

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Thomaz Francisco Silveira de Araujo Santos

A responsabilidade pelo crime de agressão no Direito Internacional.

Porto Alegre,

2012.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Thomaz Francisco Silveira de Araujo Santos

A responsabilidade pelo crime de agressão no Direito Internacional

Tese apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Martha Lucia
Olivar Jimenez.**

Porto Alegre,

2012.

*“For never two such kingdoms did contend
Without much fall of blood; whose guiltless drops
Are every one a woe, a sore complaint
'Gainst him whose wrong gives edge unto the swords
That make such waste in brief mortality.”* (Henrique V, Primeiro
Ato, Cena II, diálogo entre o rei e o Arcebispo de Canterbury,
de William Shakespeare)

“Pois nunca conflito entre dois reinos desses
Sem grande derramamento de sangue, cujas gotas inocentes
São, cada uma, uma aflição, uma queixa dolorida
Contra aquele cujos erros amolaram as espadas
Que provocam tamanha devastação na curta vida dos mortais”
(Tradução livre do autor)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, acima de tudo e de todos, ao amor da minha vida, Aline Baldissera.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Doutora Martha Lucia Olivar Jimenez pela orientação ao longo do Doutorado, pela amizade construída nos quatro anos de convívio e pela dedicação intensa a uma paixão compartilhada, o Direito Internacional; e à minha esposa e eterna companheira, Aline Baldissera, pela troca de ideias, presença e auxílio constantes e, principalmente, pelo estímulo definitivo para a finalização da presente tese.

RESUMO

A agressão, caso mais grave de violação da proibição geral do uso da força consagrada no artigo 2(4) da Carta da Organização das Nações Unidas, é uma conduta que, pela sua própria natureza, exige não apenas a ação do Estado, como também do indivíduo, pois, se o Estado só pode externar suas ações por meio de seus agentes, a ação destes possui alcance real quando apoiada pelo aparato político-militar do Estado. Especialmente no caso da agressão, regimes jurídicos diferentes e autônomos aplicam-se às condutas desses dois sujeitos: no caso do primeiro sujeito, a responsabilidade internacional do Estado, mais especificamente, a responsabilidade internacional agravada por violação de normas imperativas, de caráter *jus cogens*; já no caso do segundo sujeito, a responsabilidade penal internacional do indivíduo por crimes internacionais, consolidada, por sua vez, no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Para uma reação adequada a casos de agressão, é necessária a responsabilização de ambos os sujeitos, o que ressalta a importância da complementaridade entre regimes de responsabilidade internacional. A efetivação dessa complementaridade entre os regimes de responsabilidade internacional ocorre a partir da consolidação do ato de agressão do Estado, à luz da Resolução 3314 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, e do crime de agressão do indivíduo, cuja definição foi adotada na Conferência de Revisão de Kampala, ocorrida em 2010. No entanto, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional sobre o crime de agressão só será atividade a partir 1º de janeiro de 2017. Uma vez ativada tal jurisdição, a resposta do Tribunal Penal Internacional em relação a crimes de agressão deve ser acompanhada de uma ação correspondente dos membros da comunidade internacional em relação aos atos de agressão.

Palavras-chave: agressão, responsabilidade internacional agravada do Estado, Conselho de Segurança, responsabilidade penal internacional do indivíduo, Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT

Aggression, the most serious breach of the general prohibition against the use of force enshrined in article 2(4) of the United Nations Charter, is a conduct which, by its very nature, demands the action not only of the State, but also of the individual, for, if the State can only act through its agents, their action only has actual effects when backed by the political-military apparatus of the State. Specially in the case of aggression, different and autonomous legal regimes apply to the conducts of these two subjects: in the case of the first subject, international responsibility of the State, more specifically, aggravated international for the breach of peremptory norms, of a *jus cogens* character; while in the case of the second subject, international criminal responsibility of the individual for international crimes, consolidated, in its turn, in the Rome Statute of the International Criminal Court. For an adequate reaction to cases of aggression it is necessary for both subjects to be held liable, which highlights the importance of complementarity between international responsibility regimes. The effectiveness of such complementarity between these international responsibility regimes occurs with the consolidation of the act of aggression by the State, in light of United Nations General Assembly Resolution 3314 of 1974, and with the crime of aggression of the individual, whose definition was adopted in the Kampala Review Conference, which took place in 2010. However, the jurisdiction of the International Criminal Court over the crime of aggression will only be activated after January 1st, 2017. Once this jurisdiction is activated the response of the International Criminal Court must be accompanied by a corresponding action by the members of the international community towards acts of aggression.

Key words: aggression, aggravated international State responsibility, Security Council, international criminal responsibility of the individual, International Criminal Court.

ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CDI – Comissão de Direito Internacional

CIJ – Corte Internacional de Justiça

FARC – Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia

N. – Número

ONU – Organização das Nações Unidas

Op. cit. – Obra citada

P. – Página

Pp. – Páginas

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPII – Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia

TPIR – Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda

Vol. – Volume

Vs. – *Versus*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – O ATO DE AGRESSÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	16
1. Da “guerra” à agressão: a regulamentação do uso da força armada no Direito Internacional Público.....	19
2. O conceito de “ato de agressão” no Direito Internacional Público e a Resolução 3314 da Assembleia Geral da ONU de 1974.....	61
3. A responsabilidade internacional agravada do Estado pelo ato de agressão no Direito Internacional Público	91
PARTE II – O CRIME DE AGRESSÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL .	107
1. Dos “crimes contra a paz” ao “crime de agressão”: a evolução do conceito no Direito Internacional Penal	108
2. O crime de agressão no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998 e na Conferência de Revisão de Campala de 2010.....	128
3. A responsabilidade penal internacional do indivíduo pelo crime de agressão no Direito Internacional Penal	166
CONCLUSÃO	185
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	190
ANEXOS	206

INTRODUÇÃO

De uma certa forma, os conceitos de “Guerra” e “Direito” sempre tiveram suas histórias atreladas um ao outro. Na já famosa correspondência entre Albert Einstein e Sigmund Freud sobre as causas da guerra, o psicanalista austríaco afirmou que, apesar de “Direito” e “violência” figurarem no senso comum como antíteses, aquele derivaria desta, pois seria “um princípio geral que os conflitos de interesses entre os homens são resolvidos pelo uso da violência”¹. Nesse sentido, a lei viria a substituir a violência do indivíduo pela união de uma comunidade em torno de um princípio ou valor que poderia ser garantido por meio de sanções aos que o violassem ou por meio de uma coerção generalizada da comunidade.

Afinal, quem detém o monopólio da violência na sociedade moderna é o Estado, o mesmo responsável pela produção de uma ordem jurídica que, para garantir sua própria coercibilidade, faz, por vezes, uso de uma forma de violência organizada, como, por exemplo, a polícia, as forças armadas ou demais órgãos responsáveis pela segurança pública e nacional. Tudo isso viabilizado por e em nome do Direito.

Logo, o clássico brocardo latino *inter arma enim silente leges*, ou seja, “em tempos de guerra a lei se cala”, expressão inicialmente atribuída a Cícero em seu discurso *Pro Milone*,² tido por muitos como uma verdade incontestável, um dogma da política, não deve ser visto de forma tão rígida. Afinal, mesmo durante a guerra haveria uma dimensão básica de civilidade e *humanidade* que guiariam a ação dos combatentes e limitariam suas ações.

Theodor Meron chega ao ponto de afirmar que, em Shakespeare, se pode perceber esse traço de humanização da guerra pelos próprios códigos de ética e de conduta que os cavaleiros medievais respeitariam, como, por exemplo, em *Henrique V*, em que o personagem principal da peça, figura central na Guerra dos Cem Anos entre França e Inglaterra (1337-1453) recitaria e declamaria as chamadas “regras da guerra”, obrigando seus soldados a cumpri-las fielmente, ainda que, em momento

¹ *Um diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra?*, apes. Deisy de Freitas Lima Ventura e Ricardo Antônio Silva Seitenfus. Santa Maria: FADISMA, 2005, p. 30.

² BEAUCHOT, R. *Cicéron: Oeuvres choisies*. Paris: Librairie A. Hatier, 1940, pp. 451-526.

dramático na história e na peça, ele viria a violar tais normas gravemente.³ Vê-se, então, que mesmo na guerra haveria espaço para a “fidalguia” e “galanteria medieval”, ou pelo menos para a discussão do seu papel no âmbito da guerra.⁴

Além disso, do ponto de vista da evolução histórica do Direito Internacional Público, Stephen Neff demonstra que ele esteve diretamente afetado e influenciado pela ocorrência da Guerra, bem como a Guerra nunca esteve à margem do Direito Internacional Público, tendo sido, também, moldada em seus contornos e, de certa forma, em seu núcleo por normas internacionais. Desde a deflagração de um conflito armado entre duas nações inimigas, passando pelos embates físicos entre suas tropas e culminando na capitulação de uma das partes e na lavratura de um acordo de paz, Direito e Guerra andam mais próximos do que poderia ser pensado em um primeiro momento.⁵ Isso não significa, contudo, que esses dois conceitos tolerem tranquilamente um a existência do outro, pois por vezes a Guerra quer se ver livre das amarras do Direito, enquanto este quer acabar com todos os traços destrutivos daquela.

Voltando a Freud, é de uma certa forma o que ele havia exposto como sendo o eterno conflito entre *eros* e *thanatos*, ou seja, entre o instinto do amor, da conexão, e o instinto da agressividade, da violência. Mas, como na já citada correspondência com Einstein, Freud aponta que o melhor caminho para evitar a guerra, uma clara manifestação do *thanatos* nas relações internacionais, é produzir um sentido de comunidade, encorajar o crescimento de laços emocionais entre as nações.⁶ E, nesse sentido, o processo de evolução cultural da humanidade que Freud denomina de “civilização” tem ocupado papel central na tentativa de frear nossos instintos agressivos, acima de tudo, por meio do Direito. Logo, mais uma vez, temos o Direito e a Guerra juntos em uma mesma ideia, mas deixando de forma bem clara que aquele deve ser o freio desta.

Quando se trata de tentar limitar a Guerra por meio do Direito, é fundamental mencionar a Carta da Organização das Nações Unidas (“Carta da ONU” ou “Carta”)

³ MERON, Theodor, “Shakespeare’s Henry the Fifth and the Laws of War”, in *American Journal of International Law*, vol. 86, n. 1, 1992, p. 1-45.

⁴ MERON, Theodor. *Bloody Constraint: war and chivalry in Shakespeare*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998.

⁵ NEFF, Stephen C. *War and the Law of Nations: A General History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

⁶ *Um diálogo entre Einstein e Freud*, op. cit., pp. 38-47.

que, entre outros pontos, estabeleceu que um dos propósitos fundamentais da ONU era suprimir atos de agressão e outras violações da paz. Mais especificamente, o artigo 2(4) da Carta estabelece:

4. todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.⁷

Sobre esse artigo, dois comentários preliminares devem ser feitos. Primeiramente, o termo “agressão” não foi expressamente mencionado por tratar-se o ato de agressão de uma das diversas formas possíveis do uso da força no âmbito internacional, não sendo, conseqüentemente, adequado que um artigo proibindo o uso da força em geral fizesse menção expressa a apenas uma forma possível de violação da paz internacional. Ademais, uma menção ou definição de agressão no artigo 2(4) poderia acarretar uma aplicação prematura dos poderes do Conselho de Segurança segundo o Capítulo VII da Carta.⁸

Nesse sentido, o artigo 39 da Carta estabelece que caberá ao Conselho de Segurança determinar a existência de qualquer ameaça à paz, quebra da paz ou ato de agressão, devendo o Conselho, uma vez feita tal determinação, tomar as medidas adequadas.⁹ Dessa forma, a ONU possuía, em tese, um mecanismo adequado para a determinação de atos de agressão, sendo, contudo, ainda necessário tipificar o crime de agressão no direito internacional, a conduta que geraria responsabilidade penal internacional do indivíduo.¹⁰

Aqui, a ideia de responsabilidade deve ser entendida em sua concepção mais ampla, não só do ponto de vista jurídico, mas também político. Nesse, deve-se perguntar quem pode ser responsabilizado pela guerra. Se, por um lado, a guerra é uma típica questão de Estado, em que decisão de usar ou não a força armada é tomada levando-se em conta todo o aparato político-militar à disposição da organização Estatal, por outro lado é claro que a decisão de ir ou não à guerra é tomada por pessoas, por seres humanos, dotados de vontade, razão e moral. Logo, quando se fala em responsabilização pela guerra, o conceito pressupõe que tanto a

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta da ONU, Art. 2(4) 1945.

⁸ KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 211-212.

⁹ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “The Primacy of International Law Over Force”, in *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 177-179.

¹⁰ Sobre os poderes e competências da ONU em geral, Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 9-72.

organização política quanto seus representantes individuais respondam pela violação de normas internacionais e arquem com as consequências de suas ações. E, se não se pode exigir uma conduta moral da ação internacional do Estado, deve-se fazê-lo em relação aos responsáveis diretos pela condução de sua política externa. É nesse sentido que deve ser entendido o conceito do crime de agressão, como pressupondo a conduta do Estado, mas exigindo também a ação do indivíduo, estando ambos passíveis de responsabilização, cada um de acordo com seu regime jurídico.

Ou seja, sustenta-se ao longo da presente tese que a ocorrência de um ato de agressão é condição fundamental para que se possa falar no crime de agressão. Ou seja, é necessária a realização de um ato do Estado para que se possa sequer cogitar a possibilidade de imputação de um crime ao indivíduo. Nesse sentido, o tema em questão pressupõe a existência de um certo grau de complementaridade entre a responsabilidade internacional do Estado e a responsabilidade penal internacional do indivíduo. Para tanto, pretende-se defender a ideia de que tanto o *Estado*, com seu aparato político-militar e institucional, quanto o *indivíduo*, com suas motivações, sejam elas ideológicas, religiosas, econômicas, étnicas ou nacionalistas, podem ser considerados responsáveis pela ocorrência de certos crimes internacionais de extrema gravidade, como, por exemplo, genocídio e crimes contra a humanidade.

Acima de tudo, no entanto, pretende-se demonstrar que tanto o Estado quanto o indivíduo podem ser responsabilizados pelo que, histórica e sociologicamente, convencionou-se chamar de “Guerra”, mas que, ao longo do presente trabalho, será definido e conceituado como sendo “Agressão”, por motivos de natureza técnico-jurídica e sócio-política, alguns já apresentados, outros que serão desenvolvidos ao longo da tese. A responsabilização internacional pelo crime de agressão deve ser fundamentada, portanto, pela conduta atribuível, por um lado, ao Estado, como instrumento de implementação do uso da força armada, e, por outro lado, ao indivíduo, como responsável direto pela decisão de usar ou não da força armada de forma agressiva e contrário ao Direito Internacional.

Logo, a presente tese tem como objetivo geral demonstrar que, para o caso da agressão, a resposta adequada do Direito Internacional seria a da complementaridade entre regimes de responsabilidade internacional, ou seja, a

responsabilização do Estado pelo ato de agressão e a responsabilização do indivíduo pelo crime correspondente. Responsabilizar apenas um desses sujeitos, de acordo com os termos dos seus próprios regimes jurídicos, seria uma resposta insuficiente à agressão, pois, para sua ocorrência, é necessária a confluência da conduta tanto do Estado quanto do indivíduo que age em seu nome.

Para tanto, o primeiro objetivo específico é demonstrar que, para um ato de agressão praticado por um Estado, o regime de responsabilização aplicável deve ser o da responsabilidade internacional agravada por violação de normas imperativas, pois o uso da força armada contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de um Estado é uma das mais graves violações da proibição geral do uso da força cristalizada no artigo 2(4) da Carta da ONU. A responsabilidade internacional agravada do Estado se justifica por se tratar a proibição geral do uso da força de uma norma de *jus cogens*, nos termos do artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

Por sua vez, o segundo objetivo específico é, em um primeiro momento, avaliar a negociação e a subsequente aprovação do conceito de crime de agressão em Campala. Além disso, busca-se averiguar se, da forma como foram elaboradas, a definição do crime e as condições para o exercício de jurisdição do TPI sobre ele permitem uma responsabilização adequada dos indivíduos envolvidos e, acima de tudo, uma responsabilização complementar à do Estado responsável pelo ato de agressão.

Nesse sentido, o primeiro capítulo da parte I tratará da regulamentação do uso da força armada, ou seja, da tentativa de controle da guerra pelo Direito Internacional Público. Para tanto, será examinada a evolução histórica, filosófica, política e jurídica do fenômeno da guerra, até o seu “desaparecimento”, no início do século XX, e sua gradual substituição pelo conceito de agressão. Já no segundo capítulo da parte I será analisado o conceito de agressão no Direito Internacional Público, com atenção especial à Definição de Agressão adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1974, que consolidou a matéria e foi reconhecida como uma representação do direito consuetudário internacional. A parte I se encerra com um exame do regime da responsabilidade internacional agravada do Estado por violação de normas imperativas e sua eventual aplicação no caso específico de um ato de agressão internacional.

Por sua vez, a parte II será dedicada ao exame do conceito de crime de agressão no Direito Internacional Penal. Nesse sentido, o primeiro capítulo trata do surgimento do conceito de crimes contra a paz a partir do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e consagrado pelos julgamentos dos demais tribunais militares internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial. Já o segundo capítulo da parte II trata da substituição do conceito de “crimes contra a paz” pela ideia de crime de agressão, conceito mais diretamente vinculado ao ato de agressão analisado na parte I da tese.

Dessa forma, o exame se concentrará nos esforços de definição do crime de agressão no âmbito do Estatuto de Roma de TPI de 1998, culminando com a Conferência de Revisão de Campala de 2010, ao fim da qual foram adotadas emendas definindo o crime e estabelecendo as condições para o TPI exercer jurisdição sobre indivíduos que o cometam. Tais emendas, no entanto, possuem diversos defeitos que, como resultado final, podem acabar minando a independência do TPI no que diz respeito ao julgamento do crime de agressão. Por fim, o terceiro capítulo faz um breve apanhado da evolução da responsabilidade penal individual por crimes internacionais e avalia até que ponto o crime de agressão, como definido em Campala, pode ensejar responsabilidade penal individual nos termos do Estatuto de Roma.

PARTE I – O ATO DE AGRESSÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Desde o fim da Primeira Guerra Mundial, houve diversas tentativas de proscrição da guerra nas relações internacionais e de responsabilização penal de indivíduos, especialmente os autores ou deflagradores desse fenômeno social. Ou seja, a definição do crime de agressão tem sido uma das questões centrais no desenvolvimento recente do Direito Internacional Público, em geral, e do Direito Internacional Penal, em particular.

A discriminação desses dois campos é necessária, pois, por um lado, a agressão envolveria o uso da força armada por um Estado, e, por outro, a conduta criminosa de um indivíduo. A agressão armada só poderia ocorrer por intermédio do aparato político-militar de um Estado, que, por sua vez, só pode ser comandado por indivíduos aptos a conduzir a ação desse Estado. Logo, o que se pretende demonstrar é que uma definição adequada desse conceito pressupõe a análise (i) da agressão como ato do Estado no Direito Internacional Público e (ii) da agressão como crime do indivíduo no Direito Internacional Penal.

A primeira definição para tal crime, prevista em um tratado internacional, foi adotada no artigo 6(a) da Carta do Tribunal Militar Internacional, anexa ao Acordo de Londres para o Estabelecimento de Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945. Então chamados de “crimes contra a paz”, o artigo 6(a) define o que se convencionou chamar de crime de agressão como sendo:

[P]lanejamento, preparação, iniciação ou deflagração de uma guerra de agressão ou de uma guerra em violação de tratados, acordos ou garantias internacionais, ou participação em um plano comum ou conspiração para a realização de quaisquer dos atos citados.¹¹

Tal conceito foi reproduzido, com algumas variações, no artigo II(1)(a) da Lei do Conselho de Controle nº 10, de 1945, e no artigo 5(a) da Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, de 1946. Da mesma forma, em 1946 a Assembleia Geral da ONU reconheceu os princípios de Direito Internacional consagrados pela Carta e pelo julgamento do Tribunal Militar Internacional. Já em 1947, a Assembleia Geral instruiu a CDI a formular tais princípios, o que a Comissão

¹¹ “[P]lanning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing” (Tradução livre do autor).

fez em 1950, sob o título de “Princípios de Nuremberg”, documento em que foram transcritas as definições de crimes previstas na Carta do Tribunal Militar Internacional, entre os quais contava os crimes contra a paz.

Em 10 de junho de 2010, quase sessenta e cinco anos depois da adoção da primeira definição do crime de agressão, a Primeira Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promovida pela Assembleia dos Estados-Parte do TPI e sediada em Campala, Uganda, aprovou por aclamação a emenda que acrescenta o artigo 8 *bis*, parágrafo 1, ao Estatuto, que afirma:

1. Para os fins do presente Estatuto, “crime de agressão” significa o planejamento, a preparação, a iniciação ou a execução, por uma pessoa em uma posição de efetivamente exercer controle sobre ou dirigir a ação política ou militar de um Estado, de um ato de agressão que, por seu caráter, gravidade e escala constitui uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas.¹²

Entre as mais de seis décadas que separam essas duas definições houve tantos avanços, como a adoção consensual da resolução 3314 sobre Definição de Agressão pela Assembleia Geral da ONU em 1974, quanto retrocessos, como a exclusão de qualquer menção ao crime de agressão nos estatutos dos Tribunais Penais Internacionais *Ad Hoc* da Ex-Iugoslávia e de Ruanda. Todas essas fases na evolução do conceito de agressão serão objeto de exame da presente parte da tese. Nesse sentido, será dada especial atenção aos elementos do ato de agressão no âmbito da responsabilidade internacional do Estado e, também, às características do crime de agressão no que tange à responsabilidade penal internacional do indivíduo.

Tal atenção se justifica em razão da questão da complementaridade entre os dois regimes de responsabilidade internacional do Estado e do indivíduo serem de suma importância no caso específico da agressão. Isso pode ser constatado pelo fato da agressão não se tratar apenas de uma violação do *jus cogens* internacional, que gera, conseqüentemente, a responsabilidade agravada do Estado que a comete, como também se enquadrar na categorias de “crimes sistêmicos” ou “crimes coletivos”, ou seja, aqueles que exigem ou requerem a utilização do aparato estatal para sua ocorrência, além da conduta delituosa praticada do indivíduo. Logo, a análise da responsabilidade internacional pela agressão pressupõe a identificação

¹² “1. For the purpose of this Statute, ‘crime of aggression’ means the planning, perpetration, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.” (Tradução livre do autor).

dos elementos fundamentais tanto do ato de agressão atribuível ao Estado quanto do crime de agressão de autoria do indivíduo. A questão da complementaridade entre esses dois regimes de responsabilidade internacional será objeto de exame na segunda parte da tese, como afirmado anteriormente.

Nesse sentido, além de analisar a questão da agressão como a mais grave forma de violação da proibição geral do uso da força no Direito Internacional, demonstrando a evolução do pensamento jurídico internacionalista sobre a matéria, a presente seção do trabalho tratará, acima de tudo, dos esforços políticos para definição do crime de agressão, no âmbito do TPI, e das condições para o exercício de sua jurisdição sobre o crime, conforme acordadas na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, ocorrida em Campala, na Uganda, em 11 junho de 2010. O resultado prático dessa conferência será, enfim, analisado à luz de um quadro teórico-conceitual desenvolvido na presente tese para averiguar a sua adequação e pertinência tanto no âmbito do Direito Internacional Público quanto do Direito Internacional Penal.

A responsabilidade internacional do indivíduo pelo crime de agressão pressupõe, necessariamente, a ocorrência de um ato de agressão atribuível ao Estado. Contudo, o conceito de agressão não pode ser analisado de forma individual ou compartimentada, devendo-se, acima de tudo, entender o processo que levou à regulamentação e à limitação do uso da força armada pelo Estado no Direito Internacional.

A agressão é, em primeiro lugar, um ato atribuível ao Estado, pois, por definição, a decisão de ir ou não à guerra, de usar ou não a força armada cabe precipuamente ao principal ator político interno e internacional. Isso não significa, contudo, que os indivíduos que de fato conduzem a política não possam ser responsabilizados por atos de guerra, mas que o Estado em nome de quem agem deve ser o primeiro a responder por tal conduta. Nesse sentido, deve-se, antes de mais nada, proceder a uma definição do ato de agressão no âmbito do Direito Internacional a partir de alguns conceitos fundamentais, notadamente a questão da guerra nas relações internacionais.

1. Da “guerra” à “agressão”: origens da regulamentação do uso da força armada pelo Direito Internacional Público

Em primeiro lugar, a agressão deve ser entendida como aquela espécie do gênero mais amplo do uso da força armada, que historicamente melhor corresponde ao que se convencionou chamar de *guerra*. Dessa forma, o conceito da guerra, tanto no âmbito do Direito quanto das Relações Internacionais, será objeto de um breve exame, que, no entanto, mostra-se extremamente necessário para uma compreensão plena do conceito de agressão e de seu tratamento pelo Direito Internacional contemporâneo. Nesse sentido, serão também esclarecidas certas qualificações do conceito de guerra, dependendo do contexto e da natureza do conflito em questão, como, por exemplo, as ideias de *guerra ofensiva* e *guerra defensiva*. Como será demonstrado, a agressão corresponde mais adequadamente à primeiras dessas ideias.

Em segundo lugar, o tratamento jurídico concedido historicamente à guerra passou por diversas alterações, que por sua vez deram causa à introdução do conceito de agressão no Direito Internacional e, de uma certa forma, à própria consolidação do Direito Internacional como ramo do conhecimento jurídico. Nesse sentido, a primeira parte do presente capítulo se encarregará de proceder à análise histórico-evolutiva do fenômeno da guerra e do seu tratamento pelo Direito Internacional, até a adoção do conceito de agressão como um termo destinado a designar o uso ilegal da força por parte de um Estado, já no início do século XX.

Historicamente, o uso da força armada por parte de soberanos não era algo proscrito ou proibido de forma absoluta pelo Direito Internacional. A guerra sempre foi vista como um fenômeno social, se não inevitável, de ocorrência muito frequente ao longo da história da humanidade. Dessa forma, todo e qualquer tratamento jurídico dado ao tema deve sempre levar em conta esse aspecto. Nesse sentido, a história da regulamentação da guerra pelo Direito Internacional passou por diversas etapas, desde uma relativa tolerância e aceitação do fenômeno, passando por um período de consagração como um direito soberanos dos Estados e culminando com a proibição geral do uso da força armada nas relações internacionais.

A guerra é provavelmente uma das mais antigas formas de relacionamento entre povos e nações, e um evento cuja recorrência e continuidade ao longa da história da humanidade chama a atenção de estudiosos e pesquisadores, desde os tempos mais remotos até os dias de hoje. Entre os que estudaram e analisaram o fenômeno da guerra, é sempre lembrada figura de Carl von Clausewitz, cuja definição clássica de guerra a trata como “um ato de violência destinado a constranger o adversário a executar nossa vontade”,¹³ além de também considerá-la como “uma continuação da política por outros meios”.¹⁴

A preocupação de Clausewitz diz respeito às estratégias a serem utilizadas na guerra, não tendo o general prussiano nenhuma preocupação com os aspectos jurídicos ou morais desse fenômeno. Segundo Walzer, a noção de guerra de Clausewitz “traz consigo a ideia de ausência de limites, não importa quais sejam as restrições de fato observadas nessa ou naquela sociedade.”¹⁵ A guerra, acima de tudo, dever ser lutada com todos os meios disponíveis e buscando alcançar o objetivo traçado, não havendo sentido em se adotar normas jurídicas ou morais que seriam, antes de tudo, estranhas ao ambiente da guerra e, conseqüentemente, de aplicação artificial e desnecessária. É interessante ainda notar que essa definição de Clausewitz foi tão impactante a ponto de influenciar definições também consagradas quanto ao estatuto jurídico da guerra, como a de Oppenheim, que a vê como “o conflito entre dois ou mais Estados por meio de suas forças armadas, com o propósito de sobrepor um ao outro e impor condições de paz aprazíveis ao vitorioso.”¹⁶

Ainda que a primeira definição abordada tenha sido elaborada por aquele que muitos¹⁷ consideram o “pai” dos estudos estratégicos dentro do paradigma realista nas Relações Internacionais, e a segunda por um dos maiores representantes do positivismo jurídico no Direito Internacional, elas possuem em comum a referência

¹³ CLAUSEWITZ, Carl Von. *De la Guerre*. Trad. Denise Naville. Paris: Les Éditions de Minuits, 1955, p. 51.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 67.

¹⁵ WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas*, p. 37.

¹⁶ OPPENHEIM, Lassa; LAUTERPACHT, Hersch (ed.) *International law*. 7ª ed., v. 2., 1952, p. 202.

¹⁷ DINIZ, Eugênio. “Epistemologia, História e Estudos Estratégicos: Clausewitz versus Keegan”, *Contexto Internacional*. vol. 32, n. 1, janeiro/junho 2010, pp. 39-90; PROENÇA JR., Domício; DUARTE, Érico Esteves. “Os estudos estratégicos como base reflexiva da defesa nacional”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 50, n.1, 2007, pp. 29-46; SILVA, Júlio César Dolce da. “Os conceitos de Clausewitz aplicados aos estudos estratégicos do mundo contemporâneo”, *Revista da Escola Superior de Guerra*, ano XIII, n. 36, 1998, pp. 185-194.

ao objetivo da guerra, qual seja, o da parte vitoriosa impor sua vontade sobre a parte derrotada.¹⁸ Contudo, conforme já dito por Waltz, perguntar quem ganhou determinada guerra equivaleria a perguntar quem ganhou o terremoto de São Francisco.¹⁹ Nesse sentido, uma definição mais técnica e precisa sobre o que é a guerra deve tratar mais da natureza do fenômeno e menos da motivação ou do objetivo das partes envolvidas em sua realização.

No âmbito das Relações Internacionais, uma definição extremamente útil para o presente estudo é aquela apresentada por Bull, que conceitua a guerra como “a violência organizada promovida pelas unidades políticas entre si.”²⁰ O autor, contudo, entende ser necessário diferenciar a guerra em seu *sentido amplo* de violência organizada exercida por qualquer unidade política, seja um tribo, uma cidade-estado ou um antigo império, da guerra em seu *sentido estrito*, como um conflito armado internacional entre Estados.

Bull também alerta para a necessidade de se distinguir a guerra no *sentido material*, que pressupõe a efetividade da violência e da hostilidade, da guerra no *sentido legal* ou normativo, que deve ser baseada na existência de uma declaração oficial e formal, aos moldes das antigas declarações de guerra levadas a cabo, por exemplo, pelos países latino-americanos em relação ao Eixo, durante a Segunda Guerra Mundial, mesmo que em vários casos não tenha ocorrido uma única troca de tiros entre tais beligerantes formais. Por fim, o autor sugere uma diferença quanto à causa ou motivação da guerra, que pode ser *racional*, nesse sentido expressamente ao conceito de Clausewitz e à ideia de “razão de Estado”, ou *impulsiva*, quando motivada por ódios de natureza étnica, religiosa ou nacionalista.²¹

Em uma tentativa que busca conciliar a história das ideias sobre a guerra e a prática jurídica e militar dos povos da Antiguidade, Stephen Neff identifica pelo menos quatro elementos centrais às diferentes concepções de guerra: em primeiro

¹⁸ Há, inclusive, quem afirme que o realismo político e positivismo jurídico contemporâneo compartilham de diversas premissas teóricas que os aproximam, como, por exemplo, a exclusão de considerações morais de seus campos de estudo, o compromisso com uma abordagem científica quanto ao seu objeto de estudo e a centralidade da figura do Estado em suas análises, cf. ARMSTRONG, David; FARRELL, Theo; LAMBERT, Hélène. *International Law and International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 78-82.

¹⁹ WALTZ, Kenneth. *O homem, o Estado e guerra: uma análise teórica*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3.

²⁰ BULL, Hedley, *A Sociedade Anárquica: um estudo da ordem na política mundial*. Trad. Sergio Bath. Brasília: Editora UnB, 2002, p. 211.

²¹ BULL, op. cit., pp. 212-213.

lugar, a guerra deve ser entendida como um conflito violento entre coletividades ou comunidades, e não como embates entre indivíduos; em segundo lugar, o inimigo em um conflito dessa natureza deve ser externo, estando excluídos, portanto, os conflitos de natureza puramente interna; em terceiro lugar, deve haver, em alguma medida, normas jurídicas que limitem ou constringam a atividade da guerra; e, em quarto lugar, deve também haver uma distinção razoavelmente clara entre os tempos de paz e os tempos de guerra.²² Pode-se, portanto, identificar um certo padrão comum ou traços compartilhados nessas diversas definições de natureza política, histórica ou jurídica sobre o que poderia ser considerado como guerra.

Tais traços também podem ser percebidos no âmbito Direito Internacional, quando Yoram Dinstein, depois de proceder a uma análise crítica do supracitado conceito de Oppenheim, lança mão de uma categorização dos possíveis sentidos de “guerra” semelhante à utilizada por Bull, sugere a seguinte definição:

Guerra é a interação hostil entre dois ou mais Estados, seja num sentido técnico ou material. A guerra no sentido técnico é o status formal produzido por uma declaração de guerra. A guerra no sentido material é gerada pelo uso da força armada, que deve ser extensiva e realizada por pelo menos uma das partes do conflito.²³

Na verdade, a primeira parte da definição de Dinstein é extremamente semelhante à de Bull, diferenciando-se as duas no maior detalhamento que o jurista israelense apresenta ao tratar da natureza da guerra. De todas as definições apresentadas e discutidas, é certamente a mais precisa, o que não significa, no entanto, que esteja imune a críticas. Em primeiro lugar, a chamada “guerra no sentido técnico” caiu praticamente em desuso nos dias de hoje, com a quase inexistência de declarações formais de guerra, muito em razão da proibição geral do uso da força armada no Direito Internacional consagrado no artigo 2(4) da Carta da ONU de 1945. De qualquer maneira, há quem ainda considere a declaração de guerra uma necessidade formal para que o fenômeno social da guerra tenha a sua roupagem jurídica adequada.²⁴

²² NEFF, *War and the Law of Nations*, pp. 14-29.

²³ DINSTEIN, *op. cit.*, p. 155.

²⁴ Nesse sentido, é pertinente a observação feita no relatório da Câmara dos Lordes do Reino Unido, quanto à participação daquele país nas intervenções no Afeganistão e, especialmente, no Iraque: “The United Kingdom has made no declaration of war since that against Siam (modern Thailand) in 1942, and it is unlikely that there will ever be another. Developments in international law since 1945, notably the United Nations (UN) Charter, including its prohibition on the threat or use of force in

Em segundo lugar, ao estabelecer que a força armada utilizada em uma guerra deve ser extensiva, o autor exclui de sua definição todos aqueles conflitos de menor escala e duração que têm sido os mais característicos do período imediatamente posterior ao fim da Guerra Fria, ressalvados, obviamente, os conflitos armados no âmbito da ex-Iugoslávia.²⁵ De qualquer maneira, tal consideração de Dinstein não merece ser alvo de uma crítica mais contundente, uma vez que vem se tornando pacífico na literatura jurídica e política contemporânea que as dimensões de um conflito armado devem alcançar um determinado patamar para que seja considerado uma guerra.²⁶

Por fim, o último elemento da definição de Dinstein que merece comentários é o fato de ele entender a guerra como sendo necessariamente um conflito entre dois ou mais Estados, retirando do âmbito de sua análise, por exemplo, os chamados conflitos armados de caráter não-internacional, comumente conhecidos como “guerras civis”, e as “guerras assimétricas”, em que um Estado luta contra uma facção ou grupo que não representa um Estado, sendo uma organização política autônoma, mas com atuação transnacional, como no caso do terrorismo.²⁷ Contudo, mesmo com os comentários e as ressalvas feitos à definição da guerra feita por Dinstein, entre as outras definições apresentadas e analisadas na presente seção, esta se apresentou como a mais adequada.

Logo, para os fins do presente trabalho, será adotada a definição de guerra apresentada por Dinstein. Esclarecida essa questão, deve-se, agora, partir para a análise do tratamento dado à guerra pelo Direito Internacional, com foco especial na

international relations, may well have made the declaration of war redundant as a formal international legal instrument (unlawful recourse to force does not sit happily with an idea of legal equality).” Contudo, no mesmo parágrafo, ao relatório refere-se a uma suposta necessidade da declaração de guerra, mas segundo o Direito Constitucional britânico, não de acordo com o Direito Internacional: “The courts have recently decided that, as a matter of our constitutional law, the United Kingdom is not at war with Iraq because there has not been a declaration of war.” in “Waging war: Parliament’s role and responsibility House of Lords Select Committee on the Constitution”, 27.07.2006, p. 7, par. 10, disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/ldconst/236/236i.pdf> (Acesso em 10.09.2011).

²⁵ A guerra civil na ex-Iugoslávia, que envolveu diversas tensões étnico-religiosas de origem histórica na região dos Balcãs de 1991 a 1995, é considerada o mais violento e destrutivo conflito europeu desde o final da Segunda Guerra Mundial, com o número de vítimas estimado entre 130.000 e 140.000 pessoas.

²⁶ SHEEHAN, Michael, “The evolution of modern warfare”, in in BAYLIS, John; WIRTZ, James J.; GRAY, Colin S.; COHEN, Eliot. (eds.) *Strategy in the contemporary world: an introduction to strategic studies*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 42-64.

²⁷ KIRAS, James D., “Irregular warfare: terrorism and insurgency”, in BAYLIS et ali, op. cit., pp. 163-191.

já clássica distinção entre “guerra justa” e “guerra injusta”, discussão central para o desenvolvimento das normas que vieram a regular o uso da força armada nas relações internacionais.

Historicamente, como Neff afirma, a guerra moldou o Direito tanto quanto o Direito moldou a guerra.²⁸ Contudo, uma vez que este trabalho não se apresenta como uma história geral do Direito à Guerra ou do Direito da Guerra, referências e relatos históricos se limitarão ao que pode ser considerado como essencial para a formatação atual das normas internacionais de regulamentação do uso da força armada no Direito Internacional. Logo, a atenção inicial será mais voltada à tradição jurídica ocidental, com seus primórdios político-filosóficos já identificáveis na Antiguidade clássica, com atenção especial para as contribuições de Grécia e Roma ao pensamento sobre a guerra. Em seguida, o desenvolvimento da doutrina da guerra justa pela teologia cristã medieval será analisado, com especial exame das contribuições de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino aos elementos e critérios que fariam com que a guerra, em tese uma atividade repudiada pelo pacifismo cristão, pudesse ser travada em ocasiões especiais.

Também será extremamente importante a análise da guerra pelos chamados “pais fundadores do Direito Internacional”, especialmente Hugo Grócio, responsável por uma sistematização das normas internacionais que regulamentariam e, acima de tudo, limitariam o recurso à guerra por parte dos Estados, que surgiam como novos e poderosos atores internacionais já em meados do século XVII. Em seguida à análise da transição de uma normativa da guerra baseada em um jusnaturalismo racionalista para uma regulamentação fundada no positivismo voluntarista, especialmente no século XIX, será tratada a questão da proibição da guerra como extensão da política dos Estados e como forma legítima de solução de controvérsias internacionais, passando pelo atual tratamento dado ao uso da força armada no Direito Internacional e culminando na questão da natureza do ato de agressão no sistema jurídico internacional contemporâneo.

Ainda que a guerra seja para muitos um fenômeno anterior à própria ideia de sociedade, podendo ser identificada sua origem na própria natureza,²⁹ para analisar devidamente a evolução do pensamento jurídico e político sobre tal fenômeno é

²⁸ NEFF, op. cit., p. 2.

²⁹ WRIGHT, Quincy. *A Study of War*. Chicago: University of Chicago Press, 1942, v. 1, pp. 29-41.

necessário partir de um ponto histórico definido e sobre o qual há registros suficientes para que se possa fazer um exame razoavelmente seguro. Nesse sentido, já na Grécia antiga se pode perceber uma preocupação de cunho “nacionalista” na condução da guerra, ainda que, politicamente, cada cidade-Estado grega fosse quase um mundo em si mesma.

Segundo Arthur Nussbaum, em manifestação posteriormente referendada por Neff, os pensamentos de Sócrates, conforme nos foram transmitidos por Platão, são no sentido de não considerarem como guerra os conflitos deflagrados entre os gregos, em oposição às lutas travadas contra o que o filósofo chamava de “bárbaros”, ou seja, os povos estrangeiros.³⁰ Além disso, Nussbaum aponta que em tais conflitos “nacionais”, ou entre diferentes “federações” ou “ligas”, pode-se perceber diversos momentos de moderação ou até clemência em relação aos inimigos, bem como o respeito por certas garantias básicas, como, por exemplo, o direito de asilo em templos, que era ampliado em tempos de batalha, bem como a inviolabilidade dos sacerdotes e o direito de ambas as partes em conflito de enterrarem seus mortos.³¹

Contudo, é no Direito Romano clássico em que melhor se pode perceber uma certa sistematização e organização de normas sobre a guerra, em contraste com a realidade grega. Já na Monarquia romana, que se estende até 509 d. C., havia a figura dos *fetiales*, sacerdotes que se organizavam em corporações de vinte sacerdotes (*collegium fetialum*) e que eram os responsáveis pelas ações de alcance internacional da Monarquia, desde a celebração de tratados até a realização de uma guerra.

Esse corpo religioso, após uma consulta aos deuses, decidia quando uma outra nação havia violado seus deveres para com Roma, sendo tal nação informada da decisão dos fetiais por meio de um delegado, podendo ter um prazo de trinta a trinta e três dias para deliberar sobre qual posição tomar, buscando uma solução

³⁰ BEDERMAN, David J. *International Law in Antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 36-40 e 212-222.

³¹ NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, pp. 11-12. O autor aponta, contudo, que não existia na Grécia algo como o Código de Manu, que refletia a benevolência hindu e estabelecia as normas básicas de conduta dos monarcas durante a guerra, cf. NEFF, *War and the Law of Nations*, p. 23; FERNANDES, Jean Marcel. *A promoção da paz pelo Direito Internacional Humanitário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, pp. 24-25; SUBEDI, Surya P. “The Concept in Hinduism of ‘Just War’”, *Journal of Conflict & Security Law* (2003), Vol. 8, nº 2, pp. 339-361.

pacífica com Roma. Já na época da República, findo esse prazo sem ter sido alcançado uma solução, os *fetiales* podiam informar ao Senado romano que existia uma causa justa para a guerra, sendo que a decisão política final cabia ao Senado e ao povo romano.

Se a guerra fosse declarada, ela poderia ser considerada “justa” e “piedosa”, *bellum justum et pium*.³² O que se pode perceber aqui são os primórdios do que se consolidou como sendo a doutrina da “guerra justa”. O que importa é compreender que uma guerra, segundo os *fetiales*, poderia ser considerada como justa se houvesse uma ofensa anterior a Roma, sem qualquer forma de reparação por parte da nação que incorrera no ilícito, e a guerra fosse o único caminho possível para reparar o dano causado.³³

Um dos grandes responsáveis por desenvolver a doutrina da guerra justa nos seus primórdios foi Cícero, um dos primeiros em Roma a distinguir de forma expressa entre as guerras justas e as injustas (*bellum injustum*). Segundo o famoso orador romano, nenhuma guerra poderia ser considerada justa sem algum pedido formal à nação estrangeira exigindo a reparação pelo dano causado, ou sem um aviso ou declaração oficial anterior ao ataque.³⁴ Além disso, Cícero entendia que o processo dos *fetiales* era um processo justo de regulamentação da conduta na guerra.

Segundo o orador romano, o único objetivo da guerra seria a instauração de uma paz tranquila; e, quando alcançada a vitória, aqueles que não haviam sido bárbaros e sanguinários deveriam ser poupados.³⁵ Nesse sentido, Cícero enaltece que, mesmo na guerra, alguma dimensão de humanidade deve existir, especialmente no que diz respeito à conduta das partes em conflito.³⁶ Mas, acima de tudo, as principais contribuições de Cícero à teoria de guerra justa dizem respeito às

³² NUSSBAUM, op. cit., pp. 12-13; DINSTEIN, op. cit., pp. 87-88; NEFF, op. cit., pp. 27-29; ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 86-87.

³³ Como todo processo de índole religiosa, a decisão de ir ou não a guerra, mediante a autorização dos *fetiales*, era acompanhada de uma liturgia característica e que, com o passar do tempo, foi perdendo espaço em Roma, tratando-se de um processo que culminava no arremesso pelos *fetiales* de uma “lança mágica”, mergulhada em sangue ou com ferro na ponta, dentro do território inimigo. Mas houve ocasiões de que Roma procedeu a guerras ou invasões sem qualquer autorização formal dos *fetiales* ou do Senado, como, por exemplo, no caso da invasão da Gália, cf. NEFF, op. cit., p. 27.

³⁴ CÍCERO, *De officiis*, Livro I, Par. XI, 35, 36; CÍCERO, *De re publica*, Livro III, 35; VALENTE, Pe. Milton. *L'Étique stoïcienne chez Cícéron*. Paris: Librairie Saint-Paul, 1958, p. 393.

³⁵ CÍCERO, *De officiis*, Livro I, Par. XI, 35.

³⁶ VALENTE, op. cit., p. 392-393.

causas que permitem uma nação a iniciar uma guerra contra outra. Segundo ele, haveria duas grandes causas justas para a guerra: a guerra poderia ser travada como uma punição ao inimigo por uma violação de uma obrigação dele para com a outra nação, ou a guerra poderia ser levada a cabo para repelir um ataque contra a nação.³⁷

Essas contribuições de Cícero, ainda que um tanto quanto breves e não tão elaboradas quanto às ideias da escolástica medieval a respeito da guerra justa, podem servir para uma classificação tentativa quanto à causa ou motivação das guerras. Na primeira causa possível, em que a guerra surge em razão de um ilícito praticado pela outra parte, podemos falar em “guerras punitivas”, ou seja, no uso da força como uma forma de sanção internacional a violação de um tratado ou norma costumeira. Já na segunda causa mencionada por Cícero, na guerra como uma reação ao uso da força por outra nação, é possível classificar esses conflitos de “guerras defensivas”.³⁸ Pode-se determinar que aquelas guerras que não tivessem uma causa justa seriam ilegítimas ou imorais, e, conseqüentemente, poderiam ser classificadas de “guerras agressivas”.

Algo interessante a ser salientado é que, já em Cícero, pode ser percebido que a determinação de uma “causa justa” para a guerra cabe apenas àquela nação que a deflagra, havendo apenas, no caso do rito do *fetiales*, uma consulta à outra parte para saber qual será a resposta dada à acusação feita por Roma de que essa nação estrangeira violou um tratado ou obrigação moral para com Roma. Ou seja, ainda que a “justiça” esteja baseada em uma decisão dos sacerdotes após uma consulta com os deuses, algo que, segundo Cícero, conferia “garantias” ao processo dos *fetiales*, a decisão sobre se uma guerra é justa, e, conseqüentemente, legítima, cabe exclusivamente à parte que deseja deflagrá-la.

A unilateralidade na determinação de uma causa justa é um dos primeiros aspectos a serem destacados nos primórdios da regulamentação da guerra. No entanto, esse unilateralismo seria temperado e minimizado com a referência a

³⁷ CÍCERO, *De re publica*, Livro III, 35; NEFF, op. cit., pp. 37-38; contudo, há uma discussão em *De officiis* sobre se as guerras de extensão territorial, ou guerras imperiais, não poderiam servir como causas justas, pois, se o objetivo de toda guerra, segundo o orador romano, é levar a uma paz tranqüila, o crescimento de Roma e a instauração de sua *pax* seriam uma forma de civilização do mundo bárbaro, que traria uma paz mais estável ao Império, tornando justa a guerra travada para a conquista do território inimigo, cf. VALENTE, op. cit., p. 392.

³⁸ MCMAHAN, Jeff, “Aggression and Punishment”, in MAY Larry (ed.) *War: essays in political philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 68-78.

termos como a “lei natural”, representando um critério objetivo, superior à vontade dos governantes, e que, conseqüentemente, limitaria suas ações. Esse seria, portanto, um segundo elemento típico das primeiras teorizações sobre a guerra justa: a existência de uma ordem superior, de cunho natural ou religioso, que seria o fundamento para a alegação de que determinado conflito possuía ou não uma causa justa. Tal elemento pode ser mais claramente observado na doutrinas da guerra justa elaboradas pela teologia cristã medieval.

Como aponta Dinstein, a doutrina do *bellum justum* não desapareceu com o *jus fetiale*, tendo sido, em lugar disso, adaptada e revitalizada durante a Idade Média, pela teologia cristã e pelo Direito Canônico.³⁹ Tal revitalização teve de enfrentar um obstáculo inicial oriundo da dogmática religiosa, pois a Igreja adotara não só uma postura pacífica geral, como também proibira os cristãos de se alistar como soldados, pois, historicamente, no Império Romano os exércitos eram os principais responsáveis pela perseguição aos cristãos. Logo, seria normal e esperado que, além de ser uma religião originariamente pacífica, houvesse um repúdio à guerra e à violência de que essa mesma religião fora vítima.⁴⁰ Isso muda quando, à época da conversão de Constantino, o Cristianismo se torna a religião oficial do Império. A partir desse momento, os cristãos deveriam “derramar seu sangue pelo bem do Império”.⁴¹

Do ponto de vista teológico, o principal responsável por tentar conciliar o ideal da Igreja com a realidade da guerra foi Santo Agostinho, em sua obra *De Civitate Dei*, em que ele declara, como princípio fundamental, que toda guerra era um evento lamentável, mas que qualquer ataque ou violação cometidos pelo oponente exigiam a necessidade de se promover a guerra justa.⁴² O teólogo medieval teria sido um dos primeiros pensadores a romper com o pensamento pacifista dos fundadores da teologia cristã.⁴³

Assim como Cícero, Santo Agostinho entendia que a guerra poderia apenas servir como um meio de obtenção de uma “paz tranquila e duradoura”, e afirmava

³⁹ DINSTEIN, op. cit., p. 88.

⁴⁰ ELBE, Joachim Von. “The Evolution of the Concept of Just War in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 33, Nº 4, pp. 665-668.

⁴¹ DINSTEIN, op. cit., p. 89.

⁴²; RAMOS, Francisco M. Tomás. *A idéia de Estado na doutrina ético-política de Santo Agostinho: um estudo epistolário comparado com o “De Civitate Dei”*. São Paulo: Edições Loyola, 1984, pp. 343-344.

⁴³ MAY, Larry. *Aggression and Crimes Against Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 26 e 40.

que a guerra só poderia ser feita com justiça como punição e reparação por uma ofensa. Logo, poderia ser travada uma guerra contra uma cidade ou Estado que não quisesse castigar ou punir a ofensa praticada por um ou vários dos seus súditos, ou que se recusasse a retornar algo que havia tomado injustamente, mas seria claramente injusta uma guerra que tivesse como objetivo o simples aumento de poder, ou a conquista de território.

O que se depreende da análise das ideias de Santo Agostinho é que, para o teólogo, a guerra era mais um procedimento de responsabilização pelo que era entendido como um ilícito, podendo ela assumir tanto a natureza de uma ação punitiva quanto de reparação de danos.⁴⁴ O resultado da guerra não se confundia com a sua causa, podendo ser ele tanto um castigo quanto uma purificação desejada pelos mais altos propósitos da Divina Providência. Portanto, o Juízo Final decidiria sobre a salvação ou a condenação dos homens.⁴⁵ Além disso, segundo May, Santo Agostinho revela, mais do que uma preocupação com o que chamamos de “guerras defensivas”, um interesse maior nas guerras travados pelos interesses dos outros, como se avaliar por dois ditames morais do teólogo em relação à guerra: “Em primeiro lugar, não se deve fazer o mal a ninguém; e em segundo lugar, deve-se ajudar a todos sempre que possível”. De acordo com May, matar alguém causa dano e deve, portanto, ser proibido. Contudo, em casos excepcionais, para ajudar terceiros e impedir uma injustiça maior, pode ser necessário matar alguém em uma guerra.⁴⁶

O que se pode depreender do pensamento de Santo Agostinho, na esteira da argumentação de May, é que as guerras defensivas poderiam, ainda, ser divididas entre aquelas exercidas em legítima defesa, que podem ser chamadas de “guerras defensivas *stricto sensu*”, e aquelas exercidas em benefício de terceiros, ou “guerras defensivas *lato sensu*”. Tal diferenciação se mostrará extremamente importante na análise da proibição contemporânea do uso da força e os casos de legítima defesa e intervenção humanitária, por exemplo.

⁴⁴ É interessante perceber que, quanto às guerras de conquista, Santo Agostinho, procedendo a um exame dos conflitos travados pelo Império Romano do Ocidente à luz de uma filosofia moral e religiosa da história de Roma, era extremamente crítico ao crescimento territorial possibilitado pela guerra, que ele chamou de *grande latrocinium*, em oposição ao pensamento de Cícero, mais tolerante com a guerra de conquista, cf. ELBE, op. cit., p. 668-669.

⁴⁵ NUSSBAUM, op. cit., p. 40-41.

⁴⁶ MAY, *Aggression*, p. 48.

Ainda dentro da teologia cristã, outra contribuição digna de nota para a doutrina da guerra justa foi aquela feita por Santo Tomás de Aquino, que, com base nas construções iniciais de Santo Agostinho, definiu critérios razoavelmente objetivos para que a guerra, ainda vista como um pecado pelo pacifismo cristão, pudesse ser travada em ocasiões excepcionais. Na segunda parte de sua *Summa Theologiae*, Santo Tomás de Aquino argumentou que nem sempre seria um pecado a participação em uma guerra, desde que fosse atendidas três condições: i) que ela tivesse sido autorizada pelo “príncipe” (*auctoritas principis*); ii) que houvesse uma causa justa, ou seja, que a parte contrária merecesse ser combatida por delitos ou faltas cometidas (*propter aliquam culpam*); e iii) que o beligerante tenha *recta intentio*, ou seja, a intenção de promover o bem ou de evitar o mal.⁴⁷

Nussbaum, analisando cada um dos requisitos elencados por Santo Tomás, aponta que não houve propriamente dita uma inovação em relação às ideias de Santo Agostinho, mas, na verdade, uma sistematização dos elementos formais e morais necessários para que determinada guerra fosse tida como justa. Dos três elementos citados, o que pode ser visto como de natureza formal é a autoridade do “príncipe”, justamente o elemento a que Santo Tomás menos dedicou atenção, não indicando quem seriam os soberanos investidos dessa autoridade, uma vez que a figura do Estado como principal ator político ainda não havia sido criada à época do teólogo. A grande questão continua sendo a determinação de uma causa justa para a guerra, algo que, na filosofia moral da Idade Média, só poderia caber à Igreja, de modo que, mais uma vez, a determinação da justiça ou injustiça de uma guerra dependia de desígnios religiosos.⁴⁸

Segundo Dinstein, a influência da organização apresentada por Santo Tomás foi tão grande que diversos canonistas, ao analisar e interpretar o conceito de causa justa, elaboraram listas com diversas causas possíveis, mas que refletiriam, contudo, muito mais preferências políticas e pessoais do que questões “objetivas” de justiça e moralidade.⁴⁹ Já Neff alerta para o fato de que, para Santo Tomás, não adiantaria a causa ser justa se não houvesse o *animus* correto, ou seja, se faltasse a *recta intentio* do beligerante, a intenção de promover o bem ou evitar o mal, sendo a ideia

⁴⁷ WELLS, Donald A. “How Much Can ‘Just War’ Justify?”, *The Journal of Philosophy*, Vol. 66, No. 23, 1969, pp. 819-829.

⁴⁸ NUSSBAUM, op. cit., pp. 41-43.

⁴⁹ DINSTEIN, op. cit., pp. 88-89.

excluir ódios pessoais do domínio da guerra justa, garantida que a justiça da guerra fosse tanto objetiva (*causa justa*) quanto subjetiva (*recta intentio*).⁵⁰ Um exemplo possível seria o Estado A, procurando reagir a uma ofensa ou violação causado pelo Estado B, atacasse esse segundo Estado e assassinasse o seu soberano por motivos de vingança pessoal do soberano do Estado, pois, por exemplo, seu pai teria sido vítima de um atentado do soberano ainda no poder no Estado B.⁵¹ Logo, em Santo Tomás, a doutrina da guerra justa corresponde a uma sistematização de critérios formais (*auctoritas*) e materiais, sendo que esses últimos se dividem objetivos (*causa justa*) e subjetivos (*recta intentio*).

Segundo Neff, uma vez superada a questão do pacifismo cristão como não sendo absoluto, entre os séculos XI e XIV, diversos autores europeus, especialmente teólogos, procederam ao desenvolvimento de uma doutrina extremamente detalhada sobre a definição da guerra justa e, ainda que houve certos desacordos sobre alguns dos elementos centrais, o autor aponta que pelo menos cinco princípios ou critérios diferentes deveriam ser atendidos para que fosse possível falar em uma guerra justa: i) a questão da *auctoritas*, já tratada por Santo Tomás, com a ressalva de que diversos autores consideravam que a autoridade do soberano seria um requisito necessário para as duas partes em conflito;⁵² ii) a questão de *personae*, ou seja, de quem poderia participar ativa e abertamente de um conflito armado, estando excluídos desse grupos as mulheres, as crianças, os idosos e os enfermos, por ditames da natureza, e também os clérigos e sacerdotes, por entender-se que sua vocação profissional e espiritual era incompatível com o derramamento de sangue;⁵³ iii) a questão da *res*, ou seja, do objeto da disputa, o *casus belli*, significando que uma guerra deveria ter um objetivo bem definido, como, por exemplo, o título de um território disputado, ou a reparação por um dano causado por um beligerante ao outro; vi) a questão da *justa causa*, que estava intimamente ligada à questão da *res*, pois esta dizia respeito à alegação ou objeto

⁵⁰ NEFF, op. cit., pp. 47-48.

⁵¹ MAY, *Aggression*, pp. 28-29.

⁵² A idéia da *auctoritas* também tinha como efeito excluir do âmbito da guerra justa operações internas de manutenção da ordem, como aquelas usadas contra bandos criminosos e, especialmente, contra os piratas, pois entendia-se que contra eles nunca seria travada uma guerra justa, pois eles estariam fora do regime jurídico da guerra, tratando-se de inimigos comuns de toda a humanidade (*hostis humano generis*), cf. MAY, *Aggression*, pp. 298-302.

⁵³ Entre os teóricos posteriores da guerra justa, Grócio entendia que homens das letras e das artes, mercadores, fazendeiros e prisioneiros de guerra ter suas vidas poupadas, mas as mulheres só seriam poupadas se não fossem culpadas de ofensas particularmente graves, cf. MAY, *Aggression*, p. 32.

da disputa, enquanto aquela dizia respeito à validade da alegação e, acima de tudo, da possibilidade de atingir o objetivo perseguido por meio do uso da força, fazendo com que muitos considerem a *justa causa* o elemento central na teoria da guerra justa; e v) a questão do *animus*, ou seja, da intenção correta, que, segundo se depreende das ideias de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, dizia respeito ao estado do alma, não devendo a guerra ser motivada por ódio ou por amor, mas sim, como escreveu Santo Tomás, para promover o bem ou evitar o mal.⁵⁴

Nesse sentido, o protótipo perfeito desse modelo de guerra justa medieval seria uma guerra em defesa do mundo cristão contra um inimigo externo que ameaçasse a fé ou os fiéis, levada a cabo sob a *auctoritas* do Papa, como chefe da Igreja. Portanto, a doutrina da guerra justa, conforme elaborada e desenvolvida pela teologia cristã a partir das contribuições iniciais da Antiguidade clássica, partia do princípio de que, em um sistema em que a *auctoritas* final residia no Sumo Pontífice, a justiça de uma guerra dependia, acima de tudo, do atendimento a preceitos de natureza moral e religiosa, e as normas jurídicas existentes sobre a matéria deveriam estar de acordo com tais preceitos.⁵⁵

Tal concepção da guerra justa, contudo, está atrelada a um contexto anterior, por exemplo, ao advento da Reforma e da Contra-Reforma e ao surgimento dos Estados-Nação como novos sujeitos de um Direito Internacional Público que emergiria como um sistema de regulamentação de um novo modelo de relações internacionais, baseado nos princípios da soberania e não-intervenção em assuntos internos de outros Estados. Nesse sentido, a atenção agora se voltará às contribuições daqueles chamados de “pais fundadores do Direito Internacional”, especialmente no que diz respeito à secularização da guerra justa e do estabelecimento de normas convencionais e consuetudinárias com vistas a limitar a vontade e a conduta dos Estados, tendo suma importância a obra de Hugo Grócio, *De Jure Belli ac Pacis*, como primeira grande sistematização moderna Direito Internacional e apresentação de uma teoria da guerra justa baseada em Direito Natural de cunho essencialmente racionalista.

⁵⁴ NEFF, op. cit., pp. 50-53.

⁵⁵ HUCK, Hermes Marcelo. *Da Guerra Justa à Guerra Econômica: uma revisão sobre o uso da força no direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 30-40.

A questão da “paternidade” histórica e geográfica do Direito Internacional é um tema ainda constantemente debatido nos círculos acadêmicos dedicados ao estudo da filosofia e da história de uma área que é alternadamente chamada de “Direito das Gentes”, “Direito das Nações”, “Direito dos Povos” ou qualquer outra denominação que demonstre, acima de tudo, seu caráter abrangente, que busca alcançar a todos os destinatários possíveis de suas normas.⁵⁶ A origem da própria expressão “paternidade” e da referência aos “pais fundadores” demonstra uma dificuldade na historiografia do Direito Internacional em identificar de forma indiscutível um fundador único para esse ramo das ciências jurídicas.⁵⁷

Contudo, entre as diversas tentativas de identificação dos principais nomes responsáveis pelo desenvolvimento do Direito Internacional Público, pelo menos quatro nomes se destacam entre os citados: Francisco de Vitória, Francisco Suárez, Alberico Gentili e Hugo Grócio. Esses quatro autores, cada um a sua maneira, apresentaram visões inovadoras não apenas acerca do Direito das Nações como um todo, mas também fizeram algumas contribuições à doutrina da guerra justa em um momento que o mundo como um todo passava por profundas transformações, como as questões da colonização europeia dos territórios ultramarinos, especialmente a América espanhola, e da Reforma e da Contra-Reforma no continente europeu.

Nesse sentido, menção inicial deve ser feita à figura de Francisco de Vitória, teólogo e jurista espanhol conhecido por *De Indii et Jure Belli*, junção de duas palestras suas que lidavam com as questões dos indígenas do “Novo Mundo” e da guerra que a Coroa espanhola travava contra eles. Em linhas gerais, Vitória entendia como falsa a premissa de que os habitantes originais daquela, por serem pagãos, estavam fora do alcance das leis e privados de seus direitos. Isso porque, sendo os indígenas dotados da faculdade da razão, eles poderiam compreender e aplicar normas derivadas do Direito Natural, chamado por Vitória de *jus gentium*, que,

⁵⁶ YASUAKI, Onuma. “When was the Law of International Society Born? An inquiry of the history of International Law from an intercivilizational perspective”, *Journal of the History of International Law*, nº 2, 2000, pp. 2-7 e 54-57, em que autor apresenta e analisa de forma crítica a tese tradicional de que o Direito Internacional é uma obra essencialmente européia e cristã, com contribuições menores de outros povos e civilizações.

⁵⁷ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *O nascimento do Direito Internacional*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp. 26-33.

obviamente, era comum à toda humanidade, por ser natural e derivado da razão do ser humano.⁵⁸

Logo, a eles seria aplicado um mesmo conjunto de normas comum ao universo europeu, que incluía, por exemplo, o direito dos espanhóis de navegarem para o Novo Mundo e explorarem aquela terra e, desde que os indígenas não fossem agredidos pelos colonizadores, o dever destes de respeitar o direito daqueles, pois seria um direito derivado da própria razão humana e, dessa forma, incontestável.⁵⁹ Além disso, Vitória reconhecia aos espanhóis o direito de catequisar aqueles indígenas, intervindo “em favor daqueles que eram oprimidos ou que sofriam o mal”, sendo que a resistência a tal ato, bem como a recusa em receber os embaixadores espanhóis, representantes dos povos cristãos, poderia ser visto como um ato de guerra.⁶⁰ Nesse sentido, no que dizia respeito à possibilidade de ser iniciada uma guerra contra os indígenas, Vitória desenvolveu seu raciocínio da seguinte forma:

Se, mesmo depois dos espanhóis usarem toda a diligência, tanto nos atos quanto nas palavras, para mostrar que nada a parte deles iria interferir com a paz e o bem-estar dos aborígenes, estes persistam em sua hostilidade e façam tudo para destruir os espanhóis, eles poderão fazer a guerra contra os Índios, não mais vistos como inocentes, mas como inimigos declarados, e poderão impor todos os direitos da guerra, retirando seus bens, reduzindo-os à condição de escravidão, depondo seus antigos senhores e impondo-lhes novos, mas sempre agindo de forma adequada às circunstâncias e aos danos causados contra si.⁶¹

Dessa forma, Vitória identifica como causas justas para se iniciar uma guerra contra os indígenas quaisquer violações aos direitos garantidos pelo *jus gentium* aos espanhóis, e isso incluía, por exemplo, qualquer ato de resistência ao catecismo e à dominação dos espanhóis, fazendo com que a figura de Vitória seja objeto de

⁵⁸ ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 13-20.

⁵⁹ NUSSBAUM, op. cit., pp. 59-67.

⁶⁰ SCOTT, James Brown. *Francisco de Vitoria and his Law of Nations*. Oxford: Clarendon Press, 1934, pp. 195-209.

⁶¹ ANGHIE, p. 24: “If after the Spaniards have used all diligence, both in deed and in word, to show that nothing will come from them to interfere with the peace and well-being of the aborigines, the latter nevertheless persist in their hostility and do their best to destroy the Spaniards, they can make war on the Indians, no longer as on innocent folk, but as against forsworn enemies and may enforce against them all the rights of war, despoiling them of their goods, reducing them to captivity, deposing their former lords and setting up new ones, yet withal with observance of proportion as regards the nature of the circumstances and of the wrongs done to them.” (Tradução livre do autor)

diversas críticas como tendo sido um teórico favorável à dominação espanhola do Novo Mundo.⁶²

Contudo, ele é, ao mesmo tempo, visto como um defensor dos indígenas, no sentido de ter reconhecido a eles direitos segundo o *jus gentium* que eram negados ou ignorados por boa parte dos conquistadores e entendia, acima de tudo, que qualquer guerra contra os habitantes daquelas novas colônias deveria ser travada de acordo com os ditames da doutrina da guerra justa e as normas daquele mesmo *jus gentium*, um Direito natural de traço e característica essencialmente secular.⁶³ E, além disso, abre espaço para considerar como teoricamente justa a reação dos indígenas contra uma tentativa de dominação dos espanhóis mediante a força, estabelecendo, em tese, a possibilidade de se estabelecer uma guerra justa para ambos os lados do conflito.⁶⁴ Tais traços aparentemente contraditórios fazem de Vitória uma figura ainda válida a ser estudada e melhor compreendida.⁶⁵

Francisco Suárez, tido como herdeiro e continuador da escolástica medieval de raiz tomista, assim como Vitória, ainda que Suárez seja muitas vezes mais lembrado por suas contribuições teológico-filosóficas do que por suas ideias de cunho jurídico.⁶⁶ Segundo Suárez, em tese haveria diversas causas possíveis para uma guerra justa, como, por exemplo, “qualquer injúria grave contra a honra de alguém”,⁶⁷ desde que a guerra fosse vista como uma resposta direta a quem praticou tal injúria, não sendo Suárez favorável à ideia de um soberano usar da força em qualquer parte do mundo para vingar uma injúria causada a outrem.⁶⁸

Além disso, Suárez apontaria a possibilidade de uma guerra em que nenhuma das partes teria uma boa causa para lutá-la, fazendo com que tal guerra violasse a justiça e a caridade, esta última tida por ele como um dos valores máximos a serem

⁶² BOWDEN, Brett, “The Colonial Origins of International Law. European Expansion and the Classical Standard of Civilization”, *Journal of the History of International Law*, nº 7, 2005, pp.1-23; CAVALLAR, Georg, “Vitória, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel: Accomplices of European Colonialism or True Cosmopolitans?”, *Journal of the History of International Law*, nº 10, 2008, pp. 181-209.

⁶³ ANGHIE, op. cit., pp. 23-28.

⁶⁴ HUCK, op. cit., pp. 41-45.

⁶⁵ Entre as análises recentes das contribuições de Vitória ao desenvolvimento do Direito Internacional e dos Direitos Humanos, cf. AZEVEDO, Luis H. Cascelli. *Ius Gentium em Francisco Vitória: a Fundação dos Direitos Humanos e do Direito Internacional na tradição tomista*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

⁶⁶ MACEDO, op. cit., pp. 102-132 e 274-288.

⁶⁷ DINSTEIN, op. cit., pp. 90-91.

⁶⁸ MERON, Theodor, “Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suárez”, *American Journal of International Law*, Vol. 85, nº 1, 1991, pp. 112-113.

protegidos. Logo, diferentemente de Vitória, que imaginava ser possível uma guerra em que ambas as partes tivessem uma causa justa, Suárez aponta para a possibilidade contrária, de uma inexistência de causa justa em qualquer um dos lados do conflito. Isso torna-se especialmente importante do ponto de vista prático, pois, em uma hipótese de guerra entre povos cristãos, cada qual com seu soberano alegando haver uma causa justa em seu favor, a decisão final sobre quem teria feito uma causa justa, como visto anteriormente, recairia na figura do Sumo Pontífice.

Contudo, na possibilidade de ambas as partes possuírem causas justas ou até mesmo de não haver qualquer justificativa válida para entrarem em guerra, a doutrina da guerra justa começa a enfrentar dificuldades, especialmente por não haver referenciais de justiça satisfatoriamente objetivos e técnicos para guiar as ações dos Estados. Logo, tornou-se necessário o desenvolvimento de um pensamento a respeito da guerra que apontasse para as normas jurídicas que limitassem as hipóteses para sua deflagração e estabelecessem restrições e limites às condutas das partes envolvidas no conflito.

Nesse sentido, deve-se agora analisar as contribuições apresentadas por Alberico Gentili, que, segundo alguns comentadores, tem como inovação digna de nota o fato de em sua obra *De Jure Belli* ter retirado a análise e a discussão da guerra da dimensão puramente religiosa e tê-la transportado para o âmbito do Direito.⁶⁹ Nesta obra, particularmente, a sua divisão em três livros, com um dedicado às causas da guerra, outro ao modo de fazer a guerra e o último aos tratados de paz, corresponderia ao que hoje a doutrina considera como os três ramos do Direito que governam a guerra: *jus ad bellum*, *jus in bello* e *jus post bellum*.⁷⁰

Especificamente no que diz respeito às causas da guerra, uma aparente inovação de Gentili em relação a seus antecessores foi a consideração de que um soberano poderia iniciar uma guerra baseado no medo de ser ele mesmo atacado, antecipando-se, dessa forma, ao mal que lhe seria causado pelo rival, mesmo que esse mal não fosse premeditado, mas provável ou possível.⁷¹ Essa seria, para

⁶⁹ HUCK, op. cit., p. 45; REICHERG, Gregory M., "Preventive War in Classical Just War Theory", *Journal of the History of International Law*, nº 9, 2007, pp. 15-19; KUNZ, Joseph, "Bellum Justum and Bellum Legale", *American Journal of International Law*, Vol. 45, nº 3, 1951, pp. 529-533.

⁷⁰ STAHN, Carsten, "'Jus ad bellum', 'jus in bello'... 'just post bellum'? – Rethinking the conception of the Law of Armed Force", *European Journal of International Law*, Vol. 17, nº7, 2007, pp. 921-943.

⁷¹ KUNZ, op. cit., p. 531.

alguns autores contemporâneos, uma tentativa inicial de desenvolver uma doutrina de legítima defesa preventiva como justificável perante o Direito Internacional.⁷²

Contudo, talvez a contribuição mais importante de Gentili para o debate sobre a guerra justa foi seu reconhecimento de que a guerra poderia ser justa para ambas as partes (*bellum justum ex atraque parte*), fazendo com que, na prática, qualquer guerra pudesse ser justa, eliminando a existência de um critério objetivo e abrindo espaço para o arbítrio dos soberanos.⁷³ Desenvolvendo melhor o raciocínio já apresentado anteriormente por Suárez, Gentili demonstra as insuficiências da doutrina do *bellum justum* e abre espaço para a ideia do *bellum legale*, ou seja, as partes deveriam se perguntar não sobre as causas que as motivaram à guerra, mas se haveria ou não um direito derivado das leis que permitissem a deflagração de um determinado conflito.⁷⁴

Mas talvez a figura de maior importância entre os chamados “pais fundadores” do Direito Internacional, e que também fez contribuições decisivas para o desenvolvimento de uma teoria sobre as relações internacionais, foi Hugo Grócio.⁷⁵ Objeto de diversas análises e comentários até os dias de hoje, *De Jure Belli ac Pacis*, a obra mais conhecida de Grócio é tida como um tratamento quase definitivo sobre as normas então existentes que regulamentavam a iniciação de uma guerra e a conduta das partes durante sua duração.⁷⁶

A guerra, segundo Grócio, é o “estado dos que litigam pela força”. Aqui, deve-se perceber que, enquanto até então os estudiosos da guerra entendiam-na como uma simples situação de fato ou uma ação unilateral, Grócio, considera a guerra um estado de coisas, situando as hostilidades no tempo e no espaço. Isso permite considerá-la como uma noção técnica que será definitivamente amplificada para uma situação propriamente jurídica através da ideia de *estado de guerra*.

⁷² REICHBERG, op. cit., pp. 5-34.

⁷³ NUSSBAUM, op. cit., pp. 80-83.

⁷⁴ ELBE, op. cit., pp. 676-677.

⁷⁵ LAUTERPACHT, Hersch, “The Grotian Tradition in International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1946, pp. 1-53; MACEDO, op. cit., pp. 293-361; ACCIOLY, op. cit., pp. 93-96. Sobre a influência do pensamento de Hugo Grócio nas Relações Internacionais, especialmente como figura inspiradora da chamada “Escola Inglesa” ou “Escola da Sociedade Internacional”, cf. BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam (eds.). *Hugo Grotius and International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 1992; CUTLER, A. Claire, “The ‘Grotian Tradition’ in international relations”, *Review of International Studies*, nº 17, 1991, pp. 41-65.

⁷⁶ Há, contudo, quem entenda que, mais do que sistematizar o Direito existente, autores como Gentili e Grócio teriam “criado” ou “inventado” algumas dessas normas, usando fontes diversas como textos clássicos do Direito Romano e obras dos escolásticos medievais, cf. DINSTEIN, op. cit., p. 90.

Esta noção permite a representação da totalidade dos beligerantes, afetando, de certa forma, o esquema unilateral de guerra justa. Ademais, na concepção de Grócio a guerra tem um caráter eminentemente jurídico, uma extensão de um processo judicial. Quando as vias judiciais se esgotam a guerra é o caminho adotado para que as contendas sejam resolvidas.⁷⁷

Quanto à natureza da guerra, Grócio a divide em três tipos tendo, em vista seus atores: i) guerra pública; ii) guerra privada; e iii) guerra mista. A guerra pública, aquela empreendida entre os Estados, pode ser solene, ou seja, eivada de um caráter formal que garanta o atendimento de um certo grau de justiça, como no *jus fetiale* romano. Neste sentido, pode-se dizer que a guerra solene é justa na medida em que implica em uma regularidade formal de sua iniciação. De acordo com Grócio, para que a guerra seja solene, segundo o *jus gentium*, são necessários dois requisitos: i) aqueles que fazem a guerra devem estar investidos de poder soberano em sua nação; ii) a guerra deve respeitar uma formalidade, devendo ser declarada.⁷⁸

Quanto à declaração de guerra, ela deve ser pública e feita diretamente de uma parte a outra. Aqueles que não declararam a guerra são considerados ladrões ou piratas, não sendo combatentes regulares e estando, portanto, fora do alcance de proteção das normas quanto à deflagração do conflito (*jus ad bellum*) e, especialmente, de conduta dos beligerantes no âmbito do conflito. De acordo com o Grócio, o Direito Natural e o Direito voluntariamente criado pelos soberanos não proíbem toda as guerras, apenas aquelas que estão em conflito com os princípios da sociedade humana, ou seja, com os direitos dos outros membros da sociedade. Logo, é legítimo e, acima de tudo, lícito empreender uma guerra com a finalidade de restabelecer o fim natural do ser humano, qual seja, uma vida social tranquila e ordenada. Contudo, Grócio dedica uma atenção ao exame detalhado das categorias de guerra justa.⁷⁹

Grotius aponta três causas como legítimas para a guerra externa: i) defesa contra uma injúria, atual ou ameaçadora, mas não antecipatória; ii) recuperação do que é legalmente devido para o Estado prejudicado; iii) punição do Estado que

⁷⁷ MACEDO, op. cit., pp. 301-310

⁷⁸ JEFFERY, Renée. *Hugo Grotius in International Thought*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2006, 29-37.

⁷⁹ ELBE, op. cit., pp. 678-680.

causou a injúria.⁸⁰ Na primeira causa legítima para a guerra, Grócio deixa claro que o perigo deve ser presente e certo, como que compreendido em um ponto, adotando uma linguagem mais restritiva que a de Gentili, em quem ele abertamente se inspirou na elaboração de sua obra.⁸¹

Com relação à defesa contra uma injúria ameaçadora, deve-se levar em consideração que, em certas ocasiões, a demora na defesa é ocasião para o emprego de subterfúgios ou ardis, segundo Grócio. Logo, é lícito prevenir um ataque que não é atual, mas que parece uma ameaça, ainda que distante. Dessa forma, na chamada guerra preventiva, o perigo deve ser atual e não se estende a um perigo potencial.⁸²

Por um lado, deve-se considerar que não é justo atacar uma nação apenas porque é uma potência que se desenvolve, e se ela se desenvolver demasiadamente poderia ser prejudicial. Seria esse um caso clássico de guerra antecipatória, que iria contra os ditames clássicos da guerra justa. Por outro lado, Grócio lembra que muitos autores consideram esta motivação para guerra não como uma razão de justiça, mas como uma razão de interesse suficiente para empreendê-la. Nesse sentido, mesmo reconhecendo as ideias contrárias de outros autores, como Gentili, Grócio se mostra desfavorável à guerra preventiva movida apenas pelo temor do crescimento de poder de outro Estado:

“Que a possibilidade, porém, de sermos atacados nos transforme em agressores é contrário a todo princípio de equidade. A existência humana é tal que jamais haveremos de conquistar uma segurança completa. É a divina Providência, as precauções inofensivas e não à força que se deve pedir uma proteção contra os temores incertos.”⁸³

Curiosamente, em outra parte do seu tratado afirma ser essencial o caráter de necessidade da guerra, não bastando, portanto, o mero desejo do soberano, devendo, nesse sentido intenção também ser reta:

⁸⁰ KUNZ, op. cit., pp. 529-530.

⁸¹ MERON, “Common Rights of Mankind”, pp. 110-112; contudo, segundo Grócio, se o agressor demonstra sua intenção hostil, por exemplo, tomando em armas é parecendo querer atacar, é lícito fazer-lhe guerra, cf. MACEDO, op. cit., pp. 317-323.

⁸² REICHBERG, op. cit., pp. 23-29.

⁸³ GRÓCIO, Hugo. *De jure belli ac pacis*, livro II, cap. I, par. XVII, apud BARNABÉ, Gabriel Ribeiro. “Hugo Grotius e as relações internacionais: entre o direito e a guerra”, *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, vol. 15, 2009, p. 39.

“Assim, dissemos antes (livro II, cap. I, parag. XVII) que o temor que se tivesse de uma potência vizinha não basta. Para que de fato a defesa seja justa, é preciso que seja necessária, e ela não o é senão na condição de ser assegurada não somente pela potência, mas ainda pela intenção. Digo ser assegurada de tal maneira que isso seja certo, dessa certeza que tem lugar em matéria de coisas morais.”⁸⁴

Por fim, as duas outras causas legítimas para a guerra seriam recuperação do que é devido por outro Estado e a punição do Estado que causou uma injúria, sempre em respeito ao cumprimento ou violação dos tratados estabelecidos entre os Estados e às normas internacionais do *jus gentium*. É necessário, contudo investigar a natureza dos tratados e das promessas estabelecidas, descobrindo o que cada um deve e para quem, para decidir em que situação a guerra será justa. Logo, o mero descumprimento do tratado não pode servir como argumento para a guerra, devendo, antes, ser averiguada a natureza da violação, muito em razão de descobrir se outra forma de correção da injúria, como uma negociação diplomática bilateral, não seria preferível no caso em questão.⁸⁵

Ao falar sobre a recuperação do que é devido por outro Estado como sendo uma causa legítima para a guerra, Grócio lembra, mais uma vez, do *jus fetiale* romano:

“Havia estas palavras na fórmula dos sacerdotes fecais: ‘As coisas que não deram, que não pagaram, que não fizeram e que deviam dar, fazer, pagar’. Nas histórias de Salústio, pode-se ler: ‘Em virtude do direito das nações, eu peço de volta o que me pertence’.”⁸⁶

A violação de um tratado é causa legítima para a guerra, pois é o que determina a extensão da propriedade e dos direitos de quem a detém, por exemplo. Neste caso, deve-se analisar o tratado para averiguar se a propriedade foi violada e, portanto, determinar se houve injúria. Nesse sentido, Grócio remete a Platão:

“Platão não a esqueceu, quando disse que se faz a guerra não somente quando se está oprimido pela força ou despojado de seus bens, mas também quando fomos enganados”.⁸⁷

⁸⁴ GRÓCIO, Hugo. *De jure belli ac pacis*, livro II, cap. XVI, par. V, apud BARNABÉ, op. cit., p. 39.

⁸⁵ LAUTERPACHT, op. cit, pp. 27-32.

⁸⁶ GRÓCIO, Hugo. *De jure belli ac pacis*, livro II, cap. I, par. II, apud BARNABÉ, op. cit., p. 40.

⁸⁷ GRÓCIO, Hugo. *De jure belli ac pacis*, livro II, cap. I, par. XVII, apud BARNABÉ, op. cit., p. 40

Por fim, além dessas três causas legitimadoras da guerra, Grócio também afirma ser lícito um Estado empreender uma guerra para infligir castigo ou vingar injúrias cometidas contra o Direito Natural, pois todos os governantes do mundo são livres para servir os interesses da sociedade humana. Logo, seria natural empreender uma guerra civilizadora contra os bárbaros, por exemplo, aqueles que se nutrem de carne humana, os que exercem pirataria, ou, de maneira geral, contra todos aqueles que cometem uma ação que, na hipótese de se tornar uma lei, destruiria o gênero humano, tamanha sua contradição com a natureza.⁸⁸

Essas categorias de crimes violam enormemente a natureza social do homem e podem atingir toda a sociedade internacional. Nesse momento, Grócio cita as palavras de Sêneca, por sua vez uma das grandes inspirações de Cícero, um dos primeiros a escrever sobre a guerra justa:

“Sêneca diz: ‘Se não ataca minha pátria, mas oprime a sua; se, muito distante de meus concidadãos, são os seus que ele atormenta, tal depravação moral não fez senão romper tudo entre nós’”.⁸⁹

Logo, segundo Grócio, os bárbaros renegam sua natureza humana, aproximando-se, portanto, de animais selvagens. As nações que cometem esses crimes são uma ameaça ao gênero humano, e é, portanto, do interesse comum da sociedade internacional que essas nações sejam subjugadas e castigadas. Aqui, pode-se encontrar substratos na obra de Grócio para o uso da força em casos, por exemplo, de graves crises humanitárias, como um genocídio levado a cabo pelo Estado contra sua população. Na medida em que a conduta de um soberano atentaria contra os princípios da sociabilidade, a própria base do Direito Natural em Grócio.⁹⁰ Logo, já em Grócio temos as bases iniciais para o que muitos autores afirmam ser um direito à intervenção humanitária unilateral.⁹¹

Essas foram as principais contribuições dos “pais fundadores” do Direito Internacional à doutrina da guerra justa, no sentido de apontar elementos objetivos que levariam à aceitação e legitimidade de um determinado conflito armado.

⁸⁸ MACEDO, op. cit., pp. 324-325.

⁸⁹ GRÓCIO, Hugo. *De jure belli ac pacis*, livro II, cap. I, par. XVII, apud BARNABÉ, op. cit., p. 41.

⁹⁰ NUSSBAUM, op. cit., pp. 110-121.

⁹¹ GOODMAN, Ryan, “Humanitarian Intervention and the Pretexts for War”, *American Journal of International Law*, v. 100, n. 1, 2006, pp. 107-108. A discussão sobre a existência ou não desse direito será objeto de exame mais detalhado quando da análise da definição de crime de agressão adotada na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, em Kampala, no segundo capítulo da parte III.

Contudo, a concepção de mundo em que os autores da doutrina da guerra justa desenvolveram suas ideias passou por profundas transformações em razão, especialmente, da consagração do princípio da soberania a partir da Paz de Westphalia, de 1648. Ainda que os tratados que puseram fim à Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) não tenham sido os primeiros tratados multilaterais da história, foram indubitavelmente os mais influentes e impactantes em razão da profunda alteração estrutural por eles trazida no âmbito do contexto político e jurídico de uma Europa devastada pelas guerras religiosas.⁹²

A chamada “ordem westfaliana” se caracterizava, acima de tudo, por não reconhecer nenhuma autoridade superior aos Estados soberanos, o que, na prática, enfraqueceu politicamente o Sacro Império Romano-Germânico e conferiu maior poder a nações como França e Inglaterra, por exemplo. Além disso, o processo de elaboração das normas internacionais, por meio de tratados bilaterais e multilaterais, competia, acima de tudo, aos Estados. Logo, não faria mais sentido referir-se ao primado do *jus gentium* racionalista de Grócio como fundamento principal das normas reguladoras da sociedade internacional. Por fim, outro aspecto central do sistema criado a partir de Westphalia é o fato de as diferenças entre os Estados serem resolvidas, acima de tudo, pela força, praticamente não havendo limitações legais à guerra, a não aquelas comumente acordadas pelos Estados com base em tratados de não-agressão, por exemplo. Nos dizeres de Marcus Faro de Castro, “a própria base moral universalista trazida à política internacional pelo direito das gentes foi dissolvida sob as doutrinas positivista do direito internacional.”⁹³

Curiosamente, o Tratado de Münster, que, juntamente com o de Osnabrück, forma a base jurídica da Paz de Westphalia, previa, em seu artigo CXXIII, que a vítima de uma “ameaça à paz” ou outra grave violação não deveria recorrer à guerra, mas sim “conclamar o ofensor a não cometer nenhuma hostilidade, submetendo a causa a uma composição amigável ou aos procedimentos ordinários da justiça”. Já o artigo CXXIV do mesmo Tratado também previa um prazo máximo de três anos ao fim do qual, caso não fosse possível alcançar uma solução amigável à controvérsia entre os dois Estados, o Estado vítima estaria autorizado a iniciar uma guerra, e as

⁹² NUSSBAUM, op. cit., pp. 91-92; sobre os diferentes conceito de soberania nas relações internacionais, especialmente a “soberania westaphaliana”, cf. KRASNER, Stephen. *Sovereignty: organized hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 20-25.

⁹³ CASTRO, Marcus Faro de. *Política e relações internacionais*. Brasília: Editora da UnB, 2005, p. 108.

demais partes contratantes deveriam auxiliá-lo por meio do uso da força armada. Além de tudo, segundo o artigo III do tratado, as partes contratantes não poderiam prestar qualquer ajuda militar ao Estado recalcitrante, nem mesmo permitir que suas tropas passassem por ou permanecessem em seus territórios nacionais.⁹⁴

Contudo, como aponta Cassese, o sistema previsto nesses artigos do tratado, estabelecendo uma limitação geral à guerra e um sistema de segurança coletiva semelhantes aos previstos no sistema da Liga das Nações, como será visto em seguida, nunca foi implementado, muito provavelmente por estar muito a frente do seu tempo e em clara oposição aos interesses dos Estados europeus como um todo.⁹⁵ É a vontade dos Estados soberanos, portanto, a fonte não só da validade das normas jurídicas internacionais, mas até mesmo de sua eficácia. Isso porque, se os Estados não concordassem com a implementação de determinadas normas, a partir de Westphalia não haveria alguém que pudesse impor a eles tal implementação, evidenciando-se, dessa forma o “*enforcement*” do Direito Internacional como o principal problema de uma nova sociedade internacional formada por unidades políticas autônomas sem obrigações mútuas entre si e, acima de tudo, sem uma instituição superior aos Estados e por todos legitimamente reconhecida.⁹⁶

Logo, o ocaso da doutrina guerra justa, consagrada pelos autores da escolástica medieval católica e aperfeiçoada pelo jusnaturalismo racionalista de Grócio, estaria diretamente relacionado ao surgimento e consagração da soberania do Estado nas relações internacionais. Pois, como aponta Dinstein, qualquer governo, quando forçado pelas circunstâncias, pode tentar promover alguma justificativa para sua conduta política e, não sendo exigido dessa justificativa o fato de ser superior ou “mais justa” que as exigências da outra parte, os requisitos de uma causa justa perdem seu objetivo inicial para se tornarem um simples argumento a favor da guerra.⁹⁷ É esse, portanto, o cenário que se observa a partir do século XVIII.

Com a perda de poder político da Igreja e o correspondente fortalecimento do Estado como principal ator internacional a partir da Paz de Westphalia, os soberanos

⁹⁴ Tratado de Westphalia, celebrado em Münster, 24.10.1648, artigos III, CXXIII e CXXIV, disponível em http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp (Acesso em 18.10.2011).

⁹⁵ CASSESE, op. cit., pp. 22-25.

⁹⁶ CASTRO, op. cit., p. 109.

⁹⁷ DINSTEIN, op. cit., pp. 92-93.

poderiam, individualmente, apontar causas que eles considerassem justas apenas para alcançar determinados objetivos políticos. Ironicamente, isso acaba correspondendo à já citada frase de Clausewitz de que a guerra é a continuação da política por outros meios. É essa a realidade que se observa no tratamento dado à guerra partir do século XVIII e ao longo do século XIX, visto como o período do auge do positivismo voluntarismo internacionalista e da consagração da *raison d'État* como único juízo político necessário para os Estados fazerem ou não a guerra.

Nesse momento, não se pode mais falar de um *bellum justum*, apenas de um *bellum politicum*. Logo, a guerra passa a ser o “esporte dos reis” ou seja, torna-se a prática política internacional por excelência dos Estados. É nesse contexto histórico e social que Clausewitz desenvolve seu conceito da guerra anteriormente analisado, pois, não havendo os entraves e limites impostos pela doutrina da guerra justa, a decisão de ir ou não à guerra cabe unicamente ao soberano, a quem, por direito, compete conduzir a política internacional de um Estado. E, como já demonstrado, se considerarmos a sociedade internacional como sendo baseada na coordenação de vontades dos seus sujeitos soberanos, sem um poder superior aos demais para determinar as normas orientadoras de seu comportamento nas relações internacionais, o choque entre interesses eventualmente conflitantes dos Estados fariam da guerra quase uma consequência lógica.

Nesse sentido, em razão da ausência de um mecanismo internacional para fazer valer o Direito Internacional, como, por exemplo, no caso do descumprimento de um tratado de livre-comércio entre dois Estados por uma das partes contratantes ou na violação da soberania territorial de outro Estado por meio de uma invasão, a guerra fazia às vezes desse mecanismo, como uma verdadeira sanção ao descumprimento de uma norma internacional. Essa concepção da guerra como uma sanção legítima ao descumprimento de uma norma internacional é abordada principalmente por Kelsen, entendendo que a guerra é permitida apenas como reação a um ato ilegal, um delito, e somente se direcionada ao Estado responsável por esse ilícito.⁹⁸

Logo, a guerra poderia ser vista como uma reação legal, prevista pelo próprio sistema do Direito Internacional aos Estados que violassem suas normas, ainda que

⁹⁸ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 331.

essa dita violação não envolvesse, necessariamente, o uso da força.⁹⁹ Contudo, a partir do momento em que o uso da força nas relações internacionais é proibido, principalmente com o advento da Carta da Nações Unidas, Kelsen entende que a guerra legítima seria a “contra guerra”, ou seja, aquela levada a cabo como reação à guerra ilegal de responsabilidade da parte oponente.¹⁰⁰ Nesse sentido, o autor chamou sua teoria de “doutrina *bellum justum*”, ainda que afirmasse que, em seu conceito, o *justum* deveria ser entendido como “legal”.¹⁰¹

Segundo aponta Dinstein, essa teorização de Kelsen enfrenta, pelo menos, três dificuldades: i) em primeiro lugar, a guerra pode ser uma sanção ineficaz, pois a vitória na guerra é apenas uma possibilidade, nunca uma certeza; ii) em segundo lugar, não havendo uma instituição internacional juridicamente competente para determinar se determinada guerra pode ser considerada como uma sanção legítima à guerra deflagrada pelo oponente, esse mesmo oponente pode alegar a ilegalidade da sanção contra ele imposta; e iii) em terceiro lugar, uma vez que o delito inicial poderia ser apenas a violação de uma norma internacional, como um tratado de livre-comércio, por exemplo, o risco de haver uma desproporcionalidade entre o delito e a sanção seria muito grande, em razão do potencial destrutivo que a guerra invariavelmente tem.¹⁰²

O que já se pode perceber de forma clara é que não importa mais, do ponto de vista do Direito Internacional, perguntar a respeito de uma eventual justiça na guerra. A questão, agora, é sobre seu caráter legal ou ilegal. Logo, passamos da discussão do *bellum justum* para a questão do *bellum legale*, conforme apontado por Josef Kunz.¹⁰³ Aqui, então, haveria um direito dos Estados irremediavelmente à guerra quando entendessem pertinente ou necessário, sendo tal direito inerente à própria natureza da soberania do Estado nas relações internacionais.

Já no final do século XIX se pode observar a preocupação dos Estados com o aumento do poder destrutivo da guerra. Nesse sentido, ainda que se continue a entender o recurso à guerra como um direito dos Estados, tal direito poderia ser

⁹⁹ Idem, ibidem, p. 333.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Trad. Ulrich Dresel e Gilma Antonio Bedin. Rev. Arno Dal Ri Junior. Ijuí: Unijuí, 2010, p. 78-80.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*. Trad. Florencia Acosta. México: Editora Nacional, 1974, p. 61-63.

¹⁰² DINSTEIN, op. cit., p. 94.

¹⁰³ KUNZ, op. cit., p. 528.

sujeito a certas restrições ou limites, ainda que não uma proibição completa. É nesse contexto que devem ser mencionadas e analisadas as Convenções da Haia de 1899 e 1907, como tentativas efetivamente multilaterais no sentido de, nas palavras de Dinstein, cercear a liberdade da guerra no Direito Internacional em geral.¹⁰⁴

Em primeiro lugar, de acordo com o artigo 2º da Primeira Convenção da Haia para Solução de Controvérsias Internacionais, tanto em 1899 quanto em 1907, as partes contratantes concordam em, no caso de uma disputa séria, antes de um “apelo às armas”, e “desde que as circunstâncias permitissem”, recorrer as instituições ou à mediação de Estados amigos para fins de resolução da controvérsia em questão.¹⁰⁵ Nesse caso, percebe-se não a proibição completa da guerra como instrumento político na solução de conflitos entre Estados, mas sim a consagração do princípio da solução pacífica de controvérsias e a sua primazia ou preferência sobre o uso da força armada para a resolução de litígios internacionais e a satisfação dos interesses dos Estados envolvidos.

Por sua vez, o artigo 1º da Segunda Convenção da Haia de 1907, Relativo à Limitação da Aplicação/uso da Força para a Recuperação de Dívidas Contratuais, estabeleceu que as partes estavam obrigadas a “não recorrerem às Forças Armadas” para a recuperação de dívidas contratuais contraídas pelo governo de um Estado em relação aos cidadãos de outro Estado, fossem tais cidadãos pessoas físicas ou jurídicas. Isso, contudo, a menos que o Estado devedor recusasse um acordo preventivo sobre um compromisso, uma proposta de arbitragem ou até mesmo rejeitasse decisão arbitral tomada sobre o conflito.¹⁰⁶

Da mesma forma que nas Convenções de 1899 e 1907 para solução pacífica de controvérsias, a guerra não foi inteiramente proscrita, tendo sido preterida em nome, principalmente, da solução arbitral. Logo, a guerra permaneceu como *ultima ratio* na ação política dos Estados, ainda que deva reconhecer a criação de certos

¹⁰⁴ DINSTEIN, op. cit., p. 111.

¹⁰⁵ SCHINDLER; TOMAN, *Droit des Conflits Armées*, 1997.

¹⁰⁶ SCHINDLER; TOMAN, op. cit.; particularmente, a proibição do uso da força para a recuperação de dívidas públicas nas Convenções da Haia de 1899 e 1907 foi inspirada, acima de tudo, na chamada “Doutrina Drago”, assim batizada em homenagem ao chanceler argentino que a desenvolveu e defendeu nas relações políticas daquele país com diversas potências estrangeiras, sendo considerada uma das principais contribuições latinoamericanas ao desenvolvimento do Direito Internacional, cf. MENEZES, Wagner. *Derecho Internacional en America Latina*. Brasília: FUNAG, 2010, pp. 140-152.

limites ou requisitos legais de caráter multilateral ao uso da força, ou seja, o *jus ad bellum* não é mais visto como um direito absoluto e soberano dos Estados nas relações internacionais do início do século XX.

O que é indiscutível é o fato das Convenções da Haia foram um marco na consolidação do *jus in bello*, ou seja, das normas jurídicas aplicáveis aos conflitos armados internacionais e que regulamentam e limitam a conduta das partes beligerantes no âmbito do conflito. É importante, ainda, ressaltar a profunda relação entre o *jus ad bellum* e o *jus in bello*, reconhecida e reafirmada em diversas ocasiões no âmbito do Direito Internacional, e consagrada de forma definitiva nas Convenções da Haia. Esses dois ramos do Direito Internacional passam, então, a ser interpretados como dois limites complementares e igualmente necessários ao uso da força armada nos conflitos internacionais.

As contribuições à limitação da guerra trazidas com advento da Sociedade das Nações, em 1919, vista por uns como a realização do projeto kantiano de uma “comunidade pacífica de repúblicas” e por outros como uma instituição politicamente fraca e fadada a não alcançar seus objetivos.¹⁰⁷ Acima de tudo, conforme consta no preâmbulo do Pacto da Sociedade das Nações, a organização internacional criada após a conferência de Versalhes objetivava viabilizar a consolidação da paz e a garantia da segurança nas relações internacionais após aquela que foi chamada da “guerra para acabar com todas as guerras”.¹⁰⁸ Tendo em vista a participação das maiores potências militares da época e, conseqüentemente, o impacto destrutivo do uso total de seu arsenal bélico, a Primeira Guerra Mundial causou a morte de, pelo menos, 9 milhões de combatentes, além de 20 milhões de combatentes feridos.

Tendo em vista, portanto, a destruição causada pela guerra, o Pacto da Sociedade das Nações procurou estabelecer maiores limites à guerra nas relações internacionais, criando um sistema de segurança coletiva centrado na figura de seu Conselho. No próprio preâmbulo do Pacto, por exemplo, consta que as alta partes contratantes consideram necessário “aceitar certas obrigações de não recorrer à guerra.” Além disso, entre outras contribuições, o Pacto estabelece em seu artigo 10

¹⁰⁷ KENNEDY, David. “The move to institutions”, *Cardozo Law Review*, vol. 8, n. 5, abril de 1987, pp. 856-863.

¹⁰⁸ WELLS, H. G. *The war that will end war*. Londres: Frank & Cecil Palmer, Red Lion Court, E.C., 1914, pp. 14-19 e 37-45.

uma das primeiras ao conceito central do presente trabalho no âmbito de um tratado multilateral:

Os membros da Sociedade comprometem-se a respeitar e a manter contra toda agressão externa a integridade territorial e a independência política atual de todos os membros da Sociedade. Em casos de agressão, de ameaça ou de perigo de agressão, o Conselho recomendará os meios de se assegurar o cumprimento dessa obrigação.¹⁰⁹

Em primeiro lugar, deve-se salientar que, apesar de fazer menção ao conceito de agressão, o Pacto não o define ou sequer sugere caminhos para se alcançar tal definição. Presume-se, portanto, que o Conselho, órgão encarregado de assegurar o cumprimento da obrigação contida no artigo deve determinar se determinada conduta de um membro da Sociedade constitui-se ou não em agressão. Em segundo lugar, de acordo com Dinstein, dada a linguagem excessivamente abstrata do texto do Pacto, que dava margem a interpretações diversas de seus termos, era necessário proceder a uma leitura conjunta e a uma interpretação sistemática dos demais artigos do Pacto que mencionavam a questão da guerra, a conduta das partes e, acima de tudo, a ação a ser tomada pela Sociedade das Nações.¹¹⁰ Nesse sentido, é de especial interesse o texto do artigo 11(1) do Pacto:

Fica expressamente declarado que toda a guerra, atinja diretamente ou não, algum dos membros da Sociedade, interessa a toda Sociedade, e esta deve adotar as medidas apropriadas para salvaguardar eficazmente a paz das nações. Em tal caso, o Secretário-Geral convocará imediatamente o Conselho, a pedido de qualquer membro da Sociedade.¹¹¹

Aqui, fica claro que a guerra, como um todo, não foi proibida pelo Pacto, mas passa a ser um tema não mais de interesse apenas dos Estados envolvidos diretamente no conflito. Ou seja, ainda que de forma tímida e indireta, o pacto declarou que a guerra é um tema internacional, sobre o qual a Sociedade deveria se manifestar e inclusive adotar medidas visando à paz. Isso não significou uma proibição da guerra como instrumento da política externa dos Estados, apenas que ela deixou de ser a *prima ratio* dos Estados, como se depreende da leitura do artigo 12 do Pacto:

¹⁰⁹ SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Pacto da Sociedade das Nações, Art. 10, 1919.

¹¹⁰ DINSTEIN, op. cit., p. 112.

¹¹¹ SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Pacto da Sociedade das Nações, Art. 11(1), 1919.

Todos os Membros da Sociedade convêm que, se entre eles houver um litígio que possa trazer rompimento, o submeterão ao processo de arbitragem ou ao exame do Conselho. Convêm mais que, em nenhum caso, deverão recorrer à guerra antes de expirar o prazo de três meses depois da sentença dos árbitros ou do parecer do Conselho.

Em todos os casos previstos neste artigo a sentença dos árbitros deverá ser dada num prazo razoável e o parecer do Conselho deverá ser lido nos seis meses, a contar da data em que tiver tomado conhecimento da divergência.¹¹²

A guerra é mantida como uma opção política viável, desde que transcorrido certo tempo sem que uma solução à controvérsia em questão pudesse ser encontrada. Logo, a análise dos demais artigos do Pacto sobre a questão da guerra demonstram de forma clara as falhas do modelo de segurança coletiva da Sociedade das Nações e, acima de tudo, que não houve um esforço político adequado no sentido de banir a guerra como um meio de solução das controvérsias internacionais.¹¹³ E, além disso, o Pacto também é falho no sentido de não apresentar nenhuma definição adequada da agressão, ainda que se refira expressamente ao conceito como uma violação dos termos do seu texto e das obrigações assumidas pelos Estados-membro da Sociedade. Reconhecidos esses defeitos no mecanismo de segurança coletivo das Sociedade das Nações, os esforços no período entre guerras se voltaram para uma tentativa de proibir a guerra de forma abrangente, para não dizer total, nas relações internacionais.

Segundo Brownlie, o conceito de agressão não seria algo novo no Direito Internacional, já se podendo encontrar sua menção nas negociações entre estadistas britânicos e os revolucionários franceses e em diversos tratados de assistência militar do século XIX como um *casus foederis*, ou seja, uma situação em que seria possível invocar a legítima defesa coletiva prevista no tratado. O termo, contudo, tinha inicialmente um significado técnico, descrevendo um ataque militar de um Estado contra o território ou as embarcações de outro Estado.¹¹⁴

¹¹² SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Pacto da Sociedade das Nações, Art. 12, 1919.

¹¹³ Para uma análise mais detalhada das diversas falhas do Pacto no sentido de coibir a Guerra nas relações internacionais, cf. DINSTEIN, op. cit., pp. 112-115; AREND, Anthony Clark; BECK, Robert J. *International law and the use of force: beyond the UN Charter paradigm*. Londres: Routledge, 1993, pp. 19-22.

¹¹⁴ BROWNLIE, Ian. *International Law and the use of force by States*. Oxford: Clarendon Press, 1963, p. 351, nota 9.

Não havia ainda no Direito Internacional uma definição geral e unânime sobre o que seria a agressão, ainda que em diversas ocasiões o termo fosse mencionado em projetos de tratados internacionais. Entre alguns desses projetos, devem ser mencionados o Projeto de Tratado de Assistência Mútua, de 1923, elaborado sob os auspícios da Sociedade, declarando que “a guerra de agressão é um crime internacional”, e o Protocolo para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais, de 1925, o chamado “Protocolo de Genebra”, que, em seu preâmbulo, também declarava que “uma guerra de agressão constituía-se (...) em um crime internacional”.¹¹⁵ Além disso, o Protocolo de Genebra, em uma passagem extremamente interessante estabelecia em seu artigo 2 que:

Os Estados signatários concordam em nunca recorrer à guerra contra outro signatário ou contra um Estado que, surgindo a ocasião, aceite todas as obrigações aqui estabelecidas, exceto no caso de resistência a atos de agressão ou quando agindo de acordo com o Conselho ou a Assembleia da Sociedade das Nações, de acordo com as disposições do Pacto e deste Protocolo.¹¹⁶

Ou seja, o Protocolo buscava limitar as circunstâncias em que o recurso a guerra seria possível apenas para os casos de agressão ou mediante autorização expressa de órgão competente da Sociedade. Dessa forma, ambos os instrumentos reconheciam o caráter ilícito da conduta sem, no entanto, estabelecer os elementos que a caracterizavam e, muito menos, as eventuais consequências do seu descumprimento pelos Estados. De qualquer maneira, o Projeto não foi aprovado por objeções levantadas pelo britânicos e Protocolo não entrou em vigor por ausência do número mínimo de ratificações.¹¹⁷

Por fim, antes do início da Segunda Guerra Mundial, um dos últimos grandes avanços na tentativa de regulamentação e limitação da guerra nas relações internacionais foi a aprovação do Pacto Brian-Kellogg, que entrou para a história do Direito Internacional como “o tratado que proscreeu a guerra”, ainda que alguns autores considerem tal afirmação não só um exagero, mas também tecnicamente

¹¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 68.

¹¹⁶ SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Art. 2, Protocolo para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais, 2 de outubro de 1924, disponível em <http://www.unhcr.org/refworld/docid/40421a204.html> (acesso em 23.10.2011). “The signatory States agree in no case to resort to war either with one another or against a State which, if the occasion arises, accepts all the obligations hereinafter set out, except in case of resistance to acts of aggression or when acting in agreement with the Council or the Assembly of the League of Nations in accordance with the provisions of the Covenant and of the present Protocol”(Tradução livre do autor).

¹¹⁷ DINSTEN, op. cit., p. 115; AREND; BECK, op. cit., p. 22; BROWNLIE, op. cit., pp. 69-70.

incorreta. Também conhecido como “Pacto de Paris”, ou “Tratado Geral para a Renúncia da Guerra como um Instrumento de Política Nacional”, ele foi assinado em 27 de agosto de 1928 e entrou em vigor em 24 de julho de 1929. Curiosamente, não só o pacto ainda se encontra em vigor, vinculando, por exemplo, os Estados Unidos da América e a Federação Russa, esta última como sucessora da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS),¹¹⁸ como, até o final de 1938, contava com 63 Estados-parte, número surpreendentemente alto, àquela época, para um tratado internacional multilateral.¹¹⁹

O Pacto Briand-Kellogg, que recebeu esse nome em homenagem aos Ministros de Relações Exteriores de França e dos EUA, respectivamente, principais responsáveis por sua negociação e conclusão, continha três artigos, sendo apenas um deles de natureza verdadeiramente técnica. Segundo o artigo 1º do Pacto:

As Altas Partes Contratantes declaram, solenemente, em nome de seus respectivos povos, que condenam o recurso à guerra para a solução de controvérsias internacionais, e a isso renunciaram, como instrumento de política nacional, em suas relações recíprocas.¹²⁰

Segundo Dinstein, com o Pacto Briand-Kellogg “o direito internacional progrediu do *jus ad bellum* para o *jus contra bellum*.”¹²¹ Tal afirmação merece alguns comentários de ordem mais crítica e até mesmo certos reparos. Antes de mais nada, em parte alguma do Pacto é feita referência ao direito de legítima defesa, ou seja, à reação, por meio do uso da força armada, a um ataque armado por parte de outro Estado. Contudo, durante as negociações anteriores à conclusão do Pacto, diversas notas formais trocadas entre seus principais signatários, como, por exemplo, os EUA, reservavam de forma aos Estados-parte o direito de legítima defesa.¹²² Ou seja, quando da conclusão do Pacto, já havia sido evidenciado que a renúncia à guerra não deveria incluir um direito tido como soberano, qual seja, o de um Estado garantir sua própria sobrevivência por meio do uso da força quando fosse ameaçada pelas ações de outros Estados.

¹¹⁸ AREND; BECK, op. cit., p. 22.

¹¹⁹ DINSTEIN, op. cit., p. 117.

¹²⁰ SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Pacto Briand-Kellogg, Artigo 1º, 27 de agosto de 1928.

¹²¹ DINSTEIN, op. cit., p. 118.

¹²² “Official documents: Multilateral Treaty for the Renunciation of War”, *American Journal of International Law*, v. 22, suplemento, 1928, pp. 109-113; “Official documents: General Pact for the Renunciation of War”, *American Journal of International Law*, suplemento, v. 23, 1929, pp. 1-13.

Logo, temos, ainda que não de forma expressa, a manutenção do mais clássico exemplo do *bellum justum* em plena decadência do *bellum legale*.¹²³ De qualquer maneira, como o tema da legítima defesa não foi regulamentado pelo Pacto Briand-Kellogg, não foram estabelecidos parâmetros claros e suficientes para guiar a conduta dos Estados em potenciais casos de exercício da legítima defesa.

Além disso, nenhuma instituição internacional foi apontada como sendo competente para determinar se um Estado usando da força armada estaria ou não agindo em legítima defesa ou desrespeitando os termos do Pacto. Ainda que não previstos no Pacto, havia, no contexto político-jurídico do entre-guerras pelo menos dois órgãos internacionais, pertencentes ao mesmo regime institucional e dotados de relativa parcela de legitimidade política aptos para se manifestar sobre a eventual legalidade do uso da força por parte de um Estado: o Conselho da Sociedade das Nações e a Corte Permanente de Justiça Internacional.

Sobre o Conselho, a menção anterior aos artigos do Pacto da Sociedade das Nações evidencia sua fraqueza institucional. Contudo, alguns comentários adicionais devem ser feitos no que diz respeito às suas falhas de natureza política. Antes de mais nada, segundo Gisela Padovan, “talvez o maior problema enfrentado pela [Sociedade] tenha sido o descompasso entre sua natureza baseada na conciliação e na mediação e o contexto de instabilidade política e econômica em que teve de operar”,¹²⁴ evidenciado, por exemplo, pela não ratificação do Pacto pelos EUA, mesmo que a criação da Sociedade tivesse sido idealizada nos “14 Pontos da Paz” que Woodrow Wilson propusera ao final da Primeira Guerra Mundial.

As grandes provas desse descompasso só surgiram realmente mais de dez anos depois da sua criação, com a invasão da Manchúria pelo Japão, em 1931, a invasão da Etiópia pela Itália, em 1935 e, acima de tudo, a reocupação da Renânia pela Alemanha em 1936. A invasão da Etiópia pela Itália foi, inclusive, uma das poucas ocasiões em que o uso da força armada por parte de um Estado-membro da Sociedade contra outro foi considerado um ato de agressão.¹²⁵

¹²³ KUNZ, op. cit., pp. 528 e ss.

¹²⁴ PADOVAN, Gisela Maria Figueiredo. *Diplomacia e uso da força: o painel do Iraque*. Brasília: FUNAG, 2010, pp. 29-30.

¹²⁵ Segundo Quincy Wright, a Guerra do Chaco, travada entre o Paraguai e a Bolívia entre 1932 e 1935, foi tratada pela imprensa internacional e, de uma certa forma, pela própria Sociedade das Nações como um caso emblemático de agressão, assim como o caso da invasão da Manchúria, cf.

Dinstein, por outro lado, avança o argumento de que, ainda que o Pacto Briand-Kellogg tenha proibido a guerra como instrumento de política nacional, ela teria permanecido válida como instrumento de política internacional, sendo, portanto, legítimo o recurso à guerra no âmbito da Sociedade das Nações e sua tentativa de construção de um regime de segurança coletiva.¹²⁶ Kelsen, por sua vez, afirmou que uma guerra caracterizada por uma reação contra uma violação do Direito Internacional, ou seja, uma forma de sanção a um ilícito internacional, seria uma guerra para a própria manutenção do Direito Internacional e, portanto, considerada como um instrumento de política internacional, não de política interna.¹²⁷ Na verdade, a análise de Kelsen parece estar se referindo ao direito de legítima defesa do Estado atacado, ainda que ele não use tal expressão, podendo, contudo, também ser aplicada ao sistema de segurança coletiva previsto no âmbito da Sociedade das Nações¹²⁸.

Por fim, Dinstein entende que o Pacto Briand Kellogg apresentou pelo menos quatro falhas: i) a questão da legítima defesa não foi estabelecida de forma clara em seu texto, o que dava muita liberdade aos Estados e ao Conselho da Sociedade, por exemplo, na determinação de se determinado uso da força poderia ou não ser considerado como defensivo; ii) a questão da legalidade da guerra como instrumento de política internacional não foi estabelecida ou acordada pelos Estados negociadores do Pacto; iii) a proibição da guerra não abarcava a todos os Estados, apenas as Altas Partes Contratantes do Pacto, fazendo, por exemplo, com que a guerra pudesse ser travada entre contratantes e não-contratantes do Pacto; e iv) medidas de força armada de caráter e duração breve foram eliminadas das disposições, pois não se enquadrariam no conceito de “guerra” acordado pelas Altas Partes Contratantes.¹²⁹

Como a história do período entre-guerras demonstra de forma clara, o Pacto Briand-Kellogg, assim como o Pacto da Sociedade das Nações, não serviu para

WRIGHT, Quincy, “The concept of Aggression in International Law”, *American Journal of International Law*, v. 29, n. 3, 1935, pp. 373 -395.

¹²⁶ DINSTEIN, op. cit., p. 119.

¹²⁷ KELSEN, *Princípios do Direito Internacional*, pp. 59-60.

¹²⁸ Contudo, como o próprio jurista austríaco afirma, a aplicação de tal conceito à questão da segurança coletiva só se torna realmente possível com o advento da Carta das Nações Unidas e definição do Conselho de Segurança como o órgão competente para responder às ameaças à paz e à segurança internacionais, cf. KELSEN, *Princípios do Direito Internacional*, pp. 78-102.

¹²⁹ DINSTEIN, op. cit., p. 120.

frear ou controlar os atos de agressão deflagrados na Europa a partir do final da década de 1930 pela Alemanha Nazista.¹³⁰ Como Arend e Beck apontam, o Pacto Briand-Kellogg cumpriu, de qualquer maneira, um papel importante no desenvolvimento do *jus ad bellum* no entre-guerras, pois, em primeiro lugar, ele serviu de inspiração a conclusão de diversos tratados que reiteravam a obrigação de seus Estados-parte de evitarem a “a guerra agressiva”, como, por exemplo, a Convenção sobre a Definição da Agressão de 1933, da qual eram partes, entre outros Estados, a URSS e a Finlândia, que, por sua vez já haviam firmado em o Tratado de Não-Agressão e de Solução Pacífica de Controvérsias de 1932.¹³¹

E, em segundo lugar, o Pacto Briand-Kellogg teria alterado a maneira como os estadistas pensavam ou menos falavam sobre a guerra, não havendo mais a defesa de uma liberdade irrestrita dos Estados irem à guerra quando julgassem necessário, pois o reconhecimento do Pacto como criando uma obrigação jurídica entre seus Estados-parte havia mudado essa percepção.¹³² Logo, o Pacto Briand-Kellogg teria, ao menos, contribuído para a consagração da ideia de que atos de agressão armada eram proibidos pelo Direito Internacional, sendo, portanto, uma etapa adicional alcançada na tentativa de construção de um verdadeiro *jus contra bellum*. A etapa mais importante para tal realização foi dada a adoção da Carta das Nações Unidas e do seu regime de proibição geral do uso da força nas relações internacionais.

A proibição do uso da força armada é, segundo grande parte da doutrina internacionalista mais reconhecida, um dos princípios fundamentais das relações internacionais contemporâneas¹³³ e, conforme já declarado pela CIJ no caso das Atividades Armadas no território do Congo, “uma pedra fundamental”¹³⁴ da Carta da Organização das Nações Unidas. A ONU foi criada com o propósito de, ante a falência do sistema de segurança coletiva da Sociedade das Nações, garantir a paz

¹³⁰ Tal realidade já havia sido inclusive antecipada por E. H. Carr antes mesmo da invasão da Polônia em 1939, cf. CARR, op. cit., pp. 267-284.

¹³¹ A referência a tais tratados se justifica porque, pouco tempo antes da invasão da Finlândia, em 30 de novembro de 1939, a URSS havia denunciado unilateralmente o Tratado de Não-Agressão, sem qualquer base jurídica, violando, dessa forma, não só a Convenção de 1933, mas especialmente o Pacto da Sociedade das Nações. O resultado foi a expulsão da URSS da Sociedade das Nações por determinação de sua Assembleia e de seu Conselho em 14 de dezembro de 1939. A Convenção de 1933 será analisada em maior detalhe na seção seguinte da presente tese.

¹³² AREND; BECK, op. cit., p. 24.

¹³³ CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 55-57.

¹³⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Case concerning the armed activities on the territory of the Congo, Congo v. Uganda*, ICJ Reports 2005, 19.12.2005, §148.

e a segurança internacionais, e, como consta já no primeiro artigo da Carta, entre outros pontos, fica estabelecido como um dos propósitos fundamentais da ONU:

Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;¹³⁵

Logo, para garantir a efetividade do sistema de segurança coletiva criado pela Carta, seria necessário proceder a uma proibição da guerra que fosse o mais abrangente possível, corrigindo, dessa forma, as falhas e lacunas constantes nos tratados e acordos anteriormente discutidos. Além disso, seria necessário criar um mecanismo pelo qual os Estados-parte da ONU fossem, no mínimo, compelidos a abrir mão do uso da força armada em suas relações internacionais com os demais.

Quanto ao primeiro desafio, o de estabelecer uma proibição suficientemente ampla e tecnicamente satisfatória do uso da força armada, deve-se lembrar o que o artigo 2(4) da Carta estabelece:

Todos os membros [da ONU] deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.¹³⁶

Sobre esse artigo, alguns comentários devem ser feitos. Em primeiro lugar, ainda que o texto desse artigo evite o termo “guerra”, é consenso que o uso da força nas relações internacionais descrito no artigo incluía a guerra, além de medidas que envolvam o uso da força de natureza breve que, como visto anteriormente, não teriam sido proibidas de forma indiscutível pelo Pacto Briand-Kellogg.¹³⁷ Uma questão importante, aqui, foi a exclusão do termo “guerra” do vocabulário jurídico internacional, talvez em uma tentativa de, ao excluir a palavra, excluir também a realidade a que se refere.¹³⁸ Além disso, é estabelecido de forma clara não só que o

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas, Art. 1(1), 24 de outubro de 1945.

¹³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas, Art. 2(4), 24 de outubro de 1945.

¹³⁷ DINSTEIN, op. cit., p. 121.

¹³⁸ Tal estratégia pode remeter, talvez, ao *newspeak* criado por George Orwell, nome literário de Eric Blair, para a sociedade distópica de “1984”, em que, limitando-se as opções da própria língua, limita-se também a capacidade das pessoas pensarem sobre determinados conceitos e ideias, excluindo-os, portanto, de sua realidade cotidiana, cf. ORWELL, George. 1984. Londres: Secker & Warburg, 1949.

uso da força seria proibido, mas também sua mera ameaça, como a própria CIJ reconheceu em seu parecer de 1996 sobre a Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares:

As noções de “ameaça” ou “uso” da força, segundo o artigo 2º, § 4º da Carta permanecem juntas, no sentido de que, se o uso da força, por si mesma, em uma determinada situação, for ilegal – independentemente da razão – a ameaça do uso da força será igualmente ilegal.¹³⁹

Nesse sentido, para a ameaça ser ilícita, o próprio uso da força em questão deve ser ilícito. Logo, se um Estado demonstra estar disposto a usar da força em conformidade com a Carta, como, por exemplo, para executar uma decisão obrigatória do Conselho de Segurança da ONU, segundo a CIJ isso não seria uma “ameaça”, mas sim “aviso legítimo” por parte daquele Estado.¹⁴⁰ Por sua vez, um exemplo claro de ameaça ilegal seria um Estado, em clara violação a uma resolução do Conselho de Segurança e à Carta, avisar outra nação de suas intenções de invadi-la, antes mesmo de fazê-lo. Nesse sentido, como será visto quando tratada a questão específica da agressão, a invasão do Iraque pela coalizão liderada pelos EUA em 2003 seria, antes, um caso de ameaça ilegal para o uso da força, depois consolidando-se em um caso de uso ilegal da força.¹⁴¹

Em segundo lugar, ainda analisando os termos utilizados no artigo, por “relações internacionais” o artigo pretendia estabelecer que os conflitos puramente internos estariam fora do alcance da proibição geral do artigo 2(4). Essa questão, contudo, foi duramente debatida por ocasião do fortalecimento dos movimentos de descolonização, pois, em tese, as potências coloniais poderiam usar da força para combaterem alguma rebelião em um território que, do ponto de vista do Direito Internacional, pertencia a elas. Tal realidade se altera profundamente com a consagração do princípio da autodeterminação dos povos e o consequente reconhecimento da possibilidade de povos oprimidos usarem da força nas chamadas “guerras de libertação nacional”.¹⁴²

¹³⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996.

¹⁴⁰ Idem, *ibidem*.

¹⁴¹ ANAND, Ruchi. *Self-Defense in International Relations*. Londres: Palgrave Macmillan, 2009, pp. 24 e 111; IWANEK, Tomasz, “The 2003 Invasion of Iraq: How the system failed”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, n. 1, 2010, pp. 89-116.

¹⁴² CASSESE, Antonio. *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 201-204.

Segundo Dinstein, algumas dessas guerras de libertação nacional chegaram a ser proclamadas por seus deflagradores como sendo “guerras justas”. Contudo, a eventual intervenção de um terceiro Estado em favor dos rebeldes por meio, por exemplo, de uma ação armada forçando o fim do jugo colonial seria, por si só, uma clara violação à proibição geral do artigo 2(4).¹⁴³

Em terceiro lugar, o termo “força”, ainda que não seja seguido do adjetivo “armada”, como em outras partes da Carta, denota, sim, o uso da força armada, ainda que diversos debates tenham ocorrido quando da negociação da Carta. Curiosamente, durante as negociações para a adoção da Carta da ONU, o Brasil teria proposto uma emenda proibindo “a ameaça ou o uso de medidas econômicas de qualquer modo inconsistentes com os propósitos da ONU”, mas ela foi recusada, por razões que, segundo Cassese, infelizmente não foram reveladas.¹⁴⁴ De qualquer maneira, ficou estabelecido de forma clara a proibição geral do uso da força armada pelo Estados,¹⁴⁵ ainda que alguns contestem tal realidade, afirmando ser possível falar em “guerras econômicas” como violando a proibição geral do artigo 2º, § 4º, sendo, dessa forma igualmente ilegais a luz do Direito Internacional Público.¹⁴⁶

Em quarto lugar, cabe aqui uma breve análise sobre dois objetivos específicos na proibição geral do uso força e que constam de forma expressa no texto do artigo: a “integridade territorial” e a “independência política” dos Estados. Apesar dessa menção expressa, eles não devem ser interpretados de forma estaque, excessivamente rígida. Dinstein opina que essas expressões devem ser vistas como constituindo “o centro de gravidade do art. 2º §4º”, abrindo, portanto, espaço para demais interpretações.

Segundo os *travaux préparatoires* da Carta da ONU, essas expressões teriam sido incluídas pra dar uma ênfase especial aos princípios que deviam ser protegidos, havendo, portanto, intenção em restringir ou limitar apenas a esses casos os exemplos de uso da força incompatíveis com os princípios e propósitos da

¹⁴³ DINSTEIN, op. cit., pp. 95-98.

¹⁴⁴ CASSESE, *International Law*, p. 56; *Documents of the United Nation Conference on International Organization*, Vol. vi, 1945, pp. 559 e 720-721.

¹⁴⁵ KEARNEY, R. D.; DALTON, R. E., “The Treaty on Treaties”, *American Journal of International Law*, vol. 64, 1970, pp. 495, 534-535.

¹⁴⁶ HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica: o uso da força no Direito Internacional*. 1996.

Carta.¹⁴⁷ Nesse sentido, é importante lembrar o primeiro e mais importante propósito das Nações Unidas, segundo consta no artigo 1º, §1º da Carta:

Manter a paz e a segurança, e, para esse fim: tomar medidas efetivas para a prevenção e remoção de ameaças à paz, e para a supressão de atos de agressão ou outras violações da paz.¹⁴⁸

Aqui é interessante notar que a Carta diferencia entre “atos de agressão” e “outras violações da paz”, sem, contudo, desenvolver o significado desses dois conceitos. Como será demonstrado, “atos de agressão” seriam aquela forma mais grave de uso da força armada por parte dos Estados, diferenciando-se, conseqüentemente, por exemplo, de ataques isolados ou situações em que o uso da força não chegaria ao patamar de uma guerra.

Logo, ainda que não houvesse, à época da aprovação da Carta, uma definição unânime, ou pelo menos razoavelmente aceita do que seria “agressão”, fica claro que, na esteira dos acontecimentos que levaram à deflagração da Segunda Guerra Mundial, seria aquela situação mais grave de uso da força. Tal conceito, contudo, só seria devidamente desenvolvido quase trinta anos após a elaboração da Carta das Nações Unidas, como será visto a seguir.

Por fim, no que diz respeito à natureza do princípio da proibição geral do uso da força nas relações internacionais e, acima de tudo, se ele teria primazia ou imperatividade sobre as demais normas. Em outras palavras, se a proibição geral do uso da força no Direito Internacional poderia ser considerada uma norma de *jus cogens*, que, conforme a definição constante no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, é aquela norma:

[...] aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo como uma norma cuja derrogação não é permitida e que pode ser modificada apenas por uma norma superveniente de Direito Internacional possuindo as mesmas características.¹⁴⁹

O reconhecimento da proibição geral do uso da força como sendo uma norma imperativa do Direito Internacional não é algo novo ou inédito. Nesse sentido, é importante lembrar o comentário feito pela CIJ em sua decisão no caso das Atividades Militares e Paramilitares no Território da Nicarágua, de 1986, em que constatou não só o reconhecimento das partes em litígio do caráter costumeiro da

¹⁴⁷ DINSTEN, op. cit., p. 123.

¹⁴⁸ Art. 1(1), Carta das Nações Unidas, 24 de outubro de 1945.

¹⁴⁹ Art. 53(2), Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969.

proibição do uso da força, como também afirmou, em um *dictum* muito conhecido, que:

“[uma] confirmação adicional da validade como direito internacional costumeiro do princípio da proibição do uso da força expresso no artigo 2, parágrafo 4 da Carta das Nações Unidas pode ser encontrada no fato de que é frequentemente referido em pronunciamentos de representantes de Estados como sendo não só um princípio costumeiro do direito internacional, mas também um princípio fundamental ou cardinal desse mesmo direito.”¹⁵⁰

Além disso, no mesmo parágrafo, a CIJ faz menção ao comentário da CDI a seu projeto de artigos sobre o direito dos tratados, de 1966, de que a proibição do uso da força prevista na Carta seria um “exemplo marcante” de uma norma internacional que possuiria o caráter de *jus cogens*, ou seja, seria uma norma imperativa do direito internacional.¹⁵¹ Por fim, em seu relatório sobre a questão da “fragmentação do Direito Internacional” apresentado à CDI, Martii Koskenniemi cita como “um dos principais candidatos ao *status* de *jus cogens*” a “proibição do uso agressivo da força”, citando, inclusive, diversos autores que manifestariam sua opinião nesse mesmo sentido.¹⁵² Logo, levando em consideração o fato do texto do artigo 38, § 2º, alínea “d” do Estatuto da CIJ estabelecer que doutrina e jurisprudência são meios auxiliares na determinação de uma norma de Direito Internacional,¹⁵³ as manifestações acima descritas e analisadas seriam prova suficiente do caráter *jus cogens* da proibição do uso da força.

Além disso, a proibição do uso da força também seria reconhecida como um *obligatio erga omnes*, ou seja, uma obrigação cujo cumprimento seria do interesse de toda a comunidade internacional, oponível a todos os seus membros, conceito consagrado pela CIJ no Caso *Barcelona Traction*, decisão de 1970, em que a Corte desenvolveu o conceito da seguinte forma:

[...] uma distinção essencial deve ser feita entre as obrigação devidas por um Estado à comunidade internacional como um todo, e aquelas assumidas *vis-à-vis* outro Estado no campo da proteção diplomática. Por sua própria natureza, aquelas são de preocupação de todos os

¹⁵⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Nicaragua v. USA*, ICJ Reports 1986, 27.06.1986, §190.

¹⁵¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, *paragraph (1) of the commentary of the Commission to Article 50 of its draft Articles on the Law of Treaties*, ILC Yearbook, 1966-II, p. 247.

¹⁵² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martii Koskenniemi*. UN, A/CN.4/L682, 13 de abril de 2006, § 374.

¹⁵³ Artigo 38(2)(d), Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Estados. Em razão da importância dos direitos envolvidos, todos os Estados têm um interesse jurídico na sua proteção; ela são obrigações *erga omnes*.

No direito internacional contemporâneo, tais obrigações surgem, por exemplo, da proibição de atos de agressão e de genocídio, assim como dos princípios e regras relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo a proteção a escravidão e a discriminação racial. Alguns dos direitos de proteção correspondentes passaram a fazer parte do sistema do direito internacional geral [...] outros são previstos em instrumentos internacionais de caráter universal ou quase universal.¹⁵⁴

Aqui, contudo, a menção não é à proibição geral do uso da força, mas a sua forma mais grave, o caso da agressão, e sua ocorrência seria de tal modo contrária aos interesses da comunidade internacional que seria justificado considerar sua proibição como uma obrigação oponível a todos os Estados membros da comunidade internacional.¹⁵⁵ Abre-se, portanto, a discussão sobre se a proibição de todo e qualquer uso da força nas relações internacionais seria uma *obligatio erga omnes*, ou apenas naqueles casos mais graves de atos de agressão.¹⁵⁶ Contudo, a posição de que apenas a proibição da agressão como forma mais grave do uso da força seria uma *obligatio erga omnes* não encontra guarida na opinião doutrinária contemporânea mais abalizada.

Haveria, ainda, a possibilidade de se contestar o próprio caráter *jus cogens* da proibição geral do uso da força, pois, se esse tipo de norma não permite a existência de tratados e costume em sentido contrário, o que dizer, por exemplo do direito da legítima defesa, previsto no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, como um “direito inerente” dos Estados? Nesse sentido, o Instituto de Direito Internacional já se referiu expressamente ao fato de que a legítima defesa, conforme prevista na Carta

¹⁵⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970*, § 32; [...] an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising *vis-à-vis* another State in the field of diplomatic protection. By their very nature, the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*. [...] Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law [...] others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.” (Tradução livre do autor).

¹⁵⁵ VILLALPANDO, Santiago, “The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 21, n. 2, 2010, pp. 387-419.

¹⁵⁶ BASSIOUNI, M. Charif, “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1997, pp. 63-74.

das Nações Unidas, interpretada pelos tribunais internacionais e levada a cabo pelos Estados, individual ou coletivamente, deveria ser vista como um exceção à proibição geral, assim como o mecanismo de segurança coletiva previsto no capítulo VII da Carta.¹⁵⁷ Além disso, no já citado relatório sobre a fragmentação do direito internacional, Koskenniemi referiu-se também ao direito de legítima defesa como um “potencial candidato” ao posto de norma de *jus cogens*.¹⁵⁸

Logo, o que se percebe dessa breve análise da regulamentação do uso da força pela Carta das Nações Unidas, é, acima de tudo, uma tentativa de estabelecer uma proibição geral e efetiva da guerra como mecanismo de solução de controvérsias internacionais. Contudo, mesmo referindo-se em diversas parte do seu texto ao conceito de “agressão”, como, por exemplo, no artigo 39, primeiro artigo do Capítulo VII, que estabelece o regime de segurança coletiva sob a autoridade do Conselho de Segurança das Nações Unidas, em lugar algum da Carta há uma definição precisa de tal conceito. Isso ocorreria depois de longos debates entre os membros das Nações Unidas durante o turbulento período da Guerra Fria.

2. O conceito de “ato de agressão” no Direito Internacional Público e a Resolução 3314 da Assembleia Geral da ONU de 1974.

Antes de mais nada, deve-se esclarecer que o conceito de agressão surge no discurso jurídico internacionalista quase ao mesmo tempo em que dele se retira a guerra como conceito jurídico do Direito Internacional. Como referido anteriormente, a exclusão da palavra “guerra” do discurso jurídico internacionalista parece uma tentativa de excluir o próprio fenômeno social ao qual ela se refere, tal qual ocorreria com o “Novilíngua” criado por George Orwell para 1984. Tal palavra, no entanto, permanece como o que pode ser considerado um termo de referência no discurso jurídico internacionalista, tanto no sentido técnico, como no caso dos crimes de guerra (*war crimes, crimes de guerre*), denominação mais comum às violações do

¹⁵⁷ *Institut de Droit International, Session de Santiago, (2007), 10th Commission, Problèmes actuels du recours à la force en droit international, A – Sous-group sur la légitime defense, p. 71.*

¹⁵⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martii Koskenniemi.* UN, A/CN.4/L682, 13 de abril de 2006, § 374.

Direito Internacional dos Conflitos Armados,¹⁵⁹ quanto no sentido figurado, quando aplicada às expressões “guerra contra as drogas” e “guerra contra o terror”.¹⁶⁰

Portanto, no discurso jurídico internacionalista, o conceito de agressão veio a substituir a guerra no que diz respeito à natureza do ilícito internacional, enquanto a expressão “conflito armado” trata da caracterização do conflito, podendo ser ele de caráter internacional ou não-internacional. Desse modo, e para os fins da presente tese, a guerra, como conceito, dá lugar à agressão para referir-se àquela forma mais grave de violação da proibição geral da ameaça e do uso da força armada no Direito Internacional.

Feito tal esclarecimento, há alguns motivos importantes porque não foi avançada nenhuma definição precisa e adequada de atos de agressão na Carta das Nações Unidas. Em primeiro lugar, como referido anteriormente, o termo “agressão” não foi expressamente mencionado por tratar-se o ato de agressão de uma das diversas formas possíveis do uso da força no âmbito internacional, não sendo, conseqüentemente, adequado que um artigo proibindo o uso da força em geral fizesse menção expressa a apenas uma forma possível de violação da paz internacional. Se a proibição objetivava ser geral, aplicável aos mais diversos casos de uso da força armada, a proibição expressa de apenas uma dessas formas, ainda que a mais grave, seria contraproducente ao regime proposto pela Carta de proscrição do uso da força nas relações internacionais.

Em segundo lugar, a intenção originária dos Estados que criaram a ONU era a consagração de um sistema de segurança coletiva, em que a decisão sobre o uso da força em determinados casos ficasse a cargo do Conselho de Segurança, um

¹⁵⁹ Curiosamente, a Escola Superior de Guerra do Brasil ministra anualmente um curso sobre o Direito Internacional dos Conflitos Armados, em que os termos “Guerra” e “Conflitos Armados” coexistem, ainda que o primeiro seja mais por uma questão tradicional do que técnica. Os dados sobre o curso e sua estrutura curricular estão disponíveis em <http://www.esg.br/wordpress/cursos/direito-internacional-dos-conflitos-armados-dica/> (Acesso em 19/03/2012).

¹⁶⁰ Neste último caso, contudo, existe uma discussão de natureza técnica, sobre se é possível haver um conflito armado entre um Estado e uma organização terrorista, e, se houve de fato tal conflito, se ele seria de caráter internacional ou não-internacional. A academia estadunidense, por exemplo, criou uma expressão que busca reconciliar “Guerra” e “Direito”, que eles chamam de *Lawfare*. No entanto, tal discussão está além do objeto da presente tese, mas, para acompanhar tal debate no âmbito do Direito Internacional dos Conflitos Armados, cf. WOLLSCHLAEGGER, Daria P.; PEDROZO, Raul A. *International Law and the Changing Character of War*. International Law Studies, vol. 87. Newport: Naval War College, 2011, pp. 315-358 e 487-496; sobre a possibilidade do exercício do direito de legítima defesa contra ataques terroristas, cf. REINOLD, Theresa. “State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post-9/11”, *American Journal of International Law*, vol. 105, 2011, pp. 244-286.

órgão colegiado com poder de decisão e, acima de tudo, ação no caso de ameaças à paz e à segurança internacionais. Nesse sentido, uma menção ou definição de agressão no artigo 2(4) poderia acarretar uma aplicação prematura dos poderes do Conselho de Segurança, segundo o Capítulo VII da Carta.¹⁶¹

O artigo 39 da Carta estabelece que caberá ao Conselho de Segurança determinar a existência de qualquer ameaça à paz, quebra da paz ou ato de agressão, devendo o Conselho, uma vez feita tal determinação, tomar as medidas adequadas.¹⁶² Dessa forma, a ONU possuía, em tese, um mecanismo adequado para a determinação de atos de agressão, sendo, contudo, ainda necessário tipificar o crime de agressão no direito internacional.¹⁶³

Contudo, talvez o mais importante motivo tenha sido a falta de consenso político entre os Estados da comunidade internacional sobre o que poderia ser legitimamente considerado como um ato de agressão. Como Dinstein aponta, houve, após a aprovação Carta, diversas tentativas de limitar o escopo da proibição do uso da força, para incluir como exceções legítimas a tal proibição casos que, à primeira vista, eram claramente contestáveis, como os casos de intervenção armada em favor de povos coloniais, como advogado pelo bloco socialista e por países do então-Terceiro Mundo, ou para reinstaurar a democracia em países ameaçados pelo comunismo, como defendido pelos Estados Unidos nos casos de Granada e da Nicarágua.¹⁶⁴

Desde as primeiras propostas de definição da agressão no Direito Internacional, via-se claramente a ideia de proibir o uso da força que atentasse contra a própria integridade de uma nação estrangeira. Nesse sentido, já em 1933 a URSS, antecipando o teor de alguns tratados que celebraria com diversas nações vizinhas, apresentou um projeto de tratado que buscava definir de forma razoavelmente clara e precisa o que seriam, até aquele momento histórico, os típicos exemplos de atos de agressão. Particularmente, o artigo 1º da proposta soviética estabelecia o seguinte:

¹⁶¹ KITTICHAISAREE, op. cit., pp. 211-212; MEZZANOTTI, Gabriela. *Direito, Guerra e Terror – Os novos desafios do Direito Internacional pós 11 de setembro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 33-61.

¹⁶² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “The Primacy of International Law Over Force”, in *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 177-179.

¹⁶³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 9-72.

¹⁶⁴ DINSTEIN, op. cit., pp. 125-129.

O agressor em um conflito internacional será considerado aquele Estado que for o primeiro a realizar qualquer um desses atos:

- (a) Declarar de guerra contra outro Estado;
- (b) Invadir por suas forças armadas do território de outro Estado sem uma declaração de guerra;
- (c) Bombardear o território de outro Estado por meio de suas forças terrestres, navais ou aéreas, ou conscientemente atacar as forças navais ou aéreas de outro Estado;
- (d) Aportar, aterrisar ou introduzir suas forças terrestres, navais ou aéreas para além das fronteiras de outro Estado sem a permissão de seu governo, ou violar as condições de tal permissão, particularmente quanto à duração da permanência ou à extensão da área;
- (e) Estabelecer um bloqueio naval nas costas e portos de outro Estado.¹⁶⁵

Ainda que não tenha sido adotada na Conferência sobre Desarmamento da Sociedade das Nações de 1933, tal definição formou a base das discussões subsequentes sobre o significado e o conteúdo da agressão durante e após a elaboração da Carta das Nações Unidas.¹⁶⁶ Ela contem, em linhas gerais o cerne do que muitos consideravam, à época, como sendo a ideia básica da agressão: a do “primeiro ataque”, ou seja, o primeiro uso da força de um Estado contra outro. Isso, em tese, facilitaria a identificação do agressor em um eventual conflito, por estabelecer que seria aquele que primeiro usasse da força contra outro Estado.¹⁶⁷

Contudo, alguns Estados, como o Reino Unido da Grã-Bretanha, contestaram a proposta soviética por entenderem que, na prática, seria extremamente difícil determinar qual Estado recorreu primeiro ao uso da força, especialmente em situações em que as relações dos Estados tivessem deteriorado ao ponto do uso da força armada ser uma realidade. Obviamente, não haveria como confiar nas afirmações dos Estados sobre quem havia iniciado as ofensivas armadas contra o

¹⁶⁵ SOCIEDADE DAS NAÇÕES, *The Monthly Summary of the League of Nations* (1933), Vol. XIII, n. 2, Anexo Doc. Conf. D/C.G.38, reproduzido em FERENCZ, Benjamin B. *Defining International Aggression: The search for world Peace. A documentary history and analysis*. Vol. 1. Nova Iorque: Oceana, 1975, pp. 200-202: “The aggressor in an international conflict shall be considered that State which is the first to take any of the following actions:

- (a) Declaration of war against another State;
- (b) The invasion by its armed forces of the territory of another State without the declaration of war;
- (c) Bombarding the territory of another State by its land, naval or air forces or knowingly attacking the naval or air forces of another State;
- (d) The landing in or introduction within the frontiers of another State of land, naval or air forces without the permission of the Government of such a State, or the infringement of the conditions of such permission, particularly as regards the duration of sojourn or extension of area;
- (e) The establishment of a naval blockade of the coast or ports of another State.”(Tradução livre do autor).

¹⁶⁶ HUCK, op. cit., p. 132.

¹⁶⁷ KAMTO, Maurice. *L’Agression en Droit International*. Paris: Pedone, 2010, pp. 15-16.

outro. Além do Reino Unido, países como a Alemanha, Itália, Espanha, Hungria e Suíça recusaram a proposta soviética por ser excessivamente rígida na sua determinação do agressor, preferindo uma definição mais flexível e que permitisse a consideração de circunstâncias relevante em um incidente em particular.¹⁶⁸

Segundo Page Wilson, a proposta soviética deve ser interpretada não como um esforço altruísta de consolidação de uma sistema de segurança coletiva no âmbito da Sociedade das Nações, mas sim como uma reação individual da URSS a mudanças políticas significativas, como a saída da Alemanha e do Japão da Sociedade em 1933 e a sua conseqüente entrada na mesmo órgão no ano seguinte. Essa proposta seria, então, uma base que fundamentaria um pedido de assistência da URSS como novo membro da Sociedade no caso de um ataque armado por parte de Alemanha ou Japão.¹⁶⁹

Um comentário adicional deve ser feita sobre outra proposta de definição de agressão apresentada também em 1933, tendo sido elaborada no âmbito da Sociedade das Nações a partir de um relatório de Nicolas Politis. Tal proposta, à semelhança daquela apresentada pela URSS, pretendia estabelecer uma enumeração rígida, se não plenamente exaustiva, conforme se depreende da leitura de seu artigo 2º:

O agressor em um conflito internacional, tendo em vista os acordos em vigor entre as parte na disputa, será considerado o Estado que primeiro realizar qualquer um desses atos:

- 1) declarar a guerra contra outro Estado;
- 2) invadir com suas forças armadas o território de outro Estado, com ou sem uma declaração de guerra;
- 3) Atacar com sua forças terrestres, navais ou aéreas o território, as naves ou aeronaves de outro Estado, com ou sem declaração de guerra;
- 4) fazer um bloqueio naval à costas ou portos de outro Estado;
- 5) conceder apoio a bandos armados formados em seu território e que invadiram o território de outro Estado, ou recusar-se, mesmo com pedido do Estado invadido, a tomar em seu território todas as medidas para privar esses bandos de ajuda ou proteção.¹⁷⁰

¹⁶⁸ WILSON, Page. *Aggression, Crime and International Security: moral, political and legal dimensions of international politics*. Londres: Routledge, 2009, p. 35, n. 16.

¹⁶⁹ Idem, ibidem, p. 36; FERENCZ, *Defining International Aggression*, Vol. 1, p. 34.

¹⁷⁰ FERENCZ, *Defining International Aggression*, Vol. 1, p. 224; "The aggressor in an international conflict shall, subject to the agreements in force between the parties to the dispute, be considered to be that State which is the first to commit any of the following actions:

- 1) declaration of war upon another State;
- 2) invasion by its armed forces, with or without a declaration of war, of the territory of another State;
- 3) attack by its land, naval or air forces, with or without a declaration of war, on the territory, vessels or aircraft of another State;

Em relação proposta soviética, a principal diferença foi a inclusão do item 5, que introduziria no Direito Internacional Público o conceito de “agressão indireta”, ou seja, aquela em que um Estado auxilia ou apoia a ação de grupos armados formados em seu território contra outro Estado.¹⁷¹ Mesmo que a definição apresentada por Politis tenha sido considerada “um fruto da árvore soviética”, por suas diversas semelhanças de estilo e conteúdo com a proposta soviética, a chamada “definição Politis” recebeu atenção maior da Sociedade das Nações em suas tentativas de adoção de uma definição de agressão.¹⁷²

Além disso, a proposta de Politis serviu de base para a formulação de uma série de tratados firmados entre a URSS e outros Estados, que, em seus textos, afirmam explicitamente que as partes contratantes reconhecem a definição de agressão apresentada por Politis, por sua vez, baseada na proposta inicial da URSS.¹⁷³ Essa série de três tratados é a primeira ocasião na história do Direito Internacional Público em que uma definição de agressão foi adotada em um tratado, vinculando, portanto, as partes contratantes.¹⁷⁴

Acima de tudo, o que deve ser destacado é que essas duas propostas contém alguns elementos básicos que formariam o núcleo do ato de agressão no Direito Internacional Público: i) a ideia de que o agressor é aquele Estado que realiza o “primeiro ataque”, ou seja, quem primeiro usa da força armada contra outro Estado; ii) a ideia de agressão direta, ou seja, do uso da força armada de um Estado contra outro; e iii) a ideia de agressão indireta, ou seja, aquele uso da força armada realizada por grupos armados contra um Estado com o auxílio ou a conivência de outro Estado. Esses seriam, portanto, alguns dos elementos centrais que influenciariam e embasariam os debates posteriores sobre o conteúdo e a extensão do conceito de agressão.

4) naval blockade of the coasts or ports of another State;

5) provision of support to armed bands formed in its territory which have invaded the territory of another State, or refusal, notwithstanding the request of the invaded State, to take in its own territory all the measures in its power to deprive those bands of all assistance or protection.” (Tradução livre do autor).

¹⁷¹ ARONEANU, Eugene. *La Définition de L’Agression*. Paris: Editions Internationales, 1958, pp. 283-284.

¹⁷² Idem, ibidem, p. 285.

¹⁷³ “Convention Defining Aggression”, *American Journal of International Law*, vol. 27, 1933, pp. 192-195.

¹⁷⁴ DINSTEIN, op. cit., p. 124.

De 1933 a 1940, contudo, o debate sobre a definição de agressão perdeu importância ante os eventos políticos internacionais. Segundo Ferencz, os Estados pareciam estar mais preocupados em cometer ou defender-se de uma agressão do que em definir seu conteúdo.¹⁷⁵ O rearmamento da Alemanha já sob o comando de Hitler, a invasão da Etiópia pela Itália de Mussolini e a invasão da Manchúria pelo Japão, esses dois últimos claros exemplos de agressão segundo as propostas analisadas, todos esses fatos ocorreram sem uma forte reação da Sociedade das Nações, atestando a falência do seu sistema de segurança coletiva mesmo que ele não tivesse sido testado. A prova cabal disso talvez tenha sido ausência de qualquer reação da Sociedade quando da invasão da Polônia pela Alemanha em 1º de setembro de 1939.¹⁷⁶

Avanços quanto a uma definição do conceito de agressão só viriam a ocorrer depois de finda a Segunda Guerra Mundial. Contudo, mesmo com a criação dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio, a definição do ato de agressão não foi devidamente alcançada, uma que tais tribunais lidavam apenas com a questão da responsabilidade penal individual de pessoas responsáveis por “crimes contra a paz”, não lidando, portanto, com a questão do uso da força armada como ferramenta política por parte dos Estados. Basta, aqui, lembrar o conceito adotada no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg:

[P]lanejamento, preparação, iniciação ou deflagração de uma guerra de agressão ou de uma guerra em violação de tratados, acordos ou garantias internacionais, ou participação em um plano comum ou conspiração para a realização de quaisquer dos atos citados.¹⁷⁷

Ou seja, define-se o crime, sem, contudo, definir a conduta que constitui o ilícito. Não se define o que seria a “guerra de agressão”, havendo apenas uma

¹⁷⁵ FERENCZ, *Defining International Aggression*, Vol. 1, p. 34.

¹⁷⁶ Curiosamente, a única medida tomada pela Sociedade a título de reação a um claro ato de agressão foi a expulsão da URSS ante a sua invasão da Finlândia, em novembro de 1939, tendo o relatório do Conselho Executivo afirmado que a URSS havia violado as obrigações contidas na Convenção para a Definição de Agressão de 1933, que ela mesma havia ratificado e cuja criação tinha sido possível graças a seus próprios esforços diplomáticos, cf. FERENCZ, *Defining International Aggression*, pp. 35-36. É interessante aqui salientar que a substituição de Maxim Litvinov, autor da proposta soviética sobre agressão e defensor de um sistema internacional de segurança coletiva a ser construído em parceria com potências ocidentais, por Vyacheslav Molotov, proponente do Pacto de Não-Agressão com a Alemanha Nazista e chanceler da URSS quando da invasão da Finlândia, pode explicar algumas das mudanças na política externa da URSS nos meses anteriores ao início da Segunda Guerra Mundial, cf. RESIS, Albert. “The Fall of Litvinov: Harbinger of the German-Soviet Non-Aggression Pact”, *Europe-Asia Studies*, Vol. 52, n. 1, 2000, pp. 33-56; WEINBERG, Gehrard L. *Germany and the Soviet Union, 1939-1941*. Leiden: Brill, 1954, pp. 14-25.

¹⁷⁷ TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG. Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Artigo 6(a), 1945.

menção à “violação de tratados, acordos ou garantias internacionais”, fórmula semelhante àquela prevista no artigo 227 do Tratado de Versalhes de 1919, que remetia a uma “ofensa suprema à moralidade internacional e à santidade dos tratados”.¹⁷⁸ A contribuição do tribunais militares internacionais será melhor analisada com o exame da responsabilidade penal individual pelo crime de agressão.

As tentativas de definição do que seria um ato de agressão foram retomadas com a adoção da Carta da ONU e a consequente criação da Organização, em 24 de Outubro de 1945. Já na Conferência das Nações Unidas sobre a Organização Internacional, ocorrida em São Francisco, de 25 de abril a 26 de junho de 1945, diversas delegações propuseram que o termo “agressão”, mencionado na seção B do capítulo VIII das propostas de Dumbarton Oaks, e que posteriormente viria a tornar-se o capítulo VII da Carta da ONU, fosse definido ou, ao menos, explicado. Contudo, a maioria dos membros do Comitê III/3 da Conferência, encarregado da redação do texto, entendeu que uma definição preliminar do termo iria além do âmbito da Carta e que as técnicas modernas de guerra tornariam muito difícil a definição de todos os casos de agressão.¹⁷⁹

A decisão tomada em São Francisco foi no sentido conceder liberdade para que o Conselho de Segurança da ONU, nos termos do artigo 39 da Carta, pudesse determinar a existência ou não de “atos de agressão”. Isso, contudo, não resolvia o problema da ausência de uma definição definitiva e aceita pelos Estados sobre o que seriam atos de agressão. Logo, durante sua quinta sessão a Assembleia Geral da ONU, por meio da resolução 378(V) de 17 de novembro de 1950, decidiu encaminhar à CDI uma proposta formulada pela URSS e que, curiosamente, ainda que não se referisse expressamente à agressão, era praticamente uma cópia fiel do

¹⁷⁸ Disponível em http://avalon.law.yale.edu/20th_century/imt/menu.asp (Acesso em 01/02/2012). Segundo Bassiouni, o texto do Tratado de Versalhes não remete a nenhum crime internacional existente, mas tentaria caracterizar o possível crime de agressão como meramente político, tratando-se o artigo 227, nesse sentido, de uma mera tentativa de, ao mesmo tempo, agradar às massas europeias, que viam o Kaiser Guilherme II como um “ogro de Guerra”, e os governos de França e Bélgica, que queriam humilhar a Alemanha por ter iniciado a guerra, cf. BASSIOUNI, M. Cherif. “From Versailles to Rwanda in Setenty-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminanl Court”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, pp. 18-19.

¹⁷⁹ Report of Mr. Paul-Boncour, Rapporteur, on Chapter VIII, Section B, Doc. 881 (English) III/3/46, 10 June 1945, United Nations Conference on International Organization, Vol. 12, p. 505, reproduzido em FERENCZ, *Defining International Aggression*, Vol. 1, pp. 349-361.

texto da série tratados firmados em 1933 entre a URSS e diversos outros Estados.¹⁸⁰

Em 1951, a CDI considerou a questão se deveria enumerar os possíveis atos de agressão ou elaborar uma definição em termos gerais. Foi decidido que o melhor caminho a ser seguido seria elaborar uma definição geral e abstrata, mas a CDI não foi bem-sucedida em sua empreitada. Deve ser feita menção ao relatório de Jean Spiropoulos, Relator Especial do Projeto de Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade, intitulado “A possibilidade e a desejabilidade de uma definição de agressão”, de 12 de abril de 1951,¹⁸¹ em que fica clara a opinião contrária do relator em relação a uma definição de agressão:

“165. [...] [A] noção de agressão é uma noção *per se*, uma noção primária, que, pela sua própria essência, não é suscetível de definição [...].

[...]

166. Uma definição “jurídica” de agressão seria uma *construção artificial*, que aplicada a casos concretos, poderia facilmente levar a conclusões que seriam contrárias a noção “natural” de agressão, que é o teste aplicado pelo direito internacional para a determinação de agressão.

[...]

169. Em casos complicados – e é apenas em tais casos que uma definição de agressão teria qualquer valor prático – as dificuldades de determinar o agressor *seriam tão grandes* que a existência de uma definição de agressão seria um fator pouco importante, e, em alguns casos, até mesmo dificultador [...].¹⁸²

O que Spiropoulos defendia era que se adotasse o que ele chamou de “noção ‘natural’ de agressão”, que seria composta de elementos objetivos e subjetivos, a saber, o fato um Estado cometer um ato de violência e ser o primeiro a fazê-lo e o fato de sua violência ser cometida com uma intenção agressiva (*animus aggressionis*). Contudo, que tipo ou grau da violência em questão constituiria a agressão não poderia ser determinado *a priori*, dependendo das circunstâncias de cada caso em particular.¹⁸³ Mesmo com o parecer contrário do Relator-Especial, a

¹⁸⁰ FERENCZ, *Defining International Aggression*, Vol. 2, pp. 79-80.

¹⁸¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. A/CN.4/44, Second Report on a Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind by Mr. J. Spiropoulos, Special Rapporteur, Topic: Draft code of offences against the peace and security of mankind (Part I) Extract from the Yearbook of the International Law Commission, 1951, vol. II.

¹⁸² FERENCZ, *Defining International Aggression*, Vol. 2, pp. 82-89

¹⁸³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Document A/CN.4/48 and Corr.1 & 2, Report of the International Law Commission on its Third Session, 16 May to 27 July Official Records of the General Assembly, Sixth Session, Supplement No.9 (A/1858), Extract from the Yearbook of the International Law Commission, 1951, vol. II, p. 131.

CDI, depois de intensos debates entre seus membros e de explorar diversas alternativas, decidiu incluir em seu Projeto de Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade o seguinte artigo:

“Os seguintes atos são ofensas contra a paz e a segurança da humanidade:

(1) Qualquer ato de agressão, incluindo o uso de força armada pelas autoridades de um Estado contra outro Estado por qualquer motivo que não a legítima defesa nacional ou coletiva ou o cumprimento de uma decisão ou recomendação de um órgão competente das Nações Unidas.

(2) Qualquer ameaça pelas autoridades de um Estado de recorrer a um ato de agressão contra outro Estado.”¹⁸⁴

Como o comentário ao Projeto de Código deixa claro, outros atos que não os previstos no texto poderiam ser considerados atos de agressão, não tendo sido feita uma enumeração exaustiva dos atos possíveis.¹⁸⁵ De qualquer maneira, o relatório da CDI foi encaminhado ao Sexto Comitê da ONU, o Comitê Jurídico, e, depois de debates entre seus membros, o Comitê encaminhou à Assembleia Geral uma proposta de resolução, que a Assembleia adotou em 31 de janeiro de 1952, em que concluía que era tanto “possível e desejável, visando a garantir a paz e a segurança internacionais e o desenvolvimento do direito internacional penal, definir a agressão por referência aos meios que a constituem”.¹⁸⁶

Nesse sentido, a Assembleia Geral procedeu à criação de um Comitê Especial sobre a Questão da Definição de Agressão formado por quinze membros (1952-1954), de outro Comitê Especial de dezenove membros (1954-1957), de um terceiro Comitê Especial de vinte e um membros (1959-1967) e, finalmente, de um quarto Comitê Especial de trinta e cinco membros (1967-1974). Todos esses comitês produziram relatórios que foram intensamente discutidos e debatidos, sendo que o último comitê conseguiu completar suas atividades e encaminhar a questão para votação na Assembleia Geral em 1974.¹⁸⁷

¹⁸⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Document A/CN.4/48 and Corr.1 & 2, Report of the International Law Commission on its Third Session, 16 May to 27 July Official Records of the General Assembly, Sixth Session, Supplement No.9 (A/1858), Extract from the Yearbook of the International Law Commission, 1951, vol. II, p. 133.

¹⁸⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1951, vol. II, p. 135.

¹⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução da Assembleia Geral da ONU, A/RES/599(VI), 31 de janeiro de 1952.

¹⁸⁷ Para um relato mais detalhado das propostas e discussões dos quatro comitês, cf. WILSON, op. cit., p. 70-83.

Há, pelo menos, dois grandes motivos para justificar a demora de mais de duas décadas no trabalho desses comitês em tentar chegar a uma definição adequada de agressão e encaminhá-la à Assembleia Geral. Em primeiro lugar, a própria complexidade do tema justifica a demora em seu exame, pois a agressão já havia sido objeto de diversas outras tentativas malsucedidas de definição desde a criação da Sociedade das Nações, em razão da grande dificuldade em identificar, exatamente, qual seria a essência do ato de agressão no Direito Internacional.

E, em segundo lugar, as atividades desses comitês especiais ocorreram em um momento em que a Guerra Fria se encontrava em alguns de seus momentos mais tensos, especialmente durante a década de 1960, marcada por eventos como a tentativa de invasão da Baía dos Porcos, em 1961, a crise dos mísseis em Cuba, em 1962, o início da participação militar dos EUA na Guerra do Vietnã, a partir de 1965, e a Guerra dos Seis Dias, em 1967. Como aponta Ferencz, “a palavra ‘agressão’ estava na boca de todos, mas não havia acordo sobre o que significava”.¹⁸⁸

E, em meio aos próprios debates sobre a definição de agressão, houve momentos de tensão típicos da Guerra Fria. Na segunda reunião do Quarto Comitê especial, em 1968, quando se debatia a questão sobre o que seria alcançado em termos da paz e da segurança internacionais se uma definição de agressão fosse adotada, a URSS utilizou-se da ocasião para declarar unilateralmente que os EUA haviam cometido um ato de agressão no Vietnã, visão compartilhada por Argélia, Bulgária, Romênia e Síria. Além disso, a URSS também acusou os EUA da mesma conduta na América Latina, especialmente Cuba, Panamá e República Dominicana.

Em resposta, os EUA afirmaram que, no tocante à primeira acusação, apenas o Vietnã do Norte e seus aliados eram os agressores. Além disso, os EUA apontaram para a URSS que ela ocupava “a posição quase única dentre as potências mundiais de ter sido formalmente considerada um agressor por um órgão mundial”, e apontou, ainda, que “o povo húngaro deve se sentir pouco confortado pela declaração do governo da URSS que nenhum Estado poderia invadir outro Estado”, isso sem contar a então recente invasão da Tchecoslováquia, que a URSS

¹⁸⁸ FERENCZ, *Defining International Aggression*, vol. 2, p. 8.

considerou como sendo um ato de legítima defesa coletiva e uma questão estritamente interna ao bloco socialista.¹⁸⁹

Tais discussões demonstram a dificuldade com que se deparava a ONU em tentar definir o crime de agressão no auge da Guerra Fria. Isso, contudo, não impediu que ao início da década de 1970 já houvesse alguns pontos de acordo entre as principais potências mundiais sobre o que seria o núcleo da agressão. Nesse sentido, não é mera coincidência que tal resultado tenha sido obtido no início da *détente* entre EUA e URSS, momento também marcado pela reaproximação do EUA à República Popular da China, por intermédio de Nixon e Kissinger. Ou seja, a década de 1970 seria, do ponto de vista da política internacional, a mais propícia até então para uma reaproximação entre as duas grandes potências da Guerra Fria e o seu consequente acordo sobre a definição da agressão.¹⁹⁰

Contudo, outro elemento que foi determinante na obtenção de uma definição aceita consensualmente pelos membros da ONU foi o fato dos membros do Quarto Comitê responsável pela definição terem percebido que uma definição de agressão poderia servir como um guia a órgãos como o Conselho de Segurança mesmo que não tivesse força vinculante. Dessa forma, reconhecendo e reafirmando o caráter não-vinculante de uma definição de agressão, seria resolvido o impasse no âmbito da ONU sem qualquer obrigação jurídica adicional aos membros permanentes do Conselho de Segurança, especialmente os EUA e a URSS. Tornando a definição de agressão juridicamente mais fraca, o comitê especial acabou fortalecendo-a politicamente. Nesse sentido, a maioria das propostas apresentadas pelos membros do comitê de 1968 a 1974 declaravam de forma expressa o caráter não-vinculante da definição, o que facilitou o acordo seguinte sobre o conteúdo da definição.¹⁹¹

¹⁸⁹ FERENCZ, *Defining International Aggression*, vol. 2, pp. 9-10 e 294-295.

¹⁹⁰ A reaproximação entre as duas potências e a melhora nos diálogos sobre a agressão também é reconhecida por Ferencz: “The United States was now embarked on a program of deescalating the war in Vietnam, and moved toward possible new accommodations not only with the Soviet Union, but also with the Chinese Peoples Republic which had been admitted to the UN in 1971, and which was visited by President Nixon in 1972. The word ‘détente’ began to be heard as often as one had previously heard the word ‘aggression’”, cf. FERENCZ, *Defining International Aggression*, vol. 2, p. 12. Wilson também aponta tal contexto político como favorável aos debates sobre a definição de agressão: “In addition, by this time both the Soviet Union and the USA began to feel the heavy economic strain of their global competition, in particular with respect to the nuclear arms race and the Vietnam War respectively, and hence they also had a clear financial interest in achieving a form of *rapprochement*. In these relatively less confrontational conditions, the chance to make some progress towards a definition of aggression was grasped by the General Assembly”, cf. WILSON, op. cit., p. 80.

¹⁹¹ WILSON, op. cit., pp. 81-82.

Em maio de 1973, em Genebra, o comitê especial já tinha em mãos uma proposta de definição com aceitação ampla por parte de seus membros, consistindo em um preâmbulo e sete artigos. Como poucas contrapropostas foram apresentadas por demais membros do comitê, o comitê e a Assembleia Geral da ONU entenderam que os trabalhos poderiam ser retomados no início de 1974 para que o projeto fosse, então, encaminhado a reunião da Assembleia Geral, em meados daquele mesmo ano. Portanto, em 11 março de 1974 o comitê especial reuniu-se pela última vez e, após intensos debates e discussões entre seus membros, em 12 abril de 1974 alcançou uma definição aceita consensualmente por seus 35 membros. Finalmente, em 14 de dezembro de 1974, a Assembleia Geral da ONU adotou, de forma consensual a definição de agressão, por meio da resolução 3314:

“A Assembleia Geral,
Tendo considerado o relatório do Comitê Especial sobre a Questão da Definição da Agressão, estabelecido de acordo com sua resolução 2330 (XXII) de 18 de dezembro de 1967, cobrindo o trabalho de sua sétima sessão de 11 de março a 12 de abril de 1974, incluindo o projeto de Definição de Agressão adotado pelo Comitê Especial por consenso e recomendado para adoção pela Assembleia Geral,
Profundamente convencida que a adoção da Definição de Agressão contribuiria ao fortalecimento da paz e da segurança internacionais,
1. Aprova a Definição de Agressão, cujo texto está anexo à presente resolução;
2. Expressa sua estima ao Comitê Especial sobre a Questão da Definição de Agressão por seu trabalho, cujo resultado foi a elaboração da definição;
3. Conclama todos os Estados a absterem-se de todos os atos de agressão e outros usos da força contrários à Carta das Nações Unidas e à Declaração de Princípios de Direito Internacional sobre as Relações Amistosas e Cooperação entre Estado, de acordo com a Carta das Nações Unidas;
4. Chama a atenção do Conselho de Segurança à Definição de Agressão, como descrita a seguir, e recomenda que deveria, quando apropriado, considerar essa Definição como um guia na determinação, de acordo com a Carta das Nações Unidas, da existência de atos de agressão.
Reunião plenária de número 2319
14 de dezembro de 1974”¹⁹²

Aqui, o mais interessante é perceber o último parágrafo da resolução, quando a Assembleia Geral “chama a atenção do Conselho de Segurança à Definição de Agressão”, demonstrando que o documento não teria qualquer cogência em relação

¹⁹² Em razão da extensão da resolução e da Definição de Agressão, elas serão reproduzidas na íntegra como anexos ao final do texto da tese.

ao Conselho e, acima de tudo, em relação a seus membros, servindo no máximo de “guia”, ou orientação, na determinação da ocorrência ou existência de atos de agressão. Dessa forma, os objetivos de manter a definição como um documento de caráter meramente recomendatório e de fazer com que o Conselho de Segurança permanecesse com a prerrogativa de determinar a ocorrência de um ato de agressão foram alcançados.

O que merece, contudo, comentários mais detalhados é a própria definição proposta pelo Comitê Especial e adotada unanimemente pela Assembleia Geral, que, por motivos de ordem prática, será transcrita apenas com seus artigos operacionais, sem suas cláusulas preambulares:

“Artigo 1º. A agressão é o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer forma incompatível com a Carta das Nações Unidas, tal Como decorre da presente Definição.

Nota explicativa

Na presente Definição, o termo ‘Estado’:

a) É utilizado sem prejuízo da questão do reconhecimento ou do fato de um Estado ser, ou não, Membro da Organização das Nações Unidas;

b) Inclui o conceito de ‘grupos de Estados’, quando apropriado.

Artigo 2º. O uso da força armada em violação da Carta por um Estado que aja em primeiro lugar constitui, em princípio, prova suficiente de um ato de agressão, ainda que o Conselho de Segurança possa concluir, de acordo com a Carta, que não se justifica determinar que foi cometido um ato de agressão, tendo em conta outras circunstâncias pertinentes, nomeadamente o fato de os atos em questão ou as suas consequências não serem suficientemente graves.

Artigo 3º. Considerar-se-á ato de agressão qualquer um dos atos a seguir enunciados, tenha ou não havido declaração de guerra, sob reserva das disposições do artigo 2.º e de acordo com elas:

a) A invasão ou o ataque do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, ainda que temporária, que resulte dessa invasão ou ataque, ou qualquer anexação mediante o uso da força do território ou de parte do território de outro Estado;

b) O bombardeio pelas forças armadas de um Estado, ou o uso de quaisquer armas por um Estado, contra o território de outro Estado;

c) O bloqueio dos portos ou da costa de um Estado pelas forças armadas de outro Estado;

d) O ataque pelas forças armadas de um Estado contra as forças armadas terrestres, navais ou aéreas, ou a marinha e aviação civis de outro Estado;

e) A utilização das forças armadas de um Estado, estacionadas no território de outro com o assentimento do Estado receptor, em violação das condições previstas no acordo, ou o prolongamento da sua presença no território em questão após o termo do acordo;

f) O fato de um Estado aceitar que o seu território, posto à disposição de outro Estado, seja utilizado por este para perpetrar um ato de agressão contra um terceiro Estado;

g) O envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares ou de mercenários que pratiquem atos de força armada contra outro Estado de uma gravidade tal que sejam equiparáveis aos atos acima enumerados, ou o fato de participar de uma forma substancial numa tal ação.

Artigo 4º. A enumeração dos atos mencionados acima não é exaustiva e o Conselho de Segurança poderá qualificar outros atos como atos de agressão de acordo com as disposições da Carta.

Artigo 5º.

1. Nenhuma consideração, independentemente da sua natureza, política, econômica, militar ou outra, pode justificar um ato de agressão.

2. A guerra de agressão é um crime contra a paz internacional. A agressão dá lugar a responsabilidade internacional.

3. Nenhuma aquisição territorial ou vantagem especial resultante de uma agressão é lícita ou será reconhecida como tal.

Artigo 6º. Nada na presente Definição será interpretado no sentido de ampliar ou restringir de qualquer forma o alcance da Carta, incluindo as suas disposições relativas aos casos em que o uso da força é legítimo.

Artigo 7º. Nada na presente Definição, e em particular o artigo 3.º poderá prejudicar de qualquer forma o direito à autodeterminação, à liberdade e à independência, tal como decorre da Carta, dos povos privados pela força desse direito e aos quais faz referência a Declaração sobre os princípios de direito internacional referentes às relações de amizade e cooperação entre os Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas, nomeadamente os povos submetidos a regimes coloniais ou racistas ou a outras formas de domínio estrangeiro; assim como ao direito desses mesmos povos de lutar por esse fim e de procurar e obter apoio, de acordo com os princípios da Carta e da Declaração acima mencionada.

Artigo 8º. No que respeita à sua interpretação e aplicação, as disposições precedentes estão relacionadas entre si e cada uma delas deve ser interpretada no contexto das restantes.”

De todos os artigos transcritos, o de maior importância é sem dúvida o artigo 3, que será comentado a seguir. Mas alguns breves comentários sobre os demais artigos devem ser destacados.¹⁹³ O artigo 1, que estabelece a definição geral de agressão, é extremamente semelhante em sua estrutura e termos ao artigo 2(4) da Carta da ONU, mas algumas diferenças importantes devem ser ressaltadas. Em primeiro lugar, diferente do texto da Carta da ONU, a definição de agressão não abrangeria a ameaça do uso da força, apenas o próprio uso da força armada por um Estado contra outro. Essa discussão tem relevância na questão de um ato de agressão que não alcançaria o nível de uma guerra de agressão, gerando, apenas,

¹⁹³ Para um comentário detalhado das cláusulas do preâmbulo e dos artigos da definição, cf. FERENCZ, *Defining International Aggression*, vol. 2, pp. 19-50.

responsabilidade internacional de natureza civil ao Estado, excluindo, portanto, a possibilidade de responsabilidade penal internacional do indivíduo, questão que será melhor tratada no comentário ao artigo 5(2).

Em segundo lugar, o texto da definição faz menção expressa à soberania, não prevista no texto do artigo 2(4) da Carta da ONU, como um elemento a ser protegido da agressão. A delegação soviética alegou que sua inclusão seria supérflua, pois a força usada contra a independência política de um Estado seria a mesma coisa que a força usada contra sua soberania. A inclusão do termo foi acordada, por fim, tendo a URSS deixado claro nos debates no Comitê Jurídico da ONU que uma violação da soberania significava uma “transgressão armada à integridade territorial ou à independência política de um Estado.”¹⁹⁴

A “Nota Explicativa”, situada de forma curiosa entre os artigos 1 e 2, é fruto de intensos debates mantidos por anos no âmbito dos diversos comitês especiais sobre a aplicação da definição de agressão a “entidades políticas”, expressão utilizada para designar territórios cuja qualidade ou natureza de Estado seria objeto de controvérsia, como, por exemplo, as situações envolvendo Israel e Palestina e a República Popular da China e Taiwan. Por sua vez, o conceito de “grupo de Estados” foi inicialmente criticado por diversas delegações por supostamente remeter a um conceito de responsabilidade coletiva, controvérsia que seria afastada com a inclusão da expressão “quando apropriado”.¹⁹⁵

Por sua vez, o artigo 2 da Definição de Agressão, em consonância com o projeto Politis e a série de convenções soviéticas firmadas em 1933, estabelece como elemento central “o primeiro uso da força armada”, ao menos como evidência *prima facie* da ocorrência de um ato de agressão. Isso se justifica, acima de tudo, para distinguir os possíveis atos de agressão daqueles atos realizados a título de legítima defesa, até mesmo como reação a um ato de agressão. Sobre a questão da legítima defesa e dos seus elementos centrais, ainda que tenha raízes no direito internacional costumeiro que remontem, pelo menos, ao início do século XIX, com o

¹⁹⁴ STRAPATSAS, Nicolaos. “Rethinking General Assembly Resolution 3314 (1974) as a Basis for the Definition of Aggression under the Rome Statute of the ICC”, in OLUSANYA, Olaoluwa. *Rethinking International Criminal Law: The Substantive Part*. Gröningen: Europa Law Publishers, 2007, pp. 169-172.

¹⁹⁵ FERENCZ, *Defining International Aggression*, vol. 2, p. 28.

incidente do navio *Caroline*,¹⁹⁶ sua consagração definitiva no direito internacional positivo se dá com o artigo 51 da Carta das ONU:

Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.¹⁹⁷

Aqui, deve-se destacar uma aparente incongruência na Carta da ONU à luz de uma interpretação sistemática. No que diz respeito à justificativa básica para a legítima defesa, tratar-se-ia ela de um ataque armado, “armed attack” no original em inglês. Contudo, como em diversas outras partes da Carta, a expressão utilizada é a da agressão, “aggression” no original em inglês, como no artigo 1(1), que fala sobre os propósitos da ONU, e o artigo 39, sobre a competência do Conselho de Segurança em matéria de segurança coletiva.

Comentando sobre essa particularidade, Dinstein baseia-se, entre outros elementos, no texto original em francês da Carta, também considerado texto autêntico para fins de interpretação dos termos da Carta, que fala de “une aggression armée”. Assim, para o professor israelense, o uso da força a título de legítima defesa é permitido de acordo com o artigo 51 apenas em resposta a um ato de agressão armada, diferentemente de qualquer outra forma ou subtipo de agressão.¹⁹⁸

Por outro lado, no caso Nicarágua, quando a CIJ se manifestou sobre o exercício do direito de legítima defesa frente a um ataque armado já ocorrido, disse que isso era em razão de circunstâncias particulares do caso concreto, não decidindo sobre qual a resposta adequada a uma “ameaça iminente de ataque armado”.¹⁹⁹ Esse entendimento foi mantido também na decisão do caso sobre Atividades Armadas de 2005,²⁰⁰ tendo uma parcela da doutrina entendido que, em vez de tratar das controvertidas questões de legítima defesa antecipatória ou

¹⁹⁶ DINSTEIN, op. cit., pp. 274-275.

¹⁹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas, art. 51, 1945.

¹⁹⁸ DINSTEIN, op. cit., pp. 196-197.

¹⁹⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Nicarágua, par. 103.

²⁰⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso das Atividades Armadas, par. 222.

preventiva, a CIJ simplesmente fugiu dos temas por conveniência.²⁰¹ De qualquer maneira, o uso da força a título de legítima defesa estaria de acordo com o Direito Internacional, desde que respeitados os seus limites típicos: a resposta deve ser proporcional, necessária e, segundo Dinstein e outros autores, imediata ao ataque.²⁰²

A relação entre a agressão e a legítima defesa ainda suscita diversos debates e polêmicas, mas é indiscutível que, em casos de agressão, como os previstos na definição de 1974, o uso da força a título de legítima defesa é a resposta cabível, ao menos até que uma ação seja tomada pelo Conselho de Segurança como reação ao ato de agressão em questão. Aqui, deve-se remeter novamente ao pensamento de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, em que a agressão seria típica guerra injusta, e a legítima defesa, um exemplo paradigmático de guerra justa e um de seus últimos resquícios no Direito Internacional contemporâneo.²⁰³

O artigo 3 enumera possíveis atos de agressão, deixando claro que tais condutas podem ser consideradas como atos de agressão independentemente de uma declaração de guerra que, conforme visto anteriormente, já é uma prática em desuso no Direito Internacional. Como a enumeração é consideravelmente detalhada, os comentários serão concentrados naquelas hipóteses mais polêmicas ou discutíveis. As alíneas “a”, “b” e “c” são os exemplos mais clássicos de atos de agressão por envolverem as condutas comumente associadas à guerra, como, por exemplo, a invasão ao território de um Estado, o bombardeio pelas forças armadas de um Estado contra o território de outro e o bloqueio dos portos e zonas costeiras de um Estado.

A alínea “d”, que trata sobre o ataque pelas forças armadas de um Estado às forças terrestres, marítimas e aéreas, inclui também o ataque a frotas aéreas ou marítima que não pertençam às forças armadas do Estado vítima da agressão. Um artigo semelhante já constava do projeto Politis, como pequenas diferenças de

²⁰¹ SHAH, Niaz A. “Self-Defence, Anticipatory Self-Defence and Pre-emption: International Law’s Response to Terrorism”, *Journal of Conflict and Security Law*, v. 12, 2007, pp. 95-100; SHAH, Niaz A. *Self-Defense in Islamic and International: Assessing Al-Qaeda and the invasion of Iraq*. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2008, pp. 92-101.

²⁰² DINSTEIN, op. cit., pp. 230-234.

²⁰³ SCHACHTER, Oscar. “Self-Defense and the Rule of Law”, *American Journal of International Law*, v. 83, 1989, pp. 259-261; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. 10th Commission. “Problèmes actuels du recours à la force en droit international – A. Sous-groupe sur la légitime défense”, Rapporteur Emmanuel Roucouas. Paris: Pedone, 2007, pp. 75-76.

redação, mas a ideia permanece, a de proteger embarcações e aeronaves civis e comerciais de ataques armados. Nesse sentido, cabe mencionar o argumento apresentado pela delegação do Japão de que um ataque armado contra sua marinha mercante teria um efeito tão devastador quanto uma invasão territorial ou um bloqueio costeiro. Contudo, algumas delegações, como as do Equador e da Síria, contestaram a fórmula por entenderem que ela poderia barrar o direito legítimo de um Estado de proteger sua zona costeira de invasão, poluição ou exploração de recursos por parte de outros Estados. Buscando resolver tal impasse, ficou acordado que só seriam considerados atos de agressão aqueles que contemplassem ataques em larga escala contra a frota marítima dos Estados, interpretação adequada à exigência mínima de gravidade prevista no artigo 2.²⁰⁴

A situação prevista na alínea “e”, por sua vez, também foi objeto de alguma controvérsia, especialmente porque sua redação careceria de maior clareza. Segundo o texto da alínea, a presença das forças armadas de um Estado no território de outro, inicialmente com a autorização ou aquiescência do Estado territorial, seria considerada um ato de agressão se houvesse uma violação do acordo entre os Estados ou a permanência das forças armadas além do prazo estipulado. Assim, se um Estado autoriza as forças armadas de outro Estado a transitarem ou permanecerem em seu território por um determinado período e esse lapso é extrapolado, hipótese semelhante à prevista no artigo 49, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobre as competências do Congresso Nacional, poderia se falar em um ato de agressão.²⁰⁵ Contudo, mais uma vez de acordo o previsto no artigo 2, faria sentido que a violação fosse de um gravidade considerável para justificar a inclusão dessa hipótese nos possíveis atos de agressão do artigo 3.

A alínea “f”, por sua vez, trata da ação de um Estado que permite a utilização de seu território por outro Estado para que este pratique um ato de agressão contra um terceiro Estado. Um exemplo possível seria as forças armadas de um Estado utilizarem bases militares de um Estado aliado para lançamento de uma ofensiva armada contra o território de um Estado inimigo que, por razões de ordem logística,

²⁰⁴ FERENCZ, *Defining International Agression*, vol. 2, pp. 36-37.

²⁰⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 49, II, 1988.

não poderia ser alvo da agressão sem a assistência do Estado que cede seu território.

Tal hipótese é especialmente relevante no caso de alianças militares, quando um Estado cede seu território e suas bases para a ação militar de um aliado contra um terceiro, como pode ter sido o caso durante o planejamento da ofensiva militar dos EUA contra o Iraque, em 2003, em que a Alemanha autorizou o uso de bases estadunidenses em seu território para atividades relacionadas a operações militares. No caso em questão, mesmo tendo sido suscitada a hipótese de ocorrência de um crime de agressão de acordo com a legislação alemã, nenhuma medida foi tomada por parte do governo ou do Ministério Público Federal da Alemanha.²⁰⁶

Por fim, a alínea “g”, já prevista no Projeto Politis, trata do envio de grupos armados, por um Estado ou em seu nome, que praticam atos de força armada contra outro Estado. Tal hipótese recebeu atenção especial em um dos casos mais conhecidos decididos pela CIJ, sobre as atividades militares e paramilitares na Nicarágua, de 1986. No caso em questão, a Corte entendeu que a proibição prevista na alínea “g” poderia ser considerada como um reflexo do direito internacional costumeiro,²⁰⁷ tendo reiterado tal entendimento no caso das atividades armadas no território do Congo, de 2005.²⁰⁸ Em nenhum dos dois casos, contudo, a Corte chegou a ponto de afirmar que os ataques armados contra Nicarágua e Congo seriam atos de agressão, tendo, no caso do Congo, afirmado que “a intervenção militar de Uganda foi de tal magnitude e duração que a Corte a considera uma grave violação à proibição do uso da força expressa no artigo 2, parágrafo 4, da Carta.”²⁰⁹

Já o artigo 4 da Definição de Agressão, por um lado, reconhece o caráter meramente exemplificativo dos atos descritos no artigo anterior, em conformidade com as opiniões manifestadas pelos diversos comitês especiais responsáveis por seu debate e proposição, e, por outro, mantém intacto o poder do Conselho de Segurança de determinar a existência de um ato de agressão além dos previstos no artigo 3. A real utilidade, então, do artigo 3 seria citar os casos mais flagrantes e

²⁰⁶ KRESS, Claus, “The German Chief Federal Prosecutor’s Decision Not to Investigate the Alleged Crime of Preparing Aggression Against Iraq”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, pp. 245-264.

²⁰⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso Nicaragua, 1986, p. 103.

²⁰⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso das atividades armadas no território do Congo, 2005, p. 223.

²⁰⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso das atividades armadas no território do Congo, 2005, p. 165.

paradigmáticos de atos de agressão para, no máximo, guiar a ação do Conselho de Segurança que, contudo, acaba sendo mais direcionada pelos interesses e visões políticas dos seus membros permanentes e menos por considerações de legalidade ou ilegalidade de certos atos internacionais.²¹⁰ O artigo 4, portanto, é uma mera confirmação do caráter meramente recomendatório do texto e da manutenção do regime de segurança coletiva centrado no poder decisório do mais importante órgão das Nações Unidas.

O artigo 5 merece comentários específicos para cada um de seus três parágrafos. Semelhante à fórmula prevista nos tratados firmados na década de 1930 entre a URSS e seus aliados, o parágrafo 1 afirma que nenhuma consideração de natureza política, econômica, militar ou de qualquer outra ordem poderá servir de justificativa para a agressão. A inclusão desse parágrafo, feita pela delegação do Romênia apenas no projeto de 1973, gerou algum debate entre delegações na ONU, com a do Reino Unido que seria um “truísmo”, e, conseqüentemente, sua inclusão faria mais sentido no preâmbulo da definição, tendo sido acompanhada em sua posição pela delegação dos EUA. Curiosamente, a URSS também se posicionou contra a inclusão do parágrafo nos artigos da definição, sugerindo, até, a sua exclusão completa do texto. A posição soviética visaria garantir que a competência do Conselho de Segurança para averiguar a ocorrência de atos de agressão não fosse de forma alguma afetada.²¹¹

Contudo, o texto do parágrafo 1 não afetaria a competência exclusiva do Conselho de Segurança quanto a atos de agressão, apenas estabelece que, em se tratando de um ato de agressão, nenhuma consideração de qualquer ordem poderia ser utilizada como justificativa para o ato em questão. O Conselho poderia, então, levar em conta considerações de qualquer ordem para determinar a ocorrência de um ato de agressão, que, uma vez assim identificado, tornar-se-ia injustificável. A competência do Conselho permaneceria, então, inalterada no que diz respeito à determinação da ocorrência de atos de agressão.

Por sua vez, o parágrafo 2 é de importância fundamental no que diz respeito às consequência jurídicas do ato de agressão. A primeira frase do parágrafo afirma

²¹⁰ STONE, Julius “Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression”, *American Journal of International Law*, v. 71, 1977, pp. 228-231.

²¹¹ FERENCZ, *Defining International Aggression*, vol. 2, pp. 42-43.

que a guerra de agressão é um crime contra a paz internacional. Por sua vez, a segunda frase aponta que a agressão gera responsabilidade internacional. A relação entre essas duas frases no texto final da definição foi motivo de intenso debate nas negociações finais em 1974. No projeto apresentado em 1973, não havia ainda a qualificação da agressão do ponto de vista do Direito Internacional, havendo delegações que sugeriram termos como “crime” ou “grave violação”, ou, até mesmo, a omissão completa da questão do texto final da definição.²¹²

A delegação do Reino Unido, por sua vez, chamou a atenção para o fato de que a definição deveria referir-se expressamente à guerra de agressão, pois o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg havia condenado a guerra de agressão, e não meramente a agressão. Nesse sentido, o representante do Reino Unido lembrou a Declaração de Princípios de Direito Internacional sobre as Relações Amistosas e Cooperação entre Estado de acordo com a Carta das Nações Unidas, que afirma, quanto ao princípio da proibição do uso da força nas relações internacionais, que “[a] guerra de agressão constitui um crime contra a paz, para o qual haverá responsabilidade de acordo com o direito internacional”.²¹³

Entendendo que o texto da definição não poderia propor a responsabilidade penal internacional dos Estados pela guerra de agressão, o representante britânico afirmou que ele não estava disposto a ir além do que o Direito Internacional havia consagrado, e que, portanto, ele aceitaria a responsabilidade penal internacional do indivíduo pela guerra de agressão, mas apenas a responsabilidade internacional do Estado pela agressão, posição que recebeu o apoio das delegações dos EUA, do Japão e da Austrália.²¹⁴ O resultado da proposta britânica foi que a redação final do artigo 5(2) estabeleceria uma diferença entre a agressão como tal, que só geraria responsabilidade internacional, e a guerra de agressão, essa sim considerada um crime contra a paz.²¹⁵

Dessa forma, haveria uma espécie de gradação, em que certos atos de agressão, por serem considerados guerras, gerariam também responsabilidade

²¹² Twenty-Eighth Session, Supp. No. 19, A/9019. Report of Special Committee, 25 Apr. - 30 May, 1973, in FERENCZ, *Defining International Aggression*, vol. 2.

²¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Res. 2625 (XXV), A/8082, 24 de outubro de 1970.

²¹⁴ Twenty-Eighth Session, Agenda Item 95, Report of Sixth Committee, A/9411, 10 December, 1973, in FERENCZ, *Defining International Aggression*, vol. 2.

²¹⁵ GILBERT, Geoff, “The Criminal Responsibility of States”, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 39, 1990, pp. 359-360.

penal internacional para indivíduos, enquanto outros atos que não chegassem ao nível de uma guerra gerariam apenas a responsabilidade internacional de natureza civil do Estado.²¹⁶ A relação entre responsabilidade penal internacional do indivíduo e responsabilidade internacional do Estado no caso da agressão será analisada em maiores detalhes na Parte II da tese.

Já o parágrafo 3 é uma consagração do princípio *ex injuria non oritur jus*, ou seja, nenhum direito ou benefício pode resultar de um ato ilegal.²¹⁷ O fato de haver uma referência específica à proibição de aquisição territorial fruto de agressão, mostra a grande preocupação dos negociadores da definição com a soberania territorial dos Estados em pleno auge da Guerra Fria, marcada por diversos conflitos armados ao redor do globo. De qualquer maneira, como era já um princípio consagrado no Direito Internacional, a referência à questão da aquisição territorial seria redundante.

O artigo 6 estabelece que a Definição de Agressão não pode, de maneira alguma, ampliar ou reduzir o escopo da Carta, especialmente nos casos em que o uso da força seria legítimo. Ou seja, nos casos que envolvam a autorização do uso da força pelo Conselho de Segurança, de acordo com o artigo 42, ou o exercício do direito de legítima defesa consagrado no artigo 51, a Carta tem clara primazia sobre a Definição. Isso não significa que a Definição perde qualquer relevância ou deve ser afastada, apenas que, especialmente nessas situações, ela deve ser interpretada de acordo com a Carta, e nunca o contrário.

O artigo 7 procura, por um lado, conciliar o conteúdo da definição de agressão com a Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional referentes às Relações de Amizade e Cooperação entre os Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas, de 1970. Por outro, reconhecer a legitimidade de diversos movimentos de independência então em existência, acima de tudo, no continente africano, além de fazer uma referência quase expressa ao regime do *apartheid* na África do Sul.

Ao estabelecer que nada na definição de agressão poderia prejudicar o direito à autodeterminação do povos e, mais importante, o direito que tais povos têm de

²¹⁶ DINSTEIN, op. cit., p. 135.

²¹⁷ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 487-488; SHAW, Malcolm. *International Law*. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 98.

lutar para garantir sua liberdade e independência desde que acordo com os princípios da Carta da ONU, o artigo 7 atende às demandas políticas de vários Estados em desenvolvimento e do bloco socialista. Ao mesmo, por usar uma linguagem bastante abstrata, tornou-se aceitável para os países do bloco ocidental, inicialmente contrários à inclusão de uma cláusula sobre autodeterminação na definição de agressão.²¹⁸

E, por fim, o artigo 8 estabelece a necessidade de se interpretar e aplicar a definição como um todo, fazendo com que todos os artigos e seus respectivos parágrafos e alíneas sejam lidos de forma conjunta. Tal recomendação já se encontrava consagrada no Direito dos Tratados, tratando-se a sua inclusão no texto da definição mais como uma lembrança do que um acréscimo substancial ao conceito de agressão.²¹⁹ De uma certa forma, o comentário feito ao artigo 8 pode ser estendido aos demais artigos no sentido de que, apesar do mérito de uma definição de agressão enfim ter sido adotada, vários trechos do texto são repetitivos ou redundantes, bem como tão abstratos que, por vezes, parece não haver relevância prática de sua eventual aplicação.

O que fica claro, contudo, é o elemento central do ato de agressão, conforme definido no artigo 1, como sendo a mais grave forma de uso da força armada no Direito Internacional Público, podendo se manifestar em qualquer um dos atos citados em seu texto, bem como outras situações consideradas suficientemente graves pelo Conselho de Segurança. A partir dessa constatação, é necessário a natureza e extensão da responsabilidade internacional de um Estado em razão de um ato de agressão. Se o tema em questão é, simplesmente, a mais grave violação à proibição do uso da força armada, a responsabilidade do Estado deve acompanhar a gravidade da violação.

Logo, o que se pretende sustentar é que, para o caso da agressão, a responsabilidade internacional do Estado deverá ser agravada, conforme os termos do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado da CDI, de 2001. Antes, no entanto, será feito um breve exame da noção de complementaridade entre regimes de responsabilidade internacional, conceito

²¹⁸ FERENCZ, *Defining International Aggression*, vol. 2, pp. 48-49.

²¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, Artigo 31, 1969.

necessário para se entender como devem interagir os regimes de responsabilidade do Estado e do indivíduo para o caso da agressão.

Desde que H. L. A. Hart fez sua contribuição decisiva ao desenvolvimento e consagração do positivismo analítico, dificilmente uma análise teórica de um sistema jurídico deixou de partir da existência de regras primárias, que preveem obrigações substantivas de comportamento aos sujeitos de determinado sistema, e de regras secundárias, ou “regras sobre regras”, que regulam a criação, a modificação, a extinção, a interpretação e a aplicação das regras primárias.²²⁰ Para Hart, qualquer sistema jurídico pressupõe a união desses dois tipos de regras, bem como a existência de regras de reconhecimento, que estabeleçam quais regras são parte do sistema e quais não o são, regras de mudança, que atribuam poderes a órgãos para alterar regras, e, por fim, regras de adjudicação, que atribuam a um órgão o poder de determinar se em determinado caso houve a violação de uma regra. A relevância de tal comentário no presente contexto reside no fato de que o autor, no fim de sua obra, ao tratar da questão específica do Direito Internacional, não considera esse ramo como sendo um sistema jurídica autônomo, apesar de, costumeiramente, receber o nome ou “qualificação” de Direito.

Basicamente, Hart afirma que o problema da juridicidade do Direito Internacional não se esgota na questão “deve-se observar o costume de chamar o Direito Internacional de ‘Direito’ ou deve-se abandonar tal costume?”. Deve-se, na verdade, explicitar e examinar os princípios que consolidaram tal costume.²²¹ A conclusão a que chega o autor é de que o Direito Internacional não é um sistema jurídico plenamente consolidado, formado por regras primárias e secundárias, mas um conjunto de regras puramente primárias, aquela forma mais simples de estrutura social, havendo apenas regras que determinam obrigações substantivas aos atores, mas inexistindo regras que informem a habilitem tais atores quanto à interpretação, à aplicação e à revisão das regras primárias, diferentemente do que ocorre no caso do Direito Interno.

Aliás, citando Jeremy Bentham, “criador” da expressão “International Law”, Hart lembra que a defesa daquele em relação a esse ramo do Direito baseava-se apenas no fato de ser “suficientemente análogo” ao Direito Interno, ou doméstico.

²²⁰ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 81.

²²¹ Idem, *ibidem*, pp. 213-216.

Essa analogia, contudo, seria apenas de conteúdo, não de forma, pois o Direito Internacional seria ainda um sistema primitivo.²²² No entanto, a visão de Hart, ainda que central e ainda influente no âmbito geral da filosofia do Direito e no campo específico do positivismo analítico, tem sido objeto de fortes críticas, em especial no que diz respeito ao tratamento dado ao Direito Internacional. Talvez a mais contundente dessas críticas seja a de que na comparação levada a cabo por Hart, em vez de se perguntar se o Direito Internacional se assemelha ao Direito Interno na sua forma, a questão que deveria ser colocada é se a ordem jurídica internacional possui estruturas executivas, legislativas e judiciárias aptas para desempenhar as mesmas funções que a ordem jurídica de um Estado-nação, superando os defeitos de uma ordem social primitiva.²²³ E, o que se pode observar atualmente é que a ordem jurídica internacional possui, sim, tais estruturas, ainda que não tão plenas e consolidadas quanto à ordem jurídica interna.²²⁴

O que, contudo, já se pode observar no Direito Internacional é a presença não só de regras primárias prescrevendo deveres ou modelos de conduta aos atores internacionais, mas também regras secundárias quanto a interpretação e aplicação daquelas. Em pouco ramos do Direito Internacional isso se torna mais claro do que no âmbito da responsabilidade internacional, aqui conceituada, com inspiração em uma definição consagrada pela CDI, como sendo o regime internacional que estabelece as condições gerais para que atores sejam responsabilizados por condutas internacionalmente ilícitas, bem como as consequências jurídicas que derivam dessa responsabilização.

²²² Idem, *ibidem*, pp. 232-237. Entre os que compartilham dessa visão de Hart sobre o Direito Internacional, ao menos parcialmente, deve-se citar Hedley Bull, quando este procura definir a natureza do Direito Internacional e sua relação com a ordem internacional, citando o raciocínio de Hart quanto à qualificação do que seria um sistema jurídico e porque isso não seria um conceito aplicável ao Direito Internacional. Contudo, Bull salienta que, independentemente das dificuldades teóricas em se considerar o Direito Internacional como um sistema jurídica ou um conjunto de regras, “o fato de se acreditar que tais regras possuem o *status* de ‘lei’ torna possível um conjunto de atividades que desempenham papel importante na sociedade internacional”, BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB/IPRI; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 157.

²²³ PAYANDEH, Mehrdad. “The Concept of International Law in the Jurisprudence of H. L. A. Hart”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2010, pp. 979-981.

²²⁴ Hoje, pode-se observar que certas instituições internacionais cumprem funções típicas dos poderes de um Estado, como, por exemplo, o Conselho de Segurança, que, além de fazer as vezes de um “Executivo internacional”, cada vez mais tem assumido funções legislativas, como na criação dos tribunais penais internacionais *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda e na adoção de normas internacionais considerando o terrorismo e as armas de destruição em massa como ameaças à paz e à segurança internacionais, cf. PAYANDEH, op. cit., pp. 982-985.

São hoje indiscutivelmente reconhecidos dois importantes regimes de responsabilidade internacional: a responsabilidade internacional do Estado por atos ilícitos e a responsabilidade penal individual por crimes internacionais.²²⁵ No entanto, como aponta Bianchi, esses dois regimes são tratados de forma distinta no Direito Internacional, sendo essa distinção ainda a tônica no seu tratamento pela doutrina e pela jurisprudência internacionais.²²⁶ Tal ideia foi apresentada de forma contundente pela Corte Internacional de Justiça em sua decisão no Caso da Aplicação da Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, entre a Bósnia-Herzegovina e Sérvia e Montenegro, de 26 de fevereiro de 2007. Tratando sobre a questão se a Convenção estabelecia um regime de responsabilidade internacional do Estado pelo genocídio diverso da responsabilidade penal internacional dos perpetradores individuais, a decisão é extremamente clara:

173. A Corte observa que tal dualidade da responsabilidade continua a ser um traço constante do direito internacional. Esse traço está refletido no Artigo 25, parágrafo 4, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aceito por 104 Estados: “Nenhuma disposição no presente Estatuto sobre responsabilidade penal individual afetará a responsabilidade dos Estados no direito internacional.” A Corte também observa que os Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente ilícito da CDI (Anexo à resolução 56/83 da Assembleia Geral, de 12 de dezembro de 2001), a partir de agora referidos como “Artigos da CDI sobre Responsabilidade Internacional”, afirmam no artigo 58 o outro lado da moeda: “Estes artigos não afetam qualquer questão de responsabilidade individual segundo o direito internacional de uma pessoa agindo em nome de um Estado.”²²⁷

²²⁵ Um terceiro regime, o da responsabilidade internacional das Organizações Internacionais, ainda se encontra em fase de consolidação, tendo sido recentemente adotado pela Comissão de Direito Internacional o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade das Organizações Internacionais, em segunda leitura, em 30 de maio de 2011, A/CN.4/L.778. Sobre a relação desse terceiro regime com o da responsabilidade internacional dos Estados, especialmente em casos de violações de Direitos Humanos, cf. DANNENBAUM, Tom. “Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, n. 1, 2010, pp. 113-192.

²²⁶ BIANCHI, Andrea, “State Responsibility and Criminal Liability of Individuals”, in CASSESE, Antonio (ed.) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 16-24.

²²⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bósnia-Herzegovina v. Sérvia e Montenegro), 26 de fevereiro de 2007, § 173, p. 116: “73. The Court observes that that duality of responsibility continues to be a constant feature of international law. This feature is reflected in Article 25, paragraph 4, of the Rome Statute for the International Criminal Court, now accepted by 104 States: “No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.” The Court notes also that the ILC’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (Annex to General Assembly resolution 56/83, 12 December 2001), to be referred to hereinafter as “the ILC Articles on State Responsibility”, affirm in Article 58 the other side of the coin:

Além da Corte, a Comissão de Direito Internacional também já se manifestara nesse sentido em seus comentários ao artigo 58 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por Atos Ilícitos, acima referido pela Corte em sua decisão. Particularmente, a Comissão afirmou o seguinte:

Quando crimes contra o direito internacional são cometidos por agentes do Estado, geralmente será o caso do próprio Estado ser responsável pelos atos em questão, ou pela falha em prevenir ou punir tais atos. Em certos casos, *particularmente o da agressão*, o Estado certamente estará envolvido. Mesmo assim, a questão da responsabilidade individual é, em princípio, distinta da questão da responsabilidade do Estado. O Estado não está livre de sua própria responsabilidade por conduta internacionalmente ilícita pelo julgamento e punições agentes de Estado que a implementaram.²²⁸

Por fim, no que diz respeito ao texto do artigo 25(4) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ele consagra o princípio da responsabilidade penal internacional de forma independente e autônoma da responsabilidade internacional do Estado, conforme desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 1946, e dos Tribunais Militares de Nuremberg criados e conduzidos pelas Forças Armadas dos EUA de 1946 a 1949 na zona ocupada da Alemanha, como será visto na segunda seção do presente capítulo. Essa mesma ideia da autonomia da responsabilidade penal internacional do indivíduo pode ser encontrada em outros documentos da CDI, como no art. 4 do Projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, de 1996,²²⁹ e, acima de tudo, nos Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e em seu julgamento, de 1950.²³⁰

Contudo, essa autonomia entre os regimes de responsabilidade internacional não deve ser considerada, de maneira alguma, como também sendo um antinomia.

"These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State". (Tradução livre do autor).

²²⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentary*. Texto adotado pela Assembléia Geral da ONU, GA Res. 56/83, de 12 de dezembro de 2001, Artigo 58, Comentário n. 3, pp. 113-114; "Where crimes against international law are committed by State officials, it will often be the case that the State itself is responsible for the acts in question or for failure to prevent or punish them. In certain cases, in particular aggression, the State will by definition be involved. Even so, the question of individual responsibility is in principle distinct from the question of State responsibility. The State is not exempted from its own responsibility for internationally wrongful conduct by the prosecution and punishment of the State officials who carried it out. (Tradução livre e grifo do autor).

²²⁹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Parte Dois, p. 23.

²³⁰ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II.

Pelo contrário, pois a relação entre esses dois regimes é marcada por uma ideia de complementaridade, ou seja, de coexistência e coordenação das normas de responsabilização do Estado e do indivíduo. Nesse sentido, o que será demonstrado é que especialmente no caso da violação de uma norma primária de conduta Direito Internacional que seja de natureza imperativa, ambos os regimes de normas secundárias de responsabilização devem ser invocados e implementados, ainda que possuam estruturas e características tão diferentes entre si.

Logo, em primeiro lugar, será estudado o regime de responsabilidade internacional do Estado, conforme consagrado pela Projeto de Artigos da CDI de 2001, e com atenção especial para a questão da responsabilidade agravada dos Estados por violação de normas de *jus cogens*. Nesse sentido, é pertinente a referência ao Projeto de Artigos da CDI de 1996 e seu artigo 19, que consagrava o criticado conceito de “crime de Estado”, abandonado pela CDI em suas leituras seguintes do Projeto.

Em segundo lugar, o regime da responsabilidade penal internacional do indivíduo, conforme desenvolvido pela jurisprudência das jurisdições internacionais penais desde o final da Segunda Guerra Mundial também será analisado, especialmente no que diz respeito aos crimes que pressupõem uma conduta decisiva do Estado para sua ocorrência, podendo estabelecer o que é definido por B. V. A. Röling e André Nollkaemper como “criminalidade sistêmica”, o que Vespasian Pella chamou de “criminalidade coletiva”.²³¹ Tais conceitos, como referido anteriormente, podem ser inicialmente interpretados como tratando de um mesmo tipo de situação em que entidades como o Estado ordenam ou encorajam o cometimento de crimes internacionais, ou até mesmo permitem ou toleram sua ocorrência, por parte de certos indivíduos.

O interessante aqui é notar que todos esses autores, cada um a sua maneira, compartilham da ideia de que o melhor exemplo desse tipo de crime no Direito Internacional seria o caso da agressão. Além disso, os autores referidos têm em comum o fato de, ao referirem-se a esses tipos de crimes, entenderem que a responsabilidade do Estado e do indivíduo não são auto-excludentes ou

²³¹ NOLLKAEMPER, André, “System Criminality in International Law: An Introduction”, NOLLKAEMPER, André; VAN DER WILT, Harmen (eds.) *System Criminality in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; PELLA, Vespasian. *La criminalité collective des États et le Droit Penal de l’avenir*. Bucarest: Imprimerie de L’État, 1925.

autossuficientes, podendo e até devendo coexistir para garantir uma consagração efetiva da justiça internacional em um determinado caso concreto. Ademais, no caso específico da agressão, será demonstrado que, para haver o crime, de responsabilidade do indivíduo, é necessária a ocorrência do ato de autoria do Estado. Há, portanto, uma precedência, no caso da agressão de uma conduta estatal para que seja configurado o crime.

Por fim, a complementaridade entre os regimes de responsabilidade internacional é ainda mais clara quando a conduta em questão, do Estado e do indivíduo, viola uma mesma norma do Direito Internacional. Nesse caso, como argumenta Béatrice Bonafè, a responsabilidade do Estado e a do indivíduo surgem da violação das mesmas normas primárias, mas são regidas por regimes diferentes de normas secundárias.²³² Logo, no caso a execução de um crime, como o de agressão, caberá aos dois regimes de normas secundárias estabelecer quem deve ser responsabilizado e qual sanção eventualmente será aplicada. Contudo, a violação da norma primária em questão, ou seja, a da proibição da agressão, é uma só e, conseqüentemente, a conduta será ilícita independentemente do regime de responsabilidade que se queira utilizar, o do Estado ou do indivíduo.²³³

No entanto, o grau de envolvimento de um Estado e, conseqüentemente, a dimensão da sua responsabilidade dependem em grande parte da própria natureza do crime em questão. Segundo Bonafè, os crimes internacionais podem ser classificados em três categorias: i) *crimes individuais*, aqueles em que é exigida uma conduta meramente individual para a sua ocorrência, como no caso de alguns crimes de guerra; ii) *crimes de Estado*, entendidos como aqueles requerem uma conduta estatal para a constituição do crime, como o caso da agressão; e iii) *crimes coletivos*, caracterizados por crimes que só podem ser perpetrados por uma coletividade, como, via de regra, crimes contra a humanidade e o crime de genocídio.²³⁴

²³² BONAFÈ, Beatrice I. *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 244.

²³³ Antonio Cassese, contudo, discorda de Bonafè, afirmando, por sua vez, que os dois regimes de responsabilidade são distintos não apenas porque cada um está ligado a normas primárias diferentes, mas também porque eles preveem pré-requisitos diferentes para a responsabilização e, acima de tudo, conseqüências diversas que advêm da responsabilidade, cf. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 156.

²³⁴ Idem, *ibidem*, pp. 251-252.

Aqui, diferentemente dos conceitos apresentados por Nollkaemper e Röling, há claramente a menção de uma categoria criminal cujo elemento central é uma conduta delituosa de autoria do Estado. Contudo, como é sabido, e como será em seguida demonstrado, o conceito de crime de Estado, usado por Bonafè, não é absolutamente imune a críticas no debate da responsabilização internacional do Estado, mas nem por isso deixa de ser alvo de diversas polêmicas e contestações. Parafrazeando a expressão de Alain Pellet, pode um Estado cometer um crime?²³⁵ A resposta a tal questionamento exige uma análise das normas e precedentes sobre a responsabilidade internacional do Estado por violação de normas imperativas do Direito Internacional, por um lado, e dos princípios e regras que regem o Direito Internacional Penal, conforme interpretados e aplicados pela jurisprudências dos tribunais penais internacionais desde o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

3. A responsabilidade internacional agravada do Estado pelo ato de agressão no Direito Internacional Público

Antes de mais nada, tratando-se o Estado de um sujeito do Direito Internacional Público, sendo visto, até, como o sujeito internacional por excelência, ele deve ser considerado como um centro de imputação de condutas, ainda que, na prática, toda conduta parta de um ser humano. Nesse sentido, do ponto de vista conceitual, seria correto afirmar que podem ser imputadas ao Estado condutas criminosas, ou seja, é perfeitamente possível que um Estado cometa um crime.²³⁶ Nas palavras de James Crawford:

A ausência de um sistema adequado de responsabilidade penal do Estado não é um problema conceitual, mas de organização, de estrutura e da falta de instituições apropriadas. Não há nada inerente ao Estado que exclua sua sujeição a sanções penais.²³⁷

A ideia de que Estados poderiam cometer, e, conseqüentemente, ser responsabilizados por crimes internacionais foi introduzida no Projeto de Artigos da

²³⁵ PELLET, Alain. "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!", *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 1999, p. 425-434.

²³⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Complementarity between State responsibility and individual responsibility for grave violations of human rights: the crime of State revisited." In: RAGAZZI, Maurizio (ed). *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 253-269.

²³⁷ CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 19.

CDI Sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos pelo Relator Especial Roberto Ago, no já referido artigo 19, que enunciava:

Artigo 19. Crimes e Delitos Internacionais

1. Um ato de um Estado que constitui uma violação de uma obrigação internacional é um ato internacionalmente ilícito, qualquer que seja o objeto da obrigação internacional violada.

2. Um ato internacionalmente ilícito resultante de uma violação por um Estado de uma obrigação internacional tão essencial para a proteção de interesses fundamentais da comunidade internacional que sua violação é reconhecida como crime por essa comunidade em seu conjunto constitui um crime internacional.

3. Sem prejuízo das disposições do parágrafo 2 e de acordo com as normas de Direito Internacional em vigor, um crime internacional pode resultar, por exemplo, de:

a. uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a manutenção da paz e da segurança internacionais, tal como a que proíbe a agressão;

b. uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do direito de autodeterminação dos povos, tais como as que proíbem o estabelecimento ou a manutenção pela força de dominação colonial;

c. uma violação grave em larga escala de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do ser humano, tais como as que proíbem a escravidão, o genocídio e o *apartheid*;

d. uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda e proteção do meio ambiente, tais como as que proíbem a poluição massiva da atmosfera ou dos mares.

4. Todo ato internacionalmente ilícito que não seja um crime internacional de acordo com o parágrafo 2 constitui um delito internacional.²³⁸

Em primeiro lugar, o artigo 19 estabelece uma dupla categoria de ilicitude, pois o parágrafo 1 trata daquela ilicitude de sentido ou natureza comum, ou seja, a violação de uma obrigação internacional enseja responsabilidade do Estado independentemente da natureza da obrigação violada. Nesse sentido, é a consagração de um princípio básico de qualquer sistema jurídico, e evidenciado no sistema jurídico internacional pela sua referência em diversos laudos arbitrais e sentenças de tribunais internacionais, sendo que Max Huber afirmou “ser um

²³⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por Atos Ilícitos, primeira leitura, 1997. Disponível em http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_1996.pdf (Acesso em 15/11/2011).

princípio indiscutível que a responsabilidade é um corolário necessário dos direitos”.²³⁹

Logo, não haveria uma inovação doutrinária ou legislativa a ponto de causar controvérsias entre os Estados membros da comunidade internacional, ainda que seja sempre importante lembrar que a função primordial da CDI é a “promoção do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e sua codificação”.²⁴⁰ Aqui, temos, então, as categorias do “crime internacional”, para o caso de graves violações de normas vistas como fundamentais pela comunidade internacional, e do “delito internacional”, para as demais violações do Direito Internacional Público atribuíveis aos Estados.

Em segundo lugar, é interessante aqui perceber que a linguagem do artigo 19 acompanha, de certa forma, a estrutura do artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, que estabeleceu o conceito de normas de *jus cogens*: a referência à “comunidade internacional” e ao fato de que aquela conduta seja “reconhecida como um crime por aquela comunidade como um todo”. A ideia, assim como nas normas imperativas, era de proteger os interesses fundamentais dessa comunidade internacional, pois, como apontam Dihn, Daillier e Pellet,

[E]ntre um genocídio e a simples violação de um acordo de comércio bilateral não há somente uma diferença de grau mas também de natureza; por desagradável que seja, a segunda não interessa às relações entre os dois Estados partes no acordo, ao contrário do genocídio que repugna à consciência de toda a humanidade e ameaça os próprios fundamentos da frágil comunidade internacional.²⁴¹

E, em terceiro lugar, o parágrafo 3º, ao estabelecer uma lista claramente exemplificativa de possíveis crimes de Estado, falando sempre de “uma violação grave em larga escala de uma obrigação internacional de importância essencial”, refere-se a casos de normas internacionais vistas como “fundamentais” ou “essenciais”, como o princípio da autodeterminação dos povos e a proibição do genocídio. Contudo, uma hipótese prevista na lista e que merece comentários adicionais é a prevista no parágrafo 3(d), que trata sobre a proteção internacional do

²³⁹ CRAWFORD, op. cit., p. 78.

²⁴⁰ UNGA Resolution A-RES-174(II), 27 de novembro de 1947.

²⁴¹ DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Allain. *Direito Internacional Público*. 2a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 784.

meio ambiente e, nesse sentido, sobre a criminalização da conduta estatal que causasse danos à atmosfera e aos mares por meio, acima de tudo, da poluição.

A questão é se, hoje, haveria no Direito Internacional Público um reconhecimento praticamente universal do caráter imperativo das normas de proteção ambiental internacional e se, conseqüentemente, sua violação pelos Estados poderia ser enquadrada na categoria de crimes internacionais.²⁴² Aqui, mais do que em qualquer outro ponto do artigo 19, percebe-se que a CDI, ou, na verdade, o Relator Especial do Projeto tendeu muito mais à “inovação progressiva” do que à simples “codificação” das normas sobre a responsabilidade internacional do Estado por atos ilícitos.

Contudo, este artigo provocou muitas polêmicas, em razão da utilização do termo “crime”, suas implicações político-jurídicas e a eventual confusão com a questão da responsabilidade penal individual no Direito Internacional. Ademais, admitir a existência um regime de responsabilidade penal dos Estados implicaria conseqüências que muitas nações não estavam dispostas a aceitar e que sequer estavam previstas no projeto da CDI, como, por exemplo a criação de um procedimento de investigação de crimes em nome da comunidade internacional, a possibilidade de aplicação de sanções apropriadas após a constatação de que um crime foi cometido, e, acima de tudo, um meio pelo qual o Estado criminoso pudesse purgar sua culpa.²⁴³

Logo, tendo em vista essas inúmeras divergências e, segundo Crawford, o potencial destrutivo que a ideia de crimes representava para o projeto da CDI como um todo,²⁴⁴ a expressão “crime” foi excluída do projeto por iniciativa do seguinte Relator Especial, o próprio professor James Crawford. No entanto, conforme exposto acima, pôde ser claramente observado pela CDI e por seu novo Relator Especial que não haveria dificuldades em se reconhecer que algumas obrigações no direito internacional são devidas à comunidade internacional como um todo e que, nesse sentido, graves violações dessas obrigações poderiam levar a conseqüências

²⁴² Afora a referência feita pela própria CDI em 1976, não parece haver, na doutrina ou na jurisprudência, um reconhecimento pleno do caráter imperativo das normas de proteção ambiental internacional, ainda que tenha havido propostas de diversos autores nesse sentido, cf. SHELTON, Dinah. “Normative Hierarchy in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 100, n. 2, 2006, pp. 303-305.

²⁴³ CRAWFORD, op. cit., p. 18.

²⁴⁴ Idem, ibidem, p. 20.

especiais para os Estados responsáveis.

Dessa forma, os artigos adotados pela Assembleia Geral da ONU em 2001, após modificações implementadas por Crawford como Relator Especial do projeto, incluem um Capítulo III na Parte II que dispõe sobre “graves violações de obrigações decorrentes de normas peremptórias do direito internacional costumeiro”. É importante aqui frisar que a menção a normas consuetudinárias de *jus cogens*, e não normas convencionais, se justifica pelo fato de o próprio artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados falar em uma norma “aceita e reconhecida pela comunidade internacional como um todo”, refletindo, dessa forma, que a origem das normas imperativas seria na prática dos Estados aceita e reconhecida como sendo o direito, tratando-se, portanto, de normas costumeiras.²⁴⁵ De qualquer maneira, uma vez excluído o termo “crime” e a possibilidade de eventuais sanções de caráter penal aos Estados, ainda que a versão anterior do projeto não tivesse estabelecido exemplos desse tipo de sanções, afastou-se distinção entre crimes e delitos proposta por Roberto Ago.

Logo, não seria possível afirmar que haveria uma responsabilidade penal ou criminal dos Estados no Direito Internacional Público. Isso, contudo, não teria impedido que a ideia de Estados, como sujeitos do direito internacional, poderem cometer crimes permanecesse de alguma forma viva nos artigos da CDI.²⁴⁶ Em outras palavras, o fato de não constar de forma expressa no projeto atual a ideia do “crime de Estado” não significa, necessariamente, que não se pode deduzir tal conceito de forma implícita a partir da leitura dos artigos sobre responsabilidade internacional do Estado e, acima de tudo, seus comentários. Nesse sentido, o artigo 40 do Projeto de da CDI de 2001 pode ser visto como ainda mantendo o conceito de “crimes de Estado”:

Capítulo III - Graves violações de obrigações decorrentes de normas peremptórias do direito internacional costumeiro

Artigo 40 – Aplicação deste capítulo

1. Este capítulo se aplica à responsabilidade internacional decorrente de uma violação grave por um Estado de uma obrigação provinda de uma norma peremptória do direito internacional costumeiro.
2. Uma violação de tal obrigação é grave se envolver a falha

²⁴⁵ CASSESE, Antonio. *International Law*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 199 e 202-203.

²⁴⁶ DIHN, DAILLIER, PELLET, op. cit., p. 784.

grosseira ou sistemática do Estado responsável por cumprir a obrigação.²⁴⁷

Aqui, pode-se perceber de forma nítida que a redação do texto do artigo 40 do projeto de 2001, em comparação com o texto do artigo 19 do projeto anterior, prima mais pela concisão e pela clareza, evitando, por exemplo, uma lista de exemplos de obrigações decorrentes de normas de *jus cogens*, ou uma referência excessivamente circular ao que seria um “crime internacional”.²⁴⁸ Além disso, como se depreende da leitura dos comentários ao Projeto de 2001, a noção de responsabilidade agravada está diretamente vinculada às normas imperativas, por um lado, e às obrigações *erga omnes*, por outro. Nesse sentido, deve-se salientar que a CDI, mesmo entendendo que há uma diferença na ênfase de cada uma das categorias de normas, também reconhece um alto grau de “sobreposição” entre normas de *jus cogens* e obrigações devidas à comunidade internacional como um todo.²⁴⁹

Tentando conciliar esses dois conceitos com a ideia de crimes internacionais, Giorgio Gaja formulou o que se pode chamar de “teoria de círculos concêntricos”, em que o círculo maior seria o das obrigações *erga omnes*, no centro do qual estaria o círculo das normas *jus cogens*, e que, por sua vez, englobaria o círculo dos crimes internacionais.²⁵⁰ Nesse sentido, pode-se afirmar que toda norma imperativa é também uma obrigação *erga omnes*, mas que nem toda obrigação *erga omnes* é uma norma de *jus cogens*. E, desenvolvendo ainda mais a metáfora gráfica sugerida por Gaja, pode-se afirmar que os crimes internacionais são, acima de tudo, *core crimes*, ou seja, “crimes nucleares”, pois encontram-se no centro das normas de *jus cogens* e das obrigações *erga omnes*.

Logo, não seria toda violação de uma obrigação *erga omnes* ou de uma norma de *jus cogens* que poderia ser caracterizada como um crime internacional, na linguagem do extinto artigo 19, ou que levaria à responsabilidade internacional

²⁴⁷ Art. 40, Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos, *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two.

²⁴⁸ Parafraseando Gertrude Stein (“A rose is a rose is a rose”), o texto do artigo 19 dá a entender que deve ser reconhecido como um crime internacional aquele ilícito que for reconhecido como um crime internacional, ou seja, “um crime internacional é um crime internacional é um crime internacional”.

²⁴⁹ CRAWFORD, op. cit., p. 244.

²⁵⁰ GAJA, Giorgio. “Obligations *erga omnes*, international crimes and *jus cogens*: a tentative analysis of three related concepts”, In: WEILER, Joseph H. H.; CASSESE, Antonio; SPINEDI, Marina (eds.). *International Crimes of State: a critical analysis of the ILC’s draft article 19 on State responsibility*. Berlin, Nova Iorque: de Gruyter, 1988, pp. 151-160.

agravada de um Estado no atual artigo 40. É necessário levar em consideração grau de intensidade da violação, devendo atingir certa magnitude. Em outras palavras, deve ser uma violação grave, ou, no original do projeto, *a serious breach*. Segundo o texto do Artigo 40(2), os parâmetros utilizados para se averiguar a existência de uma violação grave são seu caráter sistemático ou sua natureza flagrante ou “grosseira”, para usar o termo referido no artigo.

O primeiro parâmetro se refere ao modo organizado e deliberado de uma transgressão, sendo de extrema importância no caso da responsabilidade internacional dos Estados, uma vez que um crime como o genocídio, por exemplo, exige na prática uma “política de Estado” dirigida a sua realização.²⁵¹ Já o segundo parâmetro diz respeito à intensidade da violação ou dos seus efeitos, à sua natureza flagrante, resultando, segundo o Relator Especial, em um ataque direto aos valores protegidos por aquela norma, sendo possível, nesse sentido, retornar ao exemplo do genocídio para demonstrar o caráter flagrante da violação em questão.²⁵²

Logo, a partir do exame dos pressupostos acima apresentados, torna-se claro que a autoria de um “crime internacional” por um Estado implica sua responsabilidade agravada, mas isso não significa que toda violação de uma norma de *jus cogens* por parte de um Estado possa ser considerada um crime internacional.²⁵³ A consequência prática de tal constatação é a possibilidade de responsabilização internacional do Estado de natureza “tradicional” ou “clássica”, qual seja, a do regime geral do Projeto de 2001, e não a do artigo 40.²⁵⁴ Além disso, como será demonstrado no tocante à responsabilidade penal internacional do indivíduo, há casos em que um indivíduo pode cometer um crime sem que isso, por sua vez, enseje a responsabilidade internacional agravada do seu Estado.²⁵⁵

²⁵¹ SCHABAS, William. “State Policy as an Element of International Crimes”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, n. 3, 2008, pp. 953-982.

²⁵² CRAWFORD, op. cit., p. 247.

²⁵³ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. “O Crime Compensa? Acerca da viabilidade da noção de crimes internacionais no Direito Internacional”, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 37, No. 147, jul./set. 2000, pp. 219-220.

²⁵⁴ Nas palavras de Daillier e Pellet, “não é duvidoso que a proibição da tortura constitui uma tal norma [de *jus cogens*] (...); mas não resulta que qualquer violação desta cai sob o golpe das disposições do artigo 40 do projecto da CDI. E se, por um acórdão *Selmouni*, de 28 de julho de 1999, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem condenou a França por actos de tortura, não seria aceitável ver nestes uma ‘violação grave de uma obrigação decorrente de uma norma de direito internacional geral’ no sentido do artigo 40.”, DIHN, DAILLIER, PELLET, op. cit., p. 784.

²⁵⁵ Exemplos possíveis são crimes de guerra cometidos por um soldado de maneira isolada e não sistemática, como matar um combatente que tenha deposto armas ou ultrajar a dignidade de uma

Uma vez estabelecido o conceito contemporâneo da responsabilidade internacional agravada do Estado, a partir da ideia ainda polêmica dos crimes de Estado, deve-se preceder a um exame das consequências jurídicas da implementação desse regime de responsabilização e, obviamente, da existência e adequação de estruturas políticas ou judiciais para proceder ao julgamento e à determinação da responsabilidade internacional do Estado nesses casos. No regime geral da responsabilidade internacional do Estado, o próprio Projeto de 2001 estabelece, entre as consequências mais tradicionais, o dever do Estado responsável reparar o dano causado.

Aliás, como já declarado de forma contundente pela Corte Permanente de Justiça Internacional no Caso da Fábrica de Chorzow, em 1928, “é um princípio do Direito Internacional, e até uma concepção geral do direito, que a violação de um compromisso envolve uma obrigação de reparar de uma forma adequada”.²⁵⁶ Contudo, no regime específico da responsabilidade internacional agravada do Estado, o Projeto de 2001 estabelece consequências especiais ou particulares a partir da determinação dessa responsabilidade agravada, nos termos do artigo 41:

Artigo 41 – Consequência particulares de uma grave violação de uma obrigação de acordo com o presente capítulo.

1. Os Estados deverão cooperar por meios legais para dar fim a qualquer violação grave no sentido do artigo 40.
2. Nenhum Estado poderá reconhecer como legal uma situação criada por uma grave violação no sentido do artigo 40, nem prestar ajuda ou assistência para a manutenção dessa situação.
3. Este artigo é sem prejuízo a outras consequências referidas nesta Parte e a demais consequências que uma violação a que este capítulo se aplica pode gerar.²⁵⁷

Aqui, percebe-se que o artigo 41 do projeto da CDI prevê, ao mesmo tempo, consequências especiais para a responsabilidade agravada dos Estados e a manutenção de demais consequências já previstas para violações, como o já citado

peessoa por meio de tratamentos humilhantes ou degradantes, nos termos, respectivamente, do artigo 8(2)(b)(vi) e (xxi) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

²⁵⁶ Corte Permanente de Justiça Internacional, Caso da Fábrica de Chorzów, Julgamento de Mérito (Alemanha vs. Polônia), 1928, A. 17, § 29. Disponível em: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf (Acesso em 19/11/2011). Sobre o reconhecimento dessa norma como sendo um princípio geral de direito nos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, cf. CHENG, Bin. *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*. Londres: Steve & Sons Limited, 1953, 233-240.

²⁵⁷ Art. 40, Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos, *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two.

exemplo do dever de reparação do Estado responsável. O que deve ficar claro é que os efeitos previstos nos parágrafos 1 e 2 do artigo 41 são adicionais às consequências habituais decorrentes de um ato internacionalmente ilícito. Logo, a responsabilidade agravada dos Estados gera consequências suplementares às regras secundárias ordinárias, não criando, portanto, um novo conjunto de regras secundárias para a responsabilidade agravada dos Estados.

Segundo Bonafè, tal abordagem, chamada por ela de *délit plus* a partir do comentário de James Crawford em seu primeiro relatório sobre a responsabilidade internacional do Estado, não traça uma distinção clara entre crimes e delitos, como outrora fazia o artigo 19 do antigo projeto da CDI. Em vez disso, a abordagem do artigo 41 acrescenta às consequências ordinárias decorrentes dos ilícitos comuns certos efeitos próprios, que, se não chegam a ter um caráter verdadeiramente penal, diferem claramente dos efeitos ordinários em razão de emanarem de violações graves de normas de *jus cogens* que consagram obrigações devidas à comunidade internacional como um todo.²⁵⁸

Analisando particularmente as previsões dos parágrafos 1 e 2 do artigo 41, percebe-se que, por se tratarem de normas de interesse de toda a comunidade internacional, em caso de violação a reação deve ser exigida de todos os membros da comunidade internacional. Nesse sentido, nas palavras de Antonio Cassese, o regime da responsabilidade internacional agravada seria fortemente marcado pelo *collective enforcement*, ou seja, na ação coletiva dos Estado para garantir o respeito àquelas normas.²⁵⁹ Nos comentários de Crawford ao Projeto de 2001, fica claro que os Estado, antes de tudo, possuem um dever positivo de cooperação para pôr fim a uma violação nos termos do artigo 40, mas a forma pela qual tal cooperação será implementada pode ser determinada pelo Estados, inclusive se ele se dará por meio de um acordo especial ou por intermédio de uma organização internacional, notadamente a ONU.²⁶⁰

Contudo, o que fica claro é que a ação dos Estados deve se dar por meios legais, cuja escolha dependerá das circunstâncias da violação em questão. Saliente-

²⁵⁸ BONAFÈ, op. cit., p. 21.

²⁵⁹ CASSESE, *International Law*, pp. 273-275.

²⁶⁰ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Comentários ao Artigo 41, Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos, *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two, p. 114.

se que, com a escolha da expressão “meios legais”, abre-se a possibilidade de interpretar o texto do artigo 41 como permitindo até mesmo atos de uso da força, desde que, obviamente, de acordo com as normas internacionais pertinentes. Nesse sentido, no caso de um genocídio ser perpetrado por um Estado contra a população de outro, *todos* os Estados membros da comunidade internacional deveriam cooperar para pôr fim a tal situação, seja por meio da ONU ou por meio de um acordo de cooperação militar, por exemplo, desde que tal operação estivesse de acordo com a Carta da ONU ou, alternativamente, fosse autorizada e referendada pelo Conselho de Segurança. Essa hipótese, que poderia ser considerada como um exercício de intervenção humanitária, não é aventada nos comentários ao artigo 41 em razão de seu caráter extremamente polêmico.

Na verdade, o que os comentários ao artigo 41 apontam é que, mais do que criar ou estabelecer um dever positivo de cooperação dos Estados, o parágrafo 1 procura fortalecer os mecanismos de cooperação atualmente existentes, com base nos quais os Estados são conclamados a responder a graves violações conforme previstas no artigo 40. Logo, o texto seria, acima de tudo, o reconhecimento de uma prática contemporânea dos Estados em suas relações internacionais quando convocados, por exemplo, pela ONU a agirem contra uma grave violação de uma norma imperativa.²⁶¹

Por sua vez, o parágrafo 2 estabelece duas obrigações para todos os Estados, pois, além de não reconhecerem como legal a situação causada pela violação de uma norma imperativa, os Estado não devem prestar ajuda ou assistência para a manutenção daquela situação. No caso da obrigação do não-reconhecimento coletivo, um exemplo já tradicional na prática dos Estados seria o não-reconhecimento de uma situação que violasse o princípio da autodeterminação dos povos pela aquisição de território mediante o uso da força.²⁶²

Entre as principais manifestações históricas dessa situação temos o exemplo da invasão da Manchúria por forças japonesas em 1931 e a famosa declaração de Henry Stimson, Secretário de Estado dos EUA, sobre o não-reconhecimento de qualquer situação ou acordo entre os governos da China do Japão que violasse a

²⁶¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Art. 40, Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos, *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two, p. 114.

²⁶² CASSESE, *International Law*, pp. 60-64.

soberania territorial daquela república e, além disso, fosse contrário ao Pacto Briand-Kellogg de 1928.²⁶³ Essa declaração foi acompanhada pela grande maioria dos Estados membros da Sociedade das Nações e foi vista à época como uma aplicação adequada do princípio *ex injuria non oritur jus*.²⁶⁴

Ainda no tocante ao não-reconhecimento de situações em que houve violação ao princípio da autodeterminação dos povos, exemplos interessantes podem ser observados na prática do Conselho de Segurança da ONU. Um caso mais recente de não-reconhecimento generalizado foi quanto à invasão do Kuwait pelo Iraque em 1990. Após uma declaração iraquiana quanto à “fusão geral e eterna” entre os dois Estados, o Conselho aprovou a Resolução 662, de 9 de agosto de 1990, em que afirmou que a anexação em questão era completamente nula, não podendo gerar quaisquer efeitos, e conclamou os Estados, as organizações internacionais e agências especializadas da ONU a não reconhecerem a anexação e não tomarem qualquer medida que pudesse ser considerado como um reconhecimento direto ou indireto. Nesse caso, a resolução foi aprovada unanimemente pelos membros do Conselho de Segurança e nenhum Estado reconheceu a legalidade da anexação.²⁶⁵

Já quanto à segunda obrigação prevista no parágrafo 2 do artigo 41, que estabelece a proibição de ajuda ou assistência para a manutenção de uma violação de acordo com o artigo 40, ela diz respeito a uma conduta após a ocorrência inicial da violação e, segundo os comentários ao Projeto de 2001, deve ser lida em conjunto com o disposto no artigo 16, que estabelece e define os conceitos de “ajuda ou assistência” para os fins do projeto. Acima de tudo, o Estado que presta auxílio deve ter ciência ou conhecimento da ilegalidade, o que, no caso de uma violação de uma norma imperativa, seria flagrante.

Ainda que os comentários ao Projeto de 2001 indiquem que essa obrigação seria uma decorrência lógica da obrigação de não-reconhecimento, ela teria um âmbito de aplicação diverso, uma vez que ajuda ou assistência são ações que não implicariam necessariamente o reconhecimento anterior de uma violação nos termos do artigo 40. Entre os principais exemplos na prática do Conselho de Segurança da ONU, podem ser citadas as resoluções 418, de 4 de novembro de 1977, que proibiam

²⁶³ Idem, *ibidem*, pp. 341-342.

²⁶⁴ CHENG, *op. cit.*, p. 187.

²⁶⁵ Comentários ao artigo 41, Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos, *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two, p. 115.

qualquer forma de ajuda ou assistência ao regime do *apartheid* na África do Sul.²⁶⁶

Por fim, como referido anteriormente, o parágrafo 3 estabelece que as consequências específicas dos parágrafos anteriores não excluem a possibilidade, de consequências já previstas na Parte II do Projeto para violações de obrigações internacionais. Contudo, segundo os comentários, o parágrafo 3 também permitiria consequências decorrentes de uma grave violação conforme previsão pelo Direito Internacional Público. Tal previsão poderia constar na própria norma primária violada, e nesse último caso é interessante notar que os comentários fazem menção específica ao caso da proibição da agressão,²⁶⁷ pois, como será visto na segunda parte da tese, Resolução 3314 da Assembleia Geral da ONU, de 1974, que estabelece a definição de agressão, prevê circunstâncias específicas no caso de sua violação.

Portanto, no que tange às consequências pela violação de uma norma imperativa, o artigo 41 estabelece por meio do seu parágrafo 3 uma verdadeira “cláusula aberta” para inclusão contínua de consequências estabelecidas pelo Direito Internacional Público e sua evolução, seja ela de natureza convencional ou costumeira. O que é indiscutível, contudo, é o caráter verdadeiramente coletivo dessas consequências, abarcando não apenas o Estado vítima da violação, mas a todos os membros da comunidade internacional, pois, em se tratando de violações de normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, seria uma questão de ordem pública internacional.

Procurando estabelecer uma espécie de marco teórico para o regime específico da responsabilidade internacional agravada do Estado, Nollkaemper entende que tal regime cumpriria duas funções básicas: a reparatória e a sistêmica. A primeira função teria o objetivo de reparar os danos causados às vítimas, aproximando-se da responsabilidade civil por atos criminosos, existente tanto no Direito Internacional Público quanto em diversas ordens jurídicas nacionais. Essa função é aquela típica de qualquer regimes de responsabilidade, conforme já consagrada pela doutrina e pela jurisprudência internacionais.

Já a segunda função seria exclusiva do regime da responsabilidade agravada e

²⁶⁶ DIHN, DAILLIER, PELLET, op. cit., p. 1013.

²⁶⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Comentários ao artigo 41, Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 116.

teria por objetivo coibir violações do direito internacional como parte de uma política sistemática de um Estado, adequando-se, nesse sentido, ao conceito de “crimes sistêmicos” mencionado anteriormente e desenvolvido pelo mesmo autor.²⁶⁸ Tais crimes seriam dependentes de um aparelho estatal que permitisse sua execução, sendo esse o caso, por exemplo, do genocídio e, acima de tudo, do crime de agressão.

No casos dessas violações, obrigação dos Estados de cooperarem entre si para por um fim por meios legais à violação, referida no Projeto de 2001, tem uma natureza claramente coletiva e, nesse sentido, sistêmica. Contudo, como a própria doutrina internacionalista reconhece, as consequências ligadas à função sistêmica da responsabilidade agravada ainda não podem todas ser consideradas normas de direito costumeiro, pois a prática dos Estados ainda é muito ambígua e seletiva.²⁶⁹ Logo, se não se pode afirmar categoricamente que a função sistêmica da responsabilidade agravada faz plenamente parte do direito costumeiro, deve-se, ao menos, reconhecer que os Estados têm lançado mão desse conceito de *collective enforcement* em algumas instâncias de graves violações de normas imperativas de interesse geral da comunidade internacional, e que, nos exemplos anteriormente citados, tal ação coletiva e sistêmica demonstrou resultados.

Logo, embora a responsabilidade agravada dos Estados ainda esteja em uma fase pouco desenvolvida, é indispensável entender sua importância na repressão dos crimes internacionais. A ideia aqui apresentada é a da possibilidade de uma aplicação conjunta do regime de responsabilidade internacional agravada do Estado com a responsabilidade internacional penal do indivíduo para o caso de crimes internacionais como a agressão. Afinal, a responsabilidade individual por crimes internacionais é tão relevante quanto a responsabilidade dos Estados, se, segundo, Nollkaemper, “seria estranho considerar que o presidente de um Estado deva ser preso por muitos anos, enquanto se deixam no lugar as estruturas que tornaram possíveis e facilitaram seus atos criminosos”.²⁷⁰

Por outro lado, não se pode aceitar a ideia de que a responsabilidade dos

²⁶⁸ NOLLKAEMPER, André. “Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.52, 2003, pp. 622-627.

²⁶⁹ CASSESE, *International Law*, pp. 267-269.

²⁷⁰ NOLLKAEMPER, “Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law,” p. 625.

Estados equivalha à determinação do que se pode chamar de “culpa coletiva” de um povo.²⁷¹ A responsabilização dos Estado possui um significado político-jurídico de extrema importância, pois, ao mesmo tempo em que faz com que determinada sociedade encare as consequências de seus próprios atos, permite que ela muitas vezes possa superar o trauma causado aos outros e a si mesma.²⁷² Além disso, como afirma Michael Walzer, “a distribuição de custos não é a distribuição de culpa”²⁷³ e, apesar de nem todos os cidadãos serem os autores de todas as políticas estatais, eles podem, ainda assim, responder por elas coletivamente, como uma sociedade.

Segundo alguns autores, compartilhar os encargos da responsabilidade do Estado constitui parte essencial do processo de superação dos crimes internacionais, até mesmo do ponto de vista interno.²⁷⁴ Afinal, a responsabilidade internacional penal do indivíduo, mesmo necessária, não é suficiente para coibir novos crimes internacionais e, acima de tudo, criar a sensação de justiça nas vítimas da violação em questão. Logo, é de fundamental importância atribuir responsabilidade também ao Estado, para que ele não sirva mais de instrumento para a prática de atrocidades.

Contudo, do ponto de vista doutrinário, há ainda debates sobre a natureza da responsabilidade agravada dos Estados por crimes internacionais e suas consequências. Se, por um lado, não é possível aplicar ao Estado sanções de natureza tipicamente penal, por outro lado a conduta de um Estado que viola uma norma imperativa não pode ser tratada como um ilícito comum, devendo estar sujeita a consequências além do dever de reparação e de cessação da conduta. Nesse sentido, Nollkaemper vê a possibilidade de responsabilização penal internacional de indivíduos diretamente responsáveis pela violação como uma

²⁷¹ FLETCHER, George P. “Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt”, *Yale Law Journal*, vol. 111, 2002, pp. 1499-1573.

²⁷² Nesse sentido, é de extrema importância a discussão contemporânea da responsabilidade internacional da Alemanha por graves violações de normas imperativas praticadas durante a Segunda Guerra Mundial contra gregos e italianos, tendo sido objeto de procedimentos judiciais nacionais e, acima de tudo, internacionais, cf. BIANCHI, Andrea. “Ferrini v. Federal Republic of Germany”, *American Journal of International Law*, vol. n. 1, 2005, pp. 242-248; FOCARELLI, Carlo. “Federal Republic of Germany v. Giovanni Mantelli and Others. Order no. 14201”, *American Journal of International Law*, vol. 103, n. 1, 2009, pp. 122-131.

²⁷³ WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas*, pp. 297-298.

²⁷⁴ FRANCK, Thomas. “Individual criminal liability and collective civil responsibility: do they reinforce or contradict one another?”, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 6, 2007, pp. 567-571.

consequência especial e válida em casos de crimes internacionais.²⁷⁵

Essa afirmação é de importância central para a presente tese, pois, no caso específico da agressão, a responsabilização do indivíduo pode ser vista, só como uma consequência lógica da responsabilização do Estado, mas como uma consequência jurídica da violação primeira da norma de *jus cogens*. Dessa forma, a complementaridade entre os regimes de responsabilidade internacional para a agressão surgiria como consequência jurídica da própria violação da norma imperativa pelo Estado. Como disposto no artigo 41(3) do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado, a responsabilização penal dos indivíduos poderia se enquadrar em uma consequência da violação de uma norma imperativa além daquelas dispostas no Projeto, decorrendo do Direito Internacional. Prova adicional dessa possibilidade é o texto do artigo 58 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estado por Atos Ilícitos, que encerra o documento:

Estes artigos não afetam qualquer questão relacionada à responsabilidade individual segundo o Direito Internacional de qualquer pessoa agindo em nome de um Estado.²⁷⁶

Dessa forma, a responsabilidade do Estado não só não impede a responsabilidade do indivíduo, como, sustenta-se, pode com ela coexistir se o Direito Internacional assim determinar. Nesse sentido, em relação especificamente à agressão, fica claro que o próprio Direito Internacional criminalizou a agressão, como o artigo 5(2) da Definição de Agressão demonstra:

Uma guerra de agressão é um crime contra a paz internacional. A agressão gera responsabilidade internacional.²⁷⁷

Logo, se o próprio Direito Internacional prevê a agressão como um crime, ele remete o tratamento de tal questão ao regime da responsabilização penal internacional do indivíduo. Dessa forma, pode-se afirmar que a responsabilização penal internacional do indivíduo pelo crime de agressão é uma consequência jurídica possível à violação da norma imperativa da proibição geral do uso da força armada, nos termos do artigo 41(3) do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade

²⁷⁵ NOLLKAEMPER, "Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law," pp. 627-631.

²⁷⁶ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por Atos Ilícitos, 2001, Art. 58.

²⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resolução 3314, 1974.

Internacional do Estado por Atos Ilícitos.²⁷⁸

Tal conclusão parcial estaria de acordo com as normas básicas de responsabilização internacional do Estado e, ao mesmo, relaciona os dois regimes de responsabilidade internacional de forma lógica e, acima de tudo, complementar. Isso não significaria, no entanto, que a responsabilidade penal internacional de um indivíduo surgiria automaticamente, por exemplo, a partir de uma determinação do Conselho de Segurança de que um ato de agressão em violação à Carta da ONU ocorreu. Mas percebe-se que o regime que responsabiliza o indivíduo pode ser desencadeado pelo regime de responsabilidade internacional agravada do Estado.²⁷⁹ Logo, identificada a possibilidade de responsabilização penal individual como uma das consequências advindas do regime de responsabilidade internacional agravada do Estado, deve-se agora passar à parte II da tese, que tratará sobre o crime de agressão no Direito Internacional Penal.

²⁷⁸ CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles*, pp. 34-38 e 312-313.

²⁷⁹ DINSTEIN, *op. cit.*, pp. 115-116.

PARTE II – O CRIME DE AGRESSÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Os esforços político-diplomáticos para proscrever a guerra no Direito Internacional foram acompanhados, desde o início do século XX, de tentativas de criminalização desse fenômeno e da responsabilização penal individual dos responsáveis pela guerra. E, uma vez afastada a expressão “guerra” do vocabulário jurídico internacional, substituída pelo conceito de agressão, a ideia do crime de agressão como sendo um dos mais graves crimes internacionais foi consagrada, acima de tudo, nos tribunais militares internacionais de Nuremberg e Tóquio, bem como nos tribunais militares organizados pelos EUA em sua zona de ocupação na Alemanha no pós-Segunda Guerra Mundial.

No entanto, desde o final da década de 1940, o crime de agressão, por sua polêmica natureza político-jurídica, foi esquecido por quase cinco décadas, para ser recuperado pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, em 1998, em que consta como um dos crimes internacionais sobre o qual o TPI teria jurisdição. Infelizmente, o resgate do conceito do crime de agressão não foi completo por não constar no Estatuto de Roma a sua tipificação, em razão de intensa discordância entre as delegações presentes na Conferência de Roma sobre o que deveria ser o crime de agressão. Logo, a decisão por postergar a definição do crime até a primeira conferência de revisão do Estatuto, a partir do sétimo ano de sua entrada em vigor, tornou-se um obstáculo adicional na tentativa de tipificação da agressão como um crime internacional.

Finalmente, em junho de 2010, a Conferência de Revisão do Estatuto, ocorrida em Kampala, Uganda, teve como principal resultado uma definição do crime e as condições pelas quais o TPI poderia exercer jurisdição sobre tal delito. Porém, tal conquista não esconde alguns obstáculos político-jurídicos de extrema importância para um efetivo combate ao crime de agressão. Entre outros, deve-se citar a relação do TPI com o Conselho de Segurança e as condições para que aquele exerça jurisdição sobre um crime que dependeria da ocorrência de ato de agressão, questão que só poderia ser determinada pelo Conselho de Segurança. Além disso, a relação entre Estados-parte do Estatuto e Estados que ainda não ratificaram ou aderiram ao tratado é de especial importância no caso de um crime de agressão, pois a jurisdição do TPI não poderia, em tese, estender-se a situações

envolvendo Estados que não a reconhecem, muito menos ainda quanto ao crime de agressão.

Para tratar dessas questões, o presente capítulo será dividido em uma análise histórico-evolutiva dos esforços para a criminalização da agressão, com atenção especial para a jurisprudência dos tribunais militares internacionais, e em um exame dos resultados da Conferência de Revisão de Campala, que tipificou a agressão e apresentou as condições para exercício da jurisdição do TPI sobre o crime. Por fim, serão apresentadas conclusões em relação à parte I da tese, em que o ato de agressão e o crime de agressão serão analisados de forma conjunta, para apresentar uma proposta de definição que atenda a critérios de precisão jurídica e viabilidade política mínimos, sem os quais o crime de agressão não poderia existir, muito menos ser julgado.

1. Dos “crimes contra a paz” ao “crime de agressão”: a evolução de conceito no Direito Internacional Penal

Já ao final da Primeira Guerra Mundial houve tentativas de julgamento do Kaiser Guilherme II pela deflagração do conflito, antes mesmo que a própria guerra fosse proscrita por ocasião do Pacto Briand-Kellogg. Nesse sentido, deve-se mencionar o já citado artigo 227 do Tratado de Versalhes, pelo qual os Aliados acusavam o Kaiser de ter cometido “suprema ofensa contra a moralidade internacional e a santidade dos tratados.” Como Dinstein aponta, a linguagem do artigo sugere que os atos do kaiser não eram considerados como uma ofensa ao Direito Internacional, mas sim à moralidade internacional, e, curiosamente, à santidade dos tratados, o que, nas palavras do jurista israelense, “é uma frase com sabor mais religioso que jurídico”.²⁸⁰

A inclusão desse artigo no Tratado de Versalhes surgiu a partir de um projeto pessoal de David Lloyd George, então Primeiro-Ministro britânico, que buscava depositar sobre o Kaiser toda a responsabilidade pela guerra. Apesar de dissuadido, por aliados políticos como Winston Churchill, Lloyd George, juntamente com Georges Clemenceau e Vitorio Orlando, decidiram que o kaiser deposto deveria ser

²⁸⁰ DINSTEIN, op. cit., p. 125.

julgado por um tribunal internacional por ter iniciado a guerra e pelas violações de Direito Internacional cometidas pelas forças alemãs.²⁸¹

Já durante a conferência de Paris, em 25 de janeiro de 1919, foi delegada à Comissão Sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e sobre a Implementação de punições a tarefa de determinar se a Alemanha e seus aliados haviam violado o Direito Internacional por terem iniciado ou lutado na Primeira Guerra Mundial e, caso entendessem que a violação teria ocorrido, quais as punições adequadas aos responsáveis. Em seu relatório, apresentado em 29 de março do mesmo ano, essa Comissão, mesmo entendendo que a responsabilidade pela guerra repousava na conduta da Alemanha e seus aliados e que posições políticas ou militares não deveriam blindar os responsáveis diretos por terem violada a paz na Europa, não conseguiu, na visão de Sellars, fazer a conexão entre essas duas ideias e declarar a responsabilidade do Kaiser e de seus ministros por terem iniciado a guerra.²⁸²

Ainda que outras tentativas de enquadramento criminal da conduta do Kaiser tenham sido lançadas por representantes presentes à conferência, como “a violação das leis e dos costumes da guerra e das leis da humanidade”, uma tendência mantida na conferência foi por não acusar formalmente o Kaiser e seus ministros do crime de ter iniciado uma guerra. A solução encontrada foi a formulação vaga e imprecisa do artigo 227 do Tratado de Versalhes, que, ainda que estabelecesse a criação de um “tribunal especial” para julgar o Kaiser, determinava que a decisão do tribunal deveria ser “guiada pelos mais altos motivos da política internacional, com vistas a vindicar as obrigações solenes dos compromissos internacionais e a validade da moralidade internacional”. Com base nesses critérios, o tribunal deveria estabelecer as penas que considerasse adequadas. É perceptível a dura tarefa que qualquer tribunal teria em estabelecer penas para uma conduta que sequer foi objeto de tipificação adequada.²⁸³

De qualquer maneira, não foi possível sequer a implementação do previsto no artigo 227, em razão de o Kaiser ter obtido asilo político na Holanda, que não era

²⁸¹ SELLARS, Kirsten, “Delegitimizing Aggression: First Steps and False Starts After the First World War”, *Journal of International Criminal Justice*, v. 10, 2012, p. 7-8.

²⁸² SELLARS, op. cit., pp. 10-11.

²⁸³ SCHABAS, William, “Origins of the Criminalization of Aggression: How Crimes Against Peace Became the ‘Supreme International Crime’”, in POLITI, Mauro; NESI, Giuseppe (ed.) *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*. Ashgate: 2004, pp. 17-21.

uma das partes contratantes do Tratado de Versalhes, e que, além disso, recusou a extraditar o Kaiser sob o argumento de que era obrigada pelo Direito Internacional a fazê-lo.²⁸⁴ Dessa forma, Guilherme II, que poderia ter sido o primeiro chefe de Estado condenado pelo crime de iniciar um guerra em violação ao Direito Internacional, escapou do julgamento, tendo falecido na Holanda, aos 82 anos, em 3 de junho de 1941, semanas antes da invasão da Alemanha à URSS. O fracasso na tentativa de julgamento do Kaiser serviu, ao menos, para demonstrar a necessidade de se definir o crime da guerra em bases mais sólidas.

Do ponto de vista da tradição da *Common Law*, deveriam ser estabelecidos dois elementos centrais para tal crime: o *actus reus*, ou seja, a conduta do responsável direto pelo crime, e *mens rea*, a intenção ou vontade do agente quanto à conduta em questão.²⁸⁵ Ainda que a tradição romano-germânica também tenha exercido influência no desenvolvimento histórico do Direito Internacional Penal, especialmente do ponto de vista das normas processuais do Direito Internacional Penal,²⁸⁶ a tendência de grande parte da doutrina²⁸⁷ tem sido a identificação da necessidade do *actus reus* como elemento objetivo e da *mens rea* como elemento subjetivo dos crimes internacionais, estendendo-se, portanto, ao crime de agressão.

A questão da agressão ficou em segundo plano durante o período entre guerras, pelo menos no que diz respeito à sua criminalização. Ainda que diversos projetos de tratados e declarações tenham procurado definir o conceito de agressão, principalmente na década de 1920, não houve esforços correspondentes quanto ao respectivo crime. Os reais avanços só ocorreram após a Segunda Guerra Mundial, com a criação dos tribunais militares internacionais de Nuremberg e Tóquio e dos tribunais militares criados pelas Forças Armadas dos EUA na sua zona de ocupação Alemanha.

A ideia de criar tribunais internacionais para julgar os crimes cometidos pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial surgiu, curiosamente, a partir de uma

²⁸⁴ SCHUSTER, Mathias, "The Rome Statute and the Crime of Aggression: a Gordian Knot in Search of a Sword", *Criminal Law Forum*, v. 14, 2003, pp. 3-4.

²⁸⁵ PETTY, Keith, "Sixty Years In The Making: The Definition of Aggression for the International Criminal Court", *Hastings International and Comparative Law Journal*, v. 31, 2008, pp. 17-22.

²⁸⁶ SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 118-119 e 149-152.

²⁸⁷ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 53-75 e 1528-161; KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 220-221; KOLB, Robert. *Droit International Pénal: Précis*. Bruxelles: Bruyant, 2008, pp. 166-176.

aliança político-diplomática entre os EUA e a URSS. O Reino Unido, por exemplo, era favorável a simples execução sumária dos líderes nazistas, posição defendida por Winston Churchill e por Anthony Eden, Ministro de Relações Exteriores, para quem a responsabilidade dos nazistas era tão clara que haveria necessidade de um processo judicial formal para averiguá-la. Por sua vez, Harry Truman, que assumiu a presidência dos EUA com a morte de Franklin Roosevelt, era extremamente favorável a um julgamento, tendo, já em maio de 1945, durante as negociações para a criação da ONU, incumbido Robert Jackson de formar uma equipe de acusação com a responsabilidade construir um caso forte contra as maiores autoridades nazistas pelos crimes cometidos na Segunda Guerra Mundial, entre os quais, acima de tudo, incluía-se a própria autoria da guerra.²⁸⁸

O próprio Robert Jackson afirmou ao presidente Truman que apresentaria o argumento de que uma guerra de agressão era um crime, baseando tal argumentação em documentos internacionais, como o Protocolo de Genebra de 1924, o Pacto Briand-Kellogg de 1928 e demais instrumentos internacionais, para demonstrar que o Direito Internacional tinha como meta “tornar a guerra menos atraente” para os governos das diferentes nações. O próximo passo, portanto, seria, na visão dos EUA e, acima de tudo, de Robert Jackson, apresentar uma definição adequada do que seria uma guerra de agressão e quem seriam, em princípio, os responsáveis por tal crime internacional.²⁸⁹

Entre junho e agosto de 1945, as quatro potências aliadas se reuniram em Londres com o objetivo de estabelecer um tribunal militar internacional com jurisdição sobre os crimes cometidos pelos nazistas no âmbito da guerra. No tocante à guerra de agressão, depois de intensos debates entre os aliados, contando com a oposição francesa à inclusão do crime na carta do tribunal e com a relutância soviética em definir precisamente o que seria a agressão, a delegação britânica sugeriu a inclusão do conceito de “crimes contra paz”, que incluiriam o planejamento a preparação, a iniciação ou a deflagração de uma guerra de agressão, sem, contudo, definir o que seria a agressão em si.²⁹⁰

²⁸⁸ OVERY, Richard, “The Nuremberg Trials: International law in the making”, in SANDS, Phillippe (ed.) *From Nuremberg to the Hague: The Future of International Criminal Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 3-6.

²⁸⁹ OVERY, op. cit., pp. 14-16.

²⁹⁰ FERENCZ, *Defining International Aggression*, vol. 1, pp. 40-41.

Com base no acordo entre os aliados, em 8 de agosto de 1945 foi adotado o Acordo de Londres, tendo como anexo a Carta que criava o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial. O artigo 6(a) da Carta do Tribunal, como visto anteriormente, estabelecia os crimes contra a paz da seguinte forma:

“Crimes contra a paz: planejamento, preparação, iniciação ou deflagração de uma guerra de agressão, ou uma guerra em violação de tratados, acordos ou garantias internacionais, ou a participação em um plano comum ou conspiração para a realização de quaisquer desses atos.”²⁹¹

Aqui fica claro o caráter extremamente vago e aberto da definição do crime, sendo ela, ainda, dependente de um esclarecimento do conteúdo específico da própria guerra de agressão. Além disso, fica clara a ideia da “conspiração” como uma ferramenta para a inclusão do maior número possível de acusados de crimes contra a paz, sendo que o último parágrafo do artigo 6 ainda afirma:

“Líderes, organizadores, instigadores e cúmplices participando na formulação ou execução de um plano comum ou de uma conspiração para cometer quaisquer desses crimes são responsáveis por todos os atos cometidos por qualquer pessoa na execução de tal plano.”²⁹²

Nesse sentido, deve-se salientar que as categorias dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade eram dependentes dos crimes contra a paz, no sentido de que só poderiam ser considerados crimes pela sua vinculação à própria guerra lançada pelo III Reich. O desafio da promotoria era provar que havia um grande plano de Hitler dominar a Europa e exterminar diversos grupos étnicos, raciais e nacionais, o que só seria possível, por sua vez, pela deflagração de diversas guerras de agressão. Dessa forma, os crimes contra a paz eram centrais para todo o caso da promotoria, pois, sem a agressão, não se poderia falar em crimes de guerra e crimes contra a humanidade.²⁹³

Portanto, a acusação trabalhou com a ideia de que, desde a ascensão de Hitler ao poder, em 30 de janeiro de 1933, todos os atos praticados, como a política de intenso rearmamento alemão em violação ao Tratado de Versalhes de 1919, a anexação da Áustria em 1938 e a invasão da Polônia em 1939, fariam parte de uma

²⁹¹ Artigo 6(a), Carta do Tribunal Militar Internacional, 8 de agosto de 1945.

²⁹² Artigo 6, Carta do Tribunal Militar Internacional, 8 de agosto de 1945.

²⁹³ SCHWELB, Egon, “Crimes Against Humanity”, in METTRAUX, Guénaél (ed.) *Perspectives on the Nuremberg Trial*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 120-166.

grande conspiração nazista, da qual, conseqüentemente, seriam partícipes todos aqueles direta e até indiretamente responsáveis pelos crimes em questão. Dessa forma, poderiam ser incluídos diversos réus, não apenas membros do alto escalão do III Reich, como Hermann Göring, mas também diversos industriários que teriam ajudado na reconstrução do poder bélico da Alemanha, como Gustav Krupp, que, inclusive chegou a ser indiciado pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, mas, por motivos de saúde, não foi julgado, ainda que tivesse formalmente permanecido da lista dos acusados.²⁹⁴

A denúncia formalmente apresentada em 18 de outubro de 1945 continha quatro acusações: uma conspiração comum para lançar uma guerra de agressão; crimes contra a paz; crimes de guerra; e crimes contra a humanidade. Ao todo, 24 réus foram denunciados, sendo que, desses, 22 enfrentaram julgamento, pois, além de Gustav Krupp, não julgado por motivos de saúde, Robert Ley, chefe da Frente Trabalhista Alemã, o principal sindicato nazista, cometera suicídio em 24 de outubro de 1945, três dias depois de receber uma cópia da denúncia. Dessa forma, em 20 de novembro de 1945, têm início os trabalhos do Tribunal Militar Internacional no Palácio de Justiça de Nuremberg, em um julgamento que se estenderia por quase um ano, até 1º de outubro de 1946.

Desde o início do julgamento, os argumentos básicos de defesa dos 22 acusados era o de que a criminalização da guerra seria *ex post facto* e, conseqüentemente, uma violação do princípio *nullum crimen sine lege*. O Tribunal, no entanto, desconsiderou esse argumento na seguinte passagem do julgamento, que trata sobre sua jurisdição e as normas previstas na Carta do Tribunal:

“Em primeiro lugar, deve ser observado que a máxima *nullum crimen sine lege* não é uma limitação de soberania, mas sim geralmente vista como um princípio de justiça. Afirmar que é injusto punir aqueles que, desafiando tratados e garantias, atacaram Estados vizinhos sem aviso é claramente falso, pois em tais circunstâncias aquele que comete o ataque deve saber que ele está cometendo um delito, e, ao contrário de ser injusto puni-lo, seria injusto se o seu delito não fosse punido.”²⁹⁵

²⁹⁴ CLAPHAM, Andrew, “Issues of complexity, complicity and complementarity: from the Nuremberg trials to the dawn of the new International Criminal Court”, in SANDS, *From Nuremberg to the Hague*, pp. 35-37.

²⁹⁵ Julgamento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 1º de outubro de 1946, reproduzido em *American Journal of International Law*, vol. 41, n. 1, 1947, p. 217.

Aqui, o Tribunal de Nuremberg opta por abordar não a questão da legalidade da tipificação dos crimes contra a paz, mas sim sua *justiça*, ou seja, parte do princípio que é indiscutível a ilegalidade de atos como os praticados pela Alemanha nazista, restando claro que seria injusto não punir adequadamente os responsáveis. O Tribunal, nesse sentido, também declarou que sua Carta refletia o estado atual do Direito Internacional, que considerava a guerra de agressão um grave crime.²⁹⁶

Para tanto, o Tribunal baseou-se fundamentalmente no Pacto Briand-Kellogg, de 1928, como prova da ilegalidade da guerra, e em diversos outros documentos internacionais, como o projeto do Tratado de Assistência Mútua, de 1923, e o Protocolo de Genebra de 1925, que sequer chegaram a entrar em vigor. Ou seja, o Tribunal confirma a ilegalidade da guerra pela referência a instrumentos que, tomados em seu conjunto, refletiriam uma proibição indiscutível e, até, o reconhecimento dos demais Estados da juridicidade dessa proibição. Aqui, o Tribunal de Nuremberg, talvez inadvertidamente, parece reconhecer que a proibição da agressão seria uma norma consuetudinária do Direito Internacional,²⁹⁷ ainda que o Tribunal não tenha se referido expressamente a normas internacionais costumeiras.

Como é sabido, o artigo 38(b) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, de 1945, por sua vez reprodução do artigo 38(2) do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional de 1921, estabelece o costume internacional como uma “prática geral aceita como sendo o direito”. Nesse sentido, uma análise do período de 28 de junho de 1919, quando da assinatura do Tratado de Versalhes, até 1º de setembro de 1939, quando da invasão da Polônia pela Alemanha, tida como o início da Segunda Guerra Mundial, poderia demonstrar que a guerra não era mais vista como um instrumento de política externa por grande parte dos Estados.

Até dezembro de 1938 um total de 63 Estados haviam ratificado o Pacto Briand-Kellogg, incluindo Alemanha, Itália e Japão, número recorde de ratificações para a época.²⁹⁸ Esse grande número de Estados-parte, acompanhado por declarações de representantes de Estado reconhecendo a ilegalidade da guerra

²⁹⁶ DINSTEIN, op. cit., p. 127.

²⁹⁷ WEISBORD, Noah, “Prosecuting Aggression”, *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n. 1, 2008, p. 163.

²⁹⁸ DINSTEIN, op. cit., p. 85.

consagrada em seu texto poderia ser vista como prova de *opinio juris* da norma costumeira em questão.

Dessa forma, segundo o Tribunal, estaria contornada a questão da proibição da guerra como sendo uma norma consuetudinária internacional, obrigando, dessa forma, os Estados que a ela não se opusessem expressamente. Porém, o Tribunal também entendeu que a questão da ilegalidade da guerra, por si mesma, já bastaria para consagrar a criminalidade da guerra de agressão e, conseqüentemente, a responsabilidade penal dos seus autores:

“Na opinião do Tribunal, a renúncia solene à guerra como um instrumento de política nacional envolve a proposição de que a guerra seria ilegal no direito internacional; e aqueles que planejam ou lançam tal guerra, com suas terríveis e inevitáveis conseqüências, estão cometendo um crime.”²⁹⁹

Aqui, o Tribunal parece confundir ilegalidade com criminalidade. A ilegalidade de uma conduta não basta para que seja considerada criminal, devendo haver uma previsão específica estabelecendo o caráter penal da conduta, os elementos que compõem o tipo penal e as conseqüências jurídicas de sua ocorrência. Se, por um lado, pode-se reconhecer o caráter costumeiro da proibição no raciocínio do Tribunal, por outro não se pode dizer o mesmo quanto à criminalidade da guerra de agressão, podendo-se afirmar, conseqüentemente, que o Tribunal de Nuremberg estabeleceu a criminalidade da guerra no Direito Internacional, e não simplesmente aplicou o Direito Internacional então existente.³⁰⁰ Logo, é apenas a partir do julgamento de Nuremberg que se pode reconhecer o caráter costumeiro da criminalidade da guerra.

Do ponto de vista da responsabilidade penal internacional dos indivíduos pelas guerras agressivas lançadas pela Alemanha nazista no âmbito da Segunda Guerra Mundial, o Tribunal de Nuremberg é claro ao afirmar que, mesmo o Pacto Briand-Kellogg não contendo artigo ou parágrafo estabelecendo tais guerras como criminosas, elas devem assim ser consideradas, pois “o direito não é estático, mas, por uma contínua adaptação, segue as necessidades de um mundo em transformação”.³⁰¹ Dessa forma, o Tribunal praticamente declara que a criminalidade

²⁹⁹ Julgamento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, p. 218.

³⁰⁰ GROSS, Leo, “The Criminality of Aggressive War”, *American Political Science Review*, vol. 41, n. 2, 1947, pp. 218-220; FINCH, George A., “The Nuremberg Trial and International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 41, n. 1, 1947, pp. 33-34.

³⁰¹ Julgamento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, p. 219.

da guerra de agressão decorreria da própria necessidade em reconhecê-la como criminosa.³⁰² E essa necessidade é justificada, em última análise, por preocupações de justiça e pela própria natureza destrutiva da guerra, como se deduz de passagem da decisão que é um dos mais famosos *dicta* do Direito Internacional Penal:

“A guerra é essencialmente uma coisa má. Suas consequências não estão limitadas apenas aos Estados beligerantes, mas afetam todo o mundo.

Iniciar uma guerra de agressão, portanto, não é apenas um crime internacional; é o supremo crime internacional, distinguindo-se de outros crimes de guerra por conter em si o mal acumulado do todo.”³⁰³

Quando trata sobre a acusação de um plano comum ou de uma conspiração para uma guerra de agressão, o Tribunal de Nuremberg estabelece que o conhecimento de um plano comum de iniciar ou lançar uma guerra de agressão e a participação ou cooperação para a realização de tal plano são centrais para o exame da dimensão volitiva do agente quanto ao crime. Comentando sobre a decisão do Tribunal de Nuremberg, Quincy Wright distingue entre “o crime internacional da guerra agressiva” e o “o ilícito internacional da guerra agressiva”. Se, por um lado, o ilícito surge de um ato ou omissão do Estado e não envolve a intenção individual, por outro o crime tem na intenção do agente um elemento de extrema importância. Portanto, para responsabilizar o indivíduo pelo crime internacional da guerra agressiva seria necessário (i) avaliar a extensão da sua autoridade sobre as forças armadas do Estado ou a sua importância como conselheiro ou colaborador do responsável pelas forças armadas e (ii) a sua intenção em autorizar ou em aconselhar ou colaborar na autorização do uso da força armada.³⁰⁴

Logo, seguindo o raciocínio do Tribunal na aplicação da Carta, a *mens rea* necessária para a conspiração em lançar uma guerra de agressão seria a intenção do réu em participar efetivamente de um plano comum para planejar, preparar, iniciar ou deflagrar uma guerra de agressão, sendo este o *actus reus* do crime em questão. No entanto, também é necessário que o indivíduo tenha uma posição ou condição de autoridade que permita a sua participação naquele plano comum.

³⁰² DINSTEIN, op. cit., p. 128.

³⁰³ Julgamento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, p. 186

³⁰⁴ WRIGHT, Quincy, “The Law of the Nuremberg Trial”, *American Journal of International Law*, vol. 41, n. 1, 1947, pp. 66-67.

Quanto aos crimes contra a paz cometidos pelos nazistas, o Tribunal fez um extenso exame dos fatos desde a chegada de Adolf Hitler ao poder, em 1933, e entendeu que havia provas suficientes de um plano geral de preparação e lançamento de uma guerra de agressão por *alguns* dos réus. A argumentação apresentada pelo Tribunal, além de servir de suficiente demonstração da responsabilidade da Alemanha pela guerra, também ajudou, na sua visão, a demonstrar criminalidade da conduta individual de pessoas que participaram do planejamento ou da preparação da guerra em si.

Com base nessa linha de raciocínio, e contrariando o desejo da promotoria chefiada por Robert Jackson, que queria ampliar a responsabilidade criminal para o maior número possível de réus, o Tribunal entendeu que o conceito de conspiração para cometer crimes contra a paz alcançaria apenas aqueles réus que estivessem mais diretamente envolvidos em atividades “não muito distantes do tempo de decisão e de ação”.³⁰⁵

Além disso, ao afirmar que réus como Hermann Göring, Joachim Von Ribbentrop e Rudolf Hess conspiraram para cometer guerras de agressão contra diversos Estados europeus, o Tribunal refere-se à culpa individual de cada réu ao afirmar que o conhecimento que eles tinham do plano de Hitler de lançar uma guerra de agressão e sua decisão de participar desse plano são necessários estabelecer sua conduta como criminosa.

“Hitler não poderia cometer uma guerra de agressão sozinho. Ele precisava da cooperação de estadistas, chefes militares, diplomatas e homens de negócios. Quando eles, conhecendo as intenções [de Hitler], ofereceram sua cooperação, tornaram-se parte do plano que ele havia iniciado. Eles não devem ser considerados inocentes porque Hitler fez uso deles, se eles sabiam o que estavam fazendo. O fato de terem sido designados para suas tarefas por um ditador não os afasta da responsabilidade por seus atos. A relação entre líder e seguidor não afasta a responsabilidade no presente caso da mesma forma que não afastaria a responsabilidade no contexto da criminalidade organizada doméstica.”³⁰⁶

O que pode ser avaliado é até que ponto a abordagem quanto aos crimes contra a paz é uma criação do Tribunal de Nuremberg ou apenas uma aplicação das normas previstas na Carta do Tribunal, por sua vez criada pelos Aliados tendo como

³⁰⁵ Julgamento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, p. 222.

³⁰⁶ Julgamento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, p. 223.

alvo específico a conduta de representantes e oficiais do III Reich. Ou seja, pode-se interpretar a argumentação do Tribunal de Nuremberg como uma demonstração de ativismo judicial na tentativa de punir os responsáveis pela guerra ainda que, formalmente, à época dos fatos não houvesse previsão expressa de seu caráter criminal no Direito Internacional, ou pode-se adotar a posição de autores como Schabas, que afirma que os juízes em Nuremberg foram “conservadores e fiéis às intenções daqueles que redigiram a Carta do Tribunal Militar Internacional”.³⁰⁷

Portanto, independentemente da posição que se adote, deve-se reconhecer que o crime de agressão nasce em Nuremberg, seja por aplicação direta dos termos da Carta do Tribunal, seja por um eventual ativismo judicial dos magistrados que o compunham. E, na visão do Tribunal de Nuremberg, os elementos que compõem o crime são o planejamento, a preparação, a iniciação ou a deflagração de uma guerra de agressão ou a participação em um plano comum ou uma conspiração para tal guerra (*actus reus*) e posição de autoridade e a intenção do agente em tomar parte nessa conduta (*mens rea*). Aqui estão lançadas, portanto, as bases do crime de agressão, desenvolvidas, também, pelo Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, o chamado Tribunal de Tóquio, e pelos tribunais militares estadunidenses sediados também em Nuremberg e criados a partir da Lei do Conselho de Controle nº 10.

O Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, sediado em Tóquio, iniciou seus trabalhos em 1947, tendo, na sua lista de acusados, 28 oficiais militares e líderes políticos japoneses, acusados de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e, por fim, crimes contra a paz. A Carta do Tribunal de Tóquio, adotada em 1946, reproduziu, com algumas pequenas diferenças, a Carta do Tribunal de Nuremberg, especialmente no que dizia respeito a sua competência material sobre os crimes contra a paz, previstos no artigo 5(a) da Carta:

“Planejamento, preparação, iniciação ou deflagração de uma guerra de agressão declarada ou não declarada, ou de uma guerra em violação ao direito internacional, tratados, acordos e garantias, ou a

³⁰⁷ SCHABAS, William, “Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, pp. 755-756; sobre o debate entre conservadorismo judicial e ativismo judicial, cf. BARNETT, Randy E. “Foreword: Judicial Conservatism v. A Principled Judicial Activism”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 10, n. 2, 1987, pp. 273-294.

participação em um plano comum ou conspiração para a realização de quaisquer desses atos.³⁰⁸

A primeira diferença perceptível é a menção a uma possível declaração guerra por parte do Estado agressor, o que, no entanto, não afetaria de maneira significativa o caráter do ilícito internacional do Estado e do crime do indivíduo. A maior diferença em relação do Tribunal de Tóquio em relação ao Tribunal de Nuremberg é que, neste, o estabelecimento do Tribunal se deu mediante negociações e conferências que contaram com a participação de representantes de todos os Aliados. Já em Tóquio, o Tribunal foi estabelecido unilateralmente pelo Supremo Comandante estadunidense dos Aliados no Pacífico, o General Douglas MacArthur.³⁰⁹

Além disso, a Carta do Tribunal de Tóquio foi elaborada não em comum acordo dos Aliados, mas foi redigida por oficiais militares estadunidenses com inspiração na Carta do Tribunal de Nuremberg. Logo, percebe-se que a legitimidade do Tribunal do Tóquio era ainda mais questionável que a do Tribunal de Nuremberg.³¹⁰ Mas as críticas não se limitam à legitimidade do Tribunal de Tóquio, pois elas também podem ser estendidas aos crimes contra a paz e à maneira como o Tribunal aplicou a doutrina da responsabilidade por conspiração para julgar os 28 réus japoneses.

Em primeiro lugar, todos os réus em Tóquio foram acusados de conspirar para lançar uma guerra de agressão ou de lançar eles próprios uma guerra de agressão. No entanto, diferentemente de vários réus em Nuremberg, como Göering, Hess e Von Ribbentrop, os réus japoneses não estavam necessariamente em posições de comando que permitiriam a formulação e a execução da política externa japonesa antes da guerra. Ou seja, eles não poderiam sequer ter manifestado vontade ou intenção de formular ou executar uma guerra de agressão por não fazerem parte do alto escalão político ou militar do Império Japonês. Na verdade, os réus teriam sido indicados mais como representantes das classes políticas e

³⁰⁸ Carta do Tribunal do Militar Internacional do Extremo Oriente, artigo 5(a), 1946.

³⁰⁹ BOISTER, Neil; CRYER, Robert. *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 28-33.

³¹⁰ KEMP, Gerhard. *Individual Criminal Liability for the Crime of Aggression*. Antuérpia: Intersentia, 2010, pp. 94-95.

militares diretamente responsáveis pela formulação e direção da agressão japonesa.³¹¹

A tese da promotoria era de que qualquer membro dessas classes poderia ser condenado com base no conceito de conspiração para cometer agressão. Essa conspiração, por sua vez, teria se iniciado já na década de 1920, quando o Japão pretendia usar seu poderio militar e político para se consolidar como a grande potência do Extremo Oriente.³¹² O Tribunal de Tóquio, em sua maioria, acabou concordando com a tese de uma única grande conspiração criminal da qual teriam feito parte os 28 réus, tendo, portanto, aceito a tese da promotoria.

Alguns juízes do Tribunal de Tóquio, todavia, apresentaram votos contrários, entre outros pontos, à maioria no que diz respeito à responsabilidade por conspiração adotada pelo Tribunal. Um exemplo é o voto do Juiz Bert Röling, da Holanda, que argumentou que a responsabilidade por conspiração deveria ser limitada apenas aos réus que, de fato, formularam a política governamental do Japão. Além disso, Röling afirmou que, de qualquer maneira, seria quase impossível definir o conceito de iniciação ou lançamento de uma guerra de agressão de forma precisa e compreensível. Logo, em seu voto dissidente ele se posicionou pela absolvição de diversos réus, especialmente o Barão Koki Hirota, Ministro das Relações Exteriores e depois Primeiro-Ministro do Japão, o único civil dentre os 28 réus.³¹³

No entanto, entre os votos dissidentes, o mais crítico e contundente não só à decisão da maioria do Tribunal mas também à sua própria legitimidade foi o produzido pelo Juiz Radhabinod Pal, da Índia, que contestando a Carta e o Tribunal como sendo claros exemplos de uma “justiça de vencedores”, votou pela absolvição de todos os réus, em um documento de 1225 páginas. No que tange à questão da conspiração para cometer uma guerra de agressão, o Juiz Pal, afirmou que caracterizar a política externa de uma nação como uma conspiração criminal era extremamente simplista, ainda mais quando tal caracterização seria a base da responsabilidade penal individual dos réus. Em momento algum o Juiz Pal negou a

³¹¹ BOYSTER; CRYER, op. cit., pp. 50-54.

³¹² KEMP, op. cit., p. 96-97.

³¹³ Voto Dissidente do Juiz B. V. A. Röling, reproduzido em BOISTER Neil; CRYER, Robert (eds.) *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 679-807.

ocorrência, por exemplo, de crimes de guerra por parte das forças japonesas, como o massacre de Nanking, em 1937, durante a segunda guerra Sino-Nipônica. A crítica dele era dirigida à ilegitimidade de um tribunal criado para julgar as atrocidades cometidas apenas por um dos lados do conflito, ignorando, por exemplo, as duas bombas atômicas lançadas pelos EUA em Hiroshima e Nagasaki.³¹⁴

Em segundo lugar, talvez uma das maiores polêmicas do Tribunal de Tóquio tenha sido a decisão do General MacArthur em não acusar o Imperador Hirohito de nenhum crime cometido no âmbito da Segunda Guerra Mundial, muito menos de ser o principal responsável pela política externa agressiva do Japão que foi a própria base da acusação dos crimes contra a paz. A ausência de Hirohito da lista dos acusados foi duramente criticada, mas, segundo autores como Antonopoulos e o próprio Juiz Röling, a decisão foi puramente política, pois, em primeiro lugar, o Japão havia prometido sua rendição incondicional aos Aliados se seu Imperador fosse poupado.³¹⁵

E, em segundo lugar, o General MacArthur temia que a responsabilização penal do chefe de Estado japonês dificultaria a consolidação da presença dos EUA no Extremo Oriente, região de posição estratégica para os estadunidenses, especialmente tendo em vista que tratava-se dos primeiros anos da Guerra Fria.³¹⁶ Aqui, cabe fazer a distinção com os réus em Nuremberg, pois, uma vez que Adolf Hitler e Heinrich Himmler haviam cometido suicídio, o mais alto membro remanescente do III Reich, Herman Göering, foi preso, julgado e condenado por crimes contra a paz. Não houve uma decisão política de não submetê-lo a julgamento, pois ele mesmo foi um dos principais responsáveis pela política nazista de lançar guerras de agressão na Europa.³¹⁷

Logo, percebe-se uma falta ainda maior de legitimidade por parte do Tribunal de Tóquio, o que seria, segundo Kemp, o maior motivo para o seu legado na evolução do Direito Internacional Penal não ser tão reconhecido como foi o do

³¹⁴ Voto Dissidente do Juiz Radhabinod Pal, reproduzido em BOISTER; CRYER, *Documents*, pp. 809-1419.

³¹⁵ ANTONOPOULOS, Constantine, "Whatever Happened to Crimes Against Peace?", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 6, n. 1, 2001, p. 57.

³¹⁶ RÖLING, B. V. A.; CASSESE, Antonio. *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemaker*. Cambridge: Polity Press, 1994, pp. 39-42; ZINN, Howard. *A People's History of the United States*. Nova Iorque: Harper Collins, 1980, pp. 398-434.

³¹⁷ POLTORAK, A. I., "The Nuremberg Trials and the Question of Responsibility for Aggression", in METTRAUX, op. cit., pp. 445-454.

Tribunal de Nuremberg.³¹⁸ No entanto, em comparação com o julgamento de Nuremberg no que diz respeito à tese de responsabilidade por participação em uma conspiração ou plano comum, a decisão do Tribunal de Tóquio não contribuiu para sua elucidação e aperfeiçoamento.

Pelo contrário, pois ao considerar como culpadas diversas pessoas sem condições de efetivamente planejar ou executar uma guerra de agressão, o Tribunal de Tóquio estendeu indevidamente o escopo de participação e aplicou de forma incorreta a *mens rea* para os crimes contra a paz conforme desenvolvida pelo Tribunal de Nuremberg.³¹⁹ Nesse sentido, no tocante aos crimes contra a paz, a contribuição Tribunal de Nuremberg foi maior para a consolidação futura do *actus reus* e da *mens rea* do crime de agressão, pelo menos em comparação com o Tribunal de Tóquio. Mas esses dois Tribunais não foram os dois únicos exemplos de tentativas de responsabilização penal internacional de indivíduos por crimes contra a paz.

Terminada a Segunda Guerra Mundial, o governo nazista oficialmente saiu do poder e os Aliados estabeleceram uma divisão administrativa da Alemanha ocupada em zonas que estariam sob a administração do Conselho de Controle dos Aliados, que era composto pelos Comandantes-em-Chefe dos quatro Aliados, sendo sediado em Berlim. Uma vez que os principais criminosos de guerra já haviam sido julgados em Nuremberg, o Conselho de Controle adotou a Lei nº 10 sobre a Punição de Pessoas Culpadas de Crimes de Guerra, Crimes Contra a Humanidade e Crimes Contra a Paz em 1945, tendo sido publicada em 31 de janeiro de 1946. A intenção do Conselho de Controle era, por um lado, oferecer uma base jurídica sólida para o julgamento subsequente de diversos outros crimes não analisados pelo Tribunal de Nuremberg e, por outro, conquistar uma certa uniformidade jurídica na Alemanha ocupada no que diz respeito ao julgamento de tais crimes.³²⁰

³¹⁸ KEMP, op. cit., p. 98; Boyster e Cryer tentam, por outro lado, recuperar a imagem do Tribunal de Tóquio, apontando como legado positivo ao Direito Internacional Penal a consolidação das doutrinas de *command responsibility* e, acima de tudo, da responsabilidade penal internacional do indivíduo, mesmo reconhecendo sua falhas em termos de legitimidade, vistas pelos autores como de responsabilidade exclusiva dos Aliados, especialmente dos EUA, cf. BOYSTER; CRYER, op. cit., pp. 301-328.

³¹⁹ RÖLING, B. V. A., "The Nuremberg and Tokyo Trials in Retrospect", in METTRAUX, op. cit., pp. 455-472.

³²⁰ KEMP, op. cit., p. 99.

Para não causar confusão com o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, um tribunal propriamente dito internacional, formado por tratado entre quatro Estados e com juízes desses quatro Estado, os EUA criaram o que a doutrina chama de Tribunal Militar de Nuremberg para julgar criminosos alemães, que funcionou de 1946 a 1949.³²¹ Ao todo, 12 julgamentos foram conduzidos na zona de ocupação dos EUA, alguns dos quais foram extremamente importantes no desenvolvimento de uma jurisprudência sólida e consistente, necessárias para um Direito Internacional Penal então em sua infância. No que diz respeito aos crimes contra a paz, ainda que fosse diretamente inspirada na Carta do Tribunal de Nuremberg, a Lei nº 10 estabelecia algumas pequenas diferenças na sua definição dos crimes:

“Iniciação de invasões a outros países e de guerras de agressão em violação Direito Internacional e a tratados, incluindo, mas não limitado, a planejamento, preparação, iniciação ou lançamento de uma guerra de agressão, ou de uma guerra em violação a tratados internacionais, acordos ou garantias, ou a participação em um plano comum ou conspiração para a realização de quaisquer desses atos.”³²²

Aqui, algumas diferenças são perceptíveis e, portanto, merecem dois comentários individuais. Em primeiro lugar, o artigo parece descrever três condutas criminosas: a iniciação de invasões, a iniciação de guerras de agressão ou de guerras em violação ao Direito Internacional, e a participação em um plano comum ou conspiração para a realização de qualquer ato constitutivo de uma guerra de agressão. E, em segundo lugar, a expressão “incluindo, mas não limitado” expande o rol de condutas possíveis para que se possa falar em uma guerra de agressão, deixando a cargo dos tribunais, portanto, a determinação de se determinada conduta pode ou não ser considerada como constitutiva de uma guerra de agressão, gerando, dessa forma, responsabilidade penal internacional para o indivíduo por ela responsável.

Tais diferenças trouxeram mudanças significativas em relação à jurisprudência estabelecida pelo Tribunal de Nuremberg em quatro julgamentos subsequentes, nos casos Farben, Krupp, do Alto Comando e dos Ministros. No caso

³²¹ HELLER, Kevin Jon, “Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression”, *European Journal of International Law*, vol. 18, n. 3, pp. 477-480.

³²² Artigo II do Lei n. 10 do Conselho de Controle dos Aliados, 1945, reproduzido em BARRIGA, Stefan; KRESS, Klaus (eds.) *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 132-133.

dos Ministros, por exemplo, em que figuravam entre os réus ex-ministros de Estado, diplomatas e secretários administrativos do governo nazista, o Tribunal reconheceu expressamente a conquista da Áustria, pela *Anschluss*, como sendo uma “invasão a outro país”, ainda que, tecnicamente, a força militar não tenha sido empregada por parte da Alemanha.³²³ Isso porque a anexação por meio de uma campanha política intensa que culminou em um golpe de Estado que trouxe o Partido Nazista ao poder em 11 de março de 1938 já havia sido reconhecida, ainda que não expressamente, pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg como sendo fruto da conduta criminosa da Alemanha nazista.³²⁴

Nesse mesmo caso dos Ministros também deve ser destacada uma tese apresentada pela Tribunal Militar de Nuremberg para justificar a responsabilização penal de Paul Koerner, Secretário de Estado, assessor de Göering e plenipotenciário do Plano Quadrienal. Segundo aponta Heller, Koerner foi condenado por planejar e preparar guerras de agressão porque ele conscientemente usou sua condição para “moldar e influenciar” a política nazista de iniciar as invasões da Tchecoslováquia, da Polônia e da URSS. Além disso, quanto a Ernst von Weizsäcker, Secretário de Estado no Ministério de Relações Exteriores alemão, o Tribunal Militar de Nuremberg afirmou que, mesmo não tendo originado a invasão da Bohemia e da Moravia, e mesmo sua posição não sendo uma de controle, ele efetivamente implementou um programa que visava à invasão desses territórios.³²⁵

Em um primeiro momento o raciocínio adotado no caso dos Ministros parece diferente do adotado pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Contudo, a tese de Heller é de que nenhum dos tribunais criados ao fim da Segunda Guerra Mundial adotou, efetivamente, o critério de liderança ou autoridade para considerar alguém responsável por crimes contra a paz, sendo que, ao contrário, foram

³²³ RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 124-128; uma cópia digitalizada de um relatório elaborado pelo Institute of Jewish Affairs sobre o caso dos Ministros, com os dados fundamentais sobre os acusados e o resumo do julgamento está disponível em http://www.trumanlibrary.org/whistlestop/study_collections/nuremberg/documents/index.php?documentdate=1949-00-00&documentid=C194-3-5&studycollectionid=&pagenumber=1 (Acesso em 17/03/2012)

³²⁴ Julgamento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, p. 194; BUSH, Jonathan A., “The Supreme ... Crime’ and its origins: the lost legislative history of the crime of aggressive war”, *Columbia Law Review*, vol. 102, 2002, pp. 2364 e 2386;

³²⁵ HELLER, *Retreat From Nuremberg*, pp. 487-488.

favoráveis à utilização de um critério de “moldar ou influenciar”, e não o de “controlar ou dirigir” a ação política ou militar de um Estado.³²⁶

Aliás, é necessário lembrar que empresários e nomes da indústria bélica também foram acusados de crimes contra a paz, como Farben e Krupp, ao passo que outros, como Friedrich Flick, foram acusados predominantemente de crimes contra a humanidade e crimes de guerra, como a utilização de trabalho escravo e forçado em suas indústrias.³²⁷ E, no caso dos dois primeiros réus, ambos acusados de crimes contra a paz, mais importante que a sua efetiva posição de comando ou sua autoridade, o Tribunal Militar de Nuremberg levou mais em consideração o poder de fato dos indivíduos e suas personalidade para determinar sua responsabilidade ou não por crimes contra a paz.³²⁸

Dessa forma, percebe-se uma tentativa de refinamento nos critérios de determinação da *mens rea* dos indivíduos acusados de agressão, e isso foi uma das principais contribuições dos julgamentos subsequentes feitos pelo Tribunal Militar de Nuremberg, servindo de base indiscutível para o desenvolvimento do Direito Internacional Penal.³²⁹ Nesse sentido, já em 1946, a Assembleia Geral da ONU afirmou e reconheceu os princípios de Direito Internacional reconhecidos pela Carta e pelo julgamento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

E, em 1947, instruiu a CDI a formular tais princípios, o que a Comissão fez em 1950, reproduzindo a definição de crimes contra a paz da Carta do Tribunal de Nuremberg. No entanto, a Comissão procurou distinguir as duas condutas criminosas que se encaixariam na categoria de crimes contra a paz de forma clara: (i) o planejamento, a preparação, a iniciação ou o lançamento de uma guerra de agressão ou de uma guerra em violação a tratados, acordos ou garantias internacionais e (ii) a participação em plano comum ou uma conspiração para a realização de qualquer um dos atos previstos no item (i).³³⁰

³²⁶ Idem, ibidem, pp. 496-497.

³²⁷ SCHMITT, Carl. *El crimen de guerra de aggression en el Derecho internacional y el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”*. Bueno Aires: Hammurabi, 2006, pp. 185-211.

³²⁸ HELLER, *Retreat From Nuremberg*, pp. 483-485.

³²⁹ Para um exame detalhado dos 12 julgamentos de 1946 a 1949, especialmente quanto aos crimes contra a paz, cf. HELLER, Kevin Jon. *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 179-202.

³³⁰ Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, para. 97.

É, portanto, com base nessa jurisprudência desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial e nos princípios confirmados pela CDI que a ideia de responsabilização penal internacional de indivíduos por crimes contra a paz, depois rebatizados de crimes de agressão, nasce e se desenvolve. No entanto, novas tentativas de responsabilização foram deixadas de lado por mais de quarenta anos, sendo realmente retomadas apenas quando da tentativa de criação de um tribunal penal internacional permanente para julgar crimes internacionais, na década de 1990.

Isso porque durante a Guerra Fria, se, por um lado, houve avanços significativos quanto à definição do ato de agressão de responsabilidade do Estado no Direito Internacional, como a adoção da Resolução 3314 da Assembleia Geral da ONU em 1974, por outro, a questão da responsabilidade penal internacional do crime de agressão esteve limitada a projetos de tratados e convenções que não entraram em vigor. Entre esses projetos, merece menção o Projeto de Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade, de 1954, encomendado pela Assembleia Geral da ONU à Comissão de Direito Internacional ainda em 1947, cujo relatório final foi suspenso por mais de vinte anos até que uma definição de agressão fosse adotada.³³¹

Uma vez aprovada a Resolução 3314 em 1974, a Comissão de Direito Internacional da ONU concluiu seus trabalhos quanto ao projeto em 1996, adotando o novo Projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade.³³² O artigo 16 desse projeto definia assim o crime de agressão:

“Um indivíduo que, como líder ou organizador, participar ativamente ou ordenar o planejamento, a preparação, a iniciação ou o lançamento de uma agressão cometida por um Estado será responsável por um crime de agressão.”³³³

Como se observa, e como os próprios comentários ao artigo 16 confirmam, a definição adotada em 1996 remete às contribuições dos tribunais do pós-Segunda Guerra Mundial, mas tem a vantagem de esclarecer e delimitar os elementos do *actus reus* e do *mens rea* do crime de agressão, bem como diferencia o ato do Estado do crime do indivíduo, demonstrando-se, portanto, um avanço conceitual no

³³¹ Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1954, vol. II.

³³² DINSTEIN, op. cit., pp. 129-130.

³³³ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part Two, pp. 42-43.

que diz respeito ao crime de agressão. No entanto, esse avanço conceitual não foi acompanhado de um avanço institucional, pois de nada adiantaria uma definição do crime de agressão sem um tribunal penal internacional com jurisdição material sobre tal crime.

No início da década de 1990, dois tribunais penais internacionais *ad hoc* foram criados por resoluções do Conselho de Segurança da ONU para o julgamento de crimes cometidos no contexto de conflitos armados de caráter internacional e não-internacional, mas nenhum deles tinha jurisdição sobre crimes contra a paz ou o crime de agressão. O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, criado pela resolução 827 de 1993, tinha, de acordo com o seu Estatuto, jurisdição sobre graves violações às Convenções de Genebra de 1949, violações de leis e costumes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade.³³⁴

Por sua vez, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, criado pela resolução 955 de 1994, possuía, segundo seu Estatuto, jurisdição sobre genocídio, crimes contra a humanidade, violações do Artigo 3 comum às Convenções de Genebra e do Protocolo Adicional II de 1977 às Convenções.³³⁵ Nem mesmo os chamados tribunais híbridos, cuja composição e jurisdição possui elementos nacionais e internacionais, como os criados em Sierra Leone e no Camboja, tem o crime de agressão entre as condutas dentro de sua competência material.³³⁶

Era necessário, portanto, dotar um tribunal de competência material para julgar o crime de agressão, assim como os demais crimes internacionais. Além disso, para evitar as críticas já feitas aos tribunais militares do pós-Segunda Guerra Mundial e aos tribunais penais internacionais *ad hoc*, esse novo tribunal deveria ser dotado de um tratado ou estatuto reconhecido pelo maior número possível de membros da comunidade internacional, deveria ser um órgão de funcionamento permanente e, acima de tudo, deveria ter sua jurisdição apenas sobre crimes cometidos depois da sua criação, o que evitaria, em tese, contestações da legitimidade do tribunal segundo o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

³³⁴ Conselho de Segurança da ONU, Resolução 827, 25 de maio de 1993, S/RES/827 (1993). O Estatuto do Tribunal está disponível em <http://www.icty.org/sid/135> (Acesso em 18/03/2012)/

³³⁵ Conselho de Segurança da ONU, Resolução 955, 8 de novembro de 1994, S/RES/955 (1994). O Estatuto do Tribunal está disponível em <http://www.unictt.org/Legal/StatuteoftheTribunal/tabid/94/Default.aspx> (Acesso em 18/03/2012).

³³⁶ Para um exame detalhado da criação e da jurisdição desses tribunais, cf. SCHABAS, William. *The UN International Criminal Tribunals: Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 3-46.

Isso só começou a se tornar possível com a adoção do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, em 17 de julho de 1998. Mas a inclusão definitiva do crime de agressão na competência material do TPI teria ainda de esperar mais tempo para se concretizar.

2. O crime de agressão no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998 e na Conferência de Revisão de Campala de 2010.

O plano de criar um tribunal penal internacional permanente vinha desde a criação dos tribunais militares do pós-Segunda Guerra Mundial, com a criação da ONU e da Comissão de Direito Internacional, encarregada de diversos projetos de tratados e convenções internacionais, como os já analisados Projetos de Códigos de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade, de 1954, e de Crime contra a Paz e a Humanidade, de 1996. Mas, além desses, um projeto de suma importância da Comissão de Direito Internacional foi aquele finalizado em 1994, o Projeto de Estatuto para um Tribunal Penal Internacional, cuja redação esteve a cargo de um grupo de trabalho chefiado pelo então Relator Especial James Crawford. O próprio Crawford reconhece que o projeto de 1994 não era nada mais que um ponto de partida, em relação o produto final da Conferência de Roma de 1998 teria várias diferenças. Mas, como Crawford afirma, o projeto de 1994 pode ser considerado um “avô” do Estatuto de 1998, que teve em seu “neto” uma versão mais robusta e ambiciosa de seu “progenitor”.³³⁷

Especificamente no que diz respeito ao crime de agressão, o projeto de 1994 não apresentava uma definição do crime, uma vez que ela constaria do projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade de 1996, já analisado. Mas, uma vez que não havia em nenhum desses dois projetos uma definição do ato de agressão ou mesmo uma mera referência à resolução 3314, era necessário suprir essa lacuna, relacionando o crime do indivíduo ao ato do Estado, este uma condição essencial para a ocorrência daquele. No entanto, ainda que não constasse do projeto de 1994 uma definição material do crime de agressão, um

³³⁷ CRAWFORD, James, “The drafting of the Rome Statute”, in SANDS, *From Nuremberg to the Hague*, pp. 110-111.

elemento central no que diz respeito à jurisdição do tribunal proposto sobre o crime de agressão foi incluída no artigo 23, parágrafo 3 do projeto:

Nenhum procedimento pode ser iniciado, de acordo com os termos do presente Estatuto, em relação a uma situação que esteja sendo tratada pelo Conselho de Segurança como uma ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão de acordo com o Capítulo VII da Carta, a não ser que o Conselho de Segurança decida de outra forma.³³⁸

Aqui, percebe-se um obstáculo que os tribunais militares do pós-Segunda Guerra Mundial, não tiveram, pois sua jurisdição sobre crimes contra a paz era reconhecida de forma expressa e incondicional em suas cartas ou estatutos, não havendo órgão ou instituição com a prerrogativa de determinar a ocorrência ou não de atos de agressão que, por sua vez, poderiam gerar a responsabilidade penal internacional dos indivíduos autores do ato de agressão. Com o advento da ONU, o Conselho de Segurança passaria a ser o único órgão habilitado a declarar ou não a ocorrência de atos de agressão, de acordo com o artigo 39 da Carta.³³⁹

Portanto, em razão da reformulação do sistema de segurança coletiva trazida pela Carta da ONU e pela criação do Conselho de Segurança, a jurisdição de qualquer tribunal penal internacional sobre o crime de agressão ficaria submetida a uma ação ou decisão do Conselho de Segurança. Evidencia-se, nesse sentido, um enfraquecimento institucional da justiça penal internacional frente à vontade política dos membros do Conselho, especialmente os cinco membros permanentes. A situação pode ser mais claramente demonstrada quando se observa as ocasiões em que o Conselho de Segurança reconheceu a ocorrência de atos de agressão. Segundo Christine Gray, há apenas três casos em que o Conselho de Segurança, extremamente relutante, reconheceu a ocorrência de atos de agressão praticados por Israel, Rodésia do Sul, hoje, Zimbábue, e África do Sul.³⁴⁰

Na primeira das situações citadas, o Conselho condenou Israel pelo bombardeio da sede da Organização para a Libertação da Palestina (OLP) em

³³⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Draft Statute for an International Criminal Court, *Yearbook of the International Law Commission, 1994*, vol. II (Part Two), p. 11.

³³⁹ KAMTO, op. cit., pp. 165-173; o próprio autor discute a possibilidade da Assembleia Geral da ONU poder, na esteira da resolução "Uniting for Peace", de 1950, declarar e, conseqüentemente, condenar a ocorrência de atos de agressão, mas reconhece que uma recomendação da Assembleia Geral só seria possível no caso de uma completa inação do Conselho de Segurança, de acordo com o disposto no artigo 12 da Carta, cf. KAMTO, op. cit., pp. 174-182.

³⁴⁰ GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 255-257.

Túnis, capital da Tunísia, que causou a morte de mais de 60 pessoas em 1º de outubro de 1985. A resolução aprovada pelo Conselho condenou os atos de agressão armada de Israel a até mesmo reconheceu à Tunísia direito a reparações pelos danos causados,³⁴¹ mas, segundo Page Wilson, falhou ao não fazer referência expressa ao artigo 39 da Carta da ONU, o que caracterizaria de maneira formal e indiscutível a ocorrência de um ato de agressão por parte de Israel.³⁴² No entanto, a ausência de uma menção expressa ao artigo 39 não afastaria o reconhecimento pelo Conselho da ocorrência de uma agressão contra a Tunísia, tendo procedido da mesma forma quando da adoção de uma resolução condenando uma nova agressão de Israel contra o Estado árabe do norte da África, dessa vez em razão do assassinato de Khalil al-Wazir, líder militar da OLP, em 16 de abril de 1988, em sua casa, em Túnis.³⁴³

Em relação à segunda resolução, contudo, é necessário notar que, embora o Conselho tenha lembrado a sua condenação de Israel pelo ataque de 1985, em momento algum o Conselho expressamente reconheceu ou determinou a autoria do ataque como sendo de Israel. Além disso, é no mínimo discutível considerar como um ato de agressão internacional o homicídio de um líder político-militar da OLP. Curiosamente, à época do ataque, os EUA, que se abstiveram na votação da resolução, condenaram a morte de Khalil al-Wazir como “um ato de assassinato político”, classificação não reconhecida pelo Direito Internacional, mas que poderia ser enquadrada como eventual violação do Direito Internacional Humanitário, se cometido no âmbito de um conflito armado, ou do Direito Internacional dos Direitos Humanos, se cometido em tempos de paz.³⁴⁴ Nesse sentido, seria tecnicamente difícil enquadrar essa conduta como um ato de agressão, ainda mais quando a própria resolução do Conselho não reconhece sequer o Estado autor da suposta agressão.

³⁴¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 473, 4 de outubro de 1985, S/RES/473 (1985).

³⁴² WILSON, op. cit., p. 102.

³⁴³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 611, 25 de abril de 1988, S/RES/611 (1988).

³⁴⁴ Essa discussão também toca na prática dos “targeted killings” pelos dos EUA como parte de sua estratégia na “guerra contra o terror”, como no caso de Anwar al-Awlaki, cidadão iemenita e estadunidense e membro da Al-Qaeda, morto por um ataque de uma aeronave não-tripulada em 30 de setembro de 2011. Para uma discussão das normas regendo o uso de força letal contra al-Awlaki, cf. CHESNEY, Robert. “Who May Be Killed? Anwar al-Awlaki as a Case Study in the International Legal Regulation of Lethal Force”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 13, 2010, pp. 3-60.

No caso da Rodésia do Sul, nunca formalmente reconhecida como um Estado soberano pela ONU, em pelo menos três ocasiões o Conselho de Segurança adotou resoluções condenando atos de agressão cometidos contra Moçambique, em 1976³⁴⁵ e 1977³⁴⁶, e Zâmbia, em 1979.³⁴⁷ Nessas duas situações envolvendo o uso da força armada por ocasião da Guerra Civil da Rodésia, que afetou toda a região sul do continente africano,³⁴⁸ o Conselho de Segurança condenou a ação do “regime ilegal de minoria branca” da Rodésia do Sul em termos claros e indiscutíveis, reconhecendo ainda que sua conduta no continente africano caracterizava-se como uma ameaça à paz e à segurança internacionais.

Por ser um regime segregacionista já condenado por boa parte da comunidade internacional, inclusive não sendo reconhecido sequer pelo Reino Unido, e por já ter sido condenado pelo Conselho de Segurança desde a década de 1960, com a imposição de diversas sanções econômicas, o caso da Rodésia do Sul e de seus sucessivos atos de agressão contra Estados vizinhos, merece destaque, ainda que, mais uma vez, um reconhecimento formal da ocorrência de atos de agressão não tenha sido levado a cabo pelo Conselho de Segurança.

Por fim, deve-se citar o caso da África do Sul durante as últimas décadas do regime do *apartheid*, em que foi alvo de diversas resoluções do Conselho de Segurança que condenavam atos de agressão praticados contra Estados vizinhos. Entre tais atos, merecem destaque os ataques praticados contra Angola, após a sua independência de Portugal, em 1975. Em relação a atos de agressão praticado pela África do Sul contra Angola, o Conselho de Segurança aprovou uma série de resoluções condenando os repetidos atos de agressão da África do Sul e exigindo que esse Estado respeitasse a soberania e a integridade territorial de Angola.³⁴⁹ Já na situação envolvendo Zâmbia, o Conselho de Segurança manifestou grande preocupação com o apoio dado pela África do Sul à Rodésia do Sul em seus

³⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 386, 17 de março de 1976, S/RES/386 (1976).

³⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Conselho de Segurança da ONU, Resolução 411, 30 de junho de 1977, S/RES/411 (1977).

³⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 455, 23 de novembro de 1979, S/RES/455 (1979).

³⁴⁸ A guerra civil da Rodésia se estendeu de julho de 1964 a dezembro de 1979, e foi travada entre o governo de minoria branca de Ian Smith, o Exército de Libertação Nacional Africano do Zimbábue, sob o comando de Robert Mugabe, e o Exército Revolucionário Popular do Zimbábue, comandado por Joshua Nkomo.

³⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 577, 6 de dezembro de 1985, S/RES/577 (1985).

repetidos atos de agressão, evidenciando-se, aqui, não a agressão direta da África do Sul, mas seu auxílio ou cumplicidade com atos de agressão praticados por outra parte contra Zâmbia.³⁵⁰

O exame desse número limitado de situações em que o Conselho de Segurança reconheceu a ocorrência de atos de agressão e condenou-os veementemente demonstra que, ao menos durante o período da Guerra Fria, depender de uma ação desse órgão da ONU era uma dificuldade adicional.³⁵¹ A esperança de que o Conselho de Segurança seria efetivo no reconhecimento e condenação de atos de agressão com o fim do conflito bipolar acabou não se concretizando, pois, segundo Wilson, quase todas as situações sujeitas a uma determinação do Conselho de Segurança de 1991 até, pelo menos, 1998, não foram classificadas como atos de agressão.³⁵² No caso, por exemplo, da situação na Bósnia-Herzegovina, o Conselho de Segurança reconheceu-a apenas como se tratando de “uma ameaça à paz e à segurança internacionais”.³⁵³

Logo, exigir uma ação ou decisão do Conselho de Segurança para que algum tribunal penal internacional exercesse jurisdição sobre o crime de agressão seria um problema de natureza político-jurídica indiscutível, mas isso não impediu a inclusão de um artigo nesse sentido no Projeto de Estatuto de 1994. O debate, portanto, sobre a jurisdição do futuro tribunal penal internacional sobre o crime de agressão não passaria apenas pela sua definição, mas principalmente pela autorização do Conselho de Segurança como condição prévia para o exercício dessa jurisdição. E foi o projeto de Estatuto de 1994 que serviu de base para as negociações ocorridas durante a Conferência de Roma, de 15 de junho a 17 de julho de 1998.

Na Conferência de Roma, foram identificadas pelo menos duas grandes questões em relação ao crime de agressão: (i) se a definição do crime deveria seguir o disposto na Carta do Tribunal de Nuremberg ou se deveria ser baseada na resolução 3314 da Assembleia Geral da ONU; e (ii) qual deveria ser o papel do Conselho de Segurança da ONU quanto ao crime de agressão. Quanto à primeira questão, havia um grupo de Estados que era até mesmo contrário à inclusão de

³⁵⁰ Conselho de Segurança da ONU, Resolução 455, 23 de novembro de 1979, S/RES/455 (1979).

³⁵¹ WEISBORD, op. cit., pp. 169-170.

³⁵² WILSON, op. cit., pp. 102-103.

³⁵³ Conselho de Segurança da ONU, Resolução 1088, 12 de dezembro de 1996, S/RES/1088 (1996).

qualquer referência ao crime de agressão no Estatuto, uma vez que parecia não haver acordo entre as partes negociantes sobre qual seria o conceito do crime. Já quanto à segunda questão, entre os Estados presentes à Conferência havia dois grupos claramente distinguíveis. Um grupo era favorável à necessidade do Conselho de Segurança determinar previamente a ocorrência de um ato de agressão, grupo esse formado por diversos Estados ocidentais e, acima de tudo, pelos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança. E outro grupo formado primordialmente por Estados em desenvolvimento, que se opunham à ideia de autorização prévia do Conselho de Segurança.³⁵⁴

A solução encontrada ao final da Conferência de Roma, para evitar o texto final do Estatuto não tivesse menção alguma à agressão, ainda que não houvesse acordo entre as partes sobre sua definição ou sobre as condições para exercício de jurisdição do tribunal, foi a inclusão de um parágrafo adicional ao artigo 5º do Estatuto, que elenca os crimes, nos seguintes termos:

O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.³⁵⁵

Por um lado, as partes conseguiram postergar a decisão sobre o crime de agressão para uma alteração a ocorrer no âmbito de uma conferência de revisão do Estatuto, nos termos dos artigos 121 e 123, a ser convocada a partir do sétimo ano da entrada em vigor do Estatuto. Por outro lado, ao incluir a segunda frase qualquer disposição sobre o crime estaria obrigado a levar em consideração o que a Carta da ONU dispõe sobre a agressão, ou seja, que sua determinação cabe ao Conselho de Segurança da ONU. É com base nesse artigo que as negociações posteriores para a inclusão definitiva do crime de agressão no Estatuto de Roma seriam conduzidas.

Após a conclusão da Conferência de Roma e a adoção do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, as negociações para a definição do crime de agressão foram divididas em duas fases, cada uma conduzida por dois órgãos: de fevereiro de 1999 a julho de 2002, a Comissão Preparatória foi incumbida pela Assembleia dos

³⁵⁴ BARRIGA, Stefan. "Negotiating the amendments on the crime of aggression", in BARRIGA, Stefan; KRESS, Claus (ed.) *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 5-7.

³⁵⁵ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, artigo 5(2), 17 de julho de 1998.

Estados-Parte do Tribunal Penal Internacional de elaborar propostas de definição do crime e das condições para o exercício de jurisdição do Tribunal, a serem submetidas a uma conferência de revisão do Estatuto para eventual aprovação; e, de setembro de 2003 a fevereiro de 2009, o Grupo de Trabalho Especial sobre o Crime de Agressão, criado para continuar o trabalho da Comissão Preparatória, que não conseguiu cumprir devidamente seu mandato e elaborar as propostas efetivas sobre o crime de agressão.

Ainda que na primeira fase a Comissão Preparatória não tenha apresentado propostas efetivas sobre o crime até julho de 2002, quando o Estatuto de Roma entrou em vigor, seus trabalhos lançaram as bases para discussões posteriores e estabeleceram alguns elementos centrais para o crime de agressão. Segundo Stefan Barriga, entre esses elementos devem ser mencionados a referência expressa aos termos da resolução 3314 de 1974, a necessidade de um ato de agressão ser uma “violação manifesta” da Carta da ONU e a ideia de que a agressão seria “leadership crime”, ou seja, só poderia ser cometido por pessoas em uma condição de liderança no âmbito de um Estado responsável pelo ato de agressão.³⁵⁶ É necessário fazer comentários específicos sobre os dois últimos elementos.

Ambos os elementos são referidos na proposta apresentada pela coordenadora da Comissão Preparatória, Silvia Fernández de Gurmendi, da Argentina, em seu relatório de julho de 2002. Na proposta de definição do crime de agressão, a coordenadora procurou reunir todas as contribuições feitas pelas delegações presentes, ainda que não houvesse consenso quanto a pontos centrais da proposta, como a questão das condições para exercício de jurisdição. No entanto, o parágrafo 1 da proposta foi reconhecido pelas diversas delegações como sendo um retrato dos debates e discussões realizados no âmbito da Comissão preparatória:

“Para os propósitos do presente Estatuto, uma pessoa comete um ‘crime de agressão’ quando, estando efetivamente em uma posição para exercer controle sobre ou dirigir a ação política ou militar de um Estado, tal pessoa intencionalmente e com conhecimento da situação ordena ou participa efetivamente no planejamento, preparação, iniciação ou execução de um ato de agressão, que,

³⁵⁶ BARRIGA, “Negotiating the amendments on the crime of aggression”, BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, p. 13.

por seu caráter, gravidade e escala, constitui uma violação flagrante da Carta das Nações Unidas”.³⁵⁷

Tal definição, ainda que inspirada claramente na Carta do Tribunal de Nuremberg, inova ao limitar o crime apenas para indivíduos em posição de controle ou comando sobre o aparato político-militar do Estado e que intencionalmente levam o ato de agressão a cabo,³⁵⁸ e ao estabelecer que, para dar origem ao crime de agressão, o ato do Estado deve ser de tal natureza e dimensão que seja uma violação flagrante ou manifesta da Carta da ONU, especialmente da proibição do uso da força armada pelos Estados.³⁵⁹ Com essas duas adições, portanto, foram estabelecidos o “leadership crime”, ou seja, a condição pessoal de liderança do indivíduo como requisito para que possa ser acusado do crime, e o que a doutrina chamou de “threshold clause”, que pode ser traduzida como cláusula de limite, ou limitação, por meio da qual apenas os exemplos mais graves de uso da força armada poderiam ser considerados como atos de agressão.

Tal proposta, ainda que do ponto de vista político limite e restrinja o conceito de crime de agressão, do ponto de vista jurídico é claramente uma avanço em relação às definições estabelecidas para os tribunais militares internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial, pois descreve os elementos do *actus reus* e da *mens rea* de forma adequada. No entanto, a proposta apresentada pela coordenadora não foi vista como efetiva e, portanto, apta para ser apresentada e votada em uma eventual conferência de revisão do Estatuto.

Isso se deve ao fato de não ter ocorrido acordo sobre a inclusão ou não do texto da resolução 3314 de 1974, com sua lista de possíveis atos de agressão, e, acima de tudo, à impossibilidade de um consenso sobre as condições para exercício de jurisdição do Tribunal sobre o crime de agressão. Os parágrafos 4 e 5 da proposta da coordenadora tinham uma série de opções e variantes que envolviam desde o Procurador do Tribunal e o Conselho de Segurança da ONU, até a Assembleia Geral da ONU e a Corte Internacional de Justiça.³⁶⁰ Isso se devia em razão da dificuldade em estabelecer que órgão poderia estabelecer as condições

³⁵⁷ Relatório da Coordenadora, julho de 2002, reproduzido em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, pp. 412-414.

³⁵⁸ CLARK, Roger S., “Rethinking Aggression as a Crime and Formulating its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 883-885.

³⁵⁹ DINSTEIN, op. cit., pp. 135-136.

³⁶⁰ CLARK, “Rethinking Aggression as a Crime and Formulating its Elements”, pp. 869-872.

para o Tribunal Penal Internacional exercer sua jurisdição sobre o crime de agressão.

Dessa forma, mesmo que tenham ocorrido avanços do ponto de vista da definição do crime, ainda havia diversos entraves para a sua inclusão no Estatuto de Roma quando foi finalizado o trabalho da Comissão Preparatória em julho de 2002, quando da entrada em vigor do Estatuto de Roma. Logo, era necessário continuar com os trabalhos sobre o crime de agressão, agora com um período de trabalho mais extenso, pois a primeira conferência de revisão do Estatuto, nos termos de seu artigo 123, só poderia ocorrer a partir de sete anos a contar de sua entrada em vigor, data que corresponderia a julho de 2009.

Tendo isso em mente, a Assembleia dos Estados-Parte do Estatuto de Roma criou o Grupo de Trabalho Especial sobre o Crime de Agressão, um órgão aberto tanto aos Estados que fossem parte do Estatuto quanto aos que não fossem.³⁶¹ Na prática, o caráter aberto desse Grupo de Trabalho Especial seria uma forma de reproduzir o ambiente da Conferência de Roma, de 1998, aberta a todos os Estados, mas com a vantagem do trabalho a ser realizado ter como base o que foi debatido na Comissão Preparatória de 1999 a 2002.

A primeira sessão do Grupo de Trabalho Especial ocorreu em setembro de 2003, por ocasião da segunda Assembleia Geral dos Estados-Parte. Contudo, devido à diversidade de temas a serem debatidos na Assembleia Geral dos Estados-Parte, pouco espaço era deixado para o crime de agressão. Em virtude disso, o presidente do Grupo de Trabalho Especial, o embaixador Christian Wenaweser, de Liechtenstein, sugeriu como saída alternativa a realização de reuniões informais entre as sessões anuais da Assembleia dos Estados-Parte, para que o trabalho sobre o crime de agressão continuasse em andamento mesmo longe da sede da ONU, local comum das sessões da Assembleia dos Estados-Parte. Desse modo, de 2004 a 2007, essas reuniões informais foram mantidas na Universidade de Princeton, nos EUA, sob os auspícios do Instituto de Liechtenstein sobre

³⁶¹ TRAHAN, Jennifer, "The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference", *International Criminal Law Review*, vol. 11, 2011, pp. 54-60;

Autodeterminação, instalado na Escola Woodrow Wilson de Relações Internacionais daquela universidade.³⁶²

Uma das primeiras providências tomadas pelo Grupo de Trabalho Especial foi averiguar se, no texto do Estatuto em vigor haveria eventuais entraves à inclusão do crime de agressão como imaginada, a saber, como um “leadership crime”. Nesse sentido, dois obstáculos possíveis foram os artigos 28 e 33 do Estatuto, estabelecendo, respectivamente, a responsabilidade de chefes militares e outros superiores hierárquicos e a questão da obediência a ordens superiores. Ainda que ambos os artigos tratem de situações em que o crime é cometido por uma pessoa que é subordinada a outra e, portanto, não se encaixaria adequadamente no conceito de “líder”, os dois artigos são diferentes.

Por um lado, o artigo 28 amplia a responsabilização penal do indivíduo que, como comandante ou superior hierárquico, falha em seu dever de exercer controle sobre a conduta de seus subordinados. Por outro lado, o artigo 33 exclui a responsabilidade penal do indivíduo em situações nas quais a pessoa é obrigada a seguir ordens superiores, desde que essa pessoa não saiba que tais ordens são ilegais e que as ordens em si não sejam manifestamente ilegais.³⁶³

No caso do crime de agressão e a questão da liderança, tais artigos não seriam, em tese, relevantes, pois o autor do crime deve se encontrar em uma posição de comando ou de controle efetivo, sendo ele, portanto, o comandante ou superior hierárquico e que podem impor ordens a seus subordinados. Ainda que alguns membros do Grupo de Trabalho Especial tenham até sugerido uma exclusão expressa desses artigos do âmbito do crime de agressão, foi acordado que isso não seria necessário, pois pela própria natureza do crime de agressão, a aplicação dos artigos 28 e 33 não seria particularmente relevante.³⁶⁴

A discussão maior sobre a adequação da definição de agressão aos termos do Estatuto, no entanto, deu-se quanto à questão da responsabilidade penal individual prevista no artigo 25(3), que define as diferentes formas de participação nos crimes sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Para tanto, a base para

³⁶² A página do instituto contém informações sobre as reuniões do Grupo de Trabalho Especial: <http://www.princeton.edu/~lisd/projects/icc/icc.html> (Acesso em 28/03/2012).

³⁶³ DINSTEIN, op. cit., pp. 142-144 e 150-153.

³⁶⁴ BARRIGA, “Negotiating the amendments on the crime of aggression”, BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, pp. 19-20.

os debates do Grupo de Trabalho Especial foi o relatório da coordenadora da Comissão Preparatória de 2002, em que estavam elencadas as diferentes formas do indivíduo ser responsabilizado pelo crime de agressão, ou seja, quando ordenar ou participar ativamente do planejamento, da preparação, da iniciação ou da execução de um ato de agressão. Por sua vez, o artigo 25(3) estabelece em sua alínea “a” a responsabilidade penal do autor do crime em questão, enquanto que, das alíneas “b” a “d”, são elencadas formas secundárias de participação, como a instigação à prática do crime e o fornecimento de meios à sua prática, entre outras modalidades.³⁶⁵

No que diz respeito à adequação da definição do crime de agressão ao artigo 25(3), duas abordagens possíveis foram identificadas no Grupo de Trabalho Especial: a abordagem “monista”, que procurava descrever todas as formas de participação secundária na própria definição de agressão, ainda que de forma um pouco genérica, por meio das expressões “ordena ou participa ativamente”; e a abordagem “diferenciada”, que, por sua vez, buscava aplicar as diferentes formas de participação secundária previstas no artigo 25(3) ao crime de agressão.³⁶⁶ Uma vez que a maioria dos membros do Grupo de Trabalho Especial se manifestaram favoráveis à abordagem “diferenciada”, a questão passava a ser como se referir ao crime de agressão por meio de um verbo de conduta que define o que o autor principal do crime realmente faz.

A solução encontrada foi usar o mesmo paralelismo dos crimes já previstos no Estatuto em seus artigos 6, 7 e 8, ou seja, que “[p]ara os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime de agressão’ o planejamento, a preparação, a iniciação ou a execução (...) de um ato de agressão”. Dessa forma, haveria uma definição básica da conduta do autor principal do crime, remetendo diretamente aos termos originais das Cartas do Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio, e, ao mesmo tempo, permitindo uma aplicação plena dos termos do artigo 25(3). Além disso, o Presidente do Grupo de Trabalho Especial sugeriu a adição de um parágrafo 3 *bis* ao artigo 25, estabelecendo que a exigência de liderança se

³⁶⁵ WERLE, Gerhard. “Individual Criminal Responsibility in Article 25 of the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 953-975.

³⁶⁶ KRESS, Claus. “The Crime of Aggression Before the First Review of the ICC Statute”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, 2007, pp. 855-856.

aplicaria tanto aos autores principais quanto aos autores secundários do crime de agressão.³⁶⁷

A inclusão desse parágrafo 3 *bis* no texto do artigo 25 do Estatuto atendeu aos pedidos de diversas delegações que, em razão da centralidade do critério da liderança no crime de agressão, entendiam ser de importância central sua presença não só na definição do crime, a ser incluída posteriormente como artigo 8 *bis* do Estatuto. Nesse sentido, a proposta do Presidente do Grupo de Trabalho Especial de um novo parágrafo 3 *bis* no artigo 25 do Estatuto estabelecia o seguinte:

Com relação ao crime de agressão, os termos do presente artigo aplicam-se somente a pessoas efetivamente em uma posição para exercer controle sobre ou dirigir a ação política ou militar de um Estado.³⁶⁸

Por fim, no caso específico do crime de agressão as delegações optaram por não reconhecer a possibilidade de responsabilização penal individual por tentativa, prevista no artigo 25(3)(f). Uma vez que seria necessária a ocorrência de um ato de agressão para se falar no crime correspondente, a tentativa em última análise remeteria ao ato do Estado, matéria que em tese seria de competência do Conselho de Segurança, não do Tribunal Penal Internacional. Além disso, os debates no âmbito do Grupo de Trabalho Especial foram no sentido de reconhecer que, para haver o crime de agressão, um ato de agressão deveria ser efetivamente levado a cabo por um Estado.³⁶⁹

Dessa forma, já começavam a ser definidos os elementos básicos da conduta do indivíduo para fins de responsabilização individual pelo crime de agressão. Faltava, ainda, um detalhamento maior sobre o que seriam, para os fins do Estatuto, os atos de agressão referidos na definição do crime. Nesse sentido, as principais contribuições do Grupo de Trabalho Especial foram os esclarecimentos a respeito do sentido e extensão da “threshold clause” e a referência expressa à Resolução 3314 de 1974.

³⁶⁷ Relatório de janeiro de 2007 do Grupo de Trabalho Especial sobre o Crime de Agressão, reproduzido em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, pp. 536-544.

³⁶⁸ Proposta de janeiro de 2007 do Presidente do Grupo de Trabalho Especial sobre o Crime de Agressão, reproduzido em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, p. 545.

³⁶⁹ WEISBORD, *op. cit.*, pp. 189-190.

Nesse ponto específico, a grande questão que dividia as delegações era se a definição do ato de agressão deveria ser genérica, sem citar exemplos concretos de atos de agressão, ou específica, estabelecendo uma lista de possíveis atos de agressão, em termos semelhantes, se não idênticos, aos da Resolução 3314 de 1974. Entre as delegações favoráveis à definição genérica, estavam diversos Estados que entendiam não ser possível elaborar uma lista completa de possíveis atos de agressão, entendendo ser adequada a referência a conceitos genéricos como “ataque armado” ou “uso da força armada” em violação à Carta da ONU, posição essa adotada pelas delegações da Alemanha, de Portugal e da Grécia.³⁷⁰

Por sua vez, entre as delegações partidárias da definição específica, merecem destaque os Estados membros do “Movimento dos Não-Alinhados”, que, entre outros motivos, eram favoráveis a uma definição baseada na Resolução 3314 de 1974 em razão de suas referências ao direito da autodeterminação dos povos. No entanto, membros permanentes do Conselho de Segurança também se mostraram favoráveis aos termos da Resolução de 3314, uma vez que ela mesmo ressaltava a autonomia do Conselho de Segurança em determinar a existência de atos de agressão.³⁷¹

Logo, uma vez que contava com apoio de um grande número de delegações, a definição específica com inspiração na Resolução 3314 foi a adotada em junho de 2007, em uma das reuniões informais sediadas na Universidade de Princeton. Além da utilização da Resolução 3314 como base para definir o ato de agressão, ficou estabelecido nessa mesma reunião que uma cláusula de limitação deveria ser utilizado para estabelecer de forma clara a diferença entre um ato de agressão de baixa gravidade e um ato que fosse uma violação flagrante da Carta da ONU.³⁷²

Mantendo uma estrutura semelhante à da proposta da coordenadora da Comissão Preparatória de 2002, a cláusula de limitação (“threshold clause”) apoiada por diversas delegações falava em um ato de agressão “que, por seu caráter, gravidade e escala, constitui uma violação manifesta da Carta da ONU”, conforme

³⁷⁰ KRESS, Claus; VON HOLTZENDORFF, Leonie. “The Kampala Compromise on the Crime of Aggression”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, pp. 1190-1191.

³⁷¹ BARRIGA, “Negotiating the amendments on the crime of aggression”, BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, pp. 24-25.

³⁷² Relatório de Princeton de 2007, reproduzido em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, pp. 559-576.

proposta pelo Presidente do Grupo de Trabalho Especial em janeiro de 2007 durante a quinta sessão da Assembleia dos Estado-Parte do Estatuto de Roma.³⁷³ Foi com base nessa proposta que os debates entre as delegações prosseguiram, procurando determinar quais atos de agressão poderiam ser considerados de gravidade tal a ponto de se poder falar em um crime de agressão.

Ainda que a partir de junho de 2007 houvesse uma quase certeza sobre necessidade de uma referência expressa a Resolução 3314 na definição do ato de agressão, uma dúvida permanecia sobre como tal referência seria feita. Duas opções examinadas pelo Grupo de Trabalho Especial foram a menção expressa apenas aos artigos 1 e 3 da Resolução, este último contendo o rol de possíveis atos de agressão, e a possibilidade de referir-se à Resolução na sua íntegra, o que permitiria relacionar, por exemplo, o artigo 3, com o rol dos atos, ao artigo 4, que reafirma a autonomia do Conselho de Segurança em determinar a ocorrência dos atos em questão. Dentre essas duas opções, obteve maior apoio a segunda.³⁷⁴

As primeiras propostas fazendo menção expressa à Resolução 3314 continham um primeiro parágrafo, estabelecendo a definição do crime, e um segundo parágrafo afirmando que, para os propósitos do parágrafo anterior,

“entende-se por ‘ato de agressão’ o uso da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou de que qualquer outra forma inconsistente com a Carta das Nações Unidas.”³⁷⁵

O parágrafo, em seguida, referia-se aos atos originalmente previstos no artigo 3 da Resolução 3314, estabelecendo que qualquer um deles, independentemente de uma declaração de guerra, deverá, de acordo com os termos da própria Resolução, qualificar-se como um ato de agressão. Uma questão que surge, portanto, é se a reprodução do rol do artigo 3 da Resolução estabelece exemplos de atos de agressão ou se, para os fins do Estatuto, apenas esses atos podem ser classificados como de agressão. Durante os debates no âmbito do Grupo de Trabalho Especial, algumas delegações encararam a lista de atos como “semi-aberta” ou “semi-fechada”, mas todas compartilhavam da visão de que qualquer ato

³⁷³ Proposta do Presidente de 2007, reproduzida em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, pp. 525-529.

³⁷⁴ SOLERA, Oscar. “The Definition of Aggression: Lessons Not-Learned”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 42, 2009-2010, pp. 802-811.

³⁷⁵ Proposta do Presidente de 2008, reproduzida em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, pp. 597-601.

de agressão deveria satisfazer os critérios previstos no *caput* para que se configurasse o crime correspondente.³⁷⁶

No entanto, na visão de Dinstein, isso acabaria criando um problema especialmente no âmbito do Direito Internacional Penal: como o Conselho de Segurança é livre para classificar atos que não estão incluídos do artigo 3 da Resolução como sendo de agressão, isso ampliaria a hipótese de atos de agressão para além do previsto expressamente na própria definição do crime de agressão, o que, do ponto de vista do Direito Internacional Penal, seria uma violação do princípio *nullum crimen sine lege*, consagrado no artigo 22(2) do Estatuto de Roma.³⁷⁷ Essa visão não foi compartilhada pelas delegações do Grupo de Trabalho Especial, entendendo que a cláusula de limitação seria uma garantia adicional de que a definição de agressão não fosse estendida a um número exagerado de casos, inclusive os não-previstos expressamente na Resolução 3314.

Um exemplo que poderia ilustrar a validade da cláusula de limitação seria o da crise diplomática de 2008 entre Equador e Colômbia em virtude da ação militar deste Estado no território daquele. Em 1º de março de 2008, a Força Aérea Colombiana iniciou um bombardeio perto do povoado de Santa Rosa de Yanamaru, no Equador, em que, segundo informações de seus serviços de inteligência, haveria uma base das FARC. Para levar a cabo tal operação, a Colômbia entrou no território do Equador em cerca 2km, bombardeou o local da base, causou a morte de Raul Reyes, um dos principais líderes das FARC, de mais 20 de seus membros e, segundo as autoridades do Equador, também de pelo três mulheres, uma das quais uma estudante de jornalismo mexicana que estaria investigando a rotina e as atividades das FARC. O Presidente Rafael Correa, do Equador, expulsou o embaixador colombiano e condenou de “ato de agressão” da Estado vizinho.³⁷⁸

³⁷⁶ BARRIGA, “Negotiating the amendments on the crime of aggression”, BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, p. 28.

³⁷⁷ DINSTEIN, op. cit., p. 140.

³⁷⁸ Além desses dois Estados, a crise envolveu a Venezuela, visto até mesmo pelas autoridades dos EUA e da Colômbia como um simpatizante e potencial aliado das FARC, conforme se depreende de reportagem da época do New York Times, disponível em <http://www.nytimes.com/2008/03/04/world/americas/04venez.html> (Acesso em 28/03/2012); e de um artigo do Heritage Foundation, conhecido “think-tank” conservador dos EUA, cf. WALSER, Ray. “The Crisis in the Andes: Equador, Colombia and, Venezuela”, *Heritage Lectures*, n. 1080, 2 de maio de 2008, texto integral disponível em <http://www.heritage.org/research/lecture/the-crisis-in-the-andes-ecuador-colombia-and-venezuela> (Acesso em 28/03/2012).

Na situação narrada, a ação militar em questão poderia, em tese, ser enquadrada nas alíneas “a” e “b” do parágrafo 3 da Resolução 3314, que tratam, respectivamente, da invasão ou ataque pelas forças armadas de um Estado do território de outro Estado e do bombardeio pelas forças armadas de um Estado contra o território de outro Estado. Tais alíneas foram reproduzidas em diversas propostas debatidas e aprovadas no âmbito do Grupo de Trabalho Especial, especialmente a proposta oficial aprovada em 2009, e que seria encaminhada para adoção da conferência de revisão do Estatuto de Roma.³⁷⁹

No entanto, se levados em consideração o grau e a intensidade do suposto ato de agressão e dos danos por ele causados, um exame atento demonstraria que, aplicada a cláusula de limitação, tal situação dificilmente serviria de base para a investigação e eventual denúncia de um crime de agressão contra, por exemplo, Álvaro Uribe, então Presidente da Colômbia, e, conseqüentemente, a pessoa em uma posição de comando sobre as forças armadas colombianas. Ou seja, mesmo um ato que pode ser claramente identificado como sendo uma agressão não geraria, no caso em exame, responsabilidade penal individual para o líder ou autoridade política do Estado autor do ato.³⁸⁰

Com os avanços alcançados em relação à definição do crime, a questão passava a ser qual o papel que o Conselho de Segurança deveria desempenhar em relação ao crime de agressão. Aqui talvez tenha sido o tema mais debatido no âmbito do Grupo de Trabalho Especial, pois a ideia era permitir que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional fosse acionada pelos três “gatilhos jurisdicionais” do artigo 13 do Estatuto, mas, no caso do crime de agressão, isso dependeria de uma autorização anterior do Conselho de Segurança.

Em primeiro lugar, diversas delegações manifestaram seu entendimento de que uma determinação do Conselho de Segurança sobre a existência ou não de um ato de agressão não poderia ser vinculante em relação ao Tribunal Penal Internacional, no sentido de, na ausência de uma determinação daquele órgão, não ser possível iniciar uma investigação sobre o crime de agressão. Um dos argumentos utilizados pelas delegações para justificar essa não-vinculação foi a

³⁷⁹ Propostas de 2009 do Grupo de Trabalho Especial sobre o Crime de Agressão, reproduzidas em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, pp. 663-665.

³⁸⁰ DINSTEIN, op. cit., p. 136.

preocupação com os direitos do acusado. No reunião informal em Princeton de 2005, foi acordado que tais direitos, como previstos no Estatuto, deveriam ser garantidos sob quaisquer circunstâncias, inclusive em relação a uma determinação anterior de outro órgão que não o Tribunal Penal Internacional, nesse caso, o Conselho de Segurança.³⁸¹ Mesmo delegações que defendiam uma forte presença do Conselho de Segurança tiveram dificuldade em rebater esse argumento dos direitos do acusado, mas tampouco concordavam com a ideia de uma completa desconsideração de sua determinação por parte do Tribunal Penal Internacional.

No entanto, também era necessário reconhecer que, assim como o Tribunal Penal Internacional não estava vinculado a uma determinação do Conselho de Segurança, este órgão também não estaria vinculado a uma determinação daquele Tribunal. Os papéis dessas duas instituições, portanto, seriam autônomos, mas também complementares no tocante ao crime de agressão. A solução encontrada foi adicionar um parágrafo ao artigo que trataria sobre as condições para exercício de jurisdição do Tribunal, incluído em um projeto de novembro de 2008 e alterado minimamente em fevereiro de 2009:

A determinação de um ato de agressão por um órgão externo ao Tribunal não afetará as conclusões do Tribunal sobre a ocorrência de um ato de agressão de acordo com o presente Estatuto.³⁸²

Tal parágrafo pode ser visto como uma garantia de independência institucional do Tribunal Penal Internacional, algo particularmente importante tendo em vista natureza fortemente política do crime de agressão. Além disso, tal parágrafo também pode ser interpretado como uma forma do Conselho de Segurança não restringir exageradamente o trabalho do Tribunal Penal Internacional, ao menos não mais do que já faria com base no artigo 16 do Estatuto de Roma, que permite que aquele órgão interrompa inquéritos ou procedimentos criminais em andamento. Uma proposta para que o Conselho de Segurança pudesse interromper automaticamente uma investigação sobre um eventual crime

³⁸¹ Relatório da Reunião de Princeton de junho de 2005, reproduzido em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, pp. 450-466.

³⁸² Relatório do Grupo de Trabalho Especial sobre o Crime de Agressão de fevereiro de 2009, reproduzido em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, p. 654, par. 22. A linguagem do relatório de 2008 era diferente por usar a expressão “determinações do Tribunal”, tida como tecnicamente inadequada pelas delegações do Grupo de Trabalho Especial, o que motivou a troca pela expressão “conclusões”, mais adequada para a ação de um tribunal.

de agressão por meio de uma resolução tomada segundo o Capítulo VII da Carta da ONU foi apresentada, mas rejeitada pela maioria das delegações presentes.³⁸³

Ainda seria necessário, no entanto, esclarecer como os “gatilhos jurisdicionais” funcionariam para o caso do crime de agressão, ou seja, quais seriam as condições para que um Estado-parte, o Procurador e até o Conselho de Segurança denunciasse um suposto crime de agressão ao Tribunal Penal Internacional. Nas propostas elaboradas pelo Grupo de Trabalho Especial, ficou claro que todas as formas de denúncias eram cabíveis para o crime de agressão, mas, para os casos de denúncia de um Estado-parte ou do Procurador, alguns requisitos específicos foram estabelecidos.³⁸⁴

Inicialmente, as delegações definiram que o Conselho de Segurança deveria ter, pelo menos, a oportunidade de determinar a ocorrência de um ato de agressão, mas que tal poder deveria ser apenas primariamente seu, não exclusivamente seu. Ou seja, o Conselho de Segurança deveria ser o primeiro órgão a se manifestar sobre a ocorrência ou não de um ato de agressão, mas não o único.³⁸⁵ Dessa forma, no caso de uma inação daquele órgão, deveria haver possibilidades de uma investigação ainda ser conduzida pelo Procurador mediante a autorização de algum outro órgão. A questão era qual o órgão competente para determinar a ocorrência de um ato de agressão além do Conselho de Segurança.

Na última proposta elaborada pelo Grupo de Trabalho Especial em 2009 e encaminhada posteriormente à Conferência de Revisão de Kampala, foi estabelecido que, quando o Procurador entendesse haver uma base razoável para iniciar uma investigação em relação a um crime de agressão, deveria primeiro averiguar se o Conselho de Segurança determinou a ocorrência de um ato de agressão por parte de um Estado. O Procurador, então, deveria notificar o Secretário-Geral da ONU sobre a situação perante o Tribunal, incluindo quaisquer informações e documentos relevantes para o caso. E, havendo uma determinação pelo Conselho de Segurança, o Procurador poderia prosseguir com a investigação.

³⁸³ KACKER, Devyani. “Coming Full Circle: The Rome Statute and the Crime of Aggression”, *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 33, 2010, pp. 874-878.

³⁸⁴ BARRIGA, “Negotiating the amendments on the crime of aggression”, BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, pp. 30-32.

³⁸⁵ STEIN, Mark S. “The Security Council, the International Criminal Court and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Council’s Power to Determine Aggression?”, *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 16, 2005, pp. 1-36.

A aprovação dessas duas ideias, que figuravam respectivamente nos parágrafos 6 e 7 da proposta de artigo 15 *bis*, foi relativamente tranquila entre as delegações do Grupo de Trabalho Especial, uma vez que haveria autorização expressa do Conselho de Segurança.³⁸⁶

Já para o caso do Conselho de Segurança não determinar a ocorrência de um ato de agressão, a proposta de 2009 apresentava duas alternativas para o parágrafo 4, sendo que a primeira era da impossibilidade do Procurador continuar com a investigação, a não ser que o Conselho de Segurança determinasse o contrário por meio de uma resolução tomada segundo o Capítulo VII da Carta da ONU. Na segunda alternativa, o Procurador poderia continuar sua investigação dentro dos seguintes termos:

4. **(Alternativa 2)** Quando tal determinação não for feita em até [6] meses da data de notificação, o Procurador poderá prosseguir com a investigação em relação ao crime de agressão,

Opção 1 – terminar o parágrafo aqui.

Opção 2 – adicionar: desde que a Seção de Instrução tenha autorizado o início da investigação em relação ao crime de agressão, de acordo com o procedimento previsto no artigo 15;

Opção 3 – adicionar: desde que a Assembleia Geral tenha determinado que um ato de agressão foi cometido pelo Estado referido no artigo 8 *bis*;

Opção 4 – adicionar: desde que a Corte Internacional de Justiça tenha determinado que um ato de agressão foi cometido pelo Estado referido no artigo 8 *bis*.³⁸⁷

De todos os trechos da proposta enviada à Conferência de Revisão, esse era o único que foi apresentado com alternativas ou opções de redação, em razão da extrema delicadeza do tema. Das quatro opções apresentadas, a mais interessante para a autonomia do Tribunal Penal Internacional era claramente a opção 2, proposta inicialmente pela delegação da Bélgica em 2007, por manter em suas mãos o poder de autorizar ou não a investigação do Procurador, e por adicionar uma garantia adicional de controle ao poder de investigação consoante com o próprio espírito do Estatuto de Roma.³⁸⁸ No entanto, não foi possível aos delegados chegarem a um consenso ao final das atividades do Grupo Especial de

³⁸⁶ KRESS; VON HOLTZENDORFF, op. cit., pp. 1194-1195.

³⁸⁷ Relatório do Grupo de Trabalho Especial sobre o Crime de Agressão, fevereiro de 2009, reproduzido em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, pp. 664-665.

³⁸⁸ Proposta da Bélgica durante a quinta sessão da Assembleia dos Estados Partes do Estatuto de Roma, janeiro de 2007, reproduzido em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the crime of aggression*, pp. 530-534.

Trabalho sobre qual a melhor solução para o exercício de jurisdição sobre o crime de agressão. Tal decisão, portanto, ficaria a cargo da própria Conferência de Revisão do Estatuto e das delegações lá presentes.³⁸⁹

Por fim, outra grande dificuldade do Grupo de Trabalho Especial foi determinar o procedimento mediante o qual a eventual emenda sobre o crime de agressão entraria em vigor. Segundo o artigo 5(2) do Estatuto de Roma, a inclusão de uma definição do crime de agressão e das condições para exercício de jurisdição deveriam ser aprovadas nos termos dos artigos 121 e 123 do Estatuto. No entanto, havia uma dúvida sobre qual disposição do artigo 121, que regula as emendas ao Estatuto, seria aplicada no caso do crime de agressão.

Particularmente, haveria duas possibilidades: (i) as emendas entrariam em vigor para todos os Estados-parte do Estatuto 1 ano após sua ratificação por 7/8 dos Estados-parte, de acordo com o disposto no artigo 121(4); ou (ii) as emendas entrariam em vigor para todos os Estados-parte que as tenham ratificado 1 ano após sua ratificação, e, nos casos de um crime abrangido por tal emenda, o Tribunal Penal Internacional não poderá exercer sua jurisdição se o crime em questão tiver sido cometido por um nacional de um Estado-parte que não tenha aceitado a emenda ou no território desse Estado-parte, nos termos do artigo 121(5). O problema é que o artigo 5(2) não esclarece em momento algum qual seria o parágrafo aplicável a uma emenda sobre o crime de agressão.³⁹⁰

Dentre essas duas possibilidades, a primeira é a mais vantajosa para fins de alcance da modificação, uma vez que, mesmo requerendo uma maioria de 7/8 de Estados-parte, extremamente alta para os padrões internacionais de aprovação de tratados e emenda, possibilitaria que os Estados-parte estivessem obrigados ao texto apresentado pela emenda em questão. Já a possibilidade de aplicação do artigo 121(5) limitaria muito o alcance da jurisdição sobre o crime de agressão, apenas para aqueles casos de em que o Estado agressor aprovou a emenda em questão.

No entanto, ainda que a preferência de boa parte das delegações fosse uma aprovação de acordo com o artigo 121(4), o próprio texto do artigo 121(5) afirma que

³⁸⁹ BARRIGA, "Negotiating the amendments on the crime of aggression", in BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, pp. 36-37.

³⁹⁰ CLARK, Roger S. "Ambiguities in article 5(2), 121, and 123 of the Rome Statute", *Case Western Journal of International Law*, vol. 41, 2009, pp. 412-427.

emendas ao artigo 5 do Estatuto de Roma deveriam ser feitas de acordo com suas determinações.³⁹¹ A questão, intensamente debatida no âmbito do Grupo de Trabalho Especial, não foi resolvida, tendo sido acordado que a única referência expressa à forma de aprovação e eventual entrada em vigor da emenda sobre agressão seria feita no preâmbulo da resolução a ser aprovada na Conferência de Revisão.

Por fim, uma das últimas questões debatidas pelo Grupo de Trabalho Especial dizia respeito aos elementos constitutivos do crime de agressão, previstos no artigo 9 do Estatuto de Roma para auxiliar o TPI na interpretação e aplicação dos artigos prevendo os crime sob sua jurisdição. Os elementos referem-se apenas à definição, ou seja, ao tipo penal, não havendo, portanto, a sua elaboração para o artigo 15 *bis* da proposta. Os principais pontos debatidos pelas delegações diziam respeito, acima de tudo, à condição pessoal do autor, mas também tratavam sobre a natureza do ato de agressão cometido pelo Estado.³⁹²

Uma vez que os esforços do Grupo de Trabalho Especial estavam concentrados na questão do crime de agressão ou no exercício de jurisdição, a estratégia adotada foi focar os esforços nos elementos constitutivos do crime uma vez que uma proposta fosse aprovada e encaminhada para a Conferência de Revisão.³⁹³ Com o término do mandato oficial do Grupo de Trabalho Especial em fevereiro de 2009, as delegações se encontraram em reuniões informais mais duas vezes, em Montreux, na Suíça, em abril de 2009, e em Princeton, em junho do mesmo ano.³⁹⁴ Na reunião de Montreux as delegações identificaram a necessidade de estabelecer elementos para (i) a conduta do indivíduo, (ii) o cláusula de liderança, (iii) a dimensão material do ato de agressão, (iv) a dimensão mental quanto ao ato

³⁹¹ Roger Clark, no entanto, tem uma interpretação um pouco diferente, afirmando que, uma vez que o crime de agressão estava previsto no artigo 5, ainda que não definido, não seria o caso de inclusão de um novo crime, como por exemplo, o crime de terrorismo. Nesse último caso, haveria uma alteração significativa no rol de crimes previstos no Estatuto, justificando uma alteração segundo o artigo 121(5). Já no caso da agressão, seria, segundo Clark, apenas a continuação da negociação iniciada em Roma, e uma interpretação natural seria a da aplicação do artigo 121(4), cf. CLARK, "Ambiguities in article 5(2) ...", pp. 415-416.

³⁹² ANGGADI, Frances; FRENCH, Greg; POTTER, James. "Negotiating the Elements of the Crime of Aggression", in BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, pp. 58-62.

³⁹³ AMBOS, Kai. "The Crime of Aggression After Kampala", *German Yearbook of International Law*, vol. 53, 2010, pp. 468-469.

³⁹⁴ CORACINI, Astrid Reisinger. "The International Criminal Court's Exercise of Jurisdiction over the Crime of Aggression – at Last... in Reach... Over Some", *Göttingen Journal of International Law*, vol. 2, 2010, p. 12.

de agressão, (v) a dimensão material da cláusula de limitação e (vi) a dimensão mental quanto à cláusula de limitação.

No elemento relativo à conduta do indivíduo, ficou estabelecido pelas delegações que a intenção era um elemento absolutamente central para a conduta do indivíduo. Logo, o autor deveria ter a intenção de cometer qualquer um dos quatro atos passíveis de responsabilização criminal por agressão, ou seja, planejar, preparar, iniciar ou executar um ato de agressão. De todos os elementos discutidos, esse foi o mais rapidamente aprovado, por ser, claramente, o menos controverso dos elementos.³⁹⁵

Ainda no que diz respeito ao autor do crime, o elemento esclarecendo a cláusula de liderança praticamente reproduzia o texto do parágrafo 1 do artigo 8 *bis*, mas trazia um acréscimo importante, ao afirmar que, para fins de direção ou controle sobre a ação política e militar de um Estado, mais de uma pessoa poderia se encaixar nesses critérios. Desse modo, seria que, por exemplo, um militar de alta patente e o chefe de governo ou Estado pelo crime de agressão, cada uma na dimensão e extensão da direção ou do controle exercidos no caso concreto.³⁹⁶

Em relação à dimensão material do ato de agressão, um ponto central esclarecido pelos elementos foi a necessidade de ocorrência do ato de agressão para que ocorra a responsabilização penal internacional do autor. Nesse caso, por exemplo, se a participação do autor resume-se ao planejamento ou à preparação do ato de agressão, o autor só será julgado por sua conduta se concretizar, havendo de fato o uso da força armada por seu Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado. Não se poderia, portanto, falar em tentativa de agressão, apenas na agressão consumada.³⁹⁷

Por sua vez, o elemento que trata sobre a dimensão mental do autor em relação ao ato de agressão afirma que é necessário o autor ter conhecimento das circunstâncias fáticas que determinaram a incompatibilidade do uso da força armada

³⁹⁵ DINSTEIN, op. cit., pp. 142-144.

³⁹⁶ Kevin Jon Heller critica o foco dos debates e da proposta na questão da liderança efetiva por entender que, ao contrário de ser uma positividade do Direito Internacional Penal costumeiro consagrado pelos tribunais militares internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial, seria um distanciamento daquelas decisões e uma inovação levada a cabo pelo Grupo de Trabalho Especial, cf. HELLER, "Retreat from Nuremberg", pp. 478-480.

³⁹⁷ CLARK, Roger S. "Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements, and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It", *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 4, 2009, pp. 1108-1109.

em questão com as disposições da Carta da ONU. Segundo Dinstein, ainda que esse elemento não impossibilite, por exemplo, que o acusado alegue que sua conduta estava em um erro de direito, nos termos do artigo 32(2) do Estatuto de Roma, é extremamente difícil que uma pessoa em condição liderança ou controle efetivo sobre as forças de seu Estado alegue desconhecimento de uma norma tão fundamental do Direito Internacional Público como a da proibição do uso da força.³⁹⁸ Os elementos relativos à cláusula de limite dispõem de uma lógica semelhante, pois esclarecem que um ato de agressão, por seu caráter, sua gravidade e sua escala, é uma violação manifesta da Carta da ONU e que o autor deve ter conhecimento das circunstâncias fáticas que estabeleceram tal violação manifesta da Carta da ONU.

Por fim, é interesse apontar que os elementos, em uma introdução geral aos seus termos, também estabeleciam que a expressão “manifesta” deve ser entendida uma qualificação objetiva, a ser aplicada pelo órgão para determinar ou não a ocorrência de um ato de agressão. Além disso, não seria necessário provar que o autor fez avaliações jurídicas sobre a eventual inconsistência do uso da força armada com a Carta da ONU e sobre o caráter “manifesto” da violação em questão. Em outras palavras, o autor não poderia alegar em sua defesa um exame prévio apontando uma suposta legalidade de um ato de agressão. Dessa forma, reconhece-se que a ilegalidade do ato de agressão, nos termos do artigo 8 *bis*, é indiscutível e sua ocorrência injustificável, possibilitando, portanto, a responsabilização penal individual do autor.³⁹⁹

Foi com esses termos, portanto, que a proposta do Grupo de Trabalho Especial foi finalizada e encaminhada para eventual aprovação da Conferência de Revisão do Estatuto de Roma. Da maneira como apresentada e analisada, tal proposta poderia viabilizar a responsabilização internacional pelo crime de agressão mantendo a coerência com o conceito de ato de agressão no Direito Internacional Público. A dúvida, no entanto, permanecia sobre quais seriam as condições adotadas para o exercício de jurisdição do TPI sobre o crime. E é nesse ponto em especial que a Conferência de Revisão de Campala adotou certas disposições originalmente não previstas nos debates do Grupode Trabalho Especial, e que, por um lado, viabilizaram o acordo político que permitiu a aprovação sobre o crime de

³⁹⁸ DINSTEIN, op. cit., p. 148.

³⁹⁹ ANGGADI, FRENCH, POTTER, “Negotiating the Elements of the Crime of Aggression”, in BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, pp. 64-77.

agressão, mas, por outro, trouxe dificuldades adicionais para o TPI poder julgar o crime de agressão.

A Conferência de Revisão ocorrida em Campala, Uganda, de 31 de maio a 11 de junho de 2010, iniciou de maneira promissora, com intensos debates entre as diversas delegações. Sobre a Conferência de Revisão, deve-se frisar que ela não foi convocada apenas para a eventual tipificação da agressão, mas também para o exame de diversos outros pontos, como o princípio da complementaridade e sua relação com as jurisdições domésticas dos Estados, o impacto do sistema do Estatuto de Roma sobre as vítimas de crimes internacionais e as comunidades afetadas pelas situações em exame e, também, a inclusão de novos crimes de guerra no rol do artigo 8 do Estatuto, como a proibição do uso de munição de ponta oca, como as chamadas balas *dum-dum*.⁴⁰⁰

No entanto, o ponto central da Conferência era o crime de agressão, sendo que boa parte dos esforços dos organizadores e das delegações presentes em Campala estava dirigida para tal tema. Para tanto, foi criado um Grupo de Trabalho sobre o Crime de Agressão em Campala, que não deve ser confundido com o existente entre 2003 e 2009 e que preparou as propostas iniciais sobre o crime de agressão. A missão do Grupo de Trabalho em Campala era adotar um projeto de resolução com a definição, condições para exercício de jurisdição e elementos do crime de agressão. Tal projeto de resolução seria, por fim, encaminhado para votação pelo plenário da Conferência de Revisão de Campala.⁴⁰¹

Mas, além de delegações de Estados-parte do Estatuto de Roma, a participação estava aberta também a demais Estados, inclusive àqueles que tivessem reiteradamente manifestado sua intenção de não ratificar ou aderir ao Estatuto. Dentre esses Estados, merecem destaque os EUA, que, durante os dois mandatos do Presidente George W. Bush, de 2001 a 2009, deixaram clara sua intenção de sequer cooperar ou se comunicar com o TPI, o que dirá tornar-se parte do Estatuto. Já no primeiro ano no mandato do Presidente Barack Obama, o cenário se altera suavemente, com uma maior participação dos EUA, ainda que

⁴⁰⁰ TRAHAN, op. cit., pp. 66-67.

⁴⁰¹ CORACINI, op. cit., pp. 759-760.

permanecesse reticente em relação ao TPI e à possibilidade prevista em seu Estatuto do julgamento de seus nacionais mesmo não sendo parte de tal tratado.⁴⁰²

Especificamente quanto ao crime de agressão, a delegação dos EUA foi extremamente atuante, mas tal conduta por vezes não visava à construção do consenso, por vezes buscando justamente semear entre as delegações para pontos que já haviam sido definidos de maneira pacífica durante os debates no âmbito do Grupo Especial de Trabalho. Um exemplo dessa estratégia foi o discurso de 4 de junho de 2010 do consultor jurídico do Departamento de Estado dos EUA, Harold Koh, em que ele afirmava haver pouco tempo para as delegações presentes chegarem a um consenso sobre uma definição adequada sobre o crime de agressão faltando apenas 7 dias para o final da Conferência.⁴⁰³ Tais tentativas, mesmo sido rechaçadas por várias delegações, tiveram ao menos o efeito de demonstrar que dificilmente uma definição de agressão seria aprovada sem intensa pressão política contrária por parte dos EUA.

Quando realmente foi dado início ao exame das propostas elaboradas pelo Grupo de Trabalho Especial, as delegações se dividiram quanto a qual seria a melhor forma de proceder à negociação e eventual aprovação e entrada em vigor das emendas. A posição da delegação do Brasil, por exemplo, era por “modalidades sucessivas” de entrada em vigor das emendas para pontos diferentes: no caso da definição do crime de agressão e da possibilidade de denúncia de uma situação pelo Conselho de Segurança ao TPI, a emenda entraria em vigor tão logo um número mínimo de ratificações fosse atingido; já para os casos de exercício de jurisdição por denúncia de um Estado-parte ou do Procurador, a emenda entraria em vigor um ano após a ratificação por 7/8 dos Estados-parte do Estatuto, ou seja, em termos semelhantes ao procedimento previsto no artigo 121(4) do Estatuto.⁴⁰⁴

⁴⁰² MURPHY, Sean D. “Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 4, 2009, pp. 1155-1156.

⁴⁰³ A íntegra do discurso de Harold Koh, em que o autor afirma que compromisso da gestão de Obama é cooperar com a consolidação do TPI, mas ao mesmo tempo considera não ser o momento adequado para se adotar uma definição de agressão está disponível em <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/142665.htm> (Acesso em 30/03/2012).

⁴⁰⁴ Essa alternativa de aprovação e entrada em vigor das emendas não foi apresentada de forma oficial, mas por meio de um “non-paper”, ou seja, de uma proposta informal voltada a fomentar o debate entre as delegações e, eventualmente, a convencê-las a incluir tal alternativa em um projeto a ser encaminhado para a Mesa Diretora da Conferência de Revisão, cf. CORACINI, op. cit., pp. 756-757 e TRAHAN, op. cit, pp. 66-67.

Essa posição apresentada inicialmente pelo Brasil já havia sido juntamente com as delegações da Argentina e da Suíça, de modo que, em 6 de junho de 2011, as três delegações decidiram apresentar à Mesa Diretora da Conferência um “non-paper” conjunto, que ficou conhecido como “abordagem ABS”.⁴⁰⁵ Em linhas gerais, essas delegações propunham um acordo político que satisfizesse tanto os Estados favoráveis à aprovação e entrada em vigor das emendas segundo o artigo 121(4), quanto os defensores da aplicação única do disposto no artigo 121(5) do Estatuto. O regime do artigo 121(5) seria o aplicável à própria definição de agressão e às denúncias feitas pelo Conselho de Segurança da ONU.⁴⁰⁶ Ocorre que, segundo a leitura da primeira parte do artigo 121(5) feita pelas três delegações proponentes, a entrada em vigor da emenda já ocorreria com apenas uma ratificação, interpretação considerada por uns criativa, e, por outros, incompatível com o sentido comum atribuível ao texto de um tratado, conforme disposto no artigo 31 da Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados.⁴⁰⁷

De qualquer maneira, essa divisão proposta pela abordagem ABS de divisão das condições para exercício de jurisdição do TPI a partir de uma denúncia do Conselho de Segurança, de um lado, e partir da denúncia de um Estado-parte e do Procurador, de outro, acabou gerando entre as delegações em Campala a convicção de que seria necessário a adição de artigos diferentes para cada estilo de denúncia. Ou seja, além de um eventual artigo 15 *bis*, poderia ser adotado um artigo 15 *ter*, sendo que, nesse segundo caso, apenas trataria das denúncias feitas pelo Conselho de Segurança. Tal possibilidade da inclusão artigo 15 *ter* foi aventada pelo Coordenador do Grupo de Trabalho de Campala e alguns esboços foram elaborados até sua inclusão no relatório apresentado no dia 9 de junho de 2010.⁴⁰⁸

A partir da inclusão do artigo 15 *ter*, a lógica seria que, para os casos de crime de agressão denunciados pelo próprio Conselho de Segurança, tal órgão

⁴⁰⁵ A “abordagem ABS”, em que as letras correspondem às iniciais de Argentina, Brasil e Suíça, já havia sido elaborada pelas delegações desses três Estados semanas antes da conferência, mas só efetivamente apresentada no dia 6 de junho, cf. BARRIGA, “Negotiating the amendments on the crime of aggression”, in BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, pp. 48-49.

⁴⁰⁶ “Non-Paper” proposto por Argentina, Brasil e Suíça em 6 de junho de 2010, durante a Conferência de Revisão de Campala, reproduzido em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, pp. 740-742.

⁴⁰⁷ Art. 31, Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados, 1969.

⁴⁰⁸ Relatório do Grupo de Trabalho sobre o Crime de Agressão de 9 de junho de 2010, Conferência de Revisão de Campala, reproduzido em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, pp. 764-771.

manteria um poder exclusivo de determinar a ocorrência ou não de um ato de agressão. Essa posição, portanto, agradou aos membros permanentes do Conselho de Segurança. Ao mesmo tempo, a manutenção do artigo 15 *bis* mantinha os poderes dos Estados-parte e do Procurador iniciarem procedimentos, mediante autorização da Seção de Instrução em caso de inação do Conselho de Segurança.

No entanto, algumas delegações entendiam ainda ser necessário estabelecer freios adicionais à possibilidade de exercício de jurisdição com base no artigo 15 *bis*. Entre tais delegações, destaque-se a delegação do Canadá, que apresentou uma proposta alterando algumas disposições presentes na abordagem ABS, especialmente referentes à entrada em vigor da eventual emenda sobre o crime de agressão e às condições de exercício jurisdição do TPI sobre o crime.⁴⁰⁹

A proposta canadense fundamentalmente afirmava que o “filtro jurisdicional” deveria ser, em regra, do Conselho de Segurança, a não nos casos em que os Estados envolvidos concordassem na Seção de Instrução servindo como um “filtro secundário”. Ou seja, na ausência de determinação do Conselho de Segurança, seria necessário que o Estado autor da agressão concordasse ou consentisse com o exercício de jurisdição sobre sua própria conduta, uma ideia contrária ao espírito da abordagem ABS.⁴¹⁰

Uma saída para manter as esperanças de um decisão por cosenso sobre o crime e as condição para exercício de jurisdição foi possível a partir da negociação entre as partes contrárias, o grupo ABS e o Canadá. Dessa forma, em 9 de junho de 2010 essas quatro delegações apresentaram a chamada “proposta ABCS”, por meio da qual, as delegações tentaram conciliar a questão do consentimento dos Estados como uma fórmula que estabelecesse um filtro jurisdicional exclusivo ao Conselho de Segurança.⁴¹¹

Em suma, a proposta ABCS estabelecia que Estados que não fossem parte do Estatuto estariam fora do âmbito de aplicação artigo 15 *bis*. Já os Estados-parte, por sua vez, poderiam optar por não aceitar a jurisdição sobre o crime por meio de uma declaração expressa a ser submetida até 31 de dezembro de 2015. Em relação

⁴⁰⁹ “Non-paper” apresentado pelo Canadá em 8 de junho de 2010, Conferência de Revisão de Campala, reproduzido em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, p. 753.

⁴¹⁰ KRESS; VON HOLTZENDORFF, op. cit., pp. 1202-1203.

⁴¹¹ TRAHAN, op. cit., pp. 70-72.

à entrada em vigor da emenda, seria aplicado o artigo 121(5), ou seja, entraria em vigor individualmente para cada Estado-parte após um ano a contar da data de ratificação da emenda. Já as disposições referentes às denúncias do Conselho de Segurança permaneceriam inalteradas, podendo, inclusive haver jurisdição em relação a Estados que não fossem partes do Estatuto, nos termos do artigo 13(b) do Estatuto.⁴¹²

Como se pode observar, essa proposta foi objeto de um acordo político entre delegações com posições contrárias e, por isso mesmo, sujeita tanto à incerteza característica da política quanto à necessidade de precisão do direito. Contudo, mesmo levando em consideração as características de um acordo político tão comum a conferências internacionais, deve-se reconhecer que a proposta ABCS apresenta alguns sérios problemas, como diversas delegações e demais participantes atestaram, especialmente em relação à possibilidade um Estado-parte optar por não reconhecer a jurisdição do TPI sobre o crime de agressão.⁴¹³ Mesmo assim, tal proposta foi vista como uma base politicamente adequada para as negociações a serem realizadas no plenário da Conferência de Revisão.

Um outro ponto debatido e sugerido no âmbito do Grupo de Trabalho de Campala dizia respeito a pontos que, embora não constando efetivamente no texto das emendas, deveriam ser levados em conta quando da interpretação das disposições sobre o crime de agressão, especialmente quanto à jurisdição do TPI, questão que havia sido tratada brevemente pelo Grupo de Trabalho Especial em fevereiro de 2009.⁴¹⁴ Entre tais pontos, algumas delegações entediam ser importante tratar da questão de jurisdição doméstica sobre o crime de agressão e sua relação com a jurisdição do TPI, ou, por exemplo, se não devia ser estabelecido de forma expressa que, em casos de uso da força armada a título de legítima defesa ou

⁴¹² BARRIGA, GROVER, op. cit., pp. 526-529.

⁴¹³ Os Estados africanos, por exemplo, entenderam que seria muito fácil para um Estado-parte apresentar uma declaração optando por não reconhecer a jurisdição do TPI, sendo necessário que tais declarações tivessem, no mínimo um prazo de validade, como aquele previsto para crimes de guerra no artigo 124 do Estatuto de Roma, cf. BARRIGA, "Negotiating the amendments on the crime of aggression", in BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, pp. 53-54.

⁴¹⁴ Nota do Coordenador do Grupo de Trabalho Especial sobre o Crime de Agressão sobre o programa de trabalho do Grupo, durante a Sétima Sessão da Assembleia dos Estados Partes, de fevereiro de 2009, reproduzida em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, pp. 641-642.

intervenção humanitária, tais atos não poderiam ser considerados como de agressão.⁴¹⁵

A dúvida, no entanto, era determinar de que forma esses pontos seriam tratados em uma eventual resolução, se não estariam no texto das emendas aos artigos do Estatuto ou nos elementos dos crimes. A solução encontrada em Campala foi a adoção de “entendimentos” sobre os termos da emenda. No entanto, não estava clara qual seria a natureza desses entendimentos, não apenas no âmbito da Conferência de Revisão de Campala, mas até mesmo segundo o próprio Direito Internacional Público.⁴¹⁶

Heller, por exemplo, analisa a natureza jurídica de tais entendimentos, afirmando que podem ser considerados de quatro formas diferentes, segundo o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: (i) como parte do contexto do tratado, por ser um instrumento estabelecido entre uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas demais partes como um instrumento relativo ao tratado, nos termos do artigo 31(2)(b); (ii) como meios suplementares de interpretação, para dirimir dúvidas quando a interpretação de acordo com o artigo 31 leva a um resultado obscuro ou absurdo em relação aos termos do tratado, segundo o disposto no artigo 32; (iii) como uma emenda ao tratado, nos termos do artigo 40; e (iv) como um acordo para modificar tratados multilaterais apenas entre algumas partes, conforme consta no artigo 41.

Heller, entendendo que tais entendimentos não são substantivos, não modificam o tratado em seus termos e não alteram seu texto em relação a um ou mais de seus Estados-parte. Logo, a sua conclusão, compartilhada pelo presente autor, é que os entendimentos devem ser interpretados como meio suplementares de interpretação, não sendo, portanto, vinculantes ao TPI quando da interpretação ou aplicação das emendas sobre o crime de agressão quando da sua entrada em vigor.⁴¹⁷

⁴¹⁵ KRESS, Claus; BARRIGA, Stefan; GROVER, Leena; VON HOLTZENDORFF, Leonie. “Negotiating the Understandings on the crime of aggression”, in BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, pp. 81-83.

⁴¹⁶ O Resolução aprovada na Conferência de Revisão contendo a emenda aos artigos do Estatuto, os elementos do crime de agressão e os entendimentos encontra-se reproduzida ao final da presente tese como um documento anexo.

⁴¹⁷ HELLER, Kevin Jon. “Uncertain Legal Status of the Aggression Understandings”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, pp. 229-258.

Logo, a inclusão desses entendimentos não afetaria o alcance ou a natureza do texto da emenda do crime de agressão. No entanto, o peso político que tais entendimentos tiveram durante as negociações na Conferência de Revisão de Campala não pode ser ignorado, pois a sua inclusão foi intensamente defendida por diversas delegações de Estados observadores, que, mesmo não tendo poder de voto durante a Conferência, poderiam trabalhar contra o consenso se entendessem que os resultados alcançados não atendiam a sua visão a melhor de tratar sobre o crime de agressão.⁴¹⁸

Uma curiosidade diz respeito ao entendimento 6, que tratava a determinação de um ato de agressão. Basicamente, o texto afirma que é entendido que a agressão é a mais séria e perigosa forma de uso ilegal da força, e que a determinação da ocorrência ou não de um ato de agressão deveria levar em consideração todas as circunstâncias de cada caso particular, incluindo a gravidade dos atos em questão e suas consequências, de acordo com a Carta das ONU. Tal entendimento foi incluído por uma improvável parceria entre República Islâmica do Irã e EUA, que concordavam em deixar a estrutura do seu texto o mais próximo possível do previsto no artigo 2 da Resolução 3314 de 1974.⁴¹⁹ A motivação por trás da inclusão desses entendimentos não foi formalmente revelada, mas, pelo menos por parte dos EUA, pode-se interpretar tal inclusão como uma tentativa de blindar possíveis “intervenções humanitárias” de serem vistas como possíveis atos de agressão.⁴²⁰

Depois dos intensos debates no âmbito do Grupo de Trabalho de Campala, o Presidente da Conferência de Revisão, o Embaixador Christian Wenaweser assumiu pessoalmente o processo de negociação e encaminhou o projeto de resolução para eventual aprovação no plenário da Conferência na manhã do dia 10 de junho de 2010. Contudo, uma decisão sobre a resolução deveria ser tomada pelo plenário até o final do dia 11 de junho, sob a pena de não haver uma emenda sobre

⁴¹⁸ VAN SCHAACK, Beth, “Negotiating at the Interface of Power & Law: The Crime of Aggression”, 49 *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 49, 2011, pp. 505-601.

⁴¹⁹ KRESS, BARRIGA, GROVER, VON HOLTZENDORFF, “Negotiating the Understandings on the crime of aggression”, in BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, p. 96.

⁴²⁰ MURPHY, Sean D. “Criminalizing Humanitarian Intervention”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 41, 2009, pp. 341-377; O’CONNELL, Mary Ellen; NYAZMATOV, Myrakmal. “What is Aggression? Comparing *Jus ad Bellum* and the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, pp. 201-206.

o crime de agressão depois de mais de 12 anos de negociação após o final da Conferência de Roma.

Logo, o espírito em Campala era de priorizar um acordo político que satisfizesse o interesse das partes envolvidas, mesmo que com o risco de, atendendo às demandas das delegações, a própria qualidade do texto da emenda fosse afetada. Em razão da falta de consenso no plenário quanto às condições para exercício para o jurisdição do TPI sobre agressão em relação ao artigo 15 *bis* e à fórmula para entrada em vigor das emendas, os dois últimos dias da Conferência de Campala foram marcados por uma sucessão de tentativas do Presidente de obter uma decisão por consenso no plenário.⁴²¹

Em uma tentativa de atender aos interesses do membros permanentes do Conselho de Segurança, o Presidente fez circular entre as delegações um texto informal estabelecendo um limite adicional à jurisdição do TPI de 30 ratificações ou aceitações das emendas por Estados-parte do Estatuto. Por sua vez, quanto ao exercício de jurisdição do TPI na ausência de uma determinação do Conselho de Segurança, esse texto informal ainda não tinha decisões definitivas sobre o tema, mantendo-o aberto a debates entre as delegações, inclusive com a possibilidade manutenção do monopólio do Conselho de Segurança quanto à determinação da ocorrência de um ato de agressão e à consequente autorização para o Procurador conduzir uma investigação sobre o crime de agressão.⁴²²

Contudo, era visível entre as delegações que não havia possibilidades reais de uma aprovação por consenso de uma proposta que mantivesse apenas nas mãos do Conselho de Segurança o poder de determinar ou a ocorrência de um ato de agressão. Ao mesmo tempo, não havia como saber a reação da França e do Reino Unido, os dois Estados-partes do Estatuto com assento permanente no Conselho de Segurança, em relação a uma proposta que mantivesse muito espaço para denúncias de Estados-parte e do Procurador quanto ao crime de agressão.⁴²³ Logo, o Presidente ainda manteve aberta a possibilidade de inclusão de um parágrafo no projeto de resolução que criasse mais um limite ao exercício de jurisdição do TPI. Tal limite adicional acabou sendo incluído no final da noite do

⁴²¹ BARRIGA, GROVER, op. cit., pp. 529-531.

⁴²² BLOKKER, Niels; KRESS, Claus. "A Consensus Agreement on the Crime of Aggression: Impressions from Kampala", *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, pp. 889-895.

⁴²³ KRESS, VON HOLTZENDORFF, op. cit., pp. 1208-1210.

último dia da Conferência, em que foi estabelecido que o TPI só exerceria jurisdição sobre o crime de agressão mediante uma decisão a ser tomada após 1º de janeiro de 2017 pela mesma maioria de Estados-parte necessária para a adoção de uma emenda ao Estatuto. Esse parágrafo acabou, inclusive, sendo incluído tanto no artigo 15 *bis* quanto no artigo 15 *ter*.⁴²⁴ No projeto de resolução finalizado e aberto para votação pelas delegações destacava-se a forma como o artigo 15 *bis*, o maior ponto de discórdia entre os Estados presentes, foi alterado para confortar os interesses muitas vezes conflitantes de diferentes delegações. Particularmente, os parágrafos 2, 3, 4 e 5 do artigo 15 *bis* limitavam consideravelmente a ação do TPI:

2. O Tribunal poderá exercer jurisdição apenas em relação a crimes de agressão cometidos um ano após a ratificação ou aceitação das emendas por trinta Estados-parte.

3. O Tribunal poderá exercer jurisdição sobre o crime de agressão de acordo com o presente, sujeito a uma decisão a ser tomada após 1º de janeiro de 2017 pela mesma maioria de Estados-parte necessária para a adoção de uma emenda ao Estatuto.

4. O Tribunal pode, de acordo com o artigo 12, exercer jurisdição sobre um crime de agressão advindo de um ato de agressão cometido por um Estado-parte, a não ser que tal Estado-parte tenha declarado previamente não aceitar tal jurisdição por meio de uma declaração registrada junto à Secretaria. A retirada de tal declaração poderá ser feita a qualquer momento, e será considerada pelo Estado-parte dentro de três anos.

5. Em relação a um Estado que não seja parte do Estatuto, o Tribunal não poderá exercer jurisdição sobre o crime de agressão quando cometido por nacionais daquele Estado ou em seu território.⁴²⁵

Em linhas gerais, o texto apresenta três barreiras para o exercício de jurisdição do TPI para casos de denúncia de Estados-parte ou iniciativa do Procurador, que devem, ainda, ser autorizados pelo Conselho de Segurança, ou, não havendo tal autorização e passado um prazo de 6 meses, a Seção de Instrução do próprio TPI. Além disso, a redação e a organização do artigo 15 *bis* foi feita de uma maneira tão nebulosa que diversas interpretações podem ser conferidas ao texto desses parágrafos, muitas vezes conflitantes entre si.⁴²⁶

Por exemplo, nos termos do parágrafo 2, uma vez alcançadas as trinta ratificações da emenda, o TPI não teria jurisdição sobre um Estado-parte que não

⁴²⁴ TRAHAN, op. cit., pp. 81-87.

⁴²⁵ Projeto de resolução sobre o crime de agressão de 11 de junho de 2010, Conferência de Revisão de Kampala, reproduzida em BARRIGA; KRESS, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, pp. 799-803.

⁴²⁶ AMBOS, "The Crime of Aggression After Kampala", pp. 500-510.

tenha ratificado a emenda, pois, se a entrada em vigor das emendas está submetida à fórmula do artigo 121(5), elas só entrariam em vigor para os Estados-parte que as ratificaram. Logo, o número de trinta ratificações deve ser considerado como um requisito adicional para entrada em vigor, em conformidade com o disposto no artigo 121(5).⁴²⁷ Há também momentos que parece não haver coerência interna na resolução, como na questão da declaração de um Estado-parte em que afirma não reconhecer a jurisdição do TPI sobre o crime de agressão. Não parece claro se esse mecanismo é aplicável apenas ao Estado-parte que ratificou a emenda sobre o crime de agressão ou a todos os Estados-parte do Estatuto.⁴²⁸ O quadro abaixo é ilustrativo das dificuldades que o TPI enfrentará para exercer jurisdição:

Quadro 1: Circunstâncias para exercício de jurisdição do TPI sobre o crime de agressão segundo o artigo 15 bis.⁴²⁹

O TPI pode exercer sua jurisdição sobre o crime de agressão surgido de um ato de agressão cometido:				
Contra\ Por	Um Estado-parte que tenha aceitado a emenda	Um Estado-parte que não tenha aceitado a emenda	Um Estado-parte que não reconheça a jurisdição do TPI	Um Estado que não seja parte do Estatuto
Um Estado-parte que tenha aceitado a emenda	SIM (art. 15 bis (4))	SIM (art. 15 bis (4) combinado com o art. 12 (2) (a))	NÃO (art. 15 bis (4))	NÃO (art. 15 bis (4), a contrario)
Um Estado-parte que não tenha aceitado a emenda	SIM (art. 15 bis (4) combinado com o art. 12 (2) (a) ou (b))	NÃO há liame jurisdicional com o art. 12 (2), nos termos do art. 121 (5), primeira assertiva; mas seria possível a aceitação da jurisdição <i>ad hoc</i> por um Estado-parte, nos termos do art. 12 (3)? [SIM, se aplicável a todos os Estados-parte após 30 ratificações.]	NÃO (art. 15 bis (4))	NÃO (art. 15 bis (4), a contrario)
Um Estado-parte que não reconheça a jurisdição do TPI	SIM (art. 15 bis (4) combinado com o art. 12 (2) (a))	SIM (art. 15 bis (4) combinado com o art. 12 (2) (a))	NÃO (art. 15 bis (4))	NÃO (art. 15 bis (4), a contrario)
Um Estado que não seja parte do Estatuto	NÃO (art. 15 bis (5)); mas seria possível a aceitação da jurisdição <i>ad hoc</i> do TPI por um Estado que não seja parte do Estatuto, de acordo com o art. 12 (3)?	NÃO há liame jurisdicional com o art. 12 (2), nos termos do art. 121 (5), primeira assertiva; mas seria possível a aceitação da jurisdição <i>ad hoc</i> por um Estado-parte, nos termos do art. 12 (3)? [NÃO, nem mesmo se aplicável a todos os Estados-parte após 30 ratificações.], conforme art. 15 bis (5)].	NÃO (art. 15 bis (4))	NÃO (art. 15 bis (4), a contrario)

⁴²⁷ DINSTEIN, op. cit. pp 133-134.

⁴²⁸ CLARK, Roger S. "Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June, 2010", *Göttingen Journal of International Law*, vol. 2, 2010, pp. 699-707.

⁴²⁹ O quadro é uma adaptação da tabela elaborada por Astrid Reisinger Coracini, cf. CORACINI, op. cit., pp. 782.

Das hipóteses aventadas no quadro acima, as que são mais claras e incontestáveis são a possibilidade de jurisdição do TPI sobre o crime de agressão quando o ato é cometido por um Estado-parte que aceitou a emenda contra um Estado-parte que também aceitou, e, em sentido contrário, a impossibilidade de exercício de jurisdição quando nenhum dos Estados, autor e vítima da agressão, é parte do Estatuto. Outra hipótese clara é aquela em que, nos termos das emendas, o Estado-parte autor da agressão não reconhece a jurisdição do TPI sobre o crime.

Quanto às demais hipóteses, porém, a que talvez seja menos sustentável seja aquela em que um Estado-parte que não aceitou as emendas contra um Estado-parte que não aceitou a jurisdição sobre o crime. Isso porque, em uma leitura rígida dos termos do artigo 121(5), uma emenda só pode obrigar um Estado-parte que a tenha aceitado, não sendo possível, ainda, que o TPI exerça jurisdição sobre um crime previsto na emenda em questão quando cometido pelos nacionais daquele Estado-parte ou em seu território.⁴³⁰ No entanto a autora, por meio de uma leitura conjunto dos artigos 15 *bis* (4) e 12(2)(a), entende que seria possível o exercício de jurisdição. Afinal, no caso do Estado-parte que é vítima da agressão, ele optou por não aceitar a jurisdição do TPI para os casos em que ele for o autor, mas não há nada no artigo 15 *bis* ou no texto do Estatuto que impeça o exercício de jurisdição quando ele for a vítima da agressão.⁴³¹

Por sua vez, Kevin Jon Heller, também comentando sobre o regime jurisdicional criado pelo artigo 15 *bis*, afirma que os casos em que o exercício de jurisdição seria possível resumem-se a dois. Em primeiro lugar, quando o Estado-parte autor do ato, ou seja, o Estado de nacionalidade do autor do crime nos termos do artigo 12(2)(b), reconhece a jurisdição do TPI sobre o crime, e apenas quando o ato de agressão for cometido contra um Estado-parte, enquadrando-se, nesse caso, na categoria prevista no artigo 12(2)(a) do Estatuto, ou seja, o Estado de territorialidade da conduta. E, em segundo lugar, em um raciocínio semelhante ao desenvolvido por Coracini, se o Estado-parte vítima do ato de agressão declarou não reconhecer a jurisdição do TPI sobre o crime, mas o Estado-parte reconhece, não haveria nenhum impedimento ao exercício de jurisdição no caso em questão.⁴³²

⁴³⁰ CLARK, "Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court", pp. 704-705

⁴³¹ CORACINI, op. cit., pp. 776-779.

⁴³² Heller desenvolve esse raciocínio em uma postagem sobre o crime de agressão em um site de especialistas em Direito Internacional e Relações Internacionais, o site "Opinio Juris". O texto do autor

No entanto, independentemente da interpretação que se dê aos seus parágrafos, é indiscutível que o regime jurisdicional criado pelo artigo 15 *bis* é extremamente restritivo. Ainda que tal regime tenha sido adotado mediante concessões de todas as facções negociadoras, o resultado final mostra um desequilíbrio em desfavor do exercício de jurisdição do TPI por denúncia de um Estado-parte ou por iniciativa do Procurador.⁴³³ Como o quadro acima demonstra, a declaração de um Estado-parte não reconhecendo a jurisdição do TPI é um grande entrave à capacidade de investigar e julgar o crime de agressão. Na prática, o poder do TPI quanto ao crime de agressão se resume aos casos de recomendação ou denúncia de uma situação pelo Conselho de Segurança, nos termos do artigo 13(b) do Estatuto e do artigo 15 *ter* da emenda, e apenas alguns casos envolvendo Estados-parte do Estatuto que aprovaram a emenda e reconhecem sua jurisdição sobre a matéria, pois tudo dependerá da aplicação do artigo 15 *bis* ao caso concreto.

Portanto, o artigo 15 *bis*, justamente um dos pontos mais debatidos em Campala e mais submetido a alterações buscando a construção de consenso entre as delegações, é o ponto mais fraco da emenda e, também, o que mais enfraqueceria institucionalmente o TPI. Por outro lado, a definição de agressão, vista inicialmente como um ponto extremamente delicado pelas delegações, antes do início da Conferência de Revisão de Campala, foi aprovada sem maiores percalços. Os documentos da Conferência de Revisão demonstram que a definição prevista no artigo 8 *bis* não foi alterada em relação à proposta apresentada pelo Grupo de Trabalho Especial ainda em fevereiro de 2009.

Os debates maiores, na verdade, se concentraram sobre a cláusula de limitação, ou seja, a questão de que apenas gerariam a responsabilidade penal internacional do indivíduo aqueles atos de agressão que, por seu caráter, gravidade e escala constituíssem uma violação manifesta da Carta da ONU. No entanto, pode-

está disponível em <http://opiniojuris.org/2010/06/13/the-sadly-neutered-crime-of-aggression/> (Acesso em 31/03/2012). Um outro debate sobre a natureza e efeito das emendas também ocorreu no “EJIL: Talk!”, site vinculado ao European Journal of International Law, envolvendo Astrid Reisinger Coracini e Dapo Akande, sendo que os textos dos autores estão disponíveis em <http://www.ejiltalk.org/what-exactly-was-agreed-in-kampala-on-the-crime-of-aggression/> (Acesso em 31/03/2012) e <http://www.ejiltalk.org/more-thoughts-on-what-exactly-was-agreed-in-kampala-on-the-crime-of-aggression/> (Acesso em 31/03/2012).

⁴³³ STAHN, Carsten. “The ‘End’, the ‘Beginning of the End’ or the ‘End of the Beginning’? Introducing Debates and Voices in the Definition of Aggression”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, pp. 875-882.

se afirmar que que tal fórmula respeita o próprio espírito da Resolução 3314 de 1974, pois, segundo o artigo 2 da Definição de Agressão, a determinação da ocorrência ou não de um ato de agressão deve levar em conta a gravidade dos atos em questão e de suas consequências. Ou seja, a tipificação do crime de agressão foi feita de acordo com a definição do ato de agressão, por sua vez, uma representação válida da norma costumeira regulando de uso da força armada no âmbito do Direito Internacional Público.⁴³⁴

Em relação aos princípios costumeiros consolidados a partir das Cartas e das decisões dos tribunais militares internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial, consolidados em 1950 pela CDI, a definição do crime de agressão se distanciou um pouco, como apontado anteriormente. Foi abandonada, por exemplo, a modalidade da “conspiração”, tão mencionado em Nuremberg, como forma de participação em crimes contra a paz. Além disso, a cláusula de liderança na definição de Campala também pode ser considerada uma inovação, uma vez que, de acordo com a jurisprudência dos tribunais militares internacionais, bastaria que o acusado tivesse capacidade “moldar ou influenciar” a ação política do Estado.⁴³⁵

Tais inovações devem ser analisadas no sentido de conferir maior precisão e rigor à norma, auxiliando, portanto, na legitimação do Direito Internacional Penal, ao mesmo tempo que se mantém fiel ao espírito criado em Nuremberg, ou seja, de que não são apenas os Estados que devem responder pela agressão, mas também os indivíduos que de fato agiram para a concretização do ato de agressão.⁴³⁶ Tendo em mente a ideia de complementaridade entre regimes de responsabilidade internacional no caso da agressão, é necessário que tanto o Estado o indivíduo respondam pela agressão como ilícito internacional. E, uma vez definido o crime de agressão e estabelecida a sua vinculação direta com o ato de agressão, tal complementaridade se manifesta de forma mais clara.

No entanto, como demonstrado em relação às situações criadas pelo regime do artigo 15 *bis*, a jurisdição do TPI ficaria restrita a um número limitado de casos. Seria possível, por exemplo, que um Estado-parte do Estatuto cometa um ato de agressão que, por seu caráter, gravidade e escala, seja manifestamente contrário às

⁴³⁴ DINSTEIN, op. cit., pp. 138-140.

⁴³⁵ MILANOVIC, Marko. “Agression and Legality: Custom in Kampala”, *Journal of International Criminal Justice*, v. 10, 2012, pp. 165-187.

⁴³⁶ AMBOS, op. cit., pp. 492-499.

disposições da Carta da ONU, podendo ser até alvo de sanções por parte do Conselho de Segurança. Contudo, em razão de não reconhecer a jurisdição do TPI para crime de agressão, quaisquer de seus nacionais em condição controle e liderança que tenham ordenado ou conduzido o ato de agressão em questão não poderiam ser julgados pelo TPI. Logo, mesmo em um caso de flagrante ilegalidade da conduta de certos indivíduos, a responsabilidade estaria limitada apenas ao Estado, permanecendo impunes os indivíduos autores do crime.⁴³⁷

A redação do artigo 15 *bis* da emenda ao Estatuto de Roma enfraquece o TPI e impossibilita a complementaridade de regimes de responsabilidade internacional para diversos casos de agressão. Nesse sentido, ele deve ser alterado para permitir um maior exercício de jurisdição do TPI sobre o crime de agressão. No entanto, isso só seria possível após a entrada em vigor da emenda para trinta Estados-parte e após uma decisão a ser tomada a partir de 1º de janeiro de 2017. Atendidas essas condições e ativada a jurisdição sobre o crime de agressão, os esforços da Assembleia dos Estados-parte do Estatuto de Roma deve se voltar para o aperfeiçoamento e eventual modificação das normas criadas em Campala.⁴³⁸

Dentre as alterações necessárias ao regime jurisdicional criado em Campala, a mais urgente é a eliminação da possibilidade de não-reconhecimento da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão. Para tanto, já seria suficiente a eliminação da segunda parte do parágrafo 4 do 15 *bis* para ampliar consideravelmente a jurisdição do TPI sobre o crime de agressão. Sugere-se, portanto, uma nova redação ao texto parágrafo 4 do artigo 15 *bis* no seguinte sentido:

4. O Tribunal pode exercer jurisdição sobre um crime de agressão advindo de um ato de agressão cometido por um Estado-parte **do Estatuto contra:**

- a) um Estado-parte do Estatuto, nos termos do artigo 12(2)(a);**
- b) um Estado que não seja parte do Estatuto e que, nos termos do artigo 12(3), declare a aceitação da jurisdição do Tribunal para o crime em questão.**

(Alterações e adições grifadas pelo autor).

A modificação sugerida ao parágrafo 4 tem como objetivo manter o artigo 15 *bis* mais fiel aos termos do artigo 12 do Estatuto, e, nesse sentido, poderia ser uma

⁴³⁷ TRAHAN, op. cit., pp. 87-95.

⁴³⁸ POLITI, Mauro. "The ICC and the Crime of Aggression: The Dream that Came Through and the Reality Ahead", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, pp. 267-288.

hipótese de alteração viável do texto do artigo 15 *bis*, uma vez que a emenda entre em vigor e seu texto seja adicionado ao Estatuto. Com o acréscimo das alíneas “a” e “b”, delimita-se melhor e de forma mais clara o alcance da jurisdição do TPI, incluindo-se, nesse sentido, a hipótese de reconhecimento de jurisdição *ad hoc* para o caso de Estados vítimas de agressão que não sejam parte do Estatuto.⁴³⁹

Ainda que seja uma modificação pontual, se implementada poderia, em tese, ampliar a jurisdição para um número maior de casos. Como exposto no quadro 1, se eliminada a possibilidade de um Estado-parte declarar que não reconhece a jurisdição do TPI e se criada a possibilidade de reconhecimento *ad hoc* da jurisdição do TPI para Estados que não sejam parte do Estatuto, a jurisdição se estenderia para mais cinco casos previsto no quadro 1, das dezesseis combinações possíveis. Dessa forma, o desequilíbrio do regime jurisprudencial criado a partir do parágrafo 4 do artigo 15 *bis* seria corrigido, ou, no mínimo, mitigado.

No entanto, qualquer modificação das disposições aprovadas em Campala deverá esperar, no mínimo, até 1º de janeiro de 2017, se até lá as trinta ratificações ou aceitações necessárias para a ativação da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão já tiverem sido realizadas. Além disso, como a própria resolução em Campala afirma, a entrada em vigor das emendas será regida pelo artigo 121(5). Dessa forma, as emendas entrariam em vigor apenas para os Estados-parte que as ratificassem, e não haveria, portanto, jurisdição sobre o crime de agressão se cometido por nacionais de um Estado-parte que não aceitou a emenda ou em seu território. A correção das falhas do artigo 15 *bis* deveria ser acompanhada de uma tentativa de correção do próprio processo de entrada em vigor de emendas ao Estatuto. Nesse sentido, seria válida e até mesmo necessária uma revisão do modelo de entrada em vigor para as emendas a disposição do Estatuto que estabelecem os crimes. Mas a viabilidade de tal revisão estaria, também, sujeita a interesses e cálculos políticos dos Estados-parte, não havendo garantia de que seria bem sucedida.

Portanto, a definição do crime de agressão na Conferência de Revisão de Campala, mesmo não sendo ainda uma realidade plenamente em vigor, deve ser reconhecido como um marco na história do Direito Internacional Penal. E, para avaliar de modo que ele pode contribuir positivamente para a consolidação da ideia

⁴³⁹ CORACINI, op. cit., pp. 779-781.

de complementaridade entre os regimes de responsabilidade internacional, deve-se, agora proceder a um exame das formas de responsabilização penal internacional do indivíduo pelo crime de agressão, levando em consideração as bases já estabelecidas pelos tribunais militares internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial e as alterações implementadas pelas emendas aprovadas em Campala.

3. A responsabilidade penal internacional do indivíduo pelo crime de agressão no Direito Internacional Penal.

Ainda que boa parte dos elementos que estabelecem a responsabilidade do indivíduo ainda correspondam ao que foi criado nos tribunais militares internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial, as modificações implementadas em Campala têm um efeito importante sobre a possibilidade de responsabilização penal internacional dos indivíduos autores do crime de agressão. Mas, para melhor entender as mudanças implementadas em Campala e compará-las com as bases anteriores da responsabilização penal internacional do indivíduo, é necessário antes proceder a um breve exame sobre as próprias bases da justiça penal internacional.

É sabido que uma das manifestações mais claras da concepção clássica de soberania é a ideia de uma jurisdição geral e exclusiva de um Estado sobre o seu território, e, conseqüentemente, sobre os crimes cometidos em seu território. Nesse sentido, a lei penal é um exemplo clássico de manifestação da soberania do Estado. Contudo, tal conceito já passou por tantas mudanças que hoje é difícil saber o quanto da soberania clássica ainda persiste no âmbito do Direito Internacional Público.

A atenção será voltada para aqueles crimes em que, dada sua natureza e impacto, muitas vezes os Estados não se mostram capazes ou dispostos de agir, mesmo que a conduta tenha ocorrido em seus territórios ou seja de autoria de um nacional seu. Nesse cenário, para evitar a impunidade aos mais graves crimes internacionais, cometidos em tempos de guerra ou de paz, mostrou-se necessária a construção de um regime jurídico novo, em que a responsabilização desses crimes ficaria a cargo de uma jurisdição externa ao Estado quando o Estado falhasse em seu dever de investigar e punir tais crimes. Para tanto, desenvolve-se o conceito de uma justiça penal internacional, entendida como o sistema encarregado da

interpretação, aplicação e desenvolvimento do Direito Internacional Penal, por meio de uma jurisdição especialmente designada para cumprir esse papel.⁴⁴⁰

Ainda que alguns autores tracem a origem do Direito Internacional Penal e da justiça penal internacional em época mais longínquas,⁴⁴¹ uma das primeiras iniciativas para criação de uma justiça penal internacional nasceu de uma proposta de Gustave Moynier, um dos fundadores da Cruz Vermelha, durante as negociações da Convenção de Genebra em 1864, relativa ao tratamento dos feridos em períodos de guerra, consistindo tal proposta na possibilidade de punição de violações especialmente graves daquela Convenção.⁴⁴² Em 1872, após a Guerra Franco-Prussiana, Moynier propôs a criação de tribunal internacional para a prevenção e punição de violações à Convenção de Genebra de 1864, com competência inclusive para proporcionar indenização às vítimas mediante requisição de um Estado-parte da Convenção.⁴⁴³

Além disso, Moynier teria insistido no fato de que a obrigação de arcar com a indenização era do indivíduo responsável pelas violações, devendo ter o Estado apenas uma responsabilidade subsidiária de pagar a indenização quando o responsável pelas violações não tivesse condição de fazê-lo.⁴⁴⁴ Contudo, apesar das ideias revolucionárias apresentadas por Moynier, ou talvez justamente em função delas, nenhum tribunal internacional ou comissão investigativa foram criados para averiguar violações à Convenção de 1864, ou qualquer outra convenção internacional de direitos humanos.

Na verdade, a primeira comissão internacional de investigação foi criada ao fim da Primeira Guerra Mundial, na Conferência de Paz de Versalhes, em 1919, tendo sido tal Conferência um dos primeiros momentos em que parecia haver uma vontade política internacional, ainda que limitada, para desenvolver uma justiça

⁴⁴⁰ SANTOS, Thomaz Francisco Silveira de Araujo. *Reparações às Vítimas no Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011, p. 27.

⁴⁴¹ GROEPI, Edoardo, "The evolution of individual criminal responsibility under international law", *International review of the Red Cross*, no. 835, 1999.

⁴⁴² SCHINDLER, Dietrich e TOMAN, Jiří. *Droit des Conflits Armés*. Genebra: Comité International de La Croix-Rouge, 1996, pp. 341-345.

⁴⁴³ HALL, Christopher K., "The First Proposal for a Permanent International Criminal Court", *International Review of the Red Cross*, n. 322, 1998, pp. 57-74.

⁴⁴⁴ BOTTIGLIERO, Ilaria. *Redress for Victims of Crime Under International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004, pp. 193-194.

penal internacional.⁴⁴⁵ Em Versalhes, os Aliados negociaram tanto a rendição da Alemanha quanto a possibilidade de submeter o Kaiser Guilherme II a um tribunal *ad hoc* para julgá-lo por “uma suprema ofensa contra a moralidade internacional e a santidade dos tratados”, conforme constava no artigo 227 do Tratado de Versalhes.⁴⁴⁶

O mandato dessa comissão, que foi oficialmente chamada de “Comissão Sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e Aplicação de Penas”, era investigar e elaborar um relatório sobre os atos ocorridos durante a guerra para averiguar a responsabilidade daqueles que iniciaram o conflito e que violaram as leis e costumes da guerra e, se fosse o caso, julgá-los no tribunal a ser criado de acordo com o Tratado de Versalhes.⁴⁴⁷ Nesse sentido, era muito mais uma preliminar de instância, que deveria, acima de tudo, averiguar a materialidade dos crimes internacionais em questão.

Contudo, a possibilidade de julgamento de Guilherme II, imperador derrotado da Alemanha, segundo o artigo 227 do Tratado de Versalhes, não se concretizou por ter o eventual réu obtido asilo na Holanda, que, à época, tinha como monarca um primo do Kaiser, e pelo fato de a Holanda negar-se a entregar Guilherme II aos Aliados, que sequer formalizaram um pedido de extradição. Ainda que os Aliados tenham alegado que a responsabilidade por não julgar o Kaiser deveria ser da Holanda por não ter aceitado entregar o acusado, dificilmente Guilherme II teria sido de fato julgado, até mesmo pela linguagem do artigo 227, que em nenhum momento define o crime cometido, fazendo apenas menção, como visto anteriormente, à “moralidade internacional” e à “santidade dos tratados”, o que inclusive daria base legal à recusa da Holanda em entregar o Kaiser aos Aliados.

Com a criação da Liga das Nações, em 1919, alguns esforços para a elaboração de convenções e a criação de um tribunal internacional devem ser aqui mencionados, ainda que tenham sido infrutíferos. Em 1937, duas convenções foram elaboradas e discutidas no âmbito da Liga, sendo uma para a prevenção do terrorismo e outra para a criação de um tribunal penal internacional. Contudo, a

⁴⁴⁵ SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 2-4.

⁴⁴⁶ Tratado de Paz de Versalhes, de 28 de junho de 1919, art. 227, Cf. BASSIOUNI, M. Cherif. “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, in *Harvard Human Rights Journal*, v. 10, 1997, pp. 14-15.

⁴⁴⁷ SCHABAS, *An Introduction*, pp. 4-6.

primeira convenção foi ratificada apenas pela Índia e a segunda não contou com a ratificação de nenhum Estado, sendo tais ideias temporariamente abandonadas.⁴⁴⁸

Ao final da Segunda Guerra Mundial, o próximo passo a ser dado, frente às atrocidades cometidas durante o conflito internacional, era proceder à criação de um tribunal internacional para julgar os criminosos de guerra. Em 1942, quando o conflito ainda se encontrava em andamento, os Aliados assinaram um acordo no Palácio de St. James criando a “Comissão das Nações Unidas para Crimes de Guerra”,⁴⁴⁹ que, por sua vez, previa a criação de um tribunal militar internacional para julgar os acusados.⁴⁵⁰ Contudo, uma vez que essa Comissão não possuía estrutura investigativa, condições materiais adequadas ou mesmo orçamento suficiente para levar a cabo suas atribuições de investigação dos crimes, os Estados seriam os responsáveis pela entrega dos relatórios, pois tinham mais condições de obter acesso a documentos e provas dos crimes, especialmente depois de obterem acesso aos campos de concentração na Alemanha e na Europa Ocidental.⁴⁵¹

Segundo o artigo 6 da Carta do Tribunal Militar de Nuremberg, de 1945, os crimes sobre os quais ele poderia exercer jurisdição eram os seguintes: a) crimes contra a paz; b) crimes de guerra; e c) crimes contra a humanidade. Desses crimes, a categoria de mais fácil e imediata definição era a dos “crimes de guerra”, pois sua menção fazia referência tanto ao direito costumeiro, como evidenciado pelas Convenções de Haia, quanto ao direito convencional, especialmente a Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 1929.⁴⁵²

A definição de “crimes contra a humanidade”, contudo, era mais complexa, tendo sido feito uso de diversas fontes formais do Direito Internacional, como costumes, tratados e princípios gerais de direito, para dar corpo à definição de uma maneira que fosse aceitável tanto para os Aliados quanto para os réus. Do contrário,

⁴⁴⁸ MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 46-47.

⁴⁴⁹ Essa Comissão, apesar do seu nome, não tinha nenhuma relação com a Organização das Nações Unidas, uma vez que esta foi fundada em São Francisco em 1945, tendo sido usada a expressão “nações unidas” para demonstrar um acordo entre os países quanto à necessidade de investigar e julgar crimes de guerra cometidos durante o conflito, Cf. BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 21-22.

⁴⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 33-34.

⁴⁵¹ MAIA, op. cit., p. 47.

⁴⁵² FERENCZ, Benjamin, “From Nuremberg to Rome: A Personal Account”, in LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (eds.). *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 48.

uma definição desse crime e a eventual condenação dos acusados sem apoio na ordem jurídica internacional existente à época dos julgamentos poderia ser considerada uma violação aos princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*, e, nesse sentido, ter sua aplicação contestada pelos acusados.⁴⁵³

A solução encontrada foi fundada em uma “extensão jurisdicional dos crimes de guerra”, segundo Bassiouni: uma vez que os crimes de guerra eram aplicados a uma determinada categoria de pessoas, especialmente civis, durante um conflito armado entre Estados, os “crimes contra a humanidade” estenderiam as mesmas proibições dos crimes de guerra à mesma categoria de pessoas protegidas dentro de um determinado Estado, desde que tais violações estivessem ligadas à existência de um conflito armado ou a crimes de guerra propriamente ditos.⁴⁵⁴ Segundo Ferencz, o Tribunal de Nuremberg justificou a aplicação desse conceito de “crimes contra a humanidade” afirmando que “a lei não é estática e, por meio de uma contínua adaptação, atende às necessidades de um mundo em transformação”, tendo dado um passo à frente na evolução do direito internacional costumeiro que era longamente aguardado.⁴⁵⁵

Finalmente, a última categoria de crime sobre a qual o Tribunal de Nuremberg poderia exercer jurisdição era a dos “crimes contra a paz”. Assim como no caso dos “crimes contra a humanidade”, não havia precedente de julgamento por “crimes contra a paz”, a não ser a tentativa frustrada de julgar o Kaiser Guilherme II ao fim da Primeira Guerra Mundial, como visto anteriormente. Conforme já exposto, segundo o artigo 6(a) da Carta do Tribunal de Nuremberg, poderiam ser julgados indivíduos que tivessem comandado ou participado de uma guerra de agressão contra outros Estados em violação de tratados e princípios do direito internacional, uma definição profundamente inspirada no Pacto Briand-Kellogg de 1928.⁴⁵⁶

Discussões sobre os reflexos políticos desse conceito antecederam sua aprovação pelos Aliados, pois, entre outros pontos, a URSS exigiu que os crimes a serem julgados fossem apenas os cometidos “pelos inimigos do Eixo”, e que essa

⁴⁵³ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 25-26.

⁴⁵⁴ A adoção desse conceito de “crimes contra a humanidade” por parte, principalmente, dos Estados Unidos demonstra que esse Estado estava disposto a rever a posição adotada durante a Conferência de Versalhes de 1919 para assegurar o julgamento e eventual condenação de criminosos nazistas. Cf. BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, p. 26.

⁴⁵⁵ FERENCZ, op. cit., p. 35.

⁴⁵⁶ PIOVESAN, op. cit., pp. 35-36.

frase constasse no texto do artigo, posição contestada pelos EUA, que afirmaram, por intermédio de Robert Jackson, à época representante norte-americano na Conferência de Londres, tratar-se a proibição do crime de agressão uma regra universal, podendo ser aplicada inclusive aos EUA.⁴⁵⁷ Contudo, os Estados Unidos decidiram ignorar sua afirmação durante o período da Guerra Fria contra a própria URSS, recusando-se a aceitar o conceito de “guerra de agressão” ou “crime de agressão”.⁴⁵⁸

Como visto anteriormente, para o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, os crimes contra a paz seria a principal conduta a ser coibida e punida por ser apenas com seu advento que outros delitos, especialmente os crimes de guerra, poderiam ocorrer. O genocídio dos judeus na Europa talvez não tivesse sido possível sem a anexação dos Sudetos em 1938, ou a invasão da Polônia por Hitler em 1939. A necessidade era, portanto, a de coibir a agressão pela sua própria natureza e pelos efeitos danosos que dela emanam.⁴⁵⁹

Apesar das falhas e insuficiências desses tribunais, tendo sido criticados por promoverem uma espécie de “justiça dos vencedores”, não se pode negar sua importância fundamental para o estabelecimento do princípio da responsabilidade penal internacional do indivíduo.⁴⁶⁰ Ademais, o *dictum* anteriormente citado do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg não deve ser interpretado no sentido de que a responsabilidade dos Estados ser substituída pela responsabilidade dos indivíduos no que tange a crimes internacionais. Na verdade, ela deve ser contextualizada em seu devido momento histórico, em que boa parte dos responsáveis diretos por aqueles crimes tentavam justificar suas condutas afirmando, apenas, estarem agindo em nome do Estado, de acordo com suas leis, e, portanto, sua conduta não poderia ser vista como criminal.

Continuar a ver o Estado com o único sujeito passível de responsabilização impediria a responsabilização dos indivíduos que de fato cometeram os crimes, mas apenas julgar os indivíduos e não o aparato burocrático-organizacional que viabilizou a perpetração daqueles crimes não seria uma resposta adequada da comunidade

⁴⁵⁷ BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 26-27.

⁴⁵⁸ DINSTEIN, op. cit., pp. 161-168.

⁴⁵⁹ CASSESE, *International Criminal Law*, pp. 321-323.

⁴⁶⁰ TOMUSCHAT, Christian, “The Legacy of Nuremberg”, *Journal of International Criminal Justice*, n. 4, 2006, pp. 830-844.

internacional. Conseqüentemente, o pronunciamento do Tribunal de Nuremberg deve ser interpretado no sentido de que a responsabilidade dos Estados é complementar à dos indivíduos e, portanto, igualmente essencial para a repressão aos crimes internacionais.

Contudo, a evolução da justiça penal internacional não foi um processo contínuo, sendo que desde o fim dos julgamentos pelo tribunais estabelecidos pelos EUA na Alemanha ocupada, em 1948, por 45 anos não houve a criação de nenhum tribunal internacional com jurisdição sobre crimes como genocídio, crimes de guerra e, acima e de tudo, agressão. Com a dissolução da URSS e o fim da Guerra Fria, um dos efeitos imediatos nas relações internacionais foram os diversos conflitos de natureza separatista, muitos deles em regiões já fortemente marcadas por conflitos étnicos que permaneceram latentes durante o período da Guerra Fria.

Entre esses conflitos, um dos que mais chamou a atenção da comunidade internacional foi o ocorrido na ex-Iugoslávia, na região dos Bálcãs, envolvendo principalmente as repúblicas da Sérvia, da Croácia e da Bósnia Herzegovina.⁴⁶¹ A gravidade do conflito étnico-nacionalista na ex-Iugoslávia chamou a atenção da comunidade internacional, tanto que em 1992 o Conselho de Segurança da ONU, que um ano antes havia classificado o conflito como “nacional”, determinou a criação de uma comissão de especialistas para investigar e angariar provas de graves violações às Convenções de Genebra e outras violações do direito internacional humanitário.⁴⁶²

O relatório que resultou dos trabalhos dessa comissão, que consistia em mais de 65.000 páginas de documentos e 3.300 de análise dos mesmos por parte dos membros da comissão, foi um dos principais elementos que levou o Conselho de Segurança da ONU a uma medida sem precedentes: a criação de um tribunal penal internacional por meio da resolução 808, na 48ª sessão do Conselho de 22 de fevereiro de 1993.⁴⁶³ O TPII, como já visto, teria jurisdição sobre graves violações de direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia desde 1991, ou seja, o TPII poderia exercer jurisdição sobre crimes ocorridos até mesmo depois

⁴⁶¹ KITTICHAISAREE, op. cit., pp. 22-27.

⁴⁶² UN Doc. S/RES/780 (1992). Cf. BASSIOUNI, “From Versailles to Rwanda”, pp. 39-41.

⁴⁶³ UN Doc. S/RES/808 (1993). Cf. BLEWITT, Graham, “International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda”, in LATTIMER, Mark e SANDS, Philippe (eds.). *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 146-157.

de sua criação, um traço que o diferenciava profundamente dos tribunais de Nuremberg e de Tóquio, criados para investigar e julgar fatos ocorridos apenas antes de seu nascimento.⁴⁶⁴

Dois anos depois de criar uma comissão para investigar crimes internacionais na ex-Iugoslávia, o Conselho de Segurança aprovou uma resolução estabelecendo uma comissão de investigação para graves violações de direito internacional humanitário ocorridas durante a guerra civil em Ruanda, inclusive com a possibilidade de atos de genocídio.⁴⁶⁵ Diferentemente do tratamento dado ao caso da ex-Iugoslávia, em que a comissão teve seu mandato estendido por diversos meses para concluir seu relatório, no caso de Ruanda em pouco mais de seis a comissão terminou seu relatório, entregou ao Conselho de Segurança e este procedeu à criação do TPIR.⁴⁶⁶

Assim como na ex-Iugoslávia, o conflito em Ruanda criou milhares de refugiados e ficou marcado pela violência e crueldade utilizada pelos extremistas hutus contra tutsis e hutus moderados, tendo sido mortas pelo menos 500 mil pessoas em um período inferior a um ano.⁴⁶⁷ Duas características próprias do TPIR o diferenciam do TPII: em primeiro lugar, a jurisdição do TPIR foi limitada ao período de 1º de janeiro de 1994 a 31 de dezembro do mesmo; em segundo lugar, como o conflito em Ruanda era uma guerra civil, violações a leis e costumes de guerra, bem como violações às Convenções de Genebra de 1949, não poderiam ser julgadas pelo tribunal, apenas violações ao artigo 3º comum às quatro Convenções e ao seu Protocolo Adicional 2, de 1977.⁴⁶⁸

Comparados aos tribunais do pós-Segunda Guerra Mundial, os tribunais *ad hoc* apresentavam certas vantagens e um sensível progresso em termos de respeito aos direitos humanos dos acusados e de independência dos Estados que apoiaram sua criação, como, por exemplo, a não-adoção da pena de morte para seus condenados e o fato de não serem tribunais militares instaurados por países vencedores de um conflito internacional, não padecendo, portanto, da mesma

⁴⁶⁴ DAVID, Eric, "The Contribution of International Tribunals for the Development of International Criminal Law", in LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (eds.). *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 354-365.

⁴⁶⁵ UN Doc. S/RES/935 (1994).

⁴⁶⁶ UN Doc. S/RES/955 (1994). Cf. BASSIOUNI, "From Versailles to Rwanda", pp. 46-47.

⁴⁶⁷ MAIA, op. cit., pp. 105-107.

⁴⁶⁸ BASSIOUNI, "From Versailles to Rwanda", pp. 47-49.

parcialidade de seus precedentes.⁴⁶⁹ Ademais, a importância desses dois tribunais *ad hoc* reside no fato de sua jurisprudência ter contribuído definitivamente para a formação do Direito Internacional Penal em diversos pontos.

O TPIR, por exemplo, foi responsável pela primeira decisão judicial internacional condenando alguém pelo crime de genocídio com o julgamento Jean-Paul Akayesu, um radialista hutu de Ruanda que, entre outros crimes, como tortura e violência sexual, fez incitamento público ao genocídio dos tutsis por meio de emissões radiofônicas, incentivando abertamente a população hutu a cometer o crime de genocídio, tendo o acusado sido condenado à pena de prisão perpétua, no caso de Ruanda, 80 anos.⁴⁷⁰ Além desse caso, outro marcante foi a condenação de Jean Kambanda, Primeiro-Ministro de Ruanda acusado de crimes contra a humanidade, incluindo morte e extermínio de civis e atentados à integridade física e psíquica de tutsis, tendo sido também condenado à prisão perpétua.⁴⁷¹

Já o TPII também proporcionou decisões importantes para o desenvolvimento do Direito Internacional Penal, como o caso de Dusko Tadic, primeira decisão do TPII, quando este afirmou ser uma regra costumeira de direito internacional que crimes contra a humanidade não devem estar ligados a um conflito armado internacional ou nacional, bastando estarem ligados a um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil para o Tribunal poder exercer jurisdição sobre o crime.⁴⁷² Também deve ser destacada a decisão no caso Furundzija, em que o TPII considerou a proibição de tortura como uma norma de *jus cogens*, caso paradigmático que influenciou a jurisprudência subsequente do próprio Tribunal e até de tribunais, como no caso Pinochet.⁴⁷³

Também poderia ter sido do TPII a primeira decisão internacional condenando um chefe de Estado por crimes contra a humanidade, mas Slobodan

⁴⁶⁹ Contudo, no caso do TPII, foram apenas julgados os crimes de guerra cometidos pelos sérvios ou por bósnios-sérvios contra bósnios-muçulmanos, por exemplo, não tendo sido tomada, contudo, qualquer ação judicial internacional em relação aos bombardeios da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) em Belgrado, em 1999, a título de intervenção humanitária em prol do Kosovo, semelhante ao que ocorreu em Nuremberg e em Tóquio, em que não foram julgados os bombardeios dos Aliados em Dresden, o massacre de prisioneiros de guerra alemães em Dachau e, acima de tudo, as duas bombas atômicas lançadas sobre Hiroshima e Nagasaki, cf. KLINGHOFFER, Arthur Jay; KLINGHOFFER, Judith Apter. *International Citizens' Tribunals: mobilizing public opinion to advance human rights*. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2002, pp. 21-23.

⁴⁷⁰ Caso Akayesu, ICTR 96-4, Cf. RATNER; ABRAMS, op. cit., pp. 204-205.

⁴⁷¹ Caso Kambanda, ICTR 97-23, Cf. MAIA, op. cit., pp. 11-113.

⁴⁷² Caso Tadic, IT-94-1-D, Cf. CASSESE, *International Law*. pp. 439-442.

⁴⁷³ Caso Furundzija, IT-95-17/1-T, cf. CASSESE, *International criminal Law*, pp. 149-152.

Milosevic faleceu no cárcere antes de seu julgamento.⁴⁷⁴ Ainda no que diz respeito ao ex-presidente, em sua defesa perante o tribunal ele apresentou diversos argumentos contestando a jurisdição do TPII, considerando-o um tribunal de exceção e com fins políticos,⁴⁷⁵ mostrando mais uma vez ser necessário haver um tribunal internacional permanente e independente que fosse apto a julgar crimes cometidos após sua entrada em vigor.⁴⁷⁶

Nesse sentido, o grande passo rumo à consolidação da justiça penal internacional com a criação do TPI 2002. Contando, atualmente, com 120 Estados parte ao Estatuto de Roma, ainda que países de importância fundamental nas relações internacionais, não tenham ainda se tornado parte desse tratado, como EUA, a Rússia, a China e Israel.⁴⁷⁷ O Estatuto de Roma contém os fundamentos primordiais de um sistema de Direito Internacional Penal, sendo de importância fundamental o princípio da responsabilidade penal individual consagrado no texto do artigo 25: “De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas naturais”.

Do ponto de vista de uma teoria geral do Direito Internacional Penal, os crimes internacionais são compostos por dois elementos: i) a conduta, como elemento objetivo ou *actus reus*, tratando-se de um ato ou uma omissão contrária a uma regra que impõe uma conduta específica; e ii) o componente psicológico, como elemento subjetivo ou *mens rea*, necessário para determinação da culpabilidade.⁴⁷⁸ O que, contudo, distingue os crimes internacionais dos crimes comuns previstos nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados é o “contexto de violência organizada de tais crimes”, que potencializam sua gravidade, o fato de que são punidos em nome da comunidade internacional como um todo, uma vez que chocariam a

⁴⁷⁴ MARKOVIC, Milan. “In the interests of justice? A critique of the ICTY Trial Court’s decision to assign counsel to Slobodan Milosevic”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 18, 2005, pp. 947-949.

⁴⁷⁵ A legalidade do estabelecimento do TPII pelo Conselho de Segurança da ONU, bem como a primazia de sua jurisdição sobre tribunais nacionais, foram afirmadas pelo próprio TPII no Caso Tadic, o que, para muitos críticos, constitui-se em um caso de “auto-justificação da própria conduta”, Cf. KITTICHAISAREE, op. cit., pp. 23-24; e NASSAR GUIER, Edgar. “El Fundamento Jurídico y la Competência del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia”, in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília: UnB, julho/dezembro de 2006, ano XLIX, nº 104/106, pp. 73-96.

⁴⁷⁶ MARKOVIC, op. cit., pp. 950-952.

⁴⁷⁷ Para a lista atual dos Estados Partes do Estatuto de Roma, conferir <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/> (acesso em 31/03/2012).

⁴⁷⁸ CASSESE, *International Criminal Law*, pp. 53-75

consciência dessa mesma comunidade.⁴⁷⁹

Tendo em vista essa natureza particular dos crimes internacionais, são, obviamente, poucos os crimes que correspondem a essas exigências e, conseqüentemente, podem ser enquadrados como crime dessa natureza. Acima de tudo, doutrina, jurisprudência e costumes e convenções internacionais estabelecem como crimes dessa ordem crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, agressão e tortura, esta última categoria podendo ser vista também no contexto mais amplo das duas primeiras categorias.⁴⁸⁰

Os crimes de guerra são violações graves de normas costumeiras ou de convencionais pertencentes ao Direito Internacional Humanitário, especialmente as Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais de 1977. É fundamental lembrar aqui que eles só podem ser cometidos no contexto de um conflito armado, seja ele de caráter internacional ou não-internacional.⁴⁸¹ O crimes de guerra, especialmente os cometidos em conflitos armados de caráter não internacional, tem cada vez aumentado, ultrapassando o que era historicamente elencado pelas Convenções da Haia de 1899 e 1907, especialmente sobre armamentos proibidos, para hoje também proibir, por exemplo, o uso de *dumdum bullets*, ou munição, em conflitos armados de caráter não-internacional.⁴⁸² Logo, a categoria dos crimes de guerra permaneceria em contínua expansão no âmbito do Direito Internacional Penal e do Direito Internacional Humanitário, visando, nesse sentido, a proteção tanto de combatentes quando de pessoas fora de combates,

⁴⁷⁹ O preâmbulo do Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional estabelece que os Estados Partes do presente Estatuto resolveram pela criação por reconhecerem que “os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional”, sendo essa a própria razão de ser do Direito Internacional Penal, cf. SCHABAS, *An Introduction*, pp. 26-36.

⁴⁸⁰ Alguns autores, como Antonio Cassese, acrescentam a esse grupo o crime de terrorismo, tendo, inclusive, o Tribunal Especial para o Líbano se manifestado sobre a existência de um conceito de terrorismo no Direito Internacional Costumeiro, decisão que foi fortemente debatida e duramente criticado por parte da doutrina não ser um reflex adequado da atual evolução do Direito Internacional público, cf. GILLET, Mathew; SCHUSTER, Matthias. “Fast-track Justice: The Special Tribunal for Lebanon Defines Terrorism”, *Journal of International Criminal Justice*, agosto de 2011, p. 1-32.

⁴⁸¹ Nesse sentido, é importante aqui ressaltar que, desde a decisão no caso Tadic pelo TPII, é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência internacionais que os crimes de guerra consistem em uma grave violação de uma regra costumeira ou convencional do Direito Internacional Humanitário que prevê a responsabilidade penal do indivíduo que a cometeu.

⁴⁸² Conforme decidido na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, realizada em Kampala, na Uganda, de 31 de maio a 10 de junho de 2010, pela document RC/WGOA/1/Rev.2, Anexo 2, de 4 de junho de 2010, disponível em <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/ReviewConference/> (Acesso em 20/11/2011).

como civis, enfermos e feridos.

Por sua vez, os crimes contra a humanidade encerram um extenso rol de condutas, que muitas vezes coincidem com as dos crimes de guerra, mas que se destes por três grandes motivos: i) crimes contra a humanidade, como o próprio nome diz, são ofensas particularmente graves por constituírem um atentado à dignidade humana; ii) fazem parte ou devem ser cometidos no contexto de uma prática sistemática ou generalizada de abusos contra uma população civil como uma verdadeira política estatal, ou no mínimo tolerada ou aquiescida por um Estado; e iii) são puníveis tanto em tempos de guerra quanto de paz. Nesse último ponto, percebe-se uma evolução quando em comparação com os crimes contra a humanidade conforme julgados pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, pois a Carta de Londres, em seu artigo 6(c), condicionava a jurisdição do Tribunal sobre tais crimes se eles fosse perpetrados “em consequência de ou em conexão com” crimes de guerra e, acima de tudo, crimes contra a paz.⁴⁸³

Acima de tudo, os crimes contra a humanidade são identificados por grande parcela da doutrina como graves violações do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse sentido, compreendem, entre outras ações, homicídio, extermínio, escravidão, tortura, deportação forçada, estupro e a perseguição de um grupo por motivos políticos, raciais, étnicos, religiosos ou culturais, bem como outros atos desumanos não especificados que causem grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física e moral de uma pessoa.⁴⁸⁴

Já o genocídio é a prática de um dos cinco atos descritos no artigo 2 da Convenção sobre o Genocídio de 1948, e reproduzido no artigo 6 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, praticado com a intenção de destruir, em todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Para William Schabas, por exemplo, o genocídio é “crime dos crimes”, expressão que resulta dos horrores ocorridos no século XX, dentre os quais podem ser destacados a quase total destruição dos armênios pela Turquia, o Holocausto perpetrado pela Alemanha Nazista contra o povo judeu na Europa, os massacres praticados pela ditadura da Guatemala contra os indígenas maias e, mais recentemente, o extermínio de

⁴⁸³ CASSESE, *International Criminal Law*, p. 102.

⁴⁸⁴ KOLB, Robert. *Droit international penal: précis*. Bruxelas: Bruylant, 2008, pp. 91-114; KITTICHAISAREE, op. cit., pp. 85-128.

milhares de tutsis por hutus em Ruanda.⁴⁸⁵

Um característica fundamental do crime de genocídio, e que o distingue das demais categorias de crimes tratadas até aqui é o seu *dolus specialis*, ou seja, um dolo específico, que consiste na intenção de destruir um grupo específico enquanto tal.⁴⁸⁶ Nesse sentido, a vítima seria perseguida não por suas características individuais, mas pelo simples fato de ser membro de um grupo. Logo, ainda que o crime seja praticado contra as vítimas, individual ou coletivamente, seu alvo central é o grupo como tal.⁴⁸⁷ Nesse sentido, segundo a decisão do TPII no caso Krstic, a “destruição parcial” de um grupo deve ser substancial, mas que isso não pode ser estabelecido apenas pelo número de vítimas, que seria apenas o ponto de partida, devendo ser levados em conta outros elementos, como, por exemplo, a extensão daquela parte em relação ao grupo como um todo.⁴⁸⁸

Por fim, o crime de tortura merece um comentário específico, dada sua autonomia em relação aos crimes acima descritos, de modo que o ato de torturar configura crime internacional que prescinde da caracterização de crime de guerra ou crime contra a humanidade. Ou seja, a tortura pode ser considerada um crime internacional ainda que praticada fora de um contexto de um conflito armada ou de uma prática estatal generalizada ou sistemática contra uma população civil, tratando-se sua proibição, ademais, de uma norma de *jus cogens*.⁴⁸⁹

Contudo, a definição do crime de tortura foi resultado de uma longa evolução, tendo passado pela Convenção Contra a Tortura, de 1984, e, acima de tudo, pelo trabalho de tribunais internacionais e domésticos em casos como Furundzija, Kunarac, julgados pelo TPII, Pinochet, julgado pela Câmara dos Lordes, no Reino Unido, e Selmouni, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos.⁴⁹⁰ Além disso, o conceito de tortura também evoluiu para se tornar extremamente amplo, não

⁴⁸⁵ SCHABAS, William. *Genocide in International Law: the crime of crimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 14-50.

⁴⁸⁶ TPII, Prosecutor v. Akayesu, TC, Julgamento 2 setembro 1998, parágrafo 498.

⁴⁸⁷ CASSESE, *International Criminal Law*, p. 137.

⁴⁸⁸ TPII, Prosecutor v. Krstic, IT-98-33, TC, Julgamento de 2 agosto de 2001, parágrafos 12-13.

⁴⁸⁹ DE WET, Erika, “The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and its Implications for National and Customary Law”, *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 1, 97-121.

⁴⁹⁰ TPII, Prosecutor v. Furundzija, IT-95-17/1, TC, Julgamento em 10 dezembro 1998; TIPEI, Prosecutor v. Kunarac et al., IT-96-23-T, TC, Julgamento em 22 fevereiro 2001; House of Lords, Regina v. Bartle and the Commissioner of the Police for the Metropolis and others EX Parte Pinochet (Pinochet II), 24 março 1999, 20 HRLJ, (1999); Corte Europeia de Direitos Humanos, Selmouni v. France, 7 julho 1999.

necessitando em sua essência estar mais vinculado à ação de um agente estatal, consistindo, acima de tudo, em um ato ou omissão que causa profunda dor ou sofrimento, físico ou mental, cometido com um propósito proibido.⁴⁹¹

Tal evolução pôde inclusive ser observada no desenvolvimento da jurisprudência do TPII, pois, inicialmente, no caso *Furundzija*, ainda que o Tribunal reconheceu a proibição da tortura como uma norma de *jus cogens*, também entendeu ainda haver a necessidade da participação de um agente estatal para a configuração do crime. Isso, contudo, mudou com a decisão no caso *Kunarac*, em que o Tribunal reinterpretou a proibição da tortura no âmbito do Direito Internacional Humanitário afirmando que o ato de tortura é repreensível em si mesmo, por sua própria natureza, independentemente de quem o comete, não podendo, portanto, ser justificado em qualquer circunstância.⁴⁹²

Essa rápida revisão sobre os principais crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma foi para mostrar, por um lado, a existência de um regime de responsabilização penal internacional consolidada para os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade, o crime de genocídio e o crime de tortura, regime esse também apoiado na existência de tribunais penais internacionais *ad hoc*, responsáveis pelo desenvolvimento e consolidação de extensa e rica jurisprudência sobre crimes internacionais. Por outro lado, no entanto, é possível constatar que as únicas bases para construção de um regime de responsabilização penal internacional do indivíduo para o crime de agressão eram as Cartas e a jurisprudência dos tribunais militares internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial, pois apenas eles possuíam jurisdição sobre “crimes contra a paz”. Portanto, a interpretação e a aplicação sobre o crime de agressão podem ter por base os tribunais militares internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial, mas devem ir além, tomando por base especificamente as disposições do Estatuto de Roma e, agora, os termos aprovados na Conferência de Revisão de Campala.

Para tanto, deve-se identificar a elaboração do Estatuto de Roma e a consequente criação do TPI como dois marcos na institucionalização da justiça

⁴⁹¹ KITTICHAISAREE, op. cit., pp. 110-112.

⁴⁹² TPII, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac and others*. TC, 22 fevereiro 2001 (TJ), §§ 490-492; SANDOZ, Yves; SWINARSKI, Christophe; ZIMMERMANN, Bruno (ed.) *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Convention de Genève du 12 août de 1949*. Genebra: Martinus Nijhoff, 1986, pp. 1397-1398.

penal internacional. Em primeiro lugar, o Estatuto de Roma deve ser visto como um “código penal internacional”, contendo os princípios gerais do Direito Internacional Penal, tipificando os principais crimes internacionais e estabelecendo as formas de imputação da crime aos indivíduos responsáveis.⁴⁹³ E, em segundo lugar, sua interpretação e aplicação cabe ao TPI, a instituição especificamente designada para cumprir tal objetivo, tendo sua jurisdição estabelecida pelo próprio Estatuto.⁴⁹⁴

No que diz respeito especificamente à responsabilização penal internacional pelo crime de agressão, sua base será a interpretação do Estatuto de Roma, devidamente acrescido do texto das emendas aprovadas em Campala. Deve-se, no entanto, ter em mente que alguns dos princípios de responsabilização previstos no Estatuto de Roma podem não ser plenamente aplicáveis ao crime de agressão. Entre algumas das disposições do Estatuto de Roma e sua eventual aplicação no caso de agressão, destacam-se os princípios da responsabilidade penal individual do artigo 25, e a questão dos elementos psicológicos do agente do artigo 30.

Como afirmado anteriormente, o artigo 25 do Estatuto estabelece as diferentes formas de participação em relação aos crimes internacionais, desde a autoria direta do crime, até a contribuição para a prática ou tentativa de prática de um crime por um grupo de pessoas com um objetivo. Por sua vez, a resolução aprovada em Campala inclui um parágrafo 3 *bis* ao artigo 25 do Estatuto, que afirma:

3 *bis*. Em relação ao crime de agressão, as disposições do presente artigo se aplicarão apenas a pessoas em uma posição para efetivamente exercer controle sobre ou dirigir a ação política ou militar de um Estado.⁴⁹⁵

Na prática, a exigência de uma condição de liderança é uma disposição já consagrada nos tribunais militares do pós-Segunda Guerra Mundial, especialmente os constituídos de acordo com a Lei do Conselho de Controle nº 10. Tal fórmula foi usada, por exemplo, pelo Tribunal no caso “The United States of America vs. Wilhelm von Leeb, et al”, conhecido como caso do “Alto Comando”, por ter envolvido comandantes militares de cometer “guerras de agressão”, tendo o Tribunal em

⁴⁹³ AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional: Basis para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, pp. 143-164.

⁴⁹⁴ AMBOS, Kai. “Establishing and International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint”, *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 519-544; SANTOS, op. cit., pp. 28-35.

⁴⁹⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Conferência de Revisão de Campala, Resolução 6, Anexo I, Emenda 6.

questão afirmado que a criminalidade da guerra de agressão estaria limitada apenas a “indivíduos no nível de elaboração de políticas”, ou “policy-making”, no original, enquanto demais subordinados seriam apenas instrumentos para implementação daquela política agressiva.⁴⁹⁶

A principal diferença diz respeito, como visto anteriormente, ao grau ou intensidade do controle exercido: enquanto em Nuremberg a criminalidade estaria vinculada à capacidade da pessoa de “moldar ou influenciar” a conduta do Estado, em Campala haveria a ideia de “controle efetivo”. Isso, no entanto, não deve ser entendido como limitando a responsabilidade a militares, por exemplo, ou apenas a ministros de Estado, chefes de governo ou chefes de Estado. O exame de uma situação concreta indicará se determinado indivíduo exerce efetivamente ou não o controle sobre a ação política ou militar do Estado.

Por exemplo, um líder político que, segundo a constituição do seu país, não é formalmente chefe de Estado ou chefe de governo, mas, na prática, é quem de fato exerce o poder, se enquadraria na definição do parágrafo 3 *bis* a ser acrescentado ao artigo 25 do Estatuto.⁴⁹⁷ Por outro lado, um chefe de Estado de função puramente cerimonial, que não influi nas ações ou decisões políticas ou militares de seu Estado poderia não ser considerado como alguém em condição de liderança e, portanto, não ser julgado pelo crime de agressão.

A interpretação sobre o conteúdo material da condição de liderança caberá, portanto, ao TPI. Contudo, alguns autores criticaram a decisão em Campala por afastar-se da jurisprudência dos tribunais militares internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial, pois diversos réus julgados e condenados nesses tribunais não eram os líderes efetivos em vários dos crimes cometidos, mas “moldaram e influenciaram” a própria ação dos seus Estados.⁴⁹⁸ Segundo a visão dos defensores da expressão “moldar ou influenciar”, ela permite alcançar um número maior de atores políticos, militares e até mesmo econômicos que são necessários para a

⁴⁹⁶ HELLER, “Retreat from Nuremberg”, pp. 486-487.

⁴⁹⁷ Um caso que se enquadraria nessas circunstâncias envolveu o Coronel Muammar Qaddafi, que, Segundo a Constituição da Líbia, não era seu chefe de Estado ou de governo, mas, de fato, era quem representava internacionalmente seu Estado em encontros ministeriais e conferências internacionais, cf. CASSESE, *International Law*, p. 248.

⁴⁹⁸ HELLER, “Retreat from Nuremberg”, p. 488; KRESS, “The crime of aggression before the first review of the ICC Statute”, p. 855; KRESS, HOLTZENDORFF, op. cit., pp. 1189-1190.

execução de um ato de agressão, ainda que possuam controle formal e efetivo sobre a ação do Estado.

Entre as expressões “moldar ou influenciar” e “efetivamente exercer controle”, a fórmula que garante maior segurança jurídica e, conseqüentemente, mais respeita as exigências básicas advindas do princípio da legalidade, estabelecido no artigo 22 do Estatuto de Roma, e, ademais, seu parágrafo 2 afirma:

A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será aplicada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.⁴⁹⁹

Em suma, a condição de liderança, a ser incluída no Estatuto de Roma quando da entrada em vigor das emendas sobre o crime de agressão, é uma mais precisa e clara do ponto de vista técnico. De qualquer maneira, o TPI tem a prerrogativa da interpretação das disposições do Estatuto e, com base em tal poder e nos termos do artigo 22(2), tem poder para esclarecer dúvidas que ainda permaneçam quanto ao sentido de tal expressão.

Por sua vez, o artigo 30 do Estatuto de Roma estabelece os princípios básicos da *mens rea* para os crimes internacionais, ou seja, os elementos subjetivos do crime:

1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e com conhecimento de seus elementos materiais.
2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem:
 - a) relativamente a uma conduta, se propuser a adotá-la;
 - b) relativamente a um efeito do crime, se propuser a causa-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal de acontecimentos.
3. Nos termos do presente artigo, entende-se por “conhecimento” a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões “ter conhecimento” e “com conhecimento” deverão ser entendidas em conformidade.⁵⁰⁰

Para fins do crime de agressão, a *mens rea* específica, ou seja, o *animus aggressionis*,⁵⁰¹ já foi identificado pela jurisprudência dos tribunais militares

⁴⁹⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de Roma, 1998, Art. 22(2).

⁵⁰⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Estatuto de Roma, 1998, Art. 30.

⁵⁰¹ CASSESE, *International Law*, p. 273.

internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial, afirmando que, enquanto não houver uma “intenção agressiva”, não se poderia falar no crime correspondente. Segundo Dinstein, a identificação de tal intenção deve ser realizada apenas entre os poucos indivíduos que definem os rumos do Estado, ou seja, apenas aqueles que efetivamente exercem controle em relação a ação política do Estado. Nesse sentido, uma pessoa que não tem conhecimento pessoal da política agressiva, mesmo realizando atos, por exemplo, de preparação para uma agressão não poderia, em tese, ser julgado e punido pelo crime de agressão.⁵⁰²

Com os elementos apresentados e analisados, demonstra-se que ao menos a definição do crime de agressão atende às expectativas depositadas na Conferência de Revisão de Campala e, nesse ponto específico, pode ser considerada como um acontecimento histórico na evolução do Direito Internacional Penal semelhante ao que foi a própria Conferência de Roma de 1998.⁵⁰³ No entanto, em relação às condições para o exercício de jurisdição do TPI sobre o crime, deve ser vista com menos otimismo e mais realidade. Do ponto de vista do objetivo geral da tese, ainda que o conceito do crime de agressão satisfaça os requisitos necessários para que possa falar em uma complementaridade entre os regimes de responsabilidade do Estado e do indivíduo, a responsabilização deste enfrentará diversos obstáculos.

Na prática, as maiores possibilidades de responsabilização internacional do Estado e do indivíduo pela agressão seriam mediante a ação do Conselho de Segurança. Quanto ao Estado que cometesse o ato, o Conselho de Segurança adotaria uma resolução condenando a ação do Estado, exigindo o fim do comportamento ilícito e impondo reparações pelos danos causados, semelhante à sua condenação do bombardeio de Israel em Túnis, em 1985.⁵⁰⁴ Já quanto a indivíduos possivelmente responsáveis pelo ato de agressão, o Conselho de Segurança determinaria, até mesmo na própria resolução que condena o ato do Estado, o encaminhamento daquela situação ao TPI, por sua vez semelhante a suas decisões nas situações envolvendo o Sudão, de 2005,⁵⁰⁵ e a Líbia, de 2011.⁵⁰⁶

⁵⁰² DINSTEIN, op. cit., pp. 146-147.

⁵⁰³ BLOKKER, KREE, op. cit., pp. 889-895; POLITI, op. cit., pp. 268-268.

⁵⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS. Resolução 573 do Conselho de Segurança, 4 de outubro de 1985.

⁵⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS. Resolução 1593 do Conselho de Segurança, 31 de março de 2005.

Dessa forma, além de condenar a própria ação do Estado, o Conselho de Segurança estabeleceria as condições para o exercício de jurisdição do TPI nos termos do artigo 15 *ter* das emendas aprovadas em Campala. No atual cenário, esta seria a melhor forma de complementaridade entre os regimes de responsabilidade internacional do Estado e do indivíduo pelo crime de agressão.

⁵⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS. Resolução 1970 do Conselho de Segurança, 26 de fevereiro de 2011.

CONCLUSÃO

A agressão, pela sua própria natureza, envolve a ação do Estado e do indivíduo. Não pode ocorrer a não ser pela ação do Estado, que por sua vez só pode agir por meio de pessoas. A diferença reside, no entanto, em relação aos regimes jurídicos próprios do Direito Internacional que governam a conduta de Estados e indivíduos e que, caso desrespeitados, estabelecem as normas pelas quais esses mesmos sujeitos serão responsabilizados.

O ato de agressão é, indiscutivelmente, um ilícito internacional. Além disso, como afirmado anteriormente, é uma violação de uma norma imperativa do Direito Internacional geral, que, por sua vez, acarretaria a responsabilidade internacional agravada do Estado. Já o crime de agressão, parafraseando o famoso *dictum* do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, não é apenas um crime internacional, mas o crime internacional supremo.

Além disso, nos tribunais militares internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial foi o principal crime pela qual os acusados foram condenados, e, como os demais crimes previstos no Estatuto de Roma do TPI, sua proibição é reconhecida como sendo uma norma de *jus cogens*. Nesse sentido, uma vez que a conduta do Estado e do indivíduo acabam por violar a mesma norma imperativa de Direito Internacional Público, a responsabilização desses dois sujeitos deve se dar maneira complementar.

Como se demonstrou na parte I da presente tese, o regime adequado para responsabilizar o Estado de agressão seria o responsabilidade internacional agravada, consagrada pelo Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado da CDI, aprovado em 2001. Além disso, como demonstrado, uma das consequências jurídicas possíveis da ocorrência de um ato de agressão seria a própria ativação da jurisdição sobre o crime de agressão. Logo, o primeiro objetivo específico da tese, demonstrar a aplicabilidade da responsabilidade internacional agravada do Estado para atos de agressão, foi alcançado.

Por sua vez, na parte II da tese o objetivo específico era analisar a evolução dos debates sobre o conceito de crime de agressão e averiguar se os resultados obtidos na Conferência de Revisão de Campala eram positivos do ponto de vista do regime de responsabilização penal internacional do indivíduo. Por um lado, a

definição do crime de agressão foi adotada com poucos percalços, mantendo um paralelismo material com a Definição de Agressão de 1974, que, aliás, serviu como base para a elaboração do próprio elemento material do crime.

Por outro lado, as condições para exercício de jurisdição do TPI sobre o crime de agressão foram muito afetadas, especialmente nos casos de denúncia de Estados-parte e iniciativa do Procurador. Da maneira como foram elaboradas as condições para exercício de jurisdição, torna-se extremamente difícil ao TPI julgar o crime de agressão sem uma determinação expressa do Conselho de Segurança nesse sentido. Logo, um objetivo de diversas delegações presentes em Campala, tornar o TPI independente em relações ao Conselho de Segurança para fins de julgamento do crime de agressão, foi alcançado apenas parcialmente, pois, conforme demonstrado, os casos em que o TPI poderia agir mesmo sem autorização do Conselho de Segurança seriam muito poucos.

No sentido de tentar viabilizar a responsabilização de indivíduos pelo crime de agressão, foi sugerida uma pequena alteração ao texto do artigo 15 *bis* da emenda sobre as condições para exercício de jurisdição. A alteração principal seria a eliminação da possibilidade de um Estado parte declarar o não reconhecimento da jurisdição sobre o crime de agressão, substituindo-a por uma cláusula permitindo aos Estados que não fossem partes do Estatuto reconhecer a jurisdição do TPI para aquele crime de agressão em questão. Dessa forma, ampliando o regime do artigo 15 *bis*, estaria sendo corrigido um desequilíbrio criado em Campala, muito em virtude de uma tentativa das delegações de atenderem simultaneamente a interesses muitas vezes conflitantes entre si.

De qualquer maneira, a Conferência de Revisão de Campala teve como resultado positivo a tipificação do crime de agressão, que traz ao “mundo penal” o conceito consagrado na Resolução 3314 da Assembleia Geral da ONU, de 1974. Por si mesmo, tal fato já assume importância histórica, ao menos semelhante ao da aprovação final do texto do Estatuto de Roma em 17 de julho de 1998. No entanto, a maneira como o TPI lidará com tema da responsabilidade pelo crime de agressão é algo pelo qual será necessário esperar mais alguns anos, até, pelo menos, 1º de janeiro de 2017, data a partir da qual poderia o TPI exercer jurisdição sobre o crime.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o objetivo geral, demonstrar a adequação da complementaridade entre os regimes de responsabilidade internacional para o

caso da agressão foi alcançado. As dificuldades para que tal complementaridade se concretize de forma plena no âmbito do Direito Internacional, no entanto, permanecem, especialmente no âmbito político internacional. Em primeiro lugar, o Conselho de Segurança, o órgão competente para declarar a ocorrência ou não de atos de agressão, tomou poucas decisões nesse sentido durante os seus quase 67 de existência e atividade. Em segundo lugar, do ponto de vista do Direito Internacional Penal, em razão de nenhum tribunal penal internacional *ad hoc* criado pelo Conselho de Segurança ter jurisdição sobre o crime de agressão, as únicas condenações de indivíduos por esse remetem aos tribunais militares internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial.

Percebe-se, portanto, que, independentemente de haver ou não a possibilidade jurídica de complementaridade entre os regimes de responsabilidade, é necessário, antes de mais nada, construir condições viabilizem a possibilidade política dessa complementaridade. Por um lado, pode-se interpretar que as indicações das situações do Sudão e da Líbia ao TPI demonstram uma vontade maior daquele órgão cooperar com a consagração da justiça penal internacional. Por outro, a ausência de decisões do Conselho de Segurança condenando atos que seriam, *prima facie*, de agressão evidencia que o cenário político internacional ainda não se encontraria maduro para efetivamente responsabilizar Estados por atos de agressão. Em suma, as incertezas da política internacional, como é esperado, acabam por afetar as próprias bases sobre as quais se apoia o Direito Internacional.

Do ponto de vista das emendas sobre o crime de agressão, um certo pessimismo pode ser justificado. Quando, por exemplo, se analisa a questão da jurisdição segundo o artigo 15 *bis*, mais um problema surge, pois se a emenda do crime de agressão não ampliou os poderes do Conselho de Segurança além do já existente poder de suspender um processo ou investigação nos termos do artigo 16 do Estatuto, ela, de certa maneira admitiu a exigência do consentimento do Estado agressor como pré-requisito ao exercício jurisdicional.

Em primeiro lugar, há, como já visto, a possibilidade já analisada de um Estado Parte do Estatuto de Roma fazer uma declaração de não-aceitação e, assim, deixar seus nacionais imunes à jurisdição do TPI. Aparentemente, Estados como França e Reino Unido já se manifestaram em Campala no sentido de não

reconhecer a jurisdição sobre o crime de agressão. Em segundo lugar, o TPI não tem competência sobre o crime de agressão cometido por nacionais ou no território dos Estados não Partes do Estatuto de Roma, a exemplo de Rússia, Estados Unidos, China e Israel, conforme o disposto no parágrafo 5 do artigo 15 *bis*. Tais características tornam a ratificação dessa emenda sobre o crime de agressão indesejável, já que um Estado aderente pode ser atacado, em seu território, e o TPI não ter competência em matéria de agressão, ao contrário do que ocorreria em caso de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

No entanto, o pessimismo quanto à possibilidade de se responder efetivamente aos casos mais graves de uso da força nas relações internacionais não pode impedir que se veja os avanços conquistados desde, pelo menos, o final da Segunda Guerra Mundial. Entre alguns exemplos de surpresas positivas em relação à força do Direito Internacional frente aos interesses políticos de alguns atores contrários a sua independência podemos citar o próprio exemplo do TPI. Se alguém, ao final da Conferência de Roma, em 17 de julho 1998, sugerisse que o Estatuto aprovado depois de intensos debates com concessões da mais variada ordem em nome do consenso entraria em vigor após 4 anos, a reação de quem ouvisse tal afirmação seria, no mínimo, de puro ceticismo, ou, até, de escárnio ante a ingenuidade alheia. No entanto, em 1º de julho de 2002, com o depósito do 60º instrumento de ratificação, o Estatuto entrou em vigor e viabilizou a criação do TPI, contra todas as expectativas.

Além disso, quando o pessimismo é direcionado aos resultados de Campala, pode-se analisar a situação de outra forma. França e Reino Unido, mencionados acima como Estados que manifestaram interesse em declarar o não reconhecimento da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão, viram-se em determinado momento politicamente isolados em Campala, por serem os únicos Estado Partes do Estatuto a defenderem o poder exclusivo do Conselho de Segurança de declarar ou não a ocorrência de um ato de agressão. Mesmo isolados em suas posições, em vez de romper com o consenso sobre as emendas, aprovaram-nas juntamente com as demais delegações.

Em suma, há elementos para fundamentar tanto o pessimismo realista quanto o otimismo ingênuo em relação a uma efetiva responsabilização internacional por agressão do Estado e do indivíduo. A questão, no entanto, é que a

complementaridade entre os regimes de responsabilidade internacional não é apenas uma realidade, mas, no caso específico da agressão, uma necessidade, em razão da sua própria natureza.

O desafio que permanece é o de implementar as emendas adotadas em Campala e viabilizar a jurisdição do TPI para o maior número de casos possíveis no prazo mais curto possível, e isso demandará os esforços político-diplomáticos de todos os Estados que desejam ver consagrada a justiça internacional. Logo, Campala não foi apenas o final de um longo caminho na definição do crime de agressão, mas também o início de uma árdua jornada visando à ativação da jurisdição do TPI sobre tal crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AMBOS, Kai. "Establishing and International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint", *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 519-544.

AMBOS, Kai. "The Crime of Aggression After Kampala", *German Yearbook of International Law*, vol. 53, 2010, pp. 463-510.

AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional: Basis para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005.

ANAND, Ruchi. *Self-Defense in International Relations*. Londres: Palgrave Macmillan, 2009.

ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

ANTONOPOULOS, Constantine. "Whatever happened to Crimes Against Peace?", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 6, n. 1, 2001, pp. 33-62.

AREND, Anthony Clark; BECK, Robert J. *International law and the use of force: beyond the UN Charter paradigm*. Londres: Routledge, 1993.

ARMSTRONG, David; FARRELL, Theo; LAMBERT, Hélène. *International Law and International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

ARONEANU, Eugene. *La Définition de L'Aggression*. Paris: Editions Internationales , 1958.

AZEVEDO, Luis H. Cascelli. *Ius Gentium em Francisco Vitória: a Fundação dos Direitos Humanos e do Direito Internacional na tradição tomista*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARNABÉ, Gabriel Ribeiro. "Hugo Grotius e as relações internacionais: entre o direito e a guerra", *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, vol. 15, 2009, pp. 27-47.

BARNETT, Randy E. "Foreword: Judicial Conservatism v. A Principled Judicial Activism", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 10, n. 2, 1987, pp. 273-294.

BARRIGA, Stefan; KRESS, Klaus (eds.) *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 132-133.

BASSIOUNI, M. Charif, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", *Law & Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1997, pp. 63-74.

BASSIOUNI, M. Cherif. "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997.

BAYLIS, John; WIRTZ, James J.; GRAY, Colin S.; COHEN, Eliot. (eds.) *Strategy in the contemporary world: an introduction to strategic studies*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

BEAUCHOT, R. *Cicéron: Oeuvres choisies*. Paris: Librairie A. Hatier, 1940.

BEDERMAN, David J. *International Law in Antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

BIANCHI, Andrea, "State Responsibility and Criminal Liability of Individuals", in CASSESE, Antonio (ed.) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 16-24.

BIANCHI, Andrea. "Ferrini v. Federal Republic of Germany", *American Journal of International Law*, vol. n. 1, 2005, pp. 242-248;

BLOKKER, Niels; KRESS, Claus. "A Consensus Agreement on the Crime of Aggression: Impressions from Kampala", *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, pp. 889-895.

BOISTER Neil; CRYER, Robert (eds.) *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 679-807.

BOISTER, Neil; CRYER, Robert. *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 28-33.

BONAFÈ, Beatrice I. *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

BOTTIGLIERO, Ilaria. *Redress for Victims of Crime Under International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004.

BOWDEN, Brett, "The Colonial Origins of International Law. European Expansion and the Classical Standard of Civilization", *Journal of the History of International Law*, n° 7, 2005, pp.1-23;

BROWNLIE, Ian. *International Law and the use of force by States*. Oxford: Clarendon Press, 1963.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam (eds.). *Hugo Grotius and International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 1992;

BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB/IPRI; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

BUSH, Jonathan A., “‘The Supreme ... Crime’ and its origins: the lost legislative history of the crime of aggressive war”, *Columbia Law Review*, vol. 102, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “The Primacy of International Law Over Force”, in *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 177-179.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “Complementarity between State responsibility and individual responsibility for grave violations of human rights: the crime of State revisited.” In: RAGAZZI, Maurizio (ed). *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 253-269.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASSESE, Antonio (ed.) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CASSESE, Antonio. *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CASTRO, Marcus Faro de. *Política e relações internacionais*. Brasília: Editora da UnB, 2005.

CAVALLAR, Georg, “Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel: Accomplices of European Colonialism or True Cosmopolitans?”, *Journal of the History of International Law*, nº 10, 2008, pp. 181-209.

CHENG, Bin. *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*. Londres: Steve & Sons Limited, 1953.

CHESNEY, Robert. “Who May Be Killed? Anwar al-Awlaki as a Case Study in the International Legal Regulation of Lethal Force”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 13, 2010, pp. 3-60.

CLARK, Roger S. “Ambiguities in article 5(2), 121, and 123 of the Rome Statute”, *Case Western Journal of International Law*, vol. 41, 2009, pp. 412-427.

CLARK, Roger S. “Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June, 2010”, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 2, 2010, pp. 699-707.

CLARK, Roger S. "Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements, and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It", *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 4, 2009, pp. 1108-1109.

CLARK, Roger S., "Rethinking Aggression as a Crime and Formulating its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 883-885.

CLAUSEWITZ, Carl Von. *De la Guerre*. Trad. Denise Naville. Paris: Les Éditions de Minuits, 1955.

CORACINI, Astrid Reisinger. "The International Criminal Court's Exercise of Jurisdiction over the Crime of Aggression – at Last... in Reach... Over Some", *Göttingen Journal of International Law*, vol. 2, 2010, p. 12.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

CUTLER, A. Claire, "The 'Grotian Tradition' in international relations", *Review of International Studies*, nº 17, 1991, pp. 41-65.

DANNENBAUM, Tom. "Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers", *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, n. 1, 2010, pp. 113-192.

DE WET, Erika, "The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and its Implications for National and Customary Law", *European Journal of International Law*, vol. 15, 2005, n. 1, 97-121.

DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Allain. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 2003.

DINIZ, Eugênio. "Epistemologia, História e Estudos Estratégicos: Clausewitz versus Keegan", *Contexto Internacional*. vol. 32, n. 1, janeiro/junho 2010, pp. 39-90;

DINSTEIN, Yoram. *War, Aggression, and Self-Defense*. 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

ELBE, Joachim Von. "The Evolution of the Concept of Just War in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 33, Nº 4.

FERENCZ, Benjamin B. *Defining International Aggression: The search for world Peace. A documentary history and analysis*. Vol. 1. Nova Iorque: Oceana, 1975, pp. 200-202.

FERENCZ, Benjamin. *New Legal Foundations for Global Survival: Security Through the Security Council*. Nova York: Oceana Publications, 1993.

FERNANDES, Jean Marcel. *A promoção da paz pelo Direito Internacional Humanitário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

FINCH, George A., "The Nuremberg Trial and International Law", *American Journal of International Law*, vol. 41, n. 1, 1947.

FLETCHER, George P. "Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt", *Yale Law Journal*, vol. 111, 2002, pp. 1499-1573.

FOCARELLI, Carlo. "Federal Republic of Germany v. Giovanni Mantelli and Others. Order no. 14201", *American Journal of International Law*, vol. 103, n. 1, 2009, pp. 122-131.

FRANCK, Thomas. "Individual criminal liability and collective civil responsibility: do they reinforce or contradict one another?", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 6, 2007.

GAJA, Giorgio. "Obligations *erga omnes*, international crimes and *jus cogens*: a tentative analysis of three related concepts", In: WEILER, Joseph H. H.; CASSESE, Antonio; SPINEDI, Marina (eds.). *International Crimes of State: a critical analysis of the ILC's draft article 19 on State responsibility*. Berlin, Nova Iorque: de Gruyter, 1988, pp. 151-160.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. "O Crime Compensa? Acerca da viabilidade da noção de crimes internacionais no Direito Internacional", *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 37, No. 147, jul./set. 2000.

GILBERT, Geoff, "The Criminal Responsibility of States", *International and Comparative Law Quarterly*, v. 39, 1990, pp. 359-360.

GILLET, Mathew; SCHUSTER, Matthias. "Fast-track Justice: The Special Tribunal for Lebanon Defines Terrorism", *Journal of International Criminal Justice*, agosto de 2011, p. 1-32.

GOODMAN, Ryan, "Humanitarian Intervention and the Pretexts for War", *American Journal of International Law*, v. 100, n. 1, 2006, pp. 107-141.

GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GROEPI, Edoardo, "The evolution of individual criminal responsibility under international law", *International review of the Red Cross*, no. 835, 1999.

GROSS, Leo, "The Criminality of Aggressive War", *American Political Science Review*, vol. 41, n. 2, 1947, pp. 218-220;

HALL, Christopher K., "The First Proposal for a Permanent International Criminal Court", *International Review of the Red Cross*, n. 322, 1998, pp. 57-74.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HELLER, Kevin Jon, "Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression", *European Journal of International Law*, vol. 18, n. 3, pp. 477-480.

HELLER, Kevin Jon. "Uncertain Legal Status of the Aggression Understandings", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, pp. 229-258.

HELLER, Kevin Jon. *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 179-202.

HUCK, Hermes Marcelo. *Da Guerra Justa à Guerra Econômica: uma revisão sobre o uso da força no direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

IWANIEK, Tomasz, "The 2003 Invasion of Iraq: How the system failed", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, n. 1, 2010, pp. 89-116.

KACKER, Devyani. "Coming Full Circle: The Rome Statute and the Crime of Aggression", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 33, 2010, pp. 874-878.

KAMTO, Maurice. *L'Agression en Droit International*. Paris: Pedone, 2010.

KEARNEY, R. D.; DALTON, R. E., "The Treaty on Treaties", *American Journal of International Law*, vol. 64, 1970.

KELSEN, Hans. *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*. Trad. Florencia Acosta. México: Editora Nacional, 1974.

KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Trad. Ulrich Dresel e Gilma Antonio Bedin. Rev. Arno Dal Ri Junior. Ijuí: Unijuí, 2010.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1949.

KEMP, Gerhard. *Individual Criminal Liability for the Crime of Aggression*. Antuérpia: Intersentia, 2010.

KENNEDY, David. "The move to institutions", *Cardozo Law Review*, vol. 8, n. 5, abril de 1987.

KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

KLINGHOFFER, Arthur Jay; KLINGHOFFER, Judith Apter. *International Citizens' Tribunals: mobilizing public opinion to advance human rights*. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2002.

KOLB, Robert. *Droit international penal: précis*. Bruxelas: Bruylant, 2008.

KRASNER, Stephen. *Sovereignty: organized hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

KRESS, Claus, "The German Chief Federal Prosecutor's Decision Not to Investigate the Alleged Crime of Preparing Aggression Against Iraq", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, pp. 245-264.

KRESS, Claus; VON HOLTZENDORFF, Leonie. "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, pp. 1179-1217.

KRESS, Claus. "The Crime of Aggression Before the First Review of the ICC Statute", *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, 2007, pp. 855-856.

KUNZ, Joseph, "Bellum Justum and Bellum Legale", *American Journal of International Law*, Vol. 45, nº 3, 1951.

LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (eds.). *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006.

LAUTERPACHT, Hersch, "The Grotian Tradition in International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1946, pp. 1-53;

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *O nascimento do Direito Internacional*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARKOVIC, Milan. "In the interests of justice? A critique of the ICTY Trial Court's decision to assign counsel to Slobodan Milosevic", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 18, 2005.

MAY, Larry. *Aggression and Crimes Against Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

MCMAHAN, Jeff, "Aggression and Punishment", in MAY Larry (ed.) *War: essays in political philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 68-78.

MENEZES, WAGNER. *Derecho internacional en América Latina*. Brasília: FUNAG, 2010.

MERON, Theodor, "Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suárez", *American Journal of International Law*, Vol. 85, nº 1, 1991.

MERON, Theodor, "Shakespeare's Henry the Fifth and the Laws of War", in *American Journal of International Law*, vol. 86, n. 1, 1992, p. 1-45.

MERON, Theodor. *Bloody Constraint: war and chivalry in Shakespeare*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998.

METTRAUX, Guénaél (ed.) *Perspectives on the Nuremberg Trial*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 120-166.

MEZZANOTTI, Gabriela. *Direito, Guerra e Terror – Os novos desafios do Direito Internacional pós 11 de setembro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MILANOVIC, Marko. “Aggression and Legality: Custom in Kampala”, *Journal of International Criminal Justice*, v. 10, 2012, pp. 165-187.

MURPHY, Sean D. “Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 4, 2009, pp. 1155-1156.

MURPHY, Sean D. “Criminalizing Humanitarian Intervention”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 41, 2009, pp. 341-377;

NASSAR GUIER, Edgar. “El Fundamento Jurídico y la Competência del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia”, in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília: UnB, julho/dezembro de 2006, ano XLIX, nº 104/106, pp. 73-96.

NEFF, Stephen C. *War and the Law of Nations: A General History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

NOLLKAEMPER, André; VAN DER WILT, Harmen (eds.) *System Criminality in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

NOLLKAEMPER, André. “Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.52, 2003.

NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949.

O’CONNELL, Mary Ellen; NYAZMATOV, Myrakmal. “What is Aggression? Comparing *Jus ad Bellum* and the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, pp. 201-206.

OPPENHEIM, Lassa; LAUTERPACHT, Hersch (ed.) *International law*. 7^a ed., v. 2., 1952.

PADOVAN, Gisela Maria Figueiredo. *Diplomacia e uso da força: o painéis do Iraque*. Brasília: FUNAG, 2010.

PAYANDEH, Mehrdad. “The Concept of International Law in the Jurisprudence of H. L. A. Hart”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2010, pp. 967-995.

PELLA, Vespasian. *La criminalité collective des États et le Droit Penal de l’avenir*. Bucarest: Imprimerie de L’État, 1925.

PELLET, Alain. “Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 1999, p. 425-434.

PETTY, Keith, "Sixty Years In The Making: The Definition of Aggression for the International Criminal Court", *Hastings International and Comparative Law Journal*, v. 31, 2008, pp. 17-22.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PROENÇA JR., Domício; DUARTE, Érico Esteves. "Os estudos estratégicos como base reflexiva da defesa nacional", *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 50, n.1, 2007, pp. 29-46

RAMOS, Francisco M. Tomás. *A idéia de Estado na doutrina ético-política de Santo Agostinho: um estudo epistolário comparado com o "De Civitate Dei"*. São Paulo: Edições Loyola, 1984.

RATNER, Steven; ABRAMS, Jason. *Accountability for Human Rights Atrocities: Beyond the Nuremberg Legacy*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

REICHBERG, Gregory M., "Preventive War in Classical Just War Theory", *Journal of the History of International Law*, nº 9, 2007.

REINOLD, Theresa. "State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post-9/11", *American Journal of International Law*, vol. 105, 2011, pp. 244-286.

RESIS, Albert. "The Fall of Litvinov: Harbinger of the German-Soviet Non-Aggression Pact", *Europe-Asia Studies*, Vol. 52, n. 1, 2000, pp. 33-56;

RÖLING, B. V. A.; CASSESE, Antonio. *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemonger*. Cambridge: Polity Press, 1994.

SANDOZ, Yves; SWINARSKI, Christophe; ZIMMERMANN, Bruno (ed.) *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Convention de Genève du 12 août de 1949*. Genebra: Martinus Nijhoff, 1986.

SANDS, Phillippe (ed.) *From Nuremberg to the Hague: The Future of International Criminal Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SANTOS, Thomaz Francisco Silveira de Araujo. *Reparações às Vítimas no Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

SCHABAS, William, "Origins of the Criminalization of Aggression: How Crimes Against Peace Became the 'Supreme International Crime'", in POLITI, Mauro; NESI, Giuseppe (ed.) *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*. Ashgate: 2004, pp. 17-21.

SCHABAS, William, "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008.

SCHABAS, William. "State Policy as an Element of International Crimes", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, n. 3, 2008, pp. 953-982.

SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. 2^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SCHABAS, William. *Genocide in International Law: the crime of crimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

SCHABAS, William. *The UN International Criminal Tribunals: Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 3-46.

SCHACHTER, Oscar. "Self-Defense and the Rule of Law", *American Journal of International Law*, v. 83, 1989.

SCHINDLER, Dietrich e TOMAN, Jiří. *Droit des Conflits Armés*. Genebra: Comité International de La Croix-Rouge, 1996.

SCHMITT, Carl. *El crimen de guerra de aggression en el Derecho internacional y el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"*. Bueno Aires: Hammurabi, 2006.

SCHUSTER, Mathias, "The Rome Statute and the Crime of Aggression: a Gordian Knot in Search of a Sword", *Criminal Law Forum*, v. 14, 2003.

SCOTT, James Brown. *Francisco de Vitoria and his Law of Nations*. Oxford: Clarendon Press, 1934.

SELLARS, Kirsten, "Delegitimizing Aggression: First Steps and False Starts After the First World War", *Journal of International Criminal Justice*, v. 10, 2012.

SHAH, Niaz A. *Self-Defense in Islamic and International: Assessing Al-Qaeda and the invasion of Iraq*. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2008, pp. 92-101.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SHELTON, Dinah. "Normative Hierarchy in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 100, n. 2, 2006.

SILVA, Júlio César Dolce da. "Os conceitos de Clausewitz aplicados aos estudos estratégicos do mundo contemporâneo", *Revista da Escola Superior de Guerra*, ano XIII, n. 36, 1998, pp. 185-194.

SOLERA, Oscar. "The Definition of Aggression: Lessons Not-Learned", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 42, 2009-2010.

STAHN, Carsten, "'Jus ad bellum', 'jus in bello'... 'just post bellum'? – Rethinking the conception of the Law of Armed Force", *European Journal of International Law*, Vol. 17, nº7, 2007.

STAHN, Carsten. "The 'End', the 'Beginning of the End' or the 'End of the Beginning'? Introducing Debates and Voices in the Definition of Aggression", *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, pp. 875-882.

STEIN, Mark S. "The Security Council, the International Criminal Court and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Council's Power to Determine Aggression?", *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 16, 2005, pp. 1-36.

STONE, Julius "Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression", *American Journal of International Law*, v. 71, 1977, pp. 228-231.

STRAPATSAS, Nicolaos. "Rethinking General Assembly Resolution 3314 (1974) as a Basis for the Definition of Aggression under the Rome Statute of the ICC", in OLUSANYA, Olaoluwa. *Rethinking International Criminal Law: The Substantive Part*. Gröningen: Europa Law Publishers, 2007, pp. 153-190.

SUBEDI, Surya P. "The Concept in Hinduism of 'Just War'", *Journal of Conflict & Security Law* (2003), Vol. 8, nº 2, pp. 339-361.

TOMUSCHAT, Christian, "The Legacy of Nuremberg", *Journal of International Criminal Justice*, n. 4, 2006, pp. 830-844.

TRAHAN, Jennifer, "The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference", *International Criminal Law Review*, vol. 11, 2011, pp. 54-60;

Um diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra?, apres. Deisy de Freitas Lima Ventura e Ricardo Antônio Silva Seitenfus. Santa Maria: FADISMA, 2005.

VALENTE, Pe. Milton. *L'Étique stoïcienne chez Cícéron*. Paris: Librairie Saint-Paul, 1958.

VAN SCHAACK, Beth, "Negotiating at the Interface of Power & Law: The Crime of Aggression", 49 *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 49, 2011, pp. 505-601.

VILLALPANDO, Santiago, "The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law", *European Journal of International Law*, vol. 21, n. 2, 2010, pp. 387-419.

WALSER, Ray. "The Crisis in the Andes: Ecuador, Colombia and, Venezuela", *Heritage Lectures*, n. 1080, 2 de maio de 2008, texto integral disponível em <http://www.heritage.org/research/lecture/the-crisis-in-the-andes-ecuador-colombia-and-venezuela> (Acesso em 28/02/2012).

WALTZ, Kenneth. *O homem, o Estado e guerra: uma análise teórica*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEINBERG, Gehrard L. *Germany and the Soviet Union, 1939-1941*. Leiden: Brill, 1954.

WEISBORD, Noah, "Prosecuting Aggression", *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n. 1, 2008.

WELLS, Donald A. "How Much Can 'Just War' Justify?", *The Journal of Philosophy*, Vol. 66, No. 23, 1969, pp. 819-829.

WELLS, H. G. *The war that will end war*. Londres: Frank & Cecil Palmer, Red Lion Court, E.C., 1914.

WERLE, Gerhard. "Individual Criminal Responsibility in Article 25 of the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 953-975.

WILSON, Page. *Aggression, Crime and International Security: moral, political and legal dimensions of international politics*. Londres: Routledge, 2009.

WOLLSCHLAEGER, Daria P.; PEDROZO, Raul A. *International Law and the Changing Character of War*. International Law Studies, vol. 87. Newport: Naval War College, 2011, pp. 315-358 e 487-496

WRIGHT, Quincy, "The concept of Aggression in International Law", *American Journal of International Law*, v. 29, n. 3, 1935, pp. 373 -395.

WRIGHT, Quincy, "The Law of the Nuremberg Trial", *American Journal of International Law*, vol. 41, n. 1, 1947, pp. 66-67.

WRIGHT, Quincy. *A Study of War*. 2 v. Chicago: University of Chicago Press, 1942.

YASUAKI, Onuma. "When was the Law of International Society Born? An inquiry of the history of International Law from an intercivilizational perspective", *Journal of the History of International Law*, nº 2, 2000.

ZINN, Howard. *A People's History of the United States*. Nova Iorque: Harper Collins, 1980.

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bósnia-Herzegovina v. Sérvia e Montenegro), ICJ Reports, 26 de fevereiro de 2007.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*. (Nicaragua v. EUA), ICJ Reports 1986, 27 de junho de 1986.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Case concerning the armed activities on the territory of the Congo*. (Congo v. Uganda), ICJ Reports 2005, 19 de dezembro de 2005.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. (Bélgica v. Espanha) (Segunda Fase), ICJ Reports 1970, 5 de fevereiro de 1970.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinião Consultiva, ICJ Reports, 8 de julho de 1996.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Caso da Fábrica de Chorzów, Julgamento do Mérito (Alemanha vs. Polônia), PCIJ 1928, A. 17, 26 de julho de 1927.

TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG. Julgamento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 1º de outubro de 1946, reproduzido em *American Journal of International Law*, vol. 41, n. 1, 1947.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA, Caso Krstic, IT-98-33, TC, Julgamento de 2 agosto de 2001.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA, Caso Kunarac et al., IT-96-23-T, TC, Julgamento em 22 fevereiro 2001.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Caso Furundzija, IT-95-17/1-T, Julgamento em 10 dezembro 1998.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Caso Tadic, IT-94-1-D.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Caso Kambanda, ICTR 97-23.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PENAL PARA RUANDA. Caso Akayesu, ICTR 96-4.

INSTRUMENTOS E DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentary*. Texto adotado pela Assembléia Geral da ONU, GA Res. 56/83.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, *paragraph (1) of the commentary of the Commission to Article 50 of its draft Articles on the Law of Treaties*, ILC Yearbook, 1966-II, p. 247.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Parte Dois, p. 23.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Draft Articles on State Responsibility with commentaries thereto adopted by the International Law Commission on First Reading*, 1997.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part Two.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Draft code of offences against the peace and security of mankind (Part I) Extract from the Yearbook of the International Law Commission, 1951, vol. II.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1954, vol. II.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Draft Statute for an International Criminal Court, *Yearbook of the International Law Commission*, 1994, vol. II (Part Two), p. 11.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martii Koskenniemi*. UN, A/CN.4/L682, 13 de abril de 2006.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, para. 97.

CONSELHO DE CONTROLE DOS ALIADOS. Lei n. 10 do Conselho de Controle dos Aliados, 1945.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 1945.

INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Institut de Droit International, Session de Santiago*, (2007), 10th Commission 10th Commission. “Problèmes actuels du recours à la force en droit international – A. Sous-groupe sur la légitime défense”, Rapporteur Emmanuel Roucouas. Paris: Pedone, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas, 24 de outubro de 1945.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 1088, 12 de dezembro de 1996, S/RES/1088 (1996).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 386, 17 de março de 1976, S/RES/386 (1976).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 411, 30 de junho de 1977, S/RES/411 (1977).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 455, 23 de novembro de 1979, S/RES/455 (1979).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 455, 23 de novembro de 1979, S/RES/455 (1979).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 473, 4 de outubro de 1985, S/RES/473 (1985).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 577, 6 de dezembro de 1985, S/RES/577 (1985).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 611, 25 de abril de 1988, S/RES/611 (1988).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 827, 25 de maio de 1993, S/RES/827 (1993).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU, Resolução 955, 8 de novembro de 1994, S/RES/955 (1994).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Documents of the United Nation Conference on International Organization*, Vol. vi, 1945.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Report of Mr. Paul-Boncour, Rapporteur, on Chapter VIII, Section B, Doc. 881 (English) III/3/46, 10 June 1945, United Nations Conference on International Organization, Vol. 12, p. 505,

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Res. 2625 (XXV), A/8082, 24 de outubro de 1970.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 3314, UN Doc. A/9615 (1974).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução da Assembleia Geral A-RES-174(II), 27 de novembro de 1947.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução da Assembleia Geral da ONU, A/RES/599(VI), 31 de janeiro de 1952.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES, *The Monthly Summary of the League of Nations* (1933), Vol. XIII, n. 2, Anexo Doc. Conf. D/C.G.38.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. "Convention Defining Aggression", reproduzido em *American Journal of International Law*, vol. 27, 1933, pp. 192-195.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. “Official documents: General Pact for the Renunciation of War”, reproduzido em *American Journal of International Law*, suplemento, v. 23, 1929, pp. 1-13.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. “Official documents: Multilateral Treaty for the Renunciation of War”, reproduzido em *American Journal of International Law*, v. 22, suplemento, 1928, pp. 109-113;

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Pacto Briand-Kellogg, de 27 de agosto de 1928.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Pacto da Sociedade das Nações, 1919.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Protocolo para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais, 2 de outubro de 1924, disponível em <http://www.unhcr.org/refworld/docid/40421a204.html> (acesso em 23.10.2011).

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Tratado de Paz de Versalhes, de 28 de junho de 1919,

TRATADO DE WESTPHALIA, celebrado em Münster, 24.10.1648, artigos III, CXXIII e CXXIV, disponível em http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp (Acesso em 18.10.2011).

TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG. Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 8 de agosto de 1945.

TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DO EXTREMO ORIENTE. Carta do Tribunal do Militar Internacional do Extremo Oriente, 26 de abril de 1946.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 17 de julho de 1998.

ANEXOS

Anexo 1 – Resolução 3314 da Assembleia Geral da ONU de 14 de dezembro de 1974, com a Definição de Agressão.

Anexo 2 – Resolução n. 6 da Conferência de Revisão de Campala sobre as emenda para o crime de agressão, de 11 de junho de 2010.