
A GUERRA AÉREA E O DIREITO

A GUERRA AÉREA E O DIREITO

1. A guerra é hoje, fundamentalmente, concebida como uma luta armada entre Estados.

A enfática colocação entre vírgulas do advérbio de modo obedece ao propósito de pôr em evidência que a feição interestadual, se por um lado a distingue das hostilidades privadas mediáveis, por outro, dada a intrínseca identidade dos valores envolvidos, não obsta à aplicabilidade dos princípios que regem guerra a conflitos intra-estaduais (como os movimentos de independência e as guerras civis) ou supra-estaduais (como as operações bélicas desencadeadas pela ONU).

A mesma feição comunica-lhe, além disso, carácter público e fá-la cair sob a alçada de regulamentação jurídica consequente. Regulamentação quer estabelecida pelo Direito Internacional, quer contida nos ordenamentos internos de diversos Estados; e tanto engendrada e amadurecida por uma longa prática, como contida em regras escritas.

2. Na exposição que vai seguir-se haverá ocasião de sumariamente referir como e porquê, e em termos gerais com que consequências, assim pôde acontecer e assim continua a suceder.

Primordial relevo será concedido à guerra aérea e à regulamentação para ela internacionalmente proposta, por ser o domínio em que maior fluidez persiste e em que mais radicais são as dúvidas quanto ao futuro.

Principiar-se-á por delimitar as áreas em que o Direito procura enquadrar a guerra, fazendo ressaltar os rasgos principais de uma evolução não linear cuja nota dominante tem sido a frequente falta de coincidência entre os princípios proclamados e a prática seguida.

Aludir-se-á depois às regras e limitações a que o emprego do poder aero-espacial se deve em princípio, e de modo genérico, subordinar.

Far-se-á menção, por fim, das tendências que afectam a disciplina jurídica aplicável à guerra em geral, e em particular à guerra aérea.

I

3. A regulamentação jurídica da guerra é, em si mesma, mais antiga do que a regulamentação jurídica das relações pacíficas. O que significa não tanto que a guerra tenha sido a primeira forma de contacto entre os povos (o que em não poucos casos, no entanto, será historicamente exacto), mas que foi por certo o domínio em que mais cedo a necessidade se fez sentir de impor um mínimo de ordem e de refrear excessos.

Ainda hoje a uma regulamentação para tempo de guerra, abreviadamente denominada Direito da Guerra (*ius belli*), o Direito Internacional Público contrapõe uma regulamentação para tempo de paz, de modo homólogo designada, por elipse, Direito da Paz (*ius pacis*).

O Direito da Guerra constitui um corpo normativo especial. Enquanto durarem as hostilidades, certas regras para tempo de paz são substituídas pelas que o Direito da Guerra prescreve. A substituição é parcial e temporária: restringe-se ao exigido pelo estado de beligerância e termina com a cessação dele, assinalada pela conclusão da paz. Em tudo o mais, continuará a ser aplicável o Direito Internacional Público para tempo de paz.

Coisa semelhante se passa no âmbito dos Direitos internos, onde também vigoram leis para tempo de guerra e leis para tempo de paz.

Até à Grande Guerra, a faculdade de fazer a guerra e de celebrar a paz (*ius ad bellum*) era olhada como inerente à soberania dos Estados. Contrariando o esforço persistente despendido desde S. Agostinho pelo magistério cristão para fazer aceitar a distinção entre guerras justas e guerras injustas, a regra seguida era a da absoluta discricionariedade, que aos Estados acudia. Como em 1880 escrevia um reputado internacionalista, não ficava ao Direito Internacional outra alternativa «senão aceitar a guerra como uma relação que as partes podem constituir entre si, independentemente da justiça da sua origem, tendo tão somente de se limitar a regular os efeitos que dela decorrem» (1).

A par desta faculdade assim discricionariamente entendida, o Direito da Guerra compreendia ainda regras de acordo com as quais se deveria desenvolver a actividade bélica, incluindo a determinação dos sujeitos a qualificar

(1) — W. E. Hall, *International Law* — Londres (8.^a ed., por P. Higgins — 1924) p. 82. A 1.^a ed. é de 1880.

como beligerantes ou como neutros; a delimitação do teatro da guerra; a discriminação entre combatentes e não-combatentes: a especificação das pessoas e coisas sobre as quais a violência bélica podia recair e aquelas que por ela deviam ser poupadas; a proibição de certos modos e do emprego de certos meios de combate; o tratamento a dispensar a prisioneiros, feridos, náufragos e doentes; e a responsabilização do Estado agressor. Estas regras formavam o *ius in bello*.

A partir do final do primeiro quartel do presente século o *ius ad bellum* foi porém dissociado do *ius in bello* e transformado no mais importante sector do Direito Internacional Público para tempo de paz. Nele passaram a incluir-se os pressupostos, as circunstâncias e os limites em função dos quais a faculdade de desencadear a guerra poderá ser licitamente exercida — abrangendo como tópicos fundamentais a condenação da guerra, a sua prevenção, os meios pacíficos de solução de diferendos e conflitos internacionais, e as sanções e medidas compulsórias correspondentes.

O *ius in bello*, de seu lado, viu também alargada a área de aplicação pela adição da responsabilização dos fautores da guerra, e daqueles que no decorrer dela violem os princípios e as regras aceites sobre a forma de a prosseguir, à tradicionalmente atribuída ao Estado agressor. Ficou assim demarcado o espaço dos genericamente denominados crimes de guerra, que além dos crimes de guerra em sentido estrito compreende também o crime da guerra.

As fontes de que promana a actual disciplina do *ius ad bellum* e do *ius in bello* continuam a ser umas consuetudinárias e, outras, convencionais.

Estados há que não reconhecem todas ou algumas dessas regras costumeiras ou que não ratificaram ou aderiram aos textos em que as segundas se contém; ou ainda que, por reservas feitas ou cláusula geral, delas em certas circunstâncias se podem considerar libertos.

As regras seguidas em caso de conflito não são por isso sempre as mesmas, se bem que de um modo geral, quanto aos países do primeiro e segundo mundos e mesmo alguns do terceiro, parte das normas consuetudinárias e pactícias tenham sido incorporadas nos respectivos Direitos internos, dando lugar a códigos, colectâneas, manuais e leis de guerra completados por regulamentos e instruções, ou a simples regulamentos ou instruções avulsas, respeitantes ao comportamento a observar pelas suas forças em campanha ou no desempenho de missões operacionais.

4. A evolução que conduziu à situação actual, assim em linhas gerais descrita, foi acidentada e sacudida por não poucos retrocessos.

Na sùmula das matérias abarcadas pelo *ius gentium* que compôs S. Isidoro, o erudito arcebispo da Sevilha visigòtica da primeira metade do séc. VII, o Direito das Gentes legado pelo mundo antigo era já, na parte que prefigurava o Direito Internacional Público contemporâneo, um Direito da Guerra e da Paz; e um Direito da Guerra e da Paz em que a parte relativa á guerra se avantajava de modo notório pela maior extensão e pela minúcia dos assuntos discriminados (*).

Com o dobrar dos séculos não se ia alterar esta importância relativa. Um milénio decorrido sobre a sùmula de S. Isidoro, Grócio intitularia a sua obra principal, vinda a lume em 1625, *De iure belli ac pacis*. Nela com resignado desencanto reconhecia não haver outro remédio senão deixar aos Estados a classificação das suas próprias guerras; e ser lícita a utilização de quaisquer modos de combate, desde que conducentes aos fins da guerra (†).

O recuo é manifesto em relação à distinção que após o saque de Roma, em 410, pelos visigodos de Alarico, S. Agostinho procurara assentar entre guerra justa e guerra injusta no que toca ao *ius ad bellum* (‡), e que oito séculos mais tarde seria retomada por S. Tomás de Aquino (§), alcançando a plenitude nos escritos dos teólogos-juristas espanhóis dos sécs. XVI e XVII, em particular o dominicano Vitória (¶) e o jesuíta Suarez (‡) que entre nós, em Coimbra, ensinou.

Mas de igual modo o é quanto ao *ius in bello*, como um pouco mais de decorrido um século e mais cruamente do que Grócio o resumiria o seu compatriota Bynkershoek, ao escrever que contra o inimigo, como inimigo, tudo é válido (§§).

(*) — *Ius gentium est sedium occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, foedera pacis, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita. Et inde ius gentium, quia eo iure omnes fere gentes utuntur.* — *Etymologiae, Origines ou Etymologiarum libri XX*, — L. V, cap. 6. Desta obra conhece-se perto de um milhar de cópias manuscritas, a atestar a sua larga difusão.

(†) — *In bello omnia licere quae necessaria sunt ad finem belli* — L. III, 1. 2.

(‡) — *De civitate Dei* — IV, 4. e 6.; e XIX, 12.

(§) — *Summa Theologica* — Quaest. XL, *De Bello*.

(¶) — *Relecciones Theologicae — De indis e De iure Hispanorum in Barbaros* — Lião (ed. póst.-1557).

(‡) — *De Legibus ac Deo Legislatore* — Coimbra (1612).

(§§) — *In hostes, qua hostes, omnia licet.* — *Quaestiones Iuris Publici* (1737) V. I.

A preponderância das exigências da soberania e dos interesses dinásticos, ocultados por detrás da «razão de Estado», enche o séc. XVIII. É a este propósito particularmente elucidativo o relato da prática internacional traçado pelo alemão Moser, de acordo com metodologia muito próxima da que viria a ser adoptada pelo positivismo jurídico (*).

Ao morrer o séc. XIX, a guerra continuava a ser fundamentalmente tida como acto discricionário, de cuja legitimidade só o Estado, cada Estado, era o juiz. Desde meados do século que se esboçava e ganhava terreno, não obstante, o movimento no sentido da humanização da guerra. O *ius in bello* adquire a feição de direito humanitário e enriquece-se, a partir de então, progressivamente. É, em 1856, a Declaração de Paris sobre guerra marítima (°); em 1864, a premiar a tenacidade do filantropo suíço Henri Dunant que ficara durante a segunda guerra da independência italiana profundamente impressionado com o prático abandono e os indizíveis sofrimentos a que os rudimentares serviços de saúde votavam os doentes e os feridos (1), é a primeira Convenção de Genebra (2), de que resultará a criação da Cruz Vermelha Internacional e que, mais de uma vez revista depois (3), foi o ponto de arranque do Direito Humanitário actual, contido nas quatro Convenções de Genebra de 1949 sobre feridos, prisioneiros, náufragos, e populações civis (4); é a Declaração de S. Petersburgo, de 1868 (5), que proibiu a utilização em armas ligeiras de projecteis explosivos ou carregados com matérias fulminantes ou inflamáveis.

Numa linha paralela, surgem por esta mesma altura as compilações, os códigos, os manuais, os regulamentos e as instruções de guerra. Iniciam a lista as instruções redigidas em 1863 para as tropas nortistas, então empenhadas na Guerra da Secessão, pelo professor de ciência e história política Franz Lieber, alemão de nascimento mas naturalizado norte-americano. Segue-se-lhe após a guerra franco-prussiana de 1870 a convocação, a instâncias da Rússia, de uma conferência internacional para deliberar

(*) J. J. Moser. *Principes du droit des gens actuel en temps de paix* (1750) e *Principes du droit des gens actuel en temps de guerre* (1752).

(°) Assin. a 16Abr.

(1) Particularmente pungente é o testemunho da batalha de Solferino (1859), que deu á estampa num livro de enorme repercussão na época, *Le souvenir de Solferino*.

(2) Assin. a 22Ago. por doze Estados, entre os quais Portugal.

(3) Convs. 6Jul. 1906 e 27Jul. 1929.

(4) Assin. a 12Ago. Dois protocolos adics., de 1977.

(5) — Assin. a 11Dez.

sobre a elaboração de um código das leis de guerra. A conferência chegou a reunir em 1874 em Bruxelas, mas o projecto gorou-se pela oposição da Inglaterra e de algumas pequenas potências presentes, a que vieram somar-se complicações entretanto surgidas no Oriente. A Declaração de Bruxelas, que da conferência resultou, viria no entanto a ser utilizada pelo prestigioso Instituto de Direito Internacional como trabalho preparatório para a redacção, em 1880, do *Manuel des Lois de La Guerre Terrestre*. Este manual serviria por seu turno de modelo a outros manuais e códigos, depois publicados por muitos países; e constituiria a base sobre que procurariam estabelecer regras de observância comum para a guerra terrestre, a guerra naval, e de modo incidental para a então incipiente guerra aérea, as duas Conferências da Paz reunidas na Haia em 1899 e 1907 — a primeira convocada pela Rússia e, a segunda, pelos Estados Unidos com o apoio russo.

O trabalho produzido pelas duas Conferências da Paz foi notável, saldando-se em duas convenções e três declarações, aprovadas pela primeira, e em treze convenções (algumas em substituição dos textos aprovados em 1899 e outras sobre matérias novas) e uma declaração, votadas pela segunda. O alcance prático relativamente ao *ius in bello* ficou contudo antecipadamente prejudicado não apenas em razão da chamada cláusula Martens, que ao remeter para o direito consuetudinário, as leis de humanidade e os ditames da consciência pública como direito subsidiário ⁽¹⁶⁾ abriu a porta à incerteza da regulamentação a aplicar a situações e casos não previstos; mas ainda por efeito da condição *si omnes*, segundo a qual o disposto nos textos aprovados só será aplicável nos conflitos em que todos os participantes estejam por elas obrigados. Ora não só os Estados que assinaram as convenções de 1899 eram em menor número e não foram os mesmos que vieram assinar as de 1907, como o número destes últimos representa menos de um terço do número de Estados soberanos hoje existentes. Acontece, além disso, que alguns dos Estados signatários (entre eles parte dos intervenientes na Grande Guerra de 1914-18) não chegaram a ratificar ou ratificaram unicamente alguns desses textos. As disposições de 1907 continuaram apesar disso a ser invocadas senão propriamente como direito convencional em vigor, pelo menos como expressão de uma tendência para a uniformização dos regimes aplicáveis às matérias versadas, constituindo

(16) — Cfr. IV Conv., preâmbulo.

plataforma sobre a qual é possível reunir o consenso de um crescente número de Estados.

O mesmo viria, em termos gerais, a acontecer com a Declaração Naval de Londres, de 26 de Fevereiro de 1909. A Declaração não chegou a entrar em vigor, mas passou a ser considerada como compendiação do direito costumeiro aplicável no sector.

5. Fazendo o balanço dos resultados alcançados na segunda parte do século passado e no período que antecedeu a Grande Guerra, um autor soviético de nomeada observava há um pouco mais de uma dezena de anos que o «espaço reservado às questões da guerra era [nessa época] maior do que o atribuído às relações pacíficas. Entre as inumeráveis convenções internacionais celebradas na segunda metade do séc. XIX e nos princípios do séc. XX, uma maioria esmagadora refere-se a questões do direito da guerra. Assim, de catorze documentos (treze convenções e uma declaração) assinados na II Conferência da Paz da Haia em 1907, somente dois dizem respeito às relações pacíficas entre Estados. Todos os outros documentos eram consagrados à guerra»⁽¹⁷⁾.

A viragem só se operará com o Pacto da SDN e a Carta das Nações Unidas, um e outra dominados pela preocupação da salvaguarda da paz e da segurança internacionais, completando a Carta o movimento iniciado pelo Pacto. É com eles que o *ius ad bellum* ascende a posição preponderante e se converte no principal capítulo do Direito Internacional Público para tempo de paz.

Deste passam a fazer parte, como cololários do principio da coexistência pacífica, os dispositivos jurídicos destinados a permitir tornar efectiva a condenação da guerra, a prevenção dela, a solução pacífica dos diferendos e conflitos internacionais, e as medidas aplicáveis aos Estados que ameacem o convívio pacífico das nações, o ponham em risco, ou provoquem a sua ruptura.

Embora no Pacto da SDN a florasse de modo difuso, como fundo subentendido, a condenação da guerra, ela não figurava *in extenso* no seu texto. Caberia ao Pacto de Paris⁽¹⁸⁾, que ia ficar correntemente conhecido

(17) — G. I. Tunkin, *Droit International Public — Problèmes Théoriques* — Paris (trad., com adições do A. — 1965) p. 162.

(18) — Assin. a 27Ago. 1928.

como Pacto Briand-Kellogg, dar esse passo. Em frontal contraste com a tese clausewitziana de que «a guerra não é somente um acto político, mas um verdadeiro instrumento da política, uma continuação das realizações políticas, uma prossecução da política por outros meios» ⁽¹⁹⁾, o Pacto Briand-Kellogg consigna no primeiro dos seus dois únicos artigos que os Estados signatários «condenam o recurso à guerra para a solução dos diferendos internacionais e renunciam a ela como instrumento de política nacional nas suas relações mútuas». Este solene empenhamento é completado, no segundo artigo, pelo reconhecimento de que a resolução dos diferendos e conflitos internacionais «não deverá nunca ser procurada senão por meios pacíficos».

A carta das Nações Unidas pressupõe o Pacto Briand-Kellogg, como formalização escrita de princípio definitivamente incorporado no ordenamento jurídico internacional. Os tribunais internacionais de Nuremberga e Tóquio puderam, por isso, invocá-lo como um dos fundamentos principais em que fizeram assentar as sentenças proferidas contra os que reconheceram como responsáveis pela II Guerra Mundial. Ainda hoje o Pacto Briand-Kellogg vigora, vinculando mais de sessenta países.

Além do compromisso de preservar a paz e o bom entendimento entre as nações e da admissão da acção coercitiva comum e da legítima defesa individual ou colectiva, a prevenção da guerra passou também a comportar o desarmamento. Particular atenção lhe dedicou o Pacto da SDN, num dos seus mais externos artigos ⁽²⁰⁾; e embora à Liga das Nações não tivesse sido possível dar-lhe inteira execução, notável foi a obra que neste domínio deixou, alargando a lista ⁽²¹⁾ das armas ⁽²²⁾ e tipos de arma-

⁽¹⁹⁾ — C. von Clausewitz, *Vom Kriege* — (ed. póst.-1832-34) 3 vv., L. I — Cap. I, no. 24. Há trad. em português. *Da guerra* — Lisboa (1976), onde o passo vertido aparece a p. 86.

⁽²⁰⁾ — Art.º 8.º.

⁽²¹⁾ — Além dos projecteis de armas ligeiras abrangidos pela Decl. de S. Petersburgo de 1868, já referida, compunham-na em 1920 os projecteis ou explosivos destinados a ser lançados de navés aéreas ou outros meios análogos novos, aqueles cuja finalidade fosse espalhar gases asfixiantes ou deletérios e os projecteis que expludam ou se achatem no interior do corpo humano, bem como as armas, os projecteis ou as matérias que causem sofrimentos desnecessários, os venenos e as armas envenenadas (Conv. e Decl. da Haia, de 1899 e 1907).

⁽²²⁾ — Gases asfixiantes e venenosos, e líquidos de análogos efeitos (Conv. de Washington de 6Fev1922, que não chegou a entrar em vigor por falta de ratificação da França); e ainda estes e, em geral, as armas bacteriológicas (Conv. de Genebra de 17Jun1925).

mento ⁽²³⁾ cujo fabrico, armazenamento comércio e emprego passavam a ser proibidos ⁽²⁴⁾. Mais vasta foi a acção prosseguida sob a Carta das Nações Unidas. Digo: sob a Carta, e não: levada a cabo pela ONU, porque cedo os factos ultrapassaram tanto a atribuição de competência à Assembleia Geral e ao Conselho de Segurança em matéria de desarmamento como a distinção, que o Pacto da SDN não conhecera, entre extinção ou redução de armamentos (que é o desarmamento em sentido estrito) e limitação da expansão de armamentos (que implica a regulamentação do armamento, com a fixação de máximos não ultrapassáveis). Ficou isso a dever-se ao lançamento das duas primeiras bombas atómicas pela força aérea norte-americana sobre as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki, cerca de mês e meio depois ⁽²⁵⁾ da assinatura, em S. Francisco, do texto final da Carta ⁽²⁶⁾. A primeira resolução da Assembleia Geral referir-se-á, justamente, à nova fonte de energia e criará para o estudo das suas utilizações a Comissão da Energia Atómica ⁽²⁷⁾. Ainda que no ano seguinte o Conselho de Segurança, para dar seguimento ao disposto na Carta, houvesse instituído a Comissão de Armamentos de Tipo Clássico ⁽²⁸⁾, a importância da nova arma e os seus efeitos sobre o equilíbrio mundial de forças, que todos pressentiam, haviam mudado os dados da situação e iam evoluir rapidamente com a explosão da primeira bomba atómica soviética em 1949, o esperado primeiro ensaio termonuclear russo que se lhe seguiu quatro anos depois, e o sucessivo acesso de novos membros ao «club atómico».

Não aguardando a consumação deste encadeado de acontecimentos, a Organização das Nações Unidas fundiu a Comissão da Energia Atómica e a Comissão dos Armamentos de Tipo Clássico, no início de 1952, na Comissão de Desarmamento.

⁽²³⁾ — Assim os valiosos trabalhos da Comissão Preparatória da Conferência do desarmamento (1925-31), que fixaram os critérios que deveriam ser tomados em conta relativamente aos diversos tipos de armamento terrestre, naval e aéreo, e os métodos de desarmamento a pôr em prática quanto aos existentes; e a Resol. Benès, única votada pela Conf. do Desarmamento (2Fev1932), que estabelecia os limites da tonelagem unitária dos carros de combate e dos calibres da artilharia terrestre, e reafirmava a proibição do fabrico e emprego de armas químicas, bacteriológicas e incendiárias, prevendo a fiscalização intercontinental *in loco*.

⁽²⁴⁾ — Sobre a acção da SDN, cfr. N. M. Sloutzky, *La SDN et le contrôle du commerce des armes de guerre* — Genebra (1969).

⁽²⁵⁾ — 6 e 9Ago.1945.

⁽²⁶⁾ — 26Jun. 1945.

⁽²⁷⁾ — Resol. 1 (1) 1946, de 24Jan.

⁽²⁸⁾ — CS 18-1947, de 13Fev.

A solução não obstou a que desde o Outono de 1959 a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança e a Comissão de Desarmamento fossem suplantadas pelas duas maiores potências nas negociações relativas não apenas ao desarmamento e à regulamentação dos armamentos, mas ao número (que a partir de então não parou de crescer) das chamadas «questões colaterais» — expressão eufemística sob a qual se acoberta tudo o que por ambas seja considerado susceptível de exercer influência sobre o potencial bélico próprio ou alheio, como é o caso da realização metódica de experiências nucleares; de desnuclearização de áreas geográficas, por vezes de extensão continental ⁽²⁹⁾; e da disseminação de armas nucleares.

Através, primeiro, da Comissão dos Dez, criada em 1959, dois anos depois da Comissão dos Dezoito, e a contar de 1969 da Comissão do Desarmamento ⁽³⁰⁾, foi a elas que passou a caber o papel activo. Nos casos de vulto ou de crucial importância, mediante negociações prévias directas, que só são (quando o são) posteriormente levadas ao conhecimento da Comissão do Desarmamento para obter a formalidade da sua chancela e serem comunicadas à ONU.

A Assembleia Geral e o Conselho de Segurança têm, sem embargo, feito o possível para não darem a impressão de se haverem demitido das funções que a Carta neste domínio lhes comete. Através dos relatos e comunicações da Comissão do Desarmamento, têm sido mantidos a par do andamento e das vicissitudes das negociações e dos assuntos em agenda. A Assembleia Geral tem pela sua parte, a partir daí, procurado ser o elo de ligação com os restantes membros das Nações Unidas e actuar como entidade fiscalizadora suprema — chamando a atenção para as delongas na tomada de resoluções, para aspectos negligenciados ou tratados sem a devida amplitude e profundidade, e tomando a iniciativa de promover, por intermédio das agências especializadas da Organização, estudos que tem por relevantes. É assim que se lhe deve o haver posto em evidência a necessidade de serem aprofundadas as investigações sobre os efeitos da guerra radiológica, das radiações ionizantes, e das aplicações militares dos raios *Laser* ⁽³¹⁾; o ter ordenado estudos sobre os efeitos sociais e económicos do desarmamento, e as conse-

⁽²⁹⁾ — Assim a África, a América Latina, ou a Antártida.

⁽³⁰⁾ — Funciona em Genebra, em instalações cedidas pelas Nações Unidas, sob a co-presidência dos EUA e da URSS. É, porém, organismo exterior à ONU, nela não integrado.

⁽³¹⁾ — Resols. 2602C e D (XXIV) 1969.

quências, tanto no plano económico como no da segurança, da disseminação e desenvolvimento das armas nucleares; e a iniciativa do Decénio do Desarmamento, de par com o do Desenvolvimento ⁽³²⁾.

Mas as questões mais graves continuam a ser objecto de prévia consulta e decisão das duas maiores potências ⁽³³⁾, nada sendo empreendido sem o seu assentimento e em muitos casos acabando por apenas entre elas ser acordado ⁽³⁴⁾.

Por esta via de entendimento directo os Estados Unidos e a União Soviética têm buscado manter o que com razão tem sido rotulado de «directório nuclear, ao mesmo tempo que se esforçam por guardar para si o condomínio do mundo, repartido em zonas de influência.

O caminho de comum acordo trilhado é o diametralmente oposto daquele por que em 1959 a Assembleia Geral da ONU se decidiu ao abraçar o princípio do desarmamento geral e completo ⁽³⁵⁾, desde 1927 advogado pela Rússia soviética como a verdadeira «solução final» e a única válida.

A esse desarmamento geral e total têm as duas potências preferido uma afincada competição no inventar e acumular de armas, sempre mais aperfeiçoadas e sempre mais poderosas. Muitas delas de duvidosa legitimidade perante os princípios e as regras internacionais aceites ⁽³⁶⁾; mas tidas como

⁽³²⁾ — Resol. 2602E (XXIV) 1969.

⁽³³⁾ — Foi essa a origem, por ex., do Trat. de interdição de experiências nucleares na atmosfera, no espaço extra-atmosférico e no meio aquático, assin. em Moscovo a 5Ago1963; do Trat. de interdição da utilização do mar, e subsolo correspondente, para a instalação de armas nucleares, ou outras tb. de destruição maciça, de 11Fev.1971; das Convenções que proibem o fabrico e armazenamento de armas biológicas, e determinam a destruição das existentes, de 10Abr.1972 e 26Mar.1975; da Convenção que proíbe a guerra meteorológica e geofísica (Conv. sobre a proibição de Utilização Militar, ou por qualquer outro modo Hostil, de Técnicas de Modificação do Meio Ambiente — Genebra, 18Mai.1977).

⁽³⁴⁾ — Assim os acordos sobre limitações de armas estratégicas. Iniciadas no final de 1969 (Nixon-Brejnev), as conversações (*Strategic Arms Limitation Talks* — SALT) que a eles têm conduzido (SALT I em 26Mai.1972), prosseguiram em Vladivostok em Nov.1974 (Ford-Brejnev), e reiniciaram-se em Mar.1977 (Carter-Brejnev) com vista à celebração de novos acordos (SALT II) dado em Out.1977 cessar a vigência dos concluídos em 1972.

No ano de 1978 prosseguiram em Viena, entre as duas superpotências, conversações sobre armas convencionais (*Conventional Arms Transfers* — CAT).

⁽³⁵⁾ — Resol. 1378 (XIV) 1959.

⁽³⁶⁾ — Constituem os grupos principais das armas de duvidosa legitimidade (*dubious weapons*) as (i) armas nucleares, as (ii) geofísicas, as (iii) biológicas, as (iv) químicas, as (v) incendiárias, as (vi) de fragmentação, as (vii) de acção retardada, incluindo armadilhas, e os (viii) projecteis de pequeno calibre e alta velocidade inicial. Ver mais completa especificação, e o debate das dúvidas quanto a elas levantadas, em *The Law of War and Dubious Weapons* — public. pelo Stockholm Internat. Peace and Research Institute (SIPRI), Estocolmo (1976) pp. 48-89s.

indispensáveis por ao seu detentor proporcionarem uma apaziguadora sensação de segurança, contrabalançada pelo temor da capacidade de resposta (*second strike*) que deve ser deixada ao adversário.

Esta deliberada cumplicidade na conservação de recíproca possibilidade de destruição (*mutual assured destruction*), seja qual for aquele dos parceiros que desferir o primeiro golpe, obedece, para além de um equilíbrio de forças, à procura de um equilíbrio pelo terror.

II

6. O Direito da Guerra desdobra-se num ramo dedicado à guerra terrestre, outro à guerra naval, e outro à guerra aérea.

Destes três ramos, o menos extenso e o de menos precisa disciplina é, de longe, o terceiro.

Nisso de forma decisiva pesou o facto de ser o mais recente. Tanto mais recente quanto é certo não contar ainda três quartos de século o emprego, de modo regular, do chamado poder aero-espacial; nem se achar de modo incontroverso definido seu papel, relativamente aos meios terrestres e navais de acção.

Comecemos por um breve esboço histórico da sua utilização.

7. Data do final do séc. XVIII o recurso militar a meios aéreos.

O exército republicano francês usou pela primeira vez balões cativos, para a observação e regulação do tiro da artilharia, na batalha de Fleurus, em 1794, e no cerco de Mogúncia.

Quando em 1812 as tropas napoleónicas se preparavam para investir Moscovo, o comando russo imaginou fazer subir um enorme aeróstato, carregado de explosivos e metralha, que rebentaria sobre as colunas atacantes. O projecto não foi posto em prática; teria sido o primeiro bombardeamento aéreo.

Na guerra da independência italiana, os austríacos largaram em 1849 sobre a cidade de Veneza, que cercavam, pequenos balões com explosivos. Os ventos fizeram-nos porém regressar às linhas sitiadas, onde acabaram por se produzir quase todos os rebentamentos.

Durante o cerco de Paris, na fase final da guerra franco-prussiana, as forças francesas utilizaram largamente balões cativos e balões livres. Nesse trágico ambiente teve lugar a primeira viagem aérea de um político. Gambetta

tenta com êxito abandonar em balão a capital sitiada para se dirigir à província e aí, em nome do governo provisório, organizar a continuação da luta contra o invasor.

Data destes memoráveis feitos a preocupação de submeter a regras a utilização de meios aéreos. Com um retardamento que só a lentidão dos progressos feitos poderá explicar, a I Conferência da Paz, reunida na Haia em 1899, procurará dar-lhe corpo ao proibir o lançamento de projecteis e matérias explosivas a partir «de naves aéreas ou outros meios análogos novos». O carácter peremptório do interdito não é apenas prova de um chauvinismo afeito à ideia de que a guerra é uma justa cavalheiresca, que só pode ser travada de acordo com os cânones tradicionais; é, sobretudo, o indício de um obscuro temor que os sucessos ulteriores haveriam de demonstrar, à saciedade, não ser de modo algum excessivo.

Que a prudente referência a «outros meios análogos novos» não era despicienda, prova-o o facto de os primeiros aviões de combate (os «mais pesados que o ar», na terminologia favorita de uma época habituada aos aerostatos) terem intervindo logo a seguir na guerra italo-turca da Tripolitania (1911-12), nas guerras balcânicas (1912-13), e haverem com assinalável êxito sido empregados pelos franceses em Marrocos, no próprio ano em que eclodiu a Grande-Guerra.

O desenvolvimento das forças aéreas e a multiplicação das missões a elas confiadas foi, a seguir, espantoso.

E com ele, perante o crescente poder de que foram fazendo prova, enraizou-se a convicção da necessidade imperiosa de sujeitar o seu emprego às leis da guerra.

Mas quais leis da guerra?

Não, por certo, as que se resumiam à seca proibição de arrojarem projecteis e explosivos a que dera guarida a Acta final da I Conferência da Paz, e que a II Conferência se limitara a reproduzir em 1907 na Declaração⁽²⁷⁾ que fez acrescentar às treze convenções votadas; nem à adição da frase «por qualquer meio que seja», que esta última intercalara na proibição de atacar ou

(27) — Ratificada por quinze, apenas, dos Estados signatários, entre os quais Portugal. A ela aderiram em 1909 a Nicarágua e em 1914 a Libéria.

bombardear cidades, lugares ou edifícios indefesos⁽³⁸⁾, de modo a prevenir em tais casos o recurso, na guerra terrestre, a meios aéreos. Não fizera, aliás, acrescentamento similar quanto a bombardeamentos por forças navais.

No decorrer da I Guerra Mundial as partes em luta desrespeitaram repetidas vezes, num crescendo, essas proibições.

Entre os especialistas haviam-se entretanto formado, desde antes do início da guerra de 1914-18, duas correntes. Uma, a dos que sustentavam dever a guerra aérea ser assimilada à guerra naval; outra, a dos que se batiam por dever ser ela sujeita ao regime da guerra terrestre. Depressa, porém, a Grande Guerra tornou evidente que para além do carácter específico do emprego dos meios aéreos, que cada vez melhor se afirmava, não faria sentido forçar a mesma aeronave ao respeito pelas regras da guerra naval quando integrada ou dando apoio a forças navais, ou actuando num teatro de guerra naval; e pelas regras da guerra terrestre quando integrada em forças terrestres, apoiasse operações terrestres, ou actuasse no quadro de um teatro de guerra terrestre. Em relação a este poderia, eventualmente, vêr-se na contingência de ter de acatar a proibição intercalada pela II Conferência da Paz no art.º 25.º do regulamento sobre a guerra terrestre — o que não sucederia ao agir num teatro de guerra naval. Fazia-se além disto notar que a submissão às regras próprias da guerra terrestre ou da guerra naval só serviria para beneficiar um Estado invasor, visto o teatro da guerra abranger então o território do Estado invadido mas não o seu próprio.

O aparecimento dos primeiros porta-aviões e a realização de operações anfíbias veio tornar ainda mais complexa a questão, sublinhando a inadequação de qualquer das duas orientações doutrinárias.

A diversificação dos meios aéreos, distinguindo entre os destinados à observação, ao bombardeamento, à interceptação e à caça, apontava, de outro lado, para a necessidade de separar no regime aplicável à guerra aérea dois sectores diferenciados: (i) o da guerra *vertical* (ou ar-terra e terra-ar) e (ii) o da guerra *horizontal* (ou ar-ar). Não sem hesitação, e alguma oposição. Nomes tão prestigiados como o do internacionalista eminente que foi Lapradelle contavam-se entre os que poucos anos antes da guerra 1914-18,

⁽³⁸⁾ — Art.º 25.º do Regul. anexo à IV Convenção, relativa às leis e costumes da guerra terrestre. Ratificada por 25 Estados signatários, entre os quais Portugal. As mesmas duas adesões.

na reunião do Instituto de Direito Internacional realizada na capital espanhola, se pronunciaram favoravelmente à admissão da legitimidade da guerra aérea vertical mas não transigiram com a legitimação da guerra aérea horizontal — com o principal argumento, expresso com a maior seriedade e denunciada apreensão, de que os tiros trocados entre os contendores seriam em tal caso de resultados finais imprevisíveis, pois se ficaria sem saber onde iriam cair os projecteis e que pessoas ou coisas seriam atingidas por eles ⁽³⁹⁾.

A evidência dos factos acabou por impor a necessidade de um regime jurídico autónomo para a guerra aérea; e, com ela, a indispensabilidade de uma diferenciação entre estatutos próprios da guerra aérea vertical e da guerra aérea horizontal.

8. Começo pela guerra aérea vertical, já que a horizontal apareceu só depois e como consequência dela.

A vastidão das destruições que se mostrava susceptível de provocar, levaram em 1920 a Cruz Vermelha Internacional a dirigir à recém-criada SDN uma carta pedindo «a limitação da guerra aérea a fins exclusivamente militares, como combates entre patrulhas, e a interdição do lançamento sobre cidades e povoações de projecteis que semeiam a morte entre populações pacíficas, mulheres e crianças estranhas à guerra» ⁽⁴⁰⁾.

O pedido não encontrou eco, na altura.

Mas em 1922 a Conferência de Washington sobre limitação dos armamentos navais confiou a uma comissão de juristas o encargo de elaborar um projecto de regulamentação.

A comissão, constituída por representantes dos Estados Unidos, da França, da Grã-Bretanha, da Itália, do Japão e (na qualidade de observadores) por delegados da Alemanha e da Holanda, reuniu na Haia e apresentou como fruto do seu trabalho um texto de sessenta e dois artigos. Este texto pouco mais era do que uma adaptação (quando não a pura e simples reprodução) do disposto nas convenções da Haia de 1907 relativas à guerra terrestre e à guerra naval.

Não veio a ser aprovado e ratificado por nenhum Estado. Nem chegou, pois, a entrar formalmente em vigor. Mas ainda hoje é repetidamente

⁽³⁹⁾ V. referências em P. Fauchille, *Traité de Droit International Public*-Paris (8.ª ed. por H. Bonfils — 1921) pp. 601-2.

⁽⁴⁰⁾ — *Rev. Internat. de La Croix Rouge* (1920) p. 1384.

invocado, sob a designação de Regras da Haia de 1923 sobre guerra aérea (⁴¹), como aquilo que constitui base de entendimento comumente aceite — se bem que, na prática, nem sempre respeitada.

Verdade seja que muitos dos desvios em relação ao nele preceituado, sobretudo na II Guerra Mundial e em acções militares a ela posteriores, se deveram em não poucos casos, e em alguns dos mais graves, a erros de navegação ou à inexacta identificação dos objectivos, a medidas de retaliação e a operações de represália a que uns e outros deram azo. Juntem-se-lhes a precisão apenas relativa dos ataques mediante bombas largadas em queda livre, as limitações crescentes do bombardeamento em mergulho, e o conseqüente alargamento do recurso aos rosários de bombas e aos bombardeamentos em tapete (*carpet bombing*). Reconhecendo haverem por tudo isto sido cometidos excessos de parte a parte, os tribunais de Nuremberga e Tóquio não aceitaram as acusações deduzidas contra as forças aéreas das potências vencidas.

O projecto de 1923 destina-se a todas as aeronaves sem distinção, sejam mais leves ou mais pesadas do que o ar. Estabelece quanto a elas, na linha geral do determinado para a guerra naval, apenas distinção entre aeronaves combatentes, identificadas por sinais que dêem a conhecer a sua nacionalidade e o seu carácter militar, e aeronaves não-combatentes, sejam estas de natureza pública ou (como as afectas à navegação civil e à navegação comercial) de natureza privada.

De modo paralelo, discrimina os estatutos do pessoal de voo e de terra da aeronáutica militar e da aeronáutica civil. O do pessoal de voo e de terra militar é, no essencial, semelhante ao dos membros das forças terrestres e navais; o do pessoal da aeronáutica civil varia, consoante prestar serviço a um Estado beligerante ou a um Estado neutro.

O projecto proíbe de maneira categórica, como também para a guerra terrestre e para a guerra naval expressamente o fazem as convenções de 1907 que se lhes reportam (⁴²), os ataques a objectivos não militares e aqueles que tenham por fim desorganizar a vida civil e lançar o terror e o pânico entre as populações. Impõe, além disso, a obrigação de poupar edifícios em que

(⁴¹) — Da denominação oficial: *Hague Rules of Air Warfare — drafted Dec. 1922-Feb. 1923*.

(⁴²) Regul. anexo à IV Conv., art.º 27.º; IX Conv., art.º 5.º

estejam instalados serviços hospitalares, de assistência, de beneficência, ou organismos científicos; e bem assim os monumentos históricos e os de valor cultural ou artístico. Uns e outros devem ser assinalados de modo visível, cabendo aos Estados trocar entre si listas dos edificios e monumentos protegidos (43).

Os objectivos militares podem, diversamente, ser alvo de ataques aéreos. O projecto enumera-os por categorias (44). Tal como no caso da guerra terrestre (45) e no da naval (46), só é lícito o bombardeamento de cidades ou povoações defendidas (47). No entanto, guardando também aqui o paralelismo com a disciplina estabelecida para a guerra naval (48), é consentido o ataque a portos, fábricas de armamento e munições, vias férreas, e em geral instalações que possam ser de utilidade para o inimigo (49). Quando o ataque a estes alvos importe o risco de serem atingidas cidades ou povoações próximas, ou dentro delas esses mesmos alvos se situarem, só poderá o bombardeamento ter lugar se for razoável presumir que a importância militar da operação sobreleva o perigo que correrá a população civil.

Nada o projecto dispõe quanto a forças pára-quedistas ou transportadas em planadores, ao tempo ainda não na prática largamente utilizadas. As dúvidas que a propósito delas se levantaram durante a segunda conflagração mundial podem hoje considerar-se ultrapassadas, pelo consenso que a seu propósito se generalizou, do estatuto de combatentes que aos seus componentes não pode deixar de ser reconhecido.

9. Também à guerra aérea horizontal o projecto de 1923 se refere. São talvez mesmo quanto a ela mais evidentes, como era de supor, os pontos de coincidência, até no pormenor, com os usos e as regras convencionais por que se regem a guerra terrestre e a guerra naval, que também elas são, fundamentalmente, formas de guerra horizontal.

(43) Art.º 22.º-23.º

(44) Art.º 24.º

(45) Cit. Regul. anexo à IV Conv., art.º *a contrario*.

(46) Cit. IX Conv. art.º 1.º *a contrario*.

(47) Cit. art.º 24.º

(48) — Cit. IX Conv., art.º 2.º

(49) — Art.º 38.º

Assim, por identidade de razão com as regras em vigor no campo da guerra terrestre relativamente ao inimigo incapacitado de prosseguir o combate, as aeronaves desgovernadas ou em perdição não devem continuar a ser atacadas. Assim também o não devem ser os membros das suas tripulações que se lancem em pára-quedas, ou que já na terra ou na água busquem refúgio ou aguardem salvação.

Na guerra de 1939-45 estas regras de direito humanitário nem sempre foram honradas, como nem sempre o foi a que proíbe alvejar os membros de forças pára-quedistas antes de tocarem o solo e de se acharem em condições de combater.

III

10. Numa resolução tomada no princípio da passada década, a Assembleia Geral das Nações Unidas condenou o uso de armas atómicas por constituir «um crime contra a humanidade e a civilização»⁽⁵⁰⁾.

A mesma razão de defesa contra meios de destruição maciça, cujo emprego poderá não apenas significar o termo da civilização mas o desaparecimento de quaisquer possibilidades de vida superior, está por detrás de convenções como a que em 1972 proibiu as armas biológicas ou a que, cinco anos depois, declarou ilegítimas a guerra ecológica e a guerra geofísica.

E no entanto, é precisamente ao aprofundamento do estudo da aplicação prática dessas armas que as duas superpotências, que entre si partilham o directório do mundo sob o signo do equilíbrio pelo terror, com competitivo afã se dedicam.

Referindo-se ao tremendo risco envolvido — aquele mesmo que em 1955 fizera a Churchill dizer nos Comuns que a sobrevivência por tal preço «é irmã gémea do aniquilamento» — um Autor comentou que a «coisa poderia no entanto mudar nos países democráticos se a opinião pública se interessasse pelo problema do desarmamento o suficiente para exercer uma pressão eficaz sobre os governos»⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ — Resol. 1653 (XVI) 1961.

⁽⁵¹⁾ — M. Virally, *L'Organisation Mondiale* — Paris (1972) p. 439.

Na era do equilíbrio pelo terror, concertado entre essas duas potências, não parece no entanto sensato esperar que os governos cedam com facilidade a tal pressão. Será antes de presumir que, dadas as circunstâncias, continuem como até aqui a apostar no que um mestre da história militar e da estratégia há poucos anos resumia na fórmula «o paradoxo de uma guerra não humanizada, mas tornada impossível pelo seu próprio horror, proclamado e reconhecido»⁽⁵²⁾ e procurem, conseqüentemente, a fomentar (e não a dissuadir) o progresso dos armamentos.

11. A eclodir uma nova conflagração à escala mundial são por isso muito maiores as probabilidades de ela se afastar, bem mais do que as suas antecessoras de 1914-18 e de 1939, das regras do *ius in bello* e das exigências de humanidade.

Num estudo recente apontam-se em reforço desta previsão três ordens principais de razões: (i) o carácter cada vez mais técnico da acção militar, que torna a indústria de armamentos, a investigação e pesquisa que a alimentam, e a parte considerável da população que dela vive e para ela concorre, alvos cuja legitimidade começa a ser tida como dificilmente discutível; (ii) a consolidação da doutrina da dissuasão, em que se apoia a doutrina do equilíbrio pelo terror e que conduz a uma cada vez mais volumosa acumulação de armas de todos os tipos, de modo que ao adversário possível não restem dúvidas de que se não trata de falaciosa ameaça; (iii) a concepção da guerra como implicando a destruição total não apenas do aparelho militar, mas da organização social e económica sobre que se apoia, que possui vigorosos defensores não apenas nos Estados Unidos, mas também na União Soviética, onde parece corresponder à doutrina oficial advogada pelo marechal Sokolovsky⁽⁵³⁾.

A estas três ordens de razões creio dever juntar-se uma quarta: (iv) a crescente automatização dos armamentos. A guerra não se voltou apenas «mais numa luta de armas tripuladas do que de homens armados»⁽⁵⁴⁾; vol-

(52) — Gen. A. Beaufre, *Colloque sur L'Etat moderne* — Paris (1968) p. 21.

(53) *The Law of War...* — cit., pp. 15 — sgs.

(54) *Id.*, p. 16.

veu-se também, e por forma cada vez mais extensa e intensa, num combate entre armas teleguiadas ou, até, autoguiadas. E com isto cresceram enormemente as possibilidades de erro por avaria ou simples desregulação. Mesmo «inteligentes», as armas autónomas, ou quase, não são ainda susceptíveis de corrigir as suas falhas; nem, sobretudo, de em todas as contingências se manterem invariavelmente dentro dos limites estabelecidos pelo Direito da Guerra ou acatarem de modo apropriado os ditames de humanidade.

12. Uma apreciação global e a consideração destes novos dados impõe, relativamente às repercussões que não deixarão de vir a ter — e algumas começam mesmo a ser visíveis já — sobre a guerra aérea e a disciplina jurídica a que deverá ser submetida.

O crescente desenvolvimento e diversificação do emprego de mísseis e armas tele- e autoguiadas, mesmo em operações conduzidas com meios predominantemente convencionais, não são apenas de molde a fazer «diminuir a especificidade dos problemas relativos à guerra aérea»⁽⁵⁵⁾. Mais do que isso, se tais mísseis e armas acabarem por se substituir aos meios aéreos tradicionais (que são, rigorosamente, vectores de armas e não armas), parecem antes conter em si a virtualidade de a eliminar: esses mísseis e armas integrar-se-ão no âmbito de operações terra-terra, terra-mar, mar-terra ou mar-mar, no qual se inscreverão quer sob a óptica do ponto de lançamento, quer sob a do alvo visado. O mesmo haverá que dizer dos ataques a partir de satélites, de plataformas espaciais móveis ou estacionárias, ou de corpos celestes, para onde os mísseis ou armas tele- ou autoguiadas tenham sido transportadas, desmontados ou completos, a partir da terra ou do mar. A diferença em relação ao combate terra-terra residirá então unicamente no facto de um dos termos da relação não ser a Terra. O critério para a sujeição aos regimes tradicionais da guerra terrestre ou da guerra naval, ou a novos regimes que levem em conta as suas particularidades, dependerá então apenas, muito provavelmente, de serem ou não tripulados.

Fortes razões há todavia para pensar que por largo tempo, ainda, a utilização dos meios aéreos tradicionais de combate se manterá, seja em teatros

(55) P. Reuter, *Droit International Public* — Paris (4.^a ed. — 1973) p. 389.

restritos, seja sempre que os resultados a obter tenham carácter limitado. A especificidade dos problemas aferentes à guerra aérea tende, por isso, a perdurar; mas reclamando a revisão dos princípios gerais acolhidos no projecto de 1923, largamente excedidos pela experiência adquirida numa utilização, quasi ininterrupta, de mais de meio século.

Armando M. Marques Guedes