

GUERRA, LEGITIMIDADE E LEGALIDADE

Luigi *FERRAJOLI*

RESUMO

O presente artigo abarca a conotação dos direitos fundamentais frente à sua transnacionalização e a transconstitucionalidade. Leva-se em conta as questões políticas do século passado e do início do século XXI que enfrentava e enfrenta o pleonasma da segurança cosmopolita e a ríspida condição humana nas relações de dominação e opressão, mais especificamente, no fetiche do uso do instrumento bélico como elemento fragmentador da esfera pública e da abolição dos direitos humanos em prol do capitalismo desenfreado.

RESUMEN

Este artículo cubre la connotación de los derechos fundamentales a la transnacionalización de sus delanteros y transconstitucionalidad. Tiene en cuenta las cuestiones políticas del siglo pasado y principios del siglo XXI que enfrentó y se enfrenta a la repetición de la seguridad de dura condición humana cosmopolita y las relaciones de dominación y opresión, más concretamente, el fetiche de usar la guerra como instrumento de fragmentación la esfera pública y la supresión de los derechos humanos en favor del capitalismo salvaje.

PALAVRAS-CHAVE

Guerra; Justiça; Direitos humanos.

PALABRAS-CLAVE

Guerra; Justicia; Derechos

Introdução

Quando ocorreu a queda do muro de Berlim, algumas vozes otimistas proclamavam uma nova etapa para o direito internacional, livre pelo fim do oportunismo e das normas duplas da guerra fria. Sem embargo, as pretensões hegemônicas dos Estados Unidos e de seus aliados tem propiciado uma radical redefinição das relações internacionais, caracterizada por uma ferrenha vontade de domínio militar, político, cultural e econômico. A reabilitação da guerra como instrumento de intervenção no âmbito externo, e o recorte dos direitos e liberdades no âmbito interno, constituem a expressão mais acabada deste giro rumo ao militarismo experimentado pela mundialização capitalista.

¹ Foi juiz em Florença entre 1967 e 1975. Professor de Teoria Geral do Direito na Universidade de Roma III. Artigo traduzido pelo prof. Ms. Gustavo de Souza Preussler da Universidade Federal do Mato Grosso. Autor Convidado.

Agora bem, deste processo somente podia consolidar-se em aberta contradição com o direito internacional dos direitos humanos e com o constitucionalismo dos direitos elaborados depois da segunda guerra mundial. Desta oposição, precisamente, denuncia-se não somente a ilegitimidade moral, senão também a ilegalidade das “novas guerras” empreendidas pelos Estados e seus aliados nos distintos cantos do planeta, desde a ex-Yugoslávia e Afeganistão, desde Colômbia ou Iraque. A Crítica jurídica das guerras “humanitárias” e preventivas, e de suas derivações liberticidas, se convertem desta forma uma pedra de toque do pacifismo. Um pacifismo comprometido com o impulso de uma nova “esfera pública global” e de um constitucionalismo genuinamente orientado a tutela dos mais frágeis e a ampliação da autonomia individual e coletiva de todos.

1. Guerra, justiça, direito

Terminada a guerra do Golfo, com seu tráfico balanço de mortos, é oportuno refletir e a discutir, se é possível com serenidade e com respeito para os argumentos dos demais, sobre sua legitimidade. A questão é de fundo. Depende, de fato, o modo em que a guerra do Golfo seja julgada e recordada dependem, efetivamente, o sentido comum sobre a guerra e da paz que se formará nas consciências dos homens e, sobretudo, se a guerra seja recordada como meio de solução das controvérsias internacionais.

A guerra do Golfo supõe um ponto de retrocesso na história da humanidade. A mudança radical em nosso horizonte existencial. A mudança posta pela guerra – que havia sido removida pelos pactos constitucionais e internacionais estipulados depois da segunda guerra mundial – não somente se produziu, senão que foi legitimada como justa e conforme ao direito pelos governos ocidentais, pela grande empresa, por vozes autorizadas da cultura. Esta foi sua terrível novidade. Outras guerras haviam tido lugar em torno das teses da ilegalidade da guerra – enquanto “guerra da ONU”, ou ainda pior, “autorizada pelam ONU”- se formou, nos países do Ocidente, um consenso tão amplo. É óbvio que o fato de que esta tese tenha circulado como oficial não quer dizer qe seja fundada. Porém se corre o risco de que seja aceita e se estabeleça de maneira acrítica nas consciências.

Na discussão – nada edificante – sobre a justificação da guerra, se trataram de maneira indiferenciada, confundindo-las restritivamente, das questões distintas: a da *legitimidade* ou *legalidade*, e de justiça desta guerra. As intervenções ou, se se prefere, os justificacionistas, entre os quais se situaram inesperadamente muitos filósofos da moral e da política, preferiram argumentar o apoio a guerra no terreno ético-político da justiça, ignorando o jurídico da legalidade ou inclusive confundindo as duas esferas. Com o resultado de que o tratamento indistinto dos dois problemas teve seu efeito não somente de confundir os termos de um ou outro, sanção sobretudo, de acreditar, atrás das genéricas dissertações sobre a justiça da guerra, da tese de sua legalidade.

Os dois problemas, pelo contrário, são de todo diversos, ainda relacionados entre sí. Diversos, porque tem relação com diversos parâmetros de valoração. O

problema da *ilegalidade* ou da *não-legalidade* da guerra é uma questão jurídica que depende da existência ou inexistência de normas de direito positivo que a proibiam. O problema da *justiça* é na mudança da questão ético-político independente do que dizem e não dizem das normas jurídicas e tem referência unicamente a esfera moral e da política. Uma guerra pode ser lícita, ao não estar proibida nem pelo direito interno nem pelo internacional, se, sem embargo, ser julgada injusta. Porém, pode ser também considerada justa, como no caso, por exemplo, das guerras de libertação ou de resistência, e ser, não obstante ilegítima porque contraria o direito. Os juízos nos termos de legalidade, em suma, são juízos de fato; os juízos em termos de justiça são juízos de valor. E não são derivados uns dos outros.

Neste momento, há um sentido em que ambos os problemas guardam conexão entre si. Tem falado anteriormente sobre *guerra não-ilegal* ou *não-ilícita* e não de *guerra legal* ou *legítima*, porque “guerra legal” ou “legítima” é uma contradição em seus termos. E assim, chego aonexo que no tema de guerra, relaciona legalidade e justiça, direito e moral. A guerra pode ser justificada por razões extra-jurídicas, do tipo econômico, político e até moral; pode também ser considerada lícita ou não-ilegal, quando não existam normas de direito positivo que a produziam. Porém, não poderia ser qualificada nunca de legal, porque a contradição entre guerra e direito não o permite. O direito, de fato, é por sua natureza um instrumento de paz, quer dizer, uma técnica para a solução pacífica das controvérsias e para a regulação e limitação do uso da força. Na cultura jurídica moderna, a partir de Hobbes, se justifica como remédio ao *bellum omnium*. A paz é a sua essência íntima, e a guerra sua negação, ou quanto menos, o sinal e efeito de sua ausência nas relações humanas assim como do caráter pré-jurídico, falta de regras e selvagens a si mesmas.

Tem sido precisamente esta ausência do direito em matéria de guerra o que tem caracterizado as relações dos Estados com esta refundação do direito internacional representada pelas as instituições das Nações Unidas. Existiam certamente, antes também da Carta da ONU, normas de direito humanitário sobre a guerra: sobre o tratamento de prisioneiros, contra o bombardeio de cidades, etc. Porém, não existia a proibição jurídica da guerra, e muito menos organismos internacionais supraestatais investidos de uso da força armada. O *ius belli* constituía pelo contrário um elemento essencial da soberania do Estado. Não era possível, por conseguinte, falar de guerras legais o de guerras ilegais. A guerra não era legal nem ilegal. Tão somente era juridicamente desqualificada e por ela lícita ou se se quer não-ilícita. As relações entre Estados, com efeito, careceriam de regras eram, todavia, as próprias do estado de natureza descrito por Hobbes em *Leviatã*, quando escreve que quicá “não tenha existido nunca uma época em que cada homem estava em guerra com outro homem”, porém que certamente este estado de guerra virtual e permanente tem existido sempre na comunidade selvagem dos Estados, os quais “se encontram na posição de gladiadores, com as armas apontando, com seus fortes, suas tropas de defesas e seus fuzis na fronteiras: em

uma posição de guerra”. Uma comunidade selvagem – repete Locke no *Segundo tratado* e Kant em *Projeto filosófico para a paz perpétua* – em que a soberania é o equivalente da liberdade selvagem no estado de natureza.

2. A guerra contemporânea e a doutrina da guerra justa

A questão da “guerra justa”, desenvolvida de maneira inopinada e inoportuna, foi por conseguinte durante séculos a única questão que teria algum sentido de na maneira de valoração da guerra. Uma questão, tenha-se em conta – e este é o ponto essencial – que tem sido sempre planejada e tratada pelo pensamento jurídico e filosófico na totalidade (e não somente) para justificar as guerras justas, como pelo contrário para limitar o deslegitimar no terreno moral do direito natura – na ausência de normas internacionais de direito positivo que as limitassem ou deslegitimassem no plano jurídico – as guerras injustas. É dizer, para por limites e freios jusnaturalistas, no plano da justiça e da moral, ao direito de guerra juridicamente absoluto. A ideia da guerra justa – classicamente enunciada por santo Tomás que formulou as três *ius belli conditione* (*iusta causa, auctoritas principis, intentio recta*) e retomada depois por Alberigo Gentili e Francisco Suárez – foi concebida em síntese não para legitimar, senão para frear o recurso a guerra nos tempos em que estes eram um meio ordinário de solução das controvérsias internacionais. E com ela se conectam as tradicionais justificações doutrinárias da guerra: a ideia da guerra como reparação ou como sanção.

Pois bem, todas estas justificações entraram em crises na época contemporânea no plano da justiça, antes ainda que no jurídico da legalidade. Melhor dizendo: entraram em crise no plano do direito com a exclusão da guerra da Carta da ONU, precisamente porque se revelam inaceitáveis, em todo caso, no plano da justiça. E este por um fato muito simples. O fenômeno da “guerra” contemporânea tem alterado a sua natureza com respeito ao das guerras tradicionais. Já não tolera como tais justificações do velho direito natural, cujos limites a guerra se tem voltado inadequados e insuficientes.

Insisto neste ponto. Contrário ao ponto comum muito reiterado ultimamente, não é verdade que a guerra, no sentido moderno de aniquilamento do adversário, tenha existido sempre. Ao contrário, este é um fenômeno rigorosamente moderno, inclusive contemporâneo, produzido com os potenciais meios destrutivos criados pela tecnologia militar. As guerras tradicionais, todavia até o século passado, consistiam em enfrentamentos circunscritos, de exércitos de profissionais que se detinham no campo aberto submetido ao mando dos seus reis e generais. Eram, em suma, uma espécie de duelos ou torneios em que a população civil pelo general não participava. E por mais que pudessem estar animados por uma brutal vontade de aniquilamento, encontravam – por intensidade e extensão – os limites objetivos da natureza primitiva dos meios militares. Algo bem distinto é a guerra contemporânea: não somente a atômica, senão também a convencional, que se desenvolve com mísseis e bombardeios sobre as cidades e que tem anulado todos os limites naturais que no passado haviam circunscrito da lógica de destruição intrínseca a da guerra.

Se esta é hoje a guerra, o paradigma da guerra como sanção ou reparação é de todo inutilizável. Antes que nada porque a guerra atual, ao golpear inevitavelmente também as populações civis, se converte em uma sanção infligida aos inocentes, em contraste com o elementar princípio da responsabilidade pessoal e da exclusão de responsabilidade por fatos alheios. Em segundo lugar, porque a guerra tem chegado a ser desmensurada e incontrolável, sujeita inevitavelmente a *escalation* além da destruição do adversário, e como tal, desproporcionada a qualquer violação do Kuwait um crime gravíssimo. Porém, ninguém justifica a matança de dezenas de milhares de inocentes, cuja única culpa consistia em ser governados por um ditador feroz e irresponsável. E nenhuma proporção existe entre a ofensa, desde logo grave, da ocupação do Kuwait, e os terríveis bombardeios de Bagdá e Basora, ou pior ainda, o massacre de milhares de soldados iraquianos na fuga quando já o objetivo da libertação do Kuwait havia sido alcançado. Sem contar com que tem sido somente pela falta de resistência por parte do Iraque pelo que não se tinha recorrido ao uso da bomba atômica, contemplado e perfeitamente coerente com a lógica descontrolada da guerra.

Em suma, a guerra entre Estado, precisamente por seus intrínsecas características destrutivas, não admite hoje justificações morais e políticas. É em si um mal absoluto, com respeito ao qual os velhos limites jusnaturalistas da guerra justa resultam agora insuficientes, ao ter restado desrespeitados todos os limites naturais a suas capacidades destrutivas. Por suas próprias características, a guerra é uma agressão ao estado selvagem ou de natureza do *homo homini lupus*. Com a diferença de que a sociedade selvagem dos Estados não é uma sociedade de lobos naturais, senão uma sociedade de *lobos artificiais*, é dizer, de esses “homens artificiais”, como lhes denominou Hobbes, que são os Estados, criados por homens para a tutela de seus direitos e que hoje amenizam escapando de seu controle e voltando-se contra seus criadores como máquinas artificiais capazes de destruí-los.

3. A proibição da guerra na Carta da ONU. Guerra e uso legítimo da força

Assim, foi precisamente esta consciência da absoluta falta de legitimação da guerra e de seu atual potencial destrutivo o que está na origem tanto da Carta da ONU como da Constituição italiana. A carta da ONU tem desenterrado a guerra em seu solene preâmbulo e depois em seu artigo 11, porque a guerra tem chegado a ser inaceitável, e o direito internacional tem mudado de natureza porque tem alterado a natureza da guerra. Incorporando como princípio fundamental a proibição da guerra, a Carta da ONU tem transformado a injustificabilidade moral da guerra – de qualquer guerra – em sua ilegalidade e ilicitude. Deste modo, a questão da injustiça da guerra tem sido em grande parte superada pela afirmação de sua ilegalidade. Assim é, por ademais, o valor garantista do direito positivo. Este transforma o princípio da paz no direito certo e vigente, fundamentado nas normas positivas e subtraído a opinião, a diferença do que ocorre com os juízos de valor em matéria de justiça.

Não quero repetir aqui o elenco de todos os perfis de ilegalidade desta

guerra. Me limito a recordar que a Carta da ONU e a Constituição italiana – escritas, não se esqueça, no mesmo clima moral e cultura criados pelos horrores da segunda guerra mundial – apresentam idêntico esquema normativo. Tem em comum não somente a interdição do princípio da guerra “como meio de resolução das controvérsias internacionais”, senão também a única exceção admitida: a guerra de “defesa”, que em rigor não é “guerra”, senão legítima defesa frente a guerra, e que o artigo 51 da Carta reserva aos Estados agredidos “até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para manter a paz”, e o artigo 52 da Constituição prevê como “dever sagrado e inviolável: na “defesa da pátria”. Fora, da autodefesa, o único exercício da força permitido pela Carta da ONU é o disciplinado capítulo VII, reservado, exclusiva e diretamente, ao Conselho de Segurança, nas formas e com os limites estabelecidos nos artigos 42 e seguintes, quando as demais medidas coercitivas para a tutela da paz “tenham demonstrado ser inadequadas”.

Por outro lado, a diferença entre a “guerra” e o “emprego da força” regulado no capítulo VII da Carta da ONU – que o prevê como extrema medida constritiva, pendente de submissão do controle do Conselho de Segurança e submetido a direção estratégica do Comitê de Estado Maior – não é uma diferença formal que pode ocultar-se com um simples jogo de palavras, chamando a guerra “operação de polícia”, como fez o governo italiano. A diferença é substancial. É a mesma diferença que existe entre pena e vingança, entre direito e fazer justiça por suas próprias mãos. Um é a negação da outra, e por esta negação se define. A guerra é por sua natureza um uso da força desmensurado e incontrolado, dirigido ao aniquilamento do adversário. Uma operação de polícia se limita pelo contrário ao uso da força estritamente necessário não já para “vencer”, senão unicamente para reestabelecer a legalidade violada. Uma guerra pode vincular-se aos fins e interesses particulares dos Estados a dos que se confia. Uma operação de polícia não tem outro fim que o restabelecimento da paz. A última fase da guerra – o massacre de dezena de milhares de soldados em território iraquiano, assegurado pelo Iraque – fez cair o véu sobre a diferença entre ambos meios de ação.

Naturalmente a guerra pode resultar bastante mais eficaz e resolutiva que o uso da força submetida ao controle da ONU. Porém, nisto radica precisamente a fundamental diferença entre uma coisa e outra. O direito, é dizer, o uso regulado e controlado da força, com suas formas, suas garantias e procedimentos, é por sua natureza um meio mais custoso, mais lento e menos eficaz que o uso sem regras da força, em outras palavras, da guerra. E entre seus custos está sempre o risco de certa inefetividade. Nada sustentaria que o direito penal interno seja sempre efetivo. Na Itália o Estado não consegue impor-se a máfia. Porém, nada se pensa que para derrotar a máfia seja lícito qualquer meio, incluindo a tortura, os bombardeios das localidades mafiosas, o fuzilamento dos suspeitos. O que para pôr fim ao roubo de um banco, a polícia pode intervir com bombas e carros armados e provocar uma matança. Por isto a ONU, autorizando a guerra, tem traído sua razão de ser. Ela tem traído como trairia o Estado autorizando a guerra – é dizer, o uso dos meios sem

regra e ilimitados – contra um de seus cidadãos. Já que a guerra – e mais ainda a guerra destrutiva de nossos dias – é regredir ao estado selvagem e negação do direito.

4. A interpretação da guerra do Golfo e o futuro da ONU

Se tudo isto está certo, o futuro da ONU, ou em outras palavras, sua sobrevivência como instituição e instrumento de paz, depende hoje da reflexão crítica que se tenha sobre o ocorrido. Não somente e não tanto porque é absurdo pensar que a ONU possa sair não diremos reforçada, senão ao menos livre, das ruínas de uma guerra consentida por ela mesma, que deixará sobre o tapete, agravadas dramaticamente, todas as causas remotas que a tenham provocado. Senão, sobretudo, porque a ONU não tem sentido, nem valor e nem sequer eficácia se em lugar de resolver pacificamente os conflitos os aguça até a guerra; se aliena os povos inteiros gerando neles raiva, ódio e frustração; se consagra a separação entre Norte e Sul do mundo e entre países de primeira e segunda categoria.

O futuro da ONU dependerá, por conseguinte, de como seja vivida a “vitória”: se com a convicção de que tem triunfado a legalidade internacional ou, pelo contrário, com a amarga consciência de esperanças de que o novo governo mundial seja algo distinto de um governo americano fundado na força, na desigualdade e no descrédito do direito. Em segundo lugar, se se reconhece o erro, cabe que ele sirva como lição e que seja possível, sobre a base de uma severa autocrítica, colocar em marcha uma refundação da ONU: através da supressão das posições de privilégio das mais grandes potências; a instauração de um sistema mais justo e igualitário de relações entre os Estados capaz de pretender uma efetiva limitação de sua soberania; a proibição para todos os países do mundo de produzir e ter armas; a instituição, enfim, de uma jurisdição internacional para a tutela dos direitos universais de todos os homens inclusive frente a seus governos e do direito à autodeterminação de todos os povos.

O ministro da Justiça Martelli ironizou em seu momento sobre o *apello* de 800 juristas italianos titulado “Contra a guerra. As razões do direito”. Se tens razão, se o direito está de vossa parte – disse -, os desafio a processar o governo, o Parlamento, o Conselho de Segurança da ONU. Era de se recordar ao ministro o que constitui um limite intrínseco do direito: este se apóia na fidelidade dos órgãos superiores do ordenamento a suas leis fundamentais. E se o recordarmos com as palavras que se fechava a Constituição francesa do ano III: “O povo francês confia a presente Constituição a fidelidade do corpo legislativo e de seus órgãos executivos e a vigilância e a coragem de todos os franceses”.

É certo. Esta fidelidade pode decair. Governos e maiorias podem muito bem violar as normas fundamentais. Também podem conseguir fazer suas próprias razões como direito. Porém isto não significa que suas violações sejam legítimas. O mundo está cheio de ordenamentos dotados de constituições avançadíssimas e sistematicamente traídas por seus governos. No ordenamento internacional e, pelo que nos afeta, em italiano, sucedeu com a guerra algo similar: uma violação do

direito de ambos, desmascarada de restauração do direito

Todos celebram triunfalmente a vitória, cantando a paz e a legalidade restaurada: os mais de cem mil mortos foram um acidente de percurso. Sem embargo, há que se falar que se tratou de um crime, e fazer como tal seja recordado. Para garantir nosso futuro, e para extrair lições do passado. E se hoje, frente ao coro de consensos, resulta difícil ser otimistas, não podemos não sê-lo a longo prazo, pelo valor normativo que, não obstante suas desventuras, devemos seguir reconhecendo o direito. Certamente, tal como polemiza tem dois séculos Immanuel Kant contra os Estados que continuavam invocando o direito em favor de suas guerras, “surpreende” que a palavra *direito* não poderia ser expulso pela pedante política de guerra e que nenhum Estado tenha ousado, todavia, declarar-se abertamente em favor desta última [...] E sem embargo, esta homenagem, que ao menos de palavra todo Estado se rende a ideia do direito, demonstra que no homem se encontra uma disposição moral mais forte, ainda atualmente adormecida, destinada a prevalecer um dia sobre o princípio do mal que tenha nele: de outro modo, com efeito, a palavra *direito* não seria nunca a boca dos Estados que querem agredir-se, senão para tornar-se uma piada.