

## INTRODUÇÃO

Quando se vêem povos civilizados recusar-se, quer a conduzir os prisioneiros à morte, quer a saquear cidades e campos, é porque a inteligência tem um lugar muito mais importante na sua forma de conduzir a guerra, e que ela lhes ensinou a utilizar a força de um modo mais eficaz do que através da manifestação brutal do instinto<sup>1</sup>.

Que tipo de inteligência seria capaz de impor limites à condução da guerra? A citação de Clausewitz encontra-se no capítulo de sua obra dedicado à natureza da guerra a qual, na concepção clausewitziana, consiste em um ato de violência. Os limitadores da guerra, no entanto, estariam fora da essência da mesma, seriam-lhe pré-existentes, fruto da relação social entre os Estados, com capacidade para modelar, limitar e dar forma à guerra<sup>2</sup>.

A fim de investigar sobre a capacidade das relações entre os Estados imporem limites à guerra, este trabalho de pesquisa teve como foco o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA)<sup>3</sup> e sua aplicação, por parte dos Estados Unidos, durante a Primeira Guerra do Golfo. Tendo em vista a diversidade de temas que são abrangidos pelo DICA, a pesquisa se ateve somente à observação do princípio da proporcionalidade, quando do emprego do poder aéreo. A análise de tal princípio se fundamentou na Quarta Convenção de Haia de 1907 e seu Regulamento, na Convenção de Haia de 1923 referente à guerra aérea e nas Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais de 1977.

Por que uma pesquisa que aborde o Direito Internacional dos Conflitos Armados? Qual a sua relevância para o meio acadêmico? Antes de mais nada é interessante que se verifiquem alguns aspectos legais que têm implicações para o emprego do poder militar brasileiro. O Decreto Legislativo do Senado Federal de 27 de novembro de 2003 criou a Comissão Nacional para difusão e implementação do Direito Internacional Humanitário no Brasil. A Comissão é composta por representantes dos seguintes órgãos: Ministério das Relações Exteriores, que a presidirá; Ministério da Justiça; Ministério da Defesa; Ministério

---

<sup>1</sup> CLAUSEWITZ, 2003, pp. 9,10.

<sup>2</sup> Ibid pp. 8,9.

<sup>3</sup> O Direito Internacional Humanitário tem sido chamado no meio militar brasileiro por Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), o que se aproxima mais da abordagem norte americana (Law of Armed Conflict) que será objeto de investigação desta pesquisa.

da Saúde; Ministério da Educação; Ministério da Cultura; Casa Civil da Presidência da República; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; e como convidados, Senado Federal e Câmara dos Deputados.

O projeto de Lei do Senado Federal de nº 281, de 13 de julho de 2003, busca regular a obrigação do ensino do Direito Internacional Humanitário nas escolas militares do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. O autor do projeto, Senador Efraim Moraes, destaca que:

[...] deixar ao talante dessas burocracias (Exército, Marinha e Aeronáutica) a instituição da disciplina do Direito Internacional Humanitário não tem garantido seu ministério obrigatório e continuado, o que afronta as obrigações pactuadas pelo Brasil frente à Comunidade internacional e faz com que o País incorra em responsabilidade internacional.<sup>4</sup>

O Brasil também é signatário do Estatuto de Roma, que estabeleceu a criação do Tribunal Penal Internacional. Este tribunal visa julgar, ainda que obedecendo ao princípio da complementariedade, os acusados de crime de guerra e genocídio, entre outros. A expressão “complementar” ressalta que o tribunal localizado em Haia, atuará somente nas situações em que o país onde ocorreu o crime, ou onde se encontra o acusado, recusar-se a julgar ou entregar o infrator. Crimes de guerra são compreendidos como as transgressões graves às Convenções de Genebra de 1949 e a seus Protocolos Adicionais. A esse respeito cabe ressaltar que há projetos na Câmara dos Deputados para a atualização da legislação brasileira a essa nova realidade, trata-se do Projeto de Lei 301/2007 de autoria do Deputado Federal Rosinha (PT-PR) e do 4038/2008 a ele apensado.

A presente pesquisa, ao abordar o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), possibilitou que houvesse, na área de estudos estratégicos, uma abordagem que conjugasse assuntos de Política Internacional e de Direito Internacional; um debate não muito usual no meio acadêmico, principalmente quando se trata do Direito da Guerra. Anne-Marie Slaughter em seu trabalho *International Law and International Relations* foi uma das precursoras do assunto sem, entretanto, tratar do Direito Internacional dos Conflitos Armados. Alguns autores realistas como Edward Hallett Carr e Hans J. Morgenthau também o fizeram, contudo com uma abordagem reducionista e não levando em consideração as particularidades do DICA. Reducionista, entenda-se, pelo fato de relegar o Direito Internacional como um

---

<sup>4</sup> JARDIM, 2006, p. 155.

todo ao resultado da política de poder, onde os interesses do mais forte sempre prevaleceriam. Entretanto, quem necessitaria de um Direito Internacional, o mais forte ou o mais fraco? Quem de fato necessitaria de um Direito que protegesse as vítimas de um conflito armado, o Estado que possui maior ou menor potencial militar? Quem teria mais probabilidade de ter a sua população civil e os seus bens atingidos durante um conflito? Quem sofreria mais danos em um combate? Inferindo-se que o de menor potencial é o mais interessado em ter os seus cidadãos protegidos, por que os grandes Estados fomentariam este tipo de Direito?

Diante disto, analisar o DICA na Política Internacional é de suma relevância para o meio acadêmico brasileiro, haja vista que a projeção internacional do Brasil requer que a estratégia de emprego do poder militar seja estabelecida com a conscientização dos custos de seus efeitos para a imagem internacional do Brasil.

Por ser reconhecido como um regime internacional<sup>5</sup>, o DICA foi analisado com uma abordagem que ressaltou a possibilidade de cooperação internacional. O cumprimento do princípio da proporcionalidade pelo Brasil seria uma demonstração de cooperação com o constante em Tratados Internacionais e, conseqüentemente, de sua inserção em um regime internacional. Ao se observar a ação dos Estados Unidos no Iraque, sob a ótica de uma teoria que busca elucidar as particularidades de um regime internacional, esta pesquisa possibilitou comparar os critérios que, porventura, também poderiam ter implicações para o Brasil durante a condução de um conflito armado. Dessa forma, este trabalho procurou responder se a teoria neoliberal institucionalista é capaz de explicar o cumprimento do princípio da proporcionalidade, por parte dos Estados Unidos, quando do emprego do poder aéreo durante a operação “*Desert Storm*” ocorrida em 1991.

---

<sup>5</sup> KEOHANE, 1989, p. 101 : Os regimes internacionais são conceituados como “conjunto de princípios, normas, regras, e procedimentos de tomada de decisão, implícitos ou explícitos, em torno dos quais as expectativas dos atores se convergem (sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actor expectations converge)”.

## 1 O DIREITO E AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Na Sociedade Internacional caracterizada por seu aspecto descentralizado, onde não há um governo central capaz de impor a sua vontade sobre os demais, como seria possível explicar a existência de um Direito Internacional? A situação complica-se um pouco mais quando se apresenta um Direito que seria capaz de vigor durante a guerra, um momento em que as relações entre os Estados estão, em tese, mais debilitadas; onde predominaria a incerteza e o risco.

Uma breve análise do Direito Internacional (DI) é pertinente antes que se prossiga em um aprofundamento das diversas perspectivas das teorias de relações internacionais em relação do Direito. Para esta análise, os argumentos de Celso Albuquerque de Mello balizarão o início dessa abordagem. Uma das definições de Mello é a que considera o DI como o conjunto de normas que regula as relações externas dos atores que compõem a sociedade internacional. Tais pessoas internacionais são as seguintes: Estados, organizações internacionais, o homem.<sup>6</sup>

Os países de língua latina, no século XVIII, acrescentaram o adjetivo “Público” à expressão DI, tendo sido a expressão consagrada somente no século XIX. Este fenômeno não aconteceu nos países de língua anglo-saxã. Na Inglaterra e EUA usa-se a expressão “*International Law*” para o DI Público e “*Conflicts of Law*” para o DI Privado.<sup>7</sup>

Mello diz que a existência do DIP pressupõe alguns fatores que ele denomina como bases sociológicas: a pluralidade de Estados soberanos, o comércio internacional e princípios jurídicos coincidentes. A própria ordem que caracteriza a sociedade internacional é mantida pelo reconhecimento recíproco da soberania dos Estados. Quanto ao comércio internacional, Mello faz menção à analogia com o aforismo *ubi societas ibi jus*, acrescentando também a expressão *ubi commercium ibi jus*; se onde há sociedade há direito, onde há comércio o mesmo também seria verdadeiro. Uma relação de comércio, portanto, provoca imediatamente o aparecimento de normas para regulá-la. No que diz respeito aos princípios jurídicos coincidentes, Mello se refere à existência de valores comuns entre os Estados.

Essas bases sociológicas implicam três contradições fundamentais: a soberania do

---

<sup>6</sup> MELLO, 2002, p. 71.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 73.

Estado e a necessidade de cooperação; o fato de o DI procurar assegurar a paz e a segurança, mesmo em meio a exigências revolucionárias nacionais; e por último a existência da soberania e igualdade entre os Estados, frente ao enorme poder dos super grandes.<sup>8</sup> Essa conceituação trazida por Mello já permitiria algumas considerações no âmbito das Relações Internacionais. Aspectos como soberania, poder dos Estados e cooperação são pontos essenciais do debate entre teóricos. Ademais, Mello acrescenta que não são claras as fronteiras entre o DI e as Relações Internacionais. Os mesmos têm em comum a centralização nos Estados, assim como o estudo de atores não estatais. Além disso ambos se interessam pela paz e cooperação internacional<sup>9</sup>.

Diante dos conceitos trazidos por Mello, é conveniente, tendo em vista o objetivo de verificar como a política internacional vislumbra o Direito, que as escolas de Relações Internacionais apresentem as suas perspectivas. O relato dos pensamentos de Hobbes, Carr, Morgenthau, Kenneth Waltz e Keohane propiciarão uma análise minuciosa da conexão entre Direito e Relações internacionais.

### 1.1 THOMAS HOBBS: O DIREITO SOB A ANARQUIA INTERNACIONAL

O conceito de anarquia internacional pode ser analisado à luz da teoria do Estado apresentada por Thomas Hobbes. Para este autor o fato de os homens viverem em um estado de natureza, onde cada um se preocupa unicamente com a sua sobrevivência, seria a causa de um ambiente descrito como de guerra de todos contra todos. Somente a figura do Leviatã, de um governante soberano, seria capaz de garantir a segurança aos membros dessa sociedade. O Leviatã seria resultado de um contrato estabelecido entre os homens, os quais renunciariam a sua liberdade em prol da segurança garantida por esse governante:

A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comuneiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 72.

<sup>9</sup> Ibid., p. 86.

a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. [...] é como se cada homem dissesse a cada homem: “cedo e transfiro meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de que transfiras a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações”. Feito isso, a multidão assim unida numa só pessoa que se chama Estado, em latim *civitas*. [...]é lhe atribuído o uso de gigantesco poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no domínio da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros.<sup>10</sup>

Essas palavras de Hobbes explicam como os homens, devido ao temor da morte violenta, seriam capazes de renunciar à sua liberdade em prol de um Leviatã, de um ser artificial capaz de lhes garantir a devida segurança. Entretanto, Hobbes não vislumbra a possibilidade de haver este tipo de contrato entre os países. As nações não seriam capazes de renunciar à sua soberania a fim de que um Leviatã garantisse a sua segurança. As nações viveriam em um estado de natureza onde a busca da sobrevivência os colocaria em um espírito de guerra permanente:

Mesmo que jamais tivesse havido um tempo em que os indivíduos se encontrassem numa condição de guerra de todos contra todos, em todos os tempos os reis e as pessoas dotadas de autoridade soberana, por causa da sua independência, vivem em constante rivalidade, e na situação e atitude dos gladiadores, com as armas apontadas, cada um de olhos fixos no outro. Seus fortes, guarnições e canhões guardando as fronteiras de seus reinos, e constantemente com espiões no território de seus vizinhos, o que constitui uma atitude de guerra.

Da guerra de todos contra todos, também isto é consequência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e do mal, de justiça e injustiça, não podem ter lugar aí. Onde não há poder comum não há lei. Onde não há lei não há injustiça.<sup>11</sup>

Este ambiente hobbesiano não seria propício à existência de um Direito Internacional, haja vista que na ausência de um Leviatã nada poderia ser considerado injusto, não haveria lugar para a noção de bem e mal. Não haveria, enfim, um ser capaz de coagir os membros da sociedade internacional a cumprirem as normas do Direito.

Montesquieu ao escrever o *Espírito das Leis* assevera que:

<sup>10</sup>HOBBS, 2006, pp. 130, 131.

<sup>11</sup>Ibid., p. 99

O Direito das Nações é fundado basicamente neste princípio, de que em tempo de paz as nações devem fazer entre si o maior bem possível e em tempo de guerra o menor mal possível, sem prejudicar os seus reais interesses. O objetivo da guerra é a vitória; da vitória a conquista; da conquista a sobrevivência. Deste princípio e do anterior devem derivar aquelas leis que formam o Direito das Nações.<sup>12</sup>

Montesquieu é menos trágico que Hobbes em sua abordagem, pois advoga a possibilidade de um Direito Internacional. Todavia deixa claro que, principalmente em tempo de guerra, os reais interesses dos países estarão sempre prevalecendo. Numa linguagem mais contemporânea poderia ser dito que os objetivos nacionais devem superar qualquer tipo de direito, qualquer perspectiva de cumprimento de contratos.

## 1.2 A VISÃO REALISTA DE CARR SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL

Edward Carr buscando despertar o mundo que vivia uma ilusão de paz do entre guerras, onde a criação da Liga das Nações nutria uma visão utópica de harmonia de interesses entre os povos, fez questão de apresentar o Direito Internacional como uma função da Sociedade internacional, cuja manutenção é resultado do jogo de forças políticas que antecedem a esse mesmo Direito. Sendo assim, o mais forte definiria as regras na sociedade internacional. Tal pensamento é explicitado por Carr nos seguintes termos:

[...] O respeito pelo direito internacional e pela inviolabilidade dos tratados não aumentará em virtude dos sermões dos que, tendo muito a ganhar com a manutenção da ordem existente, insistem mais firmemente no caráter moralmente obrigatório do direito. O respeito pelo direito e pelos tratados só será mantido na medida em que o direito reconheça mecanismos políticos eficazes através dos quais ele se possa modificar e superar. Deve haver um reconhecimento claro deste jogo de forças políticas que antecedem todo o direito. Somente quando estas forças estão em equilíbrio pode o direito funcionar e cumprir sua função social, sem se tornar uma ferramenta nas mãos

<sup>12</sup>MONTESQUIEU, apud KENNEDY, 2004, pp. 247 e 248: "The Law of Nations is naturally found upon the principle that all nations ought to do to each other in peace as much good, and in war as little injury, as possible, consistently with their true interests. The object of war is victory; that of victory is conquest; that of conquest is self preservation. From this and the former principle ought to be derived those laws which form the law of nations".

dos defensores do *status quo*. O atingimento deste equilíbrio não é uma tarefa legal, e sim política.<sup>13</sup>

Com a sua premissa de equilíbrio de poder, Carr busca explicar que um Direito Internacional só seria capaz de valer caso fosse condizente com os interesses mútuos das grandes potências. Para ele, os acordos internacionais são contratos concluídos por Estados em sua condição de sujeitos do Direito Internacional, e não leis criadas por Estados em sua condição de legisladores internacionais. Em sua visão a legislação internacional ainda não existiria.<sup>14</sup>

Carr critica aqueles que vêem o DI como um ramo da ética, e não como um veículo do poder, diferenciando assim liberais de realistas. Durante essa abordagem ele tece comentários sobre o jusnaturalismo, ou direito natural, afirmando que por algum tempo o Direito Natural foi identificado com a lei divina, principalmente depois da aceitação do cristianismo pelo Império Romano. O Renascimento, no entanto, vem fazer com que o direito natural deixe o seu padrão ético-religioso e passe a se identificar com a razão.

Hugo Grotius surge como o autor que fomenta o direito internacional moderno, ligando-o à razão e atendendo às necessidades dos novos Estados-nações surgidos das ruínas do mundo medieval.<sup>15</sup> A partir de então, o direito natural perde a sua característica estática, e começa a possuir um conteúdo variável. Segundo Carr, o direito natural não mais significa algo eterno, fixo e invariável, mas sim o sentimento inato dos homens, em qualquer tempo ou lugar:

Esta definição revisada do direito natural nos ajuda um pouco. Ela põe fim ao velho enigma de que, em certo tempo, a escravidão foi aprovada pelo direito natural, e em outro, proibida; ou de que a propriedade privada seja, em alguns lugares, tida como um direito natural, e em outros, como uma violação do direito natural. Devemos agora considerar o direito como obrigatório por ser uma emanção, não de algum princípio ético eterno, mas de princípios éticos de um tempo e comunidade determinados.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup>CARR, 1981, p. 181.

<sup>14</sup>Ibid., p. 164.

<sup>15</sup>GROTIUS, apud CARR, 1981, p. 166.

<sup>16</sup>CARR, 1981, p. 166.



Mesmo reconhecendo essa flexibilidade do direito natural ao tempo e às sociedades da época, o que se coadunaria com a visão realista, Carr considera esta uma explicação inadequada, pois o dilema principal não seria essa flexibilidade, mas sim o fato de que o direito natural possa ser tão facilmente invocado tanto para incitar a desobediência à lei como para justificar a obediência a ela. Tanto conservadores como revolucionários poderiam invocá-lo. Dessa forma, Carr entende que nenhuma teoria do DI que explique a obrigatoriedade da lei, por estar de acordo com o direito natural, pareceria adequada.

Carr apresenta a visão hobbesiana do DI, ou seja, como aquele cujo cumprimento é garantido pela figura do Leviatã, o homem artificial, capaz de punir àqueles que não andem em conformidade com a lei estabelecida. Ele deixa claro que tanto esta visão, como a do Direito Natural, constituem-se em meias-verdades. O DI seria tido como obrigatório porque representa o sentimento de justiça da comunidade, sendo um instrumento do bem comum, bem como por ser imposto pelo braço forte da autoridade. A fim de reconciliar estas idéias Carr propõe uma análise que trata o DI como uma função da sociedade política:

O direito internacional é uma função da comunidade política das nações. Seus defeitos se devem, não a qualquer falha técnica, mas ao caráter embrionário da comunidade em que funciona. Assim como a moral internacional é mais fraca do que a moral nacional, o direito internacional é necessariamente mais fraco e pobre em conteúdo do que o direito local de um Estado altamente organizado. O diminuto número de Estados que formam a comunidade internacional cria os mesmos problemas especiais tanto no direito quanto na ética. O desenvolvimento de regras gerais igualmente aplicáveis a todos, que é a base do elemento ético do direito, torna-se extremamente difícil. Regras, por mais gerais que sejam na forma, sempre estarão voltadas para um Estado particular ou para um determinado grupo de Estados; e por esta razão, senão por outras, o elemento poder é o mais predominante e mais óbvio no direito internacional do que no local, cujos sujeitos são um grande corpo de indivíduos anônimos. As mesmas considerações tornam o direito internacional mais francamente político do que outros ramos do direito.<sup>17</sup>

A relação que Carr faz entre o DI e o grau de desenvolvimento da comunidade internacional, que ele chama de embrionária, assemelha-se à visão institucionalista que será abordada *a posteriori*. Ele enfatiza que o DI não é uma abstração e não pode ser entendido

---

<sup>17</sup>Ibid., p.169.

independentemente do fundamento político em que se apóia, nem dos interesses políticos a que serve.

Aprofundando o debate, Carr analisa duas regras do próprio direito internacional que são reflexos do jogo político. A primeira é a cláusula *rebus sic stantibus* pela qual as obrigações de um tratado só teriam eficácia, frente ao DI, na medida em que as condições que prevaleciam à época da conclusão do tratado continuassem. O outro seria o princípio da “necessidade” ou dos “interesses vitais” o qual afirma que não se pode exigir de ninguém o impossível, no caso dos Estados, se exigir aquilo que seja prejudicial aos interesses vitais.

Dessa forma, o princípio *pacta sunt servanda*, o qual estabelece que os tratados internacionais são invioláveis, seria relativizado pela cláusula *rebus sic stantibus* e pela necessidade ou interesses vitais dos países.

Carr argumenta que os países, anteriormente a 1914, apesar de reconhecerem a obrigatoriedade dos tratados, eram relutantes em considerar este princípio como absoluto. Enquanto os Estados interessados na manutenção do *status quo* defendiam com vigor a validade incondicional dos tratados no DI, outro Estado cujos interesses tivessem sido adversamente afetados por um tratado, os repudiava. A França, em 1848, anunciou que os tratados de 1815 não mais seriam válidos aos olhos da República Francesa<sup>18</sup> e a Rússia, em 1871, repudiou a Convenção dos Estreitos, que estabelecia restrições à passagem de seus navios de guerra, a qual lhe havia sido imposta por ocasião do fim da Guerra da Criméia. Estas, segundo Carr, constituíram apenas as mais evidentes dentre várias ocorrências similares do século XIX.

Ele destaca que juristas internacionais, a fim de atender a tais condições, desenvolveram a cláusula *rebus sic stantibus*. Isto levaria à conclusão lógica de que um tratado não possui outra autoridade que não a relação de poder entre as partes, e que quando esta relação se altera, o tratado desmorona. Conforme palavras de Theodore Roosevelt: “A nação tem, evidentemente, o direito de abrogar um tratado, de maneira solene e oficial, por motivos que considere suficientes, exatamente como possui o direito de declarar guerra ou exercer um outro ato de poder por uma causa considerada suficiente”.<sup>19</sup>

Exemplificando o seu posicionamento, Carr apresenta o caso da neutralidade belga. O Tratado de Garantia Belga de 1839, que preservava a neutralidade daquele país foi

---

<sup>18</sup>Circular de Lamartine, de 5 de março de 1848, publicada no *Moniteur* daquela data. Apud CARR, 1981, p. 174

<sup>19</sup>CARR, 1981, p. 174.

interpretado como impraticável pela Grã Bretanha, em 1914, dependendo de qual país fosse o violador do tratado. Ainda neste sentido Carr lembra uma minuta confidencial referente à neutralidade belga, escrita por Lord Hardinge, então Subsecretário Permanente de Estado para assuntos estrangeiros, onde ele afirma que:

O compromisso sem dúvida existe[...] mas se podemos ser chamados a cumprir nossa obrigação e a defender a neutralidade da Bélgica, nos opondo à sua violação, deve necessariamente depender de nossa política na época e das circunstâncias do momento. Supondo que a França violasse a neutralidade da Bélgica numa guerra contra a Alemanha, é duvidoso, nas atuais circunstâncias, que Inglaterra ou Rússia movam um dedo para manter a neutralidade belga, enquanto que, se a neutralidade da Bélgica fosse violada pela Alemanha, é provável que o inverso ocorresse.<sup>20</sup>

Carr conclui que antes de 1914 a regra *pacta sunt servanda* era interpretada elasticamente, e o não cumprimento das obrigações podia ser defendido como legitimamente admissível. Entretanto, desde 1919, Carr explica que a interpretação da regra tendeu a tornar-se mais rígida, e o não cumprimento tem sido defendido principalmente em termos de considerações de razão ou moral. Para Carr, os bem-intencionados esforços das potências vitoriosas da Primeira Guerra fortaleceram as regras internacionais ao interpretá-las com mais rigidez e precisão.

A defesa dos países que violaram tratados após a Primeira Guerra apresentaram as mais diversas argumentações, tendo os Estados envolvidos negado que houvesse ocorrido alguma quebra das obrigações dos tratados, ou alegando que o tratado em primeiro lugar, havia sido violado pela outra parte.

O repúdio alemão às cláusulas militares do Tratado de Versalhes, em março de 1935, foi baseado na falha das outras partes em implementarem suas próprias obrigações de se desarmar. Quanto ao repúdio ao Tratado de Locarno, a Alemanha alegou que a conclusão do Pacto Franco-Soviético fez com que aquele deixasse de existir na prática. Carr cita as palavras de Hitler em um discurso público quando rejeita a alegação legal em favor da moral: “Se o resto do mundo se apega à letra dos tratados, eu me apego à moral eterna”<sup>21</sup>

De um modo geral, Carr enfatiza que :

---

<sup>20</sup>CARR, 1981, p. 175

<sup>21</sup>Ibid., p. 177.

[...]pode-se dizer que as violações aos tratados, entre as duas guerras, foram justificadas, não no campo legal das derrogações admitidas pelo direito internacional à inviolabilidade dos tratados, mas sim no terreno ético de que certos tratados, embora legalmente obrigatórios, eram desprovidos de validade moral. Não se negou que as violações de tais tratados eram tecnicamente violações do direito internacional; mas foram toleradas em termos de que os próprios tratados eram uma ofensa moral internacional. É importante para o estudante da ética e do direito internacional prescrutar o que se acreditava, popularmente, tornar os tratados moralmente ignominiosos e, portanto, moralmente inválidos.<sup>22</sup>

Dentre as considerações invocadas para se negar o caráter moralmente obrigatório dos tratados internacionais, Carr destaca aquele que considera mais abrangente, o fato de os tratados serem por sua natureza instrumentos de poder:

Em 1932-33, os governos francês e britânico insistiam, com particular veemência, em que as cláusulas de desarmamento do Tratado de Versalhes eram legalmente obrigatórias para a Alemanha, e só poderiam ser revistas com o consentimento das potências interessadas. Em dezembro de 1932, a Câmara dos Deputados francesa encontrou razões para se recusar a por em prática o acordo de débito de guerra com os Estados Unidos. Em junho de 1933, o governo britânico cessou o pagamento das prestações regulares devidas em virtude de seu acordo de débito de guerra, substituindo-as por “pagamentos simbólicos” sem expressão; e um ano mais tarde esses pagamentos simbólicos foram encerrados. Contudo, em 1935 Grã-Bretanha e França uma vez mais se uniram numa condenação solene à Alemanha pelo repúdio unilateral de suas obrigações à luz das cláusulas de desarmamento do Tratado de Versalhes. Tais incongruências são tão comuns que o realista encontra pouca dificuldade em reduzi-las a uma simples regra. O elemento do poder é inerente a todo tratado político. O conteúdo de tal tratado reflete, em certo grau, a força relativa das partes contratantes. Os Estados mais fortes insistirão na inviolabilidade dos tratados concluídos com os Estados mais fracos. Os Estados mais fracos denunciarão os tratados concluídos com os Estados mais fortes logo que a situação de poder se altere e o Estado mais fraco se sinta suficientemente forte para rejeitar ou modificar a obrigação.<sup>23</sup>

Para a existência da sociedade internacional é primordial a regra *pacta sunt servanda*, sua aplicação, contudo, não pode sempre ser justificada em termos éticos. Na visão de Carr o

<sup>22</sup>Ibid., p. 178.

<sup>23</sup>Ibid., p. 180.

DI não pretende resolver todo problema político. Ao falhar, a culpa normalmente cabe aos que procuram empregá-lo para fins aos quais não foi feito. A essência do DI é promover a estabilidade e manter a estrutura existente da sociedade. O respeito pelo DI e pelos tratados só será mantido na medida em que o direito reconheça mecanismos políticos eficazes através dos quais ele se possa modificar e superar. Somente quando as forças políticas estão em equilíbrio, pode o DI cumprir sua função social, sem se tornar uma ferramenta nas mãos dos defensores do *status quo*.<sup>24</sup>

### 1.3 MORGENTHAU E O DIREITO INTERNACIONAL

O pensamento de Morgenthau é considerado, também, como uma das bases da teoria realista de relações internacionais. Em seu trabalho “A Política entre as Nações” ele expressa os seus princípios para uma política internacional. Entretanto, conforme Koskenniemi, os pensamentos de Morgenthau tiveram forte influência de Carl Schmitt, que com sua obra “O *nomos* da Terra”, publicado em 1950, apresentava o fim da era europeia. A sua utilização do termo *nomos* é impregnada de significado, pois Schmitt queria deixar clara a distinção entre o Direito Internacional como lei e como *nomos*. No primeiro caso o sentido era o de um normativismo degenerado que marcou o século dezanove; no segundo sentido *nomos* representava a ordem substantiva e concreta ou determinação existente na sociedade internacional.<sup>25</sup> Partindo do princípio da tomada da terra, Schmitt explica a concretidade do *nomos*, da ordem substantiva que passa a existir na Europa. A organização da tomada da terra pelas potências imperiais europeias foi o último grande ato dos povos europeus, que tomou o lugar da *respublica christiana* no primeiro princípio global de ordenamento secular. Estas são as palavras de Schmitt sobre a teoria mantida no Direito das Gentes:

[...] o solo europeu ou o solo equiparado ao europeu possui um status jurídico internacional distinto do solo de povos não-civilizados ou não-europeus. Em tal caso

---

<sup>24</sup>Ibid., p. 181.

<sup>25</sup>KOSKENNIEMI, 2004, p. 415.

solo colonial ou de protetorado não é, segundo o Direito das Gentes, o mesmo que território estatal.<sup>26</sup>

Esse *nomos* europeu teve implicações internas e externas. Internamente surgiu a organização do espaço europeu em nações-Estado e o reconhecimento recíproco das soberanias. Externamente houve a distinção entre um espaço não-europeu livre para ser conquistado e o alto mar que permanecia aberto.

A grande aquisição desse *nomos* foi a limitação do ambiente de guerra europeu: aboliram-se as guerras civis e religiosas e criou-se um conceito não discriminatório de guerra européia como um duelo entre entes igualmente soberanos e sua humanização a partir da conceituação do inimigo como *justus hostis*.

Na concepção de Schmitt, esse *nomos* ruiu no período de 1899-1918, com a condução de um universalismo econômico anglo-americano que aos poucos desfez a distinção de espaço e a centralidade da soberania. Surge um conceito discriminatório de guerra que vislumbrava o inimigo não mais como um ente do Direito Internacional Público, mas como um oponente contra o qual não haveria atitude humanitária.<sup>27</sup>

A quase universal ideologia de livre comércio forjava uma economia global que enfraquecia os Estados europeus, por forçá-los à elaboração de uma separação constitucional entre o público e a propriedade, o comércio e a indústria.

A entrada dos EUA na Primeira Guerra transformou-a, de confrontação entre inimigos justos, em um conflito onde a justiça e moralidade estavam de um lado, e a injustiça e imoralidade do outro. Schmitt diz que surge uma abordagem moral para a interpretação da guerra, a qual passa a ser considerada como um supremo mal internacional, e o Pacto Briand-Kellog de 1928 constitui-se como resultado dos debates na Liga das Nações para criminalizar a guerra, o que também foi posteriormente confirmado no Protocolo de Londres de 1945, que estabeleceu o Tribunal de Nuremberg.

Ao explicar o pensamento de Schmitt, Koskenniemi afirma que:

Moralismo era uma parte essencial do *nomos* emergente. Foi refletida numa lenta abolição da neutralidade e uma condenação abstrata da agressão, com a advertência

<sup>26</sup>SCHIMITT, 1974, p. 287-288: [...] el suelo europeo o el suelo equiparado al europeo posee un status juridico-internacional distinto del suelo de pueblos no-civilizados o no-europeos. En tal caso, suelo colonial o de protectorado no es, según el Derecho de Gentes, lo mismo que territorio estatal.

<sup>27</sup>KOSKENNIEMI, 2004, p. 416.

cuidadosamente inserida no Pacto Briand Kellog que permitiu aos Estados Unidos decidir por si mesmo o que poderia ser considerado como uma agressão e como combatê-la.<sup>28</sup>

Schmitt relacionou o desaparecimento do Direito Público Europeu com o desaparecimento do Estado formal e da igualdade formal entre beligerantes. O velho *nomos* havia terminado, afirma Koskenniemi, ele tinha perdido o seu poder diante da expansão econômica e cultural dos Estados Unidos. O universalismo que era então pregado, sob a camuflagem do moralismo, constituía uma maneira de os Estados Unidos imporem a sua vontade sobre a Europa, agredindo, assim, a soberania de cada Estado europeu. Com o pacto Briand- Kellog e a Liga das Nações, os Estados Unidos e seus aliados seriam capazes de decidir quem era agressor e, conseqüentemente, inimigo. A capacidade de decidir quem era o seu *justus hostis* não estava mais nas mãos de Estados soberanos, mas sim no poder de decisão dos Estados Unidos e seus aliados.

Schmitt vê isso como o fim da política, já que individualmente os Estados perdiam um poder que era inerente à soberania, o de fazer guerra decidindo quem era o seu inimigo: “Em todo lugar da história política, tanto na política exterior quanto na doméstica, a incapacidade ou a indisposição para fazer distinção (entre amigo e inimigo) é um sintoma do fim da política”<sup>29</sup>. A visão de Schmitt é nostálgica, mas a realidade é que o velho *nomos* não mais existia.

Não obstante às diversas críticas a Schmitt, principalmente com o seu comprovado envolvimento com o partido nazista, pesquisadores de Direito Internacional testemunharam o aparecimento da disciplina de Relações Internacionais, que surge incorporando as idéias de Schmitt em sua identidade profissional. A compreensão do pensamento de Schmitt requer que se entenda a complexa relação entre utopias políticas e lutas; e neste caso, os profissionais de Direito Internacional devem uma explicação sobre o fato de que, quando não havia muito debate sobre Direito e moralidade, como aconteceu no século XX, nunca houve tantas atrocidades na mesma escala em que se cometeu no nome de utopias políticas.<sup>30</sup>

<sup>28</sup>KOSKENNIEMI, 2004, p. 419: Moralism was an essential part of the emerging *nomos*. It was reflected in the slow abolition of neutrality, and the abstract condemnation of aggression, with the caveat carefully inserted in the Kellog-Brian Pact, that allowed the United States to decide for itself what might count as aggression and how to combat it.

<sup>29</sup>Ibid., p. 422: [...] everywhere in political history, in foreign as well as domestic politics, the incapacity or the unwillingness to make this distinction[i. e. the distinction between friend and enemy] is a symptom of political end.

<sup>30</sup>KOSKENNIEMI, 2004, p. 424.

Antes de se apresentar a visão de Morgenthau sobre o Direito Internacional é pertinente que se conheça a sua definição de Política Internacional: “ Sendo a aspiração de poder um elemento caracterizador da política internacional, assim como de toda política, a política internacional necessariamente será uma política de poder”<sup>31</sup>. Ao concluir a sua dissertação intitulada “A função judicial internacional, sua natureza e limites”<sup>32</sup> Morgenthau apresenta a sua própria noção de política como uma qualidade e não como algo concreto, capaz de penetrar todas as áreas da vida internacional. Essa era a razão pela qual ele afirma que o DI seria uma estrutura tão frágil,<sup>33</sup> e o que realmente interessa na relação entre as nações não é o Direito Internacional mas a Política Internacional<sup>34</sup>. Morgenthau envia o seu trabalho a Schmitt que o cumprimenta pela dissertação e, em 1932, Schmitt publica um trabalho em que define a política como um “*intensity concept*”, não fazendo, entretanto, nenhum reconhecimento à pesquisa de Morgenthau.

A concepção de Morgenthau sobre a política, segundo Koskenniemi, foi influenciada pela idéia do princípio do prazer freudiano, estudado em seu trabalho “*On the derivation of the political on human nature*”, um manuscrito de mais de 100 páginas endereçado a Schmitt. Um trabalho escrito sem anotações científicas e com poucas referências, onde Morgenthau relaciona a política à psicologia individual. Haveria duas forças motrizes básicas no ser humano, o desejo de auto-preservação e o desejo de auto-afirmação, esta última constituindo-se na força mais alta, resultante do excesso decorrente da luta pela auto-preservação. Ela operaria sob o princípio do prazer, uma fonte ilimitada de energia que na vida social procuraria a satisfação através do estabelecimento de uma relação de poder. A mais sublime forma de satisfação seria a superioridade psicológica, manifesta na habilidade de uma pessoa em ser a causa do comportamento de outra.<sup>35</sup>

Apesar de em 1978, em uma nota biográfica, Morgenthau haver se distanciado da linguagem freudiana, considerando-a reducionista por não ser capaz de explicar as complexidades e variedades da experiência política, a noção de poder aparece nos seus escritos psicologicamente fundamentada. Os limites do direito e da racionalidade permaneceriam definidos pela condição existencial de uma interminável busca pelo poder.<sup>36</sup>

<sup>31</sup>MORGENTHAU, 1986, p. 47.

<sup>32</sup>“The International Judicial Function. Its nature and limits”.

<sup>33</sup>KOSKENNIEMI, 2004, p. 436.

<sup>34</sup>Ibid., p. 445.

<sup>35</sup>Ibid., p. 449.

<sup>36</sup>Ibid., p. 449.



Se as motivações para a luta pelo poder e sua mecânica fossem tudo o que é preciso conhecer sobre a política internacional, Morgenthau argumenta que o cenário internacional se assemelharia ao estado hobbesiano, de guerra de todos contra todos. Nesse mundo os débeis estariam à merce dos mais fortes, a força seria, de fato, a fonte do direito. Aqueles que advogaram manifestações ilimitadas de poder e postularam a ausência de limites como um ideal da sociedade, como Nietzsche, Mussolini e Hitler, experimentaram, que a longo prazo, estas filosofias se mostraram impotentes e autodestrutivas.<sup>37</sup> No entanto, Morgenthau afirma que a sociedade internacional providenciou sistemas normativos, a fim de manter as aspirações de poder dentro de limites socialmente aceitáveis, quais sejam: a moral, o costume e o direito.

No que diz respeito ao Direito Internacional, Morgenthau apresenta os principais problemas sob a ótica realista. O moderno sistema de DI é resultado da grande transformação política que marcou a transição da Idade Média ao período moderno da História. Com a transformação do Estado feudal em Estado territorial o monarca já não compartilhava mais a autoridade com os senhores feudais no território do Estado, tampouco com a Igreja. Quando se consumou esta transformação no século XVI, o mundo político consistia em um determinado número de Estados que dentro de seus respectivos territórios eram completamente independentes e não reconheciam nenhuma autoridade secular como superior; eram soberanos:

Se existiu ao menos, e em certa medida, paz e ordem nas relações entre tais entidades que possuíam autoridade suprema dentro de seus territórios, relações que, por outra parte, foram contínuas, isso se deveu inevitavelmente à existência de certas normas legais que ordenaram essas relações. O que significa dizer que devem existir certas normas de conduta previamente definidas, cuja violação normalmente implicará certas sanções, também definidas de antemão no que diz respeito à sua natureza, condições e modo de aplicação.<sup>38</sup>

<sup>37</sup>MORGENTHAU, 1986, p. 270.

<sup>38</sup>Ibid., p. 324: Si existió al menos, y en cierta medida, paz y orden en las relaciones entre tales entidades que poseían autoridad suprema dentro de sus territorios, relaciones que, por otra parte, fueron continuas, ello se debió inevitablemente a la existencia de ciertas normas legales que ordenaron esas relaciones. Lo que significa decir que deben existir ciertas normas de conducta previamente definidas, cuya violación normalmente implicará ciertas sanciones, también definidas de antemano en lo que tiene que ver con su naturaleza, condiciones y modo de aplicación.

Conforme Morgenthau, no século XV e XVI se desenvolveu um corpo de normas de DI que estabelecia os direitos e as obrigações dos Estados entre si. O Tratado de Westfalia pôs fim às guerras religiosas e fez dos Estados territoriais a pedra fundamental do moderno sistema estatal, estabelecendo as regras de Direito Internacional. Hugo Grotius com seu trabalho “O Direito da Paz e da Guerra”, publicado em 1628, foi o codificador clássico desse recente sistema de DI.

Na concepção de Morgenthau os séculos XVIII, XIX e XX construíram um proeminente edifício constituído de milhares de tratados e decisões de tribunais que regulam as relações que surgem entre Estados. Além disso houve o fomento de diversos organismos internacionais que cooperaram para a promoção dos interesses comuns entre os Estados: Cruz Vermelha Internacional, Corte Internacional de Justiça, organismos especializados das Nações Unidas, o Fundo Monetário Internacional, entre outros<sup>39</sup>.

Morgenthau deixa claro, todavia, que reconhecer a existência do Direito Internacional não significa sustentar que, como sistema legal, ele seja tão efetivo como os sistemas legais nacionais ou que seja eficaz para regular e limitar a luta pelo poder no campo internacional. Na visão realista ele seria um direito do tipo primitivo por ser um direito quase completamente descentralizado, não havendo portanto uma autoridade central com poderes coercitivos. Dois fatores garantiriam a existência e funcionamento do DI : interesses idênticos e complementários de cada um dos Estados e a distribuição do poder entre eles. O DI seria em grande medida resultado de forças sociais objetivas.

Em sua argumentação Morgenthau cita L. Openheim:

A primeira e fundamental (condição) é que o Direito das Nações somente pode existir se há um equilíbrio, um equilíbrio de poder, entre os membros da Família das Nações. Se as potências não podem controlar-se entre si, nenhuma regra de direito poderá ter tal força, a menos que um Estado todo poderoso trate de atuar naturalmente de acordo com sua própria discricção, desobedecendo à lei. Como não há nem nunca haverá uma autoridade política central acima dos Estados Soberanos que possa impor as normas do Direito das Nações, só o equilíbrio de poder poderá impedir que qualquer integrante da Família das Nações se torne onipotente.<sup>40</sup>

<sup>39</sup>MORGENTHAU, 1986, p. 325.

<sup>40</sup>Ibid., p. 326: La primera e fundamental (condición) es que el Derecho de las Naciones sólo puede existir si hay un equilibrio, un equilibrio de poder, entre los miembros de la Familia de Las Naciones. Si las Potencias no pueden controlarse entre sí, ninguna regla de derecho podrá tener fuerza, a menos que un todopoderoso Estado trate de actuar naturalmente de acuerdo con su propia

Tendo explicitado a necessidade de interesses idênticos entre Estados, assim como da preponderância do equilíbrio de poder como garantidor do DI, Morgenthau explica o caráter descentralizado do DI em suas funções legislativa, executiva e judiciária. Quanto à função legislativa, Morgenthau diz que na esfera internacional não há mais que duas forças capazes de criar lei: a necessidade e o consentimento mútuo. Um pequeno número de normas se aplicam aos limites da soberania internacional, à interpretação de suas próprias normas e outras análogas, normas que são obrigatórias, independente do consentimento de cada Estado; sem essas normas não existiria uma ordem legal em absoluto, ou ao menos nenhuma ordem legal que regulasse o sistema multi-estatal. Além desse pequeno número de normas comuns e necessárias ao DI, cada nação só estaria obrigada pelas normas que tenha aceitado expressamente por meio de tratados<sup>41</sup>. Muitas questões referentes às relações internacionais, tais como migração e políticas econômicas, não são reguladas pelo DI. Os interesses das nações em questões dessa índole são tão divergentes que não se consegue chegar a um acordo, pelo menos à época em que Morgenthau escrevia o seu trabalho<sup>42</sup>. Para ele, somente os ramos do DI de natureza técnica ou humanitária que foram codificados em acordos gerais, em certa medida, escapariam dessa debilidade. Mesmo em assuntos de natureza humanitária, Morgenthau levanta alguns questionamentos sobre a validade de determinadas Convenções. A Convenção II de Haia sobre Leis e Costumes da Guerra Terrestre de 1899 e a Convenção IV de 1907 e seu Regulamento, que foram bastante observadas na Primeira Guerra Mundial, foram regularmente violadas, e em escala maciça, na Segunda Guerra Mundial. Morgenthau se questiona se as violações não denunciadas e nem castigadas puseram fim à força coativa dessas Convenções ou, pelo contrário, sobreviveram à Segunda Guerra como instrumentos legais que podem ser invocados, aplicados e convertidos em normas de conduta em uma futura guerra<sup>43</sup>.

No campo internacional são os próprios sujeitos de Direito que não somente legislam para si mesmos, mas que também constituem-se na suprema autoridade para a interpretação da legislação promulgada. Seguramente essas interpretações e aplicações atenderão aos seus

---

discreción, desobedeciendo la ley. Como no hay ni nunca habrá una autoridad política central por encima de los Estados soberanos que pueda imponer las normas del Derecho de las Naciones, sólo el equilibrio de poder podrá impedir que cualquier integrante de la Familia de Naciones se vuelva omnipotente.

<sup>41</sup>MORGENTHAU, 1986, p. 327.

<sup>42</sup>Ibid., p. 328.

<sup>43</sup>Ibid., p. 332.

próprios interesses nacionais e serão manejadas em apoio às suas políticas exteriores. Sobre isso, Morgenthau argumenta fundamentando-se no comentário de Jean Ray sobre a Liga das Nações:

Mas o perigo é óbvio. Se todos os membros da Liga têm, individualmente, autoridade final em matéria de interpretação, ou em interpretações divergentes, todas as autoridades iguais buscarão perpetuar-se a si mesmas; e quando um texto ambíguo for invocado em um conflito entre duas nações, ocorrerá um impasse.<sup>44</sup>

Quanto ao aspecto descentralizado da função judicial, Morgenthau relata o que considera como um axioma do DI, o fato de que nenhum Estado pode ser obrigado a submeter ante um tribunal internacional sua disputa com outro Estado. Da mesma maneira, nenhuma corte internacional pode reclamar competência em controvérsias internacionais sem o consentimento dos Estados envolvidos. Ele apresenta o parecer do Tribunal Permanente de Justiça Internacional no caso *Carélia do Leste*

Está bem estabelecido no Direito Internacional que nenhum Estado pode, sem seu consentimento, ser obrigado a submeter à mediação, arbitragem, ou qualquer outra classe de solução pacífica, suas disputas com outros Estados. Tal consentimento poderá ser outorgado de uma vez e para sempre sob a forma de uma obrigação livremente assumida, ainda que também poderá ser formulado, em casos especiais, à margem de qualquer obrigação existente.<sup>45</sup>

E no que diz respeito ao aspecto descentralizado da função executiva, Morgenthau afirma que o DI não dispõe de organismos e nem de instrumentos que lhe permitam impor a sua obrigatoriedade, os únicos meios que lhe outorgam esse caráter são os governos nacionais. Fundamentando o seu pensamento ele cita Brierly:

<sup>44</sup>Ibid., p.330: Pero el peligro es obvio. Si todos los miembros de la Liga tienen individualmente autoridad final en materia de interpretación o en interpretaciones divergentes, todas las autoridades iguales buscarán perpetuarse a sí mismas; y cuando un texto ambiguo sea invocado en un conflicto entre dos naciones, ocurrirá un impasse.

<sup>45</sup>MORGENTHAU, 1986, p. 334: Está bien establecido en el derecho internacional que ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser obligado a someter a mediación, arbitraje o cualquier otra clase de arreglo pacífico, sus disputas con otros Estados. Dicho consentimiento podrá ser otorgado de una vez para siempre bajo la forma de una obligación libremente asumida, aunque también podrá ser formulado, en casos especiales, al margen de cualquier obligación existente.

O sistema internacional não conta com um órgão central que faça obrigatórios os direitos legais internacionais, e a criação de um esquema geral de sanções dessa índole se perfila como possibilidade remota... Esta ausência de um poder executivo significa que cada Estado se encontra em liberdade... para tomar aquelas medidas que considere necessárias para obrigar ao cumprimento de seus próprios direitos. Isto não significa que o DI não possua sanções, se é que usamos a palavra no sentido de meio de assegurar a observação da lei; mas é uma realidade que as sanções de que dispõe não estão sistemática ou centralmente dirigidas, e que o acordo para aplicá-las é precário. Esta carência do sistema é obviamente insatisfatória, principalmente para aqueles Estados que são menos capazes que outros para afirmar seus direitos efetivamente.<sup>46</sup>

O direito interno estabelece as exceções para que um indivíduo exerça com as suas próprias mãos a lei, são a legítima defesa e o estado de necessidade. Fora esses casos, o Estado é quem deve exercer a sanção sobre os indivíduos infratores. Morgenthau argumenta que no DI o que prevalece é a exceção, pois o único que poderia fazer valer o seu direito frente a um Estado infrator seria o Estado vitimado. Neste sentido, esta situação facilita aos Estados fortes tanto a violação da lei como a coerção para que os outros a cumpram. Para a sua proteção, os Estados mais fracos devem recorrer à assistência de amigos poderosos. Tanto a intenção quanto o êxito do DI dependem de considerações políticas e da real distribuição de poder em cada caso particular<sup>47</sup>. Dessa forma, em 1914, os direitos da Bélgica foram salvaguardados da violação alemã porque naquele momento a proteção desses direitos pareceu conveniente aos interesses dos vizinhos poderosos. Em 1950 os Estados Unidos e alguns de seus aliados, como França e Inglaterra, com o interesse de manter um equilíbrio de poder no extremo Oriente e uma estabilidade territorial a longo prazo na Ásia, acudiu em ajuda à Coreia do Sul, que foi atacada pela Coreia do Norte. Em contrapartida os direitos da Colômbia, durante o apoio norte-americano à Revolução de 1903 que deu origem à República

---

<sup>46</sup>Ibid., p. 342: El sistema internacional no cuenta con un órgano central que haga obligatorios los derechos legales internacionales y la creación de un esquema general de sanciones de esa índole se perfila como posibilidad remota... Esta ausencia de un poder ejecutivo significa que cada Estado se encuentra en libertad... para tomar aquellas medidas que considere necesarias para obligar al cumplimiento de sus propios derechos. Esto no significa que el derecho internacional no posea sanciones, si es que usamos la palabra en el sentido de medio de asegurar la observancia de la ley; pero es una realidad que las sanciones de que dispone no están sistemática o centralmente dirigidas y el acuerdo para aplicarlas es precario. Esta carencia del sistema es obviamente insatisfactoria, particularmente para aquellos Estados que son menos capaces que otros para afirmar sus derechos efectivamente.

<sup>47</sup>MORGENTHAU, 1986, pp. 342,343.

do Panamá, bem como os da Finlândia quando foi atacada pela União Soviética em 1939, foram violados com impunidade pois não existia equilíbrio de poder que pudesse proteger àquelas nações.

Ao tratar de um ramo específico do DI, o Direito Internacional Humanitário, Morgenthau o reconhece como uma limitação moral aplicada à política internacional em tempo de guerra<sup>48</sup>. Essas regras de humanidade são obrigatórias para todos os Estados, sendo chamadas de direito comum ou necessário (*jus necessarium*) do moderno sistema estatal, independente do consentimento das partes.<sup>49</sup>

Houve uma evolução nas idéias de proteção do ser humano durante a guerra, desde o começo da História até a maior parte da Idade Média. Os beligerantes tinham liberdade, segundo a lei e a ética, para matar a todos os inimigos, fossem integrantes das Forças Armadas ou não, ou para tratá-los conforme o seu arbítrio. Hugo Grotius no capítulo V do livro III de “O Direito da Paz e da Guerra”, sob o título “ Sobre o Direito de Matar os inimigos em uma guerra pública e sobre outras violências contra as pessoas”, apresenta um impressionante catálogo de atos de violência na história antiga contra pessoas inimigas sem discriminação alguma. Na visão de Grotius uma causa justa para a guerra seria capaz de ajustar tais atos de violência à moral e à ética. A própria natureza da guerra retirava os limites morais para as matanças. A guerra era considerada uma contenda entre todos os habitantes dos Estados beligerantes. O inimigo a ser atacado era constituído, antes mesmo das próprias forças armadas do que então seria considerado Estado, pelo conjunto de indivíduos que prestavam obediência a certo senhor ou que viviam dentro de certo território.

Com o fim da guerra dos Trinta Anos, iniciou-se a prevalência do conceito de que a guerra não era uma contenda entre populações inteiras, senão entre exércitos dos Estados beligerantes. Despontam assim as guerras limitadas, ou dinásticas, dos séculos XVII e XVIII, em contraposição às guerras religiosas dos séculos XVI e XVII. Dessa maneira, a diferenciação entre combatentes e não combatentes se transformou em fundamento legal e princípio moral a governar as ações dos beligerantes. As Convenções de Haya de 1899 e 1907, que tratam das leis e costumes da guerra terrestre, bem como as Convenções de Genebra de 1949, outorgam a sanção legal e universal a esse princípio<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup>Ibid., p. 280.

<sup>49</sup>Ibid., pp. 329,362,363.

<sup>50</sup>MORGENTHAU, 1986, pp.280,281.

Com a evolução da guerra à guerra total, retorna-se aos ditames das guerras religiosas que não reconheciam a diferenciação entre combatentes e não combatentes. Nas Primeira e Segunda Guerras considerava-se toda a população como envolvida nas atividades essenciais para a condução da guerra, bem como ideologicamente envolvida em suas convicções e emoções. O trabalhador, o engenheiro e o cientista já não são inocentes observadores do esforço de guerra. O caráter industrial da guerra desfaz a diferença entre combatentes e não combatentes. As nações beligerantes procuram interromper e destruir a capacidade produtiva do inimigo, e para isto buscam atingir a população e os bens civis, buscando também a eliminação da capacidade de resistência.

Pouco antes da Segunda Guerra, mais precisamente em 11 de junho de 1938, o Secretário de Estado americano Cordell Hull declarava a desaprovação de seu país aos bombardeios indiscriminados realizados pelo Japão a Cantão, desaprovando a venda de aviões e armas aéreas a nações que haviam bombardeado a populações civis. Roosevelt proclamou um embargo moral similar contra a União Soviética devido às operações militares deste país contra civis finlandeses. Poucos anos depois, Varsóvia e Rotterdam, Londres e Coventry, Colonia e Nuremberg, Hiroshima e Nagasaki se tornaram alvos de ataques indiscriminados pelas forças aliadas.

Diante dessa mudança fundamental no conceito da guerra, não somente houve ampla violação às limitações morais durante os conflitos, mas também chegou-se a justificar no campo moral a recusa de tomar prisioneiros, a conveniência de executá-los, de matar indiscriminadamente militares e civis, tendo em vista que a guerra tornou-se uma cruzada para defender um ideal, um conjunto de princípios e um modo de vida. As nações beligerantes reclamavam o monopólio da verdade e da virtude, justificando assim os seus atos<sup>51</sup>.

Ao se considerar o pensamento realista apresentado por Morgenthau, percebe-se que não há uma negação à existência do DI, mas a clara afirmação de sua subordinação à política. O DI é visto como um instrumento à disposição do equilíbrio de poder. Certamente determinados aspectos do DI, como questões técnicas e diplomáticas, são consideradas como resultado do consentimento mútuo e da necessidade da sociedade internacional, sendo portanto imperativa a sua existência para a sobrevivência da sociedade internacional. Entretanto, os tratados internacionais, em regra geral, são fortemente influenciados pelo equilíbrio de poder dos países envolvidos na questão.

---

<sup>51</sup>Ibid., pp. 284,285.

#### 1.4 A TEORIA NEO-REALISTA E O DIREITO INTERNACIONAL

A fim de trazer cientificidade ao pensamento realista, Kenneth Waltz incorpora os principais conceitos de Morgenthau num arcabouço estruturalista, por meio do qual busca explicar a política internacional sob a ótica sistêmica. Os cientistas políticos que utilizam a indução e análise estão utilizando um método que não é capaz de explicar a realidade da política internacional, pois a análise clássica permite o exame dos atributos e da interação das variáveis enquanto todas as outras se mantêm constantes, o que não seria factível na política internacional. Ele comenta sobre a “ilusão indutivista” assim chamada pelo antropólogo estruturalista Lévi-Strauss, que consiste na convicção de que é possível obter a verdade e a explicação por meio da acumulação de dados e do exame de mais e mais dados. Os dados não falam por si mesmos, e a observação e a experiência nunca conduzem diretamente ao conhecimento das causas<sup>52</sup>.

Para Waltz os estudantes de política internacional mostram um forte compromisso com a indução: “Examinam numerosos casos com a esperança de que ali surjam estruturas e conexões, e que essas estruturas e conexões representarão a freqüentemente mencionada “realidade que está lá fora”<sup>53</sup>. Entretanto, a política internacional deve ser compreendida não por meio de uma análise das características das unidades que compõem a sociedade internacional, e sim pela estrutura que abarca as unidades que fazem parte do sistema.

Dessa forma, Waltz esclarece que estudiosos de Política internacional usam livremente o termo teoria, referindo-se a qualquer obra que faça mais do que descrever a realidade. Raras vezes esses trabalhos atendem aos requisitos da filosofia da ciência<sup>54</sup>. As teorias não podem construir-se por meio da indução somente, pois as noções teóricas só podem ser inventadas, e não descobertas<sup>55</sup>. Uma teoria é construída criativamente. O mais prolongado e esforçado processo de tentativa e erro não conduzirá à construção de uma teoria, a menos que em algum ponto surja uma intuição brilhante ou uma idéia criativa<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup>WALTZ, 1988,p. 13.

<sup>53</sup>Ibid.,p. 14.

<sup>54</sup>Ibid.,p. 09.

<sup>55</sup>Ibid.,p. 15.

<sup>56</sup>Ibid.,p. 20.



Uma teoria, ainda que relacionada com o mundo acerca do qual se deseja explicar, sempre é diferente desse mundo. A teoria deve ser vista como um modelo que descreve a realidade simplificando-a. Waltz propõe uma teoria que procura explicar parte da realidade, sendo, portanto, diferente da realidade que explica<sup>57</sup>, pois ela indica que alguns fatores são mais importantes que outros e especifica as relações que existem entre eles<sup>58</sup>. Os Estados são as unidades que compõem o sistema internacional, os demais atores, na visão de Waltz, não possuem um nível de influência relevante dentro do sistema.

Em sua crítica aos cientistas políticos, Waltz afirma que muitos têm tentado explicar os acontecimentos políticos internacionais em termos de fatores psicológicos ou de fenômenos psicossociais, ou das características políticas e econômicas nacionais. No entanto, essas teorias não-políticas não são suficientemente poderosas para providenciar explicações e previsões confiáveis<sup>59</sup>.

O objeto de investigação do estudante de política internacional deve ser a estrutura do sistema, e não as unidades. Waltz esclarece que a organização das unidades afeta sua conduta e suas interações. Sendo assim, não se podem prever os resultados ou compreendê-los por meio de um simples conhecimento das características, propósitos e interações das unidades. Quando prevalece a semelhança dos resultados do sistema, não obstante as mudanças nas unidades que o constituem, levanta-se a suspeita de que os enfoques analíticos fracassaram<sup>60</sup>. Dentro dessa idéia Waltz afirma que:

Se as mudanças dos resultados internacionais estão diretamente vinculados às mudanças nos atores, de que modo podemos nos dar conta das semelhanças de resultados que persistem ou reocorrem, inclusive nos casos em que há variações nos atores? Quem crê que pode explicar as mudanças da política internacional também deverá perguntar-se de que modo se pode explicar as continuidades. Às vezes a política internacional é descrita como o domínio dos acidentes e das perturbações, das mudanças rápidas e imprevisíveis. Ainda que abundem as mudanças, as continuidades são igualmente impressionantes, ou mais, afirmação que pode ilustrar-se de diversas maneiras.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup>Ibid.,p. 18.

<sup>58</sup>Ibid.,p. 19.

<sup>59</sup>Ibid.,p. 34.

<sup>60</sup>Ibid.,p. 63.

<sup>61</sup>Ibid.,p. 99: Si los cambios de los resultados internacionales están directamente vinculados a los cambios de los actores, de qué modo podemos dar cuenta de las semejanzas de resultados que persisten o recurren, incluso, en el caso de que los actores varíen? Quien crea que puede dar cuenta de los cambios de la política internacional también deberá preguntarse de qué modo se

Uma teoria sistêmica da política internacional se ocupa das forças em jogo em nível internacional, não em nível nacional[...] As teorias sistêmicas explicam porque as unidades diferentes se comportam de maneira similar e, apesar de suas variações, produzem resultados que caem dentro do nível do esperado[...] A preocupação com a política internacional como sistema implica a concentração nos Estados que causam as maiores diferenças.<sup>62</sup>

A estrutura é o componente de nível sistêmico que possibilita a compreensão da política internacional, e a estrutura de um sistema é gerada pelas interações de suas partes principais. As características das unidades devem ser deixadas de lado para que seja possível diferenciar as variáveis em nível sistêmico, daquelas em nível das unidades. A estrutura, por sua vez, é definida pela disposição mútua das unidades.

A disposição das unidades, sendo fator essencial para a definição da estrutura internacional, é caracterizada pela capacidade relativa das unidades. Esse ordenamento estrutural que se baseia na capacidade das unidades é que influencia todo o sistema internacional<sup>63</sup>. Segundo Waltz, as estruturas estimulam certas condutas e castigam aqueles que não respondem a este estímulo<sup>64</sup>. As mudanças nas estruturas são decorrentes de mudanças nas capacidades relativas das unidades:

Em cada época e lugar as unidades dos sistemas de auto-ajuda, nações, corporações, etc., devem compreender que o maior benefício, e o próprio lhes exige que atuem em nome do sistema e não em nome de sua própria e estreita vantagem.<sup>65</sup>

Como entender a ação do Direito Internacional diante da perspectiva neorealista? Pelo que foi exposto, a estrutura internacional definida pela interação das capacidades relativas das

---

pueden explicar las continuidades. A veces, la política internacional es descripta como el dominio de los accidentes y las perturbaciones, de los cambios rápidos e impredecibles. Aunque abundan los cambios, las continuidades son igualmente impresionantes, o más, afirmación que puede ilustrarse de diversas maneras.

<sup>62</sup>Ibid.,pp. 107,108,109: Una teoría sistémica de política internacional se ocupa de las fuerzas en juego en el nivel internacional, no en el nacional.[...] Las teorías sistémicas explican por qué las unidades diferentes se comportan de manera similar y, a pesar de sus variaciones, producen resultados que caen dentro del rango de lo esperado.[...] La preocupación por la política internacional como sistema implica la concentración en los Estados que causan las mayores diferencias.

<sup>63</sup>Ibid.,p. 139.

<sup>64</sup>Ibid.,p. 157.

<sup>65</sup>Ibid.,p. 161: En cada época y lugar, las unidades de los sistemas de auto-ayuda, naciones, corporaciones, etc, deben comprender que el mayor beneficio, y el propio, les exige que actúen en nombre del sistema y no en nombre de su propia y estrecha ventaja.

unidades é capaz de forçar os Estados a agirem de determinada forma. Em política internacional a força não é somente a *ultima ratio*, mas também um recurso primordial e constante. Waltz trata mais especificamente do DI quando afirma que:

O poder do forte pode fazer que o débil deponha suas pretensões e reclamações, não porque o débil reconheça que o forte tenha direito, mas tão somente porque não é sensato combater contra ele. Inversamente, o débil pode gozar de considerável liberdade de ação se suas capacidades estivessem tão abaixo das do mais forte que este último não se incomode com suas ações nem se preocupa em demasia pelos aumentos marginais de suas capacidades.<sup>66</sup>

Ele resume afirmando que na política nacional há o domínio da autoridade, da administração e da lei, enquanto que na política internacional há o domínio do poder, da luta e da conciliação; consiste em um domínio primordialmente político.

E o que é o poder para Waltz? Para ele um Estado é poderoso na medida em que afete mais aos outros do que seja afetado por eles<sup>67</sup>. O poder politicamente pertinente deve ser definido em função da distribuição das capacidades.

Atualmente cento e noventa e quatro países são signatários das quatro Convenções de Genebra de 1949, cento e sessenta e sete e cento e sessenta e três, dos Primeiro e Segundo Protocolos Adicionais de 1977, respectivamente. Entretanto, diante de uma sociedade internacional anárquica, qual teria sido a motivação para um país incorporar-se às Convenções e aos Protocolos? O que o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) oferece, em termos de garantias, que impulsionaria um Estado a tornar-se parte na referida legislação internacional?

Morgenthau, como anteriormente citado, afirma que o DICA é um “*jus nesessarium*”, que seria independente do consentimento das partes, pois sem ele não seria possível a existência de uma sociedade internacional. Entretanto, a Segunda Guerra demonstrou que o DICA subordinou-se aos interesses político-militares, tendo em vista a concepção de guerra total prevalecente.

<sup>66</sup>Ibid.,p. 166: El poder del fuerte puede hacer que el débil deponga sus pretensiones y reclamos, no porque el débil reconozca que el fuerte tiene derecho, sino porque no es sensato combatir contra él. Inesamente el débil puede gozar de considerable libertad de acción si sus capacidades están tan por debajo de las del fuerte que éste último no se molesta por sus acciones ni se preocupa demasiado por los aumentos marginales de sus capacidades.

<sup>67</sup>Ibid.,p. 281.

Após a Segunda Guerra, a sociedade internacional novamente se congrega para estabelecer as Convenções de Genebra que tratam da proteção dos feridos e enfermos, prisioneiros de guerra e civis. Essas Convenções seriam mais necessárias aos países fracos ou aos fortes? Quem teria mais chance de ter a sua população e bens afetados por um conflito armado, os que possuíam mais recursos bélicos ou os mais deficientes? Sendo os fracos os mais interessados, como podem as teorias realistas e neo-realistas explicarem o empenho dos grandes em sua adoção por parte dos mais fracos? Afinal de contas, pela premissa realista da prevalência do poder nas relações internacionais, o interesse do mais forte é que prevalece.

Entretanto, a explicação do DI simplesmente pela noção realista de poder faz com que o mesmo perca a sua especificidade como fenômeno social. A política internacional não é explicada somente como processos de poder, mas também como processos de cooperação.

Conforme dito anteriormente, a concepção de Morgenthau é de que o DI é um direito primitivo justamente por não haver centralidade no sistema internacional, um órgão supremo, como no Direito Interno, capaz de fazer valer o DI. Todavia, as normas do DI não são ordenamentos de uma autoridade superior, elas são resultado de acordos. Conforme Tunkin, deve ser levado em consideração a diferença entre processos de criação de normas e a força de obrigatoriedade das mesmas. O processo de criação explica como certas regras de conduta se tornam parte do Direito, mas não porque elas são legalmente obrigatórias. Normas de DI são legalmente obrigatórias porque fazem parte de uma instituição social específica que se formou ao longo da história. O Direito é também história.

A resposta à obrigatoriedade legal das normas só pode ser dada historicamente, traçando-se o seu papel original e o desenvolvimento da instituição social conhecida como DI<sup>68</sup>. Ademais, há uma diferença entre o DI clássico e o contemporâneo. Em sua argumentação Tunkin cita o Professor R. J. Dupuy: “O erro de muitos autores tem sido o de continuar a raciocinar dentro da antiga estrutura não vendo nas instituições nada mais que um elemento de relações, sem tomar consciência das transformações que elas exercem dentro da estrutura da coletividade das Nações”<sup>69</sup>. Cassese também classifica o DI em clássico e moderno: “Na comunidade internacional dois diferentes padrões de Direito, um tradicional e

<sup>68</sup>TUNKIN, 1989, p. 294 e 298.

<sup>69</sup>DUPUY apud TUNKIN, 1989, p. 311: “L’erreur de bien des auteurs a été de continuer à raisonner dans l’ancien cadre en ne voyant dans les institutions qu’un élément des relations, sans prendre conscience des transformations qu’elles entraînent dans la structure de la collectivité des nations”.

outro moderno, vivem lado a lado”<sup>70</sup>. Finalmente, Friedmann expressa que: “ o direito internacional é hoje essencialmente dividido entre um direito internacional de coexistência e um direito internacional de cooperação, e essas diferentes perspectivas e princípios se aplicam a esses dois campos[...]”<sup>71</sup> Parafrazeando Friedman, Mello diz que “o DI atual é o da cooperação tratando do desenvolvimento e da interdependência e, em consequência, é um direito vertical”<sup>72</sup>.

Essencialmente, qual seria a diferença entre o DI tradicional e o DI contemporâneo? Tunkin vê a diferença no campo da criação das normas. Enquanto no modelo clássico um pequeno grupo formado pelos Estados mais poderosos estabelecia as normas, e os demais eram compelidos a cumprir pela força das circunstâncias, ou mesmo pela força, no modelo contemporâneo as normas são criadas pela coordenação das vontades de todos os Estados, refletindo o interesse comum e o equilíbrio de seus interesses particulares<sup>73</sup>.

É sob a perspectiva de um DI contemporâneo que deve ser feita a análise do DICA, como um fenômeno histórico e social resultante das modificações havidas após a Segunda Guerra Mundial na sociedade internacional como um todo. A instituição da Carta das Nações Unidas e o impacto trazido pelos ataques que ceifaram milhões de civis, sem terem trazido vantagens militares concretas ao esforço de guerra, são fatos históricos que permearam os debates que antecederam às conferências diplomáticas para a criação das Convenções de Genebra de 1949.

Cabe acrescentar também, o que Justin Morris e Hilaire McCoubrey chamam de sintomas do “*perception-reality gap*”. Primeiramente eles afirmam que há uma percepção de que o conflito militar é a norma das relações internacionais. Pinta-se o quadro de que o DI é rotineiramente descumprido num mundo de constantes conflitos, onde o direito tem a única função de regular o uso da força. Na realidade isso é resultado da ênfase que a mídia dá aos momentos em que ocorrem os conflitos entre países. O editor que escolhe transmitir aos seus leitores a existência pacífica vivida pela vasta maioria dos Estados no mundo, enquanto a União Soviética invade o Afeganistão, os Estados Unidos, Granada, e o Iraque toma os poços

<sup>70</sup>CASSESE apud TUNKIN, 1989, p. 311: “In the international Community two different patterns in law, one traditional, the other modern, live side by side”.

<sup>71</sup>FRIEDMANN apud TUNKIN, 1989, p. 311: “international law is today essentially divided between an international law of cooperation, and that different perspectives and principles apply to these two fields...”

<sup>72</sup>MELLO, 2002, p. 54.

<sup>73</sup>TUNKIN, 1989, p. 315.

de petróleo do Kuwait, terá uma carreira curta. Mas de fato, a mídia testifica que a agressão a fronteiras de países é a exceção, e não a norma.

Em segundo lugar há a percepção de que o DI é proibitivo quando na realidade ele visa à codificação de modos de comportamento aceitáveis pela sociedade internacional, dessa forma ele é facilitativo e não proibitivo. Ele reflete e fortalece a ordem social, não busca a sua imposição. Se assim não fosse, ele seria tanto inefetivo quanto de curta duração. Dessa forma, o Direito não deve ser visto como um fim em si mesmo, mas como um meio para atingir objetivos políticos<sup>74</sup>.

O desafio, portanto, seria o de estabelecer uma ordem com premissa na codificação de normas comportamentais, na qual uma grande proporção de Estados acreditem estar conquistando os seus interesses<sup>75</sup>:

Mesmo os ricos e os poderosos[...] não podem obter comumente o que querem pela força e comando, e devem estar preparados para pagar o preço da obrigação recíproca ou compensatória. Mesmo eles, além disso, buscam legitimidade e aceitação para as suas políticas<sup>76</sup>.

A obediência ao DI é, portanto, fruto de um cálculo de relação custo-benefício. O cumprimento do DI ainda que não apresente vantagens a curto prazo poderá trazê-las a longo prazo. Os Estados antecipam pelas repetidas interações internacionais que mesmo em detrimento de seus interesses imediatos, benefícios em termos de reputação pela observação da norma legal podem evitar o estigma de ser considerado um “quebrador das regras” ou mesmo um “*rogue state*”(estado patife). Além do mais, há a expectativa de que no futuro outros Estados atuarão de maneira recíproca, não necessariamente naquela questão específica, mas em outros acordos de maneira geral<sup>77</sup>.

Diversos tópicos da agenda internacional têm resultado em normas, implícitas ou explícitas, que fomentam certo tipo de cooperação. Há autores que identificam esses conjuntos de normas como regimes internacionais, os quais, constituindo-se em instituições internacionais, são capazes de explicar a cooperação dos países em determinados assuntos.

---

<sup>74</sup>BAYLIS, 2002, p. 48.

<sup>75</sup>Ibid., p. 49.

<sup>76</sup>HENKIN apud BAYLIS, 2002, p. 49: Even the rich and the mighty... cannot commonly obtain what they want by force and dictation and must be prepared to pay the price of reciprocal or compensating obligation. Even they, moreover, seek legitimacy and acceptance for their policies.

<sup>77</sup>BAYLIS, 2002, p. 50.

Diante dos questionamentos anteriormente apresentados, é interessante que se discorra sobre o pensamento neoliberal institucionalista, o qual apresenta os postulados da interdependência complexa e dos regimes internacionais.

### 1.5 A TEORIA NEOLIBERAL INSTITUCIONALISTA E O DI

Considerado como um dos principais teóricos da teoria neoliberal institucionalista, Robert Keohane fundamenta o seu trabalho partindo de premissas neo-realistas, e não descartando-as. Ele prossegue os seus pensamentos argumentando sobre o poder, vendo a política internacional, entretanto, além do uso da força, enfatizando o papel das instituições e a interdependência complexa: “Estamos conscientes das realidades do poder mas não vislumbramos a força militar como a principal fonte de poder, nem vislumbramos a segurança e a posição relativa os maiores objetivos dos Estados”.<sup>78</sup>

Um dos pontos que foi enfatizado neste trabalho é o conceito de cooperação internacional e esta, segundo Keohane, não resulta da harmonia entre os Estados, mas sim dos conflitos. Os Estados não cooperam devido ao altruísmo ou empatia pelas demandas dos outros, nem pela busca de interesses internacionais. Eles buscam a riqueza e a segurança para o seu próprio povo, e a busca do poder seria um meio para estes fins.

Para definir a cooperação internacional, Keohane afirma que “a cooperação intergovernamental acontece quando as políticas seguidas por um governo são vistas por seus parceiros como facilitadores da realização de seus próprios interesses, como o resultado de um processo de coordenação política”.<sup>79</sup> Para o autor, embora fora do meio acadêmico não haja uma clara distinção entre harmonia e cooperação, no estudo da política internacional tal distinção deve ser feita. Keohane explica a diferença nos seguintes termos:

Harmonia é apolítica. Nenhuma comunicação é necessária, e nenhuma influência precisa ser exercida. Cooperação, ao contrário, é altamente política: de alguma maneira, padrões de comportamento devem ser alterados. Esta mudança pode ser realizada por meio de estímulos tanto positivos como negativos. De fato, estudos de

<sup>78</sup>KEOHANE, 2001, p. 272: “We were cognizant of the realities of power but did not regard military force as the chief source of power, nor did we regard security and relative position as the overriding goals of states.”

<sup>79</sup>KEOHANE, 2005, p. 52: “intergovernmental cooperation takes place when the policies actually followed by one government are regarded by its partners as facilitating realization of their own objectives, as the result of a process of policy coordination”.

crises internacionais, bem como experimentos e simulações de teorias dos jogos, têm mostrado que sob uma variedade de condições, estratégias que envolvem ameaças e punições, como também promessas e recompensas são mais efetivas em atingir resultados cooperativos do que aqueles que se apóiam inteiramente na persuasão e na força do bom exemplo.<sup>80</sup>

Deve ser enfatizado, no entanto, que a teoria neoliberal institucionalista é relevante para o sistema internacional somente na medida em que duas condições são atendidas. Primeiramente os atores devem possuir interesses mútuos, ou seja, devem perceber a possibilidade de ganhos com a cooperação. Em segundo lugar é necessário um grau mínimo de institucionalização que poderá ser verificado por análises dos costumes e regimes internacionais existentes sobre determinada questão.<sup>81</sup>

Dois pontos do pensamento de Keohane foram aprofundados a fim de propiciar uma abordagem do DICA como uma instituição: a interdependência complexa e os regimes internacionais.

Sendo o poder o cerne do pensamento realista, Keohane expõe em sua teoria uma crítica ao postulado da fungibilidade do poder partindo da definição realista clássica de recursos de poder (*power resources*): população, geografia e economia, onde o recurso militar tem o seu destaque. Dessa forma, há uma divisão de temas na política internacional, daí surgindo as idéias de “*high politics*” e “*low politics*”. Assuntos relacionados à segurança e à guerra se enquadram na “*high politics*” enquanto relações comerciais, meio-ambiente, e direitos humanos são caracterizados como “*low politics*”. O poder do Estado é mensurado de uma forma geral, presumindo-se uma fungibilidade entre os recursos de poder. Um Estado com razoável produção industrial é, ou pode vir a ser, um Estado militarmente poderoso.

---

<sup>80</sup>KEOHANE, 2005, p. 53: “Harmony is apolitical. No communication is necessary, and no influence need to be exercised. Cooperation, by contrast, is highly political: somehow, patterns of behavior must be altered. This change may be accomplished through negative as well as positive inducements. Indeed, studies of international crises, as well as game-theoretic experiments and simulations, have shown that under a variety of conditions strategies that involve threats and punishments as well as promises and rewards are more effective in attaining cooperative outcomes than those that rely entirely on persuasion and the force of good example”.

<sup>81</sup>KEOHANE, 1989, p. 2: “... First, the actors must have some mutual interests; that is, they must potentially gain from their cooperation... The second condition for the relevance of an institutional approach is that variations in the degree of institutionalization exert substantial effects on state behavior. If the institutions of world politics were fixed, once and for all, it would be pointless to emphasize institutional variations to account for variations in actor behavior. There is however ample evidence to conclude both that the states have mutual interests and that institutionalization is a variable rather than a constant in world politics.”



Entretanto, seria o sistema internacional do tipo simples, como explicam os neo-realistas, existindo uma única estrutura, ou a política internacional abarcaria uma agenda com temas distintos e, para cada tema haveria uma estrutura específica, como no caso do DI? Keohane afirma que o próprio Waltz é ambíguo quando declara que a força militar é um fator decisivo na política internacional: “diferenças de força militar importam, mas não para todo e qualquer propósito”<sup>82</sup>. A versão realista da fungibilidade do poder seria capaz de prever que quando surgissem questões entre grandes e pequenos Estados, os grandes prevaleceriam. Essa, no entanto, não tem sido a experiência norte-americana nas últimas duas décadas, na concepção de Keohane. Ele afirma que os Estados Unidos perderam a Guerra do Vietnã e estiveram por mais de um ano incapazes de assegurar o retorno de seus diplomatas, reféns no Irã. Por outro lado, pequenos aliados, como Israel, têm demonstrado considerável liberdade de ação:

Uma forte abordagem do realismo estrutural que assumisse uma plena fungibilidade de poder em todas as questões iria prever que quando surgissem questões entre grandes potências e pequenos Estados, as grandes potências deveriam prevalecer [...] Certamente isso não se coaduna com a experiência americana das últimas duas décadas.<sup>83</sup>

Índices de mensuração de poder são inadequados, na visão de Keohane, para predição e explicação de determinados acontecimentos da política internacional. Seriam válidos ao sugerirem tendências a longo prazo, mas não explicariam resultados específicos como os anteriormente citados.

Macedo, seguindo o pensamento de Keohane sobre a infungibilidade do poder, exemplifica afirmando que:

De fato, o Japão é um ator muito mais importante do que Israel para a estabilidade financeira mundial, mas este é incomparavelmente mais relevante do que aquele para a paz no Oriente Médio. Essa mudança de raciocínio implica que o sistema internacional deva ter várias estruturas; quiçá uma para cada tema da agenda internacional<sup>84</sup>.

<sup>82</sup>WALTZ, Theory of International politics, p. 189, apud KEOHANE, 1989, p. 54: “differences in strength do matter, although not for every conceivable purpose”.

<sup>83</sup>KEOHANE, 1989, p. 55: “A strong version of structural realism that assumed full fungibility of power across issues would predict that when issues arise between great powers and smaller states, the great powers should prevail.... Certainly it does not fit the american experience of the last two decades.”

<sup>84</sup>MACEDO, 2002, p. 115.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Tunkin diz que de acordo com a área abarcada pelo DI a política internacional encontra diferentes graus de restrição, e, portanto, diferentes possibilidades de instrumentalização do DI para atender a interesses específicos<sup>85</sup>. A influência dos Estados Unidos no estabelecimento e alteração das regras do Direito Internacional Humanitário podem não ser as mesmas quando se fala em Direito Marítimo. Para cada regime ou campo do DI haveria um diferente grau de poder de influência.

A mensuração de poder não deve levar em consideração somente dados palpáveis como tamanho, geografia, população e índices econômicos, deve-se acrescentar o postulado da interdependência assimétrica que constitui-se em uma inferência decorrente do conceito de interdependência complexa.

## 1.6 INTERDEPENDÊNCIA COMPLEXA

Como Keohane conceitua a interdependência complexa? Antes de tudo ele deixa claro que a política internacional possui algumas características que interferem na concepção de poder. Primeiramente ele afirma que há múltiplos canais na política internacional que redundam em relações interestatais, transgovernamentais e transnacionais. Os atores que protagonizam por estes canais são importantes não devido a suas atividades em busca de seus próprios interesses, mas também porque eles atuam como cordões de transmissão, tornando as políticas governamentais em vários países mais sensíveis umas às outras.<sup>86</sup> Na medida em que o escopo das atividades domésticas tem se alargado, e na medida em que corporações, bancos, e uniões de comércio tomam decisões que transcendem às fronteiras nacionais, a política doméstica de diferentes países influencia uns aos outros cada vez mais.

Keohane define a interdependência, portanto, nos seguintes termos:

Em uma linguagem comum, dependência significa um estado em que se é determinado ou significativamente afetado por forças externas. Interdependência, definida de uma maneira mais simples, significa dependência mútua.

<sup>85</sup>TUNKIN, 1989, p. 318.

<sup>86</sup>KEOHANE, 2001, p. 22.

Interdependência na política mundial refere-se a situações caracterizadas por efeitos recíprocos entre países ou entre atores em diferentes países.

Estes efeitos geralmente resultam de transações internacionais- fluxos de dinheiro, bens, pessoas, e mensagens através das fronteiras internacionais. Tais transações têm crescido drasticamente desde a Segunda Guerra Mundial: Décadas recentes revelam uma tendência geral para que muitas maneiras de interconectividade humana através das fronteiras nacionais dobrem a cada dez anos. Embora esta interconectividade não seja o mesmo que interdependência. Os efeitos das transações sobre a interdependência dependerá das restrições, ou custos, a eles associados. Um país que importa todo o seu petróleo será provavelmente mais dependente de um contínuo fluxo de petróleo do que um país importador de casacos de peles, jóias e perfumes (mesmo de equivalente valor monetário) será em um acesso ininterrupto a estes bens luxuosos. Onde há recíprocos (embora não simétricos) efeitos de custos de transações, há interdependência. Onde interações não têm significante efeitos de custos, há simplesmente interconectividade. A distinção é vital se queremos distinguir a política da interdependência.<sup>87</sup>

Outro aspecto da interdependência complexa é que não há hierarquia entre questões internacionais. Keohane explica esse detalhe apresentando as palavras de Kissinger:

[...] o progresso em lidar com a agenda internacional não é mais suficiente. Uma questão nova e sem precedentes tem surgido. Os problemas de energia, recursos, meio-ambiente, população, o uso do espaço e dos mares agora concorrem com questões de segurança militar, ideologia e rivalidade territorial que têm, tradicionalmente, feito parte da agenda diplomática<sup>88</sup>.

<sup>87</sup>KEOHANE, 2001, p. 7-8: "In common parlance, dependence means a state of being determined or significantly affected by external forces. Interdependence, most simply defined, means mutual dependence. Interdependence in world politics refers to situations characterized by reciprocal effects among countries or among actors in different countries.

These effects often result from international transactions-flows of money, goods, people, and messages across international boundaries. Such transactions have increased dramatically since World War II: Recent decades reveal a general tendency for many forms of human interconnectedness across national boundaries to be doubling every ten years. Yet this interconnectedness is not the same as interdependence. The effects of transactions on interdependence will depend on the constraints, or costs, associated with them. A country that imports all of its oil is likely to be more dependent on a continual flow of petroleum than a country importing furs, jewelry, and perfume (even of equivalent monetary value) will be on uninterrupted access to these luxury goods. Where there are reciprocal (although not necessarily symmetrical) costly effects of transactions, there is interdependence. Where interactions do not have significant costly effects, there is simply interconnectedness. The distinction is vital if we are to understand the politics of interdependence".

<sup>88</sup>KEOHANE, 2001, p.23: progress in dealing with the traditional agenda is no longer enough. A new and unprecedented kind of issue has emerged. The problems of energy, resources, environment, population, the uses of space and the seas now run with questions of military security, ideology and territorial rivalry which have traditionally made up the diplomatic agenda." Kissinger.

Há uma sobreposição múltipla de questões internacionais que, segundo Keohane, resultam em um pesadelo para organizações governamentais. Os mais variados temas são tratados por organizações internacionais formais e informais, e no âmbito nacional percebe-se que ministérios e departamentos possuem suas contrapartes internacionais. Os temas debatidos vão desde os Direitos Humanos até o combate ao gafanhoto peregrino no norte da África.<sup>89</sup> Diante disto, fica difícil fazer distinção entre política interna e externa, e a política de conquista e manutenção do poder realiza-se em áreas diversas da confrontação militar. Em locais onde prevaleça a interdependência complexa não há mais uma hierarquia entre as questões internacionais. Os dilemas de segurança, sobrevivência ou conquista mundial, são dissolvidos devido a uma maior gama de informação circulante, que resulta da existência de múltiplos canais de comunicação. Não caberia mais a caracterização de “*high politics*” e “*low politics*”, pois os assuntos de segurança não prevaleceriam sobre os demais. Defendendo o aumento da segurança internacional, Keohane declara que:

A França abandonou a estratégia de *tous azimuts* (defesa em todas as direções) que o Presidente De Gaulle advogava (mesmo à época não era levada muito a sério). Os últimos planos do Canadá de promover uma guerra contra os Estados Unidos foram abandonados há mais de meio século. A Inglaterra e a Alemanha não se sentem mais ameaçadas com a existência de uma e outra. Relações intensas de influência mútua existem entre esses países, e a força revela-se um instrumento político inútil ou irrelevante.<sup>90</sup>

Como resultado dessa falta de hierarquia entre as questões internacionais, surge o pressuposto de que o uso da força militar passa a exercer um papel menor. Durante a guerra fria os Estados Unidos tiraram vantagem dos países europeus, principalmente Alemanha, ligando o desejo de proteção contra a Rússia a negociações comerciais e monetárias. O poder de destruição das armas nucleares tornou qualquer ataque contra uma potência nuclear perigoso. O recurso à força parece menos provável agora do que na maior parte das ocasiões no século anterior a 1945. O próprio Waltz afirma que diferenças em força são importantes,

<sup>89</sup>MACEDO, 2002, p. 118.

<sup>90</sup>KEOHANE, 2001, p.23-24: France has abandoned the *tous azimuts* (defense in all directions) strategy that President de Gaulle advocated( it was no taken entirely seriously even at the time). Canada’s last war plans for fighting the United States were abandoned half a century ago. Britain and Germany no longer feel threatened by each other. Intense relationships of mutual interests exist between these countries, but in most of them force is irrelevant or unimportant as an instrument of policy”

embora não para todo tipo de propósito; e que o poder militar não mais propicia controle político<sup>91</sup>. Como cada tema tem a sua própria estrutura sistêmica, os níveis de poder dependerão da capacidade de cada Estado dentro daquele tema específico. Na perspectiva de Keohane, teorias por ele chamadas de “*issue-structure*”, teriam um maior poder de explicação da realidade internacional, nas quais a força militar, embora ainda importante, não se consideraria mais no topo da hierarquia dos recursos de poder.<sup>92</sup> Tendo em vista o DI, e mais especificamente o DICA, haveria uma maneira de se mensurar o poder de cada Estado dentro desse tema?

A interdependência é uma teoria e, como tal, consiste em um tipo ideal que busca explicar a realidade da política internacional. Isso convém ser trazido à memória a fim de que se perceba que a interdependência complexa não reflete fielmente a realidade da política mundial, assim como a teoria realista. Muitos casos poderão se encontrar entre os dois extremos<sup>93</sup>.

Como dentro de cada tema os Estados possuem um nível de poder específico, Keohane explica estes aspectos por meio de dois pressupostos, o da sensibilidade e o da vulnerabilidade.

## 1.7 SENSIBILIDADE E VULNERABILIDADE

Para entender o papel do poder na interdependência precisamos distinguir duas dimensões, sensibilidade e vulnerabilidade. Sensibilidade envolve graus de resposta dentro de uma estrutura política. Quão rapidamente as mudanças em um país trazem custos de mudanças em outro, e quão grandes são os efeitos destes custos? Isto é medido não simplesmente pelo volume de fluxos entre fronteiras mas também pelos custos dos efeitos das

---

<sup>91</sup>WALTZ, Theory of International politics, 1979, pg 189,191, apud KEOHANE, 1989: “Differences in strength do matter, although not for every conceivable purpose”; “military power no longer brings political control”

<sup>92</sup>KEOHANE, 1989, p. 55: “[...] “issue structure” theories play a major role, and in which military force, although still important, is no longer assumed to be at the top of a hierarchy of power resources”.

<sup>93</sup>KEOHANE, 2001, p. 21: “We do not argue, however, that complex interdependence faithfully reflects world political reality. Quite the contrary: both it and the realist portrait are ideal types. Most situations will fall somewhere between these two extremes... Before one decides what explanatory model to apply to a situation or problem, one will need to understand the degree to which realist or complex interdependence assumptions correspond to the situation”.

mudanças nas transações das sociedades ou governos. Sensibilidade interdependente é criada pelas interações dentro de uma estrutura de políticas. Na dimensão da sensibilidade assume-se que a estrutura permanece a mesma. O fato de um conjunto de políticas permanecerem constantes pode refletir a dificuldade em formular novas políticas em curto espaço de tempo, ou pode refletir o compromisso com um certo padrão de regras doméstica ou internacional.<sup>94</sup> Seria este o caso que explicaria o cumprimento do DICA por determinado Estado, tendo em vista que o DICA tem sua origem no Direito Consuetudinário? E no caso específico dos EUA, seriam eles capazes de formular novas políticas em relação ao DICA, sem levar em consideração a estrutura interna que é fruto de um compromisso a padrões de regras doméstica ou internacional?

Em termos de custo de dependência, sensibilidade significa propensão a efeitos custosos impostos de fora, antes de se alterarem as políticas para tentar mudar a situação. Vulnerabilidade pode ser definida como a propensão de um ator a sofrer custos impostos por eventos externos mesmo depois de haver alterado as suas políticas internas. Como geralmente é difícil mudar rapidamente as políticas, efeitos imediatos de mudanças externas geralmente refletem sensibilidade dependente.<sup>95</sup> Vulnerabilidade é particularmente importante para o entendimento da estrutura política de relações interdependentes. Em certo sentido ela foca quais atores são os definidores da cláusula “*ceteris paribus*”, ou seja, aqueles que podem impor as regras do jogo.<sup>96</sup> Quando diante de um conjunto de regras que leva determinado ator a uma posição desvantajosa, provavelmente haverá a tentativa de alterá-las caso o custo seja razoável<sup>97</sup>. A vulnerabilidade pode se dar tanto em relações político-econômicas como sociopolíticas:

A vulnerabilidade de um país como o Japão é determinada principalmente pelas condições físicas desse país e é praticamente incontornável sem custos muito elevados. Para outros países como os Estados Unidos, a vulnerabilidade física não é tão grande. Por exemplo, os esforços americanos para formular uma nova política de

---

<sup>94</sup>KEOHANE, 2001, p.10: “The fact that a set of policies remains constant may reflect the difficulty in formulating new policies within a short time, or it may reflect a commitment to a certain pattern of domestic and international rules”.

<sup>95</sup>Ibid., p. 11.

<sup>96</sup>Ibid., p.13: “Vulnerability is particularly important for understanding the political structure of interdependence relationships. In a sense, it focuses on which actors are the definers of the *ceteris paribus* clause, or can set the rules of the game.

<sup>97</sup>Ibid., p. 16.

energia após 1973 foram dificultados pela falta de consenso interno sobre o assunto.<sup>98</sup>

Em uma dimensão de vulnerabilidade assimétrica, certos atores podem ser capazes de manipular as restrições existentes em seus rivais e, dessa forma, aumentar seu próprio poder, a vulnerabilidade interdependente assimétrica é uma importante fonte de poder<sup>99</sup>; tal fato será discutido no capítulo III quando será abordado o tema “*lawfare*”.

Para exemplificar a sensibilidade, a maneira como Estados Unidos e Japão foram afetados pela aumento do preço do petróleo em 1971, 1973, 1974 e 1975 esclarecem o assunto. Como eles não possuíam uma política de substituição de energia, a exemplo do PRÓ ÁLCOOL brasileiro, esses países apresentavam uma sensibilidade que era uma função do preço do petróleo e da proporção de consumo de petróleo estrangeiro em relação ao consumo total interno desses países. Comparando-se Japão e Estados Unidos, este se mostrou menos sensível em razão da menor proporção das importações sobre o consumo total.<sup>100</sup>

Quanto à vulnerabilidade, pode ser feita uma análise das regras das instituições monetárias de Bretton Woods, onde Estados Unidos e Grã-Bretanha eram sensíveis a especulações de investidores estrangeiros a suas moedas. Entretanto os Estados Unidos tinham um vulnerabilidade menor pois podiam alterar as regras do sistema como o fez em agosto de 1971.<sup>101</sup>

As assimetrias tanto em sensibilidade como em vulnerabilidade são instrumentos utilizados quando as instituições e regras internacionais são pouco eficazes. Sendo assim, embora haja normas internacionais, os benefícios advindos da inobservância superariam os custos.<sup>102</sup>

Na luta pela sobrevivência de um Estado, qualquer custo pode parecer razoável, mas quando um país luta pelo seu engrandecimento político, ou para garantir o bem-estar de não nacionais, o limite de aceitabilidade pode ser mais baixo. Há custos diretos de um conflito

---

<sup>98</sup>Ibid., p.12: “The vulnerability of a country such as Japan is imposed primarily by that country’s physical endowments and is virtually inescapable without drastic costs. For other countries, such as the United States, physical vulnerability is not so great. For instance, American efforts to formulate a new energy policy after 1973 were slowed by the lack of domestic consensus on the issue”.

<sup>99</sup>KEOHANE,2001, p. 238: “...other agents may be able to manipulate these constraints and thereby enhance their own power[...]. Asymmetrical vulnerability interdependence is an important source of power [...]

<sup>100</sup>MACEDO, 2002, p. 98.

<sup>101</sup>Ibid., p. 98.

<sup>102</sup>Ibid., p. 103.

como perda de vidas, tanto da população civil como de combatentes, bem como custos políticos: qual será a resposta tanto no nível doméstico como no internacional, quando se faz uso da força?<sup>103</sup>

Clausewitz definia a guerra como um ato de violência levado aos seus limites extremos<sup>104</sup>. Esta definição trazia à guerra o seu caráter absoluto. Por outro lado, ele também definia a guerra como um instrumento da política. Por esta última definição percebe-se que passa a haver um limitador para a violência em um conflito: o próprio objetivo político.

Como o uso da força física ilimitada não exclui de modo algum a colaboração da inteligência, conclui-se que aquele que se utiliza da força impiedosamente, sem se preocupar com o derramamento de sangue considerado deve obter superioridade sobre o seu adversário, se este empregar menos vigor na aplicação da força[...]

Se as guerras dos povos civilizados são menos cruéis e destruidoras do que as dos selvagens, as diferenças resultam da condição social tanto dos Estados em si como das relações entre eles. Desta situação social e das relações entre os Estados é que surge a guerra, às quais se condiciona e pelas quais é controlada e modificada. Mas tais elementos não são intrínsecos na guerra; representam apenas condições dadas e introduzir um princípio moderador na própria filosofia da guerra seria um absurdo<sup>105</sup>.

Clausewitz admite que a guerra não é um fenômeno isolado, mas que é resultado das relações entre os Estados, podendo ser controlada e modificada pelos efeitos dessas relações. Ele ainda afirma que “a guerra advém de inter-relações políticas de governos e de nações” e de que “nada mais é do que a continuação do intercâmbio político com a introdução de outros meios”<sup>106</sup>.

Interpretando o pensamento clausewitziano Raymond Aron afirma que:

Clausewitz encontra a unidade não mais no desencadeamento extremo da violência, mas em um ponto de vista superior: a guerra sai da política e é esta última, a política, que determina a intensidade, que cria um motivo, que traça as grandes linhas, que fixa os fins e, ao mesmo tempo, os objetivos militares<sup>107</sup>.

<sup>103</sup>BAYLIS, 2002, p. 53.

<sup>104</sup>LEONARD, 1988, p. 35.

<sup>105</sup>LEONARD, 1988, p. 34.

<sup>106</sup>Ibid., p. 175.

<sup>107</sup>ARON, 1986, p. 163.



Aron critica aqueles que entendem o objetivo da política simplesmente como o crescimento contínuo de poder em relação aos outros Estados, o que faz coincidir os objetivos militares com os políticos, e propicia a visão de guerra absoluta, sem limites. Esta visão, bastante propagada na época pelos Estados Unidos e Inglaterra, é incompatível com os textos e a lógica do pensamento de Clausewitz<sup>108</sup>.

Essa capacidade da política em modificar e controlar os efeitos da guerra pode ser entendida quando se percebe que a paz é o maior objetivo da guerra. Esta não deve ser pensada por si só, mas em relação à paz. “Como conceito estritamente militar, a vitória só aparece como um meio em vista do fim verdadeiro, a saber, a paz”<sup>109</sup>.

Quando se analisa a guerra no contexto social em que ela se encontra, percebe-se que a barbárie não é mais um interesse político, pois, como comentou o Coronel Klaus Kuhn: “o meio mais rápido de se adquirir e se manter uma paz duradoura é conduzindo humanamente as hostilidades[...] é evidente que considerações humanitárias não podem estar dissociadas da concepção estratégica dos líderes militares”<sup>110</sup>. Em termos de racionalidade verifica-se que o apelo à barbárie pode prorrogar a resistência do adversário e aumentar os custos do conflito. A proscrição de uma barbárie desnecessária não é aconselhável simplesmente por questões éticas ou humanitárias mas também pela reciprocidade de outros Estados e pela probabilidade de se prolongarem os conflitos, quando o medo de maus tratos torna o inimigo desesperado.

A estratégia pregada por Giulio Douhet<sup>111</sup> e aplicada na Segunda Guerra, onde se buscava atingir a população civil a fim de desestabilizar o moral do inimigo, não se mostrou eficaz<sup>112</sup>. A população continuou a resistir e a apoiar os seus governos e isso valeu tanto para os ingleses, após o bombardeio a Londres, quanto para os alemães após a Batalha aérea contra Berlim.

Cabe, portanto, analisar o DICA sabendo-se que o objetivo político da guerra tem influência sobre os objetivos militares.<sup>113</sup> Deve-se questionar de que maneira um regime internacional teria influência na condução das hostilidades.

O que esta pesquisa buscou verificar, entre outros aspectos da teoria neoliberal, é justamente a vulnerabilidade norte americana no caso de descumprimentos das regras do

---

<sup>108</sup>Ibid., p. 160.

<sup>109</sup>Ibid., p. 163.

<sup>110</sup>BAYLIS, 2002, p. 54.

<sup>111</sup>DOUHET, 1988, p.87.

<sup>112</sup>SANTOS, 1989, p. 39, 43.

<sup>113</sup>ARON, 1986,p. 174.

DICA. Durante a operação “*Desert Storm*” os benefícios de não cumprir as regras da proporcionalidade compensariam os custos em uma dimensão de vulnerabilidade?

## 1.8 REGIMES INTERNACIONAIS

O entendimento dos regimes internacionais deve passar primeiramente pelo conceito de instituições internacionais, afinal de contas, Keohane considera regime como um tipo de instituição. O pensamento de Hedley Bull, retirado de “*A Sociedade Anárquica*”, é utilizado na escola institucionalista para conceituar as instituições. Segundo ele “o equilíbrio de poder, o Direito Internacional, o mecanismo diplomático, o sistema de gerenciamento das grandes potências, e a guerra, são consideradas instituições da sociedade internacional”<sup>114</sup>. Keohane diz que elas têm em comum o fato de que “envolvem conjuntos de regras, formais e informais, que são persistentes e conectados, e prescrevem papéis comportamentais, restringem atuações, e modelam expectativas”<sup>115</sup>. Uma instituição não deve ser definida somente em termos de normas, na realidade a prática constitui o âmago de uma instituição internacional<sup>116</sup>.

As instituições devem ser analisadas em termos de poder e interesses. O poder em uma visão institucionalista deve ser entendido pelos aspectos de sensibilidade e vulnerabilidade anteriormente citados. Quanto aos interesses, deve-se compreender que se não houvesse ganhos potenciais de acordos realizados na política mundial, ou seja, se nenhum acordo entre os atores trouxesse um benefício mútuo, não haveria necessidade de instituições internacionais. A história da sociedade internacional está repleta de acordos comerciais, regras de guerra, e tratados de paz, o que reflete a existência de interesses comuns entre os países e o papel das instituições.<sup>117</sup>

Para Keohane as instituições podem ser pensadas em três formas: organizações formais intergovernamentais e transnacionais, regimes internacionais e convenções. Para a pesquisa sobre o DICA merecem destaque as convenções e os regimes internacionais. As

---

<sup>114</sup>BULL, 2002, p. 88.

<sup>115</sup>KEOHANE, 1989, p.163: [...]involve persistent and connected sets of rules (formal or informal) that prescribe behavioral roles, constrain activity, and shape expectations.

<sup>116</sup>ibid., p. 164 e 166.

<sup>117</sup>KEOHANE, 1989, p.166.

convenções seriam instituições informais, com regras implícitas capazes de moldar as expectativas dos atores, podem ser consideradas como ordenamentos espontâneos. A imunidade diplomática por exemplo, já era uma convenção séculos antes de ser codificada por meio de acordos formais em 1961<sup>118</sup>. A reciprocidade constitui-se em outra convenção, pois os líderes políticos têm a expectativa de um tratamento recíproco, tanto positivo quanto negativo, e com isso antecipam os custos em que incorrerão por suas violações ou cumprimento de determinadas regras.

Os regimes internacionais são conceituados como “conjunto de princípios, normas, regras, e procedimentos de tomada de decisão, implícitos ou explícitos, em torno dos quais as expectativas dos atores se convergem”.<sup>119</sup> Eles dependem da existência de convenções que tornem possíveis as negociações. Não que as convenções especifiquem precisamente as regras dos regimes, na realidade eles expandem e clarificam as regras que governam as questões envolvidas.

Keohane diz que a distinção entre organizações, regimes e convenções não é muito clara. Acordos geralmente combinam regras explícitas com entendimentos oriundos de convenções. Talvez, sem exceção, as organizações internacionais estejam imiscuídas em regimes internacionais, e o que as organizações fazem é monitorar, gerenciar e modificar a operação de regimes.<sup>120</sup>

## 1.9 A DEMANDA POR REGIMES INTERNACIONAIS

Fundamentando-se em duas premissas, a da falha de mercado e da teoria dos jogos, Keohane inicia suas explicações teóricas para a cooperação internacional e formação de regimes. Pela teoria da falha de mercado quando os atores internacionais atuam em um ambiente de competição, os resultados do sistema não atingem um nível ótimo quando se trata da produção de bens públicos. Em termos econômicos, pode-se verificar que a poluição, por exemplo, trata-se de um resultado indesejável em um ambiente de competição entre firmas.

---

<sup>118</sup>Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

<sup>119</sup>KEOHANE, 1989, p. 101. “sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actor expectations converge.”

<sup>120</sup>Ibid., p. 5.

Dentro de uma perspectiva microeconômica, sem a intervenção do Estado, as firmas não cooperariam para solucionar este problema. Os microeconomistas entretanto enfatizam que a poluição neste caso não resulta de uma irracionalidade das firmas, mas do fato de os atores terem que colaborar em vez de competir. Não haveria uma vocação das firmas para produzirem bens públicos quando competem. Comparada com a sociedade internacional onde vigora a anarquia, a solução para esse problema não pode ser encontrada na intervenção de uma entidade superior. Dessa forma, Keohane apresenta a teoria dos jogos como um mecanismo para solução da falha de mercado.<sup>121</sup>

A atitude de jogadores que se encontram impedidos de se comunicar, quando em uma tomada de decisões cujos efeitos podem atingir a ambos, não é a mesma daqueles que se comunicam, de atores que têm à sua disposição um número suficiente de informações confiáveis.

O dilema do prisioneiro é um exemplo clássico. Um chefe de polícia prende dois homens que não poderão ser enforcados sem a confissão voluntária de pelo menos um deles. Dessa forma, ele convoca um prisioneiro e lhe oferece a liberdade, e uma soma de dinheiro, se ele confessasse pelo menos um dia antes que o segundo prisioneiro o fizesse, de maneira a preparar o indiciamento e assim enforcar o segundo. Sendo assim, quem confessar primeiro será liberado e o outro enforcado. Se os dois confessarem ao mesmo tempo, ambos serão mantidos vivos e cumprirão dez anos de prisão. Se ninguém confessar, ambos serão liberados sem nenhuma recompensa em dinheiro. Entretanto, o chefe de polícia pergunta ao prisioneiro: “Mas você apostaria o seu pescoço de que aquele canalha não correria para confessar e embolsar o dinheiro? Vá para a cela e pense na sua resposta até amanhã”. O mesmo discurso é feito para o segundo prisioneiro e ambos passam a noite considerando o dilema.

Ambos os prisioneiros buscarão a estratégia que otimize suas posições diante das opções possíveis. Para evitarem serem enforcados, ambos confessarão e terminarão na prisão por dez anos, demonstrando assim como a racionalidade individual leva à irracionalidade coletiva. O resultado sub-ótimo só poderia ser evitado se os dois prisioneiros possuíssem um mecanismo que lhes permitisse cooperar. O princípio da reciprocidade e a garantia de um fluxo de informações confiáveis seriam os instrumentos para essa cooperação.

Um resultado ótimo para o dilema do prisioneiro pode ser alcançado por meio da reciprocidade. Pela reciprocidade pode-se entender que os Estados têm consciência das

---

<sup>121</sup>BAYLIS, 2001, pp. 306-309.

repercussões de suas atitudes frente aos demais; a Sociedade Internacional reconhece o direito de se responder na mesma moeda quando se está negociando, ou após o estabelecimento de um tratado. Aquele país que não cumpre determinada norma acordada não pode esperar que o outro continue cumprindo o previsto no acordo. Sendo assim, os países, ao tomarem decisões racionais, levariam em conta que o outro protagonista responderia da mesma forma como foi tratado. Em um ambiente de reiteradas interações, os países passariam a se conhecer e a proceder conforme as experiências anteriormente vividas, podendo até mesmo chegar à formação de um costume internacional.

A reciprocidade pode ser específica ou difusa. O primeiro tipo é aquela em que atores específicos levam em consideração as repercussões de suas atitudes sobre outro, enquanto que a reciprocidade difusa vislumbra a resposta da sociedade internacional como um todo à ação de um ator específico. A longo prazo, a reciprocidade específica pode gerar uma experiência mútua e criar condições apropriadas para a operação de uma reciprocidade difusa.<sup>122</sup>

O sistema de segurança coletiva pode ser entendido como uma reciprocidade difusa, pois um ato de agressão por parte de um Estado pode gerar uma sanção por parte da ONU, ressaltando-se, com certeza, a política existente entre os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança que poderão vetar ou não determinadas decisões. Entenda-se, portanto, que a resposta do Conselho de Segurança à invasão do Kuwait pelo Iraque pode ser vista como uma reciprocidade difusa, pois não foi o Kuwait quem respondeu à ação, mas a ONU. Sobre este assunto é interessante o comentário de Morris:

Além do mais, se, em quebrando a lei, um Estado atrai a censura da comunidade internacional, tal resposta tende a demonstrar a eficácia, antes que a ineficácia, da lei. A invasão do Kuwait pelo Iraque, uma clara quebra do DI, foi tão fortemente criticada que impulsionou, e não destruiu, a proibição legal do uso da força nas relações internacionais<sup>123</sup>.

Partindo-se do princípio de que a cooperação pode gerar ganhos absolutos e de que os países têm interesse neste tipo de ganho, a reciprocidade é coerente com os princípios da soberania e auto-ajuda, sendo a estratégia mais efetiva para a manutenção da cooperação entre

<sup>122</sup>KEOHANE, 1989, p. 146,147.

<sup>123</sup>BAYLIS, 2002, p. 51: "Iraq's invasion of Kuwait, a clear breach of international law, was so overwhelmingly criticized that it bolstered, rather than undermined, the legal prohibition of the use of force in international relations".

egoístas. A cooperação resultante da reciprocidade não seria resultado de altruísmo mas de mútuos interesses que estariam em jogo.

Diferentemente de uma relação econômica, é difícil se medir a equivalência de benefícios oriundos da reciprocidade em relações internacionais. Como medir o valor da oferta de uma superpotência em proteger um aliado de um ataque armado, em relação à disposição deste em voluntariamente aceitar o posicionamento de tropas da superpotência em seu território? A reciprocidade, portanto, se refere a trocas com valores equivalentes razoáveis nas quais as ações de cada parte são condicionadas às ações anteriores dos outros, de tal forma que o bem é recompensado com o bem, e o mal com o mal. Geralmente essas trocas são mutuamente benéficas, podendo se basear em interesses egoístas, bem como em conceitos comuns de direitos e obrigações. Os valores dessas trocas podem ou não ser medidos e comparados.<sup>124</sup>

Outro fator a influenciar o nível de cooperação entre os atores seria o fluxo confiável de informações. Exemplificando a relevância de tal fator, Keohane apresenta o caso dos “lemons”. Em um sistema de venda de carros usados os compradores se preocupam em não adquirirem “lemons”, carros “engatilhados”, que em futuro próximo apresentariam problemas mecânicos. Tal temor leva os compradores a recearem a aquisição de qualquer carro usado, o que prejudica os vendedores dos carros que possuem qualidade. A fim de atender a interesses mútuos, compradores e vendedores podem eleger alguém que seja de confiança para os dois, visando garantir a qualidade dos veículos, uma espécie de corretor. A partir do instante que se estabelece a transparência das transações, cria-se um ambiente propício à cooperação e todos saem ganhando. Este exemplo serve para explicar o procedimento em economia para casos de “falha de mercado” onde as leis de mercado por si só não são suficientes para manter um nível ótimo de ganhos para todos os participantes<sup>125</sup>.

No caso dos “lemons” o corretor funcionou como um instrumento para permitir um fluxo confiável de informações. Levando-se em consideração o “dilema do prisioneiro”, se algum “corretor” fomentasse uma interação e transparência entre os atores, isto levaria o sistema a um resultado ótimo de Pareto<sup>126</sup>. Os prisioneiros, se pudessem se comunicar,

<sup>124</sup>KEOHANE, 1989, pp. 134,135,136.

<sup>125</sup>KEOHANE, 2005, pp. 82,83.

<sup>126</sup>Nível de interação a partir do qual o benefício acrescentado a um membro do sistema implica a perda para outro.

racionalmente cooperariam a fim de obter um resultado que beneficiasse a ambos, caracterizando uma racionalidade coletiva e não mais individual.

A reiterada participação dos atores em jogos, tais como o “dilema do prisioneiro” faz com que os atores conheçam o modo de agir de cada participante. Há uma prática reiterada durante as negociações entre os protagonistas. Um jogador coopera se no jogo anterior o outro cooperou. Isso leva à criação de costumes na sociedade internacional, o que propicia a formação de regimes. Os regimes terão sempre como fato gerador uma prática já existente entre determinado número de países, o que de certa forma permite que se preveja, com determinado grau de probabilidade, as reações dos países em circunstâncias específicas.

Os Estados não cooperam dentro de um regime por altruísmo, mas por escolherem, racionalmente, a participação em um regime que reduza os custos para as suas tomadas de decisão. Um ambiente de costumes, reciprocidade, e com um fluxo confiável de informações reduz os riscos e, conseqüentemente, os custos das negociações.<sup>127</sup>

Diante do que foi apresentado sobre a teoria neoliberal institucionalista teria o DICA as características para que fosse enquadrado como um regime internacional? Há no DICA um sistema que garanta aos países-parte um fluxo de informações abundantes e confiáveis a ponto de motivar os Estados a ingressarem nesse “regime”? Tendo o DICA como aspecto fundamental, o não basear-se no princípio da reciprocidade, diferentemente de outros tratados internacionais, de que maneira o DICA é capaz de garantir aos Estados-parte determinado poder de coercibilidade frente a um infrator? E, não existindo tal poder, pode o DICA subsistir como um regime? Como analisar o poder de um país ao lidar com as regras de um regime como o DICA?

A fim de se analisar a aplicabilidade do DICA, utilizou-se a Guerra do Golfo como um estudo de caso onde se procurou responder se a teoria neoliberal institucionalista é capaz de explicar o cumprimento do princípio da proporcionalidade, por parte dos Estados Unidos, quando do emprego do poder aéreo durante a operação “*Desert Storm*”, ocorrida em 1991.

Algumas considerações serviram para nortear a pesquisa dentro de seu enfoque. Primeiramente foi verificado se o princípio da proporcionalidade se enquadrava em todos os critérios postulados pela teoria neoliberal institucionalista para um regime internacional. Em segundo lugar foi analisada a evolução do princípio da proporcionalidade. Foi pesquisada também a atuação do “*Judge Advocate*” ao longo da história da Força Aérea Americana,

---

<sup>127</sup>KEOHANE, 2005, p. 107.

ênfatisando a sua atividade na operação “*Desert Storm*”. A atuação do “*Judge advocate*” foi investigada procurando mensurar a vulnerabilidade dos Estados Unidos, sob a tica neoliberal institucionalista, caso optasse pelo não cumprimento do princípio da proporcionalidade.

Tendo em vista a gama de assuntos abarcados pelo DICA, esta pesquisa se delimitou, conforme acima descrito, ao princípio da proporcionalidade. Tal escolha se prendeu ao fato de que, para o emprego do poder aéreo este é o aspecto do DICA que tem maior aplicabilidade após a realização dos ataques por parte do vetor aéreo. Sendo assim, os aspectos da teoria neoliberal institucionalista referentes às convenções internacionais, reciprocidade, fluxo confiável de informações e vulnerabilidade foram aplicados na análise desse princípio do DICA.

H que se ter em mente que esta pesquisa não englobou a investigação da proporcionalidade no *jus ad bellum*, e sim no *jus in bello*. O *jus ad bellum* tem sua origem nas argumentações sobre o conceito de guerra justa. Quando Hugo Grotius teceu a sua abordagem ele buscou estabelecer os critérios para que uma guerra fosse considerada como legítima. Durante a era da guerra justa, o Papa era quem, em tese, seria o árbitro final para declarar a legitimidade do recurso  força. A proporcionalidade na teoria da guerra justa deve ser resumida a uma avaliação se o mal, como um todo causado por uma guerra, pudesse ser balanceado pelo bem que pudesse ser adquirido. Uma vez estabelecido este julgamento, a conduta na guerra seria uma preocupação secundária<sup>128</sup>.

Para Grotius o governante devia pesar na balança o mal e o bem que poderia resultar de uma guerra justa. A efetividade dos meios que contribuem para o bem deveriam ter parte neste processo de ponderação, e o recurso  guerra somente se a probabilidade do resultado for contribuir mais para o bem que para o mal. Este é um argumento clássico de proporcionalidade, e Grotius providencia uma explicação por meio do exemplo de um dilema entre a perseguição da liberdade por meio da força, que pode resultar na matança de seu próprio povo, e a alternativa de paz sem liberdade. O mal do primeiro, na sua visão, sobrepujava o bem do último, e dessa forma não garantia o recurso  guerra<sup>129</sup>.

Com o declínio da autoridade da Igreja essa capacidade arbitral transferiu-se aos Estados individualmente. Diante dessa discricionariedade e subjetividade, uma guerra poderia

---

<sup>128</sup>GARDAM, 2004, p. 33.

<sup>129</sup>GARDAM, 2004, p. 35.



ser considerada justa para ambos os lados em conflito, o que conduziu, logicamente, à legalidade de todo recurso à força<sup>130</sup>.

Com o estabelecimento da Liga das Nações, o recurso à força passou a subordinar-se ao sistema de segurança coletiva então vigente. Em 1928, por intermédio do Pacto Briand-Kellogg, houve a renúncia à guerra. A Carta das Nações Unidas restringiu a legalidade do recurso à força à legítima defesa individual ou coletiva, conforme o artigo 51 desse mesmo documento.

O *jus in bello*, por sua vez, diz respeito à condução das hostilidades, independentemente de o uso da força ter sido legítimo ou não<sup>131</sup>. O *jus in bello* abarca todo o DICA, envolvendo os ramos de Haia e de Genebra. Após a apresentação dos arcabouços teóricos realista, neo-realista e neo liberal institucionalista é pertinente que seja aprofundada a solução do problema de pesquisa. Para isto foi feita a abordagem metodológica utilizada neste trabalho e realizada a análise do princípio da proporcionalidade, buscando-se a verificação de sua evolução histórica e implicações legais no DI contemporâneo.

---

<sup>130</sup>Ibid., p. 39.

<sup>131</sup>Ibid., p. 29: “United States Military Tribunal at Nuremberg”(United States v List et al, 11 USMT 1948, 757): “Whatever may be the cause of a war that has broken out, and whether or not the cause be a so called just cause, the same rules of international law are valid as to what must not be done, and must be done by the belligerents themselves in making war against each other and as between belligerents and neutral states. This is so even if the declaration of war is *ipso facto* a violation of international law”.

## 2 A PROPORCIONALIDADE NO DICA

### 2.1 METODOLOGIA UTILIZADA

A pesquisa investigou, por meio de um estudo de caso, a influência das convenções, reciprocidade, fluxo confiável de informações e da atuação do *Judge Advocate* para o cumprimento do princípio da proporcionalidade, por parte dos Estados Unidos, durante a operação “*Desert Storm*” na primeira Guerra do Golfo. A opção por esta técnica permitiu testar o poder explicativo da teoria neoliberal institucionalista no que diz respeito ao regime internacional da proporcionalidade.

Conforme George apresenta em seu livro *Case Studies and Theory Development in the Social Sciences*, um dos objetivos para pesquisas que buscam o desenvolvimento de teorias seria o teste das mesmas<sup>132</sup>. Nessa situação, os estudos de caso avaliariam sob que condições as teorias teriam uma maior ou menor relevância.

O próprio Keohane em seus trabalhos procura incentivar os leitores a realizarem pesquisas utilizando a visão neoliberal institucionalista. Em seu trabalho “*After Hegemony: cooperation and discord in the world political economy*”, ele usa a teoria institucionalista para explorar a política econômica mundial pós-guerra, entretanto, entende que há a necessidade de se realizarem pesquisas de cunho histórico mais profundas e investigações mais detalhadas em questões de segurança internacional<sup>133</sup>.

A pesquisa ora realizada tem afinidade com a área de estudos estratégicos. Alguns pesquisadores como o Major General Charles J. Dunlap<sup>134</sup> têm levantado a teoria do “*lawfare*” onde destaca a vulnerabilidade norte-americana em conflitos internacionais em que se engaje, tendo em vista as repercussões dos aspectos legais envolvidos. Isso tem feito com que a presença do “*legal adviser*” seja cada vez mais necessária a fim de se reduzirem os custos políticos resultantes de determinado conflito internacional. Dessa forma, ao se

<sup>132</sup>GEORGE, 2005, p. 75.

<sup>133</sup>KEOHANE, 1989, p. 13,14.

<sup>134</sup>Dunlap atuou, quando coronel, como *Staff Judge Advocate* no *Air Combat Command* em *Langley Air Force Base*.

buscarem as explicações da teoria neoliberal para um regime internacional da proporcionalidade, houve um aprofundamento na análise estratégica das implicações do DI para a condução das hostilidades por um Estado.

A escolha de um conflito envolvendo os Estados Unidos da América deve-se ao fato de o mesmo ter sido a maior potência militar durante a operação *Desert Storm*, e cuja Força Aérea destacou-se na realização de bombardeios estratégicos. Tais tipos de bombardeios foram decorrentes da aplicação intensiva da doutrina de operações baseadas nos efeitos e não simplesmente em destruição de alvos. Sendo os danos colaterais a civis efeitos a serem evitados em uma campanha militar, julgou-se pertinente a comparação deste conflito com os ditames do regime da proporcionalidade. A primeira guerra do Golfo foi considerada por Eliot Cohen como o primeiro evento a convencer a liderança militar de que estava havendo uma mudança na maneira de se conduzir a guerra: uso de armamentos de precisão com inegável eficácia e de tecnologia “*stealth*”<sup>135</sup>. Tal mudança na conduta da guerra também é enfatizada pelo General Deptula ao afirmar que “em alguns casos, um único avião e uma PGM (munição guiada de precisão) durante a Guerra do Golfo obtiveram o mesmo resultado que um *raid* com mil aviões com mais de 9000 bombas durante a Segunda Guerra, e sem os danos colaterais a eles associados”<sup>136</sup>. No Relatório do Departamento de Defesa americano ao Congresso, a Guerra do Golfo foi caracterizada pelo uso de “uma nova geração revolucionária de armas de alta tecnologia combinada com inovativa e efetiva doutrina [...]”. No mesmo Relatório também é acrescentado que a “guerra testou um geração inteira de novas armas e sistemas na vanguarda desta revolução”<sup>137</sup>. Estes aspectos, portanto, foram considerados como relevantes para a escolha deste caso como objeto de estudo.

Em termos metodológicos, quatro variáveis foram consideradas: as convenções relativas ao princípio da proporcionalidade, aqui analisadas como costume internacional ou Direito Consuetudinário; a reciprocidade em seus aspectos positivos e negativos; o fluxo confiável de informações, na figura das Potências Protetoras; a vulnerabilidade como elemento para medição de poder no contexto de um regime internacional; e o cumprimento do princípio da proporcionalidade. Este último trata-se de uma variável dependente, tendo em

<sup>135</sup>BAYLIS, 2002, p. 148.

<sup>136</sup>DEPTULA, 2001, p.8.

<sup>137</sup>UNITED STATES, 1992, pp. 24, 27: A revolutionary new generation of high-technology weapons, combined with innovative and effective doctrine[...]; The war tested an entire generation of new weapons and systems at the forefront of this revolution.

vista que consiste em um efeito que teria como causas as variáveis anteriormente citadas, classificadas, dessa forma, como independentes.

Os costumes ou convenções, a reciprocidade, e o fluxo confiável de informações foram critérios da teoria neoliberal institucionalista para a existência de um regime internacional, que neste estudo foram aplicados na análise do princípio da proporcionalidade. A vulnerabilidade consiste em uma forma de se avaliar o quanto um Estado é capaz de modificar a sua estrutura interna a fim de descumprir determinado regime. A interferência ou não desses critérios na condução das hostilidades durante a guerra do Golfo e suas implicações para o cumprimento da proporcionalidade foram abordados durante a pesquisa.

Em “*Case studies and Theory Development in the Social Sciences*” Bennett e George apresentam o método do “*process-tracing*” definido como uma tentativa de “identificar o processo interveniente causal- a cadeia causal e o mecanismo causal- entre uma variável independente e o resultado da variável dependente”<sup>138</sup>. Os autores citam Charles Tilly quando afirma que proposições teóricas devem ser baseadas em “relevantes, verificáveis histórias causais apoiando-se em diferentes cadeias de relações de causa e efeito cuja eficácia pode ser demonstrada independentemente daquelas histórias”<sup>139</sup>.

Com o uso de teorias para desenvolver explicações de casos por meio do “*process-tracing*”, todas os passos intervenientes em um caso devem ocorrer conforme predito nas hipóteses apresentadas pela teoria. Estas mesmas hipóteses podem ser alteradas, trivialmente ou fundamentalmente, a fim de se explicarem os casos.

Os critérios para a existência de um regime foram considerados como hipóteses e, dessa maneira, foram testadas ao longo da pesquisa. O aspecto da vulnerabilidade, se bem não se trate de um critério para a existência de um regime internacional, foi investigado como uma hipótese para explicar o cumprimento do princípio da proporcionalidade, tendo em vista ter a capacidade de explicar o poder dos Estados Unidos em alterar a sua estrutura interna, caso optasse em não cumprir o DICA.

Outro aspecto que contribuiu para a adoção da abordagem metodológica de Bennett e George é que ela é compatível com os postulados da escolha racional e teoria dos jogos<sup>140</sup>.

<sup>138</sup>GEORGE, 2005, p. 206:[...] identify the intervening causal process – the causal chain and causal mechanism- between an independent variable (or variables) and the outcome of the dependent variable.

<sup>139</sup>Ibid., p.205: [...]relevant, verifiable causal stories resting in differing chains of cause-effect relations whose efficacy can be demonstrated independently of those stories.

<sup>140</sup>Ibid., p. 208.

Conforme exposto no presente trabalho, a teoria neoliberal institucionalista se baseia nestes dois postulados, sendo assim, as análises verificaram as relações custo-benefício quando da tomada de decisões, bem como a postura dos Estados como atores que competem em um jogo buscando um resultado que se aproxime de um “ótimo de Pareto”.

Dentre as variedades de “*process-tracing*” apresentadas por Bennett e George, esta pesquisa adotou a “*analytic explanation*” devido ao fato de o detalhamento da teoria de Keohane permitir selecionar as partes do processo que causam os resultados de um regime internacional<sup>141</sup>. Como a técnica de “*process-tracing*” pode ser adaptada à natureza do processo causal de cada caso a ser investigado, não necessariamente a cadeia causal desta pesquisa foi linear, ou seja, as convenções geraram a reciprocidade, esta por sua vez gerou um fluxo confiável de informações que, em determinado momento produziu uma vulnerabilidade e esta gerou o cumprimento do princípio da proporcionalidade. Há uma liberdade, conforme Bennett e George afirmam em seu trabalho, para se admitir que possa haver uma convergência e não uma linearidade entre as variáveis que causariam, no caso deste trabalho, o cumprimento da proporcionalidade. Este aspecto só foi possível de se verificar após a análise dos dados encontrados.

## 2.2 O CONCEITO DE PROPORCIONALIDADE

O DICA se fundamenta no equilíbrio entre dois princípios: a necessidade militar e a humanidade<sup>142</sup>. Jean Pictet, inclusive, reconhece a tensão entre esses dois princípios como a alma do DICA: “Não se pode, portanto, escapar a esta tensão entre exigências humanitárias, de uma parte, necessidades militares e políticas, de outra, pois esta tensão, veremos mais a frente, é mesmo a alma do DICA.”<sup>143</sup>

Fazendo uma comparação com um ramo do Direito Interno, como o Direito Penal, em que no caso da legislação referente ao tráfico de drogas há um bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública,<sup>144</sup> no DICA há dois bens jurídicos tutelados, o direito soberano de um

<sup>141</sup>Ibid., p. 211.

<sup>142</sup>GARDAM, 2004, p. 2.

<sup>143</sup>PICTET, 2002, p. 335. : “On ne peut donc échapper à cette tension entre exigences humanitaires, d’une part, nécessités militaires et politiques, de l’autre, car cette tension, nous le verrons plus loin, c’est l’âme même du droit des conflits armés.”

<sup>144</sup>JESUS, DAMÁSIO DE. apud FILHO, 2007, p. 35.

Estado em vencer a guerra e o direito das vítimas<sup>145</sup> em serem protegidas contra os efeitos dos ataques.

O princípio da proporcionalidade encontra-se definido no Art 51, inciso 5(b) do Primeiro Protocolo de 1977 Adicional às Convenções de Genebra de 1949:

“Serão considerados como efetuados sem discriminação, entre outros, os seguintes tipos de ataques:

.....  
 (b) os ataques de que se possa esperar que venham a causar acidentalmente perdas de vidas humanas na população civil, ferimentos nos civis, danos nos bens de caráter civil ou uma combinação dessas perdas e danos, que seriam excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta esperada.”

O artigo 57 também trata do assunto em seu inciso 2,(a) (iii):

“No que respeita aos ataques, devem ser tomadas as seguintes precauções:

(a) os que preparam e decidem um ataque devem:

.....  
 (iii) abster-se de lançar um ataque do qual se possa esperar que venha a causar acidentalmente perdas de vidas humanas na população civil, ferimentos nos civis, danos nos bens de caráter civil ou uma combinação dessas perdas e danos que seriam excessivos relativamente à vantagem militar concreta e direta esperada;”

Em uma concepção contemporânea ele apresenta uma ponderação entre fins e meios, entre a vantagem militar e o dano colateral causado pelo ataque.

### 2.3 A PROPORCIONALIDADE COMO UM COSTUME

Assim como Keohane afirma que a participação de um Estado em determinado regime não é fruto de altruísmo, mas sim de interesses próprios, Clausewitz, o filósofo da guerra, afirma que as preocupações humanitárias quando aplicadas à guerra são resultado, não da boa vontade dos países, mas do uso da inteligência visando a um emprego eficaz dos meios.

<sup>145</sup>São consideradas vítimas a população civil que se encontra indefesa e se abstém de atos hostis, os combatentes na condição de fora de combate, e os feridos e enfermos.

Embora tenha subestimado o valor do DI nos resultados de um conflito armado, Clausewitz reconheceu que a condição social de um Estado em guerra, e suas relações recíprocas, fazem surgir algum tipo de limitação no conflito.<sup>146</sup> Essa perspectiva clausewitziana do uso da inteligência, e não do altruísmo, se coaduna com a visão de Keohane de que a formação de regimes pode ser explicada com um firme fundamento no pressuposto da escolha racional dos Estados. Os Estados cooperam buscando atingir um “ótimo de Pareto” em suas relações. Como Keohane argumenta, a entrada de um Estado em um regime é condicionada à existência de interesses mútuos. Em outras palavras, eles devem ter algum ganho em potencial daquele tipo de cooperação na qual se engajaram<sup>147</sup>. As abordagens a seguir verificarão como os costumes que originaram o DICA, em especial aqueles voltados para o princípio da proporcionalidade, resultaram do uso inteligente dos meios militares tendo em vista a limitação decorrente das relações recíprocas entre os países.

Dentro da perspectiva de Keohane, os costumes internacionais seriam caracterizados por convenções:

Em filosofia ou teoria social, convenções são instituições informais, com regras implícitas e entendimentos, que modelam as expectativas dos atores. [...] A imunidade diplomática tradicional, nesse sentido, era uma convenção séculos antes de ser codificada em dois acordos internacionais formais durante a década de sessenta. [...] De fato, regimes internacionais dependem da existência de convenções que tornam tais negociações possíveis.<sup>148</sup>

Seguindo essa abordagem verifica-se que mesmo antes do século quinto AC os combatentes gregos adotavam regras de engajamento que se referiam aos costumes dos helenos, também chamado de *koina nomima* que tratavam da imunidade de civis durante a guerra. Esse tipo de limitação no combate não surge, necessariamente, de uma filosofia de compaixão pelo ser humano, mas antes do interesse econômico em poupar recursos e mão-de-obra como uma recompensa pela vitória.<sup>149</sup>

Quanto ao direito canônico, o Papa Gregório IX, no século XI, estabeleceu a “Paz de Deus” com o objetivo de proteger clérigos, monges e freiras quanto aos efeitos dos ataques durante as guerras que se desenvolviam na época. Havia, portanto, um interesse da instituição

<sup>146</sup>CLAUSEWITZ, 1996, pp. 8-10.

<sup>147</sup>KEOHANE, 1989, p. 2.

<sup>148</sup>Ibid., p. 4.

<sup>149</sup>REYNOLDS, 2005, p.3.

cristã em proteger o seu pessoal, o que não era, todavia, uma preocupação com a população civil como um todo<sup>150</sup>. Em 1041 essas regras se expandiram da França para outros países e se tornaram uma lei eclesiástica geral pelos Conselhos das Igrejas, particularmente pelo Terceiro Concílio Laterano em 1179<sup>151</sup>.

Diferentemente de Agostinho e Thomás de Aquino, que não estabeleciam uma diferenciação para fins de proteção contra ataques entre a população civil e combatentes, Francisco de Vitória pode ser considerado como um precursor na abordagem da proteção de civis durante a guerra. Para ele seria uma violação do Direito Natural matar mulheres inocentes, clérigos, crianças, viajantes estrangeiros, convidados de um país, trabalhadores da agricultura e a população civil. Somente aqueles que portassem armas ou se engajassem em um combate teriam a presunção de culpa na falta de evidência em contrário. Ele enfatizava que seria legítimo o ataque à população civil “se isto fosse o efeito accidental; por exemplo, durante um justificado ataque a uma fortaleza ou cidade, onde alguém sabe que há muitas pessoas inocentes”<sup>152</sup>.

Por sua vez, tanto Hugo Grotius quanto Emmerich de Vattel deram grande importância à imunidade dos civis durante um conflito. Grotius dizia que para os não combatentes o direito das gentes conferia um direito ilimitado de atingir pessoas e propriedades em uma causa justa. Quanto aos inocentes ele diz que:

É obrigação da misericórdia, se não da justiça, a não ser por razões muito fortes e que afetem a segurança de muitos, nenhuma ação deve ser tentada por meio da qual pessoas inocentes possam ser ameaçadas de destruição<sup>153</sup>.

Vattel afirmava que uma guerra poderia ser justa para ambos os lados, e apresentava os cuidados que se deveria ter em sua condução:

Fora do caso em que não há a questão de punir o inimigo, a forma de conduzir a guerra pode ser sumarizada na seguinte regra geral: todos os atos de hostilidade que

<sup>150</sup>GARDAM, 2004, p. 34.

<sup>151</sup>MARIN, 1957, p. 655.

<sup>152</sup>VITÓRIA, FRANCISCO DE. , *Political Writings* 315 (Anthony Padgen & Jeremy Lawrence ed.1991) apud REYNOLDS, 2005, p. 5. : “if this is an accidental effect; for example during the justified storming of a fortress or city, where one knows there are many innocent people”.

<sup>153</sup>GROTIUS apud GARDAM, 2004,p. 37: It is the bidding of mercy, if not of justice, that except for reasons that are weighty and will affect the safety of many, no action should be attempted whereby innocent persons may be threatened with destruction.



atingem o inimigo sem necessidade ou que não buscam a vitória[...] são injustificáveis, e dessa forma são condenáveis pelo direito natural<sup>154</sup>.

Entretanto, tanto Grotius quanto Vattel também reconheciam que baixas em civis seriam aceitáveis como uma imprevista e não intencional consequência de um ataque a um legítimo objetivo militar<sup>155</sup>.

Os escritos de comentaristas como Rousseau marcam a visão moderna de que o indivíduo tem o direito de ser protegido contra os efeitos da guerra na medida consistente com as demandas da necessidade militar:

A guerra é constituída por uma relação entre coisas e não entre pessoas.[...]A guerra é portanto uma relação não entre homem e homem, mas entre Estado e Estado, na guerra os indivíduos são inimigos somente acidentalmente, não como homens, nem mesmo como cidadãos, mas somente como soldados, não como membros de seu país, mas como seus defensores.[...] Como o objetivo da guerra consiste em destruir o Estado inimigo, tem-se o direito de matar os defensores enquanto estiverem com as armas na mão; mas tão logo as deponham e se rendam, cessam de ser inimigos ou instrumentos do inimigo, voltam a ser simplesmente homens[...]<sup>156</sup>

Todos os escritores anteriormente citados refletiam os costumes das nações, como o da necessidade e o da distinção entre combatentes e civis. Até então a proporcionalidade no *jus in bello* não poderia ter sido considerada como um costume internacional. Isto merece destaque, pois antes da primeira positivação do *jus in bello*, que foi o Código Lieber, houve o incidente Caroline, em 1837, que se constituiu em um exemplo de costume internacional de emprego da força, que tratou da necessidade e proporcionalidade no *jus ad bellum*, assunto que não é objeto deste trabalho de pesquisa.

Durante a Guerra Civil Americana o Presidente Abraham Lincoln solicitou ao Dr Francis Lieber, do *Columbia College*, que elaborasse um código para coibir as violações aos costumes da guerra na condução das hostilidades, que na época já estavam beirando a um

<sup>154</sup>VATTEL apud GARDAM, 2004, p. 38: Apart from the case in which there is no question of punishing the enemy, the whole may be summed up in this general rule: all acts of hostility which injure the enemy without necessity or which do not tend to procure victory... are unjustifiable, and as such are condemned by the natural law.

<sup>155</sup>REYNOLDS, 2005, p. 5.

<sup>156</sup>ROUSSEAU, 1995, p. 27.

terrorismo doméstico<sup>157</sup>. Ele tratou de princípios básicos das leis da guerra, entre eles a necessidade militar, que foi assim definida nos artigos 14 e 15:

Necessidade militar consiste [...] naquelas medidas que são indispensáveis para assegurar os fins da guerra, e que são legítimas de acordo com a lei moderna e costumes da guerra. [...] Necessidade militar admite todo tipo de destruição de vida e propriedade de inimigos armados, e de outras pessoas cuja destruição é incidentalmente inevitável[...]<sup>158</sup>.

Lieber definiu o conceito da distinção quando afirmou que : “o cidadão desarmado deve ser poupado quanto à sua pessoa, membro e honra, o quanto as exigências da guerra admitirem”<sup>159</sup>. Finalmente ele explicou que “embora a guerra seja naturalmente entre Estados soberanos, os cidadãos podem ser enquadrados como inimigos em virtude de sua cidadania, e portanto suportam tanto as dificuldades quanto os benefícios da guerra”<sup>160</sup>. Dessa forma, embora os civis não deveriam ser objeto direto de ataques eles não estavam totalmente imunes<sup>161</sup>. Quando Lieber se refere à destruição da vida e propriedade de outras pessoas cuja destruição seja incidentalmente inevitável, ele se aproxima em parte do que hoje constitui o conceito de proporcionalidade. O referido manual foi posteriormente adotado pela França, Alemanha e Grã Bretanha, inspirando também a elaboração dos Convênios de Haia referentes às leis e costumes da guerra em 1899 e 1907.

O século dezenove é considerado, portanto, o período de ouro do *jus in bello*, haja vista as conferências celebradas em Haia naquele tempo. A influência da idéia de que o sofrimento na guerra deveria ter limites ditados pelo que fosse proporcional refletiu-se no desenrolar do movimento. A ênfase não era mais na causa da guerra, como na doutrina da guerra justa, mas em sua conduta. A Declaração de São Petesburgo de 1868 foi o documento fundamental destes conceitos ao limitar métodos e meios de guerra que causassem danos supérfluos e sofrimentos desnecessários. O objetivo da guerra era desabilitar o inimigo

<sup>157</sup>REYNOLDS, 2005, p. 6.

<sup>158</sup>Ibid., p.7: “military necessity consists of .... those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war....military necessity admits of all direction of destruction of life or limb of armed enemies, and of other persons whose destruction is incidentally unavoidable . . .

<sup>159</sup>Ibid., p. 8: “the unarmed citizen is to be spared in person, property, and honor as much as the exigencies of war will admit.”

<sup>160</sup>Ibid., p. 8: “even though war is naturally between sovereign states, citizens may be categorized as the enemy by virtue of their constituency, and therefore endure both the hardships and benefits of war”

<sup>161</sup>Ibid., p.6 e 7.

pondo-o fora de combate. Uma vez que isso fosse atingido o sofrimento seria desnecessário e não se poderia tornar a morte inevitável:

Considerando que os progressos da civilização devem ter o efeito de atenuar, tanto quanto possível, as calamidades da guerra;  
 Que o único fim legítimo a que os Estados devem se propor durante a guerra é o enfraquecimento das forças militares do inimigo;  
 Que para este fim basta pôr fora de combate o maior número possível de homens;  
 Que este fim seria ultrapassado pelo emprego de armas que agravassem inutilmente os sofrimentos dos homens postos fora de combate, ou tornassem sua morte inevitável;  
 Declaração de São Petersburgo de 1868 proscurendo, em tempo de guerra, o emprego de projéteis explosivos e inflamáveis.<sup>162</sup>

As conferências de Haia, no entanto, tinham por objeto os combatentes, e não os civis. O alívio dos sofrimentos a que se referiam era voltado para aqueles que passavam à situação de *hors de combat*, ou fora de combate. A população civil ainda não se tornara a principal preocupação das conferências então realizadas.

## 2.4 A PROPORCIONALIDADE NA ERA MODERNA

O ímpeto para a moderna regra da proporcionalidade surgiu com o advento do bombardeio aéreo sobre a população civil. A primeira guerra mundial e a guerra civil espanhola foram os primeiros eventos com o uso do poder aéreo atingindo civis. Com o uso das aeronaves na guerra, os civis se tornaram extremamente vulneráveis e inevitavelmente alvos colaterais, numa dimensão muito maior do que antes<sup>163</sup>.

Antes mesmo do surgimento do avião, algumas restrições foram estabelecidas quanto ao emprego do poder aéreo em combate. Na Conferência de Haia, em maio de 1899, prevendo-se as conseqüências de ataques vindos do ar tanto para combatentes quanto para civis, foi adotada a proibição, por cinco anos, “do lançamento de projéteis e explosivos de

<sup>162</sup>DECLARAÇÃO DE SÃO PETERSBURGO apud GARDAM, 2004, p. 50.

<sup>163</sup>GARDAM, 2004, p. 53.

balões ou por outros novos métodos de natureza similar”. Apesar da preocupação com os efeitos do uso de vetores aéreos em combate, os membros da Conferência de 1899 se opuseram ao estabelecimento de limitações, além do prazo de cinco anos, a fim de que pudessem explorar o seu emprego durante os conflitos que se seguissem. Na realidade havia uma falta de experiência no uso desse tipo de arma<sup>164</sup>.

Durante a Segunda Conferência de Haia de 1907 foi feita uma emenda ao artigo 25 da Convenção de 1899 sobre a guerra terrestre, demonstrando uma preocupação com a imunidade dos civis. Consistia em uma proibição de ataques a cidades, vilas, habitações ou edifícios que não estivessem defendidos. Tal restrição também foi introduzida no Artigo primeiro da Convenção de Haia de 1907 sobre bombardeio por forças navais em tempo de guerra. Portos não defendidos foram incluídos na proibição desde que não constituíssem depósitos para material bélico ou para qualquer apoio a frotas ou exércitos inimigos. Caso o porto fosse atacado, quem comandou o ataque deveria poupar a vida e a propriedade dos civis e dar um aviso sobre o ataque, sempre que a situação tática permitisse. Houve o reconhecimento de que instalações civis geralmente poderiam servir a propósitos militares. Essas convenções desenvolveram requisitos para distinguir a importância militar de um objetivo de seu propósito civil, o que ilustra o início do reconhecimento de instalações de duplo uso, “*dual-use*”, que podem servir para beneficiar tanto a civis como a militares<sup>165</sup>.

Spaight, após analisar a primeira guerra, confirma que a regra de atacar somente objetivos militares foi adotada em princípio; entretanto, em muitos casos os bombardeios eram indiscriminados<sup>166</sup>. Fazendo um balanço, parece que embora atacar diretamente a civis fosse contrário ao Direito Internacional da época, a prática dos Estados não levava em consideração os efeitos colaterais a civis durante ataques a objetivos militares. A idéia de uma proporcionalidade entre o nível de perdas de civis e o atingimento do objetivo militar não era nem mesmo identificada como uma questão relevante<sup>167</sup>.

A convenção de Haia de 1923, que estabelecia as regras da guerra aérea, foi a primeira tentativa para minimizar este problema. Embora não tenha sido ratificada por nenhum Estado,

<sup>164</sup>REYNOLDS, 2005, p. 9.

<sup>165</sup>Artigo 2º da Convenção IX da Haia relativa ao bombardeio por forças navais em tempo de guerra (18 de outubro de 1907) apud REYNOLDS, 2005, pp. 9,10 : Undefended ports are generally forbidden from attack except for facilities that are “military works, military or naval establishments, depots of arms or war materiel, workshops or plants which could be utilized for the needs of the hostile fleet or army.

<sup>166</sup>J. M. SPAIGHT, *Air Power and War Rights* (3<sup>rd</sup> ed, Longmans, Grees & Co. Ltd, London, 1947) pp 227-8, and 230-40 apud GARDAM, 2004, p. 54.

<sup>167</sup>GARDAM, 2004, pp. 53,54.

foi um passo importante na proteção da população civil. A Convenção da Guerra Aérea foi além da preocupação da legislação de 1907 quanto à proibição de ataques a localidades não defendidas, trazendo uma definição para objetivo militar, ataques indiscriminados e uma introdução ao princípio da proporcionalidade<sup>168</sup>.

Conforme o artigo 24, objetivo militar foi definido como “aquele cuja destruição ou dano constituiria uma vantagem militar distinta para o beligerante”. Os objetivos militares seriam alvos ilegais se, ao atacá-los, houvesse o envolvimento de um bombardeio indiscriminado à população civil. Objetivos militares em áreas civis seriam alvos legítimos se eles estivessem na área imediata das operações das forças terrestres e houvesse 'uma presunção razoável de que a concentração militar é suficientemente importante para justificar tal bombardeio, tendo em vista o perigo assim causado à população civil'<sup>169</sup>.

Não obstante a comoção com os danos colaterais sofridos pelos civis após o emprego do poder aéreo na Primeira Guerra, a prática da Segunda não representou qualquer tipo de preocupação com questões humanitárias. Em 1938 o Primeiro Ministro Britânico afirmou que o Direito Internacional requeria que: “[...]um cuidado razoável deveria ser tomado ao se atacarem objetivos militares de maneira que a população civil nas vizinhanças do referido objetivo não fossem bombardeadas devido à falta de cuidado”<sup>170</sup>. Um ano mais tarde a Liga das Nações apresentou este mesmo argumento legal<sup>171</sup>. Estes posicionamentos teóricos não conseguiram impedir que a população civil fosse objeto de ataques aéreos durante a Segunda Guerra.

Durante a Conferência de Casablanca, no dia 23 de janeiro de 1943, os chefes do Estado-Maior Conjunto aprovaram uma diretriz relativa ao bombardeio estratégico:

Seu objetivo principal será a destruição progressiva do sistema industrial-econômico dos militares alemães e o solapamento do moral do povo germânico até um ponto que enfraqueça comprometedoramente a sua resistência armada<sup>172</sup>.

---

<sup>168</sup>Ibid., p. 55.

<sup>169</sup>Ibid., p. 55.

<sup>170</sup>House of Commons debates, vol. 382, col. 1360 (1938) apud GARDAM, 2004, p. 56: “reasonable care must be taken in attacking military objectives so that by carelessness a civilian population in the neighbourhood is not bombed”.

<sup>171</sup>GARDAM, 2004, p. 56.

<sup>172</sup>LEWIN, 1979, p.125.

O primeiro ataque com bombardeiros a Berlim, em 25 de agosto de 1940, não foi fruto de um planejamento estratégico, mas uma represália ao ataque alemão a Londres ocorrido na noite anterior. No período de 1940-41 a atuação dos bombardeiros sobre a Alemanha não apresentava resultados militares satisfatórios devido à imprecisão das aeronaves. Churchill expressa a sua insatisfação ao Chefe do Estado Maior da RAF dizendo que “As fotografias aéreas revelavam que os danos produzidos eram desprezíveis”. Em resposta, o General Portal diz que a falta de precisão fosse “talvez o maior dos problemas operacionais com que nos defrontamos no momento”. Como as questões técnicas de precisão das aeronaves não poderiam ser solucionadas a curto prazo, parecia haver só uma solução: sacrificar o conceito de bombardeio de precisão e aceitar o princípio do bombardeio indiscriminado das cidades alemães, o que era contrário à política britânica<sup>173</sup>.

Após a Conferência de Casablanca, Arthur Harris seguia a norma de bombardeios noturnos indiscriminados, ou seja, por área, enquanto o General Eaker, da Oitava Força Aérea dos Estados Unidos, realizava bombardeios diurnos de precisão<sup>174</sup>. É interessante ressaltar que a precisão descrita por Ronald Lewin requeria que um B17, se quisesse atingir alguma coisa da dimensão de um terço de um campo de futebol americano, com uma probabilidade de 90% de acerto para uma bomba lançada, fizesse o lançamento de mais de nove mil bombas. Devido à falta de precisão era necessário bombardear imensos complexos em vez de partes importantes<sup>175</sup>. Os ataques dos americanos não diferiam muito dos bombardeios por área realizados pela RAF em termos de discriminação.

Segundo Hobsbawn, o uso do avião, partindo de uma perspectiva de avanço tecnológico, transformou a guerra em algo impessoal, tornando “matar e estropiar uma conseqüência remota de apertar um botão ou virar uma alavanca”. Ele acrescenta ainda que “lá embaixo dos bombardeios aéreos estavam não as pessoas que iam ser queimadas e evisceradas, mas somente alvos”.<sup>176</sup>

Morgenthau enquadra a Segunda Guerra como uma guerra total, onde o uso da violência foi extremado como resultado do embate entre ideologias, era um retorno ao conceitos de guerra religiosa, que não fazia diferenciação entre combatente e não combatente. Isso também era fruto do caráter industrial da guerra, onde se buscava destruir a capacidade

---

<sup>173</sup>Ibid., p. 118.

<sup>174</sup>Ibid., p. 130.

<sup>175</sup>WARDEN, 1988, p. 147.

<sup>176</sup>HOBSBAWN, 1998, p. 57.

produtiva do inimigo atingindo a população urbana indiscriminadamente. Afinal de contas, a população era vista como operários da indústria, quando não de fato, pelo menos em potencial<sup>177</sup>.

O que leva um país como a Inglaterra, que antes do início da guerra se compromete a observar o princípio da distinção entre civis e combatentes, a alterar o seu procedimento durante o conflito? Além disso, o que faz um país tornar o ataque indiscriminado a civis uma estratégia de guerra e argumentar então em sua defesa?

Koskenniemi apresenta o DI como uma função da sociedade estatal e para isso explica que o direito historicamente oscila entre a apologia e a utopia. Há momentos em que se busca fazer com que os Estados saiam da agressividade do estado de natureza hobbesiano, apresentando a utopia da possibilidade de um convívio estatal seguindo valores puramente humanitários. Por outro lado há situações em que o DI reflete simplesmente o que Hobbes chama de luta de todos contra todos, onde não há lugar para o estabelecimento de valores morais:

Um Direito que não possuísse uma distância em relação ao comportamento, desejo ou interesse estatal se aproximaria de uma apologia não-normativa, uma mera descrição sociológica. Um direito que se baseasse em princípios que não tivessem relação com o comportamento, desejo ou interesse estatal pareceria utópico, incapaz de demonstrar seu próprio conteúdo de alguma forma confiável<sup>178</sup>.

Percebe-se uma tendência constante de o DI se tornar uma apologia para a política. Os bombardeios estratégicos, ao se dirigirem à população civil, tinham por alegação a falta de precisão das aeronaves, bem como a crença de que seria possível atingir o moral de um país atacando sua população. Este ataque direto aos civis tinha o propósito de aterrorizá-los e assim encurtar a duração do conflito, acreditando-se que a população seria capaz de pressionar os seus governantes a uma rendição<sup>179</sup>. Segundo a doutrina de guerra total renunciada pelo Marechal do Ar Trenchard, em 1928, quaisquer objetivos que contribuíssem efetivamente para a destruição dos meios de resistência do inimigo e a diminuição de sua

<sup>177</sup>MORGENTHAU, 1986, pp. 284,285.

<sup>178</sup>KOSKENNIEMI, 2005, p.17: A law which lacks distance from State behaviour, will or interest, would amount to a non-normative apology, a mere sociological description. A law which would base itself on principles which are unrelated to State behaviour, will or interest would seem utopian, incapable of demonstrating its own content in any reliable way.

<sup>179</sup>D. JOHNSON. Rights in Air Space. (Manchester University Press, Manchester 1965) p. 48 apud GARDAM, 2004, pp. 56,57.

determinação para lutar, poderia ser considerado como um objetivo militar<sup>180</sup>. Se a disposição da população inimiga em lutar era considerada um objetivo legítimo, e seu ataque direto consistia no único meio para tal, não havia limites para a condução da guerra. A necessidade de ganhar a guerra acarretava medidas indispensáveis para vencer o inimigo, o que justificava qualquer ação e tornava o DI subordinado a essa apologia. Era a prevalência da necessidade militar sobre o princípio da humanidade.

Após as duas guerras, embora tenha sido lançada uma fundação para a idéia de que deveria haver alguma relação entre o atingimento do objetivo militar e o custo em termos de vidas civis e danos a objetos civis, essa reflexão na prática dos Estados ainda não havia se concretizado. Os interesses dos Estados na época não eram favoráveis a um princípio da proporcionalidade, um requisito, segundo Keohane, para o surgimento de um regime internacional.

De acordo com Judith Gardam a proporcionalidade identificada como um princípio limitador do impacto de conflitos armados sobre civis não foi estabelecida até a era da Carta das Nações Unidas. Até aquela época a preocupação dos Convênios se restringia a métodos e meios de guerra que pudessem causar danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários aos combatentes. Mesmo assim, o princípio da proporcionalidade esteve sob intensa pressão tendo em vista os métodos de bombardeio aéreo e o uso de armas de destruição em massa<sup>181</sup>. Com a adoção do Primeiro Protocolo de 1977, adicional às Convenções de Genebra de 1949, o princípio da proporcionalidade chega ao seu clímax em termos de definição e difusão na sociedade internacional.

O texto da regra da proporcionalidade gera muitas incertezas quanto à sua interpretação. A prática dos Estados, portanto, é de grande importância para indicar o que os países vêm como suas obrigações<sup>182</sup>. Além disso, as convenções ou costumes são instrumentos para se avaliar os fundamentos de um regime internacional, e no caso da proporcionalidade não poderia ser diferente.

Durante a XIX Conferência Internacional da Cruz Vermelha, em 1956, foi adotado o *“Draft Rules for the limitations of dangers incurred by civilian population in time of war”*. O artigo oitavo do referido documento dizia que:

---

<sup>180</sup>FLECK, 1995, p. 442.

<sup>181</sup>GARDAM, 2004, p. 29.

<sup>182</sup>ibid., p. 87.



A pessoa responsável por ordenar ou lançar um ataque deve: [...]Dele se requer que se abstenha de lançar um ataque se, após a devida consideração, é aparente que a perda e destruição seria desproporcional em relação à vantagem militar antecipada.

Nenhuma ação foi tomada pelos Estados após a adoção do “*Draft Rules*”, apesar do anseio de uma atualização das normas do DICA. Sendo assim, a comunidade internacional postergou a revisão até que a Assembléia Geral da ONU e a Comissão sobre Direitos Humanos fomentaram a Conferência Internacional sobre Direitos Humanos em Teerã, no ano de 1968, onde se aprovou uma resolução em que se solicitava ao Secretário Geral que considerasse a necessidade de instrumentos humanitários novos e revisados. Nos anos seguintes a Assembléia Geral se focalizou num processo de aprimoramento da proteção de civis durante conflitos armados<sup>183</sup>.

Três Relatórios foram, então, apresentados à Assembléia Geral pelo Secretário: UN Doc A/7720 (1969); UN Doc A/8052 (1970); e UN Doc A/8370 (1971). Estes relatórios estabeleciam as áreas do DICA que mereciam atenção, sendo que a proteção da população civil quanto a ataques indiscriminados era o foco principal das iniciativas. A noção de que os ataques não poderiam resultar em baixas desproporcionais à vantagem militar antecipada não era ainda articulada de maneira específica<sup>184</sup>.

Em dezembro de 1972, após o bombardeio americano a Hanoi, em um incidente conhecido como '*Christmas bombings*', os Estados Unidos emitiram a seguinte visão sobre a proteção de civis em conflitos armados:

É reconhecido por todos os Estados que eles não podem usar legalmente as suas armas contra a população civil ou civis como tais, mas não há nenhuma regra do Direito Internacional que os restrinja quanto ao uso de armas contra as forças armadas ou objetivos militares. A regra correta que tem sido aplicada no passado e continua a ser aplicada na conduta de nossas operações militares no sudeste da Ásia é que a perda de vidas e propriedades não devem ser fora de proporção em relação à vantagem militar a ser obtida<sup>185</sup>.

<sup>183</sup>Ibid., p. 89.

<sup>184</sup>Ibid., p. 89.

<sup>185</sup>Carta do conselho geral do Departamento de Defesa ao Senador Edward Kennedy, Presidente do Subcomitê sobre refugiados do Comitê do Judiciário, 22 de setembro de 1972, reimpresso em 1973 no AJIL(American Journal of International Law) apud GARDAM, 2004, p. 90: [...] it is recognized by all the States that they may not lawfully use their weapons against the civilian population or civilians as such, but there is no rule of international law that restricts them against using weapons against enemy armed forces or military targets. The correct rule which has applied in the past and continues

Em 1974, na Conferência de Lucerne de *Experts* dos Governos sobre armas que possam causar sofrimento desnecessário ou ter efeitos indiscriminados, o representante da Delegação dos Estados Unidos declarou que:

O Direito da Guerra também proíbe ataques que, embora direcionados a objetivos militares legítimos, implicam um alto risco de baixas civis acidentais ou dano a objetos civis que sejam desproporcionais em relação à vantagem militar vista como segura em decorrência do ataque<sup>186</sup>.

Ao patrocinar duas Conferências com *experts* dos Governos de diversos países, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha produziu dois textos como projetos para os Protocolos I e II Adicionais às Convenções de Genebra de 1949. A partir de 1974, o Conselho Federal Suíço convocou as Conferências diplomáticas anuais para análise dos textos, o que aconteceu por um período de sete meses a cada Conferência, culminando com a adoção por consenso, em 8 de junho de 1977, dos Primeiro e Segundo Protocolos Adicionais<sup>187</sup>.

No trabalho realizado por Jean-Marie Henckaerts e Louise Doswald-Beck, os mesmos buscam apresentar quais normas do DICA são consuetudinárias, independentemente das Convenções. Estes autores analisam, entre outros assuntos, a prática dos Estados referente à proporcionalidade. São apresentados os Manuais Militares de 26 países, a legislação nacional de 28 países e 31 pareceres de países sobre casos relativos à proporcionalidade<sup>188</sup>.

Para esta pesquisa foram verificados os pontos referentes aos Estados Unidos da América no que diz respeito a manuais militares e legislação nacional referente a casos ocorridos.

Em um manual da Força Aérea dos Estados Unidos, intitulado “*International Law-The Conduct of Armed Conflict and Air Operation*”, AFP 110-31, §1-3(a), de 1976, consta que: “Esta imunidade da população civil não exclui inevitáveis baixas acidentais de civis que podem ocorrer durante o curso dos ataques contra objetivos militares, e que não sejam

---

to apply to conduct of our military operations in Southeast Asia is that 'the loss of life and property must not be out of proportion to the military advantage to be gained'.

<sup>186</sup>DOSWALD-BECK, 2005, p. 317: The law of war also prohibits attacks which, though directed at lawful military targets, entail a high risk of incidental civilian casualties or damage to civilian objects which is disproportionate to the military advantage sought to be secured by the attack.

<sup>187</sup>GARDAM, 2004, p. 91.

<sup>188</sup>DOSWALD-BECK, 2005, p. 297-335.

excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta antecipada”<sup>189</sup>. Este manual surgiu após a investigação do Caso US versus Calley, em que na aldeia de My Lai, Vietnã, o Tenente William Calley, e outros, foram levados à Corte Marcial por terem realizado um massacre contra civis. No Congresso Americano o Senador Kennedy enfatizou a deficiência da Força Aérea Americana em não possuir um Manual sobre DICA, tendo em vista que a Marinha e o Exército já possuíam:

Por que que a Força Aérea, por exemplo, se recusa a desenvolver um conjunto de regras- um manual para a guerra aérea? A Marinha possui. O Exército possui. Mas a Força Aérea se recusa a fazê-lo. Eles se recusam a dar instruções aos jovens homens que estão indo lá (para o Vietnã)- para torná-los mais sensíveis e cautelosos às necessidades dos civis<sup>190</sup>.

Outro documento da Força Aérea Americana é o “*US Air Force Commander’s Handbook*” criado em 1980, que em seu parágrafo 6-2(b) afirma que: “uma arma não é ilegal simplesmente porque seu uso pode causar baixas incidentais ou colaterais para civis, enquanto estas baixas não são previsivelmente excessivas à luz da vantagem militar esperada”<sup>191</sup>. Seguindo a mesma abordagem para o princípio da proporcionalidade, tem-se o “*US Instructor’s Guide*” de 1985, e o “*US Naval Handbook*” de 1995, os quais afirmam respectivamente que:

Ao atacar um objetivo militar, a quantidade de destruição e sofrimento deve ser restrito ao mínimo necessário para cumprir a missão. Qualquer destruição excessiva ou sofrimento não requerido para atingir o objetivo é ilegal e tido como uma violação do Direito da Guerra.

Não é ilegal causar ferimento incidental a civis ou danos colaterais a objetos civis, durante um ataque a um objetivo militar legítimo. Ferimento incidental ou dano

<sup>189</sup>Ibid., p.304: This immunity of the civilian population does not preclude unavoidable incidental civilian casualties which may occur during the course of attacks against military objectives, and which are not excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.

<sup>190</sup>BRIDGE, 1994, p.1: “Why is it that the Air Force, for example, refuses to develop a set of rules-a manual for air warfare? The Navy does. The Army does. But the Air Force refuses to do it. They refuse to give instructions to the young men who are going out there [to Vietnam]-to make them sensitive and more cautious to civilian needs”.

<sup>191</sup>DOSWALD-BECK, 2005, p. 305: “a weapon is not unlawful simply because its use may cause incidental or collateral casualties to civilians, as long as those casualties are not foreseeably excessive in light of the expected military advantage”.

colateral não deve, entretanto, ser excessivo à luz vantagem militar antecipada com o ataque<sup>192</sup>.

Reagindo a um memorando do Comitê Internacional da Cruz Vermelha a respeito da aplicabilidade do DICA na região do Golfo, o Departamento do Exército dos Estados Unidos, em 1991, apresentou a seguinte declaração:

O conceito de perdas acidentais de vidas excessivas em relação à vantagem militar antecipada é geralmente medida contra a campanha como um todo. Enquanto é difícil pesar a possibilidade de baixas colaterais de civis sobre uma base de alvo por alvo, minimizar baixas colaterais de civis é uma responsabilidade contínua em todos os níveis do processo de seleção de alvos. [...] baixas colaterais de civis são prováveis de ocorrer não obstante os melhores esforços de qualquer parte. O que é proibido é a não observação, por negligência, de possíveis baixas colaterais de civis<sup>193</sup>.

Em 1994, por meio de uma declaração apresentada à Corte Internacional de Justiça no “*Nuclear Weapons Case*” os Estados Unidos disseram que “é ilegal levar a efeito qualquer ataque do qual se possa razoavelmente esperar que cause danos colaterais ou ferimentos a civis ou objetos civis que seriam excessivos em relação à vantagem militar antecipada do ataque”<sup>194</sup>.

Percebe-se, portanto, que mesmo antes do Primeiro Protocolo Adicional à Convenção de Genebra, os Estados Unidos já reconheciam o princípio da proporcionalidade, tendo em vista a carta do Conselho Geral do Departamento de Defesa ao Senador Edward Kennedy, de 1972, o parecer da Delegação dos Estados Unidos na Conferência de Lucerne sobre armas que podem causar sofrimentos desnecessários, de 1974, e o Manual da Força Aérea, AFP 110-31, de 1976.

<sup>192</sup>Ibid., p. 305: “In attacking a military target, the amount of suffering or destruction must be held to the minimum necessary to accomplish the mission. Any excessive destruction or suffering not required to accomplish the objective is illegal as a violation of the law of war”.

“It is not unlawful to cause incidental injury to civilians or collateral damage to civilian objects, during an attack upon legitimate military objective. Incidental injury or collateral damage must not, however, be excessive in light of the military advantage anticipated by the attack”.

<sup>193</sup>Ibid., p. 318: The concept of incidental loss of life excessive in relation to the military advantage anticipated generally is measured against an overall campaign. While it is difficult to weigh the possibility of collateral civilian casualties on a target-by-target basis, minimization of collateral civilian casualties are likely to occur notwithstanding the best efforts of either party. What is prohibited is wanton disregard for possible collateral civilian casualties.

<sup>194</sup>DOSWALD-BECK, 2005, p. 319.

Ademais, não obstante os Estados Unidos não fazerem parte dos Primeiro e Segundo Protocolos de 1977, adicionais às Convenções de Genebra de 1949, eles ratificaram, em 24 de março de 1995, o Segundo Protocolo sobre Proibições ou restrições ao emprego de minas, armadilhas e outros artefatos, de 10 de outubro de 1980, o qual declara em seu artigo 3 (8),(c), com a emenda de 3 de maio de 1996:

Art. 3

8. É proibido o uso indiscriminado de armas a que este artigo se aplica. Uso indiscriminado é qualquer colocação de tais armas:

(c) do qual se possa esperar que cause perdas incidentais de vidas civis, ferimentos em civis, dano a objetos civis, ou uma combinação destes fatores, que seriam excessivos com relação à vantagem militar concreta e direta que se poderia esperar.

Pelo teor do texto verifica-se a aproximação com o constante no Primeiro Protocolo em seus artigos 51, 5, b, e 57, 2, iii. Sendo assim, os EUA também reconhecem o princípio da proporcionalidade por meio de um tratado internacional que não o Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949.

Ao se observar a história verifica-se que a efetividade do princípio da proporcionalidade só vigora após a segunda Guerra, mais especificamente como resultado dos impactos dos bombardeios aéreos sobre a população civil. Antes deste período o DICA se preocupava em regular as ações entre combatentes, e não entre combatentes e civis.

A atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha foi essencial para convocar os países a estabelecerem regras para a proteção da população civil. Mas onde se localizaria o interesse dos Estados por este regime internacional? Por que os Estados se voltariam para a proteção da população civil?

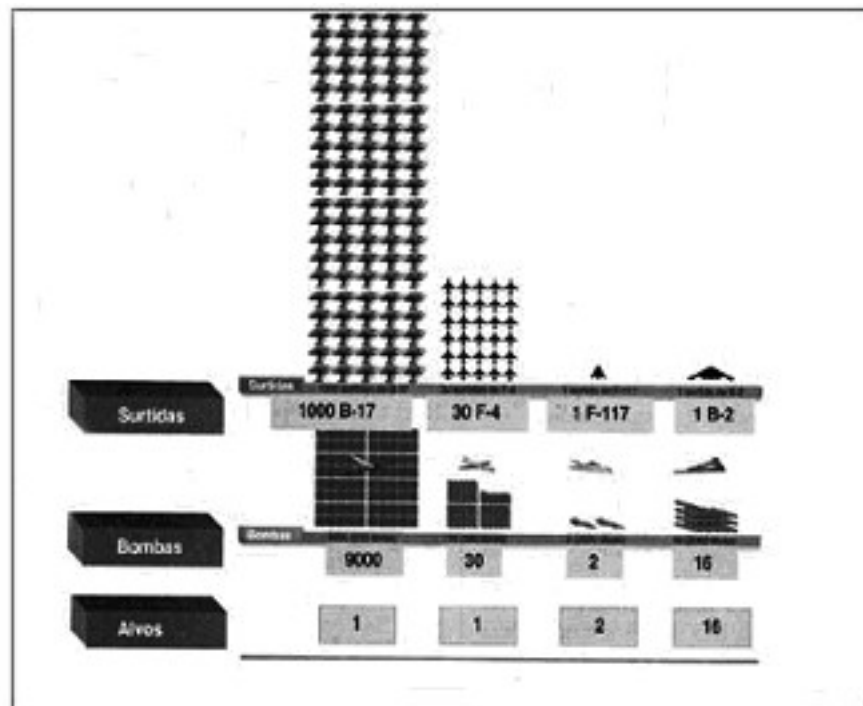
Avançando para uma visão do Estado como um ator racional, cabe buscar, no que foi apresentado sobre a proporcionalidade como um costume, as relações de custo-benefício.

Primeiramente deve-se levar em consideração que os bombardeios por área eram realizados inicialmente devido à falta de precisão das aeronaves. Conforme será visto no capítulo seguinte, uma das características da revolução em assuntos militares (RMA: *“revolution in military affairs”*) é o uso de tecnologia de precisão nos armamentos, como aconteceu em parte, em 1991, na Guerra do Golfo. O próprio Pentágono, na época, afirmou que as forças da coalizão realizaram a campanha aérea mais discriminatória da história<sup>195</sup>.

<sup>195</sup>GARDAM, 2004, p. 112.

Entenda-se esta discriminação como a distinção entre pessoas e bens civis e combatentes. Há, portanto, uma redução no custo não só financeiro, mas também político do conflito. O uso de armamento de precisão diminui a quantidade de munição necessária para atingir um objetivo militar, bem como o número de surtidas para o cumprimento da missão. O interesse principal do Estado que usa este tipo de armamento é a redução do custo financeiro das operações.

O gráfico abaixo apresentado pelo Major General David A. Deptula, da USAF, em artigo intitulado “Transformação da Força Aérea, Passado, Presente e Futuro”, confirma o pensamento anteriormente exposto. Desde o bombardeiro B17 utilizado na Segunda Guerra até o B 2 utilizado na guerra do Golfo é patente a redução de custos com o uso da tecnologia de precisão.



**Fonte: Air and Space Power Journal. Edição em Português. 2º trimestre de 2002.**

Outro aspecto seria a capacidade das armas de precisão em suprimir o sistema de defesa aérea inimigo garantindo assim a superioridade aérea. Com tal tipo de armamento há um incremento na capacidade de se degradar todo o sistema de defesa aérea. Conforme explicado por Lewis “se dez aeronaves podem atingir oito alvos cada em uma missão (essencialmente dentro de uma hora) você pode suprimir um setor inteiro de uma rede de defesa aérea com um esquadrão”, o que deixa o inimigo cego e facilita que um segundo

esquadrão destrua o sistema de artilharia anti-aérea<sup>196</sup>. A diminuição dos danos colaterais a civis constituía um ganho secundário, que atualmente é mais valorizado tendo em vista o “efeito CNN”<sup>197</sup>.

A RMA multiplicou as forças dos Estados Unidos, mas não reduziu seus pontos fracos. Até 1945 nada limitava o uso da força militar, a não ser a sua capacidade de chegar até o local da batalha. Se alguém pudesse aniquilar o inimigo, ele o fazia. Isso não é mais verdade tendo em vista a mistura de imagens, da ética e da opinião pública levantada pela mídia moderna. No Vietnan, nas duas guerras do Golfo, e no Kosovo, um desejo de minimizar as mortes de civis inimigos, e mesmo de soldados, modelou o uso da força por alguns Estados do Ocidente. Consultores legais assessoravam os Estados-maiores dos países do Ocidente a fim de assegurar que a seleção de alvos estivesse dentro dos parâmetros do DI. Baixas de civis e refugiados caracterizam a vitória ou a derrota, tanto quanto a tática. A doutrina oficial norte-americana em “*Joint Urban Ops*” cita as palavras de Sun Tsu: “a pior política é atacar cidades”. Em 1968, por exemplo, durante a Guerra do Vietnan, a cobertura televisada ajudou a transformar a vitória tática norte-americana de Hue em parte da derrota estratégica da ofensiva Tet, tendo em vista a baixa de civis e as conseqüentes manifestações contra a guerra em território americano<sup>198</sup>.

Somente com a ação de atores não estatais, como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, foi que os países começaram a acordar sobre uma legislação que protegesse à população civil contra os efeitos dos ataques. Isso se assemelha ao que a teoria neoliberal institucionalista apresenta como a interferência de atores não estatais nos processos decisórios, devido à multiplicidade de canais, e o que Anne- Marie Slaughter declara sobre a influência de Organismos não estatais em assuntos domésticos. Para Slaughter, organizações de Direitos Humanos não podem ser analisadas como não-estatais, mas como tendões da sociedade civil em nível doméstico. Seriam o que Tocqueville chamou de associações com intervenções específicas em aspectos intelectuais e morais<sup>199</sup>. “Se o Estado fosse entendido como uma entidade que abarca uma vasta e complexa gama de relações governo-sociedade, as ONG não poderiam ser classificadas como atores independentes no sistema internacional.

<sup>196</sup> Email respondido por Michael Lewis em 18 de novembro de 2008: [...] if ten aircraft can hit 8 targets each in one mission (essentially within one hour) you can take down a whole sector of an air defense network with one squadron.

<sup>197</sup> Termo utilizado na doutrina de operações baseadas nos efeitos que se refere ao impacto que notícias veiculadas na mídia têm sobre decisões governamentais e militares.

<sup>198</sup> BAYILIS, 2002, p. 264.

<sup>199</sup> SLAUGHTER, 2000, p. 230.

[...] porque não considerá-las simplesmente como atores sociais interagindo com seus próprios governos[...]"<sup>200</sup>

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha, por estar administrativamente distribuído em vários países, possui determinada capacidade de influência sobre os parlamentos dos Estados. As Conferências diplomáticas para a aprovação dos Primeiro e Segundo Protocolos foram a expressão da influência do Comitê para o estabelecimento de regras humanitárias. Dessa forma, como atores sociais que interagem com os governos onde trabalham, as representações do Comitê Internacional da Cruz Vermelha contribuíram, em certa medida, para o fomento de interesses mútuos entre os países em questões humanitárias incluindo-se aí o princípio da proporcionalidade.

Sob este enfoque é relevante o posicionamento de David Kennedy sobre a atuação da ONU diante de Instituições não governamentais:

As Nações Unidas juntaram as mãos com instituições não governamentais para mobilizar a opinião pública mundial em relação a objetivos humanitários por meio de inspeções, relatórios, investigações, e a política de envergonhar os não cumpridores das normas[...] E ofereceu um vocabulário para falar eticamente sobre fazer a guerra, e sobre os desastres humanitários da guerra. As leis da guerra foram cada vez mais expressas na linguagem da justiça criminal- crimes de guerra, e criminosos de guerra- e na linguagem dos direitos humanos. Se Estados tivessem concordado em tratar prisioneiros de guerra humanamente, poderíamos antes dizer que cada prisioneiro de guerra tinha o direito a um tratamento humano. O mesmo agora pode ser dito a respeito dos civis. De fato, o esforço para expandir a lei na guerra de militares atingidos em combate e prisioneiros para civis-bem como para danos ao meio-ambiente- seguiu a progressiva fusão do vocabulário da lei humanitária em um discurso mais amplo da virtude internacional humanitária<sup>201</sup>.

<sup>200</sup>Ibid., p. 230.

<sup>201</sup>KENNEDY, 2004, p.258: The United Nations joined hands with non-governmental institutions to mobilize world public opinion behind humanitarian objectives through inspections, reports, inquiries, and the politics of shame. [...] And it offered a vocabulary for speaking ethically about making war, and about the humanitarian disasters of war. The laws of war were increasingly expressed in the language of criminal justice- war crimes, war criminals- and in the language of human rights. If states had agreed to treat prisoners of war humanely, we should rather say that each prisoner of war has a right to humane treatment. The same can be said of civilians. Indeed, the effort to expand the law in war from military casualties and prisoners to civilians- and then to environmental damage- followed the progressive merger of the humanitarian law vocabulary into a broader discourse of international humanitarian virtue.



A interação entre instituições não governamentais e os Estados membros da ONU fomentou, segundo Kennedy, a formação de um vocabulário comum. Houve uma negociação entre militares, diplomatas e profissionais de organismos humanitários não governamentais que resultou em tratados internacionais. Diferentemente das Convenções de Haia que regulamentaram a conduta na guerra, os tratados após a Carta das Nações Unidas não foram deduzidos de idéias abstratas sobre soberania ou interpretações de costumes históricos:

Eles foram forjados por meio de uma difícil barganha entre “*experts*” militares, diplomatas e profissionais humanitários. Claro que os tratados resultantes foram limitados pelo que autoridades militares nacionais estavam preparados para aceitar- mas alguém poderia também ter a expectativa de que estes tratados poderiam ser transladados para o regime legal nacional e assim observados internamente. Em seu entusiasmo por este novo realismo foi fácil esquecer que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha tinha sempre trabalhado bem próximo aos militares e autoridades diplomáticas, e não tinha vislumbrado deduzir regras de idéias abstratas a respeito da ordem legal internacional. Esta tinha sido a tradição para o direito da guerra desde 1860. Da mesma maneira foi fácil esquecer que os humanitaristas do entre guerras também não foram legalistas “apaixonados”. O Pacto Kellog-Briand, por exemplo, agora comumente recordado como um esforço legalista para tornar a guerra um acontecimento ilegal, foi desenhado em um espírito exatamente contrário- como uma reunião de diplomatas para reconhecer a realidade da interdependência global e renunciar a guerra como um “instrumento de política”<sup>202</sup>.

Dessa maneira, a relação entre organismos não governamentais e os Estados tornou-se mais realista no que diz respeito ao poder. O fomento de um vocabulário comum permitiu uma interação entre os militares e os profissionais humanitários. A parceria entre profissionais humanitários e líderes militares foi realizada primeiramente por aqueles que

---

<sup>202</sup>Ibid., p. 259: They were forged through tough bargaining among military experts, diplomats, and professional humanitarians. Of course, the resulting treaties were limited by what national military authorities were prepared to accept- but one could also expect them to be transposed into national legal regimes and observed. In their enthusiasm for this new realism, it was easy to forget that the International Committee of the Red Cross had always worked closely with military and diplomatic authorities, and had not sought to deduce rules from abstract ideas about international legal order. This had been the tradition for the law in war since the 1860s. It was similarly easy to forget that interwar humanitarians had also not been starry-eyed legalists. The Kellog-Briand pact, for example, now commonly remembered as a legalistic effort to outlaw war, was designed in precisely the opposite spirit- as a coming together of diplomats to recognize the reality fo global interdependence and renounce war as an “instrument of policy”.

inicialmente codificaram o direito na guerra, entre eles os primeiros profissionais do Comitê Internacional da Cruz Vermelha:

Sua disposição [do CICV] em aceitar a guerra como um fato e trabalhar com os militares para humanizar a sua conduta em geral parecia um escândalo para outros profissionais humanitários. [...] O direito do uso da força agora permite a profissionais humanitários, militares e representantes do Estado falarem a respeito de decisões para ir à guerra e da conduta na guerra nos mesmos termos “humanitários”<sup>203</sup>.

Esta interação entre líderes militares e organismos humanitários explica o fato de países como os Estados Unidos, que não ratificaram os Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1949, terem influenciado substancialmente a elaboração dos textos, e reconhecerem alguns de seus pontos como normas do Direito Consuetudinário. Em 1987, por exemplo, um porta-voz do Executivo do Governo dos Estados Unidos declarou apoio ao caráter consuetudinário da proibição de ataques diretos contra a população civil e o princípio fundamental que proíbe ataques que 'claramente resultariam em baixas colaterais a civis desproporcionais à vantagem militar esperada'.<sup>204</sup>

## 2.5 A EQUAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

A ponderação entre o atingimento do objetivo militar e a provável perda de vidas civis não estava presente na prática dos Estados até o advento da Carta das Nações Unidas em 1945. O desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, após a adoção da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, teve influência no DICA expandindo a proteção aos civis de tal forma que mesmo ataques contra objetivos militares não poderiam culminar com danos colaterais excessivos a civis<sup>205</sup>. A atuação do

<sup>203</sup>KENNEDY, 2004, p.267: Their willingness to accept war as a fact and to work with the military to humanize its conduct often seemed something of a scandal to other humanitarians. [...] The law of force now permits humanitarians, military professionals, and statesmen to speak about decisions to go to war and the conduct of war in the same- humanitarian- terms.

<sup>204</sup>DUPUIS, 1987,p. 426.

<sup>205</sup>GARDAM, 2004,p. 86.

Comitê Internacional foi preponderante para a elaboração do Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949, adotado em 1977. O referido tratado constitui-se no marco da previsão legal do princípio da proporcionalidade conforme o estabelecido em seus artigos 51, inciso 5(b) e 57, em seu inciso 2,(a) (iii).

Dois elementos são fundamentais em uma equação para se avaliar a proporcionalidade. Primeiramente, aquele que planeja e decide um ataque deve considerar a vantagem militar antecipada. Em segundo lugar devem-se ponderar as baixas civis, ferimentos e danos a objetos civis decorrentes do ataque, e se estes são excessivos em relação à vantagem militar antecipada. A natureza subjetiva e imprecisa desta equação fica bem clara para o leitor, tendo o próprio Comitê Internacional da Cruz Vermelha afirmado durante a Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável em conflitos armados, ocorrido em Genebra de 1974 a 1977, que “a Cruz Vermelha estava consciente do fato de que a regra da proporcionalidade continha um elemento subjetivo, e estava dessa forma propenso a abuso”<sup>206</sup>.

Por sua vez, Yoram Dinstein declara que:

A avaliação como um todo do que é excessivo nas circunstâncias implica um processo mental de ponderar considerações que não são semelhantes, a saber, perdas civis e vantagem militar, o que não é uma ciência exata. Não há nenhuma possibilidade objetiva de quantificar os fatores da equação e o processo necessariamente contém um grande elemento subjetivo. Essa avaliação subjetiva da proporcionalidade é vista com maus olhos por certos acadêmicos, mas não há nenhuma alternativa 'séria' ou melhor, para o assunto. Inegavelmente o atacante deve agir de boa fé e não simplesmente fechar os olhos aos fatos presentes, pelo contrário, é obrigado a avaliar toda informação disponível.<sup>207</sup>

Não obstante alguns aspectos de complexidade na avaliação da proporcionalidade, o detalhamento de alguns termos fornecerá mais subsídios para a análise. O termo ataque, por

<sup>206</sup>DOSWALD-BECK, 2005, p. 323: “... The Red Cross was conscious of the fact that the rule of proportionality contained a subjective element, and was thus liable to abuse”.

<sup>207</sup>DINSTEIN, 2004, p.122: The whole assessment of what is 'excessive' in the circumstances entails a mental process of pondering dissimilar considerations, to wit, civilian losses and military advantage, and is not an exact science. There is no objective possibility of quantifying the factors of the equation, and the process necessarily contains a large subjective element. This subjective evaluation of proportionality is viewed with a jaundiced eye by certain scholars, but there is no serious alternative. Undeniably the attacker must act in good faith, and not simply turn a blind eye on the facts of the situation; on the contrary is obliged to evaluate all available information.

exemplo, foi objeto de discussões nas Conferências Diplomáticas que antecederam à adoção do Primeiro Protocolo.

O artigo 49 (1) do Primeiro Protocolo define ataque como “atos de violência contra o inimigo quer sejam ofensivos ou defensivos”. Esta é uma definição por demais ampla para designar apenas o tiro dado por um soldado em combate. Comparando-se com os artigos 51 (5) (b) e 57 (2) percebe-se que o termo ataque se refere a uma operação militar mais complexa. O questionamento encontra-se no grau de complexidade que deve ser levado em consideração. Há a perspectiva de que o teste da proporcionalidade deve se ater à ação de operações militares individuais de uma unidade específica. Mas isso não reflete a realidade de uma operação militar como um todo, no qual este ataque é somente uma parte. No contexto da guerra moderna o atingimento de um objetivo estratégico requer um número de ataques separados, os quais, todavia, encontram-se integrados. Parte de uma operação pode parecer desproporcional quando tomada de forma isolada, mas não necessariamente quando vista no contexto da campanha militar como um todo.

Visando ao aprofundamento da discussão do princípio da proporcionalidade, é pertinente que seja expressa a prática dos Estados. Para isso as reservas e declarações de interpretação oferecem subsídios para que seja compreendido como seria, de fato, o procedimento dos países em relação a determinados pontos que constituem objeto de debates. O quanto vale uma reserva internacional em relação a um país que não a fez? A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em seu artigo 20 inciso 2 afirma que:

Quando se infere do número limitado dos Estados negociadores, assim como do objeto e da finalidade do tratado, que a aplicação do tratado na íntegra entre todas as partes é condição essencial para o consentimento de cada uma delas em obrigar-se pelo tratado, uma reserva requer a aceitação de todas as partes.

Prosseguindo, o inciso 5 do mesmo artigo afirma que:

Para os fins dos parágrafos 2 e 4, e a não ser que o tratado disponha diversamente, uma reserva é tida como aceita por um Estado se este não formulou objeção à reserva quer no decurso de prazo de doze meses que se seguir à data em que recebeu à notificação, quer na data em que manifestou o seu consentimento em obrigar-se pelo tratado, se esta for posterior.

Tendo estes aspectos da Convenção de Viena em mente, pode-se realizar uma análise das implicações das reservas para o regime internacional da proporcionalidade. Países como Alemanha, Bélgica, Itália, Holanda, Nova Zelândia e Reino Unido apresentaram reservas e declarações de interpretação sobre o termo “ataque” constante no artigo 51(5)(b). Estes países destacam a distinção entre ataques isolados e ataques como um todo, “*considered as a whole*”<sup>208</sup>. Este posicionamento tem reflexos na análise da vantagem militar que será ponderada para se julgar a proporcionalidade dos danos causados à população e bens civis. A afirmação da delegação italiana, por exemplo, diz que “quanto à avaliação da vantagem militar esperada de um ataque, referida no subparágrafo 2(a) (iii), a delegação italiana quer ressaltar que aquela vantagem esperada deve ser vista em relação ao ataque como um todo, e não em relação a cada ação vista separadamente”<sup>209</sup>.

Um objetivo militar é aquele que contribui para a ação militar e cuja destruição, neutralização ou captura traz uma vantagem militar definida. Uma vez que a natureza do objetivo militar é definida, cabe uma ponderação se a vantagem militar concreta e direta é proporcional aos danos civis colaterais antecipados decorrentes de tais ataques. A importância de um objetivo para a campanha como um todo é um fator essencial. Quanto mais um alvo possui valor estratégico maior a probabilidade de aceitação de um nível de baixas a civis e danos a bens civis decorrentes de um ataque.

Os aspectos temporais e geográficos da vantagem militar decorrente de um ataque também são pertinentes na avaliação da proporcionalidade. A vantagem militar, por exemplo, pode ser verificada pelos resultados ao longo de um período de tempo considerável, bem como determinada localização pode trazer vantagens quando se infere as implicações para o teatro de operações como um todo. A análise pode ser feita caso a caso ou cumulativamente. O uso de esfoliantes nas florestas ao sul do Vietnã pode ser visto como uma situação em que a análise de caso a caso poderia induzir o observador a considerar os ataques como desproporcionais, tendo em vista as baixas civis. Tais ataques buscavam destruir a cobertura fornecida pelas florestas aos guerrilheiros *vietcongs* que lutavam para destituir o governo do Vietnã do Sul. Cada missão de desfoliação trazia uma pequena vantagem quando comparada

<sup>208</sup>Lista de reservas disponível em [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/party\\_main\\_treaties](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/party_main_treaties). Apud GARDAM, 2004, p. 100.

<sup>209</sup>PICTET, 1987, p. 685: “As to the evaluation of the military advantage expected from an attack, referred to in sub-paragraph 2 (a) (iii), the italian delegation wishes to point out that that expected advantage should be seen in relation to the attack as a whole, and not in relation to each action regarded separately.”

com o número de baixas civis e danos a objetos. Entretanto, quando se verifica a vantagem militar ao longo de um período de tempo considerável, os danos colaterais deixam de ser excessivos<sup>210</sup>.

No Relatório final do Departamento de Defesa dos Estados Unidos ao Congresso, em 1992, sobre a conduta na Guerra do Golfo, deixou-se clara a não participação dos Estados Unidos nos Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra. Foi ressaltado que a previsão constante no artigo 23 do Regulamento da Quarta Convenção de Haia sobre as leis e os costumes da Guerra Terrestre, não proibia ataques a alvos legítimos que pudessem decorrer em danos colaterais a civis ou a objetos civis claramente desproporcionais em relação à vantagem militar obtida. Entretanto, há o reconhecimento do caráter costumeiro do princípio da proporcionalidade apesar de não estar codificado. Merece destaque no referido Relatório a afirmação de que “a ponderação pode ser feita analisando-se objetivo por objetivo, como frequentemente foi o caso durante a operação *Desert Storm*, mas também pode ser ponderado em termos dos objetivos da campanha como um todo”<sup>211</sup>.

Os comentários da Cruz Vermelha sobre a vantagem militar procuram interpretar a definição em uma análise caso a caso. Quando o Protocolo afirma em seus artigos 51 e 57 que a vantagem deve ser 'concreta' e 'direta', o comentarista do CICV argumenta que estas expressões não permitem que se depreenda as implicações de um ataque a longo prazo. O 'concreto' se contrapõe ao geral e o 'direto' estabelece que o nexo de causalidade deve ser a curto prazo<sup>212</sup>. Esse tipo de interpretação exclui uma avaliação em bases cumulativas.

Não obstante a letra do Protocolo levar a uma aproximação com uma interpretação caso a caso e com implicações a curto prazo, as reservas feitas por determinados países expressam a prevalência de uma interpretação da proporcionalidade com bases cumulativas e de longo prazo: “a vantagem antecipada do ataque como um todo e não somente de partes isoladas e particulares do ataque”<sup>213</sup>. A força destas reservas possui valor tão considerável que a definição do crime de se lançar um ataque desproporcional, conforme o Estatuto de Roma, traz também a observação de que o ataque deve ser analisado como um todo e não

<sup>210</sup>GARDAM, 2004, p. 101.

<sup>211</sup>DOSWALD-BECK, 2005, p. 318: “[...] balancing may be done on a target-by-target basis, as frequently was the case during Operation Desert Storm, but also may be weighed in overall terms against campaign objectives”.

<sup>212</sup>GARDAM, 2004, p.101.

<sup>213</sup>PICTET, 1987, p. 685: Statement of the Italian delegation: “ As to the evaluation of the military advantage expected from an attack, referred to in sub-paragraph 2(a) (iii), the italian delegation wishes to point out that that expected advantage should be seen in relation to the attack as a whole, and not in relation to each action regarded separately.”

isoladamente. Yoram Dinstein afirma que de acordo com o artigo 8(2) (b) (iv) do Estatuto de Roma, a avaliação do que é excessivo deve se basear na vantagem militar antecipada como um todo (*overall*), ou, como é trazido na tradução em português, vantagem militar global:

[...] lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa;

Ao introduzir a termo '*overall*' o Estatuto de alguma forma amplia o escopo da vantagem militar que deve ser levada em consideração: permite olhar o quadro operacional de maneira mais ampla e não simplesmente um ponto particular sob ataque<sup>214</sup>. Cassese também concorda com Dinstein ao afirmar que o termo constante no Estatuto de Roma, "*overall military advantage anticipated*", dá aos beligerantes uma latitude muito grande e torna o escrutínio judicial quase impossível<sup>215</sup>.

Outros dois aspectos merecem destaque por exporem detalhes na condução das operações militares que possuem implicações na análise da proporcionalidade. O primeiro diz respeito ao sujeito que deve tomar as precauções para o ataque, conforme constante no artigo 57 (2) (a) do Primeiro Protocolo Adicional: "Os que preparam e decidem um ataque devem tomar as seguintes precauções". No referido artigo são apresentadas as medidas de precauções a serem cumpridas, entre elas, por exemplo, encontra-se a possibilidade de se cancelar um ataque caso se perceba que o alvo não é mais um objetivo militar ou sua destruição causará um dano colateral excessivo em relação à vantagem militar esperada. Um conflito onde o piloto de uma aeronave estivesse constantemente se questionando se lançaria ou não a bomba, míssil ou foguete, não poderia ser conduzido de maneira adequada. Após a emissão da ordem, o comandante da operação ainda teria dúvidas se os alvos foram atacados tendo em vista que, por medidas de precauções previstas no DICA, o combatente poderia deixar de cumprir a missão. Diante dessa possibilidade a Suíça apresentou reserva onde declara que para as medidas de precauções previstas no artigo 57 o sujeito, ou seja, aquele que prepara e decide um ataque, são "oficiais comandantes no nível de batalhão, grupo ou

<sup>214</sup>DINSTEIN, 2004, p. 123.

<sup>215</sup>CASSESE, 2003, p. 61: [...] gives belligerents a very great latitude and renders judicial scrutiny almost impossible.

acima”<sup>216</sup>. Essa reserva impede questionamentos sobre a legitimidade ou não dos ataques por parte dos operadores, o que, no caso do emprego do poder aéreo, pode representar o sucesso ou fracasso da missão.

O segundo aspecto refere-se a uma reserva apresentada pela Áustria e Suíça onde as mesmas tecem comentários sobre o artigo 57 (2). Tendo em vista que a identificação de um objetivo dependeria em grande medida de meios técnicos de detecção disponíveis aos beligerantes, alguns Estados poderiam receber informações provindas de um sistema de inteligência moderno, enquanto outros poderiam não ter tal tipo de sistema. Dessa forma, a reserva estabelecia que “tal provisão será aplicada, nos termos de que a informação de fato disponível no tempo da decisão é decisiva”<sup>217</sup>. Canadá também acrescenta em reserva feita durante a ratificação do Primeiro Protocolo que:

É entendimento do Governo do Canadá que, em relação aos artigos 48, 51 a 60 inclusive, 62 e 67, os comandantes militares e outros responsáveis pelo planejamento, decisão ou execução dos ataques devem tomar decisões baseando-se em suas avaliações da informação a eles razoavelmente disponibilizada no momento relevante e que tais decisões não podem ser julgadas baseando-se em informação que posteriormente vier a aparecer<sup>218</sup>.

Na visão dos Estados anteriormente citados, o bem é considerado um objetivo militar de acordo com as informações disponíveis naquele momento, *information available at the time*, enfatizando o valor da atividade de inteligência para o processo de seleção de alvos. Este é um fator de grande interferência na condução das hostilidades, principalmente no emprego do poder aéreo, pois, conforme dizia Giulio Douhet, “a escolha de objetivos inimigos é a operação mais delicada da guerra aérea”. E, completando este pensamento, temos o idealizador da campanha aérea da Primeira Guerra do Golfo, John Warden, o qual

<sup>216</sup>PICTET, 1987, p. 681: “Switzerland made a reservation to Article 57, para. 2, according to which this provision only creates obligations for commanding officers at the level of battalion or group or above.

<sup>217</sup>Ibid. p. 682: “Austria made a reservation to article 57, para.2, according to which this provision will be applied, provided that the information actually available at the time of the decision is decisive. Switzerland made a similar reservation”.

<sup>218</sup>DOSWALD-BECK, 2005, p. 332: It is the understanding of the government of Canada that, in relation to articles 48, 51, to 60 inclusive, 62 and 67, military commanders and others responsible for planning, deciding upon or executing attacks have to reach decisions on the basis of their assessment of the information reasonably available to them at the relevant time and that such decisions cannot be judged on the basis of information which has subsequently come to light”.



afirma que “a chave para o poder aéreo é a seleção de alvos e a chave para a seleção de alvos é a inteligência”<sup>219</sup>. O que as reservas citadas fazem é realçar que sem inteligência não se faz a seleção de alvos de maneira adequada e que, se o comandante de uma operação começar a questionar as informações que lhe são disponibilizadas, ele não tem condições de prosseguir na condução do combate, principalmente empregando o poder aéreo. Se a inteligência estabelece o ganho militar que vai advir da destruição, neutralização ou captura de determinado objetivo militar, esta é a informação que deve ser levada em consideração para se analisar a proporcionalidade do ataque, mesmo que após a missão o que foi informado não seja a completa expressão da realidade. Por mais que a inteligência estabeleça graus de credibilidade para as informações prestadas, elas não necessariamente representarão cem por cento da realidade dos fatos.

Diante da análise das reservas feitas por diversos países, verifica-se que aquele que interpreta a legislação se vê diante dos fenômenos da 'utopia' e da 'apologia'. No afã de se proteger a população civil a todo custo, os organismos não estatais que enfatizam os critérios humanitários apregoam uma vantagem militar concreta e direta. Os Estados, por sua vez, vislumbrando muito mais a prática de um conflito armado, interpretam a vantagem militar considerando a campanha militar como um todo e as informações disponibilizadas pela inteligência. Além do mais, os Estados reconhecem que os que planejam e decidem um ataque, e portanto têm a obrigação de tomarem as medidas de precaução, não são todos os combatentes, mas aqueles que exercem o comando no nível de batalhão, grupo ou acima.

Conforme Jeffrey Walker expressa, caracterizando de certa maneira a apologia por parte dos Estados, “a agenda trabalhada pelas grandes potências, conduzida pelos interesses das camadas militares, durante a negociação de todas as principais convenções do Direito da Guerra era para encontrar uma maneira de apresentar uma face humana para o mundo enquanto evitava qualquer significativa restrição no uso da força militar”<sup>220</sup>.

Outro ponto a se considerar são os elementos constitutivos do crime envolvendo um ataque desproporcional. Segundo Cassese estes elementos são materiais e subjetivos. O material diz respeito aos danos colaterais excessivos decorrentes dos ataques. O subjetivo está ligado à intenção de causar tais danos após atacar um objetivo militar legítimo. Este elemento

---

<sup>219</sup>GLOCK, 1994, p.1.

<sup>220</sup>WALKER, 2006, p. 127: “The agenda worked by the major powers – led by the interests of their military establishments-during the negotiation of all the major law of war conventions was to find a way to present a humane face to the world while avoiding any meaningful restrictions on the use of military force”.

subjetivo do crime é o que gera mais discussões. Os Estados Unidos não apresentam uma definição deste tipo de crime no US CODE. Inclusive, no trabalho de Jean-Marie Henckaerts quanto trata da proporcionalidade no ataque, não foi apresentado no item da legislação nacional qualquer menção aos Estados Unidos. Sendo assim, quando do cometimento de um crime deste tipo, os Estados Unidos trabalharão com o Direito Consuetudinário e por analogia com crimes previstos na legislação nacional tais como homicídio e destruição de propriedade<sup>221</sup>.

Como apesar de não terem ratificado o Estatuto de Roma os Estados Unidos participaram da sua elaboração, mesmo que se tome como referência o artigo 8 (2)(b)(iv) do Estatuto de Roma, o elemento da subjetividade permanece, pois para caracterizar o crime o ataque deve ser intencional, ou seja, o ator deve querer que o ataque traga danos colaterais excessivos, o que incluiria o dolo eventual e a culpa consciente<sup>222</sup>. Cassese explica o dolo eventual como a situação na qual “[...] alguém, embora ciente da possibilidade de conseqüências perniciosas de sua conduta, conscientemente assume o risco de levar a cabo tais conseqüências”<sup>223</sup>. Quanto à culpa consciente ele a define como a situação em que o “[...] autor do crime, embora ciente do risco envolvido em sua conduta está, contudo, convencido de que a conseqüência proibida não ocorrerá”<sup>224</sup>. Neste último caso tem-se como exemplo o fato de um planejador de operação aérea confiar na precisão do armamento utilizado para o cumprimento da missão.

Cabe ressaltar que mesmo o Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949, em seu artigo 85,3,b, faz menção ao elemento subjetivo do ato delituoso de se lançar um ataque desproporcional. Para interpretação do artigo a seguir deve-se lembrar que, conforme artigo 51,5,b um ataque indiscriminado é também considerado como um ataque desproporcional :

<sup>221</sup> Entrevistas por email com Michael Lewis e Burrus Carnahan, datados de 14 de outubro de 2008 e 11 de março de 2009, respectivamente, o primeiro professor de Direito Internacional na Ohio Northern University e o segundo responsável pelas informações referentes aos Estados Unidos no trabalho de Jean- Marie Henckaerts e Louise Dowwald- Beck, *Customary International Humanitarian Law*. O parecer dos dois é apresentado no capítulo III desta pesquisa.

<sup>222</sup>CASSESE, 2003, p. 54-59.

<sup>223</sup>Ibid., p. 58: [...] somebody, although aware of the likely pernicious consequences of his conduct, knowingly takes the risk of bringing about such consequences.

<sup>224</sup>Ibid. p. 58:[...]the author of the crime, although aware of the risk involved in his conduct, is nevertheless convinced that the prohibited consequence will not occur.

3. Além das infrações graves definidas no artigo 11, são considerados infrações graves ao presente Protocolo os seguintes atos, quando forem cometidos intencionalmente, violando as disposições pertinentes do presente Protocolo e que causem a morte ou constituam atentados graves à integridade física ou à saúde:

.....  
 b) lançar um ataque indiscriminado, que atinja a população civil ou bens de caráter civil, sabendo que esse ataque causará perdas de vidas humanas, ferimentos em civis ou danos em bens de caráter civil, que sejam excessivos nos termos do artigo 57, parágrafo 2, alínea (a), (iii);

Até o presente momento não houve processos judiciais na justiça penal internacional onde se julgassem crimes referentes ao lançamento de ataques desproporcionais. No Tribunal Penal para a ex-Yugoslávia no caso “*Prosecutor v. Kupreskic*” a Corte foi de parecer que a proporcionalidade faz parte do Direito Internacional Consuetudinário e, além disso, é um princípio geral do DI. Entretanto, ao investigar as acusações de que as ações da OTAN no Kosovo teriam infringido os requerimentos da proporcionalidade concluiu-se que não havia nenhuma justificativa para prosseguir investigando tais alegações<sup>225</sup>.

Para Keohane os interesses mútuos são essenciais para a origem de um regime internacional. No caso da proporcionalidade estes interesses não podem ser analisados de maneira descolada do que é apresentado nas reservas dos Estados, pois as mesmas são o reflexo da prática dos países na condução das hostilidades ao longo da história. Dessa forma, as argumentações de organismos não estatais tendem para uma utopia e as reservas dos Estados para a apologia, sendo esta dialética a expressão da argumentação ora existente em torno do princípio da proporcionalidade.

Diante do exposto, o cumprimento do princípio da proporcionalidade, que constitui a variável dependente desta pesquisa, pode ser definida como lançar um ataque a um objetivo militar legítimo sabendo que o mesmo não causará um dano colateral excessivo em relação à vantagem militar antecipada. A vantagem militar deve ser vista analisando-se a campanha militar como um todo, e a decisão pela ataque deve se basear nas informações disponibilizadas pela inteligência naquele momento. Da mesma maneira, a responsabilidade pelo ataque se encontra com aquele que planeja e decide, o que no caso do emprego do poder aéreo não cabe ao piloto, mas àqueles que participaram e decidiram os alvos que foram atacados.

---

<sup>225</sup>GARDAM, 2009, p.2.

## 2.6 A RECIPROCIDADE

Para a teoria neoliberal institucionalista a explicação de um regime internacional não pode ser descolada do princípio da reciprocidade. As nações agem na expectativa de que os demais atores do cenário internacional irão responder da mesma maneira como estão sendo tratados. Keohane define reciprocidade como “trocas de valores aproximadamente equivalentes nas quais as ações de cada parte são condicionadas nas ações anteriores dos outros de tal maneira que o bem é respondido com o bem e o mal com o mal”<sup>226</sup>. De maneira geral estas trocas são mutuamente benéficas, mas não necessariamente. Estas relações de reciprocidade não são livres de considerações de poder; atores fortes e fracos, em uma visão econômica, enfrentam diferentes custos de oportunidade em suas relações. A reciprocidade não é um princípio universal da política mundial e muito menos é capaz de eximir aqueles que a praticam das considerações de poder<sup>227</sup>.

A reciprocidade pode ter um caráter positivo ou negativo. Pelo aspecto positivo um Estado obedece a norma internacional a fim de fomentar a mesma atitude nos demais. É o que solenemente marca as Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais, respectivamente: “As altas Partes contratantes comprometem-se a respeitar e a fazer respeitar a presente Convenção em todas as circunstâncias”; e “As altas Partes contratantes se comprometem a respeitar e a fazer respeitar o presente Protocolo em todas as circunstâncias”. O aspecto negativo permite o recurso às represálias. Estas surgem quando a parte adversária, diante da violação de uma norma, deixa de considerar-se obrigada a respeitar a norma em questão.

Celso Albuquerque diz que a reciprocidade é o “principal motor da negociação” pois por meio dela, ou seja, da teoria das prestações recíprocas, os Estados podem conseguir o que desejam. Ao estimular “a concessão de novas vantagens jurídicas”, demonstra seu aspecto positivo e fomenta o desenvolvimento do direito. No que diz respeito ao aspecto negativo é

<sup>226</sup>KEOHANE, 1989, p. 136: “... exchanges of roughly equivalent values in which the actions of each party are contingent on the prior actions of the others in such a way that good is returned for good, and bad for bad”.

<sup>227</sup>Ibid., p. 136.

usada para punir violações do direito, mesmo assim servindo para dissuadir a prática da violação. A reciprocidade está na base da retorsão e das represálias<sup>228</sup>.

O texto constante no artigo 1 das Convenções de Genebra e do Primeiro Protocolo visam à proibição das represálias contra pessoas e bens protegidos. As represálias são atos por meio dos quais uma parte em conflito infringe intencionalmente alguma disposição do DICA como reação a uma conduta da parte adversária que configure o descumprimento da mesma norma ou de outra constante no Direito Internacional Humanitário<sup>229</sup>.

Jean Pictet define represálias como:

medidas severas tomadas por um Estado contra o outro com o propósito de pôr um fim a quebras da lei das quais é vítima, ou para obter reparação por elas. Embora tais medidas sejam em princípio contra a lei, elas são consideradas legais por aqueles que as tomam nas circunstâncias particulares nas quais elas são tomadas, i. e., em resposta à quebra cometida pelo adversário<sup>230</sup>.

Já no século XII havia a prática da emissão de cartas de represálias. Em 1295 Edward I autorizou “um dos Bernard Dongresilli, um cidadão e mercador de Bayonne, mas não um oficial da coroa” a se engajar em uma ação de represália contra Portugal. Havia, entretanto, condições reconhecidas para a legalidade da represália privada e uma envolvia a demanda por satisfação. De acordo com Jordan Paust o sistema de represália era considerado um meio legítimo de assegurar a justiça depois que todos os outros meios práticos tivessem falhado.<sup>231</sup>

Não obstante os Quatro Convênios de Genebra de 1949 e a Convenção de Haia de 1954 para a Proteção de Bens Culturais proibir as represálias contra pessoas e bens protegidos, nem os Convênios de Haia de 1899 e 1907, e nem o Protocolo de Genebra de 1925 sobre gases, proibiam as represálias. Isso pôs em dúvida, por exemplo, se o fato de efetuar um bombardeio aéreo contra um núcleo de população civil podia justificar-se, ou não, como represália. Durante a Segunda Guerra os dois lados em conflito realizaram bombardeios

<sup>228</sup>MELLO, 2002, p. 93.

<sup>229</sup>KALSHOVEN, 2005, p. 88.

<sup>230</sup>PICTET, 1987, p. 982: “Reprisals are stern measures taken by one State against another for the purpose of putting an end to breaches of the law of which it is the victim or to obtain reparation for them. Although such measures are in principle against the law, they are considered lawful by those who take them in the particular circumstances in which they are taken, i. e., in response to a breach committed by the adversary”.

<sup>231</sup>PAUST, 1972, p. 110.

em grande escala contra diversos centros urbanos em territórios inimigos. De maneira geral tais atos eram explicados como medidas de represálias<sup>232</sup>.

Cançado Trindade declara que devido ao fato de os Convênios de Haia de 1899 e 1907 terem sido fundados em bases puramente interestatais, as regras consagradas requeriam a aplicação do princípio da reciprocidade. As Convenções de Genebra de 1949, por sua vez, por terem sido elaboradas “*au seul profit des victimes*” consagravam a primazia dos direitos do indivíduo e dos princípios de humanidade. Dessa forma, de acordo com o artigo 1 comum, as partes contratantes se comprometem “a respeitar e a fazer respeitar” as presentes Convenções “em todas as circunstâncias”, i. e., independentemente de considerações de reciprocidade<sup>233</sup>. O artigo 1 do Primeiro Protocolo Adicional também apresenta o mesmo teor sobre a reciprocidade.

Tanto o Título II quanto o Título IV do Primeiro Protocolo, que se referem aos feridos enfermos e náufragos, e à população civil, respectivamente, trazem normas que proíbem represálias. A complementação às proibições previstas nas Convenções de Genebra de 1949, se encontram no artigo vinte do Título II do Primeiro Protocolo, onde são proibidas represálias contra as pessoas e bens protegidos: feridos, enfermos e náufragos.

O Título III, todavia, que trata sobre “Métodos e meios de guerra: estatuto do combatente e do prisioneiro de guerra” não contem proibição das represálias. Para algumas disposições esta ausência é suprida pelo constante em outra parte do Protocolo. Fazer uso indevido do signo distintivo da Cruz Vermelha, por exemplo, está no artigo 38 do Título III, enquanto a respectiva proibição de represália encontra-se no artigo 20 do Título II. Quando não há uma proibição dessa índole em outras disposições, o que se questiona é a possibilidade de se suspender a aplicação de outras normas do Título III como represália<sup>234</sup>.

Não haveria, portanto, justificativa de represálias em detrimento de normas que protegessem categorias específicas de pessoas tais como as normas sobre guerra sem quartel (quando se declara que não se permitirá que haja sobreviventes no conflito) e da proteção do inimigo fora de combate, constantes nos artigos 40 e 41 do Primeiro Protocolo. Por outro lado, as restrições sobre o uso de armas ou uniformes do inimigo (artigo 35 e 39) continuam, em certa medida, sujeitas a represálias<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup>KALSHOVEN, 2005, p. 89.

<sup>233</sup>TRINDADE, 1989, pp. 18, 19.

<sup>234</sup>KALSHOVEN, 2005, p. 168.

<sup>235</sup>Ibid., p.168.

No artigo 60 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 20 de maio de 1969, que prevê o término ou suspensão de tratados após uma violação material do mesmo, não há a mesma previsão para violações relacionadas à proteção da pessoa humana em tratados de caráter humanitário. A aprovação da Resolução 2675 de 1970, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que declara que “as populações civis ou as pessoas que as compõem não deverão ser objeto de represálias” não teve em si o efeito suficiente de dissipar as dúvidas sobre o que poderia ser objeto de represálias frente ao DI. Na Conferência diplomática para elaboração do texto do Primeiro Protocolo, as dúvidas se manifestaram. A proibição de represálias contra combatentes fora de combate, como feridos, enfermos e náufragos, não foi objeto de muitas discussões. Entretanto, as represálias contra a população civil geraram longos e difíceis debates<sup>236</sup>.

Havia dois grupos, os que queriam uma proibição categórica de represálias contra a população civil e aqueles que consideravam que tal ato poderia continuar sendo um recurso possível. A argumentação do primeiro grupo era de que, assim como as represálias contra prisioneiros de guerra, as represálias contra a população civil forçosamente afetam a pessoas inocentes. Além disso, a possibilidade de êxito de tais medidas, ou seja, de fazer com que o oponente deixasse de cometer a infração ao DICA, era muito escassa. O segundo grupo argumentava, por sua vez, que nem sempre a população era absolutamente inocente a respeito do que as autoridades políticas e militares estavam fazendo; que não se podia provar, em todos os casos, a ineficácia das represálias contra a população civil; e por fim este grupo argumentava que as partes em conflito simplesmente não possuíam outros meios para conseguir que o oponente mudasse a sua atitude em relação à infração ao DICA. Se não se pudesse evitar a proibição de ataques em represália contra a população civil, pelo menos os bens civis poderiam ser admitidos como objetos de represália.

O grupo favorável à proibição obteve uma ampla vitória que resultou na aprovação de proibições de ataques como represálias contra: a população civil ou pessoas civis, bens civis, bens culturais e lugares de culto, bens indispensáveis à sobrevivência da população civil, o meio ambiente natural e obras e instalações que contenham forças perigosas.

Mas qual o posicionamento dos Estados em relação ao princípio da reciprocidade? Não obstante a “utopia” da primazia dos princípios da humanidade, “utopia” esta entendida no sentido apresentado por Koskenniemi, como uma tendência do Direito Internacional a

---

<sup>236</sup>Ibid., p.168.

distanciar a norma da concretidade e realidade das ações dos Estados, justamente a fim de tornar o Direito em ente descolado da Política. Sobre este aspecto deve-se considerar a Declaração do Reino Unido sobre a aplicação de represálias ao ratificar o Primeiro Protocolo em 1998:

Se uma parte adversa efetua ataques graves e deliberados contra a população civil ou pessoas civis, ou contra bens civis, violando os artigos 51 ou 52, ou contra bens ou produtos protegidos, em violação dos artigos 53, 54 e 55, o Reino Unido se considerará autorizado a tomar medidas proibidas pelos artigos em questão, dentro dos limites que estime necessários para o mero propósito de obrigar à parte adversa a deixar de cometer essas violações. O fará somente depois de que a parte adversa tenha desatendido à advertência formal na que se lhe exija por fim às violações e, portanto, depois de que se tenha tomado uma decisão a respeito no mais alto nível do Governo. Em consequência, nenhuma das medidas que adote o Reino Unido será desproporcional com respeito às violações que lhe hajam dado lugar nem implicará nenhuma ação proibida pelos Convênios de Genebra de 1949; tampouco se prolongarão essas medidas depois que cessem as violações. O Reino Unido notificará às Potências Protetoras a advertência formal apresentada a uma parte adversa e, se esta desatende tal advertência, também lhes comunicará as medidas tomadas em consequência<sup>237</sup>.

A Itália também apresentou reserva com teor semelhante ao do Reino Unido. Em 1986, ao ratificar o Protocolo declarou que “reagirá às violações graves e sistemáticas das obrigações impostas pelos [...] artigos 51 e 52, cometidas pelo inimigo, recorrendo a todos os meios permitidos pelo direito internacional a fim de evitar toda futura violação”<sup>238</sup>. Como não houve objeções a estas reservas entende-se a sua aceitação pelos demais Estados-parte, pois “uma vez que tenha sido autorizada expressa ou tacitamente pelos demais contratantes, forma parte integrante do próprio tratado”<sup>239</sup>. Dessa maneira, a represália à população civil não se trata de assunto fora de questionamento, o que faz com que o princípio da reciprocidade tenha determinado peso dentro do regime do DICA.

Não obstante tais declarações, principalmente o Reino Unido deixa claro que após o descumprimento do DICA pela parte adversária, haverá uma advertência formal que será

<sup>237</sup>KALSHOVEN, 2005,p. 170.

<sup>238</sup>ibid p. 170.

<sup>239</sup>MELLO, 2002, p. 239.



notificada às Potências Protetoras. Caso a transgressão persista, a medida de represália será emitida pelo mais alto nível do governo e de maneira nenhuma será desproporcional à violação que deu início ao processo.

É digno de nota que desde a aprovação do Protocolo não parece ter havido casos de ataques contra a população civil ou bens civis da parte inimiga, a respeito dos quais se tenha informado que eram represálias<sup>240</sup>. Por outro lado, os casos de vingança contra a população civil da parte adversária têm sofrido condenações vigorosas por parte da comunidade internacional. Como exemplo temos a guerra entre o Irã e Iraque em que o Presidente do Conselho de Segurança, em 1986, deplorou “a violação do Direito Internacional Humanitário e de outras leis aplicáveis aos conflitos armados” e expressou sua “profunda preocupação pela expansão do conflito mediante a escalada dos combates contra objetivos exclusivamente civis”. A justificativa apresentada pelos presidentes dos países envolvidos, por meio de cartas enviadas ao Secretário Geral das Nações Unidas, em 1987, era de que seus ataques às cidades do outro país eram medidas limitadas de represálias para porem fim aos ataques do adversário. Em 1988, por intermédio de outra declaração, o Conselho de Segurança das Nações Unidas lamentou “a intensificação das hostilidades[...] em particular os ataques levados a cabo [...] contra cidades e objetivos civis” e sinalizaram que: “Os membros do Conselho de Segurança insistem em que o Irã e o Iraque ponham fim de imediato a todos os ataques dessa natureza e desistam sem demora de todos os atos que dêem lugar a uma intensificação do conflito”. Embora o termo represália não tenha sido usado explicitamente, a condenação da intensificação dos ataques a pessoas civis é marcante<sup>241</sup>.

De qualquer maneira não está claro, tendo em vista as declarações da Itália e Reino Unido, se a proibição de represálias contra a população civil pode ser considerada, no atual momento, como norma do Direito Consuetudinário<sup>242</sup>. Contudo, também é difícil afirmar que continua existindo o direito de recorrer a este tipo de represálias fundamentando-se na prática de tão poucos países<sup>243</sup>.

Diante do exposto quanto à proporcionalidade como um regime internacional, de que maneira a reciprocidade é capaz de interferir nos seus resultados? É interessante lembrar o posicionamento de Keohane de que a reciprocidade não é um princípio universal da política

---

<sup>240</sup>KALSHOVEN, 2005, p. 171.

<sup>241</sup>DOSWALD-BECK, 2007, p. 590.

<sup>242</sup>KALSHOVEN, 2005, p.171.

<sup>243</sup>DOSWALD-BECK, 2007, p. 591.

mundial e muito menos é capaz de eximir aqueles que a praticam das considerações de poder<sup>244</sup>. Partindo-se do princípio que a reciprocidade teria a capacidade de fomentar o cumprimento do DICA, ou, em termos neoliberais institucionalistas, a cooperação, é necessário perceber que para uma reciprocidade específica as partes envolvidas devem possuir o poder necessário para exercê-la. Caso contrário o Estado lesado teria que depender de uma reciprocidade difusa para garantir o cumprimento das normas e a cooperação.

Jeffrey Walker, em artigo publicado no *Naval War College*, debate o assunto da reciprocidade de maneira muito interessante. Ele diz que desde as primeiras conferências em São Petesburgo havia uma certa equivalência na capacidade de ameaça entre as grandes Potências que criaram o regime de tratados do Direito de Guerra. Sejam as grandes potências do século XIX, democracias versus fascistas no período entre guerras, ou o bloco dos Estados Unidos versus o bloco soviético durante a guerra fria, havia sempre certa equivalência no dano que cada um poderia causar ao outro. Este equilíbrio de ameaça militar produzia uma mutualidade de interesses entre os maiores atores que mais influenciaram o desenvolvimento do Direito da Guerra. Se os potenciais inimigos têm a capacidade de fazer com os beligerantes o que estes também são capazes de fazer, então todos se defrontam com uma regra de ouro: o que se fizer contra o outro será feito em resposta. Jeffrey prossegue o seu pensamento dizendo que:

[...]com a emergência dos Estados Unidos como a última superpotência existente, nós nos defrontamos com uma ameaça significativa a este mecanismo implícito de imposição da lei- a impunidade. Agora não tenciono usar esta palavra com qualquer de suas conotações negativas, eu me refiro à plena e velha impunidade - a habilidade de agir sem restrição. [...] e em certo sentido de uma visão militar - embora não política-os Estados Unidos e seus aliados se encontram nessa posição.<sup>245</sup>

Quando o autor declara que esta idéia reflete uma visão militar, e não política, ele deixa em aberto o espaço para uma reciprocidade difusa e também para uma análise de vulnerabilidade como será visto no capítulo III.

<sup>244</sup>KEOHANE, 1989, p.136.

<sup>245</sup>WALKER, 2006, p. 129: "But with the emergence of the United States as the last superpower left standing, we are faced with a significant threat to this implicit enforcement mechanism-impunity. Now I don't intend to use this word with any of its negative connotations. I mean plain old impunity- the ability to act without constraint.... in a military sense -although not a political one- the United States and its usual allies find themselves in this position."

Tendo a Primeira Guerra do Golfo como enfoque, verifica-se que a capacidade de represália do Iraque poderia ser exercida por meio do lançamento dos mísseis Scud, tendo em vista que pela superioridade aérea adquirida no início do conflito não era viável o uso das aeronaves iraquianas porventura remanescentes. O Relatório Final do Departamento de Defesa ao Congresso afirma que o Iraque tinha a capacidade de atingir com seus mísseis Scud países como Israel, Síria e Turquia<sup>246</sup>. De acordo com Lewis os mísseis foram usados contra a Arábia Saudita e Israel<sup>247</sup>. Entretanto, o Iraque o fez não por reagir a uma violação do DICA por parte dos Estados Unidos, mas para a sua defesa e fins políticos tais como trazer Israel para o conflito. Vale ressaltar que nas referências utilizadas nesta pesquisa não houve menção a alguma política americana de se evitarem danos colaterais a civis por receio de uma represália iraquiana. No caso de uma reciprocidade difusa, onde a ONU por exemplo viesse a intervir no conflito devido a infrações ao DICA pelos Estados Unidos, o poder de veto norteamericano no Conselho de Segurança impediria qualquer tipo de medida.

Diante do exposto, a reciprocidade não exerceu influência para o fomento da cooperação com o regime da proporcionalidade durante a Primeira Guerra do Golfo.

Cançado Trindade ao comentar que as Convenções de Genebra de 1949 superaram a reciprocidade prevalecente no Direito tipo Haya, argumenta que esta superação foi realizada por intermédio do sistema de supervisão pelas Potências Protetoras e pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha<sup>248</sup>. Tomando a observação de Trindade, é pertinente que seja analisada a influência de um fluxo confiável de informações para o desenvolvimento do regime da proporcionalidade em conflitos armados.

## 2.8 POTÊNCIAS PROTETORAS E SUBSTITUTO

Conforme trazido na perspectiva da teoria dos jogos, a atitude de jogadores que se encontram impedidos de se comunicar, quando em uma tomada de decisões cujos efeitos podem atingir a ambos, não é a mesma daqueles que se comunicam, de atores que têm à sua

<sup>246</sup>UNITED STATES, 1992, p. 14.

<sup>247</sup>LEWIS, 2003, p.490.

<sup>248</sup>TRINDADE, 1989, p.18.

disposição um número suficiente de informações confiáveis. Ao se comparar tal perspectiva com a evolução do DICA verifica-se que as Convenções de Genebra de 1949, ao estabelecerem o papel das Potências Protetoras procuraram fazer com que, mesmo durante um conflito armado, os países tivessem condições de ter acesso a informações que facilitariam a cooperação em termos de cumprimento das normas.

Como o princípio da proporcionalidade é o foco deste trabalho, e sua conceituação encontra-se mais profundamente definida no Primeiro Protocolo Adicional, não obstante as Convenções de Genebra terem sido a primeira legislação internacional a tratar do assunto Potência Protetora, os textos para análise serão tirados do artigo quinto do Primeiro Protocolo Adicional. O inciso 1 do artigo 5 diz que:

É dever das Partes em conflito, desde o início desse conflito, assegurar o respeito e a execução das Convenções e do presente Protocolo, pela aplicação do sistema das Potências Protetoras, incluindo particularmente a designação e aceitação dessas Potências nos termos dos parágrafos seguintes. As Potências Protetoras serão encarregadas de salvaguardar os interesses das Partes em conflito.

O objetivo do estabelecimento das Potências Protetoras é a supervisão da aplicação das regras do DICA. O Estatuto da Potência Protetora é uma instituição antiga, a sua incorporação à legislação do DICA, contudo, ocorreu pela primeira vez no artigo 86 da Convenção de Genebra de 1929 relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra. Podem ser encontradas provisões referentes à ação das Potências Protetoras nas quatro Convenções de Genebra de 1949. Detalhes sobre o procedimento para designação das Potências Protetoras aparecem no artigo 5, parágrafo primeiro, do Protocolo I, procedimento este que se fundamenta no costume internacional pertinente ao assunto.

Hedley Bull comenta sobre a instituição diplomática dos *proxenoi* que atuavam na confederação das cidades-estado gregas, também chamada de *amphictyoniae*. Em seu comentário ele afirma que o próxenos, em português, era um habitante de uma pólis, escolhido por outra pólis para defender os interesses da segunda, junto à primeira. Em sua exemplificação Bull explica que um habitante de Tebas poderia ser escolhido por Atenas para defender os interesses de Atenas em Tebas<sup>249</sup>. Não obstante tratar-se de uma instituição

---

<sup>249</sup> BULL, 2002, p. 21.

diplomática, a mesma pode ter sido a precursora do que atualmente consta na legislação sobre a atuação de Potências Protetoras em conflitos armados.

Desde o século XVI tem havido a atuação das Potências Protetoras. Como somente os grandes Estados tinham as suas embaixadas, estes, por razões de prestígio, geralmente protegiam os interesses dos países de pequeno e médio porte, assim como de seus nacionais. Mais tarde os pequenos países requisitaram às grandes Potências que se incumbissem da proteção de seus interesses em países onde aquelas não tivessem representação.<sup>250</sup>

Há, portanto, três figuras envolvidas neste processo: a Potência de Origem, que solicita a salvaguarda de seus interesses, o Estado de Residência onde se localizam as pessoas que serão protegidas, e a Potência Protetora.<sup>251</sup> As Potências Protetoras exerciam atividades das mais variadas naturezas, desde representações em casos particulares à proteção geral e permanente dos interesses dos nacionais do país protegido. Essas atividades, no entanto, não cobriam as pessoas protegidas das leis do Estado de Residência. Buscavam sim, assegurar que elas fossem tratadas de acordo com as leis e com os tratados e costumes internacionais. Em tempo de guerra é simplesmente um caso de proteção entre outros tantos, com a diferença de que em momentos belicosos esta atividade se faz mais necessária.

No caso da Primeira Guerra Mundial, o grande número de prisioneiros de guerra em ambos os lados, e o tempo que durava os cativos, rapidamente levantou a questão da necessidade de supervisão de seus tratamentos. O Regulamento da Quarta Convenção de Haia continha algumas breves regras relativas ao tratamento de prisioneiros de guerra, mas nenhuma provisão sobre a possibilidade de supervisão. Os civis quando internados em territórios das Partes em conflito, ou detidos em territórios ocupados, não estavam protegidos por nenhum tratado internacional. Tudo o que poderia ser aplicado era o Direito Consuetudinário, na medida do que poderia ser determinado.<sup>252</sup>

De acordo com as provisões do artigo 5 do Primeiro Protocolo, a Potência Protetora deve salvaguardar os interesses das partes em conflito, assegurando o cumprimento do DICA. Alguns comentaristas abordam o assunto das Potências Protetoras quando comentam sobre a imposição (*enforcement*) do DICA, entre eles encontra-se Dieter Fleck. Isto é devido ao fato de que ao procurarem zelar pelos interesses de um país em território da parte oponente, a Potência Protetora teria condições de salvaguardá-los, não pelo recurso da força armada, mas

---

<sup>250</sup> PICTET, 1958, p.81.

<sup>251</sup> Ibid., p. 81.

<sup>252</sup> Ibid., p. 82.

pelo fato de fomentar a transparência entre as partes deixando claro os descumprimentos das normas que porventura viessem a ocorrer.

Há quatro possibilidades de designação de Potências Protetoras. O primeiro processo ocorre por intermédio de um acordo trilateral entre a parte solicitante, a parte oponente e a Potência Protetora, tudo isso conforme o constante no parágrafo 2 do artigo 5 do Primeiro Protocolo. A segunda maneira é pela mediação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), após a falha do primeiro processo. A terceira sucede quando o CICV solicita às partes a proposição de uma lista com cinco Estados que eles consideram como aceitáveis para agir como Potência Protetora diante da parte oponente. Concomitantemente também é solicitada a apresentação de uma lista com cinco Estados que eles seriam capazes de aceitar como Potências Protetoras da parte oponente. As listas, então, são comparadas e é solicitado o consentimento do país que constar em ambas as listas para atuar como Potência Protetora. Se mesmo assim não se chegar a um acordo, o CICV ou outro organismo internacional poderá ser designado pelas partes como Substituto da Potência Protetora, de acordo com o parágrafo 4 do artigo 5 do Primeiro Protocolo.

Este sistema raramente tem sido utilizado desde a segunda guerra mundial. Houve a designação de Potências Protetoras por parte de Israel quando da crise de Suez em 1956, mas o Egito não as autorizou a proceder nenhuma de suas obrigações. Na guerra das Malvinas, a Suíça assumiu a função em relação à Inglaterra e o Brasil da mesma maneira em relação à Argentina. Dessa maneira a guerra das Malvinas constitui-se em um dos poucos casos em que houve a atuação de Potências Protetoras. Nas guerras da Coreia e Vietnã, bem como no conflito entre Irã e Iraque, não houve a participação de Potências Protetoras.<sup>253</sup>

E quanto à atuação do CICV como Substituto? Dieter Fleck relata que, no que diz respeito à supervisão do cumprimento das obrigações constantes na Terceira Convenção de Genebra que trata da proteção dos prisioneiros de guerra, a Resolução do Conselho de Segurança de número 711 de 13 de agosto de 1992 convocou todas as partes envolvidas no conflito Bósnia-Herzegovina a assegurar que todas as organizações internacionais humanitárias, e particularmente o CICV tivessem acesso aos campos, prisões e centros de detenção no território da ex-Iugoslávia. Muito embora a principal preocupação do Conselho de Segurança nessa Resolução era facilitar as operações de assistência humanitária por parte do CICV e outros organismos internacionais, a obrigação de garantir acesso necessariamente

---

<sup>253</sup>FLECK, 1995, p. 333.

afeta a função do CICV no sistema de Potências Protetoras. Fica claro que o Conselho de Segurança não considera a aprovação das atividades do CICV por potências detentoras de prisioneiros de guerra como necessária em casos de graves violações do DICA. O fato de que as resoluções não distinguem claramente entre assistência humanitária e as funções de Potência Protetora dá a entender a expansão dessas últimas. Tendo em vista que nos conflitos da ex-Iugoslávia organizações internacionais e órgãos especiais exerceram atividades de Potências Protetoras, como, por exemplo, delegações da Conferência para Segurança e Cooperação na Europa que visitou campos de prisioneiros, bem como o ex-Primeiro Ministro da Polônia, Mazowiecki, designado pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, que em diversas ocasiões relatou violações contra o DICA, parece indicar que, no futuro, organizações internacionais e órgãos especiais estarão cada vez mais na posição de exercer funções de Potências Protetoras.<sup>254</sup>

Os exemplos anteriormente citados trazem situações envolvendo o trato de prisioneiros de guerra. No que tange à proporcionalidade dos ataques, um fluxo confiável de informações pode ocorrer de duas maneiras. Em primeiro lugar a mídia exerce um forte papel ao transmitir, em tempo real, os danos colaterais causados pelos ataques. Todavia, conhecendo-se que o número de vítimas não é o único componente da equação da proporcionalidade, haveria que existir a informação referente à importância militar do alvo atingido para a campanha como um todo.

Da mesma maneira, o elemento que porventura garantisse esse fluxo de informações confiáveis deveria assegurar se quem decidiu pelo ataque estava consciente do excesso do dano, ou seja, estava assumindo o risco, o que poderia caracterizar o dolo eventual ou a culpa consciente. Para isso tal elemento deveria ter participado do “*targeting*”, do processo de seleção de alvos, fato este que não seria autorizado por nenhum país em conflito.

Clausewitz afirma que a guerra é o reino da incerteza e do risco, a sua natureza não propicia um ambiente de confiança nas informações oriundas do adversário:

A guerra é o domínio do acaso. Nenhuma outra esfera da atividade humana deixa tanta margem a este desconhecido, pois nenhuma se encontra, sob todos os pontos de vista, em contato tão permanente com ele. Em todas as circunstâncias ele acentua a incerteza e entrava o curso dos acontecimentos.<sup>255</sup>

---

<sup>254</sup>Ibid pp. 333, 334.

<sup>255</sup>CLAUSEWITZ, 1996, p. 52.

Diante do que foi apresentado, as características da guerra não permitem que haja um fluxo confiável de informações no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o número de civis e propriedades civis afetados por um ataque não são os únicos elementos a se levar em consideração na equação da proporcionalidade.

Haveria no ordenamento jurídico dos Estados Unidos alguma figura capaz de garantir que o princípio da proporcionalidade fosse cumprido? No que diz respeito ao emprego do poder aéreo, fator que delimitou o presente trabalho, seria possível encontrar na ação do *Judge Advocate* (JAG) os aspectos que demonstrariam a vulnerabilidade dos Estados Unidos, ou seja, o sistema que norteia a atuação do JAG traria um elevado custo para os EEUU caso este optasse em alterar tal sistema a fim de não cumprir o regime da proporcionalidade? Para se responder a este questionamento houve uma análise do que representa a figura do JAG e suas implicações para o processo de seleção de alvos durante a primeira Guerra do Golfo.

### **3 A ATUAÇÃO DO JAG COMO FATOR DE VULNERABILIDADE**

O presente capítulo busca explicar a atuação do *judge advocate* (JAG) sob a perspectiva da vulnerabilidade. Os aspectos históricos da guerra do Golfo serão trazidos a fim de posicionar o leitor sobre os eventos principais deste conflito. Entretanto, não existe o propósito de se exaurir detalhes históricos e operacionais, haja vista que o estudo trata da testagem da teoria neoliberal institucionalista. Este capítulo apresenta as nuances do sistema que estruturou a ação do JAG comparando-o com o pressuposto da vulnerabilidade defendido por Keohane.

Um ponto a ser destacado para que se compreenda o emprego do poder aéreo durante a Primeira Guerra do Golfo é a “*Revolution in Military Affairs*” (RMA), Revolução nos Assuntos Militares. John Ormne afirma que o termo foi cunhado pelo historiador Michael Roberts em 1955 a fim de exprimir as importantes mudanças na organização militar e estratégia concebidas por Maurício de Nassau e Gustavo Adolfo entre 1560 e 1660. As



revoluções iniciadas por Napoleão e pelo Alto Comando Alemão em 1930, mudaram decisivamente a tendência para a ofensiva e tornou possível o domínio destas Potências em uma escala continental. A RMA que agora está acontecendo não poderia ter um alcance menor em suas conseqüências para aqueles que dela se utilizam. A base tecnológica da RMA consiste em um incremento fantástico na precisão e alcance dos armamentos, na acuidade do reconhecimento e vigilância, na facilidade de enganar e suprimir as defesas do inimigo e na eficácia do poder de comando e controle.<sup>256</sup>

Embora a revolução da informação estivesse em seus primeiros estágios em 1991, a Guerra do Golfo providenciou ampla evidência das oportunidades e perigos que poderão advir da RMA. Um exemplo marcante para se analisar o impacto da RMA foi a ação do F117A caça-bombardeiro. Apesar de ter voado somente dois por cento das surtidas americanas na Guerra, respondeu por quarenta por cento dos danos empreendidos contra os alvos estratégicos. De forma geral acredita-se que mais de oitenta por cento das bombas lançadas pelo F117A acertaram os seus alvos e nenhum desses aviões foi abatido<sup>257</sup>. Verificando-se os dados constantes no “*Gulf War Air Power Survey*”(GWAPS)<sup>258</sup>, descobriu-se que F111Es que usavam bombas não guiadas do tipo Mk82 destruíram dois alvos em doze surtidas com 168 bombas, enquanto que os F117A destruíram vinte e seis alvos com sucesso em suas doze surtidas com somente vinte e oito bombas guiadas de precisão. Durante a Segunda Guerra, nos “*raids*” sobre a Alemanha e o Japão, a média de erro provável era medida, na melhor das hipóteses, em milhares de pés, quando não em milhas.<sup>259</sup>

Diante dessa assimetria, como os Estados que não possuem os mesmos recursos que os Estados Unidos reagiriam? Hammes e Van Creveld respondem este questionamento apresentando o que eles consideram como uma evolução da insurgência. Suas argumentações passam por uma análise da doutrina de Mao sobre a mobilização política como instrumento para se vencer uma guerra. Mao defendia a construção de redes, formação de opiniões em grupos-alvo e a condução de intensa propaganda e operações psicológicas. Tudo isso visando maximizar o poder político, econômico e social minimizando o poder militar do inimigo. Era a busca de uma correlação de forças favorável à insurreição.

<sup>256</sup>ORMNE, 1998, pp. 544,545.

<sup>257</sup>Ibid., p. 545.

<sup>258</sup>O GWAPS foi um grupo de trabalho dirigido por Eliot Cohen do John Hopkins University School of Advanced International Studies e contou com uma assessoria de combinava analistas civis e militares.

<sup>259</sup>ORMNE, 1998, p 545.

Na guerra do Vietnã, Ho Chi Minh, discípulo de Mao, enfrenta as forças terrestres americanas aplicando os mesmos princípios de seu mestre. Ho buscou manobrar a opinião pública internacional em conjunto com uma guerra de guerrilha no interior do Vietnã. Apesar do elevado índice de baixas para os vietcongs, Giap, principal estrategista de Ho implementou a *Tet Offensive*. A operação consistiu em realizar ataques em Khe Sanh a fim de desviar a atenção mundial para o seu objetivo principal ao sul do Vietnã, Hanoi e Saigon. Conforme dito anteriormente, apesar da expressiva baixa no efetivo de Giap o impacto sobre a mídia foi altamente favorável à causa revolucionária. Tais acontecimentos históricos, entre outros, são citados por Hammes como exemplos das evoluções ocorridas nos movimentos revolucionários, tendo como principal aspecto a capacidade de influenciar a mídia internacional a seu favor, minando a força política e social do inimigo em seu próprio território, não obstante a ínfima capacidade militar dos revolucionários<sup>260</sup>.

Tal alavancagem do poder de países que possuem uma desvantagem diante da assimetria resultante da RMA é favorecida pelo que Hammes considera como características da revolução em assuntos militares atualmente vigente: “o exponencial aumento do número e tipo de atores na cena internacional”<sup>261</sup>, “atores transnacionais como a mídia, movimentos religiosos, grupos terroristas, cartéis de drogas e outros influenciam as relações internacionais”<sup>262</sup>. Como resultado, os assuntos internacionais não são mais conduzidos “primeiramente por meio de canais oficiais diplomáticos e militares”, esses novos atores “providenciam um rápido aumento no fluxo de informações não oficiais entre sociedades e o enfraquecimento das ligações que prendem o cidadão ao seu estado nação”<sup>263</sup>.

Prosseguindo nesse contexto surge também o conceito de “*lawfare*”. E para entender este termo, o posicionamento de Dunlap é fundamental. Ele inicia a exposição de suas idéias comentando o pensamento de dois advogados de DI, David Rivikin e Lee Casey, os quais publicaram um artigo intitulado “*The Rocky Shoals of International Law*” divulgado na revista “*National Interest*” em 2000. Estes autores argumentam que um novo tipo de DI está surgindo e possui uma essência profundamente antidemocrática, tendo o potencial de minar a

<sup>260</sup>HAMMES, 1994, pp. 6,7.

<sup>261</sup>Ibid., p.2: [...] exponential increase in the number and type of players on the international scene.

<sup>262</sup>Ibid., p.2: [...] transnational actors in the form of the media, religious movements, terrorists groups, drug cartels, and others influence international relations.

<sup>263</sup>Ibid., p.3:[...] primarily through official diplomatic and military channels. [...] provide a rapidly increasing flow of nonofficial information between societies and a weakening of the links tying the citizen to his nation state.

liderança Americana no sistema global pós Guerra Fria. Com respeito às intervenções armadas americanas eles dizem que:

Os militares americanos estão particularmente vulneráveis devido a “normas irreais”- especialmente em relação ao dano colateral- proposto pelos advogados deste novo Direito Internacional. Se as tendências do Direito Internacional têm permissão para amadurecer tornando-se regras obrigatórias eles afirmam que “ o Direito Internacional pode se tornar em uma das mais potentes armas jamais empregadas contra os Estados Unidos”.<sup>264</sup>

Dunlap define “*lawfare*” como um método de guerra onde o Direito é usado como um meio de se atingir um objetivo militar.<sup>265</sup> Diante da assimetria de diversos países frente ao poder militar americano, os países fracos estão utilizando o DI como um instrumento para obter a vitória. Semelhantemente ao que foi pregado por Mao, Ho Chi Min e Giap, estes Estados mais fracos lançam o seu desafio não procurando vitórias nos campos de batalha, mas tentando destruir a vontade de lutar do inimigo, minando o apoio da opinião pública que é indispensável quando democracias como os Estados Unidos conduzem intervenções militares. A principal maneira de atingir este objetivo é fazer parecer que os Estados Unidos estão conduzindo uma guerra violando a letra ou o espírito do DICA.<sup>266</sup>

Dunlap cita os professores W. Michael Reisman e Cris T. Antoniou os quais afirmam que:

Nas modernas democracias populares, mesmo um conflito armado limitado requer uma base substancial de apoio da opinião pública. Este apoio pode sofrer erosão ou mesmo se reverter rapidamente, não importa quão valioso seja o objetivo político, se o povo acredita que a guerra está sendo conduzida de uma maneira injusta, inumana ou iníqua.<sup>267</sup>

---

<sup>264</sup>DUNLAP, 2001, p. 5.

<sup>265</sup>Ibid., p. 11.

<sup>266</sup>Ibid., p. 11.

<sup>267</sup>Ibid., p. 9: In modern popular democracies, even a limited armed conflict requires a substantial base of public support. That support can erode or even reverse itself rapidly, no matter how worthy the political objective, if people believe that the war is being conducted in an unfair, inhumane, or iniquitous way.

Diante disto, Dunlap acredita que “há uma evidência perturbadora de que o domínio da lei tem sido refém de uma outra maneira de lutar, em detrimento de valores humanitários, bem como do próprio DI em si”.<sup>268</sup> Outro aspecto também considerado é que não obstante o DICA se propor a limitar os sofrimentos nas guerras, a razão entre civis e militares mortos em conflito só tem feito aumentar desde o estabelecimento das Convenções de Genebra de 1949. O que ilustra os limites deste Direito como mitigador dos sofrimentos em combate.<sup>269</sup>

De fato, a mera percepção de que o DICA está sendo violado pode impactar significativamente à condução das operações. A Guerra do Golfo oferece duas situações onde o DICA não foi violado e que, no entanto, a percepção de que havia sido teve claras conseqüências militares. Uma foi o ataque ao “*bunker*” em *Al Firdos*, Bagdad, e outra o incidente na “*Highway of Death*”. No primeiro caso, as imagens de corpos de membros das famílias de altos oficiais iraquianos sendo retirados dos escombros alcançou politicamente o que a defesa antiaérea iraquiana não conseguia fazer militarmente: tornar a capital Bagdad imune a ataques<sup>270</sup>. No segundo caso, as imagens de centenas de veículos em chamas, ao longo da chamada “*Highway of Death*” posteriormente a um ataque aéreo a forças iraquianas que estavam se exfiltrando, foi um fator significativo para cessar prematuramente as hostilidades; o que deixou a Guarda Republicana intacta para a matança contra os curdos, bem como para manter Sadam Hussein no poder.<sup>271</sup>

Em um trabalho publicado por oficiais chineses, Qiao Liang e Wang Xiangsui, intitulado “*Unrestricted Warfare*”, os mesmos advogam a utilização de diversos meios, tanto militares como não militares, para atacar os Estados Unidos em tempos de conflito. Eles buscam apresentar como os mais fracos poderiam vencer em uma guerra assimétrica. Entre os meios estão a guerra psicológica, guerra de contrabandos (causando confusão nos mercados e atingindo a ordem mundial), a guerra da mídia (buscando manipular a opinião pública), entre outras. Um método que se destaca para esta pesquisa é o que eles chamam de “*international law warfare*”.<sup>272</sup> O que equivale ao “*lawfare*” apresentado por Dunlap, que em seu trabalho traz também o pensamento destes autores chineses quando afirmam que “[...] A guerra tem regras, mas estas regras são estabelecidas pelo ocidente, [...] se você usar essas regras, os

---

<sup>268</sup>Ibid., p. 7: “there is disturbing evidence that the rule of law is being hijacked into just another way of fighting (lawfare), to the detriment of humanitarian values as well as the law itself.”

<sup>269</sup>Ibid., p. 7.

<sup>270</sup>REYNOLDS, 2005, pp 33, 34.

<sup>271</sup>DUNLAP, 2001, p. 12.

<sup>272</sup>LIANG, 1999, p. 55.

países fracos não terão nenhuma chance[...] Nós somos um país fraco, então precisamos lutar de acordo com as regras deles? Não.”<sup>273</sup>

Os Estados Unidos se vêem, portanto, diante de um outro tipo de guerra que requer uma reação específica. Conforme Keohane afirma, há múltiplos canais na política internacional que redundam em relações interestatais, transgovernamentais e transnacionais. Os atores que protagonizam por estes canais são importantes, não devido a suas atividades em busca de seus próprios interesses, mas também porque eles atuam como cordões de transmissão, tornando as políticas governamentais em vários países mais sensíveis umas às outras.<sup>274</sup> Dentro dessa idéia, David Kennedy também enfatiza a participação de diversos atores, além dos Estados, quando das decisões pertinentes às questões do DICA. O referido autor afirma que :

Uma vez que nos esteja claro que Estados, diplomatas e políticos não possuem mais o monopólio na política da guerra, devemos reconhecer que grupos de exilados, membros do Congresso, vozes humanitárias, governos aliados, grupos religiosos, todos precisam desenvolver uma política sobre a violência pois todos compartilham do poder de guerra da Nação.<sup>275</sup>

Há uma ordem política fragmentada e caótica na visão de David Kennedy, onde os atores políticos estão imiscuídos em uma rede política jamais vista de influências recíprocas e assimétricas<sup>276</sup>. Para fazer frente ao “*lawfare*” os EUA também se prepararam e passaram a buscar uma estratégia para vencer este tipo de conflito. O uso estratégico do Direito significa identificar as brechas que podem tornar o discurso persuasivo, ou antecipar reações que poderão invalidar aquilo que parecia claro e convincente:

Na guerra, muitas decisões estratégicas têm uma estrutura similar: Seria o caso de se buscar clareza a respeito do que é ou não permitido, ou buscar uma gradação de “mais ou menos”? Profissionais humanitários e militares precisam decidir se parece

<sup>273</sup>DUNLAP, 2001, p. 36: “War has rules, but those rules are set by the West...if you use those rules, then weak countries have no chance...We are a weak country, so do we need to fight according to your rules? No.”

<sup>274</sup>KEOHANE, 2001, p. 22.

<sup>275</sup>KENNEDY, 2006, p. 21: Once we are clear that states, diplomats, and politicians no longer have a monopoly on the politics of war, we must recognize that exile groups, members of Congress, humanitarian voices, allied governments, religious groups all need to develop a politics about violence, for they all share in the nation’s war powers.

<sup>276</sup>Ibid., p. 21.

vantajoso insistir em uma distinção marcante ou uma suave continuidade entre guerra e paz, combate e ajuda humanitária, armas convencionais ou não convencionais, e assim por diante.[...] Devemos retornar à distinção clássica de guerra e paz, civil e combatente, ou abraçar o direito moderno da proporcionalidade?[...] Estas decisões precisarão ser feitas em relação com a audiência, e requererão uma atitude sobre a violação residual apropriada e tolerada, em oposição a qualquer abordagem que adotemos<sup>277</sup>.

### 3.1 UMA LEGISLAÇÃO PARA REGULAR A ATUAÇÃO DO JAG NA USAF

Não obstante o “*lawfare*” abarcar atividades não só de emprego do poder aéreo, esta pesquisa se limitou aos efeitos na USAF e suas implicações na Primeira Guerra do Golfo. O Coronel Robert L. Bridge relaciona a ênfase na obrigatoriedade de treinamento e difusão do DICA nas Forças Armadas Americanas a um incidente que teve fortes implicações políticas, o massacre em My Lai.<sup>278</sup> Tal incidente ocorreu no Vietnã em 16 de março de 1968 e foi causado pela ação da Companhia “Charlie” que estava sob o comando do Tenente William Calley. A quantidade de civis mortos não é precisa, mas acredita-se que cerca de 300 civis desarmados teriam sido assassinados, entre eles mulheres e crianças<sup>279</sup>.

O Tenente Coronel Gent também destaca o evento anterior, enfatizando que o caso do Tenente Calley chocou a consciência de toda a nação americana e fez com que o governo emitisse a Diretiva *DOD Law of War Program*, de 05 de novembro de 1974 que mandava,

---

<sup>277</sup>Ibid., p.121: In war, many strategic decisions have a similar structure: Is this the case for clarity about what is and is not permissible, or for a gradation of more or less? Humanitarian and military professionals need to decide whether it seems advantageous to insist upon a sharp distinction or a soft continuum between war and peace, combat and humanitarian relief, conventional and unconventional weapons, and so forth.[...] Should we pull back to the classic distinctions of war and peace, civilian and combatant, or embrace the modern law of proportionality? [...] These decisions will need to be made in relationship to an audience, and will require an attitude about the appropriate tolerated residual violation of- and opposition to- whatever approach we adopt.

<sup>278</sup>BRIDGE, 1994, p. 1.

<sup>279</sup>BYERS, 2007, p.145.

entre outras coisas, que as Forças Armadas implementassem um programa para prevenir a violação do Direito da Guerra. Regulamentações posteriores que implementaram esta Diretiva atribuiu aos JAGs da USAF, bem como das demais Forças, o papel de instrutores de DICA.<sup>280</sup>

Foi inclusive neste clima de repercussão do incidente em My Lai, que o Senador Edward Kennedy discute no Congresso Americano o fato de a USAF não possuir um manual sobre DICA, conforme anteriormente apresentado neste trabalho:

Por que que a Força Aérea, por exemplo, se recusa a desenvolver um conjunto de regras- um manual para a guerra aérea? A Marinha possui. O Exército possui. Mas a Força Aérea se recusa a fazê-lo. Eles se recusam a dar instruções aos jovens homens que estão indo lá (para o Vietnã)- para torná-los mais sensíveis e cautelosos às necessidades dos civis<sup>281</sup>.

A fim de guiar as ações dos JAGs foram lançados os *Air Force Pamphlet* (AFP) 110-31, *International Law-The Conduct of Armed Conflict and Air Operations* (1976); *Air Force Regulation*(AFR) 110-32, *Training and Reporting to Insure Compliance with the Law of Armed Conflict* (1976), e o AFP 110-34, *Commander's Handbook on the Law of Armed Conflict* (25 de julho de 1980).<sup>282</sup>

Essas publicações serviram para guiar os procedimentos dos JAGs em exercícios realizados, a partir de 1980, pelas Nona e Décima Segunda Forças Aéreas. Apesar da sofisticação e realismo dos exercícios, Gent afirma que o papel do JAG ainda não se encontrava muito claro. Com a emissão do Memorando MJCS 0124-88, de 04 de agosto de 1988, para todos os comandos combatentes, foi expressamente requerida a imediata disponibilização de conselheiros legais para providenciarem conselhos sobre regras de engajamento, DICA, e matérias a estes pontos relacionadas, quando do planejamento e execução de exercícios e operações combinadas e multinacionais.<sup>283</sup> É interessante que se perceba que o item 3.a do referido memorando afirma que:

<sup>280</sup>GENT, 1999, p.45.

<sup>281</sup>BRIDGE, 1994, p.1: "Why is it that the Air Force, for example, refuses to develop a set of rules-a manual for air warfare? The Navy does. The Army does. But the Air Force refuses to do it. They refuse to give instructions to the young men who are going out there [to Vietnam]-to make them sensitive and more cautious to civilian needs".

<sup>282</sup>GENT, 1999, p. 45.

<sup>283</sup>GENT apresenta os termos "joint" e "combined". Aqui no Brasil "joint" é entendido como combinado e "combined" como multinacional.

[...] tais conselhos a respeito do cumprimento do DICA serão fornecidos no contexto das mais amplas relações entre as operações militares e os direitos Internacional, dos EUA, e doméstico dos países aliados e, entre outros aspectos, abordará não somente as restrições das operações mas também os direitos legais para o emprego da força.<sup>284</sup>

Desta maneira, verifica-se na decisão americana que a atuação dos JAGs seria também um instrumento para a busca de uma legitimação do emprego da força militar, tendo em vista a preocupação em trazer no texto do memorando que a abordagem dos direitos dos EUA também deveria ser objeto da assessoria a ser prestada.

Antes de 1972 a participação do JAG não abrangia a análise das regras de engajamento para Operações Aéreas. Somente aqueles que exerciam atividades no alto escalão da USAF realizavam esta análise. Os JAGs que atuavam no campo e os respectivos comandantes acreditavam que essas regras eram questões operacionais que deveriam ser analisadas pelos NCA (*National Command Authorities*). Durante a Guerra do Vietnã, por exemplo, o papel dos JAGs designados para as unidades da USAF não implicava contatos com aqueles que planejavam ou executavam operações aéreas, os JAGs não tinham discussões a respeito do Direito da Guerra ou de regras de engajamento com as pessoas que trabalhavam nos centros operacionais. Como dizia o Coronel Michael R. Emmerson, designado como capitão no 377<sup>th</sup> *Combat Support Group Office* em Tan Son Nhut Air Base, durante 1970 e 1971:

[...]ninguém em nosso escritório dava briefings aos rapazes no TACC. Eu me lembro que o TACC (*Tactical Air Control Center*) estava no edifício do Quartel General da Sétima Força Aérea, um prédio verde e cinza, cercado por concertina e guardado por muitos policiais. Você deveria ter uma credencial de alto nível para poder entrar lá, e nenhum de nós a possuía.<sup>285</sup>

Se aqueles que planejavam e executavam as operações aéreas não recebiam instruções dos JAG de nível base e grupo, recebiam eles assessoramento do JAG do Quartel

<sup>284</sup>MJCS, item 3.a: "Such advice on LOAC compliance will be provided in the context of the broader relationships of international, US, and allied domestic law to military operations and, among other matters, will address not only legal restraints on operations but also legal rights to employ force."

<sup>285</sup> GENT, 1999, p. 43: "no one in our offices gave briefings to the guys in the TACC. I remember it was in the Seventh Air Force Headquarters building, a gray-green building surrounded by concertina wire and guarded by lots of cops. You had to have a [high-level] clearance to get in there, and none of us had one."



General da Sétima Força Aérea? Gent afirma que não e cita o Coronel Richard F. Rothenburg, designado como capitão no escritório da assessoria do *Judge Advocate* para a Sétima Força Aérea em 1969. Rothenburg lembrava de ter feito apenas uma breve visita ao TACC para se encontrar com oficiais que estavam investigando uma alegação de que membros da USAF haviam desfoliado parte de uma plantação de borracha. Coronel Philip J. Williamson, também JAG na sétima Força Aérea participou de encontros no QG que reviam as operações das semanas anteriores, mas ninguém lhe consultava sobre operações futuras, a legalidade de ataques a alvos selecionados ou cumprimento das regras de engajamento.

E quanto ao *Military Assistance Command/Vietnam* (MACV), o comando unificado da campanha no Vietnã? Gent esclarece que também não parece ter havido assessorias do JAG. Citando o Brigadeiro General Gordon Ginsburg designado como Tenente Coronel para o escritório do JAG, de janeiro de 1969 a janeiro de 1970, Gent afirma que os JAGs freqüentemente se apegavam a uma variada gama de questões legais, mas nenhuma que requeresse explicações sobre DICA ou regras de engajamento. Em suma, nenhum JAG da USAF, no Vietnã, ofereceu conselhos referentes ao que hoje se chama “*operations law*”, o direito aplicado às operações militares.<sup>286</sup>

Não obstante os comentários sobre a atuação do JAG como assessor durante o período da Guerra do Vietnã, é interessante ressaltar o que Bridge afirma acerca da instrução sobre DICA que era ministrada ao pessoal. Após a Diretriz do Departamento de Defesa e os Panfletos e Regulamentos emitidos pela USAF, houve uma grande divulgação do DICA tanto para os JAGs como para os demais militares. Segundo Bridge, quase cem por cento do efetivo da USAF recebeu instruções. E para assegurar uma educação continuada no futuro, blocos de instrução eram estabelecidos em todos os cursos pelos quais se acessava à USAF, do treinamento básico na Base Aérea de Lackland, Texas, até ao núcleo do currículo da Academia da USAF em Colorado Springs, Colorado

A instrução, no entanto, era recebida com certa apatia. Era difícil para os JAGs venderem a idéia, não porque o pessoal na ponta da linha não quisesse aprender o que era correto, mas porque não era fácil para eles aceitarem que um “advogado” estivesse lhes ensinando a como fazerem os seus trabalhos.<sup>287</sup>

---

<sup>286</sup>GENT, 1999, p. 43.

<sup>287</sup>BRIDGE, 1994, p. 2.

Mas não se pode partir de uma análise da guerra do Vietnã para pura e simplesmente se atingir a atuação do JAG da USAF durante a Guerra do Golfo. Para isto é necessário passar pela operação “*Just Cause*” ocorrida no Panamá em 1989. Seguindo o constante no MJCS 0124-88, o Comando Sul dos Estados Unidos envolveu os JAGs no planejamento da operação “*Just Cause*” que entre vários objetivos tinha o de prender o presidente do Panamá Manuel Noriega. Em 10 de outubro de 1989 o General Maxwell Thurman, comandante do Comando Sul, designou o Tenente General Carl W. Stiner, comandante do Décimo Oitavo “*Airborne Corps*”, como comandante da Força Tarefa Combinada Sul e como planejador e combatente da guerra que se desenrolaria com a operação. A complexidade da operação fez surgir novas questões legais e, pela primeira vez, os JAGs da USAF designados para as unidades de combate se tornaram profundamente envolvidos em planejarem uma imensa operação e providenciarem conselhos legais em tempo real.

A operação se destacou também pela interação entre o JAG da Décima Segunda Força Aérea, Coronel William A. Moorman, com o do QG do TACC e Comando Sul, bem como com o Coronel John R. Bozeman, JAG do XIII *Airborne Corps*, e o Coronel Michael Nye, JAG da USAF designado para o Estado-Maior do “*Combined Joint Chiefs Staff*”. A fim de assegurar que o Comandante tivesse acesso contínuo a uma assessoria legal, o Coronel Moorman designou quatro JAGs para revezamento em turnos de 12 horas.<sup>288</sup>

O pequeno tamanho do espaço aéreo e a proximidade de civis a alvos militares fez levantar questões legais espinhosas para os JAGs. Dessa maneira regras de engajamento claras eram essenciais, mas também difíceis de serem escritas. A assessoria legal ao Coronel Moorman foi tida por Gent como aprofundada e abrangente, abarcando a legitimidade dos alvos, prisioneiros de guerra, refugiados e detidos, vôo sobre outras nações, reclamação sobre danos causados pela USAF e indiciamento de membros da Força Aérea por má-conduta, tal como saques.

A participação dos JAGs da Décima Segunda Força Aérea no planejamento e execução da operação “*Juste Cause*” é tida por Gent como um ponto de virada no papel do JAG em operações aéreas, pois o comandante não os viu somente como advogados para tratarem de aspectos legais, mas como membros da equipe de planejamento e execução da guerra. A experiência dos JAGs da Décima Segunda Força Aérea foi passado aos da Nona Força Aérea, alguns meses depois, quando da realização do exercício “*Internal Look*” um

---

<sup>288</sup>GENT, 1999, p. 46.

trabalho fomentado pelo Comando Central. Alguns dos JAGs da Nona Força Aérea como o Major Harry Heintzelman, que participaram do exercício, prestaram assessoria legal aos planejadores do “*Black Hole*”, plano operacional que serviu de base para a execução das operações “*Desert Shield*” e “*Desert Storm*”.

Em 11 de dezembro de 1991, o Tenente General Michael A. Nelson, Substituto do chefe do Estado-Maior para planos e operações, e o Major General David C. Morehouse, JAG da USAF, assinaram em conjunto uma carta afirmando que: “Não podemos nos permitir esperar pela guerra para trazer os JAGs para o ambiente de operações e planejamento. Precisamos trabalhar juntos todo o tempo de maneira que entendamos como e porque o DICA deve ser um elemento essencial para a nossa missão.”<sup>289</sup> Essa carta marcou a criação de uma nova disciplina, a “*operations law*”, ou “direito nas operações militares”. Em um seminário ocorrido em Camp Pendleton, Califórnia, em 1995, o Tenente General Anthony C. Zinni, comandante geral da Primeira Força Expedicionária dos Marines, disse que:

[...]o direito em operações militares está se tornando tão significante para um comandante quanto a manobra, o apoio de fogo, e a logística. Será a principal atividade no campo de batalha. O JAG do Estado Maior pode estar tão próximo do Comandante quanto seus oficiais de operações ou seu chefe de Estado-Maior, [...]JAGs se acharão cada vez mais parte dos aspectos operacionais dos negócios. Eles serão a mão direita do comandante, e ele virá a eles para buscar conselho.<sup>290</sup>

Keeva por sua vez argumenta que o termo “*operations law*” surgiu após o Memorando de 01 de junho de 83, MJCS 59-83, que foi substituído pelo de 1988. Keeva cita Hays Parks o qual diz que com o memorando de 83 os JAGs passaram a ser chamados de *operational lawyers*. Parks dizia que sempre que contasse a um grupo que queria conversar a respeito do Direito da Guerra as pessoas não recebiam bem, então ele começou a falar sobre o Direito afetando as operações militares, a partir de então passou-se a chamar o termo de “*operational law*”, ou direito em operações militares.<sup>291</sup>

<sup>289</sup>Ibid., p. 47.

<sup>290</sup>Ibid p. 47: [...] operational law is going to become is going to become as significant to a commander as manouver, as fire support, and as logistics. It will be a principal battlefield activity. The senior [staff judge advocates] may be as closer to the commander as his operations officer or his chief of staff, [...] [Staff Judge Advocates] will find themselves more and more part of the operational aspects of the business. They will be the right hand of the commander, and he will come to them for advice.

<sup>291</sup>KEEVA, 1991, p. 55.

No processo de evolução da participação dos JAGs nas operações aéreas, percebe-se que o Memorando MCJS 0124-88 teve um papel fundamental pois buscou tornar clara a ação do JAG nas Forças Armadas Americanas. Deve-se levar em consideração também que a função do JAG não se limitaria a apresentar as restrições ao emprego do poder militar, mas também a apresentar os direitos constantes no DICA que propiciariam a argumentação para a vitória militar, conforme item 3.a do dito Memorando. Isso retrata que já na época havia uma preocupação não somente em deixar clara a validade do DICA, mas também em se buscar o caráter persuasivo da norma.

Segundo Steven Keeva, editor assistente do *American Bar Association Journal*, não somente o massacre em My Lai ocorrido em 1968 motivou o crescimento do interesse pelo Direito da Guerra, e conseqüentemente o incremento da instrução para os militares das Forças Armadas Americanas, mas também a preocupação em se ter uma argumentação persistente, ou seja, uma legitimação para o emprego do poder militar. Fundamentando esta idéia é apresentado o caso dos prisioneiros de guerra americanos capturados por vietnamitas. Citando Robert Bridge, Chefe da Divisão de Direito Internacional e de Operações da USAF, Steven Keeva argumenta quanto aos prisioneiros de guerra capturados dizendo que eles embora “não tenham feito nada ilegal teriam dúvidas interiores que lhes machucavam”. Eles eram acusados de propósito por terem usado bombas ou mísseis contra alvos que não eram legítimos de acordo com o DI. Alguns prisioneiros ficavam esgotados diante da tortura física e mental a que eram submetidos, pois tendo em vista desconhecerem os argumentos legais para as suas ações, acabavam confessando tais “crimes”. Eles se sentiam culpados não somente por confessarem o que não haviam feito, mas também por não estarem seguros sobre se haviam ou não cometido crimes de guerra.

Bridge diz então acreditar que a experiência vivida pelos prisioneiros de guerra, mais do que a atual e perceptível violação por parte dos americanos na Guerra do Vietnã, motivou a política dos diretores do Departamento de Defesa a fazerem um trabalho melhor, referindo-se à *DOD Law of War Program*, de 05 de novembro de 1974. Destarte, buscou-se fazer com que os prisioneiros de guerra pudessem lidar mentalmente com estas coisas, e terem uma melhor chance de sobreviverem em cativeiro.<sup>292</sup> Além disso, Keeva diz que no Vietnã os comandantes aprenderam que a mera percepção de ilegalidade poderia prejudicar o esforço de guerra, particularmente após o incidente de My Lai. A instituição de um programa de

---

<sup>292</sup> Ibid., p. 55.

treinamento poderia diminuir essa percepção por parte de muitos, liberando os comandantes da onerosa tarefa de terem de se defender diante dos seus críticos.

Enfatizando o valor da persuasão, Keeva parafraseia Bridge ao dizer: “Queremos lutar a guerra legal, mas também queremos lutar a boa guerra da mídia internacional.[...] Essa é uma das coisas que o Vietnan nos impressionou.”<sup>293</sup>

David Kennedy declara que na evolução do DICA a preocupação com a validade da norma foi sobrepujada pela busca da persuasão. Há uma audiência, tanto doméstica quanto no campo internacional, que poderá reagir de maneira distinta dependendo dos argumentos que lhe são apresentados:

Na corte da opinião pública, as leis em vigor não são necessariamente as regras que são válidas, em certo sentido técnico, mas as regras que são persuasivas para uma relevante clientela política. Se uma norma é ou não legal não é uma função de sua origem ou pedigree, mas de seus efeitos. A lei tem um efeito—é lei—quando persuade uma audiência com argumentos políticos de que alguma coisa que alguém fez, ou planeja fazer, é ou não legítima. A questão não é mais a validade das distinções, mas a persuasão dos argumentos.<sup>294</sup>

A ação do JAG, portanto, trata-se de uma maneira de trazer legitimação às operações militares norte-americanas, de mostrar à audiência interna e mundial que a guerra está sendo feita conforme os ditames da lei. Não basta aos Estados Unidos afirmarem que o princípio da proporcionalidade é reconhecido como regra costumeira, não obstante o fato de não serem parte no Protocolo Adicional de 1977; é preciso persuadir às audiências de que a presença dos JAGs nos mais diversos ramos da atividade militar é capaz de assegurar que os princípios do DICA estão sendo cumpridos.

A regulamentação das atividades do *Judge advocate* também teve a participação do Congresso norte americano. A compilação e codificação das leis federais gerais e permanentes dos Estados Unidos encontram-se no *United States Code*. Em seu título 10, capítulo 47, é trazido o *Uniform Code of Military Justice* (USCMJ). Criado em 1951 pelo Congresso americano, o USCMJ buscou uniformizar as atividades exercidas pelo JAG nas diferentes Forças Armadas dos Estados Unidos. Lá é especificado que os JAGs poderão atuar como defensores, promotores ou juízes compondo as cortes marciais (*court-martials*) que

<sup>293</sup>KEEVA, 1991, p.55.

<sup>294</sup>KENNEDY, 2006, p. 96.

poderão ser do tipo geral, especial ou sumária. Para esta pesquisa vale ressaltar o *general court-martial* (corte do tipo geral), por tratar-se da corte competente para julgar crimes de guerra, conforme parágrafo 818 do capítulo 47 do USCMJ.

Os crimes de guerra, por sua vez, são trazidos no Título 18, capítulo 118. No que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, não há menção ao crime de se lançar um ataque a um alvo legítimo que venha a causar um dano colateral excessivo em relação à vantagem militar. O Professor Michael Lewis da *Ohio Northern University* afirma que o fato de um ataque desproporcional não constar como crime de guerra na legislação nacional não impede que, caso isto ocorra, haja a punição do infrator. Para ele, em tais situações, um comandante seria punido administrativamente por meio de rebaixamento de posto, separação da atividade militar, redução do soldo. Entretanto, em casos mais graves, onde fosse verificada a intenção de cometer este crime, o comandante seria julgado por homicídio intencional, caso houvesse a morte de civis. Se eles fossem simplesmente feridos poderia haver o processo por lesões corporais. Quanto à propriedade atingida pelo ataque desproporcional poderia haver um processo por destruição de propriedades causada por negligência.<sup>295</sup>

A visão de Lewis assemelha-se a de Burrus Carnahan, que participou da elaboração do trabalho patrocinado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha intitulado “*Costumary International Humanitarian Law*” onde Carnahan apresentou o que os Estados Unidos reconhecem como Direito Consuetudinário. Para Carnahan a não existência do crime de se lançar intencionalmente um ataque desproporcional, como existe no Estatuto de Roma, não impede que cidadãos americanos sejam julgados por homicídio intencional, ou destruição de propriedades civis por negligência<sup>296</sup>.

Manuais da USAF empregados durante a guerra do Golfo trazem observações sobre a proporcionalidade apresentando, assim, recomendações àqueles que conduzem as operações militares. O *Air Force Pamphlet 110-34*, em seu parágrafo 3-8 afirma que não é ilegal causar ferimentos ou mortes a civis, ou danos a propriedades civis, durante um ataque a um objetivo militar legítimo. O dano colateral, entretanto, não pode ser excessivo em relação à vantagem militar antecipada. O manual também deixa claro que não há uma regra específica para se avaliar o quão excessivo é um ataque:

---

<sup>295</sup> Entrevista com o Professor Michael Lewis, da Ohio Northern University, por email respondido em 14 de outubro de 2008.

<sup>296</sup> Entrevista com o Professor Burrus Carnahan, da George Washington University, por email respondido em 11 de março de 2009.

Nenhuma regra definitiva pode ser aplicada para determinar se as baixas civis que podem resultar de um ataque são excessivas. O comandante, em cada caso, deve fazer uma honesta e razoável decisão, baseado em todos os fatos conhecidos naquele momento, como se a vantagem militar de um ataque em particular vale as baixas civis esperadas. Ele deve tomar esta decisão mesmo se o inimigo tem deliberadamente usado civis como escudos para objetivos militares.<sup>297</sup>

O *Air Force Pamphlet 200-17, Targeting and International Law*, de 23 de junho de 1989, traz observações semelhantes, ressaltando a inevitabilidade dos danos colaterais aos civis e fazendo recomendações quanto à proporcionalidade dos ataques, em seu item A2-3 (2):

“(2) Baixas acidentais a civis devem ser evitadas. O Direito Internacional não proíbe ataques contra objetivos militares muito embora eles possam causar ferimentos acidentais ou danos aos civis. Apesar das precauções, tais baixas acidentais e danos são inevitáveis durante um conflito armado.

(A) Este ferimento acidental, ou dano, não deve ser excessivo em relação à vantagem militar concreta e direta antecipada. Ou seja, a vantagem militar potencial deve ser ponderada contra o provável grau de danos e ferimentos a civis. [...]”

O constante nos manuais, portanto, reflete o reconhecimento dos Estados Unidos quanto ao fato de o princípio da proporcionalidade ser parte do Direito Consuetudinário. Todavia, para que houvesse implicações penais, os danos colaterais deveriam ser analisados comparando-se com a vantagem militar do ataque em relação a campanha como um todo. Além disso, deveria ser provado que quem decidiu a operação estava consciente de que o dano colateral era excessivo. Seria muito remoto o fato de um comandante ter consciência da desproporcionalidade de um ataque e mesmo assim querer que o ataque prosseguisse, deixando clara a sua intenção criminosa.

---

<sup>297</sup>AFP 110-34, Commander’s Handbook on the Law of Armed Conflict, item 3-8: “No definite rule can be applied to determine if the civilian casualties that might result from attack are excessive. The commander, in each case, must make an honest and reasonable decision, based on all the facts known at the time, as to whether the military advantage from a particular is worth the expected civilian casualties. He must make this decision even if the enemy has deliberately used civilians to shield military objectives.”

### 3.2 A PRESENÇA DO JAG NA USAF DURANTE A PRIMEIRA GUERRA DO GOLFO.

Para a Primeira Guerra do Golfo a USAF enviou quarenta e nove JAGs e quarenta e seis *paralegals*, graduados que auxiliam os oficiais, a fim de atuarem nos mais diversos níveis durante as operações militares realizadas<sup>298</sup>. O Exército enviou duzentos e vinte e oito JAGs, a Marinha trinta e um e os Fuzileiros quarenta e seis, o que totaliza trezentos e cinco JAGs, incluindo a Força Aérea<sup>299</sup>. Segundo Keeva, o maior emprego de JAGs jamais havido em uma guerra<sup>300</sup>.

Visando manter o foco no princípio da proporcionalidade, este trabalho analisou a ação do JAG na USAF durante o processo de seleção de alvos (*targeting*). Não foram discutidas as divergências havidas entre o Coronel Warden e o General Horner, comandante da Força Aérea Componente, no que diz respeito ao uso estratégico do poder aéreo. Warden, um entusiasta do poder aéreo, acreditava que a Força Aérea poderia vencer a guerra sem a necessidade das forças terrestres. Horner, por sua vez, não queria gastar grande parte de seu poder aéreo em uma campanha aérea “estratégica” quando a história parecia indicar, repetidamente, que o poder aéreo estratégico, por si só, não poderia vencer uma guerra<sup>301</sup>. O *Judge Advocate*, entretanto, é considerado um conselheiro legal e não um decisor em questões de combate, a ponto de analisar a melhor forma de emprego do poder aéreo<sup>302</sup>.

Cabe, todavia, destacar um aspecto estratégico que teve repercussão no trabalho do JAG, o conceito de operações baseadas nos efeitos. Não obstante o Coronel John Warden não ter participado do planejamento da campanha aérea devido a divergências de opiniões, o então Tenente Coronel David Deptula que fizera parte de sua equipe em Washington, juntamente com mais quatro oficiais, estiveram presentes na célula conhecida como “*Black Hole*”, que operava em Riyadh, Arábia Saudita. Esta célula foi a responsável pelo planejamento da campanha aérea assessorando o General Horner. A idéia defendida pela célula “*Black Hole*” é de que a guerra aérea poderia ser empregada contra um regime sem causar, diretamente,

---

<sup>298</sup>BROSEKER, 1999, p.139.

<sup>299</sup>Ibid., p. 143.

<sup>300</sup>KEEVA, 1991, p. 54.

<sup>301</sup>LEWIS, 2003, p.485.

<sup>302</sup>Ibid., p. 486.



grande número de baixas a civis, e de que a destruição de alvos não poderia ser a medida da efetividade dos ataques<sup>303</sup>.

Era o início do conceito de operações baseadas nos efeitos, onde não se primava mais pela destruição dos alvos, mas pelos efeitos que tais destruições trariam para o inimigo como um sistema. Os danos colaterais aos civis e seus bens seriam considerados como efeitos indesejados devendo, portanto, ser evitados.

A participação dos JAGs no processo de seleção de alvos tinha como objetivo assessorar quanto à proporcionalidade e necessidade militar. Michael Lewis cita a atuação do Major Harry Heintzelman, militar designado para assistir o General Horner, comandante da Força Aérea Componente. Heintzelman analisou pessoalmente todos os alvos selecionados para a campanha aérea e descreveu a proporcionalidade como “ponderar a importância do alvo para o inimigo contra o potencial dano colateral que poderia resultar do ataque”<sup>304</sup>.

Os objetivos da campanha trazidos pelo comandante da Força Aérea Componente eram:

- 1 - atacar a liderança político militar iraquiana e seu comando e controle;
- 2 - ganhar e manter a superioridade aérea;
- 3 - danificar as linhas de suprimento iraquianas;
- 4 - destruir a capacidade nuclear, biológica e química de produção, estoque e distribuição;
- 5 - destruir as forças da Guarda Republicana no teatro de operações do Kuwait; e
- 6 - liberar o Kuwait.

Para se atingir estes objetivos foram estabelecidos doze grupos de alvos:

- 1 - instalações nucleares, biológicas e químicas;
- 2 - instalações e sítios de mísseis Scud;
- 3 - instalações para apoio militar, produção e pesquisa;
- 4 - liderança;
- 5 - sítios de comando, controle e comunicações;
- 6 - geração de energia elétrica;

---

<sup>303</sup>Ibid., p. 486.

<sup>304</sup>Ibid., p. 487.

- 7 - instalações petrolíferas;
- 8 - ferrovias e pontes;
- 9 - campos de pouso;
- 10 - portos e suas instalações;
- 11 - defesa Aérea estratégica; e
- 12 - a Guarda Republicana<sup>305</sup>

De acordo com Lewis, os oito primeiros grupos representaram a essência da campanha aérea estratégica, e continham 295 alvos no dia anterior ao início da campanha. Ao final da campanha este número dobrou. Quinze por cento dos ataques foram dirigidos a estes tipos de alvos, o restante foi dirigido contra as forças terrestres iraquianas. Os oito primeiros grupos foram os que requereram, proporcionalmente, o maior uso de munições guiadas de precisão<sup>306</sup>. Os grupos restantes, devido à sua natureza militar, não geraram grandes controvérsias legais e por isso não foram analisados<sup>307</sup>.

Lewis define a ação dos JAGs de acordo com cada grupo de alvos. Para obter as suas informações ele realizou entrevistas com o então Major Harry Heintzelman. Para o primeiro grupo as precauções tomadas pelos planejadores não implicou divergências entre estes e os JAGs. O *Lawrence Livermore Laboratory* assegurou que nenhuma quantidade significativa de material radioativo seria liberado por um ataque a instalações nucleares iraquianas, e havia o consenso de que qualquer liberação de material químico, após um ataque, seria localizada. Os riscos de contaminação por anthrax foram minimizados quando descobriu-se que tal produto se deteriorava rapidamente após exposição direta à luz do sol e de que poderia ser destruído com uma exposição prolongada a alto nível de calor. Dessa forma, Cheney e Powell autorizaram os ataques às instalações que contivessem armas biológicas. Além de munição com capacidade de penetração foram utilizadas armas incendiárias para assegurar a neutralização dos alvos. Acrescente-se a isso o fato de as aeronaves lançarem minas para impedir o acesso de pessoas às áreas de estocagem<sup>308</sup>.

A preocupação com os Scuds iraquianos foi muito mais política do que operacional, principalmente após o lançamento de oito Scuds contra Israel no segundo dia da guerra. A

---

<sup>305</sup>GULF WAR AIR POWER SURVEY de 1993, apud LEWIS, 2003, p.489.

<sup>306</sup>LEWIS, 2003, p. 488.

<sup>307</sup>Ibid., p. 496.

<sup>308</sup>Ibid., p. 489.

reação dos EUA foi o emprego de patrulhas aéreas sobre locais de provável existência dos mísseis. Esta missão era prejudicada pelo pequeno tamanho dos lançadores de Scuds, pelo fato de oitenta por cento dos lançamentos ocorrerem no período da noite, e também pelo uso de simulacros de lançadores por parte dos iraquianos, o que implicou inúmeros ataques a alvos falsos<sup>309</sup>.

O trabalho do JAG no que diz respeito às patrulhas aéreas voltadas para a busca de mísseis Scud foi um pouco diferente em relação à análise da proporcionalidade. Não obstante a legitimidade dos alvos, o fato de as patrulhas não se dirigirem a alvos específicos (os lançadores de Scud eram móveis) trazia algumas considerações para o JAG em termos de proporcionalidade. Entretanto, a capacidade da aeronave F-15 em discriminar alvos potenciais e veículos civis, e a localização dos lançadores situar-se em áreas desoladas na parte oeste do Iraque, pesou fortemente em favor da aprovação das missões de patrulha<sup>310</sup>.

O grupo que incluía instalações para apoio militar, produção e pesquisa não gerou grandes questionamentos quanto à legitimidade dos ataques por serem, essencialmente, considerados como objetivos militares, afinal de contas esse grupo incluía instalações industriais para a produção de equipamentos e materiais de apoio às forças de combate. Lewis, todavia, não apresentou comentários sobre os aspectos de proporcionalidade que foram levados em consideração pelo JAG<sup>311</sup>.

Os alvos que englobavam a liderança iraquiana geraram a maior parte das controvérsias antes do início do conflito. Em conjunto com o grupo de alvos de comando e controle, objetivava-se isolar a liderança iraquiana e romper com sua habilidade para controlar o Exército iraquiano no Kuwait. Dessa forma, o ataque a *bunkers* de comando, residências presidenciais e quartéis gerais da polícia secreta visavam deslocar e romper os meios de comunicações dos líderes iraquianos com seu Exército e Força Aérea reduzindo suas habilidades de mitigar dissensões internas. Uma mensagem psicológica também seria enviada buscando persuadir esse líderes de que seria difícil prosseguir a guerra efetivamente, se eles tivessem que correr continuamente de um lugar para outro<sup>312</sup>. Dentro desse contexto, no entanto, a maior preocupação legal consistia em não violarem o *Executive Order 12333* que proibia o assassinato de Saddam Hussein. O Presidente Bush deixou claro que a remoção de

---

<sup>309</sup>Ibid., p. 490.

<sup>310</sup>Ibid., p. 491.

<sup>311</sup>Ibid p. 491.

<sup>312</sup>Ibid p. 491.

Saddam Hussein não seria um objetivo da campanha aérea, a ponto de ter dispensado o Chefe de Estado Maior da Força Aérea após o mesmo haver afirmado em uma entrevista que o *bunker* do Comando de Saddam seria atacado. Devido a considerações políticas, somente dois por cento dos ataques aéreos estratégicos lançados durante a operação *Desert Storm* foram conduzidos contra alvos do grupo de liderança<sup>313</sup>. O ataque ao *bunker* em Al Firdos que resultou na morte de trezentos civis, incluindo cem crianças, estava inserido no grupo de alvos de liderança. Os detalhes desse ataque serão comentados mais adiante, o interessante é que a repercussão na mídia fez com que os ataques à Bagdad fossem suspensos<sup>314</sup>. Após este incidente houve uma das raras ocasiões, segundo Lewis, em que JAGs se opuseram a alvos específicos escolhidos pelos planejadores do Black Hole. Tendo em vista as dificuldades em se atacarem alvos de liderança, os planejadores propuseram atingir certos símbolos psicológicos do regime iraquiano. Entre eles estava o arco da vitória da guerra Irã-Iraque e a estátua de Saddam de cerca de dezoito metros. Embora os conselheiros legais da Força Aérea Componente tivessem aprovado a seleção de tais alvos os JAGs do Comando Aero Tático foram contrários alegando tratarem-se de monumentos culturais explicitamente protegidos pelo Direito Internacional. Não há como assegurar se a análise da proporcionalidade falou mais alto do que considerações políticas devido ao ataque a Al Firdos. O que é significativo é que o General Colin Powell cancelou tais ataques em vinte e cinco de fevereiro<sup>315</sup>.

Os objetivos dos ataques aos alvos de comando e controle estão ligados àqueles voltados para a liderança iraquiana. O isolamento e paralisação da liderança iraquiana seria atingida pela neutralização das redes de rádio, televisão e instalações de transmissões telefônicas. Não obstante a assistência aos planejadores dos ataques, por parte de firmas ocidentais que construíram os sistema de telecomunicações iraquianos, na segunda semana de guerra era evidente que o sistema continuava em funcionamento. A análise de proporcionalidade para estes tipos de alvos considerava a vantagem militar para a campanha como um todo. A interrupção do sistema de comunicações interferiria no apoio aos lançadores de mísseis móveis e degradaria a rede de defesa aérea iraquiana, bem como romperia a comunicação com o Exército iraquiano no Kuwait. Lewis, entretanto, acredita que, em uma análise retrospectiva, os ataques a tais alvos não atenderiam à proporcionalidade particularmente onde não foram usadas munições guiadas de precisão (*PGM-precision guided*

---

<sup>313</sup>Ibid p. 492.

<sup>314</sup>DUNLAP, 2001, p. 12.

<sup>315</sup>LEWIS, 2003, p. 493.

*munitions*) contra alvos com alta proximidade a civis e que não eram sensíveis ao tempo (*time critical*)<sup>316</sup>.

Os ataques ao grupo de alvos que continham pontes e redes ferroviárias visavam impedir que o Exército iraquiano no Kuwait recebesse seus suprimentos e impedir que a Guarda Republicana retraísse para o interior do Iraque. O General Schwarzkopf havia estabelecido que a campanha aérea deveria provocar um atrito de cinquenta por cento na força terrestre iraquiana antes do início da ofensiva terrestre. Essa tarefa seria atingida atacando-se diretamente as forças terrestres bem como negando-lhes o suprimento necessário para a sua alimentação e manutenção de seus equipamentos. Os ataques contra ferrovias e pontes reduziram a capacidade de suprimento nas rodovias do teatro Bagdad-Kuwait de mais de duzentas mil toneladas para menos de vinte mil toneladas por dia ao final da guerra<sup>317</sup>.

De maneira geral, o valor militar das pontes, isoladamente, não era significativo. Todavia, analisando-se a campanha como um todo, as baixas totais causadas por tais ataques foram consideradas proporcionais, conforme Lewis. Alguns aspectos, contudo, precisam ser considerados em termos de precauções. Devido à possibilidade de tráfegos civis, e a proximidade das pontes a áreas civis comerciais e residenciais, era ideal o emprego de PGMs em horário noturno. No entanto, nem todos os alvos do grupo de pontes e ferrovias foram atacados dessa maneira<sup>318</sup>.

Ao início da guerra, a produção de petróleo iraquiana, três milhões de barris por dia, era a segunda maior do mundo. O Exército iraquiano e suas forças no Kuwait tinham, portanto, uma grande reserva de combustível. Os ataques contra esse grupo de alvos eram restringidos devido ao fato de o Presidente Bush querer minimizar os danos de longo prazo à infra-estrutura econômica iraquiana. Destarte, os planejadores inicialmente visaram à capacidade de refino do Iraque, em vez dos locais de produção, a fim de impedir a reposição dos estoques. Devido ao seu tamanho e separação da população civil, a maior parte desses tipos de alvos foram atacados por armamentos não precisos<sup>319</sup>.

A capacidade iraquiana de fornecimento de energia elétrica também consistiu em um objetivo a ser atingido. Quando a guerra começou, a capacidade iraquiana era de nove mil e

<sup>316</sup>Ibid., p.493. "Time critical" são alvos que oferecem vantagem militar e que após identificada a localização precisam ser atacados com brevidade tendo em vista a possibilidade de serem deslocados para outro local.

<sup>317</sup>Ibid., p. 494.

<sup>318</sup>Ibid., p. 494.

<sup>319</sup>Ibid., p. 495.

quinhentos megawatts. A equipe internacional que estudou a capacidade do Iraque pós-guerra estimou que da capacidade instalada a mais alta demanda no sistema, em 1990, havia sido de cinco mil cento e sessenta megawatts, cinquenta e cinco por cento. No longo prazo, o ataque a este grupo de alvos afetou mais à população civil do que os ataques aos outros grupos de alvos. Os planejadores acreditavam que a redução na capacidade de fornecimento de energia elétrica aumentaria os efeitos sobre liderança e comunicação e controle, impedindo a comunicação e reduzindo o moral do povo iraquiano, minando, portanto, a influência de Saddam sobre a população<sup>320</sup>. A efetividade de tais ataques foi confirmada pela *Defense Intelligence Agency* que alegou que a degradação da rede de energia elétrica afetaria a capacidade de criação de armas nucleares bem como a refrigeração necessária para a manutenção de armas químicas e biológicas. Diante da importância destes alvos, em termos de efeitos sobre a produção de armas químicas, biológicas e nucleares, bem como sobre o sistema integrado de defesa aérea, eles foram fortemente atingidos no início da campanha e atacados, em sua maior parte, com armamentos de precisão.<sup>321</sup>

No segundo dia da campanha aérea, dezoito de janeiro, a capacidade iraquiana caiu em mais de cinquenta por cento, chegando a quatro mil megawatts e em vinte e quatro de janeiro atingiu menos de dois mil megawatts. Não obstante os ataques a esse grupo de alvos terem representado somente três por cento da campanha aérea estratégica, seus efeitos secundários sobre a população civil requereram considerações de suas implicações legais. Quanto a estes aspectos, Lewis responde às críticas do *Middle East Watch*, bem como às de Norman e Jochnick, declarando que os alvos atacados eram legítimos e que a dimensão das conseqüências à população civil não puderam ser previstas por aqueles que decidiram os ataques<sup>322</sup>. Sobre este assunto Kennedy comenta que os ataques ao sistema elétrico iraquiano contribuíram para prejudicar o abastecimento de água potável, causando a morte desnecessária de milhares de pessoas por cólera. Segundo o autor, os militares que planejaram as missões haviam admitido o erro. Após este acontecimento, nas campanhas no Kosovo e na Segunda Guerra no Iraque o sistema elétrico inimigo não sofreu ataques nas mesmas dimensões. Entretanto, Kennedy deixa claro o valor da persuasão com o uso de argumentos legais:

---

<sup>320</sup>Ibid., p. 495.

<sup>321</sup>Ibid., p. 496.

<sup>322</sup>Ibid., pp. 504, 505.

[...]revisando a experiência da Guerra do Golfo, profissionais militares não dirão que a eliminação dos geradores não atendeu à proporcionalidade ou à necessidade militar, ou que tenha sido excessivo dado o que eles então conheciam e o que estavam tentando alcançar. Estes padrões legais permanecem como sólido terreno sobre o qual seus atos, e, principalmente as mortes de muitos milhares, podem permanecer legitimadas<sup>323</sup>.

Lewis explorou a ação do Major Harry Heintzelman o qual teve a oportunidade de analisar a legitimidade dos alvos e se os ataques seriam proporcionais ou não. Levando em consideração os casos em que danos colaterais potenciais violariam o princípio da proporcionalidade, Heintzelman consultava os *experts* em armamentos para verificar se uma munição diferente, ou um diferente ponto de impacto, poderia solucionar o problema da violação. Além do nível operacional, no nível tático (*wing level*) também havia conselheiros legais. A tripulação, bem como os oficiais de inteligência que brifavam os JAGs no nível tático, receberam orientações destes quanto a regras de engajamento e Direito Internacional de Conflitos Armados durante a operação *Desert Shield*. Verificando a precisão dos armamentos, os pontos de impacto selecionados pela tripulação, a proximidade de civis, e o valor militar do alvo, os JAGs chegavam a recomendações sobre a proporcionalidade dos ataques.

Lewis resume as entrevistas realizadas com diversos JAGs que atuaram na guerra do Golfo da seguinte maneira:

Nenhum dos JAGs entrevistados para este artigo jamais reportou haver sentido que um ataque planejado violou o DI, entretanto, procedimentos foram tomados para lidar com tal situação. Se o JAG do nível tático acreditava que um ataque não deveria prosseguir, ele devia deixar o comandante tático saber as razões de suas desconfianças. Se o comandante escolhesse seguir com a missão, o que era sua prerrogativa tendo em vista que o JAG é um conselheiro, não um decisor, o JAG deveria reportar sua desconfiança ao JAG do Estado-Maior, o conselheiro legal mais antigo no teatro de operações. Se o JAG do Estado-Maior, talvez em consulta com JAGs do Pentágono, concordassem que a missão deveria ser cancelada, aquele oficial teria acesso à autoridade de comando apropriada para aconselhar o cancelamento. Muito embora nada impedisse a autoridade no comando de ignorar

---

<sup>323</sup>KENNEDY, 2006, p. 107: [...] in reviewing the Guf War experience, military professionals will not say that taking out the generators lacked proportionality or necessity, or that it was excessive given what they knew then and what they were trying to achieve. These legal standards remain the solid ground on which their acts, and, ultimately the deaths of many thousands, can remain legitimated.

este conselho, na realidade -como ilustrado pela discordância quanto à estátua descrita anteriormente- qualquer desconfiança do JAG era tratada muito seriamente<sup>324</sup>.

Lewis entende que a condução da campanha aérea, em relação ao que ele chama de Direito de Bombardeio Aéreo (*Law of Aerial Bombardment*), não pode ser considerada uma campanha sem falhas, todavia, parece ter sido conduzida com uma supervisão legal apropriada. Ele cita a ação de Heintzelman que reviu todos os alvos, o fato de toda a tripulação ter sido extensivamente briefada sobre o DICA e as regras de engajamento, e porque toda a tripulação tinha acesso a um JAG por volta do momento do briefim antes da decolagem<sup>325</sup>.

### 3.4 O ATAQUE A AL FIRDOS

O ataque relatado a seguir serve para demonstrar como os EUA argumentaram, na prática, sobre a ocorrência de danos colaterais a civis. Tal ataque propiciou também a compreensão de que mesmo a argumentação legal não garante um resultado político favorável à condução de uma campanha militar<sup>326</sup>. Não obstante outros ataques também terem resultado em baixas a civis, a escolha de Al Firdos prende-se ao fato de ter sido um incidente comum

---

<sup>324</sup>LEWIS, 2003, p. 501: "None of the JAG interviewed for this article ever reported feeling that a planned attack violated international law, but procedures were put in place for dealing with such a situation. If the wing level JAG believed that an attack should not proceed, he was to let the wing commander know the reasons for his misgivings. If the wing commander chose to proceed with the mission, which was his prerogative given that the JAG is an adviser, not a decision maker, the JAG was to report his misgivings to the staff judge advocate, the senior lawyer in theater. If the staff judge advocate, perhaps in consultation with senior JAGs from the Pentagon, agreed that the mission should be canceled, that officer would have access to the appropriate command authority to advise cancelation. Although nothing prevented the command authority from ignoring this advice, in reality—as illustrated by the disagreement over the statue described above—any JAG misgivings would be treated very seriously".

<sup>325</sup>Ibid., p.502.

<sup>326</sup>KEANEY, 2002, p.1. Disponível em :[http://www.hks.harvard.edu/cchrp/Use%20of%20Force/June%202002/Keaney\\_Final.pdf](http://www.hks.harvard.edu/cchrp/Use%20of%20Force/June%202002/Keaney_Final.pdf). Acessado em 27 de fevereiro de 2009. "In the Gulf War, political effects included the reactions of the US leadership to incidents of civilian deaths from aerial bombing, even in those cases in which the Coalition Air campaign had adhered to the legal constraints on targeting as defined in the laws of war".



em comentários trazidos por Michael Lewis, Basile Economides e pela organização *Middle East Watch*.

Basile Economides<sup>327</sup> relata o incidente conforme apresentado pela revista semanal *Le Point* de 18 de fevereiro de 1991:

Na quarta-feira de madrugada, dois bombardeios invisíveis Stealth F-117, alinharam o alvo em seu aparelho de visada, todas as informações concordavam (dando crédito às fontes militares americanas): a edificação de concreto, enterrada pela metade, construída em um bairro residencial de Amriya, à margem direita do rio Tigre, era um objetivo estratégico. Construído no final de 1985, para servir de abrigo durante a guerra Iran-Iraque, ele teria sido- de acordo com as fotos tiradas pelo satélite “Keyhole”- recentemente pintado de cores verde e cáqui da camuflagem militar. Seu telhado teria sido reforçado com placas de blindagem de aço. Sobretudo sua estrutura teria sido “endurecida”, como dizem os especialistas, para lhe permitir resistir ao choque eletromagnético de uma explosão nuclear. Sendo portanto um tratamento destinado a impedir a interrupção do funcionamento de material eletrônico sofisticado, do qual não se via a finalidade se se tratasse de uma edificação civil. Enfim, os sistemas de detecção de sinais tinham captado emissões eletromagnéticas provenientes daquele lugar, que lhe tornava, sem nenhuma dúvida, aos olhos dos militares, um centro de comunicação, comando e controle.<sup>328</sup>

O ataque ao abrigo de Al Firdos, Bagdá, também conhecido como Amiriya, ocorrido na noite de treze para catorze de fevereiro de 1991, resultou na morte de trezentos e seis civis, abalando a opinião pública internacional.<sup>329</sup> Lewis o descreve como causador da maior perda

<sup>327</sup>Basile Economides é membro das seguintes instituições: “Les Anciens du Centre d’Études Diplomatiques et Stratégiques”, “Société Hellénique de Droit International et des Relations Internationales” e “Académie Européenne”.

<sup>328</sup>ECONOMIDES, 1994, p. 283: “Lorsque mercredi, à l’aube, deux bombardiers invisibles Stealth F-117 l’ont aligné dans leur appareil de visée, tous les renseignements (à en croire les sources américaines) concordent: le bâtiment de béton, à moitié enterré, construit dans le quartier résidentiel d’Amriya, sur la rive droite du Tigre, était bien un objectif stratégique. Construit à la fin de 1985, pour servir d’abri pendant la guerre Iran-Irak, il aurait été- d’après les photos prises par le satellite “Keyhole”- récemment repeint aux couleurs vert et kaki du camouflage militaire. Sa toiture aurait été renforcée de plaques de blindage en acier. Et surtout sa structure aurait été “durcie”, comme disent les spécialistes, pour lui permettre de résister au choc électromagnétique d’une explosion nucléaire. Or c’est là un traitement destiné à empêcher l’interruption du fonctionnement de matériel électronique sophistiqué, dont on ne voit pas la finalité s’il s’était agi d’un bâtiment civil. Enfin, les systèmes de repérage alliés avaient capté des émissions électromagnétiques provenant de ce lieu, qui en faisaient, sans aucun doute, aux yeux des militaires, un “centre de communication, de commande et de contrôle”.

<sup>329</sup>Ibid., p. 282.

de vidas civis em um único incidente durante a Guerra do Golfo.<sup>330</sup> Muito embora houvesse indícios de que o abrigo estivesse sendo usado como centro de comunicação e controle ( uso de camuflagem e emissão de sinais), o ataque não aconteceu até que um dos poucos espões no Iraque a serviço dos americanos, um alto oficial do governo de Sadam Hussein, transmitiu uma informação precisa de que a polícia secreta iraquiana estava operando dentro do *bunker*. Infelizmente, embora houvesse a confirmação da presença da polícia secreta, o serviço de inteligência não informou que as esposas e filhos dos militares iraquianos também estavam utilizando o local como abrigo contra ataques aéreos.<sup>331</sup>

Lewis apresenta as críticas ao incidente trazidas pelo *Midle East Watch*, por Roger Normand e Chris af Jochnick e por William M. Arkin.<sup>332</sup> De acordo com o *Midle East Watch* os EUA falharam ao não realizarem missões de reconhecimento fotográfico pela manhã, o que permitiria a verificação de civis saindo do *bunker*. Além do mais não foram tomadas as medidas de precauções para evitar as baixas de civis, previstas no Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949.

Para Arkin não houve dolo ou displicência em relação às precauções previstas no Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949, o que aconteceu é que não houve tempo suficiente para uma avaliação minuciosa por parte dos planejadores e JAGs no processo de seleção de alvos.

Norman e Chris Jochnick criticaram o posicionamento dos militares americanos de que o DICA permitiria ataques a civis quando os mesmos estivessem posicionados nas proximidades de alvos militares legítimos. Para Norman e Chris Jochnick estas justificativas eram tudo o que os militares queriam, ou precisavam, quando planejavam ataques que poderiam resultar em baixas a civis.<sup>333</sup>

No relatório ao Congresso Americano o Departamento de Defesa declarou que, diferentemente do que usualmente ocorre com abrigos contra bombas, os quais favorecem a uma saída e entrada rápidas, o abrigo de Al Firdos possuía arames farpados ao redor, bem como sentinelas para impedir acessos não autorizados. No mesmo relatório é afirmado o

<sup>330</sup>LEWIS, 2003, p. 502.

<sup>331</sup>Ibid p. 503.

<sup>332</sup> Midle East Watch, *Needless deaths in the gulf war*. Disponível em: <http://www.hrw.org/legacy/reports/1991/gulfwar/INTRO.htm>. Acessado em 28 de fevereiro de 2009; Roger Normand & Chris af Jochnick, *The legitimation of violence: a critical analysis of the Gulf War*, *International Law Journal*, 1994; William M. Arkin. *Bagdad: the urban sanctuary in Desert Storm?* Disponível em: <http://www.airpower.au.af.mil/airchronicles/apj/apj97/spr97/arkin.pdf>. Acessado em 28 de fevereiro de 2009. Apud LEWIS, 2001, p. 502.

<sup>333</sup>LEWIS, 2003, pp. 502, 503.

desconhecimento da presença de familiares civis no referido *bunker*. O Departamento de Defesa expressou o seu posicionamento sobre o incidente da seguinte maneira: “O ataque do dia treze de fevereiro ao *bunker* de Al- Amariyah- um alvo militar legítimo- infelizmente resultou nas mortes daqueles civis iraquianos que haviam se abrigado no centro de C2 (Comunicação e Controle)<sup>334</sup>. Dentre as argumentações para o ataque a Al Firdos também foi afirmado que:

[...]as forças de coalizão tinham evidência de que o bunker estava sendo usado como um centro de comando e controle iraquiano e não tinha nenhum conhecimento de que o mesmo estava sendo usado concomitantemente como um abrigo de bombas para civis [...] Se as forças de coalizão tivessem sabido que civis iraquianos estavam ocupando (o bunker) como abrigo eles teriam postergado o ataque até que os civis tivessem sido retirados (embora o DICA não requeira tal restrição)<sup>335</sup>

Lewis sumariza o posicionamento legal norte americano da seguinte maneira:

A parte em um conflito que põe seus próprios cidadãos em posição de perigo falhando em realizar a separação das atividades militares das atividades civis necessariamente aceita, sob o DI, os resultados de ataques legítimos a objetivos militares válidos em seu território.<sup>336</sup>

Lewis declara que esta interpretação é devido ao entendimento no DI de que uma nação em posição de defesa exerce um controle quase que absoluto sobre os movimentos de sua população, sendo, portanto, responsável por avisar e evacuar seus cidadãos quando ataques são iminentes. Isto, entretanto, não exime o atacante da responsabilidade de cumprir com os requerimentos da proporcionalidade e da necessidade militar. Pois conforme declaração do então Coronel Deptula se eles tivessem sabido que havia civis no *bunker*, ele

<sup>334</sup>UNITED STATES, 1992, p. 615: “The 13 February attack of the Al- Amariyah bunker- a legitimate military target- resulted in the unfortunated deaths of those iraq civilians who had taken refuge above the C2 center”.

<sup>335</sup>Ibid., pp. 616 e 617. Disponível em: <http://www.ndu.edu/library/epubs/cpgw.pdf>. Acessado em 27 de fevereiro de 2009: “The coalition forces had evidence the bunker was being used as an Iraq command and control center and had no knowledge it was concurrently being used as a bomb shelter for civilians (...) If coalition forces had known that iraq civilians were occupying it as a shelter, they may have withheld an attack until the civilians had removed themselves (although the Law of War does not require such restraint)”.

<sup>336</sup>AFP 110-31 (Air Force Pamphlet), pp. 5-13 apud LEWIS, 2003, p. 503.

nunca teria sido atacado<sup>337</sup>. Em suma, a decisão pelo ataque baseou-se nas informações disponibilizadas no momento do ataque.

Dentro dessa argumentação pode-se acrescentar também as reservas apresentadas por Áustria e Suíça quanto ao valor das informações fornecidas pela inteligência para a tomada de decisões e precauções previstas no artigo 57 do Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949: “tal provisão será aplicada, nos termos de que a informação de fato disponível no tempo da decisão é decisiva”<sup>338</sup>

É relevante ressaltar, também, o posicionamento do Canadá quanto ao valor da inteligência para a tomada de decisões:

É entendimento do Governo do Canadá que, em relação aos artigos 48, 51 a 60 inclusive, 62 e 67, os comandantes militares e outros responsáveis pelo planejamento, decisão ou execução dos ataques devem tomar decisões baseando-se em suas avaliações da informação a eles razoavelmente disponibilizada no momento relevante e que tais decisões não podem ser julgadas baseando-se em informação que posteriormente vier a aparecer<sup>339</sup>.

Quanto ao posicionamento do *Midle East Watch* de que apesar de os Estados Unidos declararem desconhecer a existência de civis no *bunker* aquele país teria condições de adquirir este tipo de informação, Lewis responde citando a estatística do “*Gulf War Air Power Survey*” na qual é indicado que durante a Guerra do Golfo de um total de 116 818 surtidas somente 3236 foram usadas para missões de reconhecimento. E destas missões a maior parte foi destinada à avaliação dos danos causados pelas bombas (*bomb damage assessment*) a fim de se determinar se os alvos precisariam ser reatacados ou não. Não há nada constante como precauções para o ataque que obrigue determinado Estado a utilizar seus equipamentos a fim de fornecerem informações a respeito do posicionamento de civis em detrimento do ganho de uma vantagem militar, como foi o caso do uso de aeronaves para realizarem a avaliação dos danos decorrentes de ataques.

<sup>337</sup>LEWIS, 2003, p. 503.

<sup>338</sup>PICTET, 1987, p. 682: “Austria made a reservation to article 57, para.2, according to which this provision will be applied, provided that the information actually available at the time of the decision is decisive. Switzerland made a similar reservation”.

<sup>339</sup>DOSWALD-BECK, 2005, p. 332: It is the understanding of the government of Canada that, in relation to articles 48, 51, to 60 inclusive, 62 and 67, military commanders and others responsible for planning, deciding upon or executing attacks have to reach decisions on the basis of their assessment of the information reasonably available to them at the relevant time and that such decisions cannot be judged on the basis of information which has subsequently come to light”.

Não obstante toda a argumentação legal para legitimar o ataque realizado contra Al Firdos, as forças da coalizão optaram por não continuarem os ataques à Bagdad, devido ao impacto do incidente na opinião pública internacional.<sup>340</sup>

### 3.5 A VULNERABILIDADE

Mesmo com os argumentos legais os EUA estariam vulneráveis frente ao regime da proporcionalidade? Seria possível falar da possibilidade de a ação do JAG durante o processo de seleção de alvos constituir-se em uma vulnerabilidade para os Estados Unidos? Uma análise da vulnerabilidade norte americana no que diz respeito à proporcionalidade, de acordo com Keohane, levaria à verificação do custo para alterar uma estrutura como a do JAG na USAF a fim de permitir que os Estados Unidos não cumprissem o regime da proporcionalidade.

A variável dependente desta pesquisa é o cumprimento do princípio da proporcionalidade entendido como “não lançar um ataque a um objetivo militar legítimo com a intenção de causar dano colateral a pessoas e bens civis que seja excessivo em relação à vantagem militar esperada”. Para se analisar a vulnerabilidade norte americana é necessário verificar o custo para que os Estados Unidos não cumpram o regime da proporcionalidade, ou seja, o custo para que seja aceito como legítimo o lançamento de uma ataque a um objetivo militar com a intenção de causar um dano colateral excessivo.

Diante do que foi trazido até aqui percebe-se que eliminar a ação do JAG fugiria deste objetivo tendo em vista que o mesmo atua com o *Operations Law*, que engloba uma gama de aspectos legais, e não somente com a fiscalização do cumprimento do princípio da proporcionalidade. Sendo assim, a vulnerabilidade relativa ao regime da proporcionalidade não poderia ser medida pelo poder americano em desfazer a estrutura do JAG, mas em interferir nas funções que dizem respeito a fazer cumprir o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>340</sup>DUNLAP, 2001, p. 12.

Baseando-se nas entrevistas realizadas com Lewis e Carnahan percebe-se que ambos enfatizam o elemento subjetivo para se definir por analogia o cometimento de um crime referente a um ataque desproporcional. Para eles o homicídio deve ser intencional e a destruição de propriedades ou lesões corporais deve ser cometida por negligência. Dessa forma, verifica-se que tanto a legislação internacional, por permitir que a vantagem militar seja avaliada levando-se em consideração a campanha militar como um todo e as informações de inteligência disponíveis no momento, quanto o US CODE fornecem uma margem de manobra suficiente para legitimar as ações militares quando do emprego do poder aéreo. Não há, portanto, uma vulnerabilidade norte americana, pois, não há a necessidade de se alterar o regime ora em vigor.

É pertinente, portanto, que seja realizada uma revisão dos tópicos abordados durante a pesquisa bem como dos resultados alcançados, a fim de se identificar os aspectos referentes aos objetivos propostos quando do início do trabalho.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo verificar se a teoria neoliberal institucionalista é capaz de explicar o cumprimento do princípio da proporcionalidade, por parte dos Estados Unidos, quando do emprego do poder aéreo durante a operação *Desert Storm*.

A fim de atingir o objetivo apresentado houve no primeiro capítulo a análise de como os teóricos de relações internacionais viam o Direito Internacional. Hobbes não vê espaço para um DI sem a figura de um Leviatã, ou seja, como a sociedade internacional é anárquica não existiria um poder central forte o suficiente para garantir o cumprimento de qualquer norma. O ambiente hobbesiano seria o de um estado de natureza de guerra de todos contra todos<sup>341</sup>. Autores realistas como Carr e Morgenthau enfatizaram a subordinação do DI à Política Internacional, esta entendida como uma função do equilíbrio de poder. Dessa maneira, os Estados mais poderosos influenciariam os mais fracos a aceitarem as regras do DI. Carr acredita que a regra de que os tratados devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*) é relativizada pela regra de que um tratado só teria eficácia na medida em que houvesse uma continuidade das condições que prevaleciam à época da conclusão do tratado (*rebus sic stantibus*). Carr também subordina o cumprimento dos tratados internacionais ao princípio da necessidade ou dos interesses vitais, o qual afirma que não se pode exigir de ninguém o impossível, aquilo que prejudicaria os interesses vitais de um Estado<sup>342</sup>.

Morgenthau acredita que reconhecer a existência do DI não implica sustentar que ele seja tão efetivo como os sistemas legais nacionais. Dois fatores garantiriam a existência do DI: interesses idênticos e complementários de cada um dos Estados e a distribuição do poder

---

<sup>341</sup>HOBBS, 2006, p.99.

<sup>342</sup>CARR, 1981, p.169.

entre eles. Entretanto, entende o DICA como um *jus necessarium*, como uma limitação moral aplicada à política internacional em tempo de guerra, independente do consentimento das partes. Acrescenta ainda que sem o DICA não poderia existir a sociedade internacional<sup>343</sup>.

Waltz representa o pensamento neo-realista afirmando que o objeto de estudo da política internacional deve ser a estrutura do sistema e não as suas unidades. Por isso ele focaliza não os Estados em si, mas a estrutura do sistema internacional. A organização das unidades afeta sua conduta e interações e, dessa forma, a estrutura do sistema é que possibilita a compreensão da política internacional. As estruturas estimulam certas condutas e castigam àqueles que não respondem a este estímulo<sup>344</sup>. Para Waltz o poder do forte pode fazer que o débil deponha suas pretensões não porque o débil reconheça que o forte tenha direito, mas tão somente porque não é sensato combater contra ele<sup>345</sup>.

No entanto o DI tem passado, ao longo dos tempos, por um desenvolvimento. Há uma diferença entre o DI clássico e o contemporâneo. Friedman, por exemplo, expressa que o DI é hoje essencialmente dividido entre um DI de coexistência e um DI de cooperação<sup>346</sup>. Mello por sua vez entende que o DI atual é o da cooperação tratando do desenvolvimento e da interdependência<sup>347</sup>. Diante de tais abordagens do DI buscou-se uma teoria de relações internacionais que pudesse explicar o DICA com o enfoque da cooperação e da interdependência.

Para isto Keohane com sua teoria neoliberal institucionalista serviu de referencial teórico para a análise do princípio da proporcionalidade. Primeiramente foi trazido o conceito de Keohane sobre o poder. Este autor discorda do pensamento neo-realista sobre a fungibilidade de poder, o qual advoga que o poder do Estado é mensurado de uma forma geral, presumido-se uma fungibilidade entre os recursos de poder. Segundo Keohane em cada tema da agenda internacional determinado Estado possuiria um poder específico. Dessa maneira haveria várias estruturas, quiçá uma para cada tema da agenda internacional<sup>348</sup>. Também foi apresentado o conceito de interdependência complexa relacionando-a a algumas características da política internacional contemporânea como a existência de múltiplos canais, a ausência de hierarquia entre as questões internacionais e o pressuposto de que o uso da força

---

<sup>343</sup>MORGENTHAU, 1986, pp. 362,363.

<sup>344</sup>WALTZ, 1988,pp. 107,108,109

<sup>345</sup>WALTZ, 1988,p. 166.

<sup>346</sup>FRIEDMAN apud TUNKIN, 1989, p. 311.

<sup>347</sup>MELLO, 2002, p. 54.

<sup>348</sup>KEOHANE,1989, p. 55.



militar passou a exercer um papel menor que no passado<sup>349</sup>. Os regimes internacionais foram definidos como conjunto de princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão, implícitos ou explícitos, em torno dos quais as expectativas dos atores se convergem<sup>350</sup>. Dentro desses regimes haveria um nível de poder para cada ator que poderia ser analisado por meio do que Keohane definiu como sensibilidade e vulnerabilidade, esta última entendida como a capacidade de um Estado impor as regras do jogo<sup>351</sup>.

A cooperação dentro de um regime internacional foi trazida como decorrente dos costumes que levaram à criação do regime, do fluxo confiável de informações garantido pelo regime, e do princípio da reciprocidade. A vulnerabilidade seria capaz de explicar porque determinados países não alteram as regras do jogo dentro de determinado regime.

No segundo capítulo foi apresentada a metodologia empregada na pesquisa. Metodologicamente buscou-se realizar uma testagem de teoria conforme o conceito de Bennett e George chamado de process tracing<sup>352</sup>. Foram estabelecidas as variáveis independentes, quais sejam, costumes internacionais, reciprocidade, fluxo confiável de informações e vulnerabilidade. A variável dependente foi considerada como o cumprimento do princípio da proporcionalidade entendido como não lançar um ataque sabendo que o mesmo causará danos colaterais excessivos em relação a vantagem militar antecipada.

O trabalho, portanto, verificou os aspectos do DICA que tratavam da proporcionalidade, analisando os pontos deste assunto que foram considerados como costumes internacionais. Traçou-se, então, a evolução do princípio da proporcionalidade, verificando-se o seu clímax com o estabelecimento do Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949. No entanto, a equação da proporcionalidade possui alguns elementos que expressam o que Koskenniemi define como a dialética entre a apologia e a utopia. A vantagem militar ponderada com os danos colaterais deve ser entendida levando-se em consideração a vantagem militar como um todo. As informações disponibilizadas pela Inteligência são tidas como essenciais para se analisar se o ataque foi proporcional. Além disso, o elemento subjetivo do crime, conforme constante tanto no Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949, assim como no Estatuto de Roma que trata do Tribunal Penal Internacional, é considerado um critério crítico para a ocorrência do crime de

---

<sup>349</sup>KEOHANE, 2001, p. 7-8.

<sup>350</sup>KEOHANE, 1989, p. 101.

<sup>351</sup>id. 2001, p. 13.

<sup>352</sup>GEORGE, 2005, p. 206.

se lançar um ataque desproporcional. Foi enfatizado, contudo, que o Estatuto de Roma, por ser de 1998, não teve implicações para a operação *Desert Storm*.

A reciprocidade foi analisada não obstante o texto do Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949 estabelecer que tal princípio do DI não se aplicaria ao DICA. O estudo das reservas apresentadas por alguns países como Reino Unido e Itália pôde manifestar que os mesmos não se comprometem a cumprir o DICA em todas as circunstâncias, pois, se a sua população civil for deliberadamente atacada eles declaram que atuarão em represália contra a população civil do Estado inimigo. Concluiu-se que a reciprocidade não teve influência para o regime tendo em vista que o instrumento para represálias por parte do Iraque seriam os mísseis Scud, e estes, quando foram utilizados pelos iraquianos, não consistiram em instrumentos para represálias contra violações ao DICA por parte dos Estados Unidos e sim para atender a objetivos políticos, como por exemplo a inclusão de Israel no conflito. Não foi encontrado, também, em nenhuma das referências utilizadas nesta pesquisa, nenhum comentário sobre uma política americana de evitar danos colaterais excessivos por receio de represálias iraquianas.

Na figura das Potências Protetoras houve a análise do fluxo confiável de informações para o fomento da cooperação no regime internacional da proporcionalidade. Percebeu-se que não houve efetivamente a ação de uma Potência Protetora durante a Guerra do Golfo. E mesmo que tivesse havido, as características da guerra não permitiriam que algum país permitisse que o seu processo de seleção de alvos fosse aberto à análise de um Estado que representasse os interesses do país inimigo em seu território.

Por derradeiro foi estudada a ação do JAG como fator de vulnerabilidade. Para se atingir este objetivo específico analisaram-se os eventos que propiciaram uma inserção maior do JAG durante as operações militares norte americanas. O incidente de My Lai, no Vietnã, foi apresentado como um marco para que a USAF incluísse o DICA em seus manuais. A inserção da disciplina *operations law* permitiu que a abordagem do DICA fosse inserida juntamente com outros aspectos legais que envolvem a condução das hostilidades. Após a Guerra do Vietnã os oficiais norte-americanos tinham a preocupação de não somente conhecerem as limitações do DICA, mas também os seus direitos quando da condução de uma campanha militar. Destarte, houve uma difusão das restrições do DICA, assim como dos direitos legais para o emprego da força.

Houve uma busca não somente do aspecto referente à validade da lei, mas também da persuasão da lei. A preocupação expandiu-se da guerra legal para a boa guerra da mídia internacional. Entendeu-se que havia uma audiência tanto doméstica quanto no campo internacional que poderia reagir de maneira distinta dependendo dos argumentos que lhe fossem apresentados.

A operação *Juste Cause* foi tida como um ponto de virada na participação dos JAGs em operações aéreas tendo em vista que o comandante da operação não mais os via como advogados para tratarem de aspectos legais, mas como membros da equipe de planejamento e execução da guerra. A referida operação serviu para a implementação do Memorando MJCS de 1988, o qual previa uma participação mais efetiva dos JAGs em operações militares.

A atuação do JAG no processo de seleção de alvos foi levada a termo apresentando-se a visão de Lewis sobre o “*Law of Aerial Bombardment*” durante a primeira Guerra do Golfo. Diversas entrevistas foram apresentadas onde se verificou uma intensa participação dos JAGs na assessoria legal para os doze grupos de alvos atacados durante a operação *Desert Storm*. Concluiu-se que apesar de a legislação doméstica norte-americana, mais especificamente o US CODE, não trazer em seu bojo uma penalidade para o crime de se lançar um ataque desproporcional, a legislação que regulava a conduta dos militares seria suficiente para enquadrar o autor em homicídio intencional, destruição de propriedades civis por negligência, ou lesão corporal por negligência.

Todavia, para se considerar um ataque como desproporcional alguns elementos deveriam ser levados em consideração: ponderação da vantagem militar tendo em vista a campanha como um todo, as informações disponibilizadas pela Inteligência, e o elemento subjetivo do crime. Estes aspectos dificultam que qualquer tipo de dano colateral implique um processo penal para quem decidiu pelo ataque. Dessa maneira, concluiu-se que não houve uma vulnerabilidade norte-americana frente à ação do JAG pois não havia, bem como não há também na atualidade, a necessidade de se alterar as regras do regime da proporcionalidade, considerando-se que o constante no Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949, combinado com as reservas apresentadas por diversos países, propiciam uma margem de manobra suficiente para legitimar os ataques perpetrados quando do emprego do poder aéreo por parte dos Estados Unidos.

Desta forma verificou-se que o princípio da proporcionalidade é reconhecido pela sociedade internacional, constituindo-se em um costume que foi capaz de fomentar a criação

do regime da proporcionalidade e sendo um conceito constante nos manuais militares norte americanos. A reciprocidade, por sua vez, não teve implicações para que ocorresse o cumprimento do princípio da proporcionalidade. Quanto ao fluxo confiável de informações que se constituiria em uma característica de um regime internacional, na visão de Keohane, não ocorreu durante a operação *Desert Storm*. A ação do JAG não representou uma vulnerabilidade para os Estados Unidos, pois a legislação que fundamenta o regime da proporcionalidade permitiu a legitimação dos ataques levados a cabo quando do emprego do poder aéreo durante a operação *Desert Storm*, não havendo, portanto, a necessidade de os Estados Unidos alterarem o regime atual.

Diante do exposto, somente o reconhecimento do princípio da proporcionalidade como um costume internacional, por parte dos Estados Unidos, pôde ser considerado como a variável independente que causou o cumprimento do princípio da proporcionalidade durante a operação *Desert Storm*, tendo em vista as hipóteses decorrentes da teoria neoliberal institucionalista levantadas durante esta pesquisa.

Com o estudo realizado procurou-se trazer ao meio acadêmico uma investigação sobre Direito Internacional de Conflitos Armados e Teorias de Relações Internacionais. Os resultados alcançados permitiram o aprofundamento de um debate pouco usual no Brasil, além de fornecer argumentos para uma análise estratégica das implicações do DICA quando do emprego do poder aéreo, tendo em vista as lições aprendidas com as repercussões de conflitos como a Guerra do Golfo em 1991.

O Direito Internacional traz em si a dialética entre a apologia e a utopia; entre o compromisso com a independência e soberania dos Estados e as exigências de uma ordem internacional artificialmente criada. Acrescente-se a isto a ascensão, em importância, de atores não-estatais, diante dos quais os Estados buscam apresentar uma retórica que justifique as suas ações quando na condução das operações militares. Dessa forma, o pensamento de David Kennedy é capaz de descrever a principal característica do DICA na contemporaneidade: *“War today is both a fact and an argument”*<sup>353</sup>.

---

<sup>353</sup> KENNEDY, 2006, p.5 : A guerra hoje é tanto um fato quanto um argumento.

## REFERÊNCIAS

- ARKIN, William M. . **Bagdad: the Urban Sanctuary in Desert Storm?** Disponível em: <http://www.airpower.au.af.mil/airchronicles/apj/apj97/spr97/arkin.pdf>. Acessado em 28 de fevereiro de 2009.
- ARON, Raymond. **Pensar a Guerra, Clausewitz**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986
- BAYLIS, John; SMITH, Steve. **The Globalization of World Politics**. Second Edition. Estados Unidos: Oxford University Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. WIRTZ, James J., GRAY, Colin S., COHEN, Eliot. **Strategy in the Contemporary World**. Estados Unidos: Oxford University Press, 2002.
- BRIDGE, Robert L. .**Operations Law: an overview**. The Air Force Law Review, United States, p.1-4, vol. 37, 1994.
- BROSEKER, Leonard L. . **Sword in the Sand: operations desert shield and desert storm**. The Reporter, Special History Edition, vol 26, p. 138-145. Air Force Judge Advocate General School, United States, 1999. Disponível em <http://d.scribd.com/docs/ewbi9tjpar6mlpgiavf.pdf> .Acessado em 12 de março de 2009.
- BULL, Hedley. **A Sociedade Anárquica**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1 ed., 2002.
- BYERS, Michael. **A Lei da Guerra**. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- CARR, Edward Hallett. **Vinte anos de Crise**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Estados Unidos: Oxford University Press, 2003.
- CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da Guerra**. 2ª edição, Tradução de Maria Tereza Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- COHEN, Eliot A. .**Gulf War Air Power Survey**. Estados Unidos: USAF, 1993.
- CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. Conclusão e assinatura em São Viena, Áustria, em 23 de maio de 1969. Aprovado no Brasil pelo Decreto-Legislativo nº 214. Disponível em [http://www.cedin.com.br/050trata\\_pgs/trata000.htm](http://www.cedin.com.br/050trata_pgs/trata000.htm).
- CRUZ VERMELHA, Comitê Internacional da. **Direito Internacional Relativo à Condução das Hostilidades**. Compilação de Convenções da Haia e de alguns outros instrumentos jurídico. Genebra: CICV, 1990.

CRUZ VERMELHA, Comitê Internacional da. **Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949**. CICV, 1998.

DEPTULA, David A. . **Effects-based operations: change in the nature of warfare**. Estados Unidos: Aerospace Education Foundation, 2001.

DINSTEIN, Yoram. **The Conduct of Hostilities Under the Law of Armed Conflict**. United States of America. Estados Unidos: Cambridge University Press, 2004.

DOSWALD-BECK, Louise; HENCKAERTS, Jean-Marie. **El Derecho Internacional Humanitário Consuetudinário**. Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo em Comunicación para América Latina y el Caribe, Volume I- Normas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Costumary International Humanitarian Law**. Inglaterra: Cambridge University Press, Volume II, Practice, 2005.

DOUHET, Giulio. **O domínio do Ar**. Rio de Janeiro: Editora Itatiaia, 1988.

DUNLAP, Charles J. . **Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21<sup>st</sup> Century Conflict**. Disponível em: <http://www.ksg.harvard.edu/cchrp/Web%20Working%20Papers/Use%20of%20Force/Dunlap2001.pdf>. Acessado em 15 de março de 2009.

DUPUIS, Martin D., HEYWOOD, John Q., SARKO, Michèle Y. F. . **The sixth annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: a workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions**. Estados Unidos: Artigos publicados no American University Journal of International Law and Politics, Outono de 1987, volume 2.

ECONOMIDES, Basile. **Sensibilités et Vulnerabilités Américaines Ayant Trait a la Guerre du Golfe**. Paris: Basile Economides, 1994.

FILHO, Orlando Zaccone D'Elia. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

FLECK, Dieter. **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts**. Estados Unidos: Oxford University Press Inc., 1995

FUNES, José Luis Fernandez-Flores y de. **El Derecho de Los Conflictos Armados**. Madrid, España, Ministerio de Defensa, 2001.

GARDAM, Judith. **Crimes Involving disproportionate means and methods of warfare under the Statute of the International Criminal Court**. Holanda: Artigo publicado no Essays in honour of Professor Igor Blishchenko, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

\_\_\_\_\_. **Necessity, proportionality and the use of force by States**. Estados Unidos: Cambridge University Press, 2004.

GEORGE, Alexander L. , BENNETT, Andrew. **Case studies and theory development in the social sciences**. Estados Unidos: Belfer Center for Science and International Affairs, 2005.

GENT, Terrie M. **The Role of Judge Advocates in a Joint Air Operations Center**. Estados Unidos: Air Power Journal, Spring 1999.

GLOCK, John R. . **The evolution of Air Force Targeting**. Estados Unidos: Air Power Journal, Artigo publicado, 1994..

HAMMES, Thomas X. . **The Evolution of War: The Fourth Generation**. Estados Unidos: Artigo publicado no Marine Corps Gazette, setembro de 1994.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Editora Martin Claret, Tradução de Alex Marins, 2006.

HOBBS, Eric. **A era dos Extremos**. São Paulo: Companhia das Letras.1998.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. **O Brasil e o Direito Internacional dos Conflitos Armados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

JOHNSTON, Chris ; NORMAND, Roger . **The Legitimation of Violence: a critical analysis of the Gulf War**. Estados Unidos: Artigo publicado no Harvard International Law Journal, 1994.

KALSHOVEN, Frits; ZEGVELD, Liesbeth. **Restricciones em la Conducción de la Guerra**. Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, Latin Gráfica, 2005.

KEANEY, Thomas. **Collateral Damage in the Gulf War: Experience and Lessons**. 2002. Disponível em: [http://www.hks.harvard.edu/cchrp/Use%20of%20Force/June%202002/Keaney\\_Final.pdf](http://www.hks.harvard.edu/cchrp/Use%20of%20Force/June%202002/Keaney_Final.pdf). Acessado em 27 de fevereiro de 2009.

KEEVA, Steven. **Lawyers in the War Room**. Estados Unidos: American Bar Association Journal, dezembro de 1991.

KENNEDY, David. **Of War and Law**. Estados Unidos: Princeton University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **The Dark Sides of Virtue**. Estados Unidos: Princeton University Press, 2004.

KEOHANE, Robert O. . **After Hegemony, Cooperation and Discord in The World Political Economy**. Estados Unidos: Princeton University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. **International Institutions and State Power : essays in international relations theory**. Estados Unidos: Westview Press, 1989.

\_\_\_\_\_. NYE, Joseph. . **Power and Interdependence**. Estados Unidos: Longman, 2001.

KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia**. Estados Unidos: Cambridge University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. **The Gentle Civilizer of Nations: the rise and fall of International Law 1870-1960**. Estados Unidos: Cambridge University Press, 2004.

LEONARD, Roger Ashley. **Clausewitz, trechos de sua obra**. Rio de Janeiro: Bibliex, Tradução de Delcy G. Doubrawa, 1988.

LEWIN, Ronald. **Churchill, o Lorde da Guerra**. Rio de Janeiro: Bibliex, Tradução de Álvaro Galvão, 1979.

LEWIS, Michael. **The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War**. Estados Unidos: Artigo publicado no American Journal of International Law, volume 97, 2003. Disponível em <http://www.asil.org/ajil/lewis.pdf>.

LIANG, Qiao; XIANGSUI, Wang. **Unrestricted Warfare**. Beijing: PLA Literature and Arts Publishing House, February 1999. Disponível em <http://www.terrorism.com/documents/TRC-Analysis/unrestricted.pdf>. Acessado em 08 de novembro de 2008.

MARIN, M. **The Laws of War**. Holanda: Academie de Droit International, Recueil de Cours, Tome 92 de la collection. 1957.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de . **A Guerra e a Cooperação Internacional**. Curitiba: Editora Juruá, 1ª ed., 2002.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 14 ed., 2002.

MEADLE EAST WATCH. **Needless Deaths in the Gulf War**. Disponível em <http://www.hrw.org/legacy/reports/1991/gulfwar/INTRO.htm>. Acessado em 28 de fevereiro de 2009

MORGENTHAU, Hans J. **Política entre las Naciones**. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 2ª edición, 1986.

ORMNE, John. **The Utility of force in a world of scarcity. Theories of War and Peace: an international security reader**. Estados Unidos: MIT Press, 1998.

PAUST, Jordan J. . **My Lai and Vietnan: norms, myths and leader responsibility**. Estados Unidos: Military Law Review, vol 57, 1972.

PICTET, Jean S. . **Commentary on the IV Geneva Convention Relative to the protection of civilian persons in time of war**. Genebra: International Committee of the Red Cross, 1958.

\_\_\_\_\_. **Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949**. Genebra: International Committee of the Red Cross, 1987.

\_\_\_\_\_. **La Formation du Droit des Conflits Armé**. Genebra: Revue International de La Croix Rouge, Vol. 84, nº 846, June, 2002.

REYNOLDS, Jefferson D. , **Collateral dammage on the 21 st century Battlefield**. Estados Unidos: Air Force Law Review, volume 56, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1995.

SANTOS, MURILLO. **Evolução do Poder Aéreo**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada. 1989.



- SCHMITT, Carl. **El Nomos de la Terra**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- SLAUGHTER, Anne-Marie . **International Law and International Relations**. Holanda: Hague Academy, Recueil de Cours, 2000.
- TRINDADE, Augusto Cançado. **Direito Internacional Humanitário**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1989.
- TUNKIN, Grigory. **Politics, Law and Force in the Interstate System**. Holanda: Hague Academy, Recueil de Cours, volume 219, 1989.
- UNITED STATES. Air Force Pamphlet 110-34. **Commander's Handbook on the Law of Armed Conflict**. USAF: 25 de julho de 1980.
- \_\_\_\_\_. Air Force Pamphlet 200-17. **Targeting and International Law**. Attachment 2. USAF: 23 de junho de 1989.
- \_\_\_\_\_. **Final Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War**. Department of Defense, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Memorandum of the Joint Chiefs of Staff**. MJCS 0124-88, 4 DE AGOSTO DE 1988.
- \_\_\_\_\_. **US CODE**. Disponível em <http://www4.law.cornell.edu/uscode/>. Acessado em 15 de maio de 2009.
- WALTZ, Kenneth N. **Teoría de La Política Internacional**. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1988.
- WALKER, Jeffrey. **Strategic Targeting and International Law: the ambiguity of law meets the reality of a single super-power world**. Estados Unidos: International Law Studies, Vol 80. Naval War College, Edited by Richard B. Jaques, 2006.
- WARDEN, John. **The Air Campaign**. Estados Unidos: NDU Press, 1988.