

PEQUENO ENSAIO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE A GUERRA E O DIREITO

BRIEF ESSAY ON RELATIONS BETWEEN WAR AND RIGHT

6

Leonam Baesso da Silva Liziero*

Resumo: O presente artigo pretende esboçar algumas considerações entre a guerra como movimento social humano e o Direito, ordenação criada pela racionalidade humana, com diversos fins, entre os principais, a proteção contra os males dos conflitos. Assim, inicialmente serão vistas algumas definições de guerra por autores como Clausewitz e Keegan. Posteriormente, será demonstrado como alguns autores clássicos trataram a guerra, com maior foco em considerações de Hobbes e Grotius. Por fim, verifica-se como princípios do direito de guerra no cenário internacional após 1945.

Palavras-chave: Guerra; Direito Internacional da Guerra; Grotius.

Abstract: This article aims to sketch some considerations between war as a human social movement and the Law, order created by human rationality, with several purposes, among the main ones, protection against the evils of conflicts. Thus, initially some definitions of war will be seen by authors like Clausewitz and Keegan. Subsequently, it will be demonstrated how some classical authors treated the war, with a greater focus on Hobbes and Grotius. Finally, it is verified as principles of the Law of war in the international scene after 1945.

Keywords: War; International Law of War; Grotius.

1 INTRODUÇÃO

“Podem-se comandar soldados, mandar que um deles se coloque diante de um canhão, em batalha, e ele saber que vão dispará-lo sobre ele: ainda assim, terá esperança”. (Fiódor Dostoievski – O Idiota)

* Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ. Doutor e Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor da Universidade Candido Mendes-UCAM. Advogado. Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - Letaci/PPGD/FND/UFRJ.

É possível dizer que o ser humano, enquanto ente biológico, tem necessidades básicas tais como ar, água, comida e calor. Sua parte social, contudo, conforme demonstra História, precisa saciar sua violência inerente em busca de lucro, segurança e reputação (aqui na concepção do pessimismo antropológico de Hobbes) e para tal, faz da guerra seu instrumento. Do mesmo modo, precisa do Direito para se proteger dela (novamente Hobbes se faz presente). Cada vez que não consegue resolver conflitos através do Direito e recorre ao uso da violência e enxerga o horror que decorre dela, percebe que o Direito é necessário para evitá-la. Cada vez que há uma guerra, ao fim desta os homens recorrem ao Direito para pôr termo ao conflito, com expectativas de permanência de paz e cooperação.

A História demonstra, em várias situações, como nações beligerantes recorrem ao Direito Internacional para o fim de uma guerra. Para solucionar um conflito ou para a imposição de condições ao vencido, no fim de uma guerra há necessidade de regulamentação daquela nova realidade trazida pelo conflito armado.

John Keegan, em sua ilustre obra, *Uma História da Guerra*, faz um profundo estudo sobre a razão dos homens conflitarem contra si mesmos. Seria possível conseguir definir em um só conceito a natureza da guerra? Keegan nos responde que não. A guerra precisa ser analisada sob muitos aspectos e em diversas épocas para entendermos o contexto necessário para determinada conduta humana. Principalmente, é possível ter uma visão abrangente da história da humanidade partindo de dois aspectos fundamentais para esta compreensão: *as formas de guerrear e a evolução da tecnologia bélica*.

O Direito Internacional promove a paz entre as diversas guerras; os tratados surgem como o resultado do empenho da diplomacia que consegue unir Estados antes em beligerância. Desde o princípio, quando o *Homo sapiens* despertou para a conquista do mundo e o arco foi inventado, houve a necessidade de se criar normas para regular a conduta de uns com outros. Porém é importante dizer que alguns casos de inconveniência eram resolvidos através do combate, quando estes limites impostos por estes mesmos homens eram violados.

Desde a pré-história, é possível perceber uma tendência humana ao conflito. O Direito, criação racional humana, procura pacificar estes conflitos de interesse, de modo a constituir um Estado que administra uma sociedade e que detêm unicamente o poder de violência – o que de fato ocorre com a modernidade política.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A GUERRA (NO PRINCÍPIO ERA O ARCO)

A guerra representa para o ser humano tudo aquilo que ele mais teme: destruição, caos e principalmente a morte. A guerra é feita pelos homens e contra os homens. Representou uma das causas pelas quais o próprio ser humano se tornou como é, tal qual a hipotética construção do homem no estado de natureza hobbesiano. Os homens do período Paleolítico procuravam sempre aprimorar suas armas, com o intuito de sempre se tornarem mais mortíferas contra seus inimigos. Sobre este conjunto de mudanças sucessivas, leciona John Keegan (2006, p.164-165):

Os homens do Paleolítico ainda não tinham inventado o arco. No início do Neolítico, há cerca de 10 mil anos, ocorreu ‘uma revolução na tecnologia das armas [...] quatro novas armas tremendamente poderosas entram em cena [...] o arco, a funda, a adaga e a clava’. As três últimas eram refinamentos de armas já existentes: a clava derivava do cacete, a adaga da ponta de lança e a funda, das bolas.

Porém, nenhuma arma deste período primitivo da humanidade foi tão importante quanto o arco. Ainda seguindo a lição de Keegan (2006, p.165), “o arco, no entanto, era uma verdadeira novidade. Ele pode ser considerado a primeira máquina, uma vez que utilizava partes móveis e transformava energia muscular em energia mecânica”.

Essa principal invenção humana do período primitivo, o arco, não era meramente um instrumento de caça: era uma potente arma que poderia ser usada contra outros homens com o fim de manter autoridade ou de destruição.

Entende-se que se há uma palavra-chave que explica a razão das sociedades criarem regras para a guerra seria a violência. O ser humano, ainda dentro da concepção hobbesiana, criou o Direito para se proteger de si próprio, proteger-se de seu mais profundo potencial: o de ser violento. O Estado, através do Direito, protege o

homem contra si próprio. Da mesma forma, a sociedade internacional deve utilizar o Direito Internacional para proteger os Estados e especificamente os indivíduos da guerra.

Esta tensão na política internacional que corresponde ao estado de natureza de Hobbes é chamado por Bull de *domestic analogy*. Segundo o autor, “no caso de Hobbes, para si mesmo e seus sucessores, a analogia interna toma a forma simples da asserção que Estados ou príncipes soberanos, como os indivíduos que vivem sem governo, estão em um estado de natureza que é um estado de guerra” (BULL, 2002, p.44, tradução nossa). Assim, os Estados soberanos se encontram em um constante cenário de conflito mútuo, que se apaziguam apenas com a instituição de um equivalente funcional a um contrato social entre eles de modo que possa garantir a segurança em comum.

Há inúmeros autores que procuram conceituar e dar um significado preciso para o que seria a guerra. Estas explicações podem ter um enfoque jurídico, político, sociológico ou histórico. Cada forma de se abordar a guerra resulta em conclusões diferentes, porém com a mesma essência: a violência.

Definir a guerra juridicamente é o que interessa ao Direito Internacional Público. Porém, para conseguir compreender melhor o tema, é preciso conhecer os demais aspectos para entender com mais profundidade e desta forma chegar a uma conclusão mais completa e profunda.

Em razão disto, é importante apresentar e comentar aqui algumas definições de autores clássicos e contemporâneos. Segundo Carl Von Clausewitz (1997, p.5): “a guerra por isso é um ato de violência com o intuito de compelir nossos oponentes a cumprir nossa vontade”.

Por este simples fragmento da obra de Clausewitz é possível perceber-se que a visão da guerra deste autor prussiano baseia-se no fato de um Estado realizar um ato violento contra outro, com o fim de sobrepujar o inimigo ao que o vencedor quiser. Assim, ao analisar a extensão de seus ensinamentos, a grande lição da doutrina clausewitiana seria que a guerra é a continuação da política. Desta forma, quando os Estados não chegam a um acordo por meios pacíficos para resolverem suas divergências, a guerra é a saída.

A lição de Clausewitz interpretada literalmente pode levar a conclusões perigosas, como afirma Keegan (2006, p.18), que após uma abordagem histórica extremamente complexa conclui que “a guerra precede o Estado, a diplomacia e estratégia por vários milênios”.

Não se pode negar a grande influência de Clausewitz para a formação intelectual bélica do final do século XIX à primeira metade do século XX. Influência tão forte esta que alguns juristas se baseiam na definição de guerra clausewitiana (não na teoria inteira) para conceituá-la.

O Direito sempre se preocupou em ter alguma relação com a guerra. Bobbio (2000, p.559) considera quatro tipos essenciais desta relação: “a guerra como meio de se estabelecer o Direito, a guerra como objeto de regulamentação jurídica, a guerra como fonte de Direito, a guerra como *antítese* do Direito”. Como se não fosse suficiente também, existe uma busca, da Antiguidade até os dias atuais pelo o que é a guerra justa, iniciando-se na filosofia e atingindo a Ciência Jurídica, passando por outras disciplinas.

O Yoram Dinstein, ao analisar a teoria de Oppenheim, chega à conclusão que há uma divisão entre a guerra no sentido técnico e no sentido material.

Guerra é a interação hostil entre dois ou mais Estados, seja num sentido técnico ou material. A guerra no sentido técnico é o status formal produzido por uma declaração de guerra. A guerra no sentido material é gerada pelo uso de força armada, que deve ser extensiva e realizada por pelo menos uma das partes do conflito (DINSTEIN, 2004, p.21).

Com todas as transformações da guerra ocorridas no Séc. XX, o entendimento mundial sobre o assunto se modificou. Houve no Séc. XX a terrível Primeira Guerra Mundial que só não foi mais mortífera que sua sucessora, vinte e um anos depois. O mundo se dividiu em duas ideologias ao mesmo tempo políticas e econômicas. E ainda se assistiu a proliferação de organizações internacionais para tornar o Direito Internacional mais efetivamente aplicável no mundo.

3 A GUERRA NO DIREITO DAS GENTES

Os primeiros tratados dos quais se tem notícia na Antiguidade foram para regular matérias sobre compromissos de pacificação entre povos ou cessação de

hostilidades. Os seres humanos começaram a se organizar em grupos sociais independentes; como havia a existência de várias unidades políticas, líderes destas unidades (que podiam ir desde tribos até Estados antigos) começaram a se relacionar com outros soberanos principalmente em relação a hostilidades. Desta forma, estas relações entre unidades políticas começaram a serem regidas por costume que com o tempo evoluiu para direito costumeiro.

Não é possível dizer precisamente a partir de quando tiveram início os acordos entre diferentes povos. Nas palavras de Celso Mello (2001, p.43-44), “a origem de uma sociedade no meio internacional não pode ser fixada numa determinada data. A sua constituição coincide com a formação das primeiras coletividades organizadas”. Para compreender melhor como se deu este fenômeno do encontro da guerra com o Direito, necessário é então demonstrar como se deu este processo de positivação, bem como trazer a este ensaio um breve relato das ideias e pensamentos de alguns autores clássicos que muito contribuíram para a evolução do Direito Internacional que se tem hoje.

Uma das mais cruciais preocupações do Direito em relação à guerra diz respeito à justiça. Desde a Idade Antiga, juristas, filósofos e outros pensadores procuram definir o que é a guerra justa. A importância de se definir se determinada guerra era justa ou não era legalizar determinadas ações dos beligerantes, apoiando-se assim no Direito Natural.

A noção de justiça da guerra inexistia na Grécia Antiga. Em Roma, por sua vez, apenas algumas guerras eram consideradas justas. Na Idade Média a noção de justiça na guerra começou a tomar corpo. Santo Agostinho reconhecia que haveria justiça na guerra apenas se fosse acompanhada de uma justa causa.

É possível observar na noção de Providência para Santo Agostinho, na qual Deus tem o total controle de todas as situações. Esta concepção de que toda a história e determinada por Deus reflete diretamente em seu conceito de guerra. Neste sentido, menciona Santo Agostinho nesta passagem de *A Cidade de Deus*:

Quem quer observe um pouco as questões humanas e a nossa comum natureza reconhecerá comigo que, assim como não há quem não procure a alegria, também não há quem não queira possuir a paz. Realmente, mesmo quando alguém faz a guerra, mais não quer que vencer; portanto, é a uma paz gloriosa que pretende chegar, lutando. Na verdade, que mais é a vitória senão a sujeição dos que resistem? Logo que isto se tenha conseguido, será a paz. As

próprias guerras, portanto, são conduzidas tendo em vista a paz, mesmo por aqueles que se dedicam ao exercício da guerra, quer comandando quer combatendo. Donde se evidencia que a paz é o fim desejado da guerra. Efetivamente, todo homem procura a paz, mesmo fazendo a guerra; mas ninguém procura a guerra ao fazer a paz (SANTO AGOSTINHO, 1999, p. 1909).

Dessa forma, o que define a justeza em uma guerra é a motivação. A guerra tida como justa é a guerra declarada contra ações injustas, como reação a ofensas de inimigos. Além disso, a guerra deve ser declarada pelo príncipe, sob a autoridade do próprio Deus, para ser justa e legítima. Nesta passagem, é possível perceber a violência da guerra permitida para impor a justiça em nome de Deus:

A mesma autoridade divina estabeleceu, porém, certas exceções à proibição de matar alguém. Algumas vezes, seja como lei geral, seja por ordem temporária e particular, Deus ordena o homicídio. Ora, não é moralmente homicida quem deve à autoridade o encargo de matar, pois não passa de instrumento, como a espada que fere. Desse modo, não infringiu o preceito quem, por ordem de Deus, fez guerra ou, no exercício do poder público e segundo as leis, quer dizer, segundo a vontade da razão mais justa, puniu de morte criminosos (SANTO AGOSTINHO, 1999, p.51-52)

São Tomás de Aquino, por sua vez, ensinou que para que haja guerra justa, seriam necessários os seguintes requisitos: que fosse declarada por uma autoridade competente; deveria haver uma causa justa que motivasse a guerra; intenção correta nas hostilidades para promover o bem e evitar o mal.

Ao final da Idade Média, tem-se a guerra justa como um caráter de normalidade nas agressões, o que dá início a consolidação do pensamento ético na guerra. Conforme ensina Pádua Fernandes (2004, p.152):

A doutrina da guerra justa, já presente em Agostinho (354-430), foi sistematizada por Tomás de Aquino (1225-1274): para ser justa, a guerra deveria ser decretada pelo chefe político, ter uma causa justa e ser conduzida por uma intenção reta. Os requisitos para a guerra continuaram a ser objeto da reflexão em autores como Gentili (1552-1608) e Grotius (1583-1645).

Como houve desta forma o fortalecimento das soberanias dos Estados, os príncipes assim sempre se achavam embasados pela justiça quando promoviam a guerra contra um inimigo. O conceito de guerra justa passou a depender de cada Estado.

Mesmo assim, grande parte das regras sobre o Direito de Guerra se desenvolveu como costumeiras ao longo dos séculos. Poucos tratados existiam regulamentando

esta matéria. O processo de positivação, aonde estas regras costumeiras começaram a se tornar normas convencionais entre os Estados teve início no século XIX. Porém, antes deste século houve inúmeros tratados expressivos.

Os principais tratados desde a Idade Antiga até a Idade Moderna regulamentavam o Direito de Guerra, geralmente colocando fim ao estado de beligerância. O principal dos tratados da Idade Moderna foi a Paz de Westphalia de 1648, que colocou término à Guerra dos Trinta Anos (1618-1648).

O caminho da guerra e do Direito se cruzam de maneira mais clara e definida no século XVII. Qual a imagem do século XVII para a história? Quando se fala em Séc. XVII, há a lembrança sempre de cem anos sem progresso para a humanidade. Guerras e desolação tomaram conta do continente europeu neste tempo. O século anterior, ou seja, o XVI, foi o século das grandes navegações, do renascimento, da corrida para um novo mundo de riquezas e maravilhas, e das revolucionárias invenções. Inclusive o século da Reforma Protestante.

O século posterior ao XVII, isto é, o XVIII, foi o “século das luzes”. O século do iluminismo, da Revolução Francesa, da Independência Americana, a decadência do absolutismo. O século da razão.

O Séc. XVII foi o século do surgimento do Direito Internacional clássico. Representa um grande avanço para o Direito como um todo, pois a partir de então, as relações interestatais que outrora inseguras, agora asseguradas e reguladas por um Direito comum a todos os Estados. Talvez, modestamente, pode-se expressar tudo aquilo que foi de importante para o Direito e para o Estado neste século no Tratado de Westphalia de 1648, assinados em Münster e Osnabrück respectivamente pelos beligerantes católicos e protestantes da Guerra dos Trinta Anos.

Para a formação do Direito Internacional, o Séc. XVII foi importantíssimo. Não se pode olvidar que dois dos maiores pensadores que influenciaram o Direito moderno viveram e escreveram suas principais obras neste século. São eles o holandês Hugo Grotius, com seu *Direito da Guerra e da Paz* (1625) e o inglês Tomas Hobbes, com *O Leviatã* (1651).

Embora tenham escrito teses com alguns posicionamentos contrários em relação às relações internacionais, como adiante será visto, algo em comum pode-se extrair de suas obras: A separação do Estado da Igreja Católica. O que de grande

modernidade traziam as obras destes dois ilustres filósofos é que os Estados não deveriam mais se submeter ao poder ideológico do Vaticano. Interessante observação a ser feita sobre isso: Enquanto Hobbes era católico, Grotius seguia o protestantismo.

Hobbes dizia que o reino de Deus era civil. O soberano deveria ser o chefe da Igreja, pois só ao soberano cabia decidir sobre quaisquer questões do Estado, já que este o poder desse *Leviatã* era supremo. Assim, sem disputas religiosas internas, o soberano conseguiria levar seu Estado a uma maior segurança, já que pelo menos nesse âmbito, não haveria a guerra (privada) de todos contra todos.

Essa noção fica evidente no conceito de Estado parra Hobbes, que necessariamente está relacionado com a de segurança. Em *Do Cidadão*, no Capítulo V, Hobbes (2002, p.97) o define o Estado (*Civitas*) como: “uma pessoa cuja vontade, pelo pacto de muitos homens, há de ser recebida como sendo a vontade de todos eles; de modo que ela possa utilizar todo o poder e as faculdades de cada pessoa particular, para a preservação da paz e a defesa comum”. Posteriormente, o conceito é melhor desenvolvido em *Leviatã*: “uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e defesa comum” (HOBBS, 1983, p.106).

Por sua vez, para Grotius, a competência da Igreja era servir de apoio espiritual nos Estados católicos. Não cabia ao Vaticano interferir nos assuntos políticos dos Estados, pois assim, nações católicas e protestantes poderiam viver em paz, sem a religião (aqui tanto o catolicismo quanto o protestantismo) instigar fundamentalismo nas relações internacionais. Será exposta neste mesmo item uma melhor explanação a respeito do pensamento de Grotius e seu reflexo na elaboração do Tratado de Westphalia, mas por hora, fica a sua ideia de solução pacífica das controversas.

Para Hobbes, o que poderia unir os soberanos e evitar a guerra é a desconfiança mútua entre eles. Só se relacionariam para evitar que um ataque o outro, estabelecendo limites. Porém Grotius via que os soberanos deveriam formar uma sociedade de valores comuns, onde propósitos comuns a todos deveriam ser obedecidos, para uma, pacífica convivência e assim compartilharem a lei natural, ressaltando-se aí a força do jusnaturalismo na formação do Direito Internacional. “Daí emana a obrigação geral de cultivar a justiça, respeitar os direitos dos demais

soberanos e observar escrupulosamente as regras pactuadas. Aquilo que se chama paz é o produto da subordinação de todos às leis da natureza” (MAGNOLI, 2008, p.14).

Nesse diapasão, o primordial fundamento do Direito Internacional para Grotius seria o equilíbrio de poder entre os Estados, representados por seus soberanos. Assim, seria produto da vontade absoluta dos Estados, pois as normas de Direito Internacional, na visão deste jurista, dependem do Direito Interno para ter validade.

Grotius defendia que a guerra era uma punição a todo aquele que violasse o Direito Natural. Desta forma, para este autor toda vez que um Estado infligisse alguma regra basilar do *jus gentium*, a guerra contra este Estado seria justa. Com isso, Grotius não condenava a guerra, porém defendia que era necessária existência de uma regulamentação a ser cumprida pelos Estados quando em beligerância (GROTIUS, 2007, p.15).

As primeiras sentenças do Tratado de Westphalia afirmam que a paz deve ser “cristã, universal, perpétua e que ela seja uma amizade verdadeira e sincera” (ROMANO, 2008, p.83) entre todas as partes. Deste modo, como imaginou Grotius, este tratado foi uma estabilidade conseguida pela confiança mútua entre as partes. Sem a interferência da Santa Sé no Tratado, a Paz de Westphalia era uma obrigação civil entre os governantes que eram simultaneamente como magistrados e partes. Assim se definiu que a partir dali, o Vaticano não seria mais o juiz entre desentendimentos intergovernamentais. Por isso, este tratado também significa o fim da participação da igreja nos assuntos políticos dos Estados, devendo o clero se limitar apenas às questões religiosas e espirituais.

Importante destacar que, segundo Burns, havia uma grande rivalidade política na época da Paz de Westphalia: “a Guerra dos Trinta Anos não pôs fim sequer, à rivalidade entre os Bourbons e os Habsburgos. Não se tratava mais de um conflito religioso, mas essencialmente de uma disputa entre as casas de Bourbon e de Habsburgo pelo continente europeu”. (BURNS,2004, p.538).

A obra de Grotius serviu de inspiração para nortear os princípios jurídicos a serem aclamados na composição do tratado de Westphalia, no qual o próprio Grotius começou a cuidar de algumas negociações preliminares, mas como morreu três anos antes, não participou da definitiva conclusão do acordo em 1648.

O Direito da Guerra e da Paz traz em seu âmago a defesa da dessacralização da guerra, mas a permitindo nos casos em que este conflito fosse amparado pela justiça, fundamentando-se no poder do Direito Natural. Assim, a guerra não deveria ser o primeiro modo dos soberanos resolverem suas diferenças, limitando assim o seu uso, porém a guerra seria legal quando fosse devidamente justificada e esteada pelo Direito Natural. Posição diferente da que o Direito Internacional tem hoje, com a ilegalidade da guerra como regra, reconhecendo sua juridicidade apenas nos casos de legítima defesa e autorização do Conselho de Segurança.

Mesmo havendo modificação do pensamento de Grotius para a da atual Sociedade Internacional, pode-se afirmar, porém, que foi um grande passo para a Humanidade, já que *O Direito da Guerra e da Paz* representa para muitos autores a obra inaugural do Direito Internacional, já que inovou a concepção jurídica dos Estados, formando um direito comum, racional e oficial entre eles.

Sobre isso, Grotius (2007, p.78), ao definir a relação entre o Direito Natural e a guerra, escreveu que “o Direito Natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme a natureza racional, é afetada pela deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena”. Como defendia que o Direito deveria prevalecer sobre tudo, dizia também que “o Direito Natural é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus. (...) na realidade não é o Direito Natural que muda, sendo imutável, mas é a coisa, a respeito da qual o Direito Natural estatuiu, que sofre mudança”. (GROTIUS, 2007, p.83).

Seguindo assim esse raciocínio de Grotius (2007, p.101), “sendo o objetivo da guerra assegurar a conservação da vida e do corpo, conservar ou adquirir as coisas úteis à existência, esse objetivo está em perfeita harmonia com os princípios primeiros da natureza”. Com isso, “o emprego da força, quando não viola os direitos dos outros não é injusto” (GROTIUS, 2007, p.103).

Vendo assim que a guerra deve ser aceita como forma de resolução dos conflitos quando necessária, o uso da força pelos Estados deveria ser regulado pelo Direito das Gentes. Concluindo a tese, Grotius (2007, p.108) explica que:

O Direito Natural, que pode ser chamado de jus gentium (direito das gentes), não desaprova toda espécie de guerra. [...] eu acredito [...] que é necessário,

por isso, entender que o jus gentium estabelecem certas formalidades para colocar em ação a via das armas que atribuem às guerras aceitas como tais efeitos particulares em virtude do jus gentium.

Com esta breve exposição do pensamento deste jurista holandês do século XVII, tem-se uma acepção da problemática da guerra justa sendo fundamentada pelo Direito Natural. Não obstante, mesmo a guerra não obedecendo ao formalismo do Direito das Gentes não é ilegal se a causa for justa. Como acima dito, este pensamento não representa a atual realidade, mas a influenciou com alguns princípios basilares que se transformaram conforme se transformou a Sociedade Internacional e os Estados.

A proposição de *O Direito da Guerra e da Paz* até então demonstrada serviu como inspiração para a formulação da Paz de Westphalia, tratado que representa um marco para a evolução do Direito Internacional. De acordo com Fábio Floh (2009, p.220):

Nesse momento observa-se não apenas a revisão da Ordem Internacional e dos parâmetros tradicionais das relações internacionais, mas também o estabelecimento de novas bases para o sistema de normas de Direito Internacional, ou seja, o surgimento de uma nova ordem jurídica, tal como proposto na obra clássica de H.Grotius, alguns anos antes da Paz de Vestfália.

Pode-se considerar a Paz de Westphalia como um dos instrumentos internacionais mais importantes de todos os tempos. Além de ser a forma jurídica da resolução da Guerra dos Trinta Anos, o tratado trazia em seu conteúdo a positivação dos princípios norteadores do Direito das Gentes, formando-se assim a Ciência Jurídica que regulamentava a relação entre Estados. Entre os princípios positivados no teor deste acordo, pode-se destacar: a dessacralização da guerra e a limitação ao seu uso; a valorização dos tratados, como instrumento capaz de criar normas que expressão a vontade convergente dos Estados; a instituição de um ordenamento jurídico internacional e o engrandecimento de uma Ciência Jurídica do “*Jus Gentium*”; a busca de meios pacíficos para a solução de conflitos, sempre valorizando a paz; a relatividade das partes, assim sendo, os efeitos da guerra devem atingir diretamente apenas os beligerantes, criando desta forma um estado de neutralidade aos não envolvidos; a elaboração de teorias que priorizasse o progresso da sociedade internacional como uma entidade compostas por Estados soberanos e; a instituição do Estado moderno, composto de uma ordem soberana que impera sobre o povo que vive

num delimitado território, reconhecido e acordado por outro Estado e também a separação definitiva da Igreja católica no poder político do Estado.

Este último princípio arrolado é o também conhecido *hujus regio, ejus religio*. Considerado não só um princípio de Direito Internacional como também da própria Ciência Jurídica como um todo, pois estabelece que em um território, sobre certo povo, uma única ordem jurídico-administrativa deve imperar, reconhecidos por sua vez mutuamente por todos os Estados. Sobre a grande importância deste tratado, Guido Soares (2002, p.29) observa que:

A denominada Paz de Vestfália consagraria a regra que passaria a ser conhecida em sua formulação detestável no latim cartorário da época: *hujus regio, ejus religio*, traduzindo, 'na região dele, a religião dele'. Na verdade, a regra de Vestfália nada mais quer significar do que: na região (leia-se território) sob império de um príncipe, esteja vigente unicamente uma ordem jurídica, sua ordem jurídica. (...) trata-se da definitiva consagração do princípio que passaria a dominar toda a concepção moderna sobre eficácia (existência e aplicabilidade) das normas dos sistemas jurídicos nacionais: a territorialidade do direito.

Os Tratados de Paz de Westfália tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano (DALLARI, 2010, p.70).

O continente europeu se voltou para Viena em 1814 e 1815, após as Guerras Napoleônicas. Com a derrota de Napoleão Bonaparte, as grandes potências europeias da época se reuniram com o fim de estabelecer uma nova ordem jurídica aonde houvesse novamente uma busca pelo equilíbrio de poder. As cinco grandes potências eram a Grã-Bretanha, cujo principal representante era Castlereagh; a Áustria, representada por Matternich; a derrotada França representada por Talleyrand; a Prússia cujo plenipotenciário era Schwarzenberg; e a Rússia, representada pelo próprio czar Alexandre.

Após árdua negociação, em várias fases, e com dificuldades de interesses principalmente entre Áustria, Prússia e Rússia (principalmente em relação à vontade de Alexandre que a Polônia se tornasse um Estado-cliente do império russo), o Tratado foi assinado em 1815 pelos Cinco Grandes, além da Espanha, Portugal, Suécia e os diversos Estados menores da Confederação Germânica. Este tratado recebeu fortes influências do plano elaborado pelo Primeiro-ministro britânico William Pitt antes do

início do Congresso. “O plano Pitt [...] inspirava-se no método da Paz de Westfália, mas pela primeira vez na história, fazia do equilíbrio uma meta diplomática específica” (MAGNOLI, 2008, p.96-97).

Magnoli apresenta um cenário de onde pode-se perceber uma inovação do Congresso de Viena no Direito Internacional:

Pitt e Grenville rejeitavam a noção de uma “autoridade moral” protetora da paz na Europa – ainda mais que, na visão do czar, essa autoridade seria a própria Rússia. No lugar disso, imaginaram uma aliança permanente entre Grã-Bretanha, Rússia, Prússia e Áustria. (...) Na longa e difícil construção da paz, o plenipotenciário britânico (Castlereagh) representou o interesse geral, isto é, o princípio do equilíbrio. Pela primeira vez na história, este princípio, antes de ser um resultado das circunstâncias da guerra e da diplomacia, foi transformado em programa de política externa (MAGNOLI, 2008, p.97).

O Congresso de Viena estabeleceu assim uma nova ordem jurídica europeia que perdurou, com oscilações (principalmente com a Reunificação Alemã) até 1914, quando o cenário da mais terrível das guerras até então manchou de sangue novamente o solo da Europa.

Em uma convenção internacional com o propósito de regular alguma matéria bélica, os Estados participantes se comprometem, com fundamento do *pacta sunt servanda*, a reduzir parte de sua soberania em favor de um bem maior para a Sociedade Internacional: a proteção das nações e o repúdio à violência. Importante frisar-se que, o comprometimento dos Estados não é só uma questão de querer. É muito mais que isso. É necessário para a própria sobrevivência do Estado. Sem se relacionar internacionalmente, o Estado estaria condenado à ruína.

Há, a partir do século XX uma tendência de objetivação e institucionalização da Sociedade Internacional. Objetivação porque cada vez mais o Direito Internacional abandona a corrente Voluntarista, entendendo-se assim que a vontade do Estado não mais tão absoluta para as relações internacionais; e institucionalização pelo fato da crescente criação no século em questão das Organizações Internacionais.

Com as Organizações Internacionais, os Estados puderam chegar melhor às soluções pacíficas de suas controvérsias e garantir que seus interesses com outros Estados sejam melhores representados e assegurados.

Em 1919, tem-se a primeira tentativa de institucionalização através de uma Organização Internacional para regular e salvaguardar interesses dos signatários: A

Liga das Nações, idealizada pelo presidente Woodrow Wilson dos Estados Unidos da América, contida no Tratado de Versailes, após a Primeira Grande Guerra. Com os horrores sofridos com este conflito, Wilson procurou ter sucesso ao propor aos pactuantes de Versailes a criação da Liga das Nações, essencialmente com os objetivos descritos no parágrafo anterior. Não houve, porém o resultado almejado pelo presidente norte-americano e a Liga das Nações não teve êxito. Vinte anos após Versailes, a Segunda Grande Guerra teve início, causando muito mais destruição.

Ao exemplo de 1919, aproximando-se o término da Segunda Guerra Mundial, houve nova vontade dos Estados em instituir uma Organização Internacional que atuasse em âmbito geral. Melhor planejada que sua antecessora, a nova organização foi chamada de Nações Unidas, criada com o Tratado de São Francisco de 1945, sendo este a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU).

A ONU, quando criada, era composta por seis órgãos principais, conforme previsão da Carta. São eles: A Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, o Secretariado e a Corte Internacional de Justiça.

Dentre estes órgãos, o mais significativo é o Conselho de Segurança. Com suas atribuições previstas nos Capítulos V, VI, VII e XII da Carta da ONU, é o corpo responsável pela manutenção da paz e solução das controvérsias internacionais.

Antes, porém dos Estados chegarem a este estágio, houve durante a História muitos tratados importantes que procuraram tutelar o Direito de Guerra (*jus in bello*) e o direito à guerra (*jus ad bellum*). Com a evolução do Direito durante os séculos, as relações entre as nações (ou Estados propriamente ditos a partir do século XVII) passaram por um processo de positivação, aonde surgiu a necessidade de deixar por escrito os acordos realizados pelos soberanos, conferindo ao tratado legitimidade para uma das partes poder exigir uma determinada conduta do outro signatário, bem como obrigar-se a determinado comportamento previsto no teor do texto.

4 PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL DA GUERRA (UM COMPLICADO EQUILÍBRIO)

Atualmente tem-se a regulamentação do Direito Internacional Bélico. Com a positivação, a maior importância a saber não é se a guerra é justa ou injusta, mas se é legal ou ilegal.

Com isso já se pode distinguir *jus ad bellum* de *jus in bello*. O *jus ad bellum* é o direito à guerra. Até o século XVI, o direito a pegar em armas contra outros era tanto do Estado quanto dos particulares. A partir de então, com o fortalecimento da soberania, foi entendido que apenas o Estado tem o direito de promover a guerra contra outro Estado.

A doutrina do direito de um Estado a promover guerra contra outro, encontra como um de seus maiores defensores em Clausewitz.

Com a ilegalidade da guerra entendida e determinada pela Organização das Nações Unidas, os Estados perderam o *jus ad bellum*, sendo que a força armada deve ser subordinada pelas determinações do Conselho de Segurança da ONU.

Jus in bello. são as normas que regulam a guerra. São paliçadas apenas quando os Estados se encontram em “estado de guerra” e apenas a estes. A partir do século XIX, as normas costumeiras sobre a guerra passaram a se tornar positivas por meio de tratados assinados por dois ou mais Estados.

Importante destacar as palavras de Viotti (2004, p.41) em virtude de tal tema:

A dicotomia entre os dois campos apenas ganhou corpo com o movimento no sentido de criminalizar o recurso às armas pelos Estados. Que inverteu a presunção de legalidade da guerra (*jus contra bellum*). Após a Segunda Guerra Mundial, era tão clara que, em seus primeiros dias, a Comissão de Direito Internacional (CDI) achou desnecessário incluir o *jus in bello* em seus esforços de codificação do direito costumeiro, em vista da proscrição geral do uso da força. Em tom otimista, a CDI concluiu que uma vez que a guerra foi proscrita, a regulação desta conduta deixou de ser relevante.

Então, sob a tutela do Direito Internacional Público, a guerra é regulamentada, de onde deriva a expressão usada para o conjunto de normas que imperam as ações dos beligerantes, o *jus in bello*. Assim, é possível declarar com firmeza que a atuação daqueles que são partes em uma guerra sofre limitações, limitações estas formuladas com base nos princípios gerais de Direito Internacional. Há, segundo a doutrina internacionalista, dois princípios que regem o direito bélico: (i) O princípio da necessidade, no qual não devem existir limitações à guerra. Assim sendo, em nome dos objetivos a serem alcançados, o beligerante pode utilizar qualquer meio que bem

entender para obter a vitória, não respeitando regramento algum; (ii) O princípio da humanidade, que ensina justamente que o beligerante deve se portar na guerra respeitando exatamente as leis para conflitos armados e tentar prejudicar minimamente o inimigo.

Interessante notar a herança de Clausewitz no princípio da necessidade, aproximando-se assim da ideia de “guerra absoluta”. De acordo com o Rodrigo Passos (2005, p.8), seguindo a doutrina de Clausewitz,

A trindade que caracterizaria a guerra real e completaria sua definição como fenômeno total, comportaria três componentes que expressariam suas tendências dominantes. O primeiro componente englobaria uma violência original, uma hostilidade e uma animosidade, considerados como um impulso natural ego, todos ligados ao povo. O segundo componente diria respeito ao jogo de probabilidades e do acaso que movem a livre alma criativa, que dependerá das características de seu comandante e de seu exército. Por fim, a subordinação da guerra à política e aos objetivos políticos, assunto de decisão exclusiva do governo de um Estado.

Vê-se assim que o princípio da humanidade é um limitador do princípio da necessidade.

Ao analisar estes dois princípios, pode-se notar que em cada um deles há tantos argumentos favoráveis quanto falhas. No princípio da necessidade, o Estado, como é esperado em uma guerra, precisa utilizar todos os meios necessários para não ser derrotado, guerreando para assegurar que o inimigo não destrua o ente soberano que o rege, não tome seu território e não destrua sua estrutura social. Desta forma, não importa se houver opróbrio no conflito. O mais interessante é ter bom êxito na guerra. O que há de extremamente negativo é justamente a negação à submissão que este princípio faz ao regramento bélico.

A existência de convenções, acordos e protocolos existentes para amenizar o uso da força de um Estado com a finalidade de proteger as vítimas inocentes que sempre tem suas vidas destroçadas de nada valeriam e assim, todos os esforços dos Estados civilizados em cuidar da vida humana em geral seriam em vão. Por sua vez, o princípio da humanidade tende em proteger as sociedades e dita que se houver um conflito armado, deve ser resolvido com o mínimo de destruição possível. Apesar das mentes civilizadas preconizarem este princípio, tem-se que admitir que é um tanto quanto utópico demais para a realidade prática de uma guerra, onde soldados feridos e famintos precisam, além de lutar pelo seu país, lutar por sua própria sobrevivência e

para garantir suas vidas, não importa o quanto de estrago causado. Por isso, ao examinar a aplicação do direito na guerra, é necessário fazer um equilíbrio entre estes dois princípios, sabendo que são simultâneos.

Como no direito interno, em que há aplicação de punição àquele que transgrede uma norma, o Direito Internacional Público possui sanções que visam prevenir contra uma infração às normas do *jus in bello*. São estas sanções as represálias, que podem ser entendidas como uma retaliação feita por Estados fora inicialmente do conflito que procuram coibir a agressão realizada pelo Estado que desrespeita os regramentos de guerra. Estas represálias levam a outras sanções, como a má imagem do Estado transgressor diante daqueles que se mantiveram neutros, dificuldade em algumas relações comerciais e ressarcimento de danos ao país que foi prejudicado pela infração ao *jus in bello*. O que é tema de maior debate é se as represálias são atos lícitos ou ilícitos diante o Direito Internacional. Os que defendem as represálias como ato lícito apoiam seu argumento no fato de que o Estado ao as utilizar, age em prol da Sociedade Internacional, já que é uma resposta a um delito no âmbito internacional. Por sua vez, os que consideram a represália como ilícita, observam que a ONU só admite o uso da força nos casos de legítima defesa.

Clausewitz (1997, p.333) considerava o recurso às armas um dos elementos essenciais da soberania do Estado: “esta ideia deve se aplicar a ambas as partes beligerantes, que a devem seguir, aonde não pode haver nenhuma suspensão em um ato militar, e a paz não pode ganhar espaço até uma ou outra das partes a que se diz respeito é derrubada”.

A negação das leis da guerra pelos beligerantes leva ao que, por uma influência de Clausewitz, é chamado de estado de guerra total. Na guerra total, os civis não são respeitados, os efeitos do conflito ultrapassam os territórios dos beligerantes e não distingue os envolvidos dos não envolvidos.

Com isso, vê-se que se há a negação de limites estabelecidos por atos jurídicos internacionais que deveriam ser respeitados por aqueles que se envolvem em hostilidades armadas, a guerra total é uma afronta ao Direito Internacional Público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Haverá guerra. Portanto não podemos nos encolher para longe da guerra. Não podemos nos esconder de sua crueldade, de seu sangue, do fedor, da malignidade ou do júbilo, porque a guerra virá para nós, desejemos ou não. Guerra é destino e o destino é inexorável”. (Bernard Cornwell – A Canção da Espada)

24

Conforme visto, a guerra sempre preocupou a humanidade. Motivado pela guerra, o desenvolvimento de novas tecnologias surge. As primeiras ferramentas complexas humanas foram armas, desenvolvidas como um desafio intelectual do *homo sapiens* para garantir a sua própria sobrevivência num hostil planeta. Uma boa ilustração disto é a primeira parte de *2001: Uma Odisseia no Espaço*, filme de Stanley Kubrick. O primata descobre o osso como uma ferramenta de concussão e logo o grupo que aprende a utilizar domina o outro. E em um momento posterior, se proteger de si mesmo.

A criação do Estado nada mais foi que um reflexo intelectual da efetivação do instinto da proteção humana. O agrupamento de homens subjugados a uma autoridade é consequência da necessidade de sua incessante busca pela sobrevivência (à luz de uma concepção hobbesiana). Desde as ilustres *polis* gregas, poderosos impérios persa e egípcio, aos rudes clãs celtas das *highlands*, encontramos alguma forma, por mais diversas que sejam, de organização da sociedade sob alguma autoridade que emanava normas de conduta.

As guerras eram uma forma comum de se resolver as divergências mais graves entre estes grupos, fossem eles reinos, impérios, baronatos ou mesmo tribos rudimentares. Apesar de constante preocupação da relação entre Direito e guerra, somente se estabeleceu um verdadeiro Direito entre estes povos, a ser efetivamente respeitado, com a Paz de Westphalia de 1648, colocando termo à Guerra dos Trinta Anos.

Tal tratado, cujos termos foram muito influenciados pela obra de Grotius, conforme muitos internacionalistas, inicia efetivamente o Direito Internacional. A partir de então, há juridicamente o reconhecimento dos elementos do Estado moderno. Houve também a dessacralização da guerra, que segundo o entendimento da época, seria legítima apenas se sua causa fosse justa, sendo ora, o Direito Natural do Estado ao *jus ad bellum*, respeitando, porém, certas condutas a serem respeitadas durante a guerra, ou seja o *jus in bello*. Criou-se então um questionamento em saber quando a guerra seria justa ou não. Este cenário se modificou gradativamente com alguns marcos históricos, como o Congresso de Viena de 1815 e o Tratado de Versailles de 1919, chegando ao fim do *jus ad bellum* com a Carta da ONU de 1945.

Com a entrada em vigor da Carta da ONU, em 24 de outubro de 1945, inaugura-se uma nova ordem jurídica mundial, baseada na solução pacífica das controvérsias, proibindo-se assim o uso da força nas relações internacionais, cabendo apenas ao órgão mais importante da ONU, o Conselho de Segurança, determinar quando o uso da força seria legítimo ou não e apenas quando houvesse a ruptura provocada por algum Estado da paz e segurança internacionais. Seria a Carta da ONU, com este propósito uma concretização da paz perpétua kantiana? É uma questão para reflexões. É importante, todavia, não olvidar que a Carta foi resultado de alguns anteriores acordos entre os prováveis e concretos vencedores da Segunda Guerra Mundial, refletindo seus interesses.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BULL, Hedley. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. 3 ed. New York: Palgrave, 2002.

BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental*. São Paulo: Editora Globo, 2004.

CLAUSEWITZ, Carl von. *On War*. Ware: Wordsworth, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*. 3 ed. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004.

FERNANDES, Antônio de Pádua. A Fundação Ética do Direito Internacional em Kant: À Paz Perpétua. *Prisma Jurídico*. v. 3, p.149-166, 2004.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Tradução de Ciro Mioranza. 2ª ed. Ijuí: Unijuí, 2006. 2 v.

HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KEEGAN, John. *Uma História da Guerra*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MAGNOLI, Demétrio. Congresso de Viena (1814-1815). In: MAGNOLI, Demétrio (org.). *História da Paz*. São Paulo: Contexto, 2008.

_____. Introdução: Além de Hobbes. In: MAGNOLI, Demétrio (org.). *História da Paz*. São Paulo: Contexto, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ªed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PASSOS, Rodrigo Duarte dos. Clausewitz e a política – uma leitura de Da guerra. Tese (doutorado em Ciência Política), FFLCH-USP. São Paulo, 2005.

ROMANO, Roberto. Paz da Westfália (1648). In: MAGNOLI, Demétrio (org.). *História da Paz*. São Paulo: Contexto, 2008.

SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Petrópolis: Vozes, 1999.

SOARES, Guido F.S. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002.

VIOTTI, Aurélio Romanini de Abranches. *Ações Humanitárias do Conselho de Segurança: entre a Cruz Vermelha e Clausewitz*. Brasília: Funag, 2004.