, “Juridisk Tidskrift”, 3 (1991), 1, p. 122, trad. it. *La forza e la guerra nel sistema delle Nazioni Unite*, “Democrazia e diritto”, 32 (1992), 1, p. 312.

³⁵ Ver: R. A. Falk, *Why International Law Matters*, na rubrica *Guerra, diritto e ordine globale*, no site: Jura Gentium. Center for Philosophy of International Law and Global Politics, <<http://www.juragentium.unifi.it>>.

controvérsias teóricas e práticas que suscitaram, fez deste artigo o instrumento preferido das grandes potências para justificar as suas guerras, em nome de uma noção de legítima defesa sempre mais ampla³⁶.

A Assembléia Geral das Nações Unidas tentou, tardiamente, remediar essa lacuna normativa, promulgando, em dezembro de 1974, a resolução 3314 (XXIX), que continha uma definição elaborada de "agressão". No preâmbulo, a agressão é qualificada como "a mais grave e perigosa forma de uso ilegal da força"³⁷ e no art. 1 é lapidarmente definida como "o uso da força armada por parte de um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de um outro Estado"³⁸. O art. 3 contém uma ampla

³⁶ Cfr. A. Cassese, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 305-7. O princípio normativo segundo o qual o "agressor" deve ser implicitamente considerado qualquer Estado que use primeiro a força contra um outro Estado – princípio que pode ser indiretamente inferido da Carta das Nações Unidas – não prevê a notável quantidade de casos em que se verifica uma agressão indireta, como por exemplo o apoio político, econômico e militar emprestado a forças internas de um outro Estado para ameaçar a sua integridade territorial ou independência política. Cfr. A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 151. Deixa de lado também os casos em que não é um Estado, mas, por exemplo, uma organização criminosa internacional, eventualmente terrorista, a ameaçar a integridade ou independência de um Estado. Além disso, deixa sem solução o delicadíssimo problema da tempestividade da resposta por parte do Estado agredido quando o ataque militar – em ato ou em fase terminal de preparação – é de tipo missilístico, com mísseis de longo alcance, com ou sem bombas nucleares.

³⁷ "The most serious and dangerous form of the illegal use of force". O texto inglês da Resolução pode ser consultado na rubrica *Guerra, diritto e ordine globale* do site: Jura Gentium, <<http://www.juragentium.unifi.it>>.

³⁸ O texto original inglês do artigo 1 recita: "Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this Definition".

especificação analítica das modalidades possíveis de agressão³⁹. O art. 2, todavia, tinha preventivamente jogado água no fogo, porque a agressão não pode coincidir com o comportamento do Estado que use primeiro a força militar contra um outro Estado. O Conselho de Segurança, considerando as circunstâncias e a eventual pouca gravidade das conseqüências do ataque, pode decidir que, na realidade, o Estado que utilizou primeiramente a força não é imputável de crime de agressão⁴⁰.

³⁹ O artigo 3 da resolução prescreve: "Por 'agressão' deve entender-se, com ou sem declaração de guerra, qualquer um dos seguintes atos: 1. a invasão ou o ataque do território de um Estado por parte das forças armadas de um outro Estado, ou uma ocupação militar, mesmo que temporária, como resultado de tal invasão ou ataque, ou uma anexação, por meio da força, do território ou de uma parte do território de um outro Estado; 2. o bombardeio, por parte das forças armadas de um Estado, do território de um outro Estado, ou a utilização de qualquer arma por parte de um Estado contra o território de um outro Estado; 3. o bloqueio dos portos e das costas de um Estado por parte das forças armadas de um outro; 4. o ataque por parte das forças armadas de um Estado contra as forças armadas terrestres, navais ou aéreas, ou contra a marinha e a aviação civil de um outro Estado; 5. a utilização das forças armadas de um Estado presentes no território de um outro Estado com a anuência do Estado hóspede, em violação das condições previstas no acordo ou um prolongamento da sua presença sobre o território em questão, após o vencimento do acordo; 6. o fato de que um Estado consinta que o seu território que colocou a disposição de um outro Estado, seja utilizado por este último para perpetrar um ato de agressão contra um Estado terceiro; 7. o envio, por parte de um Estado ou em seu nome de grupos armados, forças irregulares ou mercenários que dediquem-se a atos de força armada contra um outro Estado de tal gravidade que possam ser comparados com os atos acima enumerados, ou o fato de envolver-se de maneira substancial numa tal ação.

⁴⁰ O artigo 2 esclarece que "The first use of armed force by a State in contravention of the Charter shall constitute prima facie evidence of an act of aggression although the Security Council may, in conformity with the Charter, conclude that a determination that an act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstances, including the fact that the acts concerned or their consequences are not of sufficient gravity".

Ademais, tal definição, além de não ser vinculante, enquanto emanada pela Assembléia Geral e não pelo Conselho de Segurança, é intencionalmente incompleta⁴¹. O mesmo art. 4 da resolução declara que a definição proposta não é exaustiva e que o Conselho de Segurança pode, ao seu critério, completá-la com outras hipóteses de condutas bélicas ilícitas que integram o crime de agressão⁴². Ademais – lacuna particularmente grave – a resolução não prevê nenhuma sanção contra os responsáveis pelo crime de agressão. O art. 5 limita-se a enunciar duas obviedades, ou seja, que “[...] a guerra de agressão é um crime contra a paz internacional” e que ela está sujeita à “responsabilidade internacional”⁴³.

Segundo Antonio Cassese, nestes como em outros casos, é manifesta a tendência das grandes potências a evitar que as noções de “ato de agressão” e de “guerra de agressão” fossem definidas com rigor e pudessem tornar obrigatórias a disposição do art. 2, parágrafo 4, da Carta das Nações Unidas, que proíbe o uso da força por parte dos Estados. Essa tendência, acrescenta Cassese, se afirmou porque as grandes potências

[...] pretendem conservar, no caso aplicação concreta daquela disposição, uma ampla margem de liberdade de ação tanto individual como coletiva, através do Conselho de Segurança das Nações Unidas. A definição de “agressão” ficou suspensa num estado de “inércia”, tanto no que se refere à sua qualificação como ilícito do Estado,

⁴¹ Cfr. A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 148-9.

⁴² O artigo 4 recita: “The acts enumerated above are not exhaustive and the Security Council may determine that other acts constitute aggression under the provisions of the Charter”.

⁴³ O art. 5 declara que: “A war of aggression is a crime against international peace. Aggression gives rise to international responsibility”

quanto como crime internacional de um indivíduo⁴⁴.

Giorgio Gaja chama a atenção para a existência de um “paradoxo evidente”: enquanto a proibição do uso da força é considerado um princípio fundamental do Direito internacional e a violação deste princípio é vista como um dos exemplos mais graves de “crime internacional”, praticamente nunca acontece que um Estado solicite sanções contra um outro Estado ou contra os seus cidadãos acusando-os de crime de agressão⁴⁵.

4 – A guerra de agressão como crime penal internacional

Desde a paz de Westefália até fim da Segunda Guerra Mundial, as instituições internacionais nunca aplicaram a repressão penal às condutas individuais. Além disso, a partir dos pais fundadores do Direito internacional moderno – de Hugo Grócio a Alberico Gentili, e deste a Baltasar Ayala – a doutrina internacionalista excluiu os indivíduos como sujeitos do Direito internacional, junto com ou em substituição dos Estados. As Cortes internacionais de justiça nunca tiveram a titularidade de uma jurisdição obrigatória e sempre desenvolveram funções substancialmente marginais. Para garantir a ordem mundial, as grandes potências utilizavam a força político-militar, os tratados, a diplomacia, mas não os instrumentos judiciais. Foi o que aconteceu, por exemplo, com a Santa Aliança, a Sociedade das Nações e as Nações Unidas.

Somente nas primeiras décadas do século XX, apareceu na cultura ocidental a idéia de experimentar a função judiciária

⁴⁴ Cfr. A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 148.

⁴⁵ Cfr. J. Gaja, *The Long Journey towards Repressing Aggression*, in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 427-8.

também no âmbito internacional. O exórdio e o ensaio geral desta virada doutrinária radical – fortemente enfatizada por Carl Schmitt – é a incriminação, no final da Primeira Guerra Mundial, do Kaiser Guilherme II de Hohenzollern como criminoso de guerra. O tratado de Versalhes, no seu artigo 227, colocava sob julgamento o velho imperador, considerando-o responsável, segundo a fórmula proposta por Wilson, de “[...] ultraje supremo contra a moralidade internacional e a santidade dos tratados”⁴⁶. A acusação, com o seu linguajar enfático e não jurídico, não fazia referência à noção tradicional de “crime de guerra”, relativo a uma violação do chamado *jus in bello*. Tal violação poderia ter sido cometida pelos beligerantes com condutas lesivas às normas do “direito de guerra”, tais como o ordenamento da guerra terrestre, ou marítima ou dos direitos dos prisioneiros.

Ao contrário, as potências aliadas, vencedoras do conflito mundial, pretendiam criminalizar e sancionar a guerra como tal, como um ato ou uma série de atos de agressão, e consideravam que também os indivíduos, nominalmente identificados, deveriam ser julgados como responsáveis pelo crime cometido⁴⁷. Com efeito, o artigo 227 pedia que o Kaiser fosse processado, junto com outros altos expoentes políticos e militares alemães, perante uma corte internacional composta por cinco juízes, cada um pertencente a uma das cinco potências vencedoras (Reino Unido, França, Itália, Japão e Estados Unidos). Outros artigos do Tratado impunham à Alemanha a obrigação – não prevista por nenhuma norma de Direito internacional dos tratados ou consuetudinário – de entregar cerca de novecentas personalidades, indicadas em listas apropriadas, acusadas de

⁴⁶ “Supreme offence against international morality and the sanctity of treaties”. Como se sabe, esta fórmula foi proposta pelo Presidente Wilson não obstante a oposição do seu Secretário de Estado, Robert Lansing, que era contrário à incriminação do Kaiser e à instituição de um Tribunal internacional.

⁴⁷ Cfr. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 336-350.

violação das leis e dos costumes de guerra, para que fossem também processadas⁴⁸.

Como se sabe, o processo ao Kaiser Guilherme II e aos seus colaboradores nunca foi realizado. A Holanda, onde o Kaiser havia se refugiado, não concedeu a extradição, invocando com razão a inexistência, no Direito internacional da época, de normas que permitissem a incriminação de um chefe de Estado pessoalmente responsável de ilícito internacional. Segundo o ordenamento internacional vigente, o único sujeito de direito era o Estado e somente o Estado podia ser eventualmente imputado de ilícito internacional e submetido a sanções – de caráter econômico, financeiro, territorial, militar etc., – que não tinham nada a que ver com o direito penal. Por sua parte, o governo alemão se recusou a entregar as novecentas personalidades indicadas e se declarou disponível a processá-las diante da Corte Suprema do Reich de Leipzig, o que aconteceu com o consenso das potências vencedoras. O processo teve somente seis acusados e concluiu com quatro condenações leves. Apesar desse resultado exíguo, esse acontecimento teve uma consequência normativa relevante: foi criado um precedente que tornou obsoleto o artigo 3 da IV Convenção da Haia de 1907, o qual determinava que somente os Estados – não os indivíduos – poderiam ser chamados a responder por violações do direito de guerra⁴⁹.

O início efetivo da jurisdição penal internacional coincide com a instituição, respectivamente em 1945 e 1946, dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio. A criação das duas cortes

⁴⁸ Sobre o tema permito-me remeter o leitor ao meu livro: *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine mondiale*, Torino, Einaudi, 2000, p. 128-34.

⁴⁹ Ver: S. Lener, *Dal mancato giudizio del Kaiser al processo di Norimberga*, "Civiltà Cattolica", 97 (1946), 1; A.-M. de Zayas, *Il processo di Nuremberg davanti al Tribunale militare internazionale*, in A. Demandt (a cura di), *Macht und Recht. Große Prozesse in der Geschichte*, Oscar Beck, München 1990, trad. it. *Processare il nemico*, Torino, Einaudi, 1996.

penais tinha sido antecipada, no plano teórico, pelo ensaio de Hans Kelsen, *Peace through Law*, de 1944. Kelsen tinha concebido uma estratégia institucional para o alcance da paz, copiando de Kant – das famosas páginas de *Zum ewigen Frieden* – o ideal da paz perpétua e o modelo federalista, assim como a idéia de atribuir subjetividade de Direito internacional também aos indivíduos e não somente aos Estados⁵⁰. Ele considerava que, na situação do segundo pós-guerra, o seu projeto de uma “Liga permanente para a manutenção da paz” poderia ter boas possibilidades de ser aceito pelas grandes potências vencedoras do conflito. O projeto introduzia no velho modelo da Sociedade das Nações uma novidade importante: atribuía um papel central às funções judiciárias em relação às normativas e executivas.

Segundo ele, a razão principal do fracasso da Sociedade das Nações residia no fato de que, no topo dos seus poderes, havia sido colocado um Conselho, ou seja, um governo político mundial em lugar de uma Corte de justiça. Na perspectiva do normativismo kelseniano, este tinha sido um grave “erro de construção” porque a lacuna principal do ordenamento internacional era justamente a ausência de uma autoridade judiciária, neutral e imparcial. A paz seria assegurada somente por uma Corte de justiça que dirimisse as controvérsias internacionais aplicando objetivamente o Direito internacional, sem qualquer condicionamento político⁵¹. Um segundo ponto interessava a Kelsen, conforme a perspectiva da concepção kantiana do Direito internacional como “direito cosmopolita” (*Weltbürgerrecht*): era necessário estabelecer a responsabilidade penal individual dos que, tendo desenvolvido uma atividade de

⁵⁰ Cfr. H. Kelsen, *Peace through Law*, cit., p. 13-5.

⁵¹ Kelsen não esconde que a maior dificuldade reside na exigência de criar uma força de polícia internacional, diversa e independente das forças armadas dos Estados, para aplicar coercitivamente as sentenças da Corte; ver: H. Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1948, p. 145-68.

governo ou dirigido operações militares, tivessem violado o Direito internacional. A Corte deveria processar os cidadãos responsáveis pelos crimes de guerra e os Estados deveriam colocá-los a sua disposição⁵².

Este internacionalismo judiciário, embora de forma muito diferente daquelas concebidas por Kelsen, inspirou as quatro potências vencedoras da guerra – Estados Unidos, Reino Unido, União Soviética e França – a instituir o Tribunal internacional militar de Nuremberg. O acordo foi assinado em Londres no dia 8 de agosto de 1945, exatamente dois dias depois do bombardeio atômico de Hiroshima e dois antes do bombardeio atômico de Nagasaki. Pela primeira vez na história da humanidade, a guerra de agressão era concebida não genericamente como um ilícito internacional, mas como um verdadeiro “crime internacional” pelo qual deveriam ser considerados penalmente responsáveis os indivíduos⁵³. O artigo 6(a) do Estatuto do Tribunal definia de modo explícito os *crimes against peace*, submetendo-os à jurisdição da corte junto com os “crimes de guerra” e os “crimes contra a humanidade”. Eles consistiam na

[...] planificação, preparação, início ou desencadeamento de uma guerra de agressão, o de uma guerra que violasse os tratados, acordos e salvaguardas internacionais, ou seja, a participação num plano comum ou num acordo criminoso com

⁵² Cfr. H. Kelsen, *Peace through Law*, cit., p. 87-8 e p. 71 e seg.

⁵³ Sobre a distinção entre “delito” (ou “ilícito”) internacional e “crime” internacional ver: “Projeto de artigos sobre a responsabilidade internacional dos Estados”, aprovado pela Comissão de direito internacional na sua 48ª sessão (6 maio-26 julho 1996). A distinção falta de referências empíricas (art. 19). Cfr. <http://www.lex.unict.it/anno_accademico/internacional/2000/pubblico/responsabilita.htm>.

finalidade de praticar qualquer um dos atos acima citados⁵⁴.

Robert Jackson, Procurador geral dos Estados Unidos junto ao Tribunal de Nuremberg, declarou no seu discurso de abertura do processo que:

Qualquer recurso à guerra – qualquer tipo de guerra – é um recurso a meios que são, por sua própria natureza, criminosos. A guerra comporta inevitavelmente uma série de assassinatos, agressões, privações de liberdade e destruição de propriedades. Uma guerra genuinamente defensiva, naturalmente, é lícita e isenta os combatentes da responsabilidade de praticar um ato criminoso. Mas atos por si só criminosos não podem ser legitimados provando que aqueles que os cometiam estavam combatendo uma guerra, quando a própria guerra é ilegal. Conseqüência jurídica mínima dos tratados que proíbem a guerra de agressão é a de privar quem incita à guerra, ou quem combate, de qualquer justificação que o direito poderia a eles atribuir. Contra quem desencadeou uma guerra são aplicáveis os princípios geralmente aceitos pelo direito penal⁵⁵.

⁵⁴ “Planning, preparation, initiation, or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements, or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing”, cfr. A. Roberts, R. Guelff (a cura di), *Documents on the Laws of War*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 177.

⁵⁵ H. Kelsen, no seu ensaio *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, “The International Law Quarterly”, 1 (1947), 2, p. 153-171, cita esta passagem e a submete a uma crítica formalista, que contradiz a sua teoria geral da primazia do direito internacional sobre o direito interno (ivi, p. 156).

Numa das passagens da sentença conclusiva do processo, a guerra de agressão é declarada “essencialmente um mal” e qualificada como “crime internacional supremo”:

[...] a guerra é essencialmente um mal. As suas conseqüências não limitam-se a atingir somente os Estados beligerantes, mas estendem-se negativamente ao mundo inteiro. Iniciar uma guerra de agressão, portanto, não é somente um crime internacional: é o *crime internacional supremo*, diverso dos outros crimes de guerra pelo fato de concentrar em si mesmo todos os males da guerra⁵⁶.

No texto da sentença de Nuremberg e nas intenções dos juízes do Tribunal, a “guerra de agressão”, como caso principal da categoria dos “crimes contra a paz”, aparece claramente conceituada, ainda que enunciada em termos muito gerais e sem uma especificação dos elementos subjetivos da conduta criminal⁵⁷. A guerra de agressão, ou seja, uma guerra que não é meramente defensiva, é considerada não somente um crime internacional, mas, como vimos, “o crime internacional

⁵⁶ Cfr. The Avalon Project of the Yale Law School: *Judgment of the International Military Tribunal*, <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judcont.htm>>. (os itálicos são meus). Sobre o tema ver: M. Mandel, *How America Gets Away with Murder: Illegal Wars, Collateral Damage and Crimes Against Humanity*, London, Pluto Press, 2004, trad. it. Torino, Ega ed., 2005, p. 14-22.

⁵⁷ Giorgio Gaja (*op. cit.*, p. 435), chama a atenção pelo fato de que a especificação dos elementos subjetivos está ausente também na Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1974: “the General Assembly resolution fails to give any indication of essential elements of the crime such as which individuals are criminally liable and what sort of mental element is required for the same purpose”; sobre o tema dos elementos subjetivos de crime de agressão e da distinção entre “dolo direto” e “dolo específico” cfr. A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 154-6.

supremo”, enquanto concentra em si mesma todas as conseqüências negativas da guerra. Penalmente responsáveis por este “crime supremo” são todos os que incitam à guerra e todos os que a decidem ou combatem, considerados pessoalmente responsáveis por assassinados, agressões, limitações de liberdade e destruição de propriedades. Quem combate conscientemente numa guerra ilegal não pode invocar imunidade jurídica, nem motivação discriminante: é simplesmente um criminoso a ser submetido à sanção penal.

Estamos portanto diante de uma noção *toto coelo* oposta àquela da “guerra européia” colocada “em forma” pelo *jus publicum europaeum*: uma guerra como direito soberano dos Estados e como relação conflitual entre Estados regulada e limitada pelo direito e, por isso mesmo, legal. Essa nova noção, graças à resolução de 11 de dezembro de 1946 da Assembléia Geral das Nações Unidas, que assumiu os princípios do estatuto e da sentença do Tribunal de Nuremberg, deve ser considerada, para todos os efeitos, um princípio do Direito internacional geral. É um princípio cogente *erga omnes* como qualquer outro princípio que, em 1950, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas extraiu do estatuto e da sentença do Tribunal⁵⁸. Entre tais princípios, como se sabe,

⁵⁸ Para ler o texto dos: *Principi di diritto internazionale riconosciuti nello Statuto e nella sentenza del Tribunale di Norimberga*, ver: E. Greppi, G. Venturini (orgs), *Codice di diritto internazionale umanitario*, Torino, Giappichelli, 2003. Sobre o tema ver também: P. C. Jessup, *The Crime of Aggression and the Future of International Law*, “Political Science Quarterly”, 62 (1947), 1. Um outro documento internacional pertinente, embora desprovido de eficácia jurídica vinculante, é o Projeto de código sobre os crimes contra a paz e a segurança do gênero humano (*Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind*), adotado em 1996 pela Comissão de Direito internacional das Nações Unidas. A definição de “agressão” como crime internacional, contida neste documento, é considerada desapontadora por Antonio Cassese, por causa da sua circularidade lógica (cfr. A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 149).

encontra-se a responsabilidade individual pelas violações do Direito internacional, a ineficácia do argumento de ter agido em cumprimento a ordens superiores, os conceitos de *crimes against peace*, *war crimes* e *crimes against humanity*.

5 – As Cortes penais internacionais e o “sistema” da justiça internacional

Durante décadas os princípios do Tribunal de Nuremberg permaneceram sem aplicação. A única tentativa de assumir o processo de Nuremberg como um precedente judiciário internacional foi feita em agosto de 1949 pela Etiópia, que pediu à Itália a extradição dos marechais Pietro Badoglio e Rodolfo Graziani como criminosos de guerra. A Etiópia pretendia submetê-los a julgamento por um Tribunal internacional, formado, na sua maioria, por juízes não etíopes, que deveria observar os princípios e os procedimentos previstos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Obviamente, o pedido não teve êxito⁵⁹.

Como se sabe, os dois tribunais internacionais foram submetidos a críticas muito severas: entre as mais conhecidas estão as expressas por Hannah Arendt, Bert Röling, Hedley Bull e Hans Kelsen⁶⁰. De todas, a mais severa e universalmente

⁵⁹ Cfr. C. Miglioli, *La sanzione nel diritto internazionale*, Milano, Giuffré, 1951, p. 69.

⁶⁰ Cfr. H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, New York, The Viking Press, 1963, trad. it. *La banalità del male*, Milano, Feltrinelli, 1964, p. 263. Bert Röling afirmou que os processos internacionais do pós-guerra foram utilizados pelos vencedores para fins propagandísticos e para esconder os crimes cometidos por eles mesmos; cfr. B.V.A. Röling, *The Nuremberg and the Tokyo Trials in Retrospect*, in C. Bassiouni, U. P. Nanda (a cura di), *A Treatise on International Criminal Law*, Springfield, Charles C. Thomas, 1973. De sua parte, Hedley Bull (*The Anarchical Society*, London, Macmillan, 1977, p. 89) afirmou que a função simbólica dos processos foi

aceita, é a formulada por Kelsen. A punição dos criminosos de guerra – não somente nazistas – deveria ser um ato de justiça e não a prossecução das hostilidades em formas aparentemente judiciárias que, na realidade, eram inspiradas por um desejo de vingança. Para Kelsen, era incompatível com a função judiciária o fato de que somente os Estados derrotados fossem obrigados a submeter os próprios cidadãos à jurisdição de uma corte penal internacional. Também os Estados vencedores teriam de aceitar que seus próprios cidadãos, responsáveis por crimes de guerra, fossem processados por uma corte internacional; que, por sua vez, deveria ser uma verdadeira corte independente, imparcial e com uma jurisdição ampla e não um tribunal de ocupação militar com uma competência fortemente seletiva. E não havia dúvidas para Kelsen que também as potências aliadas tivessem violado o Direito internacional⁶¹. Por isso, Kelsen defendeu com força, num famoso ensaio, que o Tribunal de Nuremberg não deveria ser considerado um precedente judiciário, não era um modelo a ser seguido⁶².

Não obstante estas críticas, após quase meio século da experiência dos tribunais de Nuremberg e Tóquio, a jurisdição penal internacional foi retomada na forma dos tribunais penais internacionais *ad hoc*: o tribunal da Haia para a ex-Iugoslávia

ofuscada pelo caráter seletivo das sentenças pronunciadas. Ver também: R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Liguori, 1974.

⁶¹ Cfr. H. Kelsen, *Peace through Law*, cit., p. 110-15. Kelsen julgava que a União Soviética, invadindo a Polônia e declarando guerra ao Japão, tivesse cometido crimes de guerra puníveis por um Tribunal internacional.

⁶² Cfr. H. Kelsen, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, cit., p. 115: "Se os princípios aplicados no juízo de Nuremberg constituíssem um precedente, então, ao final da próxima guerra, os governos dos Estados vitoriosos julgariam os membros dos Estados derrotados por ter cometido delitos definidos como tais unilateralmente e com força retroativa pelos vencedores. Esperamos, portanto, que isto não aconteça". Sobre o tema Kelsen retorna in: *Principles of International Law*, New York, Holt, Rinehart & Winston, p. 215-20.

(1993) e o Tribunal de Arusha para Ruanda (1994). Esses tribunais foram instituídos pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, com uma decisão controvertida⁶³. Mas – e aqui temos um tema de grande importância – os Estatutos desses tribunais, que se inspiram no precedente de Nuremberg e nos seus princípios, entregaram aos procuradores e aos juizes uma competência limitada ao crimes de *jus in bello*, ou seja, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crime de genocídio. Enquanto, como vimos, o Tribunal de Nuremberg tinha incluído entre as suas competências, antes de tudo, os “crime contra a paz” e tinha qualificado a guerra de agressão como “o crime internacional supremo”, ao ponto de justificar a condenação a morte dos seus responsáveis, este tipo não consta nos estatutos do Tribunal da Haia e de Arusha⁶⁴ e não consta também no estatuto Corte penal internacional (*International Criminal Court*, cuja sede está igualmente em Haia).

Ademais, no que diz respeito aos crimes de guerra e contra a humanidade, as Convenções de Genebra de 1949 criaram um sistema repressivo particularmente aguerrido e ambicioso: cada Estado signatário das convenções era obrigado a procurar, prender e processar as pessoas acusadas de graves violações do Direito internacional, ou entregá-las a um outro

⁶³ Ver, de novo, o meu livro: *Chi dice umanità*, cit., p. 136-9.

⁶⁴ O Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia dedica quatro artigos (artt. 2-5) à especificação da competência da Corte. O Estatuto do Tribunal internacional para Ruanda dedica a este tema três artigos (artt.2-4). Quanto ao tribunal de Arusha, cuja atividade se revelou substancialmente irrelevante no âmbito do processo de transição para a vida civil, ver: D. Shraga, R. Zacklin, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, 'European Journal for International Law', 7 (1996), 4, p. 501-18; G. Cataldi, *Il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e la questione del Ruanda*, in P. Picone (a cura di), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1995, p. 445-61; I. Bottigliero, *Il rapporto della commissione di esperti sul Ruanda e l'istituzione di un tribunale internazionale penale*, 'La comunità internazionale', 4 (1994), 4, p. 760-8.

Estado que reclamava a sua extradição, na base do princípio *aut judicare aut dedere*. Além disso, as Convenções de Genebra introduziram um instituto fortemente inovador: o da “jurisdição universal”, que consente a qualquer Estado signatário “[...] de processar um sujeito independentemente da sua nacionalidade, da nacionalidade da vítima e do lugar onde foi cometido o crimine.⁶⁵ Finalmente, com a Convenção sobre a *Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity* da Assembléia Geral das Nações Unidas, que entrou em vigor em novembro de 1970, os crimes de guerra e contra a humanidade foram declarados imprescritíveis⁶⁶. Nada disso havia sido previsto para o crime de agressão⁶⁷.

Dessa maneira foi se firmando, de fato, um sistema dualista de justiça penal internacional, um duplo binário: ao lado de uma “justiça feita sob medida” para as grandes potências do planeta e para as suas lideranças, se coloca uma justiça para os derrotados e oprimidos. Aconteceu, em particular, que crimes internacionais de *jus in bello*, geralmente menos graves do que o crime de agressão armada, fossem perseguidos com empenho e, em alguns casos, punidos com grande severidade, especialmente pelo Tribunal da Haia para a ex- Iugoslávia, enquanto “o crime internacional supremo” – a guerra de agressão –, normalmente cometido por autoridades

⁶⁵ Este instituto teve poucas, mas relevantes aplicações, como a incriminação do general chileno Augusto Pinochet por parte da Justiça espanhola e do líder israelense Ariel Sharon por parte da Justiça belga.

⁶⁶ Cfr. A Convenção sobre: “*Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*” da Assembléia Geral das Nações Unidas, entrou em vigor no dia 11 de novembro de 1970.

⁶⁷ Giorgio Gaja (*op. cit.*, p. 429) evidencia novamente o paradoxo pelo qual: “while repression was partially provided for crimes against humanity through the adoption of the 1948 Genocide Convention and for war crimes under the 1949 Geneva Conventions, no parallel initiative was taken with regard to crimes against peace”.

políticas e militares das grandes potências, fosse ignorado e os seus responsáveis permanecessem impunes no topo da pirâmide do poder internacional. A respeito disso, Antonio Cassese sublinhou que,

[...] de 1946 até hoje, nunca foi celebrado um processo, em nível nacional ou internacional, para supostos crimes de agressão, apesar dos numerosos e indiscutíveis casos de agressão por parte dos Estados e do reconhecimento do próprio Conselho de Segurança da existência de um ato de agressão da parte de um Estado⁶⁸.

Esta patologia normativa e judiciária, geralmente subestimada pela doutrina internacionalista, apresenta três aspectos principais.

O primeiro se refere aos novos Tribunais penais *ad hoc*. O comportamento do Tribunal da Haia – em particular da sua Procuradoria geral – durante a guerra do Kosovo, conduzida pela OTAN, em março de 1999, contra a República Federal da Iugoslávia, oferece um exemplificação eloqüente.

O ataque da OTAN, decidido sem a autorização do Conselho de Segurança e sem nenhuma referência ao Direito internacional, foi considerado pelos mais importantes internacionalistas ocidentais como gravemente lesivo à Carta das Nações Unidas⁶⁹. Além disso, a intervenção militar foi condenada pelas grandes potências como a Federação Russa, a Índia e a China, pouco dispostas a dar crédito às motivações

⁶⁸ Cfr. A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 149-50; Cassese relembra que o Conselho de Segurança qualificou como “atos de agressão” algumas ações militares de Israel contra objetivos da Organização para a Libertação da Palestina (OLP) e alguns ataques da África do Sul contra Angola.

⁶⁹ Entre eles, Michael Glennão, Bruno Simma e Antonio Cassese. Remeto de novo para o meu livro: *Chi dice umanità*, cit., p. 80-95.

“humanitárias” aduzidas pelos agressores. Enquanto o Conselho de Segurança não entendeu declarar e sancionar a ilegalidade do ataque militar, – que de qualquer maneira seria inevitavelmente vetado pelos Estados Unidos, pelo Reino Unido e talvez também pela França – o Tribunal para a ex-Iugoslávia, graças a sua natureza “especial” e à competência seletiva, colocou no mesmo plano jurídico os agressores (as autoridades políticas e militares da OTAN) e os agredidos (os cidadãos da República Iugoslava).

Para entender a gravidade desta conduta deve-se ter presente, pelo menos, duas circunstâncias. A primeira consiste no fato de que o Tribunal da Haia foi promovido, equipado, assistido e amplamente financiado pelos Estados Unidos. A segunda que, a partir dos últimos anos da guerra da Bósnia, se estabeleceu uma estreita colaboração judiciária entre a Procuradoria geral do Tribunal e as forças da OTAN presentes na ex-Iugoslávia. Os militares do contingente Ifor e Sfor da OTAN tinham desenvolvido funções de polícia judiciária, e ações de investigação, procurando as pessoas incriminadas e procedendo *manu militari* à sua prisão por conta do Tribunal. Em março de 1999, após a agressão da OTAN à República Iugoslava, não somente a colaboração do Tribunal com a OTAN (e os Estados Unidos) não foi interrompida, mas a Procuradoria do Tribunal decidiu improvisadamente de incriminar o presidente Slobodan Milosevic e outros expoentes do governo Iugoslavo, enquanto ainda continuavam com grande violência os bombardeios da OTAN.

Mas tem algo mais grave. A Procuradoria geral do Tribunal, presidida por Carla Del Ponte, não somente ignorou, invocando a sua “especial” natureza, que as máximas autoridades políticas e militares da OTAN deveriam ser consideradas responsáveis pelo crime de “guerra de agressão”, mas ignorou igualmente as violações do Direito internacional de

guerra cometidas pelos militares da OTAN durante os 78 dias de bombardeios ininterruptos. Mísseis, *cluster bombs* e projéteis de urânio empobrecido foram utilizados para atingir, intencionalmente ou como “efeitos colaterais” totalmente previsíveis, fábricas, hospitais, prisões, embaixadas e sedes de televisões. Sobre tais violações o Tribunal da Haia tinha plena competência jurisdicional e tinha, portanto, o dever de submeter a investigação e eventualmente incriminar os responsáveis⁷⁰. Mas quando à Procuradoria do Tribunal foram apresentadas três denúncias formais – por parte de uma delegação de parlamentares russos, do governo de Belgrado e de um grupo de importantes juristas canadenses, guiados por Michael Mandel – a Procuradoria do Tribunal, na pessoa da Procuradora geral Carla del Ponte, decidiu *tout court* arquivá-las como manifestamente infundadas, não hesitando a colocar a justiça internacional ao serviço das potências das quais o Tribunal dependia política e financeiramente.

Antonio Cassese falou, a propósito desse infeliz acontecimento, da permanência de uma “síndrome de Nuremberg”, ou seja, da tendência da jurisdição penal internacional de perpetuar o modelo da “justiça dos vencedores”⁷¹. Sem dúvida é um paradoxo inquietante⁷² o fato de que os derrotados ex-presidentes da República Iugoslava e do Iraque tenham estado na prisão, submetidos a processo por parte de tribunais especiais apoiados pelos Estados Unidos e pelos seus mais estreitos aliados, enquanto os chefes de Estado e de

⁷⁰ Sobre esses temas ver o meu livro: *Chi dice umanità*, cit., p. 139-46.

⁷¹ Cfr. A. Cassese, *Il processo a Saddam e i nobili fini della giustizia*, in “la Repubblica”, 19 de outubro de 2005, p. 23; “quando se colocou o problema de verificar se os militares da OTAN tinham cometido crimes de guerra em Sérvia em 1999, a Procuradora de Haia [Carla del Ponte] preferiu evitar a abertura de investigações”.

⁷² Sobre o tema ver: M. Mandel, *How America Gets Away with Murder*, trad. it. cit., p. 15-6.

governo das maiores potências ocidentais que conduziram vitoriosamente guerras de agressão, manchando-se com o assassinato de milhares de pessoas inocentes – trinta mil somente no Iraque – e de outros crimes previstos pelos códigos penais de todos os países do mundo e punidos nos Estados Unidos com a pena de morte, até o momento não sofreram as conseqüências⁷³.

Um exemplo análogo do “sistema dualista” da justiça internacional que sanciona os crimes de *jus in bello* – os crimes de guerra e contra a humanidade e o genocídio – e ignora o crime da “guerra de agressão”, é o Estatuto da Corte penal internacional, aprovado em Roma em julho de 1998 (a Corte começou a funcionar em março de 2003⁷⁴). Esse Estatuto, a diferença dos Estatutos dos tribunais *ad hoc*, inclui no seu art. 5 o crime de agressão no elenco das graves tipologias criminosas – *the most serious crimes of concern to the international community* – sobre as quais a corte possui uma jurisdição. Todavia, o mesmo artigo, no segundo parágrafo, estabelece que a Corte

[...] exercerá a jurisdição sobre o crime de agressão somente após a adoção de uma norma que, no

⁷³ O Exército dos Estados Unidos, por exemplo, utilizou no Iraque o napalm e o fósforo branco durante o ataque a Fallujah em novembro de 2004, que provocou milhares de vítimas civis. O fósforo branco foi utilizado indiscriminadamente sobre bairros da cidade, na ausência de qualquer cobertura jornalística, expressamente proibida pelos comandos estadunidenses. É o que aparece num serviço televisivo de investigação produzido por “Rainews 24”, *Fallujah. La strage nascosta*, realizado pelo jornalista Sigfrido Ranucci, no qual, através dos testemunhos de ex-militares norte-americanos, aparecem documentos filmados do bombardeio de fósforo e dos seus efeitos não somente sobre os resistentes iraquianos, mas também sobre civis, mulheres e crianças.

⁷⁴ Ver: *Statuto di Roma della Corte penale internazionale*, “Rivista di studi politici internazionali”, 66 (1999), 1, p. 25-95. Sobre o tema ver: G. Vassalli, *Statuto di Roma. Note sull’istituzione di una Corte Penale Internazionale*, ivi, p. 9-24. Para uma ampla informação e documentação, ver o site Internet das Nações Unidas: <www.un.org/law/icc/>.

respeito dos artigos 121 e 123, defina o crime de agressão e indique as condições em presença das quais a Corte poderá exercer a própria jurisdição sobre tal crime⁷⁵.

Em suma, o Estatuto nega que a Corte possa exercer a própria jurisdição sobre o crime de agressão até que a assembléia dos Estados que ratificaram o Estatuto não adote uma norma que, emendando o mesmo Estatuto, defina o crime de agressão; o que não poderá acontecer senão após, pelo menos, sete anos da entrada em vigor do Estatuto⁷⁶. É evidente que esta formulação ambígua foi adotada para encobrir a insuperável discordância quanto à noção de “crime de agressão” que existia entre os Estados durante as negociações para aprovar o Estatuto de Roma⁷⁷. Por um lado, numerosos Estados árabes e africanos se orientavam para adotar a definição contida na Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas de 1974, eventualmente precisando-a e ampliando-a; por outro lado, havia países, como os Estados Unidos, que não consideravam a Resolução como base normativa para a definição do crime penal de agressão. Outros países, como a Alemanha, insistiam na exigência de chegar a formulações jurídicas tecnicamente mais rigorosas, sobretudo no caso das garantias penais⁷⁸.

Porém, a discordância mais grave referia-se a outro ponto, ou seja, à relação entre os poderes da Corte e os do Conselho de Segurança. Os Estados Unidos, contra a vontade

⁷⁵ “Art. 5. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression once a provision is adopted in accordance with articles 121 and 123 defining the crime and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime”; cfr. A. Roberts, R. Guelff (a cura di), *Documents on the Laws of War*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 673.

⁷⁶ Tal postergação é prevista pelo art. 121 do Estatuto de Roma.

⁷⁷ Cfr. G. Gaja, *op. cit.*, p. 430-2.

⁷⁸ Cfr. A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 150.

da maioria dos Estados que participavam das negociações, pretendiam subordinar a atividade da Procuradoria da Corte, no que se refere ao tema de crime de agressão, às decisões do Conselho de Segurança. Em outras palavras, a Corte não poderia desenvolver investigações sobre a responsabilidade dos indivíduos nos casos de crime de agressão sem o consenso do Conselho de Segurança, isto é, sem que este declarasse, com uma resolução, a existência da agressão. Isso subordinaria as iniciativas da Procuradoria da Corte ao *Washington consensus* que, graças a uma tradição sem exceções, não seria concedido nos casos em que fossem envolvidos cidadãos estadunidenses⁷⁹.

Como se sabe, esta posição corresponde à tentativa feita pelos Estados Unidos de limitar os poderes e a autonomia da Corte. Esta tentativa, que produziu a contaminação “constitucional” entre as funções executivas e judiciárias introduzidas pelo art. 16 do Estatuto, que atribui ao Conselho de Segurança o poder de suspender (e até de impedir, dado que o pedido pode ser reiterado ao infinito), a seu critério, por um ano, uma iniciativa da Procuradoria da Corte se considerada não oportuna por uma resolução fundamentada sobre as normas do capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Este capítulo se refere às iniciativas que o Conselho de Segurança pode tomar para reagir pacificamente, ou com o uso da força, a violações da paz e a atos de agressão⁸⁰. Não satisfeitos de ter

⁷⁹ Atribuo à expressão *Washington consensus* um sentido não diverso, mas mais amplo, em relação ao uso corrente do termo na literatura econômico-financeira internacional, como por exemplo em J.E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, New York, W.W. Norton & Company, 2002, trad. it. Torino, Einaudi, 2002, *passim*.

⁸⁰ Cfr. o texto do art. 16. “No investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this Statute for a period of 12 months after the Security Council, in a resolution adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations, has requested the court to that effect; that request may be renewed by the Council under the same conditions”.

obtidos tais resultados, os Estados Unidos não ratificaram o Estatuto da Corte e continuaram a operar com êxito para dificultar as suas atividades, em particular explorando em proveito próprio os artigos 16 e 98 do Estatuto⁸¹.

O resultado final, como afirmou Giorgio Gaja, é que a qualificação da guerra de agressão como crime internacional, presente no art. 5 do Estatuto de Roma, é destinada a permanecer sem qualquer relevância prática até que a Corte penal internacional não receba a competência jurisdicional na matéria. Segundo uma concepção realista do Direito internacional, um comportamento para o qual não estão previstos instrumentos de repressão não pode ser considerado uma conduta criminosa⁸². Na opinião de Gaja, muito provavelmente, também no futuro a Corte penal internacional continuará, no que se refere ao tema da guerra de agressão, desprovida de poder jurisdicional autônomo com respeito às resoluções do Conselho de Segurança⁸³.

Finalmente, devemos considerar um terceiro aspecto do “sistema dualista” da justiça penal internacional que se refere à relação entre o crime de agressão e a ocupação de um território como consequência de tal agressão. Segundo a doutrina internacionalista dominante, que aplica *sine glossa* a disciplina da “ocupação militar” introduzida pela IV Convenção de Genebra de 1949, a ocupação de um território é um caso típico do Direito internacional que prescinde do caráter legal ou criminal do uso da força que levou à ocupação do território. Essa doutrina remete ao chamado ‘princípio da efetividade’. Com base nesse princípio, o Direito internacional não pode desconhecer que a força – não a

⁸¹ O art. 98 permite a um Estado não entregar à Corte o cidadão de um outro Estado (que se encontre no território do primeiro Estado e que a Corte pretenda submeter a processo) se entre os dois Estados existe um tratado que proíbe tal extradição.

⁸² Cfr. G. Gaja, *op. cit.*, p. 431-2.

⁸³ Cfr. G. Gaja, *op. cit.*, p. 440-1.

legalidade – é a sua fonte principal de legitimação, não existindo uma autoridade supranacional capaz de fazer valer coercitivamente a dimensão normativa do direito⁸⁴. Ao ordenamento jurídico internacional seria portanto reservada, especialmente em relação ao direito bélico, uma função de formalização jurídica – e portanto de legitimação – do estado de fato, isto é, das diretrizes internacionais impostas algumas vezes mediante a força pelas potências vencedoras. Deste ponto de vista, é óbvio que uma potência que invadiu um território com a força das armas, mantendo-o firme sob o seu próprio controle, exerce legitimamente os direitos que a IV Convenção de Genebra concede aos vencedores em relação aos vencidos.

Outros autores, dentre eles Benedetto Conforti⁸⁵, defenderam, em conformidade com a chamada “doutrina Stimson” e com uma série de pronunciamentos da Assembleia Geral das Nações Unidas⁸⁶, que o princípio de efetividade é corretamente invocado somente se se trata de reconhecer juridicamente um mero estado de fato, como, por exemplo, a ocupação de um território que não pertence a ninguém ou não é reivindicado por ninguém, que é *res nullius* internacional. Neste caso, o estado de fato pode ser reconhecido sem que a força prevaleça sobre a legalidade. Porém, afirma Conforti, a máxima

⁸⁴ Cfr. A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 34-5.

⁸⁵ Cfr. B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1997, p. 199-202. Sobre o tema ver também: L. Oppenheim, L. Lauterpacht, *International Law*, I, London, Longmans, Green & Co, 1948, p. 142-3.

⁸⁶ A chamada “doutrina Stimson”, do nome do Secretário de Estado dos Estados Unidos H. L. Stimson, que a formulou em 1932, propunha o desconhecimento da expansão territorial fruto de violência ou de graves violações do Direito internacional. Sobre o tema do desconhecimento das aquisições territoriais providas do uso ilegal da força, a Assembleia Geral das Nações Unidas se pronunciou várias vezes. Sobre o tema ver: B. B. Ferencz, *Defining Aggression: Where it Stands and Where it's Going*, “American Journal of International Law”, 66 (1972) 3, p. 502.

ex facto oritur jus não deveria ser acriticamente estendida – apesar de que a práxis internacional hoje se oriente nessa direção – aos casos em que a ocupação de um território aconteceu em violação do art. 2 da Carta das Nações Unidas que proíbe o uso da força, ou em violação do princípio da autodeterminação dos povos⁸⁷. Trata-se de casos, como por exemplo o da ocupação de territórios árabes por parte do Estado de Israel em 1967, ou de casos como o da Namíbia, ex colônia alemã passada à África do Sul após a primeira guerra mundial a título de mandato da Sociedade das Nações, e, posteriormente, ilegalmente anexada pelo governo de Pretória após a Segunda Guerra Mundial.

Os casos mais freqüentes e atuais de ocupação territorial são os do primeiro tipo: é suficiente pensar na ocupação militar sofrida por países como o Kosovo, o Afeganistão, o Iraque e sobretudo a Palestina. Os ocupantes são grandes potências ocidentais, ou alianças militares, como a OTAN, hegemônicas pelas grandes potências ocidentais, ou potências regionais apoiadas pelas grandes potências ocidentais, como é o caso de Israel. Em todos esses casos, a ocupação militar foi consequência de uma guerra de agressão – o caso do Iraque é o mais clamoroso – e no entanto esta circunstância não tem nenhuma relevância na definição das relações jurídicas entre as autoridades de ocupação e as populações dos territórios ocupados. Esta incongruência normativa depende de circunstâncias históricas que deixaram uma marca tão profunda quanto juridicamente insustentável. Com relação ao regime dos territórios ocupados, a IV Convenção genebrina é o resultado de um equilíbrio difícil entre as expectativas dos países que durante a Segunda Guerra Mundial foram objeto de ocupação militar, e que portanto percebiam o problema do ponto de vista das vítimas, e do outro lado, os países que nunca sofreram ocupação – os Estados Unidos, *in primis* –, e que eram potências de ocupação no momento da

⁸⁷ Cfr. B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 200-201.

conclusão da guerra. Esses países estavam empenhados em defender os interesses dos ocupantes em detrimento das populações sob ocupação.

A III parte da IV Convenção de Genebra, dedicada à proteção dos civis em tempo de guerra, contém uma longa série de artigos – do 47 ao 78 — que ditam normas não somente relativas aos deveres da potência ocupante, mas também, e sobretudo, aos seus direitos. O art. 64, por exemplo, estabelece que as leis penais em vigor no território ocupado podem ser abrogadas e suspensas se as autoridades ocupantes as considerarem perigosas para a sua segurança. Ademais, os ocupantes têm o direito de emanar novas normas penais para assegurar “[...] o governo ordenado dos territórios ocupados, e garantir a segurança da Potência Ocupante, do pessoal e dos bens das forças de ocupação ou da sua administração, assim como das instalações e das linhas de comunicação por ela utilizadas”⁸⁸.

Outros artigos estabelecem que os ocupantes podem instituir Cortes penais próprias para processar os ocupados,

⁸⁸ O artigo 64 assim recita: “The penal laws of the occupied territory shall remain in force, with the exception that they may be repealed or suspended by the Occupying Power in cases where they constitute a threat to its security or an obstacle to the application of the present Convention. Subject to the latter consideration and to the necessity for ensuring the effective administration of justice, the tribunals of the occupied territory shall continue to function in respect of all offences covered by the said laws. The Occupying Power may, however, subject the population of the occupied territory to provisions which are essential to enable the Occupying Power to fulfil its obligations under the present Convention, to maintain the orderly government of the territory, and to ensure the security of the Occupying Power, of the members and property of the occupying forces or administration, and likewise of the establishments and lines of communication used by them”; o texto em inglês da Quarta Convenção de Genebra pode ser consultado no *site Jura Gentium*, cit., no link *Guerra, diritto e ordine globale*.

infligir penas de detenção e, no caso de crimes como espionagem, sabotagem de instalações militares do ocupante, homicídio intencional, podem infligir a pena capital, se tal pena era já prevista pela legislação local.

Nos encontramos diante de um processo jurídico graças ao qual, por um tipo de mágica transubstanciação normativa, o sucesso da agressão armada, e da ocupação militar do território dos agredidos, produz um perdão automático do “crime supremo” cometido pelos agressores e torna legítimos os seus resultados. Trata-se de uma incoerência jurídica que o apelo ao “princípio de efetividade” não deveria minimamente sanar ou atenuar, a menos que se adote a máxima, inspirada num realismo político radical, segundo a qual *ex iniuria oritur jus*. Mas esta máxima coincide com a negação do caráter normativo do ordenamento internacional: é simplesmente a negação da sua natureza jurídica. Se se rejeita esta máxima, como geralmente fazem os povos vítimas das ocupações militares, então se torna legítimo afirmar que a agressão armada que produziu a ocupação é um crime que torna ilegal também a ocupação. Portanto, todos os comportamentos e os atos cometidos pelos agressores durante a ocupação do território deveriam ser considerados ilegais.

Criminoso não deveria ser considerado somente o assassinato intencional de civis, mas também o assassinato voluntário ou involuntário de qualquer pessoa, com ou sem farda, e a destruição das infra-estruturas e dos recursos civis do país ocupado. E ilícitos deveriam ser considerados obviamente todos os atos coercitivos – inclusive a internação, a sanção carcerária e a condenação à pena de morte – aplicados pelos agressores aos ocupados, tanto mais se resistem à ocupação por parte do inimigo. E nenhum “direito de legítima defesa” deveria ser reconhecido aos soldados das milícias de ocupação, pela simples razão de que um agressor não tem nenhum direito de

legítima defesa: quem ocupa deveria ter somente a obrigação de retirar-se, restituir a liberdade à população agredida e o ressarcimento pelas destruições e pelos assassinatos praticados⁸⁹. A resistência armada contra as forças de ocupação – penso nos casos do Afeganistão, Iraque e Palestina – deveria ser considerada lícita inclusive quando conduzida por tropas irregulares⁹⁰.

6 – Conclusão

A análise conduzida sobre o duplo registro do processo de criminalização da guerra – político-militar das Nações Unidas e jurisdicional das Cortes penais internacionais – mostrou como o ordenamento internacional, hoje, não é capaz de impor às grandes potências do planeta o respeito às regras e aos procedimentos que tornem a guerra menos destrutiva e sanguinária. A proscrição jurídica da guerra não deu lugar a um sistema normativo unitário, coerente e exaustivo, capaz de atingir, ainda que de maneira imperfeita e tendencial, o objetivo declarado: aquela pacificação do mundo que o sistema westfaliano não havia conseguido garantir.

O disciplinamento jurídico do fenômeno da guerra que se afirmou durante o século XX mostra lacunas normativas e incongruências deontológicas graves que o tornam funcionalmente não idôneo a disciplinar e conter, ainda que em mínima parte, o uso da força internacional. Quando se trata de

⁸⁹ Cfr. M. Mandel, *How America Gets Away with Murder*, trad. it. cit., p. 19-20.

⁹⁰ Mandel critica Anistia Internacional e *Human Rights Watch* porque, quando foi lançado o ataque contra o Iraque, estas organizações enviaram admonições peremptórias a todos os beligerantes chamando-os ao dever de respeitar o direito internacional de guerra, mas “[...] ninguém disse uma palavra sobre a ilegalidade da guerra em si e sobre a gravíssima responsabilidade criminal dos chefes de Estado que a tinham desencadeado”. (M. Mandel, *How America Gets Away with Murder*, trad. it. cit., p. 17, 19).

prevenção e repressão do uso ilegal da força, o Direito internacional vigente é um sistema jurídico “evanescente” – conforme a expressão utilizada por Hersh Lauterpacht –, não idôneo a exercer funções normativas e regulativas efetivas. O *jus contra bellum* não se revelou mais eficaz que o *jus belli*.

Como vimos, o insucesso se deve, antes de tudo, à extrema dificuldade de formular uma definição “jurídica” e não diretamente política e ideológica das noções de “agressão” e de “guerra de agressão”. Em segundo lugar, no âmbito da justiça penal internacional, foi realizada uma discriminação normativa sistemática entre o “crime supremo” da guerra de agressão e os crimes de *jus in bello*, perseguidos pelos Tribunais *ad hoc* em nome da “justiça dos vencedores”. Por outro lado, a própria relutância das grandes potências a subscrever uma definição rigorosa da noção de “guerra de agressão” – e a prontidão e o sucesso das grandes potências em eludir qualquer limitação da própria soberania militar – é um sintoma da substancial veleidade do projeto institucional das Nações Unidas, que é, ao mesmo tempo, centralista, hierárquico e cosmopolita. A mensagem de inspiração kantiana e kelseniana, *world peace through world law*⁹¹, que anuncia a possibilidade de garantir a paz global utilizando os instrumentos jurídicos e institucionais universais e “desespacializados” colocados a disposição das grandes potências, revela o seu caráter abstrato e idealista, além da sua ambigüidade política, o que constitui o aspecto de maior gravidade. Trata-se daquilo que foi chamado, no rastro do realismo político de Hans Morgenthau, o “modelo cosmopolita da Santa Aliança”⁹².

Além de tudo isso, existem sérias dúvidas quanto à eficácia da justiça penal internacional – dirigida contra os

⁹¹ Trata-se do título do famoso volume: G. Clark, L.B. Sohn, *World Peace through World Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1960.

⁹² Sobre o tema permito-me remeter ao meu livro: *Cosmopolis. La prospettiva del governo mundial*, Milano, Feltrinelli, 2002, em particular ao primeiro capítulo.

vencidos ou, numa hipótese meramente escolástica, contra os vencedores – como instrumento de prevenção da guerra e, portanto, de pacificação do mundo. Em realidade, nada garante que uma atividade judiciária que emita sanções, inclusive as mais severamente retributivas e exemplares – o Tribunal da Haia chegou a condenar os imputados a 45 anos de prisão⁹³ e a prisão perpétua, – incida sobre as dimensões macroestruturais da guerra, ou seja, que possa ter efeito sobre as razões profundas da agressividade humana, do conflito e da violência armada. Ao elogio da justiça penal internacional talvez se poderia contrapor, como defende Hedley Bull, o elogio da diplomacia, sobretudo se preventiva⁹⁴.

Nas mãos das grandes potências o apelo ao Conselho de Segurança e ao Direito internacional de guerra assume uma função de legitimação *ex post* dos resultados de guerras de agressão que aquelas decidiram unilateralmente, num ato de violação aberta da Carta das Nações Unidas e do Direito internacional geral. As Nações Unidas, suas pletóricas burocracias, o cortejo de juristas acadêmicos e um número sempre crescente de supostas organizações não-governamentais, na realidade a serviço dos próprios governos e das próprias conveniências, se inclinam diante dos vencedores. Enquanto isso, a guerra moderna transformou-se numa guerra

⁹³ Em março de 2000 o Tribunal de Haia condenou a 45 anos de prisão o general croata-bosníaco Tihomir Blaskic. Em Zagabria milhares de croatas protestaram diante da Embaixada dos Estados Unidos, país evidentemente considerado politicamente responsável pela atividade repressiva do Tribunal (cfr. *Protest in Zagreb*, 'International Herald Tribune', 7 de março de 2000, p. 7).

⁹⁴ Cfr. H. Bull. *The Anarchical Society*, cit., p. 162-183, que reivindica com força a importância da diplomacia na manutenção da ordem mundial. A atividade judiciária desenvolvida como contraponto penal do embate militar pode produzir um fortalecimento simbólico dos sentimentos de hostilidade e introduzir formalidades rígidas que operam em sentido contrário às tradicionais funções de mediação desenvolvidas pela diplomacia protocolar e não protocolar.

global “humanitária” e “preventiva”, na qual as grandes potências do planeta – sobretudo os Estados Unidos – utilizam meios de destruição de massa sempre mais letais, sofisticados e incontrolláveis, prestes a invadir também os espaços extraterrestres. E fazem isso em nome de uma “guerra justa” contra os novos inimigos da humanidade, contra os “novos canibais”: as organizações do *global terrorism*, que opõem o próprio niilismo sangüinário ao niilismo do abuso e do extraordinário poderio militar. A profecia apocalíptica de Carl Schmitt – o advento de uma “guerra civil global” –, para além das suas motivações controvertidas, parece encontrar confirmações dramáticas. E se confirma assim a máxima de Radhabinod B. Pal, o juiz indiano do Tribunal de Tóquio, freqüentemente em polemica com a maioria da Corte: “somente a guerra perdida é um crime internacional”.

War as a crime

ABSTRACT. In the 20th century, with the birth of two universal institutions: The Society of Nations and the United Nations, one tried to eliminate the “scourge of war”. The war was then regarded as a crime and the ones responsible for violations of international norms were subject to penalty. The present work shows the failure of this attempt from the theoretical and practical point of view.

Keywords: Crimes of War. Carl Schmitt. Fair war. War of aggression.

7 – Referências

CARPENTER, Allegra Carroll. The International Criminal Court and the crime of aggression. *Nordic journal of international law*, v. 64, afl. 2, p. 223-242, 1995.

DINSTEIN, Y. The Distinction between War Crimes and Crimes against Peace. *International Yearbook of Human Rights*, n. 24, 1994.

FERENCZ, Benjamin B. Defining Aggression: Where it Stands and Where it's Going. *American Journal of International Law*, Washington, v. 66, n. 3, 1972.

_____. A Proposed Definition of Aggression: By Compromise and Consensus. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 22, n. 3, 1973.

_____. The Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind. *American Journal of International Law*, Washington, v. 75, n. 3, 1981.

FERENCZ, Benjamin B. Getting Aggressive about Preventing Aggression. *Brown Journal of World Affairs*, 6, (1999) 87.

HOGAN-DORAN J., VAN GIMKEL, B. T. Aggression as a Crime under International Law and the Prosecution of Individuals by the Proposed International Criminal Court. *Netherlands International Law Review*, v. 43, n. 3, 1996.

JESSUP, P. C. The Crime of Aggression and the Future of International Law. *Political Science Quarterly*, 62 (1947), 1.

MINEAR, Richard H. *Victors' Justice: The Tokyo War Crimes Trial*. Princeton: Princeton University Press, 1971.

TRIFFTERER, Otto (Org.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Baden Baden: Nomos, 1999.

RÖLING, Bert; Rüter, C. (Org.). *The Tokyo Judgment*. Amsterdam, University Press, 1977.

STONE, Julius. *Aggression and World Order*. A critique of United Nations theories of aggression. London: Stevens and Sons, 1958.

WRIGHT, Q. The Concept of Aggression in International Law. *American Journal of International Law*, Washington, v. 29, 1935.

_____. The Law of the Nuremberg Trial. *American Journal of International Law*, Washington, v. 41, 1947.

_____. The Prevention of Aggression. *American Journal of International Law*, Washington, v. 50, n. 3, 1956.