

aqueles que antes se tinham preocupados com a legítima que deixaríamos para as gerações futuras.” — *Foreign Affairs*

“Um apelo feito às autoridades justificativas que guilherm duas décadas de aventuras militares unilaterais, de Grande a Pequena.” — *The Independent*

“Estimulante e agradável, mas extremamente acessível.” — *Legal Week*

# A LEI DA GUERRA

MICHAEL BYERS



# A LEI DA GUERRA

DIRITO INTERNACIONAL E CONFLITO ARMA



ISBN 978-85-01-07387-7  
9 788501 107387

CBP-Brasil, Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

B9997L Byers, Michael, 1966-

A lei da guerra / Michael Byers; tradução de Clóvis Marques. --  
Rio de Janeiro: Record, 2007.

Tradução de: War law  
Apêndices  
ISBN 978-85-01-07387-7

1. Guerra (Direito internacional público). 2. Guerra. 3. Doutrina  
da guerra justa. I. Título.

06-3662

CDU - 341.3

*Para Katharine*

Título original em inglês:  
WAR LAW

Copyright © Michael Byers, 2005

Publicado originalmente pela Grove Atlantic Ltd.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução, armazenamento  
ou transmissão de partes deste livro através de quaisquer meios, sem  
prévia autorização por escrito. Proibida a venda desta edição em Portugal  
e resto da Europa.

Direitos exclusivos de publicação em língua portuguesa para o Brasil  
adquiridos pela

EDITORA RECORD LTDA.

Rua Argentina 171 - Rio de Janeiro, RJ - 20921-380 - Tel.: 2585-2000  
que se reserva a propriedade literária desta tradução

Impresso no Brasil

ISBN 978-85-01-07387-7

PEIDIDOS PELO REEMBOLSO POSTAL

Caixa Postal 23.052

Rio de Janeiro, RJ - 20922-970



EDITORA ARTELHADA

Parte Quatro

**O direito internacional durante  
os conflitos armados**

## A proteção de civis

Mais de 300 civis iraquianos morreram no dia 13 de fevereiro de 1991, quando dois bombardeios F-117 americanos alvejaram o *bunker* de Al'Amiriya em Bagdá. As fotografias dos corpos retorcidos e carbonizados de mulheres e crianças causaram choque em um mundo que, graças ao general Norman Schwarzkopf e à CNN, muito pouco vira até então dos horrores da Guerra do Golfo Pérsico. Funcionários do Pentágono, que alegavam ter informações dos serviços de inteligência dando conta de que o *bunker* era um centro de comando e controle, negaram que tivessem conhecimento da presença de civis. Caso soubessem, o ataque provavelmente seria considerado um crime de guerra.

O direito humanitário internacional — *jus in bello* — determina como as guerras podem ser combatidas. Diferencia-se das normas que determinam *quando* as guerras podem ser empreendidas: o *jus ad bellum* da Carta da ONU e a legítima defesa, discutidos nos Capítulos 1 a 9. Conhecido igualmente como “direito de guerra” e “direito dos conflitos armados”, o direito humanitário internacional procura limitar o sofrimento humano que é inevitável consequência da guerra. Como organismo jurídico, suas origens remontam a 1859, quando o empresário suíço Henri Dunant, testemunha das consequências da batalha de Solferino entre franceses e austríacos — na qual morreram 40 mil homens, muitos em consequência de ferimentos não tratados —, deu

início a um movimento que levaria à criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV).

Hoje, as normas do direito humanitário internacional podem ser encontradas basicamente nas quatro Convenções de Genebra de 1949 (e em suas antecessoras, as Convenções de Haia de 1907). As Convenções de Genebra têm por objetivo proteger respectivamente os doentes e feridos em terra; os doentes, feridos e náufragos no mar; os prisioneiros de guerra; e os civis (tecnicamente denominados “não-combatentes”). A proteção assegurada por esses tratados é reproduzida e detalhada em dois Protocolos Adicionais de 1977, numa infinidade de tratados mais específicos e num conjunto paralelo de leis não-codificadas do direito consuetudinário internacional.

Um dos princípios fundamentais do direito humanitário internacional proíbe que civis sejam diretamente alvejados, como explica o Artigo 51 (2) do Protocolo Adicional I:

A população civil como tal, assim como os civis individualmente considerados, não pode ser objeto de ataque. São proibidos os atos ou ameaças de violência que tenham como objetivo primordial espalhar o terror em populações civis.

Além de constar deste tratado amplamente ratificado, também se considera em geral que a norma contra os ataques diretos contra civis em conflitos armados assumiu a condição de norma do direito consuetudinário internacional, por isto comprometendo todos os países, inclusive aqueles que não ratificaram os tratados, protocolos e convenções relevantes no caso.

Segue-se que os civis não podem ser punidos coletivamente. Vistas de longe, as ações das tropas americanas em Faluja, no Iraque, em abril de 2004, após o assassinato e mutilação de quatro fornecedores americanos, certamente apresentavam todos os indícios de crimes de guerra. Centenas de civis foram mortos, muitos tendo sido aparentemente alvejados de maneira indiscriminada, enquanto fuzileiros na-

vais americanos abriam caminho a tiros numa cidade densamente povoada — até que acabaram recuando, ante a preocupação com as repercussões na opinião pública americana e as revoltas populares provocadas em todo o Iraque pelas notícias sobre as mortes de civis. Inmediatamente depois da eleição presidencial americana de 2 de novembro de 2004, os fuzileiros americanos retornaram a Faluja com furor redobrado. Obuses e bombas de duas mil libras, que não são armas particularmente precisas, foram usados para abrir caminho na cidade. Explosivos *fuel-air*\* foram lançados em bairros residenciais, e praticamente cada casa foi atingida por tiros de tanques, metralhadoras ou fuzis americanos.

Ainda que não tenha sido motivado por vingança, o ataque a Faluja tem todas as características de um ataque indiscriminado e portanto ilegal — já que não foram tomadas todas as medidas necessárias para evitar que civis fossem atingidos. Os “bombardeios rolantes”\*\* no Vietnã do Norte no início da década de 1970 constituíram uma violação do direito humanitário internacional, assim como as iniciativas para designar certas aldeias como “zonas de fogo livre”, como no famoso caso da aldeia de My Lai em 1968, quando 300 civis foram massacrados por soldados americanos. O Iraque violou a mesma norma quando lançou onze mísseis Scud em Israel durante a Guerra do Golfo de 1991. Esses mísseis, reconhecidamente imprecisos, para começo de conversa, tornaram-se ainda mais imprecisos por causa de alterações destinadas a aumentar seu alcance. Foram lançados nas imediações de Tel Aviv, e não em alvos especificamente militares, e sua utilização causou justificada indignação. A utilização de bombardeiros B-52 para provocar destruição na região de Basra, no Iraque, em 1991 provavelmente não foi um crime de guerra porque o bom-

\*Bombas que dispersam uma nuvem de combustível que é inflamada por um detonador embutido, arrasando tudo nas imediações do epicentro da explosão e causando sérios danos nas imediações. (N. do T.)

\*\*Lançamento simultâneo de grande quantidade de bombas, geralmente por via aérea, para arrasare uma área e infligir efeito desmoralizante no inimigo. (N. do T.)

bardeio visava exclusivamente a Guarda Republicana iraquiana, embora o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e a organização de defesa dos direitos humanos Human Rights Watch tenham concluído em sentido oposto.

Considerando-se o caráter indiscriminado do ataque a Faluja, o dever de proteger os civis provavelmente também foi violado quando tropas americanas se recusaram a permitir que os homens com idades entre 15 e 45 anos deixassem a cidade antes do ataque. Centenas e talvez milhares de pessoas podem ter morrido em consequência não apenas dos ataques, mas da discriminação sexual e de idade que as pôs em risco. Os Estados Unidos e seus aliados continuaram violando o direito humanitário internacional, ao longo da guerra e da ocupação no Iraque, ao se recusarem a contar e documentar as vítimas fatais iraquianas. Segundo o *New York Times*, o principal objetivo do ataque a Faluja em novembro de 2004 era ocupar o hospital geral da cidade, pois “os militares americanos consideravam que era ele a fonte dos boatos sobre pesadas baixas”, e “desta vez os militares americanos pretendem empreender sua própria guerra de informação, contestando ou calando esta que se tornou uma das armas mais potentes dos insurgentes”. O Artigo 16 da Primeira Convenção de Genebra de 1949 é categórico no que diz respeito à obrigação existente neste caso: “As partes em conflito registrarão logo que possível, no que diz respeito a cada pessoa ferida, doente ou morta da parte contrária que caia em suas mãos, quaisquer sinais particulares que possam contribuir para sua identificação (...) [e] prepararão (...) atestados de óbito ou listas de vítimas fatais devidamente autenticadas.” Esta norma também faz parte do direito consuetudinário internacional. Nestas e em muitas outras circunstâncias, os Estados Unidos, a Grã-Bretanha e a Austrália têm cometido crimes de guerra que poderiam ser facilmente evitados.

Os civis não são integrantes das forças armadas de um país “beligerante” (ou seja, envolvido num conflito) nem desempenham papel

direto ou ativo nas hostilidades. Um fornecedor de munições aos combatentes está participando ativamente das hostilidades, mas e aquele que simplesmente faz entrega de alimentos, água ou artigos sanitários? Se o mesmo fornecedor entrega alternadamente munições e alimentos, não pode ser considerado um civil, assim como a pessoa que participa dos combates à noite e durante o dia tenta fazer-se passar por um não-combatente.

O direito humanitário internacional procura estabelecer a distinção mais clara possível entre combatentes e civis. Para ser considerado um soldado, o indivíduo deve estar numa cadeia de comando, enverggar distintivos identificáveis, portar claramente suas armas e agir de acordo com as leis de guerra. A sanção em caso de não-cumprimento dessas exigências é a perda, quando capturado, do status de “prisioneiro de guerra” e dos padrões de tratamento a ele vinculados. O raciocínio é que os indivíduos que não combatem com lealdade — usando uniforme, portando abertamente as armas etc. — não merecem a proteção contemplada nas normas. Simultaneamente, a distinção premia os soldados por se apresentarem de maneira rapidamente identificável e desestimula civis a entrarem na batalha, com isto mantendo a distinção entre combatentes e civis o mais claro possível, e elevando ao máximo o nível de segurança dos civis.

Os mercenários — pessoas que combatem exclusivamente por ganhos financeiros — não têm o direito de ser tratados como prisioneiros de guerra. A crescente utilização de fornecedores privados por parte dos militares americanos, em certos casos muito perto de zonas de combate ou mesmo dentro delas, levanta a questão de saber se esses indivíduos têm algum direito — além dos direitos humanos internacionalmente estabelecidos — no caso de serem capturados por exércitos inimigos. Ao mesmo tempo, o maior envolvimento desses fornecedores em atividades tradicionalmente reservadas a pessoal militar vem confundindo a vital distinção entre combatentes e civis, o que pode acarretar graves consequências. Os jornalistas, por exemplo, são considerados civis mesmo quando “acolhidos” em unidades

militares, desde que não peguem armas cles próprios. Os jornalistas não podem ser tomados como alvos por forças militares, embora corram o risco de ser feridos acidental ou incidentalmente sempre que se aproximam de uma zona de combate ou nela entram. O risco incorrido pelos jornalistas tem aumentado em proporção direta ao aumento do número de fornecedores militarmente ativos que usam roupas civis, pois as forças inimigas não são capazes de distinguir prontamente um grupo do outro.

Contrabalançar a "necessidade militar" com a proteção de civis raramente é coisa fácil, seja na escolha dos alvos ou das armas. Toda-via, permanecem de pé certas limitações de caráter geral: os ataques devem ser deliberados e tender para a derrota militar do inimigo; não devem causar a civis ou objetivos civis danos desproporcionais em relação às vantagens militares esperadas; e a necessidade militar não justifica a violação de outras normas do direito humanitário internacional. Geralmente, o limiar entre alvos aceitáveis e inaceitáveis dependerá da situação específica. Por exemplo, a torre de uma mesquita geralmente é considerada inviolável, pois os locais de culto e os bens culturais desfrutam de proteção especial, mas pode tornar-se um alvo legítimo se for utilizada por um atrador. Embora o equilíbrio entre a necessidade militar e os riscos para os civis seja uma exigência constante, o direito humanitário internacional reconhece que as guerras são empreendidas em busca de uma vitória, mesmo tentando manter os beligerantes numa esfera de comportamento (relativamente) civilizada.

Durante a Guerra do Golfo Pérsico, em 1991, essas obrigações foram levadas a sério. A Operação Tempestade no Deserto foi a primeira grande operação de combate empreendida pelos Estados Unidos desde a Guerra do Vietnã. Temendo novas reações adversas dentro do país se as coisas dessem errado, os políticos deixaram o encaminhamento das hostilidades nas mãos de militares profissionais — que são treinados para combater de acordo com as regras. Para a observância das normas contribuiu também o fato de que os Estados Unidos esta-

vam integrados a uma grande coalizão. Certos aliados dos EUA dão considerável importância às exigências do direito humanitário internacional, e assim, para preservar a coalizão, os Estados Unidos tiveram de combater de acordo com as normas.

Cerca de 200 advogados militares americanos foram enviados para a região do golfo Pérsico. Cada decisão a respeito dos alvos devia ser aprovada por consultores jurídicos. O bombardeio de uma estátua de Saddam Hussein em Bagdá foi descartado porque só os alvos cujo bombardeio contribua para o esforço de guerra são autorizados no direito humanitário internacional. As controvérsias jurídicas que surgiram decorriam de discordâncias na interpretação da lei, e não do desejo de passar por cima de limitações legais. Pelo menos cinco oficiais britânicos renunciaram a seus cargos de comissão depois que os Estados Unidos usaram bombas de fragmentação e explosivos *fuel-air* em ataques a arsenais iraquianos, com efeitos devastadores para os soldados inimigos. Uma divergência semelhante manifestou-se em relação ao emprego de niveladoras e arados montados em tanques para enterrar soldados iraquianos vivos em suas trincheiras, para se eximir dos riscos do combate corpo-a-corpo. O direito humanitário internacional proibe métodos de combate que provoquem "sofrimento desnecessário ou ferimentos superfluos", mas o estabelecimento do equilíbrio entre a necessidade militar e os cuidados humanitários também depende, talvez de forma inevitável, das origens de cada um — e na década de 1990 o governo americano estava particularmente empenhado em evitar baixas de militares americanos.

Após um período de décadas de pesados gastos militares, os Estados Unidos podem hoje ter a certeza da vitória em qualquer guerra em que se envolvam. A utilização de armas de alta tecnologia reduziu os riscos para o pessoal militar americano, tornando mais fácil a aceitação de uma guerra por parte do eleitorado nacional. Em consequência, certos políticos americanos haviam começado — pelo menos até a entrada no atoleiro iraquiano — a encarar os conflitos armados como uma interessante alternativa de política externa em períodos de es-

cândalos internos ou declínio econômico, e não mais como um último recurso de elevado risco. Esta mudança de orientação levou a uma abordagem mais arrogante do *jus ad bellum*, como se vê na Doutrina Bush de legítima defesa em caráter preventivo, e já começa a ter efeito semelhante no *jus in bello*. Quando a guerra passa a ser considerada uma ferramenta da política externa — a “continuação da política por outros meios” descrita por Clausewitz —, as considerações de ordem política e financeira podem afetar o equilíbrio entre a necessidade militar e os cuidados de ordem humanitária.

Em Washington, acredita-se ser improvável que futuros adversários respeitem o direito humanitário internacional. Esta pressuposição foi alimentada por certos acontecimentos. Na guerra de 1991 no golfo Pérsico, os pilotos americanos capturados foram brutalizados de várias formas, chegando alguns a ser estuprados. Os atentados de setembro de 2001 contra as torres gêmeas de Nova York violaram o direito humanitário internacional como “crimes contra a humanidade”, categoria do direito penal internacional que diz respeito a atos de violência cometidos no contexto de ataques sistemáticos contra populações civis. E durante a guerra de 2003, soldados iraquianos cometeram o crime de guerra de “falsidade”, usando roupas civis e bandeiras brancas para enganar e matar forças inimigas. Se o inimigo está trapaceando, por que jogar conforme as regras?

Não se pode dizer que tudo ande às mil maravilhas entre o secretário de Defesa Donald Rumsfeld e seus advogados militares. Em outubro de 2002, agentes da CIA usaram um avião de reconhecimento Predator, sem tripulação, para acuar o líder talibã Mulá Omar num prédio num bairro residencial de Cabul. O ataque aéreo para matar Omar foi cancelado porque um advogado do Comando Central americano manifestou preocupação com o risco de um grande número de baixas civis. Segundo informação da revista *New Yorker*, o incidente deixou Rumsfeld “quebrando janelas e batendo portas”. O secretário tentaria, em vão, diminuir o número de advogados uniformizados.

Rumsfeld também encorajou uma reavaliação da proibição de alvejar civis, especialmente tratando-se de ações destinadas a solapar o apoio a regimes adversários. Este tipo de raciocínio foi popular durante a Segunda Guerra Mundial — como se pôde ver nos bombardeios de Dresden, Hamburgo e várias cidades japonesas —, mas viria a ser rejeitado durante as negociações das Convenções de Genebra de 1949. Nos últimos anos, tem atraído adeptos em Washington a teoria de que todo regime tem “cinco anéis estratégicos”. De acordo com esta visão, cada anel representa uma faceta diferente da sociedade: liderança política, sistema econômico, infraestrutura de apoio, população e forças militares. Acredita-se que o poderio aéreo permite aos Estados Unidos alvejar adversários “dentro para fora”, passando por cima de forças militares inimigas e atacando diretamente a liderança política. Nesse contexto, os danos indiretamente causados a civis — através da destruição de pontes, redes de energia, refinarias de petróleo e usinas de tratamento de água — são considerados justificáveis, pois promovem a insatisfação com o regime e apressam o desenrolar do conflito (ao mesmo tempo reduzindo o custo da vitória).

Durante a guerra de 1991 no golfo Pérsico, os Estados Unidos alvejaram a rede nacional iraquiana de abastecimento de energia, provocando o fechamento de hospitais e estações de tratamento de água e esgotos. As conseqüências para a população civil em termos de bem-estar e saúde foram graves, mas os ataques foram considerados legais porque as comunicações militares iraquianas dependiam em grande medida dessa rede. Em 1999, como as forças de Slobodan Milosevic se revelassem muito mais resistentes que o previsto, os Estados Unidos pressionaram pela adoção de uma abordagem menos rigorosa, o que levou ao emprego de táticas militares mais questionáveis. Redes de energia e usinas de tratamento de água foram alvejadas na Sérvia, não com o objetivo de prejudicar as ações do exército iugoslavo no Kosovo, mas para incitar a oposição interna ao governo de Milosevic em Belgrado.

Não menos problemático foi o bombardeio das instalações da Estação Estatal de Rádio e Televisão da Sérvia em abril de 1999, assim como da estação da televisão nacional iraquiana em março de 2003. As duas estações poderiam ser consideradas alvos legítimos se estivessem integradas às redes militares de comunicação, mas não se estivessem apenas sendo usadas como meios de propaganda. Também aqui, a aplicação das normas muitas vezes depende tanto de nuances factuais quanto das sutilezas da lei.

Em 1991, aviões de guerra da coalizão (especialmente Tornados britânicos) foram abatidos pelo fogo antiaéreo iraquiano porque bombardeavam de baixas altitudes, para reduzir o número de baixas civis. Os bombardeios menos precisos usando aviões B-52 eram restritos a alvos bem distantes de áreas civis. Quase todos os bombardeios durante a Guerra do Kosovo foram efetuados acima do alcance das defesas aéreas sérvias. Em consequência das altas altitudes, os pilotos da Otan às vezes não eram capazes de distinguir entre alvos militares e civis, com desastrosas consequências para vários comboios de refugiados. Mais uma vez aqui, em consequência de uma relativa mudança da abordagem americana dessas questões, é hoje diferente a avaliação do equilíbrio entre a necessidade militar e os cuidados de natureza humanitária.

A Guerra do Kosovo foi complicada pelo fato de que a Iugoslávia ratificara o Protocolo Adicional I, que estabelece proteções mais rigorosas para os civis que as Convenções de Genebra. Como os Estados Unidos eram o único membro da Otan que não ratificara o protocolo, não estando obrigados, portanto, a cumprir seus padrões reciprocamente em relação à Iugoslávia, certos tipos de missões eram atribuídos exclusivamente a pilotos americanos. Os pilotos canadenses, que são treinados juntamente com seus colegas americanos, não participavam das mesmas brigadas aéreas dos pilotos americanos nas missões sobre a antiga Iugoslávia: não se podia esperar que os pilotos canadenses reagissem a certas ameaças, como por exemplo disparos

antiaéreos partindo de uma escola ou de um hospital, da mesma forma que os pilotos americanos. Resta saber se países como o Canadá e a Grã-Bretanha podem ser coletivamente responsabilizados, nos termos do Protocolo I, pelas ações de pilotos americanos em operações compreendidas segundo as táticas de alvejamento da Otan. Carla Del Ponte, a promotora do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, decidiu não investigar os alegados crimes de guerra cometidos pela Otan. A questão não chegou a se colocar no Iraque em 2003 porque Saddam Hussein não ratificou o Protocolo I.

Os mísseis guiados configuram uma outra complicação. Na presença de civis, o direito humanitário internacional exige que os beligerantes utilizem armas capazes de distinguir entre civis e combatentes; segue-se que deveriam usar normalmente as armas mais precisas de que dispõem. Em mais um caso de intromissão de considerações de custo-benefício de natureza política e financeira no direito humanitário internacional, os Estados Unidos argumentam que esta exigência impõe-lhes um encargo injusto, tendo em vista os consideráveis custos de produção das bombas ditas inteligentes. Levando adiante a mesma lógica, poder-se-ia argumentar que, como as armas de precisão reduzem o número de baixas civis durante determinada campanha, utilizá-las no ataque às forças inimigas pode significar menor preocupação com a proteção de civis no momento da escolha de cada alvo, pois de qualquer forma os danos colaterais ainda serão menos graves que numa guerra sem recurso a armas de alta tecnologia. A aplicação desse tipo de cálculo a normas destinadas a proteger vidas humanas é não apenas inadequado, mas também imoral.

A utilização de armas que provoquem ferimentos supérfluos ou sofrimento desnecessário também é proibida pelo direito humanitário internacional. As balas explosivas ou expansivas (“dundum”), as armadilhas e as armas a laser que privam de visão são categoricamente proibidas, considerando-se que os benefícios militares de sua utilização jamais serão proporcionais ao sofrimento que provocam. Um tra-

tado especialmente concebido — o Protocolo de Genebra de 1925 — proíbe inequivocamente o uso de gás venenoso e armas biológicas. Essas proibições assumiram caráter de direito consuetudinário internacional, como se pôde confirmar na reação duramente negativa de outros países ante o emprego de gases mostarda e de nervos na guerra entre o Irã e o Iraque durante a década de 1980. Outras armas foram proibidas pela maioria dos países, mas não por todos. A recusa dos Estados Unidos de ratificar a Convenção sobre Minas Terrestres de Ottawa, de 1997, pode criar situações incômodas para seus aliados. Em 2001, soldados canadenses em ação no Afeganistão receberam de seu comandante americano ordens de espalhar minas ao redor do acampamento. Como se recusassem a fazê-lo, as minas foram dispostas por soldados americanos, que não estavam submetidos às mesmas restrições. Urânio empobrecido, bombas de fragmentação e explosivos *fuel-air* são algumas das armas cuja legalidade é considerada incerta. Usadas por sua capacidade de perfurar qualquer blindagem, as bombas de urânio empobrecido deixam resíduos radioativos que podem causar problemas de saúde para civis e combatentes. Considerando-se que não existe certeza científica quanto ao alcance dos riscos, deve prevalecer o critério humanitário — embora o urânio empobrecido tenha sido amplamente utilizado no Iraque em 2003 (como, aliás, as bombas de fragmentação). Mais uma vez, aqui, os interesses políticos e financeiros aparentemente influíram no equilíbrio entre as considerações de ordem humanitária e a necessidade militar, pelo menos para os Estados Unidos.

As armas nucleares não são proibidas, mas sua utilização está sujeita às limitações do direito humanitário internacional. Embora seja difícil imaginar como a utilização de armas nucleares poderia deixar de causar sofrimento desproporcional aos ganhos militares, em março de 2002 o Pentágono publicou uma *Análise de Postura Nuclear* na qual era mencionada a necessidade de se criar armas nucleares especificamente concebidas para destruir centros de comando instalados muito

abaixo da superfície da terra e instalações de armas biológicas. Em fevereiro de 2003, o secretário de Defesa britânico, Geoff Hoon, declarou que a Grã-Bretanha se reservava o direito de usar armas nucleares contra o Iraque em caso de “extrema legítima defesa”. Hoon tentou justificar sua afirmação invocando um parecer de 1996 no qual a Corte Internacional de Justiça se dizia incapaz de “concluir de maneira categórica se a ameaça de utilização ou a utilização de armas nucleares seria legal ou ilegal em circunstâncias extremas de legítima defesa, nas quais estivesse em questão a própria sobrevivência de um Estado”. Mas Hoon eximiu-se de citar a parte final desse trecho, que deixa bem claro, tal como citada aqui, que não vinha ao caso invocar esta opinião. O único Estado cuja sobrevivência estava em jogo em fevereiro de 2003 era o Iraque.

Os assessores de Hoon melhor teriam feito se o orientassem a respeito das normas sobre represálias armadas. Ações que violam o direito humanitário internacional (mas não atos que violem o *jus ad bellum*) podem ser justificadas legalmente quando empreendidas em reação a violações da lei pelo inimigo. O objetivo das represálias costuma ser impedir novas violações, e a possibilidade da represália costuma ser citada como o motivo pelo qual os países obedecem ao direito humanitário internacional. Mas as represálias armadas devem ser proporcionais à violação inicial, não podendo ser voltadas contra civis ou objetos indispensáveis à sobrevivência de civis. O bombardeio aparentemente indiscriminado de civis em Faluja, em abril de 2004 — após o assassinato e a mutilação de quatro fornecedores americanos —, não tinha justificção legal, nem mesmo como represália beligerante.

Nenhum tratado proíbe especificamente as represálias armadas empreendidas com armas proibidas em outros contextos. Com isto, surge a possibilidade de que possa ser legal usar armas nucleares em reação ao emprego de armas químicas ou biológicas. Em 1991, o secretário de Estado americano James Baker advertiu em entendimento diretos com Saddam Hussein que os Estados Unidos reagiriam com

armas nucleares táticas a qualquer utilização de armas químicas ou biológicas. Mais recentemente, o governo Bush não demonstrou compromisso de fazer a mesma ameaça publicamente. Publicada em dezembro de 2002, a *Estratégia Nacional de Combate a Armas de Destruição em Massa* “reserva-se o direito de reagir com força esmagadora — inclusive mediante recurso a todas as nossas alternativas — ao emprego de ADM contra os Estados Unidos, nossas forças no exterior e nossos amigos e aliados”. Mas o emprego de qualquer arma nuclear, mesmo em situação de represália armada, quase certamente provocaria sofrimento desproporcional a populações civis, com isto violando o direito humanitário internacional.

O poderio militar dos Estados Unidos prevaleceu na Guerra do Iraque. Ainda que relutantes, certos aliados foram pressionados e acabaram fornecendo apoio prático e político. Muitos críticos da invasão — e do comportamento dos Estados Unidos no episódio — foram inicialmente calados, não apenas pela vitória, mas pelo fato de apenas poucos milhares de civis terem sido mortos. Mas o equilíbrio das necessidades militares com as preocupações de ordem humanitária nunca foi terreno exclusivo de Donald Rumsfeld e assessores de iguals horizontes, como Paul Wolfowitz. A maioria dos tratados de direito humanitário internacional contém a chamada Cláusula Martens, originalmente redigida pelo representante russo nas conferências de que resultaram as Convenções de Haia de 1907:

Até que venha a público uma codificação mais completa das leis de guerra, as altas partes contratantes consideraram de direito declarar que em casos não incluídos nas regulamentações por elas adotadas as populações e os beligerantes permanecem sob a proteção e o império dos princípios do direito internacional, tal como decorrem das práticas estabelecidas entre os países civilizados, das leis da humanidade e das exigências da consciência pública.

Em certa medida, o direito humanitário internacional é aquilo que eu, você e o resto da população do planeta determinamos. Na iminência de futuras guerras — e ao longo da atual ocupação do Iraque —, devemos insistir em que todos os países cumpram estritamente os padrões estabelecidos no direito humanitário internacional, não porque seja conveniente, mas porque é de direito.

## A proteção de combatentes e prisioneiros de guerra

Os soldados constituem alvos legítimos durante os conflitos armados. Matar integrantes das forças armadas inimigas é um dos objetivos da ação militar. Ainda assim, os soldados — designados no direito humanitário internacional como “combatentes” — beneficiam-se de certas proteções, entre elas a proibição do emprego de certos tipos de armas examinada no capítulo anterior. A proibição de armas químicas e biológicas aplica-se tanto a combatentes quanto a civis, assim como a de armadilhas explosivas (*booby-traps*), a crescente proibição de minas antipessoais estabelecida na Convenção de Minas Terrestres de Ottawa, de 1997, e as limitações impostas ao uso de armas nucleares. A proibição de balas explosivas ou expansivas e de armas a laser que causam cegueira está mais diretamente voltada para a proteção de soldados, assim como a exigência de que os militares feridos ou que desejem render-se sejam capturados, e não mortos.

Os soldados feridos são considerados *hors de combat* (fora de combate), recebendo proteções semelhantes às que se aplicam aos civis. Os soldados que depõem armas ou de alguma outra maneira manifestam claramente “a intenção de render-se” tornam-se prisioneiros de guerra. Soldados e prisioneiros de guerra feridos não podem ser mortos, usados como escudos humanos, mantidos como reféns ou usados

para desarmar minas. O fuzilamento de um iraquiano ferido e desarmado em Faluja, em novembro de 2004, como se fosse uma execução, mostrada em fita de vídeo gravada por um operador de câmera de televisão, foi quase com toda a certeza um crime de guerra.

O pessoal médico também se beneficia de proteção igualmente estrita, e as instalações médicas, ambulâncias e navios-hospital não podem ser tomados como alvo, a menos que sejam utilizados como ponto de lançamento de ataques. Como acontece em muitos casos do direito humanitário internacional, esta norma às vezes é violentamente desrespeitada. Em 1992 e no início de 1993, o principal hospital de Sarajevo, na Bósnia-Herzegovina, foi atingido por nada menos que 172 morteiros quando estava cheio de pacientes.

Durante um conflito armado, os civis só podem ser protegidos se for preservada a distinção entre combatentes e não-combatentes. A diferenciação é obtida através do oferecimento aos combatentes da proteção do status de prisioneiros de guerra quando capturados, desde que estejam numa cadeia de comando, enverguem um distintivo fixo (geralmente no ombro), portem abertamente suas armas e ajam de acordo com o direito humanitário internacional. Estes incentivos nem sempre são efetivos, especialmente em conflitos que envolvem forças irregulares em países mais pobres, e para certos especialistas a exigência do distintivo é incompatível com as formas modernas de guerra. À parte os turbantes, as forças armadas do governo talibã não usavam nada parecido com uniformes durante a guerra no Afeganistão em 2001, embora estivessem numa cadeia de comando, portassem abertamente as armas e, na maioria dos casos, observassem as normas do direito humanitário internacional.

O caso mais grave de ameaça à distinção entre combatentes e não-combatentes é o configurado pelas forças especiais americanas, que constituem uma parcela cada vez mais importante das forças armadas dos Estados Unidos, e apesar disso passaram a usar roupas civis, aparentemente com o apoio do secretário de Defesa, Donald

Rumsfeld. Esta prática tem sido denunciada. Ao enviar um contingente de comandos para combater no Afeganistão, o governo da Nova Zelândia recusou-se a permitir que os soldados usassem roupas civis, decisão que causou certo atrito com os Estados Unidos. A decisão estava correta: caso sejam capturadas em ação sem uniforme, as forças especiais — e na realidade qualquer soldado — não têm direito às proteções previstas para prisioneiros de guerra, independentemente do país pelo qual combatem. Embora esta consequência possa parecer excessivamente severa, o fato é que se baseia na explicação de que os soldados que não usam seus uniformes não estão combatendo lealmente, gerando riscos desnecessários para os civis e portanto deixando de merecer a integral proteção do direito humanitário internacional. A política de permitir que as forças especiais americanas usem roupas civis acarreta riscos desnecessários para soldados e civis; talvez por este motivo, esta prática tem sido desde então evitada, pelo menos no Afeganistão.

O desprezo de Rumsfeld pelo direito humanitário internacional tornou-se flagrante em janeiro de 2002, quando supostos membros do movimento talibã e da al-Qaeda foram levados para a base naval americana de Guantanamo, em Cuba. Ignorando as críticas manifestadas publicamente por dirigentes europeus, pelo Alto Comissário de Direitos Humanos da ONU e até mesmo pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, geralmente neutro e extraordinariamente discreto, o secretário de Defesa insistiu em que os detidos não eram prisioneiros de guerra, recusando-se a recorrer aos tribunais — tal como exigido pelo Artigo 5 da Terceira Convenção de Genebra, relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra — para estabelecer o seu status. Rumsfeld também ignorou as recomendações dos próprios advogados do Pentágono, baseando sua decisão numa análise do direito humanitário internacional fornecida pelo conselheiro da Casa Branca Alberto Gonzales (hoje procurador-geral da República), que fizera carreira como advogado de empresas no Texas. Três anos depois da guerra no Afeganistão, cerca de 600 suspeitos continuam detidos em Guan-

tanamo, sem acesso a advogados nem formalização de qualquer acusação. Somente quarenta e dois detidos vieram a ser libertados, entre eles cinco sauditas que foram trocados por seis britânicos (e um belga) que haviam sido detidos e torturados em Riad. Mais de trinta detidos tentaram suicidar-se.

Em novembro de 2002, o Tribunal de Recursos da Inglaterra com toda a razão considerou que a situação dos detidos de Guantanamo é “juridicamente questionável”; é como se eles estivessem num “buraco negro jurídico”. Desde então, a situação melhorou um pouco. No dia 29 de junho de 2004, a Suprema Corte americana finalmente tratou da questão. Escreveu o juiz John Paul Stevens, dando conta do resultado da votação (6 a 3):

O encarceramento executivo tem sido considerado opressivo e ilegal desde que [o rei] João declarou em Rummymede que nenhum homem livre deve ser preso, desapossado, perseguido ou exilado se não for em virtude do julgamento de seus semelhantes ou das leis do país. Os juízes da Inglaterra adotaram a figura do *habeas-corpus* em grande medida para preservar essas imunidades diante de ações do executivo.

Stevens acrescentava que qualquer pessoa detida pelo governo americano fora do território dos Estados Unidos tem o direito de que os fundamentos legais de sua detenção sejam examinados por um tribunal federal americano. Uma semana depois, o Pentágono anunciava que efetivamente recorrerá aos tribunais de determinação de status exigidos pelo Artigo 5 da Terceira Convenção de Genebra.

Esses tribunais não são cortes, e sim painéis reunindo três oficiais militares americanos que examinam os fatos relativos a cada detido, determinando se ele efetivamente pode ser considerado prisioneiro de guerra. Os detidos não têm acesso a advogados, sendo designados oficiais militares como seus “representantes pessoais”. A ausência de advogado e o caráter não-judicial do processo provavelmente não aten-

dem aos padrões de julgamento visados pela Suprema Corte em sua decisão de junho de 2004. A questão voltou a litúgio, e é possível que volte a ser apreciada pela Suprema Corte. O tardio empenho do governo Bush de cumprir os termos da Terceira Convenção de Genebra não passa de uma tentativa de ganhar tempo para continuar submetendo os detidos de Guantanamo a interrogatórios conduzidos em desacordo com o direito nacional e internacional.

Os tribunais de estabelecimento de status exigidos pelo Artigo 5 são diferentes da comissão militar que foi criada para mover ação penal contra três dos detidos de Guantanamo. Esta comissão, assim como outras que virão, decorrem de um decreto presidencial de novembro de 2001. Ele autoriza os militares americanos a criar essas comissões para julgar detidos, permitindo a pena de morte quando houver unanimidade por parte dos três oficiais militares que atuam como juízes. As comissões recorrem a procedimentos semelhantes aos dos tribunais militares regulares, embora controlem de maneira mais estrita o acesso de advogados de defesa e jornalistas às provas. Advogados são providenciados para o acusado, que também pode contratar um por conta própria. Existe a presunção de inocência, assim como o habitual ônus da prova, a saber, o conceito de “culpado sem margem a dúvida”. Toda via, a Terceira Convenção de Genebra estipula que, sendo acusados de crimes, os prisioneiros de guerra devem ser julgados nos tribunais militares regulares do país que os deteve. Desse modo, o funcionamento dos tribunais de estabelecimento de status, ao determinar que certos detidos devem ser considerados prisioneiros de guerra, poderia subtraí-los da alçada — e relativo segredo — das comissões militares. Esta possível consequência ajuda a entender a recusa de Rumsfeld de criar tais tribunais em janeiro de 2002. A avaliação da situação dependerá da confiança que eventualmente se deposite na capacidade e na disposição do governo americano de jogar limpo com inteligência e tratar os detidos com justiça, mesmo a portas fechadas.

Generalizadas violações do direito humanitário internacional têm sido cometidas contra detidos no Afeganistão e no Iraque. Em novem-

bro de 2001, uma rebelião de prisioneiros em Mazari-Sharif foi reprimida com utilização de mísseis terra-ar e bombas lançadas de aviões B-52. Mais de 175 detidos foram mortos; 50 deles morreram com as mãos atadas às costas. Em dezembro de 2002, o *Washington Post* relatou o uso de técnicas de “coação e desgaste” durante os interrogatórios realizados na base aérea de Bagram, no Afeganistão. Em março de 2003, o *New York Times* informava que um suposto membro da al-Qaeda, detido durante três meses, fora “muito pouco alimentado e submetido a privação de sono e de luz, isolamento prolongado e temperaturas que variavam de 38 a menos 12 graus Celsius”. Menos 12 graus Celsius configuram frio mais que suficiente para matar. Também em março de 2003, o *New York Times* informava que, segundo atestado assinado por uma patologista militar americana, a morte de um detido afegão de 22 anos na base aérea de Bagram em dezembro de 2002 decorrera de “ferimentos causados por força bruta nas extremidades inferiores, complicando doenças da artéria coronariana”. No formulário, a patologista podia optar por quatro “tipos de morte”: “natural, acidente, suicídio, homicídio”. Ela assinalou homicídio. Uma semana antes, informara-se que outro detido afegão — de apenas trinta anos de idade — morrera de embolia pulmonar.

Em julho de 2003, o secretário-geral da ONU, Kofi Annan, informou ao Conselho de Segurança que seu representante especial para o Iraque, o falecido Sérgio Vieira de Mello, manifestara aos Estados Unidos e à Grã-Bretanha preocupação com o tratamento que vinham dispensando a milhares de detidos iraquianos. Uma semana depois, a Anistia Internacional afirmava que as tropas americanas no Iraque vinham recorrendo a “privação prolongada de sono, imobilização prolongada em posições dolorosas — às vezes associadas a música em volume alto, utilização prolongada de capuzes e exposição a luzes fortes”.

Lamentavelmente, as informações só atraíam a atenção geral dos meios de comunicação em março de 2004, quando se ficou sabendo que a revista *New Yorker* estava para publicar fotografias de abusos co-

metidos contra prisioneiros na prisão de Abu Ghraib, perto de Bagdá, ilustrando uma reportagem devastadora do jornalista Seymour Hersh. Foi então que a rede de televisão CBS decidiu levar ao ar fotografias que mantinha guardadas há várias semanas, supostamente por ordem do governo Bush. As fotografias mostravam detidos completamente despidos, sendo ridicularizados, empilhados como objetos, sendo estuprados, obrigados a se masturbar, mordidos por cães e aterrorizados com a ameaça de eletrocussão. Esses atos constituíam flagrantes violações, tanto do direito humanitário internacional quanto dos direitos humanos dos detidos.

Considerando-se a proximidade da guerra de 2003 no Iraque, é provável que alguns dos detidos de Abu Ghraib fossem prisioneiros de guerra. Neste caso, os captores que deles abusaram estavam violando a Terceira Convenção de Genebra, que determina em seu Artigo 13 que os prisioneiros de guerra “devem em quaisquer circunstâncias ser protegidos, especialmente contra atos de violência ou intimidação e contra insultos e a curiosidade pública”. Para reforçar a exortação, o Artigo 14 estipula que os prisioneiros de guerra “têm direito em quaisquer circunstâncias ao respeito por suas pessoas e sua honra”.

Qualquer dos detidos em Abu Ghraib que não fosse prisioneiro de guerra ainda assim se encontrava sob a proteção do Artigo Common 3 das Convenções de Genebra. Esta cláusula determina que, mesmo em conflitos armados que não tenham caráter internacional (tal como se poderia considerar que era já então a situação no Iraque), as pessoas que não estão envolvidas nas hostilidades encontram-se sob absoluta proteção contra “violência voltada para a vida e a pessoa, especialmente o homicídio sob qualquer de suas formas, a mutilação, o tratamento cruel e a tortura”, assim como “insultos à dignidade pessoal, particularmente formas humilhantes e degradantes de tratamento”. (A primeira parte do Artigo Common 3 é reprodutível no Capítulo 5.)

Independentemente da situação dos detidos, algumas das agressões contra eles constituíam violações da Convenção contra a Tortura

e Outras Formas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de Tratamento ou Punição, de 1984, tratado ratificado pelos Estados Unidos e universalmente considerado elemento de codificação do direito consuetudinário internacional. Assim é definida a tortura no Artigo 1 da Convenção:

Qualquer ato mediante o qual dores ou sofrimento intensos, físicos ou mentais, sejam intencionalmente infligidos a uma pessoa com finalidades tais como obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou uma confissão, puni-la por um ato que tenha sido cometido ou supostamente cometido por ela ou uma terceira pessoa ou intimidá-la ou coagi-la, ou a uma terceira pessoa, ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer espécie, quando esta dor ou sofrimento é infligido por um funcionário público ou outra pessoa agindo em caráter oficial, por sua instigação, com seu consentimento ou aquiescência.

Um memorando confidencial redigido em março de 2003 por um grupo de advogados do governo Bush, a pedido do secretário de Defesa Rumsfeld, e obtido pelo *Washington Post* em junho de 2004, sustentava que o presidente não estava obrigado pelas cláusulas da Terceira Convenção de Genebra ou da Convenção contra a Tortura, pelo menos na medida em que essas normas internacionais são aplicadas nas leis internas dos Estados Unidos. A análise baseava-se em anterior memorando no qual o Departamento de Justiça fazia uma série de assertivas dúbias — inclusive as de que nenhum dos detidos era prisioneiro de guerra e de que o direito consuetudinário internacional e as leis federais americanas estão reciprocamente isolados de maneira hermética — que redundavam em transformar a análise jurídica num exercício de justificação politicamente motivada. Esse memorando foi redigido por John Yoo, titular de um cargo político que desde então voltou a assumir suas atividades regulares de professor de direito na Universidade da Califórnia, em Berkeley. O *New York Times* informava

então que o assessor jurídico do Departamento de Estado William Taft IV divergia da análise feita pelo grupo e de suas conclusões, “advertindo que semelhante posição poderia comprometer a proteção das tropas americanas nos termos das Convenções de Genebra”.

Os abusos cometidos contra detidos não são da responsabilidade apenas de militares individualmente considerados. De acordo com um princípio do direito penal internacional conhecido como “responsabilidade de comando”, os indivíduos que estão em posição mais alta na cadeia de comando — inclusive secretários de Defesa e presidentes que atuam como comandantes-em-chefe — também podem ter cometido crimes de guerra quando sabem ou tinham motivos para saber que seus subordinados estão cometendo ou a ponto de cometer crimes e não tomam todas as medidas cabíveis para prevenir ou deter as violações. O Artigo 12 da Terceira Convenção de Genebra enuncia uma única vez o princípio:

Os prisioneiros de guerra estão nas mãos da potência inimiga, mas não dos indivíduos ou das unidades militares que os capturaram. Independentemente das responsabilidades individuais que acaso existam, a potência que os mantém em detenção é responsável pelo tratamento a eles dispensado.

Outras violações do direito humanitário internacional foram cometidas quando o Comitê Internacional da Cruz Vermelha teve acesso negado a certas partes da prisão de Abu Ghraib e a certos detidos, como teria ocorrido, segundo se informou, no início de 2004. De acordo com as Convenções de Genebra de 1949 e os Protocolos Adicionais de 1977, o CICV está incumbido de visitar e registrar os prisioneiros de guerra. Este direito de acesso é essencial, pois promove o bom tratamento dos prisioneiros de guerra e garante que não desapareçam. Embora tradicionalmente o CICV não denuncie publicamente os governos que descumprem o direito humanitário internacional — para preservar sua própria neutralidade, com isto assegurando o futuro acesso a priso-

neiros e civis necessitados —, desde 2001 ele tem manifestado em várias ocasiões sua preocupação com atos dos Estados Unidos.

Muitos dos motivos de preocupação do CICV ainda hoje persistem em relação a pessoas detidas pelos Estados Unidos ou seus aliados numa série de locais conhecidos ou não, por exemplo no Afeganistão e numa base aérea americana da ilha britânica de Diego Garcia, no oceano Índico. O CICV não teve acesso a esses indivíduos — o que já em si constitui uma violação — e não há como saber se eles foram torturados, maltratados ou mortos.

No mesmo contexto, um segundo memorando confidencial obtido pelo *Washington Post* em outubro de 2004 teria sido usado para justificar um crime de guerra correlato: a transferência de detidos para fora do Iraque ocupado, para serem interrogados em outros países. O Artigo 49 da Quarta Convenção de Genebra protege os civis durante uma ocupação, proibindo inequivocamente “transferências forçadas de indivíduos ou em massa, assim como a deportação de pessoas protegidas de territórios ocupados (...) independentemente da motivação”. Com efeito, um dos principais objetivos da Quarta Convenção de Genebra é impedir a remoção de pessoas de um território ocupado e portanto, também, da tutela do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. O memorando, no qual parece difícil acreditar, foi redigido por Jack Goldsmith, que exerceu cargos políticos no Pentágono e no Departamento de Justiça, sendo atualmente professor de direito na Universidade de Harvard.

Até supostos terroristas contam com a proteção da proibição de execuções extrajudiciais encontrada em numerosos tratados de direitos humanos e no direito consuetudinário internacional. Falando-se de execuções extrajudiciais, o discurso sobre o Estado da União proferido por George W. Bush em janeiro de 2003 continha uma admissão comprometedora: “Resumindo, mais de três mil suspeitos de terrorismo foram detidos em muitos países. Muitos outros tiveram destino diferente. Coloquemos a coisa deste jeito: eles já não representam um problema para os Estados Unidos e nossos amigos e aliados.” Gover-

nos americanos anteriores pelo menos elogiarvam da boca para fora a existência de limitações normativas, negando ou tratando de ocultar suas operações secretas. Em seus momentos de maior arrogância, o governo Bush deixa cair a máscara — para descrédito do país e, ao solapar o edifício já frágil do direito humanitário internacional, expondo a risco os militares que justamente deveriam ser protegidos por tantas dessas normas.

## Cortes e tribunais de crimes de guerra

“Isto é teatro. O verdadeiro criminoso é Bush.”

Com um sorriso, Saddam Hussein, apresentando boa aparência e bem vestido apesar de quase sete meses de interrogatórios e confinamento em solitária, negou reconhecimento ao Tribunal Especial iraquiano criado para julgá-lo e a outros destacados membros de seu regime por alegadas atrocidades. As alegações de parcialidade política levantadas por Saddam têm profunda ressonância. Em entrevista pela televisão pouco depois de sua captura, o presidente George W. Bush afirmava: “Ele é um torturador, um assassino, e lá havia salas de estudo. Trata-se de um tirano repugnante que merece justiça, a suprema justiça.”

Desgrenhado, confuso e submisso ao ser capturado em dezembro de 2003, Saddam devia parecer a perfeita marionete para um julgamento exemplar em ano eleitoral. Salem Chalabi, sobrinho do outro-ira onipresente e hoje desacreditado líder opositor iraquiano Ahmad Chalabi, foi escolhido a dedo pelo enviado americano Paul Bremer para dirigir a produção. Redigiu-se apressadamente um estatuto para o tribunal, fortemente baseado no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; um plantel de juízes asseguradamente anti-Saddam foi devidamente carimbado pelo Conselho de Governo iraquiano montado por Bremer. O FBI foi incumbido de reunir pro-

vas; vinte advogados americanos foram enviados para assessorar a promotória. Uma vez providenciada rapidamente a transformação do Conselho de Governo num governo interino supostamente soberano, em junho de 2004, um de seus primeiros atos foi reintroduzir a pena de morte. Os detalhes preparativos só seriam frustrados pela renascida mas afinal previsível resistência de Saddam Hussein.

A entrega de Saddam às autoridades iraquianas e sua primeira apresentação no tribunal, a 1º de julho de 2004, constituíram pequenas concessões ao direito internacional: a Terceira Convenção de Genebra exige que os prisioneiros de guerra sejam formalmente acusados ou libertados ao fim das hostilidades. Invocando questões de segurança, Bush inicialmente resistiu à transferência da custódia sobre Saddam ao governo iraquiano interino, mas logo seria lembrado de que violações desnecessárias das Convenções de Genebra podem causar problemas diplomáticos — para não falar da eventualidade de um parecer judicial por parte de uma Suprema Corte americana já agora mais vigilante. Assim, Saddam e onze outros altos funcionários iraquianos foram entregues, embora, como no caso da transferência de soberania, a transferência tenha sido antes formal que prática. Saddam e seus capangas continuam por trás de grades e cadeados americanos. Os únicos jornalistas da imprensa escrita que tiveram autorização para assistir à audiência eram americanos. As redes de televisão Al-Jazeera e CNN foram autorizadas a filmar a sessão — cuidadosamente agendada para coincidir com o noticiário matinal da televisão americana —, mas tiveram de apagar o som da voz de Saddam.

Pareceu inicialmente que a Saddam poderia ser negado o direito de escolher seus advogados, sobretudo depois que sua primeira mulher, Sajidah, reuniu um plantel internacional de advogados de defesa, alguns dos quais queriam mover ação contra os Estados Unidos. Não havia advogados de defesa na sala do tribunal no primeiro dia de comparecimento de Saddam. O presidente do tribunal, Salem Chalabi, chegou a levantar a possibilidade de realizar o julgamento em caráter secreto, mas um tal procedimento teria exposto muito ostensivamente

te a parcialidade do processo. A inadequação da corte iraquiana não se deve ao fato de que ao mesmo tempo estabeleça e aplique as leis, como se apressaram a denunciar as organizações internacionais de defesa dos direitos humanos. Não só o estatuto do novo tribunal deriva o essencial de suas cláusulas diretamente do instrumento que rege o Tribunal Penal Internacional, como havia especialistas internacionais à disposição de juízes, promotória e defesa. Juristas iraquianos cuidadosamente selecionados podiam, dispondo de tempo e paciência, embrenhar-se nos labirintos do direito penal internacional e aplicar suas normas ao complexo emaranhado de fatos em apreciação. Os verdadeiros problemas decorrentes da utilização de um tribunal iraquiano para julgar o ex-ditador dizem respeito à parcialidade não intencional, à probabilidade de pressa nos procedimentos e à ausência de legitimidade internacional.

Como acontece com a maioria dos membros do Conselho de Governo e do governo interino do Iraque, os juízes do tribunal terão sido vítimas dos atos de Saddam; poucos iraquianos conseguiram escapar à sombra de sua tirania. O inexorável conflito entre as funções judiciais e os interesses pessoais levou a maioria dos sistemas jurídicos a vetar a utilização de vítimas como juízes ou jurados. Embora sejamos solidários com as vítimas e suas famílias, não gostaríamos que pudessem determinar a culpa.

Quanto à pressa, um membro do Conselho de Governo iraquiano afirmou inicialmente que o julgamento de Saddam poderia ter início semanas depois de sua captura. Na época, outros chegavam a falar de uma condenação já em junho de 2004. Já agora parece provável que o julgamento comece em 2005.\* Os iraquianos estão acostumados a uma justiça expeditiva. Durante o regime de Saddam Hussein, os julgamentos — quando chegava a haver julgamento — raramente levavam mais que um dia. Mas as provas contra Saddam são volumosas. A ata final de acusação pode acabar contendo dezenas de

\*O julgamento de Saddam Hussein por genocídio prosseguirá em 2006. Até a publicação deste livro, o processo ainda estava em andamento. (N. da E.)

milhares de crimes, entre eles homicídio, tortura, estupro em massa, agressão armada, utilização de armas químicas, maus-tratos infligidos a prisioneiros de guerra e talvez até genocídio. Cerca de 50 mil pessoas morreram na campanha contra os curdos promovida por Saddam em 1988, durante a qual foram utilizadas armas químicas em pelo menos sessenta oportunidades. Pilhas e pilhas de documentos terão de ser lidas, e uma multidão de vítimas e testemunhas desajarão ser ouvidas. A preparação de uma defesa rigorosa constituirá tarefa difícilíssima que levará muito tempo. E no entanto é necessário que haja uma defesa rigorosa. Julgando com probidade os indivíduos acusados dos crimes mais hediondos, uma sociedade demonstra seu comprometimento com o império da lei e a adequação das punições que impõe. O estabelecimento da culpa de Saddam acima de qualquer dúvida também atende a um importante propósito de política de Estado, na medida em que um julgamento incontestavelmente justo pode contribuir para convencer pessoas que de outra maneira poderiam hipotecar-lhe solidariedade. Muitos jovens insatisfeitos em todo o mundo islâmico estarão acompanhando atentamente esse julgamento; se ele se verificar justo, esses jovens poderão mostrar-se menos inclinados a atos de violência.

O problema mais sério envolvendo o tribunal iraquiano é o fato de carecer da legitimidade de uma corte internacional. O direito penal internacional tem o objetivo de enquadrar delitos particularmente graves — assim como o de dar às vítimas acesso à justiça — quando os sistemas jurídicos nacionais não estão em condições de agir ou não se dispõem a fazê-lo. As possíveis acusações contra Saddam Hussein estão previstas em tratados e no direito consuetudinário. Constituem crimes internacionais tanto em sua gravidade quanto em seu alcance: entre as vítimas de seu regime estão milhares de pessoas torturadas e mortas durante a ocupação do Kuwait pelo Iraque, assim como as centenas de milhares que morreram ou foram mutiladas durante os dez anos da guerra contra o Iraã. São crimes que estabelecem jurisdição universal nas cortes nacionais de outros países, e também, com base

em tratados e resoluções do Conselho de Segurança da ONU, a jurisdição das cortes e tribunais internacionais.

Quanto mais alto o cargo do acusado de ter cometido delitos e mais graves os crimes, mais adequado se torna um foro judicial internacional. O Tribunal de Nuremberg, de caráter multinacional, foi utilizado exclusivamente para julgar membros do primeiro escalão do regime nazista, sendo os acusados que ocupavam posições inferiores na hierarquia julgados em cortes nacionais. Os tribunais internacionais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Ruanda, sediados em Haia e Arusha, na Tanzânia, respectivamente, também se têm concentrado em funcionários de alto escalão, incumbindo-se as cortes nacionais dos subordinados. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, adotado em 1998, prevê que a maioria dos casos envolvendo crimes internacionais será tratada em cortes nacionais — como teve de reconhecer o ministro britânico de Relações Exteriores, Jack Straw, após a detenção de Saddam Hussein. Mas o estatuto do TPI permite que ele mesmo determine se será possível obter um julgamento legítimo e justo em nível nacional, insistindo em que o caso seja transferido na eventualidade de insuficiências nesse nível. Mais importante que tudo é o fato de o Conselho de Segurança da ONU dispor de autoridade legal para ordenar que qualquer situação específica envolvendo crimes internacionais seja tratada em nível internacional.

Saddam Hussein poderia facilmente ter sido julgado em uma corte internacional especial criada pelo Conselho de Segurança da ONU, desde que seus membros permanentes com direito a veto concordassem. Foi possível chegar a um acordo a respeito dos tribunais *ad hoc* sobre a Iugoslávia, Ruanda e, mais recentemente, Serra Leoa, com consideráveis dividendos em matéria de legitimidade internacional.

O tribunal sobre Serra Leoa constitui um modelo particularmente interessante. Instituição de caráter híbrido, a corte de Freetown abriu-ga júizes internacionais designados pelas Nações Unidas e júizes locais nomeados pelo governo de Serra Leoa. Uma corte semelhante, autorizada tanto pelo Conselho de Segurança da ONU quanto pelo

Conselho de Governo do Iraque, teria assegurado os mais altos padrões de legitimidade judicial no julgamento de Saddam Hussein. Mais importante ainda é que o envolvimento das Nações Unidas e de juízes que não fossem iraquianos nem originários de países integrantes da coalizão teria garantido objetividade, ao mesmo tempo deixando bem claro que os males perpetrados sob o regime de Saddam Hussein constituem crimes contra a humanidade, que seu julgamento e sua condenação não constituem meramente uma “justiça do vitorioso” e que a reconstrução do Iraque passou a ser da responsabilidade internacional. Simultaneamente, uma corte internacional-iraquiana daria ao povo iraquiano a sensação de estar participando do processo, e no entanto manteria seu caráter global. Depois de doze longos anos de sanções impostas pela ONU, um processo patrocinado exclusivamente pelas Nações Unidas teria sido encarado pelos iraquianos com tanto ceticismo quanto uma corte constituída pelos Estados Unidos. Em vez disso, o que temos é o pior das duas possibilidades: uma corte formada por iraquianos sedentos de vingança e por eles gerida e que, nos bastidores, depende do governo estrangeiro que arquitetou a derrubada de Saddam para atender a seus próprios interesses.

Em Haia, outro ex-ditador astuto e violento também tem causado problemas. Mais de três anos depois de sua detenção, Slobodan Milosevic conseguiu sobreviver a sua némesis, o juiz que presidia seu julgamento no Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, Richard May. Graças a uma firme determinação e ao interrogatório de testemunhas, Milosevic também conseguiu demonstrar que não são tão sólidos quanto pareciam inicialmente os fundamentos do processo contra ele. A responsabilidade de comando — ordenar que seja cometido um crime ou deixar de impedir que seja cometido um crime que um comandante sabe, ou devia saber, está para ser cometido — é algo notoriamente difícil de comprovar.

Milosevic deu início a sua defesa em agosto de 2004, depois de vários adiamentos do processo devidos a seus problemas de saúde.

Como a elevada pressão arterial o expõe constantemente ao risco de um ataque cardíaco ou de um derrame, ele está sempre exigindo mais tempo para repouso. Advogados designados pela corte foram incumbidos de representá-lo, mas acabaram pedindo para ser isentados desta obrigação porque ele se recusava a cooperar. Seja como for, o julgamento terá prosseguimento até que Milosevic seja absolvido, condenado ou morto.\* Pode-se esperar que os juízes, imunes a pressões políticas em decorrência da diversidade de suas origens, dos salários elevados e da iminência de suas aposentadorias, mostrem-se mais firmes na questão que o primeiro-ministro britânico Tony Blair e seu ministro do Interior da época, Jack Straw, no caso do ex-ditador chileno Augusto Pinochet (que libertaram por sua alegada demência, para em seguida vê-lo ser considerado apto para ser julgado no Chile). Eles poderiam até atender ao fundamentado desejo de Milosevic de que Blair e outros líderes da Otan — do passado e do presente — sejam convocados como testemunhas. Em princípio, esta ordem teria de ser cumprida, já que o tribunal iugoslavo é, uma criação do Conselho de Segurança da ONU.

Milosevic, alvo de acusações de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio contra muçulmanos bósnios e kosovares, alega que estava defendendo seu país contra intervenções ilegais por parte dos Estados Unidos e da Otan. Mas suas alegações de que está sendo submetido a uma “justiça do vitorioso” não encontram eco numa corte que foi aprovada pela Rússia e pela China, é integrada por advogados e juízes de todo o mundo e proporcionou-lhe oportunidades aparentemente infindáveis de se manifestar e interrogar testemunhas. Seria difícil imaginar as autoridades de Belgrado abrindo espaço para um julgamento igualmente imparcial ou que tão cuidadosamente assegurasse o direito de Milosevic de uma defesa plena e rigorosa.

\*Slobodan Milosevic, ainda em julgamento como criminoso de guerra, foi encontrado morto em sua cela no Centro de Detenção da ONU, em Haia, na Holanda, em março de 2006. (N. da E.)

Além disso, os crimes de que é acusado Slobodan Milosevic (em alcance internacional. A Bósnia-Herzegovina e a Croácia eram países independentes durante parte do transcurso do conflito, e as acusações feitas a Milosevic constituem crimes no direito internacional. As cortes penais internacionais são mais necessárias nos casos em que a objetividade de um processo exclusivamente nacional ficasse sob suspeita, havendo, além disso, uma dimensão internacional nos próprios crimes. As cortes internacionais podem ser extraordinariamente justas. Em 2004, uma Corte Especial sobre Serra Leoa decidiu que seu presidente, Geoffrey Robertson, não poderia participar de processos envolvendo rebeldes de Serra Leoa, em vista de críticas por ele feitas antes de se tornar juiz. Seria difícil imaginar a adoção de medidas semelhantes no tribunal especial iraquiano, para assegurar a objetividade dos procedimentos. O problema no caso do julgamento de Milosevic não está no tempo muito longo que tem tomado ou nas oportunidades de se pronunciar publicamente que têm sido proporcionadas ao acusado, mas no fato de que simplesmente não estamos acostumados a ver antigos chefes de Estado sendo julgados — e, ainda por cima, julgados adequadamente.

Veja-se por exemplo o caso de Ariel Sharon. O que não faltam são acusações contra o atual primeiro-ministro israelense, um ex-oficial do exército, começando com o massacre de sessenta e nove civis na aldeia jordânica de Qibya em 1953, o massacre em 1982 de mil palestinos no campo libanês de refugiados de Sabra e Chatila e, em 2004, o “assassinato seletivo” dos dirigentes do Hamas xeque Ahmad Yassin e Abdel-Aziz al-Rantissi. Até mesmo o sempre cauteloso Jack Straw, atualmente ministro britânico de Relações Exteriores, considerou esta última iniciativa como “ilegal”.

E o que não faltam são leis. Em 1951, Israel ratificou as quatro Convenções de Genebra de 1949. Consciente de que muitas de suas ações vão de encontro às convenções, o governo de Israel argumenta que elas não se aplicam aos territórios ocupados porque não havia neles anteriormente um detentor da soberania. Mas este argumento espe-

cioso não elimina a condição de direito consuetudinário internacional já hoje desfrutada pelas Convenções de Genebra, nem o fato de que certas alegações contra Sharon envolvem crimes cometidos na Jordânia e no Líbano.

No caso de Sharon, como em tantos outros, os desafios dizem respeito a questões de custódia, imunidade e jurisdição. Muitos sistemas jurídicos exigem que os acusados estejam fisicamente presentes no julgamento. Sharon toma o cuidado de não entrar em países onde poderia ser detido, e qualquer país que ousasse detê-lo provavelmente de se haver com as forças armadas israelenses. Até mesmo os julgamentos à revelia podem estar sujeitos a pressões políticas. Em Bruxelas, um juiz teve de desistir, em 2003, de uma tentativa de processar Sharon, quando o governo belga cedeu às pressões israelenses e americanas para que fosse alterada a legislação que dava sustentação ao processo.

Enquanto for primeiro-ministro de Israel,\* Sharon continuará a se beneficiar de imunidade frente a tentativas de detenção e julgamento, nos termos do direito consuetudinário internacional. No caso de Pinochet, a Câmara dos Lordes sustentou que esta imunidade não se estende a ex-chefes de Estado em certos tipos de crimes. Todavia, num caso surgido no contexto da legislação belga (antes da alteração mencionada), a Corte Internacional de Justiça considerou que os ministros e chefes de Estado no exercício de suas funções continuam a se beneficiar da imunidade. Slobodan Milosevic não tem imunidade perante o tribunal iugoslavo porque o Conselho de Segurança da ONU anulou esta proteção, e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional também declara que as imunidades não se aplicam em seu caso. Os Estados Unidos vetariam qualquer tentativa de mobilizar o Conselho de Segurança contra Israel, e Israel por sua vez não ratifica o Estatuto do TPII.

\*Em princípios de 2006, Ariel Sharon foi afastado do governo israelense, por motivo de doença terminal, não havendo possibilidade de que reassuma. O sucessor do primeiro-ministro é Ehud Olmert, seguidor da política de Sharon no conflito árabe-israelense. (N. da E.)

De acordo com o princípio da jurisdição universal, qualquer país pode mover ação por crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos por qualquer pessoa em qualquer lugar. A título de exemplo, Adolf Eichmann, o arquiteto da “Solução Final” de Hitler, foi sequestrado na Argentina, julgado e executado em Israel em 1962 por crimes que cometera na Europa durante a Segunda Guerra Mundial. A jurisdição também pode derivar do fato de o crime ter sido cometido no território de um país ou de ter o acusado a nacionalidade do país que moveu a ação. Em certos casos, também haverá jurisdição se as vítimas tiverem a nacionalidade do país que moveu a ação ou se o crime configurar ameaça à segurança desse país. As questões de custódia, imunidade e jurisdição não constituem impedimento para o julgamento de Saddam Hussein por um tribunal nacional em Bagdá.

Quando são criados tribunais ou cortes internacionais, costumam ser impostos limites jurisdicionais mais estritos. O tribunal iugoslavo tem jurisdição sobre todos os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade cometidos na antiga Iugoslávia a partir de 1991. A jurisdição do Tribunal de Ruanda está limitada a crimes cometidos em 1994. O Tribunal Penal Internacional tem jurisdição sobre crimes cometidos depois 1º de julho de 2002, mas somente se tiverem sido cometidos no território ou pelos cidadãos dos países que ratificaram o tratado de sua criação. A Corte Internacional de Justiça — que tem sede em Haia, como o tribunal iugoslavo e o Tribunal Penal Internacional — só pode julgar disputas entre Estados-nação que acatam sua jurisdição, não podendo julgar indivíduos. Todavia, se for solicitada neste sentido pela Assembleia Geral da ONU, a Corte de Haia pode emitir um “parecer” — uma resposta sem caráter impositivo a uma questão jurídica específica —, ainda que a questão envolva o comportamento de um país que não deu seu consentimento.

Em julho de 2004, por exemplo, a Corte Internacional de Justiça opinou que a chamada “cerca de segurança” que estava sendo construída ao redor da Cisjordânia e através de seu território é incompatível com as Convenções de Genebra e com o direito consuetudinário

internacional. Embora a decisão constituia um golpe para o governo israelense em matéria de relações públicas, o parecer está muito distante de uma condenação penal de Sharon. Para que o primeiro-ministro israelense seja afinal julgado, será necessário que deixe o cargo ou se afaste da política e viaje a um país suficientemente corajoso e dotado de princípios para detê-lo.\*

O fato é que a maioria dos supostos criminosos de guerra jamais sentará no banco dos réus. Os poucos que a isto são obrigados são aqueles que perderam o poder político e a proteção de amigos poderosos, o que dá motivo à acusação de que o direito penal internacional não passa de uma “justiça do vitorioso”. É neste contexto que o Tribunal Penal Internacional configura algo de espetacularmente novo: uma corte permanente, em grande medida imune a interferências políticas, que pode tomar a frente quando os países não são capazes de cessar os acusados ou não se dispõem a fazê-lo, e à qual o Conselho de Segurança da ONU pode atribuir jurisdição em determinadas situações, em vez de precisar criar novos tribunais a cada episódio. Embora o TPI ainda não tenha julgado seu primeiro caso, está em andamento, a pedido do governo de Uganda, uma investigação sobre atrocidades cometidas pelo Exército de Resistência do Senhor no norte do país.

Cerca de metade dos países de todo o mundo ratificou o Estatuto do TPI, dentre eles todos os membros da União Européia, o Canadá, a Austrália e mais de um quarto dos países africanos. Somente os Estados Unidos têm procurado ativamente solapar esta corte. Com outros mais de 140 países, uma certa tendência para intervir em circunstâncias jurídicas dúbias e interpretações do direito de guerra que às vezes diferem das adotadas por outros países, a única superpotência sente-se vulnerável a mecanismos internacionais para fazer valer o direito penal internacional. Enquanto o governo Clinton procurava negociar proteções contra abusos dos procedimentos internacionais a serem incluídas nos estatutos dos tribunais para cuja criação contri-

\*Ver nota da editora na página 179.

Bush, o governo Bush adotou uma posição completamente hostil. A posição americana não seria compatível com a utilização de um tribunal internacional para julgar Saddam Hussein, e não consegue se acomodar com os tribunais da Iugoslávia e de Ruanda.

Desde que chegou ao poder, o presidente Bush eximiu-se de assinar o Estatuto do TPI, pressionou o Conselho de Segurança da ONU a isentar temporariamente as tropas americanas da jurisdição desse tribunal e conseguiu firmar mais de noventa tratados bilaterais pelos quais os co-sinatários se comprometem a não entregar cidadãos americanos a Haia. Bush chegou, inclusive, a assinar uma lei que o autoriza a empregar a força militar para garantir a libertação de qualquer militar ou funcionário americano detido pelo TPI. Esta lei é popularmente conhecida como "Lei de Invasão de Haia".

Nos seis últimos anos, a maioria dos advogados internacionais tem insistido em que os Estados Unidos nada têm a temer do TPI, pois esta corte não poderá atuar se os tribunais dos países envolvidos forem capazes de promover o julgamento e se dispuserem a fazê-lo. O argumento, no entanto, parte do pressuposto de que os supostos crimes sempre serão investigados e julgados diligentemente pelos advogados militares americanos, o que pode não ser o caso se as ordens para cometer os crimes (ou as políticas que os estimulam) partirem dos escalões mais altos. A tortura na prisão iraquiana de Abu Ghraib — juntamente com o memorando que foi posteriormente vazado, tentando justificar praticamente todos os métodos de interrogatório, com exceção dos mais extremos — certamente põe em questão a pressuposição de diligência dos mecanismos americanos de promoção. Se Saddam Hussein tivesse ratificado o Estatuto do TPI, o promotor-chefe muito adequadamente já estaria investigando a situação em Abu Ghraib e contemplando a possibilidade de formalizar denúncia por responsabilidade de comando contra o secretário de Defesa e o presidente da República.

Com apoio britânico, os Estados Unidos tentaram proteger-se desse tipo de risco. A Resolução 1422 do Conselho de Segurança da ONU,

adotada a 12 de junho de 2002, concedia imunidade face à jurisdição do TPI a indivíduos de qualquer país não-participante da corte envolvidos em ações autorizadas pela ONU. Embora se destinasse inicialmente a proteger soldados americanos participantes de ações de manutenção da paz da ONU, pode-se considerar que a resolução também dava proteção aos soldados americanos e a seus superiores no Iraque — se aceitarmos o polémico argumento, sustentado pelos Estados Unidos e pela Grã-Bretanha, de que a guerra foi implicitamente autorizada pelas Nações Unidas.

Embora originalmente a Resolução 1422 estabelecesse apenas doze meses de imunidade, ela foi posteriormente renovada. Tudo indicava que a resolução seria mais uma vez renovada em junho de 2004, até que estourou o escândalo da prisão de Abu Ghraib. Inesperadamente enfrentando uma onda de oposição a qualquer idéia de imunidade para os militares americanos, os Estados Unidos retiraram o projeto de resolução que propunha mais uma extensão. A imunidade deixou de vigorar. Em termos jurídicos práticos, isso pode não ter grande efeito, considerando-se os mais de noventa tratados bilaterais que comprometem outros países a não entregar cidadãos americanos ao TPI. Em termos políticos, a oposição à extensão da imunidade para os americanos teve enorme significado, pois deixava claro que muitos países finalmente haviam perdido a paciência com o desprezo pelo direito internacional demonstrado pelo governo Bush. O julgamento farsesco de Saddam Hussein em Bagdá só servirá para exacerbar a tensão entre uma comunidade internacional que continua desejando um sistema jurídico internacional justo e sustentável e uma isolada superpotência que não parece se importar.