

SEPARATA

DA

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DO PORTO

ANO VI — 2009

M. DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO



COIMBRA EDITORA

**O PRINCÍPIO DA DISTINÇÃO
COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL
DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO (*)**

M. DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA (**)

**1. O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA DISTINÇÃO
COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NA CONDUÇÃO DOS
CONFLITOS ARMADOS**

O princípio da distinção é um princípio fundamental de entre aqueles que governam a condução dos conflitos armados, como vem sendo genericamente reconhecido. Nesse sentido, basta ter em consideração a afirmação do Tribunal Internacional de Justiça, segundo a qual “os princípios cardiais contidos nos textos que formam o tecido do direito internacional humanitário são os seguintes. O primeiro princípio é destinado a proteger a população civil e os bens de carácter civil, e estabelece a distinção entre combatentes e não combatentes; os Estados não devem nunca tomar civis por alvo, nem, em consequência, utilizar armas incapazes de distinguir entre alvos civis e alvos militares. De acordo com o segundo princípio, não devem ser causados males supérfluos aos combatentes: é, portanto, proibido, utilizar armas que lhes causem tais males ou agravem inutilmente o seu sofrimento; em aplicação deste segundo princípio, os Estados não têm uma escolha ilimitada quanto às armas que empregam. O Tribunal referirá, igualmente, em relação com estes prin-

(*) O artigo que agora se publica desenvolve as linhas gerais de uma conferência proferida pela autora, a 20 de Maio de 2009, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, no âmbito de um ciclo de conferências intitulado *Direito Internacional Humanitário – Direito dos Conflitos Armados*.

(**) Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

cípios, a cláusula de Martens, enunciada pela primeira vez na Convenção II da Haia de 1899 relativa às leis e costumes da guerra em terra, e que se revelou um meio eficaz para fazer face à rápida evolução das técnicas militares. Uma versão contemporânea da referida cláusula encontra-se no art. 1.º, n.º 2, do Protocolo I Adicional [às Convenções de Genebra] de 1977 (...)” (1).

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA SUA AFIRMAÇÃO

Centrando o nosso estudo no primeiro dos princípios referidos — o princípio da distinção (2) —, deve começar-se por referir que as suas raízes são bem mais antigas do que o próprio direito internacional humanitário, enquanto corpo normativo, cuja “certidão de nascimento” nos remete para o ano de 1864 (3).

Efectivamente, e atendendo apenas àqueles que podem ser considerados os primeiros autores do Direito Internacional — cujo estudo se centrou essencialmente no *jus ad bellum* —, encontramos, em Francisco de Vitoria, a preocupação de salvaguarda dos inocentes no decurso de uma guerra, no que se anuncia, de forma ainda muito embrionária, a ideia de protecção da população civil, que será nodular na construção do direito internacional humanitário. Na verdade, aquele dominicano afirma que “nunca é

(1) TIJ *Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et Ordonnances*, 1996, p. 257, par. 78. A disposição referida do Protocolo I Adicional reza assim: “Nos casos não previstos pelo presente Protocolo ou por outros acordos internacionais, as pessoas civis e os combatentes ficarão sob a protecção e autoridade dos princípios do direito internacional, tal como resulta do costume estabelecido, dos princípios humanitários e das exigências da consciência pública”.

(2) Acerca do princípio que proíbe causar males supérfluos ou sofrimentos desnecessários, veja-se, por exemplo, HENRI MEYROWITZ, «The Principle of Superfluous Injury or Unnecessary Suffering», *IRRC*, n.º 299, pp. 98-122; e acerca da cláusula Martens, veja-se *inter alia* SHIGERU MIYAZAKI, «The Martens Clause and international humanitarian law», in *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en honneur de Jean Pictet*, Christophe Swinarski (red./ed.), Genève / La Haye: Comité International de la Croix Rouge / Martinus Nijhoff, 1984, pp. 433-444, ou RUPERT TICEHURST, «The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict», *IRRC*, n.º 317, 1997, pp. 125-134.

(3) Ano em que foi aprovada a *Convenção de Genebra, de 22 de Agosto de 1864, para melhorar a sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha*.

lícito matar intencionalmente pessoas inocentes” (4), embora depois reconheça que a sua morte pode ocorrer se constitui um efeito accidental de um ataque justificado (como acontecerá num ataque a uma fortaleza, em que não se pode impedir que inocentes sejam atingidos) (5), pelo que “não parece que seja lícito matar inocentes, ainda que acidentalmente e sem intenção, a não ser que uma guerra justa não possa fazer-se de outro modo” (6). Há, portanto, uma preocupação de limitar os comportamentos admissíveis na guerra (*jus in bellum*), sendo, no entanto, certo que, como era entendimento da época, a definição dos comportamentos legítimos ou ilegítimos no decurso da guerra era apenas válida para quem fazia a guerra justa (7).

(4) O sentido dado ao termo *inocente* é um dos aspectos em que se denota a dualidade de tratamento da questão da guerra em relação aos índios e em relação às “*perpetui hostes*”, isto é, os inimigos históricos da cristandade, representados, naquele momento, pelos turcos”. Quanto a estes, abrange crianças e mulheres e viajantes ou visitantes que se encontrem no território (“*mesmo* contra os turcos, não podemos matar crianças, que são obviamente inocentes, nem mulheres, que devem presumir-se inocentes pelo menos no que concerne à guerra (a não ser que possa ser provado que uma mulher, em concreto, estava implicada na culpa); também não é lícito matar viajantes, que acontecem estarem no território do inimigo, que são presumivelmente inocentes”. Quanto às demais guerras — entre cristãos, mas também com os povos do Novo Mundo —, o leque alarga-se, incluindo também os agricultores inofensivos e outros civis pacíficos, peregrinos e religiosos (cf. FRANCISCO DE VITORIA, *De Jure Belli (On the Law of War)*, in *Vitoria. Political Writings*, Anthony Pagden / Jeremy Lawrance (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2005, qt. 3, n. 37, p. 315, e GIUSEPPE TOSI, «La teoria della guerra giusta in Francisco de Vitoria e il dibattito sulla conquista», *Jura Gentium*, <http://www.tsd.unifi.it/juragentium/it/surveys/wlgo/tos.html>). Recorde-se que, por esta época, os ataques turcos à Europa cristã eram frequentes, nomeadamente pelo Mediterrâneo, só tendo cessado essa ameaça marítima em 1571, com a vitória dos cristãos na batalha de Lepanto.

(5) Cf. FRANCISCO DE VITORIA, *De Jure Belli*, *cit.*, qt. 3, art. 1, pars. 34-38, pp. 314-316.

(6) FRANCISCO DE VITORIA, *De Jure Belli*, *cit.*, qt. 3, art. 1, par. 38, p. 316.

(7) Como refere Jorge Urbina, “ainda que os teólogos-juristas espanhóis se vão ocupar do *que é permitido numa guerra justa*, prestando especial atenção à conduta das partes no decurso das hostilidades, como é demonstrado pela exigência de um *debitus modus* — ou seja, o modo justo de conduzir a guerra —, vão fazê-lo desde a perspectiva do beligerante justo, [pelo que] só se vão preocupar com os males que este possa causar ao seu adversário (beligerante injusto) durante a guerra para conseguir a reparação da injúria recebida, o que implica que vão elaborar um *ius in bello* dissociado do *ius ad bellum*, mas fortemente vinculado a este, uma vez que só vai afectar aquela parte que leva a cabo uma guerra justa, limitando, em consequência, o seu alcance” (JULIO JORGE URBINA, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, Valencia: Tirant lo Blanche, 2000, p. 42).

Esta preocupação com a salvaguarda dos inocentes verifica-se também nos autores que lhe sucedem, como acontece com Suárez ou Grócio. Suárez afirma: “uma vez começada a guerra e durante todo o tempo até alcançar a vitória, é justo inferir ao inimigo todos os danos que pareçam necessários para obter a satisfação ou para conseguir a vitória, contando que não impliquem injustiças directas contra os inocentes (...); em todo o curso e duração da guerra nenhum mal causado ao inimigo se qualifica como injustiça, com a excepção da morte dos inocentes (...)” (8). Também Grócio, continuando a centrar-se essencialmente no *jus ad bellum*, não deixa, apesar disso, de definir algumas limitações aos meios pelos quais a guerra era feita, na sua luta pela *temperamenta belli* (9). Depois de algumas referências a autores romanos que apelam à moderação na guerra, Grócio afirma que “mesmo quando a justiça não nos exija que poupemos vidas na guerra, isso é frequentemente exigência da bondade, da moderação, da magnanimidade”, concluindo que “se a justiça não o exige, pelo menos a compaixão requer que não façamos nada que possa envolver a destruição de pessoas inocentes, excepto em situações opressivas que tendam à segurança de muitos” (10).

Um contributo importante para a afirmação do princípio da distinção decorre da própria concepção de guerra que encontramos em Jean-Jacques Rousseau. Em *Du Contrat Social* (1762), pode ler-se: “a guerra nunca é uma relação de homem a homem, mas uma relação de Estado a Estado, na qual os particulares são inimigos apenas acidentalmente, não como homens, nem mesmo como cidadãos, mas como soldados; não como membros da pátria, mas como seus defensores”; “o pretensão direito de matar os vencidos não resulta de forma alguma do estado de guerra”. “Mesmo em plena guerra, um príncipe justo apodera-se em país inimigo de tudo o que pertence ao domínio público, mas respeita as pessoas e os

(8) FRANCISCO SUÁREZ, *De Bello*, secção VII, par. 6, edição bilingue latim-castelhano, in LUCIANO PEREÑA VICENTE, *Teoría de la Guerra en Francisco Suárez*, Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1954, p. 199.

(9) Cf. DRAPER, «Grotius' Place in the Development of Legal Ideas about War», in *Hugo Grotius and International Relations*, Hedley Bull, Benedict Kingsbury, Adam Roberts (eds.), Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 199.

(10) HUGO GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, ed. bilingue, trad. inglesa por William Whewell, Cambridge: Cambridge University Press, 1853, vol. III, Liber tertius, cap. XI, n.ºs VII e VIII, pp. 209 e 213. Há uma tradução desta obra em língua portuguesa, de Ciro Mioranza, Ed. Unijui, 2004.

bens dos particulares (...). Sendo a finalidade da guerra a aniquilação do Estado inimigo, há o direito de matar os defensores enquanto estão em armas. Mas, logo que as depõem e se rendem, deixam de ser inimigos, ou instrumento do inimigo, passam a ser simplesmente homens, sobre os quais nenhum direito de vida ou de morte subsiste. Por vezes até se pode aniquilar um Estado sem matar sequer um dos seus membros; a guerra não confere nenhum direito que não seja necessário à prossecução dos seus fins” (11).

É, portanto, feita uma clara distinção entre os indivíduos que estão em armas para a defesa da Pátria e aqueles que não, ou já não, estão nessa situação, não devendo estes ser objecto de actos de guerras, nomeadamente tendentes à sua morte.

Estas preocupações vão também encontrar acolhimento em instruções militares aplicáveis às hostilidades, podendo destacar-se, já no século XIX, as *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* (Lieber Code), de 24 de Abril de 1863 (12), em que, para além de várias disposições dirigidas à protecção de quem não toma parte no conflito bem como de determinadas categorias de bens, se afirmava, no seu art. 22.º, “a distinção entre indivíduos que pertencem a um país hostil e o país hostil em si mesmo, com os seus homens em armas. O princípio que tem sido crescentemente reconhecido é o de que os cidadãos não armados devem ser poupados, na sua pessoa e propriedade, e respeitados na medida em que as exigências da guerra o permitam” (13).

(11) JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O Contrato Social*, Lisboa: Europa-América, 1981, pp. 15-16.

(12) Segundo Jorge Urbina, apesar de tratar de um regulamento interno, recolhe o direito consuetudinário da guerra terrestre, constituindo o ponto de partida para a codificação do direito internacional humanitário, uma vez que o seu exemplo foi seguido por vários outros países que, nos anos que se seguiram, aprovaram também normas na matéria (cf. JULIO JORGE URBINA, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, cit., pp. 51-52, n. 28).

(13) Neste sentido, vejam-se também os arts. 23.º ou 25.º Refira-se, no entanto, que, nestas *Instruções*, se distingue entre as guerras dos europeus e seus descendentes noutros pontos do globo (que cumprem essas exigências de “modernidade”) e as guerras dos bárbaros, em que a protecção continua a ser a excepção e a regra é de que “os indivíduos do país hostil estão destinados a sofrer toda a privação de liberdade e protecção, e todo o rompimento de laços familiares” (art. 24.º).

3. O PRINCÍPIO DA DISTINÇÃO NOS PRINCIPAIS TEXTOS DE DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Já depois do surgimento do direito internacional humanitário, e logo num dos primeiros textos que o integram, nos aparece subjacente o princípio da distinção. Referimo-nos à Declaração de São Petersburgo (1868), em cujo preâmbulo se afirma que “as necessidades da guerra devem deter-se perante as exigências de humanidade”; pelo que “o único fim legítimo que os Estados devem prosseguir durante a guerra é o enfraquecimento das forças militares do inimigo”, para o que “é suficiente pôr fora de combate o maior número de homens possível”. Decorre, portanto, desta asserção que os combates devem ser exclusivamente dirigidos contra as forças militares.

No Regulamento da Haia de 1907 (aprovados pela IV Convenção da Haia desse mesmo ano), estabelece-se, no art. 25.º, a interdição “de atacar ou bombardear, qualquer que seja o meio empregue, cidades, povoações, habitações ou edifícios que não estejam defendidos” (14). Além desta regra geral relativa à condução das hostilidades, outras há que têm subjacente o princípio da distinção (que surgem sobretudo em relação aos territórios ocupados) e que estabelecem a distinção tanto em relação a pessoas (civis vs. combatentes) (15) como em relação a bens civis ou destinados a fins civis (16). Tendo essas normas sido aprovadas no final do século XIX

(14) Este texto é, no essencial, igual ao do art. 25.º do Regulamento de 1899, aprovado pela Convenção II da Haia desse ano, apenas tendo, em 1907, sido acrescentada a expressão “qualquer que seja o meio empregue”.

(15) Proibindo-se a coacção sobre a população do território ocupado para que preste juramento à Potência inimiga (art. 45.º) ou garantindo-se o respeito da honra e dos direitos da família, da vida dos indivíduos, das suas convicções religiosas e do exercício de culto (art. 46.º).

(16) Efectivamente, se o regime dos bens decorria em parte da sua titularidade, ele era também definido em função da utilidade dos mesmos. De acordo com estes critérios, Jorge Urbina distingue quatro categorias de bens: os bens públicos de utilidade militar; os bens públicos sujeitos ao regime dos bens privados, em que se incluem bens comunais, edifícios destinados ao culto, à caridade, à instrução, às artes e às ciências, bem como monumentos históricos, obras de arte e de ciência (art. 56.º); os bens privados de utilidade militar (como é o caso dos meios de transmissão ou de transporte, os depósitos de armas e toda a espécie de munições de guerra, que, no entanto, deverão ser restituídos e cuja utilização dará lugar a indemnização (art. 53.º — 2.ª parte); os demais bens de titularidade privada, em relação aos quais se proibia o confisco (art. 46.º — 2.ª parte) — cf. JULIO JORGE

e início do século XX, reportavam-se a guerras travadas essencialmente em campos de batalha, pelo que não afectavam directamente quem não estava presente nessa área, ou seja, quem não participava directamente nas hostilidades. Assim sendo, a situação em que, de forma mais directa, a população civil poderia ser afectada pela guerra era essencialmente a que decorria de uma ocupação do território pela potência inimiga, o que justifica que a afirmação do princípio se fizesse mormente nesse âmbito.

Todavia, esta situação agrava-se substancialmente com Primeira e, sobretudo, com a Segunda Guerras Mundiais. E tal deve-se fundamentalmente ao aparecimento de um fenómeno novo: a aviação e, em consequência, os bombardeamentos aéreos, matéria então ainda não regulada (17). Efectivamente, já no primeiro destes conflitos se verificaram bombardeamentos aéreos contra cidades situadas longe dos teatros de operações e, portanto, não defendidas, o que se traduz numa violação grave do princípio da distinção e mesmo do princípio da necessidade que lhe está subjacente. Com a Segunda Guerra Mundial, a situação torna-se

URBINA, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, cit., p. 61. As disposições mencionadas referem-se aos Regulamentos sobre as leis e usos da guerra em terra, aprovados pela Convenção II de Haia de 1899 e pela Convenção IV da Haia de 1907, uma vez que o último reproduz, nesta matéria, o anterior (refira-se, no entanto, que o art. 53.º tem uma redacção diferente, embora o seu objecto seja em boa parte coincidente, especificando-se, na disposição do Regulamento aprovado em 1907, que são abrangidos todos os meios “afectados à transmissão de notícias, ao transporte de pessoas e coisas por terra, por mar ou pelo ar, com excepção dos regulados pelo direito marítimo (...).”

(17) Não se pode dizer que a falta de regulamentação na matéria se devesse ao facto de não haver consciência dos perigos da utilização dos meios aéreos durante a guerra. Na verdade, já nas Conferências da Haia de 1899 e de 1907, os Estados se haviam debruçado sobre a questão. Nas primeiras, foi aprovada uma declaração, válida por um período de cinco anos e destinada a vigorar em caso de guerra entre Potências subscritoras, pela qual se proibia o lançamento de projecteis e de explosivos a partir de *ballons* ou através de outros modos análogos novos. Esta declaração foi renovada nas Conferências de 1907 (uma vez que a de 1899 tinha expirado), agora por um período que se prolongava “até ao final da terceira Conferência da Paz”, que estava agendada para 1915, mas que não se chegou a realizar em virtude da eclosão da Primeira Guerra Mundial. Refira-se, ainda, que a inclusão, no art. 25.º do Regulamento sobre as leis e costumes da guerra (1907), acima referido, da expressão *qualquer que seja o meio empregue* resultou de uma iniciativa francesa que pretendia precisamente que ficassem abrangidos, por essa via, os meios aéreos. Acerca do impacto da aviação no respeito pelo princípio da distinção, veja-se MARCEL SIBERT, «Les bombardements aériens et la protection des populations civiles», *RGDIP*, vol. 37, 1930, pp. 621-658.

ainda mais grave ⁽¹⁸⁾. Então, por efeito de sucessivas represálias contra objectivos não militares, chegou-se a uma situação em que se verificam ataques sistemáticos contra povoações e civis que aí viviam, considerados o único meio efectivo de obrigar um combatente pouco escrupuloso a respeitar as leis da guerra ⁽¹⁹⁾. Portanto, foram fundamentalmente os bombardeamentos aéreos verificados na Primeira e, sobretudo, na Segunda Guerras Mundiais que tornaram premente a afirmação explícita e o desenvolvimento do princípio da distinção.

Contudo, se houve quem, na sequência da Segunda Guerra Mundial, acentuasse a necessidade de afirmação do princípio da distinção (no âmbito de uma necessidade mais geral de rever o Direito Humanitário vigente ⁽²⁰⁾), houve também quem, atendendo à situação vivida nesse conflito, considerasse que tal princípio se tornara irrealista e obsoleto, sustentando que a sua consagração se revelava um exercício utópico e sem sentido.

Todavia, como bem sustentou Max Huber, sendo certo que “o desenvolvimento da aviação e o emprego de novas armas quase apagaram, no

⁽¹⁸⁾ Apesar de, após a Primeira Guerra Mundial, ter chegado a ser nomeada uma comissão — no âmbito da Conferência de Washington sobre a limitação de armamentos — para trabalhar na regulação do uso da aviação, com o objectivo de assegurar a protecção da população civil e dos bens sem carácter militar contra os perigos da guerra aérea indiscriminada, o seu trabalho limitou-se à elaboração das *Draft Rules on Air Warfare*, não tendo sido alcançada a subscrição de qualquer tratado. Apesar disso, a regra que desse projecto constava era a da proibição de bombardeamentos aéreos indiscriminados sobre uma cidade não defendida e de que os bombardeamentos deveriam ser dirigidos contra objectivos militares (acerca desta iniciativa, veja-se JULIO JORGE URBINA, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, cit., pp. 84-92). Apesar da não adopção de qualquer instrumento vinculativo, essa regra foi reconhecida como direito costumeiro, nomeadamente através de uma resolução da Assembleia da SdN, de 30 de Setembro de 1938 (aprovada em reacção aos bombardeamentos indiscriminados verificados na China, por tropas japonesas, assim como na Etiópia, por tropas italianas).

⁽¹⁹⁾ Cf. CLAUDE PILLOUD / JEAN PICTET, «Article 48», in *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds), Genève: Comité international de la Croix Rouge / Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 609, par. 1867.

⁽²⁰⁾ Na verdade, os Regulamentos da Haia eram dirigidos a um tipo de guerra — do séc. XIX — que já não existia. Agora estávamos face a guerras que afectavam toda a sociedade — e, portanto, a população civil —, sendo certo que as implicações desta guerra total se faziam sentir também a nível da economia e da indústria (não esqueçamos que a Primeira Guerra Mundial é geralmente apontada como marco do início da intervenção do Estado na economia, em larga medida para orientar a produção para o esforço de guerra).

decurso do último conflito mundial, a distinção fundamental entre combatentes e civis, esse facto não pode, em caso algum, consagrar, mesmo indirectamente, um estado de coisas desastroso para a civilização e para a própria vida humana. Se o direito da guerra — na medida em que tende a limitar os meios de conduzir as hostilidades — deve ser uma realidade, é necessário restabelecer a noção fundamental, e que, além do mais, nunca foi expressamente abandonada, de objectivo militar e reafirmar a distinção essencial entre combatentes e civis” ⁽²¹⁾.

Após a Segunda Guerra Mundial, tiveram lugar, como é sabido, as Conferências de Genebra que conduziram à aprovação das Convenções de Genebra, de 1949. Embora o princípio da distinção não seja nelas afirmado de modo explícito, ele pressupõe-se em alguns dos seus preceitos ⁽²²⁾.

E, apesar das tentativas entretanto verificadas — nomeadamente através da adopção de uma resolução pela XX Conferência Internacional da Cruz Vermelha, em 1965 ⁽²³⁾, da resolução 2444 (XXIII) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 19 de Dezembro de 1968 ⁽²⁴⁾ ou da resolu-

⁽²¹⁾ MAX HUBER, «Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de la Haye relatives à la guerre», *RICR*, n.º 439, 1955, p. 431.

⁽²²⁾ Sendo certo que, nestas Convenções, não era dada especial atenção às normas relativas à condução das hostilidades, centrando-se em aspectos que, como ficara demonstrado na Segunda Guerra Mundial, careciam de regulação, como era o caso da protecção da população civil em território ocupado (a ocupação da França pelas tropas alemãs esteve certamente presente), sempre se podem encontrar preceitos em que o princípio da distinção está afirmado implicitamente. Nesse sentido, refira-se o art. 53.º da IV Convenção (inserido na secção relativa aos *Territórios ocupados*), que determina a proibição, dirigida à Potência ocupante, de destruir os bens móveis ou imóveis, que pertençam, individual ou colectivamente, a pessoas particulares, ao Estado ou a colectividade públicas, a organizações sociais ou cooperativas, a não ser que tais destruições sejam consideradas absolutamente necessárias para as operações militares. Do mesmo modo, é definido o dever de a Potência ocupante assegurar o abastecimento da população em víveres e produtos médicos (cf. art. 55.º). Estas e outras disposições que pressupõem o referido princípio encontram-se sobretudo — e uma vez mais — na secção relativa aos territórios ocupados.

⁽²³⁾ Referimo-nos ao *Projecto de Regras para Limitar os Perigos que Corre a População Civil em Tempo de Guerra*. Sobre este projecto, veja-se JULIO JORGE URBINA, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, cit., pp. 121 a 126.

⁽²⁴⁾ Pela qual a Assembleia Geral subscreve a resolução XXVIII, adoptada em 1965 em Viena, pela XX Conferência Internacional da Cruz Vermelha, que afirmava certos princípios que deveriam ser observados por todas as autoridades, governamentais ou outras, responsáveis pela condução das operações em período de conflito armado, a saber: o princípio segundo o qual o direito das partes adoptarem meios para causar dano ao inimigo não é ili-

ção aprovada, em 1969, pelo *Institut de Droit International* ⁽²⁵⁾ — foi preciso esperar pela aprovação do Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra para chegarmos à consagração explícita deste princípio, num documento de carácter vinculativo, embora se deva assinalar que essa norma se “limita” a explicitar uma norma costumeira preexistente.

Na verdade, quando, em 1977, é aprovado o Protocolo I Adicional às Convenções e Genebra, aquele princípio é aí estabelecido sem reboço, no art. 48.º, que, sob a epígrafe *Regra fundamental*, prevê: “De forma a assegurar o respeito e a protecção da população civil e dos bens de carácter civil, as Partes no conflito devem sempre fazer a distinção entre população civil e combatentes, assim como entre bens de carácter civil e objectivos mili-

mitado; o princípio que proíbe lançar ataques contra a população civil enquanto tal; ou o princípio da necessidade de distinguir, a todo o tempo, entre objectivos militares e não militares, de modo a que estes sejam poupados, na medida do possível (cf. par. 1 do dispositivo).

⁽²⁵⁾ Na referida sessão, que teve lugar em Edimburgo, foi aprovada uma resolução intitulada *A Distinção entre objectivos militares e não militares em geral e particularmente os problemas associados à existência de armas de destruição maciça*. Nela é afirmado: “A obrigação de respeitar a distinção entre objectivos militares e objectivos não militares, bem como entre pessoas que tomam parte nas hostilidades e membros da população civil, permanece um princípio fundamental do direito internacional em vigor” (par. 1.º). Um outro princípio afirmado é o de que “é proibido pelo direito internacional vigente atacar, por meio de armas, a população civil enquanto tal, bem como todos os objectivos não militares, nomeadamente as habitações ou outras construções que abriguem a população civil, na medida em que não sejam usadas para fins militares de tal dimensão que justifiquem acção contra eles nos termos da norma relativa aos objectivos militares, estabelecida no par. 2.º” (par. 4.º). E este par. 2.º prevê que “só podem ser considerados objectivos militares aqueles que, pela sua natureza, pelos fins a que são destinadas ou pela sua utilização militar, contribuem efectivamente para a acção militar ou apresentam um interesse militar geralmente reconhecido, de tal modo que a sua destruição total ou parcial dá, nas actuais circunstâncias, uma vantagem militar substancial, concreta e imediata àqueles que são levados a destruí-los”. No entanto, são especificamente retirados do rol de objectivos militares, os meios indispensáveis à sobrevivência da população civil; os objectos que, pela sua natureza ou em virtude da sua utilização, servem principalmente para fins humanitários ou pacíficos, tais como necessidades religiosas ou culturais (par. 3.º). É também proibida toda a acção dirigida a semear o terror entre a população civil (par. 6.º), bem como o emprego de quaisquer armas que, pela sua natureza, afetem indistintamente objectivos militares e objectivos não militares, forças armadas e populações civis, ou ainda o emprego de armas cujo efeito destrutivo é demasiado para poder ser limitado a objectivos militares determinados ou cujo efeito é incontrolável (armas “autogeradoras”), assim como armas cegas; proibem-se igualmente os ataques, a qualquer título e por qualquer meio, destinados a aniquilar um grupo humano, uma região ou um centro urbano sem distinção possível entre forças armadas e populações civis ou entre objectivos militares e objectivos não militares (pars. 7.º e 8.º).

tares, devendo, portanto, dirigir as suas operações unicamente contra objectivos militares”.

Decorre desta disposição uma *obrigação negativa* — de respeitar a população e os bens civis, o que faz apelo à ideia de não atacar a população civil ou os bens de carácter civil —; e uma *obrigação positiva*, de protecção, que apela a que sejam tomadas medidas para os defender ⁽²⁶⁾. Por outro lado, também deste normativo se infere que o princípio da distinção tem uma dimensão pessoal, pela qual distingue entre combatentes e população civil; e uma dimensão material, que distingue entre objectivos militares e bens civis, devendo ser preservados os últimos de cada um destes grupos.

Diga-se, ainda, que uma afirmação deste princípio — agora centrada apenas na sua dimensão pessoal — se pode encontrar no art. 13.º do Protocolo II Adicional, que determina: “1 — A população civil e as pessoas civis gozam de uma protecção geral contra os perigos resultantes das operações militares. Com vista a tornar essa protecção eficaz, serão observadas em todas as circunstâncias as regras seguintes.

2 — Nem a população civil, enquanto tal, nem as pessoas civis deverão ser objecto de ataques. São proibidos os actos ou ameaças de violência cujo objectivo principal seja espalhar o terror na população civil.

3 — As pessoas civis gozam da protecção atribuída pelo presente título, salvo se participarem directamente nas hostilidades e enquanto durar tal participação”.

4. ALGUNS PROBLEMAS ACTUAIS NA EFECTIVAÇÃO DO PRINCÍPIO

Apesar da consagração incontornável do princípio da distinção no direito internacional humanitário, actualmente dificuldades acrescidas surgem na sua aplicação, de que, neste trabalho, vamos abordar duas: a natureza dos *novos conflitos* e as armas de destruição maciça, em particular as *armas nucleares* ⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Segundo Yves Sandoz, “*respeitar* significa poupar, não atacar de modo algum, enquanto *proteger* quer dizer tomar a defesa de alguém, prestar socorro ou apoio” (YVES SANDOZ, «Article 10», in *Commentaire des Protocoles Additionnels ... cit.*, p. 148, par. 446).

⁽²⁷⁾ Que o uso destas armas constitui um problema para o respeito pelo princípio da distinção, revela-o já o próprio título da resolução aprovada, em 1969, pelo *Institut de Droit International*, que referimos.

4.1. Os conflitos desestruturados

No que toca aos conflitos que se vão actualmente desenvolvendo, deparamo-nos com diferenças substanciais face aos conflitos que originariamente o direito internacional humanitário pretendeu regular. Sem nos alongarmos na matéria, sempre será de referir que as primeiras convenções que integram este ramo do direito eram dirigidas a conflitos armados (ou *guerras*, como então eram chamados) que tinham lugar entre Estados e que eram sujeitos a formalidades que determinavam o seu início e o seu termo⁽²⁸⁾.

Depois da Segunda Guerra Mundial, tornaram-se manifestas algumas alterações em matéria de conflitos armados, designadamente a tendência para abandonar a prática da declaração de guerra⁽²⁹⁾ e o aumento exponencial de conflitos não internacionais. E, mesmo dentro dos conflitos armados não internacionais, deparamo-nos com alterações de vulto. Efectivamente, “depois das guerras civis políticas, depois das guerras “periféricas”, mais ou menos ideológicas e, em todo o caso, patrocinadas pelos “super-grandes”, eis chegadas as guerras civis de terceira geração, largamente endógenas, que destroem a estrutura dos Estados e nas quais as populações civis são sistematicamente tomadas como alvo”⁽³⁰⁾.

A verdade é que, no pós guerra fria, se vêm verificando conflitos internos de um novo tipo, que têm sido designados por *conflitos desestruturados*. Agora são factores internos ou locais que estão na sua origem, mais do que circunstâncias exteriores, como acontecia anteriormente pela

⁽²⁸⁾ Vejam-se, nesse sentido, o art. 1.º da Convenção III da Haia de 1907 (que refere a necessidade de uma declaração de guerra ou de um *ultimatum* condicionado para se dar início a uma guerra) e o art. 36.º da do Regulamento sobre as Leis e Usos da Guerra, aprovado pela Convenção IV da Haia desse mesmo ano, que refere o armistício, que deverá anteceder o tratado de paz, que põe fim à guerra.

⁽²⁹⁾ Efectivamente, face ao regime onusiano que proíbe o uso, ou mesmo a ameaça de uso, da força armada (com as excepções conhecidas), “a declaração de guerra (...) perdeu toda a sua razão de ser, uma vez que já não pode ser o acto condição de uma novação das competências interestaduais. Já não se pode doravante imaginar que ela condicione a legalidade da guerra, como pretendiam, aliás sem grande sucesso, os autores dos Regulamentos da Haia, uma vez que o recurso à guerra é sempre uma acção ilícita. Uma declaração de guerra ofensiva não é mais, de agora em diante, do que uma confissão cínica da vontade de perpetuar o crime de guerra” (GEORGES SCHELLE, «Quelques réflexions sur l'abolition de la compétence de guerre», *RGDIP*, vol. 58, 1954, p. 17).

⁽³⁰⁾ MARIE-JOSÉ DOMESTICI-MET, «Cent ans après La Haye, cinquante ans après Genève: le droit international humanitaire au temps de la guerre civile», *RICR*, n.º 834, 1999, p. 278.

rivalidade entre as grandes potências, que muitas vezes deu lugar às chamadas *guerras por procuração*. Este novo fenómeno “implica uma situação em que se produziu uma implosão da estrutura, da autoridade, do direito e da ordem pública. Trata-se também do derrube de um conjunto de valores em que se fundamenta a legitimidade do Estado, cuja consequência costuma ser a de uma retirada para um nacionalismo étnico ou religioso”⁽³¹⁾. Ora, se em todos os conflitos armados não internacionais se torna mais difícil o cumprimento das obrigações decorrentes do direito internacional humanitário, neste novo tipo de conflitos o problema agudiza-se. Como afirmado por Yves Sandoz, um dos directores do Comité Internacional da Cruz Vermelha, em Declaração oficial, estes são “conflitos que não se caracterizam por qualquer objectivo de guerra específico, mas pelas circunstâncias em que têm lugar, nomeadamente a falta ou desintegração de qualquer tipo de organização (civil, social, religiosa ou mesmo militar) dentro do Estado ou das facções em luta. Os objectivos prosseguidos nestes casos não são frequentemente claros, precisamente pela falta de qualquer estrutura. A situação degenera muitas vezes no completo banditismo, uma luta em que o principal objectivo é a sobrevivência pessoal”⁽³²⁾.

Da Declaração de Yves Sandoz resulta que estes novos conflitos reúnem algumas características específicas, a saber: por um lado, verifica-se a desintegração dos órgãos de governo central, que já não são capazes de exercer as suas funções sobre o território e a população; por outro lado, deparamo-nos com a presença de numerosas facções armadas; além disso, verifica-se o colapso da “cadeia de comando” de algumas ou de todas as facções opositoras; e, por fim, há um controlo fragmentário do território estadual e a desintegração da ordem hierárquica nas diferentes facções e suas milícias⁽³³⁾.

Nestes casos, a situação da população civil fica muito fragilizada. Com os conflitos entre as diferentes facções, gera-se uma espiral de vio-

⁽³¹⁾ CICR: *Los conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras del Estado*, cit. apud JULIO JORGE URBINA, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, cit., p. 226.

⁽³²⁾ YVES SANDOZ, *View of the International Committee of the Red Cross on the Law of Armed Conflict Today*, Malta Conference on the Law of Armed Conflict in a New Strategic Environment, Official statement, Malta, 16-17 October 1996, 2.2.

⁽³³⁾ Cf. YVES SANDOZ, *View of the International Committee of the Red Cross on the Law of Armed Conflict Today*, cit., 2.2.

lência, que leva a que os grupos armados esgotem os recursos do país no seu próprio sustento, bem como na compra de armas e munições, levando, nos casos mais extremos, a situações muito graves de fome da maioria da população (em especial mulheres e crianças). Inclusivamente, os bens que a assistência de organismos humanitários querem fazer chegar às populações civis são desviados para os grupos em luta⁽³⁴⁾. Estas circunstâncias têm levado a uma certa erosão das normas e princípios humanitários, tendo como resultado um enorme aumento de vítimas civis, quer por incapacidade, quer por falta de vontade das partes, de assegurar o respeito pelo direito internacional humanitário.

A situação torna-se ainda mais grave quando, aos factores anteriormente referidos, acrescem radicalismos étnicos ou religiosos que têm subjacente uma ideia de limpeza ou purificação étnica. Aí, a população civil deixa de ser vítima da guerra (por falta de capacidade ou de vontade de a proteger) para passar a ser *objectivo* da guerra, uma vez que, então, não se busca a vitória pela derrota militar do inimigo, mas a desaparecimento de todo o grupo etnicamente distinto do território sobre o qual se exerce controlo⁽³⁵⁾. Esta actuação só faz crescer o ódio entre os grupos que se defrontam, levando à eternização dos conflitos e pondo em causa qualquer futura convivência entre as comunidades em questão. Estamos face

⁽³⁴⁾ Quer recorrendo à força, quer levando esses organismos a entregá-los “voluntariamente”. Pense-se no caso da Somália, em que muitas vezes aqueles que prestavam assistência humanitária só estavam a salvo porque tinham pago a sua “segurança” local, cedendo às exigências extorsionistas dos senhores da guerra. Acerca deste caso, veja-se MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 574-617.

⁽³⁵⁾ E esse desaparecimento da população pode ser feito “pela força ou mesmo pelo seu extermínio. Neste tipo de conflitos, uma crescente espiral de propaganda, medo, violência e ódio cria uma espécie de energia, que reforça a identidade do grupo à custa da identidade nacional, afastando qualquer possibilidade de coabitação com outros grupos. Levando esta atitude à sua conclusão lógica, a exclusão torna-se uma necessidade e pode mesmo conduzir ao extermínio” (YVES SANDOZ, *View of the International Committee of the Red Cross on the Law of Armed Conflict Today*, cit., 2.1.). Obviamente, nestas circunstâncias, a assistência humanitária tem dificuldades acrescidas, tendo em conta que deve ser prestada às pessoas na sua área de residência, de forma a ajudá-las a nela se manterem (uma vez que a sua deslocação forçada é ilícita), o que tem consequências trágicas para a população em causa (fome, desintegração do tecido social, angústia pessoal, separação dos membros da família, etc.). Além disso, pode haver a tendência para considerar inimigo aquele que tenta ajudar a sobreviver membros do grupo que se entende que deve desaparecer.

a conflitos que se tornam uma demanda do reconhecimento identitário do grupo a que se pertence, que se traduz na extrema violência dos conflitos, uma vez que passam pela eliminação do outro⁽³⁶⁾.

Segundo Yves Sandoz, o problema crucial neste tipo de conflitos é que, para que o direito internacional humanitário possa actuar correctamente, é necessário não só que as partes no conflito estejam convictas de que as suas regras são importantes, mas também de que a sua aplicação não os atrapalha na prossecução dos seus objectivos militares⁽³⁷⁾. Ora, nestes casos, não parece que qualquer destas condições esteja presente.

E a verdade é que estes conflitos são travados entre pessoas sem qualquer formação na área do direito internacional humanitário — ao contrário do que acontece, ou deve acontecer, com os membros de um exército regular —, em que é instigado ódio em relação aos membros do outro grupo, o que leva a que escolham os meios mais eficazes — independentemente de quaisquer considerações jurídicas ou éticas — para os destruir⁽³⁸⁾. Como é óbvio, uma actuação deste tipo só pode traduzir-se em violações graves dos princípios fundamentais que devem reger as actuações no decurso dos conflitos armados, designadamente do princípio da distinção.

⁽³⁶⁾ Cf. LOUIS LAFRANCE, *Droit humanitaire et guerres déstructurées*, Montréal: Liber, 2006, p. 58.

⁽³⁷⁾ Cf. YVES SANDOZ, *View of the International Committee of the Red Cross on the Law of Armed Conflict Today*, cit., 2.1.

⁽³⁸⁾ A este propósito, refira-se o aumento exponencial das violações neste tipo de conflitos, que se “revelam de uma enorme eficácia, pois derrotam psicologicamente (quando não fisicamente) as suas vítimas e travam qualquer reacção dos familiares das mesmas, além de que de que se repercutem em termos latos, já que a violação de uma mulher se traduz na humilhação da comunidade em que esta se insere e no sentimento de frustração e derrota dos homens dessa comunidade que se revelaram incapazes de as proteger; para além de não acarretarem encargos financeiros, como acontece com a compra de armas” (MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, «Algumas considerações acerca da protecção da mulher no Direito Internacional Humanitário», in *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 568). Paralelamente, refira-se a tendência avassaladora, por parte dos grupos em luta nestes conflitos, para integrar crianças (por vezes com menos de 10 anos) nos seu “exércitos”. Nesse sentido, tenha-se em consideração que, no Sri Lanka, os Tigres Tamil foram acusados de empreender uma “under-age war”, atendendo a que contam com o equivalente a um “exército de crianças” (LUC REYDAMS, «À la guerre comme à la guerre: patterns of armed conflict, humanitarian law responses and new challenges», *IRRC*, n.º 864, 2006, p. 746).

4.2. As armas nucleares

Um outro aspecto que acarreta dificuldades acrescidas ao respeito do princípio da distinção decorre do tipo de armas usadas. Como dissemos, já na resolução do *Institut de Droit International* se afirmava a proibição de utilizar armas incapazes de distinguir entre alvos civis e alvos militares. A este propósito, levanta-se, desde logo, a questão da admissibilidade, pelo Direito Internacional, do uso de armas de destruição maciça, armas essas que podem ser biológicas, químicas ou nucleares.

As armas biológicas (que começaram por ser chamadas armas bacteriológicas) procedem à disseminação de organismos vivos (como bactérias, vírus ou material infecciosos deles derivado) com o objectivo de provocar doenças ou mortes de pessoas, animais e plantas e baseiam-se na capacidade de auto-reprodução do organismo disseminado⁽³⁹⁾. Estas armas têm o inconveniente de ser difícil controlar a sua disseminação, uma vez que ela depende de vários factores não controláveis, como a deslocação de pessoas ou animais infectados ou as condições meteorológicas. Sendo certo que já algumas proibições constavam das Convenções da Haia e do Protocolo de Genebra, aprovado em 1925⁽⁴⁰⁾, os Estados celebraram posteriormente (em 1972) uma Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção e armazenamento de armas bacteriológicas (biológicas) ou com toxinas e sua destruição, que entrou em vigor em Março de 1975.

Por seu lado, as armas químicas supõem a utilização, como agente, de substâncias químicas (em estado sólido, líquido ou gasoso) que têm efeitos tóxicos para pessoas, animais ou plantas⁽⁴¹⁾. Fora o caso do veneno, que é de utilização muito antiga, o seu uso generalizado verificou-se na Primeira Guerra Mundial. Depois de muitos esforços, foi aprovada a Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção e armazenamento e uso das armas químicas e a sua destruição, de 1993, que entrou em vigor em Abril de 1997, contando actualmente com 188 Estados partes.

⁽³⁹⁾ Cf. ANTONI PIGRAU SOLÉ. «El empleo de armas nucleares ante el derecho internacional humanitario», in *El Decreto Internacional Humanitario en una Sociedad en Transición*, Jorge Pueyo Losa / Julio Jorge Urbina (coord.), Santiago de Compostela: Tórculos Edicións, 2002, p. 255.

⁽⁴⁰⁾ Cuja designação é precisamente *Protocolo relativo à proibição do uso na guerra de gases asfixiantes, tóxicos ou similares e de meios bacteriológicos*.

⁽⁴¹⁾ Cf. ANTONI PIGRAU SOLÉ. «El empleo de armas nucleares ante el derecho internacional humanitario», *cit.*, p. 256.

Por fim, as armas nucleares são engenhos explosivos, capazes de libertar energia a partir da fissão do núcleo do átomo de elementos pesados (urânio ou plutónio) ou da fusão nuclear de isótopos pesados de hidrogénio, a partir de altíssimas temperaturas obtidas através de uma reacção termonuclear. Os seus efeitos são de natureza tripla: térmica (fogo), mecânica (onda expansiva) e radioactiva⁽⁴²⁾. Nesta matéria, não se conseguiu chegar a um acordo geral, havendo, no entanto, um conjunto vasto de acordos pontuais que tornam, por vezes, difícil a percepção do regime jurídico a que estão sujeitas⁽⁴³⁾. Além disso, em 1968, foi subscrito, por um número importante de Estados, o Tratado relativo à não proliferação das armas nucleares, cujo texto é bastante complexo e suscita muitas questões⁽⁴⁴⁾.

Em consequência da não existência de um acordo geral na matéria, foi solicitado, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, já no período pós guerra fria, um parecer ao Tribunal Internacional de Justiça⁽⁴⁵⁾, formulando a seguinte questão: “É permitido, em direito internacional, recorrer à ameaça ou ao uso de armas nucleares em qualquer circunstância?”⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴²⁾ Acerca das armas nucleares e sua relação com o Direito Internacional, veja-se ELÍCIO BORGES MAIA, *Armas Nucleares e Direito Internacional*, Porto: GEI, UCP, 2003, e em especial pp. 41-62, para uma análise mais desenvolvida dos referidos efeitos.

⁽⁴³⁾ Segundo Pigrau Solé, esses acordos, até 1980, visaram essencialmente conseguir um crescimento equilibrado dos arsenais nucleares; a partir de então, e por força das alterações que começaram a ter lugar na União Soviética e, posteriormente, da sua desintegração, têm procurado a sua diminuição (cf. ANTONI PIGRAU SOLÉ. «El empleo de armas nucleares ante el derecho internacional humanitario», *cit.*, p. 260).

⁽⁴⁴⁾ Portugal aderiu a esse tratado em Dezembro de 1977.

⁽⁴⁵⁾ Nos termos do art. 96.º, n.º 1, da Carta das Nações Unidas, “A Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo ao Tribunal Internacional de Justiça sobre qualquer questão jurídica”.

⁽⁴⁶⁾ As versões inglesa e francesa da pergunta eram, respectivamente: “*Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?*” e “*Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?*” (resolução 49/75 K, de 15 de Dezembro de 1994).

⁽⁴⁷⁾ Diga-se, no entanto, que questão idêntica tinha sido colocada, no ano anterior (1993), a esta instância judicial, pela Organização Mundial de Saúde. Então, fora perguntado o seguinte: “Tendo em conta os efeitos das armas nucleares sobre a saúde e o ambiente, a sua utilização por um Estado, no decurso de uma guerra ou de um outro conflito armado, constituiria uma violação das suas obrigações face ao direito internacional, incluindo a constituição da OMS?”. No entanto, o Tribunal, por onze votos contra três, recusou responder à questão, não proferindo qualquer parecer. Recorde-se que, nos termos do n.º 2 do referido art. 96.º da Carta das Nações Unidas, “[o]utros órgãos das Nações Uni-

Face à questão apresentada pela Assembleia Geral, o Tribunal veio a emitir um parecer ⁽⁴⁸⁾, concluindo, por unanimidade, que “nem o direito internacional costumeiro nem o direito internacional convencional autorizam especificamente a ameaça ou o uso de armas nucleares” ⁽⁴⁹⁾; por onze votos contra três, que “nem o direito internacional costumeiro nem o direito internacional convencional comportam a interdição completa e universal da ameaça ou do uso de armas nucleares, enquanto tais” ⁽⁵⁰⁾; por unanimidade, que “é ilícito a ameaça ou o uso da força por meio de armas nucleares que seja contrário ao artigo 2.º, n.º 4, da Carta das Nações Uni-

das e organizações especializadas que forem em qualquer momento devidamente autorizadas pela Assembleia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos ao Tribunal sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera das suas actividades”. Face a este dispositivo, o Tribunal considerou que, no caso de o pedido de parecer ser efectuado por uma instituição especializada, deveriam estar reunidas três condições, a saber: a instituição de que emana o pedido deve ser devidamente autorizada, em conformidade com a Carta, a solicitar o parecer ao Tribunal; o parecer solicitado deve incidir sobre uma questão jurídica; essa questão de direito deve conter-se no quadro de actividade da instituição requerente (cf. *TIJ Recueil*, 1996, pp. 71-72, par. 10). Se não houve qualquer contestação acerca da verificação da primeira condição, já quanto à segunda foi alegado, por alguns Estados, que se tratava de uma matéria de natureza essencialmente política. No entanto, a este propósito, o Tribunal considerou que “quaisquer que sejam os aspectos políticos da questão colocada, o Tribunal não pode recusar a natureza jurídica a uma questão que o convida a cumprir a sua tarefa essencialmente judiciária, a saber, a apreciação da licitude da eventual conduta dos Estados face às obrigações que o direito internacional lhes impõe” (*ibid.*, pp. 73-74, par. 16). É, portanto, por considerar que a terceira condição não está presente que o Tribunal recusa pronunciar-se. Ou seja, atendendo ao princípio da especialidade, o Tribunal considerou que “interpretadas de acordo com o sentido comum, no seu contexto e à luz do objecto e do fim da Constituição da OMS, bem como da prática seguida pela Organização, as disposições do artigo 2 [da Constituição da OMS] podem ser lidas como habilitando a Organização a tratar dos efeitos sobre a saúde da utilização de armas nucleares (...) e a tomar medidas preventivas destinadas a proteger a população no caso de tais armas serem utilizadas (...)”. Sendo a pergunta colocada “*não sobre os efeitos do uso das armas nucleares sobre a saúde, mas sobre a licitude do uso de tais armas tendo em conta os seus efeitos sobre a saúde e o ambiente*”, o Tribunal entende que “quaisquer que sejam esses efeitos, a competência da OMS para os tratar não é tributária da licitude dos actos que os produzem” (*ibid.*, p. 76, par. 21). Acerca deste último aspecto, veja-se PIERRE KLEIN, «*Quelques questions sur le principe de specialité et la 'politisation' des institutions spécialisées*», in *International Court of Justice, International Law and Nuclear Weapons*, Laurence Boisson Chazournes / Philippe Sands (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 79-91.

⁽⁴⁸⁾ A bibliografia relativa a este parecer é vastíssima. Veja-se, por todos, *International Court of Justice, International Law and Nuclear Weapons*, cit.

⁽⁴⁹⁾ *TIJ Recueil*, 1996, p. 266, par. 105, 2., A).

⁽⁵⁰⁾ *TIJ Recueil*, 1996, p. 266, par. 105, 2., B).

das e que não satisfaça todas as prescrições do seu artigo 51.º ⁽⁵¹⁾; por unanimidade, que “a ameaça ou o uso das armas nucleares deverá também ser compatível com as exigências do direito internacional aplicável nos conflitos armados, especialmente as dos princípios e regras do direito internacional humanitário, bem como com as obrigações particulares decorrentes de tratados e de outros compromissos que expressamente se refiram às armas nucleares” ⁽⁵²⁾, e pela existência de “uma obrigação de prosseguir de boa-fé e de concluir as negociações conducentes ao desarmamento nuclear em todos os seus aspectos, sob um controlo internacional estrito e eficaz” ⁽⁵³⁾. Por fim, afirmou a sua conclusão mais polémica, adoptada apenas por força do voto de qualidade do Presidente do Tribunal (uma vez que a votação que sobre ela incidiu foi de sete votos a favor e sete contra), onde se lê: “Decorre das exigências supra referidas que a ameaça ou uso de armas nucleares seria em geral contrário às regras de direito internacional aplicável aos conflitos armados, e especialmente aos princípios e regras do direito humanitário;

Tendo em conta o estado actual do direito internacional, assim como os elementos de facto de que dispõe, o Tribunal não pode, no entanto, concluir de modo definitivo que a ameaça ou o uso de armas nucleares seria ilícito numa circunstância extrema de legítima defesa em que a própria sobrevivência do Estados estivesse em causa” ⁽⁵⁴⁾.

Esta última (não) conclusão ⁽⁵⁵⁾ criou algum desconforto em boa parte da doutrina, não só porque integra conceitos de contornos pouco claros ⁽⁵⁶⁾,

⁽⁵¹⁾ Rep CII, 1996, p. 266, par. 105, 2., C).

⁽⁵²⁾ Rep CII, 1996, p. 266, par. 105, 2., D).

⁽⁵³⁾ Rep CII, 1996, p. 267, par. 105, 2., F).

⁽⁵⁴⁾ Rep CII, 1996, p. 266, par. 105, 2., E). Por esta via, “o Tribunal colocou a noção de sobrevivência do Estado no centro da questão suscitada pela Assembleia Geral” (MARCELO G. KOHEN, «*The Notion of State Survival in International Law*», *International Court of Justice, International Law and Nuclear Weapons*, cit., p. 293).

⁽⁵⁵⁾ De facto, como foi afirmado pela juíza Rosalyn Higgins, “em nenhum momento, no seu Parecer, o Tribunal se envolve na tarefa que estava certamente no centro da questão formulada: a aplicação sistemática do direito relevante para a questão da ameaça ou do uso de armas nucleares (...). Uma fase essencial do processo judiciário — a da motivação jurídica — foi omitida” (*TIJ Recueil*, 1996, p. 584, par. 9 — opinião dissidente da juíza Rosalyn Higgins).

⁽⁵⁶⁾ Efectivamente, em nenhum local se explica o sentido de expressões como *circunstância extrema de legítima defesa* ou quais as circunstâncias em que se pode considerar que *a própria sobrevivência do Estados está em causa*. E, como refere Kohen, se a ideia de auto-preservação é tão antiga como o direito internacional, “a sobrevivência do Estado,

mas sobretudo porque ela surge em contradição com muitas das premissas afirmadas pelo Tribunal ao longo do texto, e a mesma falta de congruência surge nas opiniões juntas pelos diferentes juízes ⁽⁵⁷⁾.

De facto, face às profundas divisões verificadas no seu seio, bem como por parte dos Estados que juntaram exposições ou observações sobre a questão ⁽⁵⁸⁾, o Tribunal acabou por chegar a uma solução de compromisso, não assumindo claramente qualquer das posições que se contrapunham ⁽⁵⁹⁾.

Apesar de se poder encontrar alguns méritos neste parecer ⁽⁶⁰⁾, no

enquanto expressão jurídica, nunca tinha sido usado na jurisprudência antes do Parecer. Isto levou o juiz Koroma a assinalar que a sobrevivência do Estado é "um conceito inventado pelo tribunal" (MARCELO G. KOHEN, «The Notion of State Survival in International Law», *cit.*, p. 294).

⁽⁵⁷⁾ "É muitas vezes difícil perceber porque é que cada juiz votou como votou ou porque é que — respondendo a questões que eram por vezes estranhamente separadas ou associadas — votavam no mesmo sentido de colegas que sustentavam pontos de vista contrários aos seus" (LUIGI CONDORELLI, «La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires: *jura non novit curia?*», *RICR*, n.º 823, 1997, p. 11). E, note-se que, neste caso, todos os catorze juízes explicaram os seus pontos de vista, juntando quer declarações (juízes Bedjaoui, Herczegh, Shi, Vereshchetin e Ferrari Bravo), quer opiniões individuais (juízes Guillaume, Ranjeva e Fleischhauer), quer ainda opiniões dissidentes (juízes Schwebel, Oda, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma e Higgins).

⁽⁵⁸⁾ Certo é que as divergências acerca da admissibilidade do uso destas armas incidem sobre questões de estratégia, não sobre a sua finalidade, pois ninguém quer o seu uso, uma vez que há consciência de que o mesmo se traduz numa catástrofe para a humanidade. Assim, os que pretendem deixar a porta aberta ao uso dessas armas, fazem-no porque crêem que é a melhor estratégia para a dissuasão. Aqueles que pretendem a interdição clara da sua utilização sustentam que esta via será mais eficaz na prossecução do mesmo desiderato.

⁽⁵⁹⁾ Segundo Condorelli, o compromisso a que o Tribunal chegou era o seguinte: "face a duas teses opostas, defendendo, a primeira, que a ameaça ou uso de armas nucleares era ilícito em qualquer caso e, a segunda, que poderia ser permitido em certas situações excepcionais, o Tribunal não acolheu nem uma nem outra, alegando que o estado do direito e dos factos não lhe permitiam julgar qual delas era exacta e qual estava errada. É, sem dúvida, hábil, ainda que muito decepcionante e surpreendente (de um juiz espera-se, com efeito, que saiba «dizer o direito!»)" (LUIGI CONDORELLI, «La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires: *jura non novit curia?*», *cit.*, p. 12).

⁽⁶⁰⁾ Note-se que, apesar das muitas críticas de que foi alvo, não deixam de ser lhe reconhecidos méritos. Segundo Vicent Chetail, neste parecer "o Tribunal confirma a convergência e complementaridade do direito dos direitos humanos e do direito humanitário e reconhece a continuidade da aplicabilidade do direito dos direitos humanos em tempo de conflito armado" (VINCENT CHETAÏL, «The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law», *IRRC*, n.º 850, 2003, pp. 235-269). Efectivamente, o Tribunal sustentou que a protecção conferida pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis

essencial ele desilude pelo seu resultado — ao não concluir pela interdição da ameaça ou do uso de armas nucleares ⁽⁶¹⁾ — e sobretudo pela sua incongruência.

Efectivamente, o Tribunal afirma que, atendendo às suas características ⁽⁶²⁾, "a arma nuclear é potencialmente de natureza catastrófica. O poder destruidor das armas nucleares não pode ser circunscrito nem no espaço nem no tempo. Estas armas têm o poder de destruir toda a civilização, bem como o ecossistema de todo o planeta. A radiação libertada por uma explosão nuclear teria efeitos prejudiciais à saúde, à agricultura, aos recursos naturais e à demografia, e isso em espaços consideráveis. Acresce que o uso de armas nucleares faria as gerações futuras correr os mais graves riscos. A radiação ionizante é susceptível de atentar contra o ambiente, contra a cadeia alimentar e contra o ecossistema marinho no futuro, e de provocar deficiências e doenças nas gerações futuras" ⁽⁶³⁾.

Depois destas afirmações, são referidos os princípios fundamentais do direito internacional humanitário (entre os quais o princípio da distinção), tal como transcrevemos no início deste trabalho. E, segundo o Tribunal, é precisamente pelo facto de tais princípios serem "tão fundamentais para o respeito da pessoa humana e em razão de "considerações

e Políticos "não cessa em tempo de guerra, a não ser que tal decorra do art. 4.º do Pacto que prevê que possam ser derogadas, em caso de perigo público, certas obrigações impostas por esse instrumento. O respeito pelo direito à vida não constitui, no entanto, uma prescrição que possa ser derogada. Em princípio, o direito a não ser arbitrariamente privado da vida vale também durante as hostilidades. É, no entanto, em tais casos que cabe à *lex specialis* aplicável, a saber, o direito aplicável nos conflitos armados, concebido para regular a condução das hostilidades, que cabe determinar o que constitui uma privação arbitrária da vida. Assim, é unicamente face ao direito aplicável nos conflitos armados, e não face às disposições do Pacto em si mesmo, que se poderá dizer se uma determinada morte provocada por uma certo tipo de armas no decurso de um conflito armado deve ser considerada como uma privação arbitrária da vida, contrária ao art. 6.º do Pacto [que consagra o esse direito]" (TIJ *Recueil*, 1996, p. 240, par. 25).

⁽⁶¹⁾ E, em última análise, daquela posição de compromisso, acaba por sair vitoriosa a posição dos que se opõem à proibição do uso de tais armas, cujo "desejo mais caro (de que a sua política de dissuasão nuclear não fosse qualificada ilícita *hic et nunc*) foi plenamente garantido" (LUIGI CONDORELLI, «La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires: *jura non novit curia?*», *cit.*, p. 12).

⁽⁶²⁾ De que o Tribunal refere o facto de libertarem enormes quantidades de calor e energia, bem como uma radiação poderosa e prolongada, sublinhando que, se as duas primeiras fontes de danos são bem mais poderosas do que no caso de outras armas, a radiação só neste tipo de armas existe (cf. TIJ *Recueil*, 1996, p. 243, par. 35).

⁽⁶³⁾ TIJ *Recueil*, 1996, pp. 243-244, par. 35 — itálicos nossos.

elementares de humanidade" (...), [que] a Convenção IV da Haia e as Convenções de Genebra [que os consagram] beneficiaram de tão larga adesão dos Estados. Estas regras fundamentais impõem-se, além do mais, a todos os Estados, quer tenham ou não ratificado os instrumentos convencionais que as consagram, porque constituem *princípios intransigíveis de direito internacional costumeiro*" (64). E, mesmo nas conclusões, afirma, como vimos, a sujeição do uso deste tipo de armas aos *princípios e regras do direito internacional humanitário*, o que não pode deixar de ser visto como contraditório.

Não se percebe, portanto, como é que o uso de armas, que reconhecidamente fere tais princípios, qualificados como intransigíveis, possa deixar de ser considerado ilícito. E se tivermos em conta a declaração junta por Bedjaoui (Presidente), a cujo voto de qualidade se deveu a conclusão do Tribunal, a contradição é, se possível, ainda mais grave, uma vez que este juiz não tem qualquer dúvida em qualificar aqueles princípios como normas de *jus cogens* (65). Como reconhece, "*guerra nuclear e direito humanitário parecem antíteses que se excluem radicalmente, supondo a existência de um a inexistência do outro*", apesar de vir a concluir pela admissibilidade do uso de tais armas em situações excepcionais (66).

Além do mais, sendo a ameaça e o uso das armas nucleares admitidos em situações extremas de legítima defesa em que a própria sobrevivência do Estado esteja em causa, e tendo o Tribunal reconhecido que lhe eram aplicáveis as regras a que está sujeito o exercício da legítima defesa, essa ameaça ou esse uso está sujeito nomeadamente aos princípios da

(64) TIJ *Recueil*, 1996, p. 257, par. 79 — itálicos nossos. Deparamo-nos, uma vez mais, com a habitual relutância, por parte do Tribunal, em usar a expressão *jus cogens*, optando por uma outra que apela à mesma ideia de regra de valor reforçado. Diga-se, aliás, que há um consenso alargado na doutrina no sentido da qualificação dos princípios fundamentais de direito internacional humanitário como regras de *jus cogens*. Assim, Eric David, apesar de reconhecer que "nenhuma regra dos conflitos armados é "oficialmente" qualificada como norma de *jus cogens*", conclui pela inclusão de muitas das suas regras nessa categoria de normas, conclusão que, segundo afirma, "repousa sobre a natureza particular deste direito, sobre a sua adequação à definição de *jus cogens* e sobre os factores de intangibilidade de algumas das suas regras" (ERIC DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles: Bruylant, 2002, p. 94).

(65) Nesse sentido, afirma: "não tenho dúvidas de que a maior parte dos princípios e regras do direito humanitário e, em todo o caso, os dois princípios que proibem, um, o uso das armas com efeitos indiscriminados, e o outro, o de armas que causam males supérfluos, fazem parte do *jus cogens*" (TIJ *Recueil*, 1996, p. 273, par. 21 — declaração do juiz Bedjaoui).

(66) TIJ *Recueil*, 1996, p. 273, par. 20 — declaração do juiz Bedjaoui.

necessidade e da proporcionalidade (67). Ora, não será fácil verificar-se um ataque armado — pressuposto do exercício da legítima defesa — que necessite, para ser repellido, do recurso a armas nucleares (e "a necessidade restringe o uso da força à consecução de objectivos militares legítimos" (68)) e em que esse recurso possa ser considerado proporcional ao ataque (69). Ora, se estamos face a armas cujo poder destruidor *não pode ser circunscrito nem no espaço nem no tempo*, nunca se pode garantir que sejam apenas os objectivos militares os atingidos; ou seja, reconhece-se antecipadamente que não pode ser respeitado o princípio da distinção. Mais ainda: o facto de os efeitos não poderem ser circunscritos no espaço levará, muito possivelmente, a que os efeitos de tal exercício da legítima defesa com recurso a armas nucleares não se restrinjam ao território do Estado a quem é imputável o ataque inicial — especialmente se se trata de um Estado sem grandes dimensões territoriais —, pelo que, também nesta perspectiva, se excederão os limites da legítima defesa e se potenciará um alargamento do conflito.

Do princípio da distinção decorre a proibição do uso de armas incapazes de distinguir entre alvos civis e alvos militares, o que torna "ilícita *per se* uma arma que não seja capaz de ser dirigida apenas contra um objectivo militar, ainda que possam ocorrer danos colaterais. (...) Na medida em que uma arma nuclear for incapaz de fazer a distinção, será ilícita" (70).

(67) Acerca do uso da força no exercício da legítima defesa e das limitações a que está sujeito, veja-se MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, cit., pp. 238-252.

(68) MARY ELLEN O'CONNELL, «The Myth of Preemptive Self-Defense», *ASIL Task Force on Terrorism*, August 2002, <http://www.asil.org/taskforce/oconnell.pdf>, pp. 7-8.

(69) A questão da proporcionalidade surge também como um aspecto nuclear na opinião de Rosalyn Higgins, que formulou "a questão fundamental" (JUDITH GARDAM, «Necessity and Proportionality in *jus ad bellum* and *jus in bellum*», *International Court of Justice, International Law and Nuclear Weapons*, cit., p. 290). Essa questão era: "a proibição de atacar civis impede o ataque a um objectivo militar quando há consciência de que as perdas civis são inevitáveis?". Considerando que o direito internacional actual não protege os civis de quaisquer efeitos de ataques dirigidos a alvos legítimos, a resposta advirá do princípio da proporcionalidade, nos termos do qual "mesmo um alvo legítimo não pode ser atacado se as baixas civis colaterais forem desproporcionais às vantagens militares específicas do ataque"; e, de qualquer forma, "os danos colaterais civis, ainda que proporcionais à importância do objectivo militar, nunca podem ser intencionais" (TIJ *Recueil*, 1996, pp. 587-588, pars. 19, 20 e 22 — opinião dissidente da juíza Rosalyn Higgins).

(70) TIJ *Recueil*, 1996, pp. 588-589, par. 24 — opinião dissidente da juíza Rosalyn Higgins.

Sublinhando o carácter contraditório do parecer, e tendo em conta o facto de o Tribunal reconhecer que as armas nucleares têm um poder destrutivo incapaz de ser contido no espaço ou no tempo e capaz de aniquilar toda a civilização e o ecossistema do planeta, bem como de que de todo o Estado tem direito à sobrevivência e a recorrer à legítima defesa, mesmo com uso de armas nucleares, se essa sobrevivência estiver em causa, o juiz Shahabuddeen conclui: “Parece-me, no mínimo, curioso que uma jurisdição mundial se considere juridicamente compelida a concluir que um Estado tem o direito, ainda que em circunstâncias limitadas, de aniquilar o planeta” (71). Em sentido idêntico, Condorelli afirma: “seria absurdo se o direito — cuja função essencial deveria ser (como se ensina correntemente) tornar possível a coexistência e a cooperação dos sujeitos aos quais se dirige — outorgasse o selo da legalidade a uma acção conducente à destruição da sociedade que é suposto governar. E isso, ao dar permissão a um dos membros dessa sociedade, por qualquer razão que seja, de eliminar *in radice* a própria possibilidade da coexistência e da cooperação” (72).

No plano dos factos, a verdade é que, se apesar de todas as dificuldades suscitadas pelos tratados subscritos na matéria, a orientação geral ia no sentido de impedir que outros Estados se tornassem potências nucleares e que, aqueles que já o eram, fossem progressivamente reduzindo o seu arsenal nuclear, o certo é ultimamente nos deparamos com declarações de dirigentes da Coreia do Norte que afirmam abertamente que o seu país está a desenvolver armas nucleares e realizam ensaios nucleares (73) (74);

(71) TII *Recueil*, 1996, p. 425 — opinião dissidente do juiz Shahabuddeen.

(72) LUIGI CONDORELLI, «La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires: *jura non novit curia?*», *cit.*, p. 14.

(73) Curiosamente, tais declarações surgiram quando os Estados Unidos decidiam intervir no Iraque, acusando-o de possuir armas de destruição maciça. O facto é que este país sempre o negou e que a decisão de intervir ocorreu precisamente quando os inspectores da AIEA e da UNMOVIC (El Baradai e Hans Blix, respectivamente) reportavam uma melhor colaboração por parte das autoridades iraquianas e o facto de não terem encontrado tais armas, embora sem concluírem ainda definitivamente pela sua não existência, para o que solicitavam de mais tempo para prosseguir o seu trabalho. Acerca deste caso e da referida “justificação” para a intervenção, veja-se MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, *cit.*, pp. 803-856.

(74) Muito recentemente, a 5 de Outubro de 2009, o *Le Monde* noticiava a disponibilidade da Coreia do Norte para retomar as negociações a seis (com a Coreia do Sul, o Japão, a China, os Estados Unidos e a Rússia) relativas ao seu programa nuclear, embora

e que, também recentemente, declarações iranianas no sentido de que de estar a montar unidades industriais destinadas ao enriquecimento de urânio (75) fazem o Ocidente temer que esteja também a preparar arsenal nuclear, mau grado os dirigentes iranianos o desmentirem, sem negarem o direito a fazê-lo, apesar de o Irão ser membro originário do Tratado de não proliferação de armas nucleares, na qualidade de Estado não detentor desse tipo de armas (76).

5. REFORÇO DA AFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO

Apesar de nos depararmos com violações graves do princípio da distinção, como decorre do que deixámos afirmado, tal não põe em causa a sua vigência. Como dissemos, a propósito de um outro princípio — no caso, o princípio da proibição do uso da força — “não se pode fundar na prática desrespeitadora do princípio a conclusão de que este cessou a sua vigência, porque o direito tem vias específicas para que uma norma deixe de vigorar, de acordo com as quais as práticas (...) [contrárias ao princípio] constituem tão-só violações do direito internacional, não pondo em causa a vigência da norma jurídica violada. É que, para que tal acontecesse, essa nova prática, violadora da norma vigente, teria de ser uniforme e geral e merecer a anuência da sociedade a que se aplica, formando-se uma *opinio juris* em seu torno” (77).

Ora, o princípio da distinção está bem afirmado no direito internacional humanitário e é reconhecido com princípio fundamental deste direito não

entre os cinco interlocutores não haja consenso quanto ao eventual reforço de sanções à Coreia do Norte. Recorde-se que, pelas resoluções 1718 (2006), de 13 de Dezembro 2006 e 1874 (2009), de 12 de Junho de 2009 — ambas aprovadas na sequência de ensaios nucleares —, o Conselho de Segurança tinha, respectivamente, aprovado e reforçado sanções contra a Coreia do Norte.

(75) Em Setembro de 2009, Teerão anunciou a existência de uma segunda fábrica de enriquecimento de urânio numa carta dirigida ao presidente da Agência Internacional de Energia Atómica, Mohammed El Baradei, mas, face à ameaça de novas sanções, veio uns dias depois anunciar que autorizava a Agência Internacional Energia Atómica a visitar as instalações da dita fábrica.

(76) Efectivamente, o Irão assinou e ratificou o referido tratado — que entrou em vigor a 5 Março 1970 — em 1968.

(77) MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, *cit.*, pp. 204-205.

só pelos autores, como pelos Estados ou pelo próprios órgãos onusianos, designadamente o Tribunal Internacional de Justiça — como decorre do que deixámos referido — e outros dos seus órgãos principais, que têm aprovado documentos em que o mesmo é afirmado, de forma explícita ou implícita, alguns dos quais reagindo violações graves desse princípio, para além, obviamente, da sua reiteração pelos órgãos da Cruz Vermelha, nomeadamente o seu Comité Internacional.

Assim, podemos ver um reforço do referido princípio em várias resoluções do Conselho de Segurança, como aquelas pelas quais foram criados os tribunais penais internacionais *ad hoc*. Efectivamente, de entre os crimes que cabem na competência do Tribunal penal para a ex-Jugoslávia ⁽⁷⁸⁾, encontram-se os crimes que resultam de *violações graves às Convenções de Genebra de 1949* (art. 2.º), bem como *violações das leis e costumes que guerra*, que incluem *inter alia* “o ataque ou o bombardeamento, por qualquer meio, de cidades, aldeias, habitações ou edifícios não defendidos” (art. 3.º, al. c)) ⁽⁷⁹⁾.

Por outro lado, o Conselho de Segurança tem, por diversas ocasiões, condenado a prática da *limpeza étnica*, os actos de violência dirigidos contra a população civil, os ataques contra o pessoal que presta assistência humanitária (quer pertença a forças de manutenção da paz, quer a organizações humanitárias), no que revela também a censura a comportamentos que traduzem violações graves do princípio da distinção.

Além disso, deve atende-se a que considerações de natureza humanitária têm levado o Conselho de Segurança a qualificar como *ameaça à paz* situações em que se verificam violações graves e expandidas dos princípios fundamentais do direito internacional humanitário ⁽⁸⁰⁾. Nesse sen-

⁽⁷⁸⁾ Criado pela resolução 827 (1993) do Conselho de Segurança, de 25 de Maio de 1993.

⁽⁷⁹⁾ E, se no Estatuto do Tribunal Internacional para o Ruanda não encontramos normas que tão explicitamente protejam o princípio da distinção, isso não significa que não lhe caiba pronunciar-se sobre eventuais violações do mesmo, uma vez que, nos termos do seu art. 4.º, lhe cabe conhecer das violações graves do art. 3.º comum às Convenções de Genebra e do Protocolo II Adicional, que consagram aquele princípio.

⁽⁸⁰⁾ E independentemente das repercussões internacionais de tais violações, o que seguramente vai muito além daquilo que os redactores da Carta, em 1945, visavam alcançar com a expressão. Denota-se, portanto, uma evolução do próprio conceito de ameaça à paz que prescinde da dimensão internacional da mesma. Efectivamente, em décadas mais antigas estas situações eram, quando muito, objecto de um apelo à sua resolução, por parte do Conselho, com alguma excepção como no caso da ascensão ao poder de Ian Smith, na Rodésia, e imposição de um regime ditatorial de minoria branca, na década de 60 do século XX.

tido, a *Declaração da Presidência do Conselho de Segurança*, de 31 de Janeiro de 1992, era reconhecido precisamente que “a paz e segurança internacionais não decorrem apenas da ausência de guerra e de conflitos armados; outras ameaças à paz e à segurança de natureza não militar têm a sua fonte na instabilidade que existe nos domínios económico, social, humanitário e ecológico” ⁽⁸¹⁾.

Esta qualificação da instabilidade humanitária grave como ameaça à paz ⁽⁸²⁾ revela um interesse da comunidade internacional em assegurar o princípio da distinção, atendendo à enorme relevância dada à protecção da população civil. Nesse sentido, o CS deu um importante contributo para o reforço do carácter consuetudinário de algumas normas de direito internacional humanitário e para a afirmação da sua aplicação a conflitos internos, para os quais não haviam sido originariamente talhadas. Nesse sentido, deve sublinhar-se a resolução 1674 (2006), de 28 de Abril de 2006, aprovada independentemente de qualquer conflito concreto e que se destina precisamente a reafirmar a necessidade da protecção de civis em conflitos armados, em que *inter alia* afirma: o CS “*Lembra* que o facto de se tomar deliberadamente por alvo civis e outras pessoas protegidas em período de conflito armado constitui uma violação flagrante do direito internacional humanitário, *condena de novo* com a maior firmeza essas práticas e *exige* a todas as partes que lhes ponham fim imediatamente”, especificando depois comportamentos proibidos em relação a esses diferentes grupos.

Também do Estatuto do Tribunal Penal Internacional se retira a importância do princípio, ao definir, no art. 8.º, como crime de guerra, de entre as *Violações graves das leis e costumes aplicáveis em confli-*

⁽⁸¹⁾ *Declaração da Presidência do Conselho de Segurança*, de 31 de Janeiro de 1992, par. 11. Acerca desta Declaração, veja-se SANTIAGO TORRES BERNÁRDEZ, «Perspectivas en la contribución de las Naciones Unidas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales: Comentarios y observaciones sobre la declaración de los miembros del Consejo de Seguridad de 31 de enero de 1992», in *Hacia un Nuevo Orden internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid: Tecnos, 1993, pp. 727-769.

⁽⁸²⁾ E se esta qualificação é recente, não pode dizer-se que este órgão se mantivesse indiferente a violações graves do direito humanitário em conflitos não internacionais, se atendermos a que, em resoluções tão antigas como a resolução 237 (1967), de 14 de Junho de 1967, relativa à Guerra dos Seis Dias, apela às partes para que respeitem as normas de direito internacional humanitário relativas aos prisioneiros de guerra e à protecção da população civil.

tos armados internacionais no quadro do direito internacional, um dos seguintes actos: "i) atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem directamente nas hostilidades; ii) atacar intencionalmente bens civis, ou seja, bens que não sejam objectivos militares; (...); v) atacar ou bombardear, por qualquer meio, aglomerados populacionais, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objectivos militares" (83). E, na mesma disposição relativa aos crimes de guerra pode ler-se: "Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos actos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo", seguindo-se uma listagem que inclui *inter alia* "i) actos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura" (84).

Presentemente, várias das acusações deduzidas nesse tribunal incidem sobre alegadas violações das disposições referidas, em que se terá verificado, por consequência, uma violação do princípio da distinção.

É ainda de sublinhar que o princípio da distinção foi também reafirmado, enquanto princípio de natureza consuetudinária, quando, por iniciativa da Conferência Internacional da Cruz Vermelha (85), foi elencado um conjunto de normas costumeiras de direito internacional humanitário. De entre as normas apuradas, as primeiras 24 prendem-se com o princípio da distinção, encontrando-se sistematizadas em vários gru-

(83) Art. 8.º, n.º 2, al. b), do Estatuto.

(84) Art. 8.º, n.º 2, al. c), do Estatuto.

(85) Um grupo de peritos, reunidos a solicitação da Conferência Internacional para a Protecção das Vítimas da Guerra (1993) propôs que "se convide o CICR a preparar, com a assistência de peritos em direito internacional humanitário, que representem as diversas regiões geográficas e os vários sistemas jurídicos, e em consulta com peritos de Governos e de organizações internacionais, um relatório sobre as normas consuetudinárias do direito internacional humanitário aplicáveis aos conflitos armados internacionais e não internacionais e a distribuir esse relatório aos Estados e aos organismos internacionais pertinentes" (*Meeting of the Intergovernmental Group of Experts for the Protection of War Victims*, Geneva, 23-27 January 1995, Recommendation II, *IRRC*, n.º 310, 1996, p. 84).

pos, a saber: *distinção entre civis e combatentes; distinção entre objectos civis e alvos militares; ataques indiscriminados; proporcionalidade no ataque; precauções no ataque; e precauções relativamente aos efeitos do ataque* (86).

6. CONCLUSÃO

Do que deixámos afirmado, podemos concluir que, se a validade do princípio da distinção não tem sido posta causa — verificando-se mesmo uma preocupação por parte de diferentes entidades e organismos em acentuar a sua importância —, a sua aplicação prática, nos novos conflitos, tem deparado com obstáculos crescentes, como vem acontecendo, em geral, com o direito internacional humanitário.

Criado por acordo entre Estados e pensado originariamente para conflitos interestaduais, faz-se sentir a necessidade de algumas adaptações das suas disposições aos novos conflitos. No entanto, é importante sublinhar que, mesmo neste tipo de conflitos, o princípio da distinção continua a ter o seu campo de aplicação, apesar de existirem, simultaneamente menos vontade e maior dificuldade, por parte dos contendores, em respeitá-lo. A menor vontade decorre dos próprios objectivos prosseguidos: no caso de se pretender exterminar um grupo, não haverá contemplanções que permitam distinguir entre os que participam directamente nas hostilidades e os que não o fazem, apenas relevando a pertença ou não ao grupo a eliminar. Por outro lado, nestes combates, que se travam rua a rua, povoação a povoação, torna-se difícil a distinção entre combatentes e civis, até porque aquele que era membro da população civil facilmente se torna combatente, quando os combates ocorrem à sua porta.

Encontramo-nos, portanto, numa fase de alteração do paradigma da guerra, que exige o estudo de medidas que permitam um mais amplo cumprimento das normas e princípios que integram o direito internacional humanitário (87), sem esquecer o empenho, em tempo de paz, numa maior divulgação dessas normas e princípios e numa crescente sensibilização

(86) Cf. JEAN-MARIE HENCKAERTS, «Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict», *IRRC*, n.º 857, 2005, pp. 198-200.

(87) E mesmo em padrões de conflito mais tradicional, torna-se necessário clarificar o estatuto de determinados tipos de armas, como vimos.

para a sua importância, de forma a conseguir-se um cumprimento mais amplo em período de conflito armado.

A verdade é que, sendo o princípio da distinção reconhecidamente um princípio de *jus cogens*, a sua violação atinge toda a comunidade internacional no seu conjunto, que dela se ressentem... É, por isso, dever dessa mesma comunidade internacional no seu conjunto, esforçar-se por encontrar meios, se não para acabar com tão grosseiras e expandidas violações do princípio, ao menos para as reduzir substancialmente.