

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

CÉSAR LINSAN PASSY YIP

**O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO VISTO DO SUL:
O TERCEIRO MUNDO NA CONFERÊNCIA DE GENEBRA DE 1974 A 1977**

Brasília

2017

CÉSAR LINSAN PASSY YIP

**O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO VISTO DO SUL:
O TERCEIRO MUNDO NA CONFERÊNCIA DE GENEBRA DE 1974 A 1977**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: George Rodrigo Bandeira Galindo.
Área de concentração: Direito, Estado e Constituição.

Brasília

2017

YIP, César Linsan Pasy

O Direito Internacional Humanitário visto do Sul: o Terceiro Mundo na Conferência de Genebra de 1974 a 1977 / César Linsan Passy Yip -- Brasília, 2017.
133 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

Orientador: George Rodrigo Bandeira Galindo.

1. Direito Internacional Humanitário. 2. Abordagens do Terceiro Mundo sobre o Direito Internacional (TWAIL). 3. História do Direito Internacional. 4. Convenções de Genebra.

CÉSAR LINSAN PASSY YIP

**O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO VISTO DO SUL:
O TERCEIRO MUNDO NA CONFERÊNCIA DE GENEBRA DE 1974 A 1977**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição.

Após sessão pública de defesa desta dissertação, o candidato César Linsan Passy Yip foi considerado _____ pela Banca Examinadora.

Professor Doutor George Rodrigo Bandeira Galindo – Orientador
Universidade de Brasília

Professor Doutor João Henrique Ribeiro Roriz – Examinador
Universidade Federal de Goiás

Professor Doutor Florian Fabian Hoffmann – Examinador
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Professora Doutora Inez Lopes Matos Carneiro de Farias – Suplente
Universidade de Brasília

Brasília, 14 de dezembro de 2017.

RESUMO

A dissertação analisa a participação do Terceiro Mundo na Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável em Conflitos Armados, realizada entre 1974 e 1977, em Genebra. Essa Conferência, de que resultaram dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1949, foi a primeira em que o Terceiro Mundo teve influência efetiva na definição das normas que regulam os conflitos armados. A posição dessas delegações pode ser caracterizada por uma ambivalência: em alguns temas – como a inclusão das guerras de libertação nacional no rol de conflitos armados internacionais, a definição de combatentes e prisioneiros de guerra, as normas aplicáveis em situações de ocupação e a restrição ao uso de certas armas convencionais –, o Terceiro Mundo teve postura de contestação e reformismo; em outros – como o cumprimento de ordens superiores e a regulamentação dos conflitos sem caráter internacional –, atuou como defensor da preservação da ordem e da soberania nacional. Esse contraste pode ser parcialmente explicado com recurso às Abordagens do Terceiro Mundo sobre o Direito Internacional (TWAIL), que destacam, entre as características dos juristas do Terceiro Mundo nas décadas de 1960 e 1970, a crença na capacidade de utilizar o Direito Internacional como instrumento de transformação e, ao mesmo tempo, o apego à soberania nacional contra o risco de ingerência estrangeira. Mais do que contradição, essa ambivalência reflete postura pragmática do Terceiro Mundo, que defendeu a legitimação de formas alternativas de uso da força e a ampliação da proteção humanitária apenas na medida em que isso ajudaria a promover o direito à autodeterminação e combater todas as formas de dominação estrangeira. Quando se tratava da possibilidade de colocar em risco sua estabilidade e integridade territorial, o Terceiro Mundo atribuiu prioridade à manutenção da ordem estabelecida. O relativo sucesso na negociação dos Protocolos de 1977 corrobora o argumento das TWAIL sobre o papel do Terceiro Mundo como ator relevante no Direito Internacional. Esse sucesso, no entanto, foi limitado, em alguns casos, pelas tensões da Guerra Fria – elemento explicativo pouco explorado pelas TWAIL.

Palavras-chave: Abordagens do Terceiro Mundo sobre o Direito Internacional (TWAIL); Convenções de Genebra; Direito Internacional Humanitário; História do Direito Internacional.

ABSTRACT

The dissertation considers the participation of the Third World in the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, which took place between 1974 and 1977, in Geneva. This Conference, which produced two Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949, was the first in which the Third World had effective influence on the definition of norms regulating armed conflicts. The stance of these delegations can be described as ambivalent: in some areas – such as the treatment of wars of national liberation as international armed conflicts, the definition of combatants and prisoners of war, the rules applicable during occupation, and the restriction on the use of certain conventional weapons – the Third World had an attitude of reform and contestation; in others – such as the obedience to superior orders and the regulation of armed conflicts not of an international character – it fought to preserve the established order and defend national sovereignty. These contrasting positions can be partially explained with the contribution of Third World Approaches to International Law (TWAIL), which underline, among the characteristics of Third World publicists in the 1960s and 1970s, the belief in the capacity to use International Law as an instrument of transformation and, at the same time, the defense of national sovereignty against the risk of foreign interference. More than a contradiction, this ambivalence reveals a pragmatic approach by the Third World, which pushed for the recognition of alternative forms of use of force and for larger humanitarian protection only to the extent that it helped to promote the right to self-determination against all forms of alien domination. When it came to the possibility of threatening its own stability and territorial integrity, it gave priority to the maintenance of the established order. This relative success in the negotiation of the 1977 Protocols supports the arguments of TWAIL scholars about the role of the Third World as a relevant actor in International Law. This success, however, was in some cases limited by the tensions of the Cold War – an element that is not sufficiently explored by TWAIL scholars.

Keywords: International Humanitarian Law; Geneva Conventions; History of International Law; Third World Approaches to International Law (TWAIL).

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 AS ABORDAGENS DO TERCEIRO MUNDO SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL (TWAIL)	15
2.1 O que é o Terceiro Mundo?	15
2.2 História das TWAIL.....	18
2.3 O que são as TWAIL?	20
2.3.1 Olhar para a história.....	22
2.3.2 Relações de poder	25
2.3.3 Papel do Terceiro Mundo	26
2.3.4 Espaços para mudanças	27
2.4 Contribuições das TWAIL ao Direito Internacional Humanitário.....	28
2.4.1 História do Direito Internacional Humanitário.....	29
2.4.2 Crítica à soberania	34
2.4.3 Hipóteses.....	37
3 A CONFERÊNCIA DIPLOMÁTICA SOBRE A REAFIRMAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO APLICÁVEL EM CONFLITOS ARMADOS (1974-1977).....	39
3.1 Contexto.....	39
3.1.1 Antecedentes imediatos	39
3.1.2 Contexto: Guerra Fria e guerras “quentes”.....	44
3.1.3 Contraste com a Conferência de Genebra de 1949.....	48
3.2 Questão dos convites.....	50
3.3 Definição de conflito armado internacional	56
3.4 Prisioneiros de guerra	69
3.5 Ocupação	78

3.6 Restrição ou proibição do uso de certas armas convencionais	82
3.7 Ordens superiores	88
3.8 Conflitos armados sem caráter internacional	91
3.8.1 Âmbito de aplicação	93
3.8.2 Cláusulas substantivas	96
3.8.3 Avaliação sobre o Protocolo II	102
4 DISCUSSÃO E ANÁLISE DAS HIPÓTESES	105
4.1 Avaliação da participação do Terceiro Mundo.....	105
4.1.1 Contestação e reforma	105
4.1.2 Continuísmo e a defesa da soberania.....	108
4.1.3 Ambivalência e pragmatismo	110
4.2 Contribuições da abordagem teórica para o estudo histórico	112
4.3 Contribuição da análise histórica para o estudo teórico	115
5 CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS	123

1 INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Internacional nas últimas décadas tem se beneficiado de novas metodologias e perspectivas. Com a contribuição de outras áreas do conhecimento, pesquisadores têm suscitado questões antes ignoradas e apontado caminhos alternativos para a evolução do sistema jurídico internacional. Exemplo notável dessa tendência são as chamadas Abordagens do Terceiro Mundo sobre o Direito Internacional, ou TWAIL¹, movimento surgido no final da década de 1990 com o intuito de inquirir a respeito da relação entre o Direito Internacional e o chamado Terceiro Mundo.²

Essa nova perspectiva trouxe uma série de questionamentos em diversas áreas do Direito Internacional. Dos Direitos Humanos³ ao Direito Ambiental⁴, passando pelo Comércio Internacional⁵, os “TWAILers” têm identificado no Direito Internacional mecanismos de preservação de relações desiguais entre Estados e povos.⁶ Curiosamente, no entanto, esse tipo de abordagem tocou apenas marginalmente em um dos ramos centrais do Direito Internacional: a regulação do uso da força em caso de conflitos armados. São poucas, ainda, as abordagens críticas sobre o Direito Internacional Humanitário.⁷

A presente dissertação pretende ajudar a suprir essa lacuna. Seu objetivo é analisar em que medida é possível aplicar a perspectiva das TWAIL ao Direito Internacional

¹ Do inglês, “Third World Approaches to International Law”.

² Sobre o emprego do termo Terceiro Mundo, ver seção 2.1.

³ Ver, por exemplo, RAJAGOPAL, Balakrishnan, Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy, **Third World Quarterly**, v. 27, n. 5, p. 767–783, 2006.

⁴ PORRAS, Ileana M., Appropriating Nature: Commerce, Property, and the Commodification of Nature in the Law of Nations, **Leiden Journal of International Law**, v. 27, n. 3, p. 641–660, 2014.

⁵ GATHII, James Thuo, Process and Substance in WTO Reform, **Rutgers Law Review**, v. 56, n. 4, p. 1–41, 2004.

⁶ Exemplos dessa abordagem no Brasil encontram-se em BARROS, Patrícia Ramos, **Reminiscências Coloniais e Incoerências entre a Noção de Saúde Global e o Terceiro Mundo: a Atuação da Organização Mundial da Saúde em Situação de Emergência Sanitária**, Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, Brasília, 2017; DAL RI JÚNIOR, Arno; BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica; ZIMMERMANN, Taciano Scheidt, O Direito Internacional e as Abordagens do “Terceiro Mundo”: Contribuições da Teoria Crítica do Direito, **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 62, n. 1, p. 61–81, 2017. GALINDO, George Rodrigo Bandeira, A Volta do Terceiro Mundo ao Direito Internacional, **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, v. 119-124, p. 46–68, 2013; GALINDO, George Rodrigo Bandeira; RORIZ, João Henrique Ribeiro, Da Teoria à Política: a Perspectiva Pós-Colonial nos Estudos de Relações Internacionais e Direito Internacional, *In: Anais do 5º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais*, Belo Horizonte: Associação Brasileira de Relações Internacionais, 2015; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; AFONSO, Henrique Weil, Para Contar as Outras Estórias: Direito Internacional e Resistência Contra-hegemônica no Terceiro Mundo, **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 29, n. 1, p. 155–182, 2013.

⁷ Neste trabalho, são utilizados de forma indistinta os termos Direito Internacional Humanitário e Direito dos Conflitos Armados. Para uma discussão sobre esses conceitos, ver seção 2.4.1.

Humanitário. Para isso, realiza-se estudo de caso da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados, realizada em Genebra, entre 1974 e 1977. A Conferência negociou dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1949 – um Protocolo Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo I) e um Protocolo Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados sem Caráter Internacional (Protocolo II).

A escolha da Conferência de Genebra como objeto de estudo não é aleatória. Concluídos há quarenta anos, os Protocolos de 1977 permanecem os mais completos instrumentos convencionais com as regras internacionais aplicáveis aos conflitos armados. Eles marcam a passagem de um Direito dos Conflitos Armados pactuado entre um pequeno grupo de Estados – sobretudo ocidentais – para um regime negociado por representantes de diferentes regiões. Para muitos países, foi essa a primeira oportunidade para que fossem ouvidos e para que pudessem influenciar as regras aplicáveis aos conflitos armados. Foi, também, a primeira conferência diplomática sobre esse tema em que o Terceiro Mundo foi o grupo majoritário e o bloco ocidental, minoritário.⁸ Em 1949, quando se negociaram as Convenções de Genebra, a configuração da sociedade internacional era muito diferente e o processo de descolonização, ainda incipiente. Basta dizer que da negociação das Convenções de Genebra participaram 64 Estados, ao passo que dos Protocolos Adicionais, 136. Dessa forma, na década de 1970, o processo negociador foi muito mais complexo, com maior diversidade de posições e interesses em jogo. Essa negociação foi marcada por debates polarizados e momentos de tensão. Ainda assim, não se conhece uma leitura crítica dessa negociação sob a ótica do Terceiro Mundo e dos objetivos de seus representantes na Conferência Diplomática.

Cumprido destacar, desde já, que o presente trabalho não se propõe a ser uma análise exaustiva dos Protocolos de 1977 e de seu processo negociador. Não se pretende fazer uma descrição abrangente ou uma interpretação profunda dos artigos desses instrumentos.⁹ O objetivo do estudo dos Protocolos e suas negociações é entender como as posições do Terceiro Mundo podem ser lidas e explicadas com a contribuição das TWAIL. Discussões

⁸ Apenas para fins metodológicos, considera-se bloco ocidental o conjunto de Estados que formam o grupo regional “Europa Ocidental e Outros” (WEOG) na Organização das Nações Unidas. Ver ONU. United Nations Regional Groups of Member States. Disponível em: <<http://www.un.org/depts/DGACM/RegionalGroups.shtml>> Acesso em: 28 out. 2017.

⁹ Para esse fim, ver PICTET, Jean *et al*, **Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949**, Genebra: Martinus Nijhoff, 1987.

teóricas sobre os dispositivos dos Protocolos Adicionais ou das Convenções de Genebra serão realizadas apenas na medida em que forem necessárias para compreender os argumentos empregados nessa negociação e o alcance de seus resultados.

A presente pesquisa busca contribuir, também, para enriquecer o estudo da história do Direito Internacional.

Como atestam diversos autores, tem havido crescente interesse por esse estudo histórico, inspirado, muitas vezes, por perspectivas críticas em relação a narrativas tradicionais sobre a disciplina.¹⁰ No caso do Direito Internacional Humanitário, no entanto, ainda prevalecem narrativas reducionistas e, de certa forma, até mesmo idealizadas. Posto que constata-se que regras limitando o uso da força são tão antigas quanto as guerras em si, esse tipo de narrativa costuma ressaltar que a forma moderna do Direito Internacional Humanitário decorre de impulso iniciado na década de 1860, sistematizado na virada de século dos séculos XIX e XX, reformado com objetivos humanitários após o desastre da Segunda Guerra Mundial e ampliado com os Protocolos Adicionais de 1977.¹¹

A história contada dessa forma é normalmente utilizada com dois possíveis objetivos: a legitimação do regime vigente ou sua caracterização como defasado e carente de atualizações.

No primeiro caso, a história é contada como a evolução de um sistema rudimentar a um sistema codificado abrangente; do objetivo de simples regulação das hostilidades entre as partes até a proteção de civis, feridos, náufragos e prisioneiros de guerra. Essa história também tem um herói – Henri Dunant – e um mito fundador – a Batalha de Solferino. Dessa forma, demonstra-se o progresso da regulamentação da guerra, de forma a justificar as normas existentes.

No segundo caso, costuma-se repetir que o Direito Internacional Humanitário está sempre uma guerra atrasado. Argumenta-se que as normas são elaboradas após grandes

¹⁰ Ver GALINDO, George Rodrigo Bandeira, Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law, **The European Journal of International Law**, v. 16, n. 3, p. 539–559, 2005; GALINDO, George Rodrigo Bandeira, Para Que Serve a História Do Direito Internacional?, **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 1, p. 338–354, 2015; LESAFFER, Randall, International Law and Its History – The Story of an Unrequited Love, in: CRAVEN, M.; FITZMAURICE, M.; VOGIATZI, M. (Orgs.), **Time, History and International Law**, Haia: Martinus Nijhoff, 2006, p. 27–41; KOSKENNIEMI, Martti, Expanding Histories of International Law, **American Journal of Legal History**, v. 56, n. 1, p. 104–112, 2016.

¹¹ Exemplo dessa narrativa tradicional pode ser visto em CAMPOS, Camila Gabriella, **O Surgimento e a Evolução do Direito Internacional Humanitário**, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 21-30; JACOB, Mariana Alencar; AMARAL, Sérgio Tibiriçá, Os Precedentes Históricos do Direito Internacional Humanitário, **ETIC – Encontro de Iniciação Científica do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente**, v. 10, n. 10, p. 1–32, 2014.

catástrofes, como as duas Guerras Mundiais, refletindo necessidades do passado. Defende-se que desenvolvimentos tecnológicos posteriores (como armas automatizadas e de precisão) e supostas novas formas de conflitos armados (como guerras assimétricas) exigiriam uma reformulação desse corpo normativo. Justifica-se, assim, a necessidade de adaptar as regras existentes às formas atuais de condução das hostilidades.¹²

Essas duas formas de contar a história da disciplina correspondem ao que Robert Gordon qualificou como abordagens estática e dinâmica dos juristas em relação à história.¹³ Na primeira, os antecedentes são usados para legitimar o regime atualmente existente; na segunda, a história é usada para criticar o presente e propor fórmulas alternativas de regulação. Essas abordagens servem, portanto, para justificar argumentos normativos sobre a continuidade ou alteração do direito.

É possível e necessário, no entanto, pensar uma abordagem crítica dessa história. Uma perspectiva que busque, do ponto de vista teórico, analisar a história de forma fundamentada, apontando inconsistências da historiografia tradicional; e, do ponto de vista ético, dar voz a atores historicamente desprivilegiados ou excluídos do debate sobre o Direito Internacional. Na presente dissertação, busca-se contribuir para uma história do Direito Internacional Humanitário que atenda a esses compromissos, ao analisar capítulo importante dessa história sob a perspectiva dos atores do Terceiro Mundo que dele participaram.

Ao estudar como as abordagens das TWAIL auxiliam na compreensão da participação do Terceiro Mundo na Conferência de Genebra, também se busca atender ao chamado de Galindo quanto à necessidade de aproximar os estudos sobre teoria e história do Direito Internacional.¹⁴ A presente pesquisa poderá ajudar a elucidar, por exemplo, o quanto a atuação dos Estados recentemente independentes nessas Conferências (história) corrobora os argumentos dos autores das TWAIL sobre os internacionalistas do Terceiro Mundo na década de 1970 (teoria). Em sentido inverso, analisa-se em que medida a perspectiva das TWAIL

¹² KUNZ, Josef L., The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision, **The American Journal of International Law**, v. 45, n. 1, p. 37–61, 1951; LAMP, Nicolas, Conceptions of War and Paradigms of Compliance: The “New War” Challenge to International Humanitarian Law, **Journal of Conflict and Security Law**, v. 16, n. 2, p. 225–262, 2011. Uma perspectiva de TWAIL sobre esse tipo de argumento encontra-se em OKAFOR, Obiora Chinedu, Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A TWAIL Perspective, **Osgoode Hall Law Journal**, v. 43, n. 1, p. 171–191, 2005.

¹³ GORDON, Robert W., The Struggle over the Past, **Cleveland State Law Review**, v. 44, n. 2, p. 123–143, 1996. Ver também GALINDO, George Rodrigo Bandeira, ¿Para Qué Estudiar la Historia del Derecho Internacional?, In: URUEÑA, René (Org.), **Derecho Internacional Poder y límites del derecho en la sociedad global**, Bogotá: Uniandes, 2014, p. 3–25.

¹⁴ GALINDO, George Rodrigo Bandeira, Force Field: On History and Theory of International Law, **Rechtsgeschichte**, v. 20, p. 86–103, 2012.

(teoria) pode ajudar a revelar aspectos antes negligenciado sobre a negociação dos Protocolos Adicionais de 1977 (história).

A principal fonte sobre as negociações dos Protocolos Adicionais de 1977 às Convenções de Genebra são os 17 volumes dos registros oficiais da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável em Conflitos Armados, realizada em Genebra, entre 1974 e 1977.¹⁵ Recurso subsidiário é feito a textos acadêmicos, com destaque para autores que participaram da Conferência como delegados ou observadores.¹⁶ Eventualmente são feitas referências, também, às Conferências de Especialistas Governamentais sobre a Refirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável em Conflitos Armados, realizadas em 1971¹⁷ e 1972,¹⁸ cujas discussões serviram de base para os projetos de protocolos preparados pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV).

Após esta introdução, a próxima seção trata das Abordagens do Terceiro Mundo sobre o Direito Internacional. Primeiramente, faz-se um breve esclarecimento sobre o emprego do termo Terceiro Mundo e o seu significado atual. Em seguida, descrevem-se a curta história desse movimento intelectual e os principais argumentos defendidos por seus autores. A partir dessas premissas, passa-se à análise, de forma mais específica, das contribuições das TWAIL para o estudo do Direito Internacional Humanitário, sobretudo quanto à história da disciplina e ao papel da soberania nesse regime. Com base nessas contribuições, são apresentadas duas hipóteses para nortear o estudo da Conferência Diplomática de Genebra: a de que os países do Terceiro Mundo buscaram, de um lado, promover uma reforma do Direito Internacional Humanitário e, de outro, defender sua soberania, recém-adquirida em muitos casos, contra qualquer possibilidade de ingerência externa. A se comprovarem essas hipóteses, faz-se necessário refletir até que ponto esses

¹⁵ CICV. Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977), 1977, doravante “CDDH Official Records”.

¹⁶ Participaram da Conferência autores que já eram ou posteriormente se tornariam referências do Direito Internacional Público, como Antonio Cassese, Erik Castrén, George Aldrich, Georges Abi-Saab, Francisco Rezek, Frits Kalshoven, Pieter Kooijmans, Richard Baxter, Robert Quentin-Baxter e Vicente Marotta Rangel.

¹⁷ CICV. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Genebra, 24 mai. – 12 jun. 1971. Report on the Work of the Conference, 1971.

¹⁸ CICV. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Segunda Sessão. Genebra, 3 mai. – 3 jun. 1972. Report on the work of the Conference, 1972.

objetivos podem se apresentar como contraditórios do ponto de vista das teses defendidas pelas TWAIL.

A seção seguinte concentra o trabalho de pesquisa documental desta dissertação. Após breve contextualização da Conferência e das discussões preparatórias que levaram a sua realização, analisam-se os principais temas nos quais ficou evidente a atuação do Terceiro Mundo.¹⁹ Esses temas são: a questão dos convites para participar da Conferência, a inclusão das guerras de libertação no rol de conflitos armados internacionais, a definição de combatentes e prisioneiros de guerra, a regulamentação da ocupação beligerante, a proibição ou restrição ao uso de certas armas convencionais, a responsabilidade de subordinados pelo cumprimento de ordens superiores e a limitação do Protocolo II relativo aos conflitos armados sem caráter internacional. Em cada um desses temas, analisa-se a proposta inicialmente apresentada pelo CICV, as posições assumidas pelas delegações do Terceiro Mundo e dos demais países e o resultado final inscrito nos Protocolos Adicionais de 1977.

Após esse levantamento sobre a participação do Terceiro Mundo na Conferência, a seção subsequente traz uma discussão desses resultados. Indaga-se quais foram, afinal, os interesses defendidos pelo Terceiro Mundo nessa ocasião, à luz das hipóteses anteriormente lançadas. Discute-se, também a possível contradição entre a reforma proposta por essas delegações e a defesa enfática da soberania, sobretudo quanto ao tema dos conflitos sem caráter internacional. Em seguida, propõe-se refletir sobre dois aspectos da relação entre as TWAIL e esse capítulo da história do Direito Internacional Humanitário: como a abordagem das TWAIL contribui para enriquecer a pesquisa histórica e em que medida o estudo de caso da Conferência de Genebra comprova os argumentos das TWAIL sobre os juristas do Terceiro Mundo das décadas de 1960 e 1970.

Ao final, são feitos breves comentários a título de conclusão. Discutem-se o significado dos Protocolos Adicionais de 1977 para o Direito dos Conflitos Armados e o legado da participação do Terceiro Mundo.

¹⁹ Na primeira fase da pesquisa, foram lidos todos os volumes dos registros da Conferência. Apesar do ambiente de tensões e rivalidades, muitos temas foram decididos de forma consensual ou com disputas que não demonstraram divisões em linhas ideológicas ou geopolíticas. Os temas escolhidos para a presente dissertação são aqueles nos quais ficou evidente o protagonismo do Terceiro Mundo.

2 AS ABORDAGENS DO TERCEIRO MUNDO SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL (TWAIL)

2.1 O QUE É O TERCEIRO MUNDO?

O conceito de Terceiro Mundo foi cunhado por Alfred Sauvy, em 1952, em coluna publicada no semanário *L'Observateur* e intitulada *Trois Mondes, Une Planete*. Nesse artigo, a expressão aparece com duas conotações distintas.

De um lado, Sauvy apresenta o Terceiro Mundo como espaço da disputa entre o capitalismo e o socialismo. Sem o Terceiro Mundo como território a ser conquistado pelos dois polos, a própria razão de ser desse embate perderia muito de seu sentido. A Guerra Fria, que então apenas se iniciava, era uma disputa, sobretudo, pelo apoio desses países: “Ce qui importe à chacun des deux mondes, c’est de conquérir le troisième ou du moins de l’avoir de son côté.”²⁰ Não obstante, o autor já indaga sobre uma possível terceira via, mais independente, para esses países: “Faut-il suivre l’une d’elles ou essayer une autre voie?”²¹

Para além da disputa geopolítica da Guerra Fria, o texto de Sauvy traz uma segunda conotação para o termo Terceiro Mundo. Trata-se do Terceiro Mundo como uma aspiração, como uma possibilidade e uma expectativa em relação ao futuro. O demógrafo francês nota que os avanços da medicina permitiriam grande incremento da expectativa de vida nos países mais pobres. Essa maior longevidade, no entanto, não seria acompanhada por melhora na qualidade de vida, o que criaria uma “caldeira humana” de pressão crescente. Essa situação de desigualdade em relação ao primeiro mundo teria de ser enfrentada. O autor finaliza seu artigo invocando a famosa distinção do Abade Sieyès sobre o Terceiro Estado: “Car enfin ce Tiers Monde ignoré, exploité, méprisé comme le Tiers Etat, veut, lui aussi, être quelque chose.”²²

Em sua conotação política, a ideia de Terceiro Mundo difunde-se não apenas em círculos acadêmicos, mas é apropriada pelos próprios líderes políticos desses países, como o ganês Kwame Nkrumah ou o senegalês Leopold Senghor.²³ Têm início, então, tentativas de

²⁰ SAUVY, Alfred, *Trois Mondes, Une Planète*, **Vingtième Siècle. Revue d'Histoire**, n. 12, p. 81–83, 1986, p. 81.

²¹ *Ibid.*, p. 82.

²² *Ibid.*, p. 83.

²³ WOLF-PHILLIPS, Leslie, Why “Third World”? Origin, Definition and Usage, **Third World Quarterly**, v. 9, n. 4, p. 1131–1327, 1987.

construir certa unidade de ação entre esses países, a mais famosa das quais a Conferência Afro-Asiática de 1955, realizada em Bandung. Não por outro motivo, ainda que o comunicado final da Conferência não empregue o termo Terceiro Mundo, Makau Mutua refere-se a Bandung como o nascedouro simbólico das TWAIL.²⁴ Nos anos seguintes, outras iniciativas diplomáticas seriam lançadas com objetivos similares, como o Movimento dos Não Alinhados ou o G-77.

Não obstante esses movimentos políticos, ao longo dos anos 1960 e 1970, passa a prevalecer uma concepção econômica do termo Terceiro Mundo.²⁵ Nos anos 1980, tornam-se cada vez mais intensas as críticas sobre a utilidade desse conceito. Esses questionamentos estão concentrados principalmente na alegada falta de unidade entre os países que se busca reunir nessa expressão. Menciona-se o fato de que alguns países, como a Coreia do Sul, teriam alcançado nível de desenvolvimento que os tornariam completamente distintos dos demais. Aponta-se, ainda, uma tendência de regionalização dos alinhamentos internacionais, que enfraqueceria a unidade do Terceiro Mundo em nível global.²⁶ Segundo Robert Zoellick, então presidente do Banco Mundial, os países em desenvolvimento seriam, atualmente, os principais polos de crescimento econômico. Com essa ascensão, o mundo estaria conhecendo um novo multilateralismo, no qual a divisão cunhada na Guerra Fria já não teria o mesmo valor analítico.²⁷

Há certa dose de razão nesse tipo de comentário. Do ponto de vista econômico, há pouca coincidência entre países tão díspares como a China e a Somália. Do ponto de vista diplomático, são muitas as rivalidades e tensões entre países em desenvolvimento. Por outro lado, não obstante o crescimento econômico de muitos desses países, os desafios que enfrentam suas populações ainda são múltiplos e não se vislumbra que seu nível de renda alcance o dos países mais desenvolvidos do Ocidente. Em muitos casos, o crescimento econômico ocorreu de forma concomitante a processos de concentração de renda, mantendo grupos à margem dos ganhos da globalização.

Ademais, se é verdade que a expressão Terceiro Mundo surgiu com uma remissão ao terreno de disputa entre capitalismo e socialismo e à formação de blocos políticos no

²⁴ MUTUA, Makau, What is TWAIL?, **American Society of International Law Proceedings**, v. 94, p. 31–38, 2000, p. 31.

²⁵ SOLARZ, Marcin Wojciech, “Third World”: the 60th Anniversary of a Concept That Changed History, **Third World Quarterly**, v. 33, n. 9, p. 1561–1573, 2012.

²⁶ HOLM, Hans-Henrik, The End of the Third World?, **Journal of Peace Research**, v. 27, n. 1, p. 1–7, 1990.

²⁷ ZOELLICK, Robert B., The End of the Third World: Modernizing Multilateralism for A Multipolar World, **Law and Business Review of the Americas**, v. 16, p. 371–381, 2010.

sistema multilateral, também é verdade que o termo já tinha, como visto, conotação relacionada aos desafios do desenvolvimento. Ao longo do tempo, esta segunda conotação foi prevalecendo sobre a primeira, sobretudo a partir da década de 1960, com a distensão da Guerra Fria e o avanço da descolonização.²⁸ Mesmo na Guerra Fria, portanto, era possível abstrair o enfrentamento político e enxergar o Terceiro Mundo como uma aspiração, ou seja, um grupo cuja identidade estava na postulação por uma distribuição mais justa de poder e riqueza na ordem internacional.

Também Berger critica o conceito de Terceiro Mundo, mas por outro motivo. Segundo o autor, o termo tende a reproduzir uma visão linear da história e reforçar um entendimento homogeneizado sobre esses países. Berger refere-se, principalmente, aos debates sobre a aplicabilidade do modelo de desenvolvimento dos chamados Tigres Asiáticos aos demais países em desenvolvimento. Assim, o conceito serviria, principalmente, como uma forma de administração da economia política global:

The idea of a ‘Third World’ now serves an important function in terms of the ‘management’ of the global political economy and allows for the homogenisation of the history of diverse parts of the world. What began in the 1950s as an attempt to forge a political and diplomatic alliance ostensibly outside the capitalist and socialist ‘camps’ has now become an all encompassing category reducing the governments, economies and societies of Africa, Asia, Latin America and Oceania to a set of variables distinct from and inferior to the ‘First World’.²⁹

Como afirma Marcin Solarz, o termo Terceiro Mundo foi questionado por diferentes lados do espectro político desde a sua criação.³⁰ Isso não impediu, no entanto, que continuasse a ser não apenas utilizado, mas apropriado por diversos atores como uma forma de identidade. A discussão sobre a validade do conceito, portanto, não deve ofuscar sua utilização por atores sociais. Como explica Okafor:

What is important is the existence of a group of states and populations that have tended to self-identify as such – coalescing around a historical and continuing experience of subordination at the global level that they feel they share – not the existence and validity of an unproblematic monolithic third-world category.³¹

Isso torna-se ainda mais evidente no caso das TWAIL, que empregam o termo não tanto para caracterizar um bloco homogêneo, mas para se referir a uma identidade baseada em

²⁸ WOLF-PHILLIPS, Leslie, Why Third World?, *Third World Quarterly*, v. 1, n. 1, p. 105–115, 1979, p. 106.

²⁹ BERGER, Mark T., The End of the 'Third World'?, *Third World Quarterly*, v. 15, n. 2, p. 257–275, 1994, p. 270.

³⁰ SOLARZ, “Third World”: the 60th Anniversary of a Concept That Changed History, p. 1566.

³¹ OKAFOR, Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A TWAIL Perspective, p. 174.

um passado com aspectos compartilhados e uma luta por uma distribuição mais justa de recursos. Como afirma Mickelson, o Terceiro Mundo é um coro de vozes que tenta expressar preocupações comuns:

It speaks of the Third World not as a bloc, but as a distinctive voice, or, more accurately, as a chorus of voices that blend, though not always harmoniously, in attempting to make heard a common set of concerns. [...] To self-identify as part of the Third World, then, involves a choice to take a stand in a struggle in which what is sought is not merely a more equitable distribution of resources, or a reshuffling of existing power relations.³²

É nesse contexto que a presente dissertação emprega o termo Terceiro Mundo. Conforme ressaltado, a discussão teórica sobre a validade do conceito não elide o fato de que ele foi e continua sendo empregado. Na década de 1970, várias delegações expressamente referem-se ao Terceiro Mundo. Nos tempos atuais, os autores das TWAIL ainda o consideram uma forma de identidade. Assim, o Terceiro Mundo refere-se ora a um conjunto de países e delegações, ora a uma percepção compartilhada sobre a injustiça da ordem internacional. Ressalta-se, porém, que seu emprego não tem como objetivo homogeneizar países, povos ou indivíduos por ele abrangidos.

2.2 HISTÓRIA DAS TWAIL

As Abordagens do Terceiro Mundo sobre o Direito Internacional surgiram a partir de uma rede de pesquisadores no final dos anos 1990, no contexto das chamadas novas abordagens críticas sobre Direito Internacional.³³ Esse movimento teve início de forma declarada em 1996, com um grupo de professores e estudantes na Universidade de Harvard, inicialmente integrado por Bhupinder Chimni, James Gathii, Balakrishnan Rajagopal, Vasuki Nesiiah, Elchi Nowrojee, Celestine Nyamu e Hani Sayed, com o apoio de David Kennedy, Jorge Esquirol, Antony Anghie e Makatu Mutua. Nos dias 8 e 9 de março de 1997, esse grupo realizou sua primeira conferência, intitulada “New Approaches to Third World Legal Studies

³² Ver MICKELSON, Karin, *Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse*, **Wisconsin International Law Journal**, v. 16, n. 2, p. 353–419, 1997; Ver também BARROS, *Reminiscências Coloniais e Incoerências entre a Noção de Saúde Global e o Terceiro Mundo: a Atuação da Organização Mundial da Saúde em Situação de Emergência Sanitária*, p. 43-46.

³³ Ver KENNEDY, David; TENNANT, Chris, *New Approaches to International Law: A Bibliography*, **Harvard International Law Journal**, v. 35, n. 2, p. 417–460, 1994; CASS, Deborah Z., *Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship in International Law*, **Nordic Journal of International Law**, v. 65, p. 341–383, 1996; PAULUS, Andreas L., *International Law After Postmodernism: Towards Renewal or Decline of International Law?*, **Leiden Journal of International Law**, v. 14, n. 4, p. 727–755, 1999.

Conference”.³⁴ Desde então, foram realizadas conferências sobre as TWAIL em 2001 (Toronto, Canadá), 2007 (Albany, Estados Unidos), 2008 (British Columbia, Canadá), 2011 (Oregon, Estados Unidos) e 2015 (Cairo, Egito).³⁵

O fato de que essa rede tenha iniciado suas atividades nesse momento não significa, obviamente, que as preocupações expressadas por esses pesquisadores não estivessem presentes em seus trabalhos progressos e mesmo na doutrina de acadêmicos de gerações anteriores. Em famoso artigo, Anghie e Chimni apresentam uma classificação entre dois momentos das abordagens do Terceiro Mundo. Destacam que, no período da descolonização, já havia juristas que se debruçavam sobre o tema da inserção do Terceiro Mundo no Direito Internacional. Aos autores desse período, que classificam como TWAIL I, Anghie e Chimni atribuem cinco características principais, que teriam influenciado os escritos posteriores: 1) a identificação do Direito Internacional colonial como responsável pela subjugação e dominação dos povos do Terceiro Mundo; 2) o reconhecimento de que os Estados pré-coloniais já conheciam, de alguma forma, o Direito Internacional; 3) a crença no potencial do Direito Internacional para a construção de uma ordem mais justa (ao invés da opção possível pela rejeição do Direito Internacional); 4) a defesa enfática da soberania estatal e do princípio da não intervenção; e 5) a tentativa de construção de uma Nova Ordem Econômica Internacional, dado o reconhecimento de que a independência política não fora suficiente para promover a plena emancipação dos povos do Terceiro Mundo.³⁶

Ainda segundo Anghie e Chimni, o movimento intelectual das TWAIL nos anos 1990, que classificam como TWAIL II, teria surgido como resposta a muitas das ideias das TWAIL I. Primeiramente, os autores da TWAIL II fariam uma crítica à soberania e ao Estado-nação pós-colonial, que, em seu processo de formação e desenvolvimento, recorre a formas de violência e reproduz exclusões. Em segundo lugar, a TWAIL II faria um questionamento mais incisivo dos fundamentos da disciplina, identificando como o colonialismo fez parte da construção do Direito Internacional, o que explicaria a continuidade de relações desiguais após o fim do colonialismo formal. Outro aspecto é a crítica à chamada

³⁴ GATHII, James Thuo, TWAIL: a Brief History of Its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography, **Trade, Law and Development**, v. 3, n. 1, p. 26–64, 2011, p. 29.

³⁵ *Ibid.*, p. 32-33; NATARAJAN, Usha *et al*, Introduction: TWAIL – on Praxis and the Intellectual, **Third World Quarterly**, v. 37, n. 11, p. 1945–1956, 2016; XAVIER, Sujith *et al*, Placing TWAIL Scholarship and Praxis: Introduction to the Special Issue of the Windsor Yearbook of Access to Justice, **Windsor Yearbook of Access to Justice**, v. 33, p. v–xvi, 2016.

³⁶ ANGHIE, Antony; CHIMNI, B. S., Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts, **Chinese Journal of International Law**, v. 2, n. 1, p. 77–103, 2003, p. 79-82.

missão civilizatória e às práticas que historicamente têm justificado a intervenção e a exploração econômica. Um quarto elemento novo seria a análise mais aprofundada da política do conhecimento, ou seja, das formas como o conhecimento sobre o Direito Internacional é produzido e difundido, com predominância da literatura e das instituições dos países mais ricos.³⁷

Outros autores passaram a reproduzir esse exercício de periodização dos estudos do Terceiro Mundo, chegando a identificar até mesmo uma terceira geração (TWAIL III). Segundo Khosla, no mundo após 11 de Setembro de 2001, as TWAIL teriam diante de si os desafios trazidos pelo enfrentamento ao terrorismo. Nessa nova fase, as TWAIL teriam a responsabilidade principal de lidar com a forma seletiva como o Direito Internacional seria usado por alguns países.³⁸

Recentemente, no entanto, esse tipo de periodização tem sido objeto de questionamentos. Como aponta Galindo, a referência aos precursores ou fundadores (TWAIL I) parece ter como objetivo legitimar o trabalho dos “TWAILers”, estabelecendo, de certa forma, uma trajetória ascendente, marcada pelo progresso entre as diferentes gerações. Ao mesmo tempo, essa divisão incorre em certo anacronismo, pois ressalta as diferenças entre as gerações, sem inquirir a fundo sobre suas especificidades ou sobre as perguntas que se buscava responder em cada momento. Por isso, Galindo defende que seria mais apropriado tratar do tema como uma tradição do Terceiro Mundo no estudo do Direito Internacional, sendo as TWAIL um movimento específico. Nesse sentido, as discussões realizadas a partir da década de 1990 não podem ser automaticamente transpostas ou exigidas dos autores da década de 1960.³⁹ Não se pode ignorar, por exemplo, o peso que significava, para os países de independência recente, a própria construção e manutenção de sua soberania.

2.3 O QUE SÃO AS TWAIL?

Feita essa pequena explicação sobre as origens desse movimento, cabe analisar, afinal, o que são e o que propõem as TWAIL.

³⁷ Ibid., p. 82-87.

³⁸ KHOSLA, Madhav, The TWAIL Discourse: The Emergence of a New Phase, **International Community Law Review**, v. 9, n. 3, p. 291-304, 2007.

³⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira, Splitting TWAIL?, **Windsor Yearbook of Access to Justice**, v. 33, n. 3, p. 37-56, 2016.

Durante a conferência de 1997, foi circulado um documento intitulado “Third World Association of International Law: a Vision Statement.” Trata-se de um manifesto curto, que ressalta, entre outros aspectos, a denúncia da legitimação dos processos globais de dominação e marginalização pelas vozes dominantes no Direito Internacional; a necessidade de democratização do Direito Internacional, contestando o lugar privilegiado da Europa e da América do Norte; o interesse em formular abordagens críticas às relações de poder que constituem a ordem internacional; a necessidade de engajar os escritos do Terceiro Mundo no Direito Internacional; e a promoção do diálogo entre pesquisadores de diversas partes do mundo.⁴⁰

Em 2000, Makau Mutua dedica um artigo à tentativa de responder a pergunta: “What is TWAIL?”. Segundo o autor, as TWAIL seriam uma resposta à descolonização, com vertente reativa e proativa: seriam tanto uma resposta ao Direito Internacional como um projeto imperial, quanto um projeto de transformação das condições do Terceiro Mundo. O autor identifica, então, três grandes objetivos das TWAIL: desconstruir a hierarquia racializada de normas e instituições que subordinam os povos não europeus; construir uma alternativa para a governança global; e erradicar as condições de subdesenvolvimento do Terceiro Mundo. Segundo Mutua, as TWAIL seriam um movimento político e intelectual reconhecidamente diverso, mas unido pela oposição a uma ordem global injusta. Assim, as TWAIL seriam anti-hierárquicas, contra-hegemônicas e céticas em relação a crenças e verdades universais. Seriam, ainda, um movimento de coalizão com outras abordagens afins, como a teoria racial crítica e as Novas Abordagens ao Direito Internacional.⁴¹

Okafor tenta definir as TWAIL tanto como uma abordagem, quanto como uma escola de pensamento, com dimensões tanto de teoria quanto de metodologia. O autor não deixa de reconhecer a diversidade das ideias e teses defendidas pelos autores que se identificam com as TWAIL, mas nega que isso as desqualifiquem como escola teórica. Do contrário – ou seja, caso se exigisse um bloco monolítico de ideias –, dificilmente se poderia falar de teorias coerentes de qualquer espécie.⁴²

⁴⁰ MICKELSON, Karin, Taking Stock of TWAIL Histories, *International Community Law Review*, v. 10, n. 4, p. 355–362, 2008, p. 357-358.

⁴¹ MUTUA, What is TWAIL?

⁴² OKAFOR, Obiora Chinedu, Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?, *International Community Law Review*, v. 10, n. 4, p. 371–378, 2008.

Em uma tentativa de síntese, Luis Eslava e Sundhya Pahuja definem TWAIL como um agrupamento político com engajamento estratégico em relação ao Direito Internacional, marcado por preocupações compartilhadas:

TWAIL is therefore not so much a method, as a political grouping or strategic engagement with international law, defined by a commonality of concerns. Those concerns centre on trying to attune the operation of international law to those sites and subjects that have traditionally been positioned as the ‘others of international law’.⁴³

Sendo, portanto, uma rede marcada pela diversidade, quais seriam, afinal, as características que unem as TWAIL? Quais seriam essas preocupações compartilhadas? Desde logo, é possível destacar alguns traços marcantes das TWAIL: um olhar específico para a história; a ênfase nas relações de poder; o reconhecimento do Terceiro Mundo como agente transformador do Direito Internacional; e a identificação de espaços para mudança no Direito Internacional.

2.3.1 Olhar para a história

Um capítulo de destaque nas Abordagens do Terceiro Mundo sobre o Direito Internacional é a pesquisa de caráter histórico. As TWAIL têm suscitado discussões sobre o papel do Terceiro Mundo na história do Direito Internacional e a relação histórica entre o Terceiro Mundo e o Direito Internacional.

Em classificação um tanto simplista, James Gathii divide esses estudos em contribucionistas e críticos.⁴⁴

Os contribucionistas seriam os autores que buscam demonstrar a existência de elementos de Direito Internacional em civilizações não ocidentais antes da colonização europeia. Assim, questiona-se a tradição de contar a história da disciplina sempre do ponto de vista do europeu.⁴⁵ Segundo Gathii, os contribucionistas reescrevem a história do Direito Internacional para reforçar o papel da África, reafirmando a identidade africana e desconstruindo a imagem de que seria habitada por povos não civilizados.

⁴³ ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya, *Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law*, **Trade, Law and Development**, v. 3, n. 1, p. 103–130, 2011, p. 106.

⁴⁴ GATHII, James Thuo, *Africa*, *In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Orgs.), The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 407–428.

⁴⁵ Para um exemplo dessa história sob perspectiva eurocêntrica, MALANCZUK, Peter, **Akehurst's Modern Introduction to International Law**, 7. ed. Nova York: Routledge, 1997, p. 9-32.

Exemplo dessa linha é a obra de Jeremy Levitt, que argumenta que a expansão do Alto Nilo ensejou conquista territorial e estabeleceu a base de uma ordem normativa que está na gênese do Direito Internacional. Segundo o autor, estabeleceu-se, na época, um sistema internacional baseado em regras. Levitt argumenta, ainda, que esse direito já tinha sinais tanto de imperialismo quanto de anti-imperialismo. Questiona, por isso, a ideia de que o aspecto colonialista do Direito Internacional tenha surgido na Europa.⁴⁶

De certa forma, esse tipo de pesquisa combate o eurocentrismo, pois defende que o Direito Internacional deveria olhar também para práticas anteriores à colonização.⁴⁷ Ainda assim, Gathii critica esses estudos por ignorarem o fato de que a herança africana foi modificada e europeizada, de modo a atender aos interesses das potências coloniais.⁴⁸

Em outra vertente, há os autores que Gathii chama de críticos. Seriam os pesquisadores que, ao olharem para a história, mostram como o Direito Internacional tem servido para justificar relações de dominação e exploração. Principal expoente dessa linha é Antony Anghie, que denuncia a chamada origem colonial do Direito Internacional. Segundo o professor do Sri Lanka, o imperialismo e o colonialismo são aspectos centrais e permanentes do Direito Internacional, inscritos nos conceitos basilares da disciplina, como a soberania.⁴⁹

Para Anghie, foi o encontro colonial que deu origem ao Direito Internacional contemporâneo. O argumento do autor baseia-se na leitura dos textos de Francisco de Vitória. Ao analisar as relações entre os colonizadores espanhóis e os índios, Vitória não estava adaptando um sistema jurídico existente a esse novo tipo de relação, mas criando um sistema novo. Se o Direito Internacional regula a relação entre soberanos, Vitória teve de tratar de uma questão anterior: a de saber quem é o soberano e quais seus direitos. A doutrina da soberania, portanto, teria nascido dessa tentativa de lidar com a diferença. Nessa empreitada, Vitória teria substituído o direito divino, administrado pelo Papa, por um direito natural, administrado por soberanos.⁵⁰ Esse *ius gentium* vincularia não apenas os cristãos, mas

⁴⁶ LEVITT, Jeremy I., The African Origins of International Law: Myth or Reality?, **UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs**, v. 19, p. 113–165, 2015.

⁴⁷ Contraste-se esse argumento, por exemplo, com a seguinte afirmação a propósito das contribuições da Nigéria ao Direito Internacional: “Nigeria attained full nationhood barely one and half decades ago so her impact on the international scene will have to be reckoned from that date – October 1, 1960.” OLUWAKUYIDE, Akinola, Nigeria's Contribution to International Law: a Bibliography, **International Journal of Law Libraries**, v. 3, n. 2, p. 171–181, 1975, p. 171.

⁴⁸ GATHII, Africa.

⁴⁹ ANGHIE, Antony, The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities, **Third World Quarterly**, v. 27, n. 5, p. 739–753, 2006.

⁵⁰ A esse respeito, ver, também, VERA, Kim Benita, From Papal Bull to Racial Rule: Indians of the Americas, Race, and the Foundations of International Law, **California Western International Law Journal**, v. 42, p. 453–472, 2012.

também os índios, uma vez que são todos seres humanos dotados de razão. No entanto, por não serem cristãos, os índios estariam em permanente violação do *ius gentium*, o que justificaria a guerra travada pelos espanhóis. Como a guerra é a prerrogativa principal do soberano, Anghie conclui que a soberania era experimentada em sua plenitude exatamente contra os índios.⁵¹

Essa distinção fundamental entre o soberano e o outro seria um traço permanente do Direito Internacional.⁵² Para além dos naturalistas, como Vitória, essa diferenciação estaria presente também nos positivistas, que utilizaram a oposição entre civilização e barbárie para também justificar as relações coloniais. Igualmente, o sistema de mandatos da Liga das Nações mostra como o projeto de criar soberanias serviu aos interesses do Ocidente. Posteriormente, durante a descolonização, o Ocidente usou o argumento de que o pressuposto para a soberania dos países do Terceiro Mundo seria a aceitação das regras vigentes desse mesmo Direito Internacional.⁵³

Vê-se, portanto, que a análise histórica está intimamente ligada aos argumentos das TWAIL sobre as injustiças da ordem internacional contemporânea. Ao enxergar no passado as raízes de questões atuais, os autores das TWAIL tentam explicar porque, mesmo após a descolonização, o Terceiro Mundo não teria logrado progredir inteiramente na construção de um mundo mais justo.

Cabe, no entanto, ver com ressalvas a classificação de Gathii entre contribucionistas e críticos. Essa dicotomia, assim como a oposição entre pós-colonialismo fraco e pós-colonialismo forte⁵⁴ reflete, em muitos sentidos, a discussão, já abordada, sobre a periodização entre TWAIL I e TWAIL II. Essa classificação parece reforçar o argumento de Galindo sobre o papel legitimador dessa narrativa. Assim, aos autores que guardam posição próxima à sua, Gathii atribui as características de forte e crítico, ao passo que àqueles com posição distinta, emprega termos como contribucionista e fraco.

⁵¹ ANGHIE, Antony, Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law, **Social & Legal Studies**, v. 5, n. 3, p. 321–336, 1996; Ver também BARROS, Reminiscências Coloniais e Incoerências entre a Noção de Saúde Global e o Terceiro Mundo: a Atuação da Organização Mundial da Saúde em Situação de Emergência Sanitária, p. 31-35.

⁵² OBREGÓN, Liliana, The Civilized and the Uncivilized, *in*: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Orgs.), **The Oxford Handbook of the History of International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 917–939.

⁵³ ANGHIE, The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities.

⁵⁴ GATHII, James Thuo, International Law and Eurocentricity, **The European Journal of International Law**, v. 9, n. 1, p. 184–211, 1998.

2.3.2 Relações de poder

Outro aspecto central das TWAIL é o objetivo de colocar em evidência as manifestações de poder no Direito Internacional e como este ajuda a reproduzir relações desiguais entre Estados e entre povos. Nas palavras de Mutua: “The regime of international law is illegitimate. It is a predatory system that legitimizes, reproduces and sustains the plunder and subordination of the Third World by the West.”⁵⁵

Como afirma David Kennedy, o direito tem, entre suas funções, a distribuição de ganhos relativos. A escolha de certas regras, em detrimento de outras, implica uma forma específica de distribuir custos e ganhos.⁵⁶ Nesse conflito distributivo, segundo o argumento das TWAIL, o Direito Internacional tenderia a favorecer os interesses dos Estados e grupos mais poderosos.

Chimni, por exemplo, denuncia que instituições internacionais representariam uma espécie de Estado global nascente, cujo objetivo seria promover os interesses do capital transnacional e dos Estados mais poderosos. Segundo o autor, a cessão de competências a essas instituições minaria a democracia no Terceiro Mundo, em razão da falta de participação no processo de tomada de decisões e do estreitamento das opções de política consideradas legítimas.⁵⁷

Ainda no domínio econômico, David Schneiderman demonstra como o Direito Internacional dos Investimentos reflete um modelo único de civilização. De acordo com esse argumento, essa disciplina teria origem no regime de proteção diplomática dos séculos XIX e XX, que impunha padrões mínimos de justiça e garantias de proteção no caso de Estados vistos como não civilizados. As referências aos “princípios do Direito Internacional” na jurisprudência sobre acordos de investimento apenas mascarariam o fato de que o referencial privilegiado é a legislação de alguns poucos países desenvolvidos. Schneiderman critica, ainda, acadêmicos que reproduzem a defesa incondicional dos acordos bilaterais de investimentos, apesar do que aponta como uma escassez de evidência empírica a respeito de sua capacidade para efetivamente atrair investimentos externos.⁵⁸

⁵⁵ MUTUA, What is TWAIL?, p. 31.

⁵⁶ KENNEDY, David, **A World of Struggle: How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy**, Princeton: Princeton University Press, 2016, p. 171-217.

⁵⁷ CHIMNI, B. S., International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making, **The European Journal of International Law**, v. 15, n. 1, p. 1-37, 2004.

⁵⁸ SCHNEIDERMAN, David, The Global Regime of Investor Rights: Return to the Standards of Civilised Justice?, **Transnational Legal Theory**, v. 5, n. 1, p. 60-80, 2014.

2.3.3 Papel do Terceiro Mundo

Outro grande objetivo das TWAIL é dar voz aos excluídos, ou seja, àqueles que não figuram, tradicionalmente, na história contada sobre o Direito Internacional. Assim, busca-se tratar os povos do Terceiro Mundo como atores, e não objetos, do Direito Internacional.⁵⁹

Exemplo dessa preocupação é a obra de Balakrishnan Rajagopal sobre o papel da resistência. Segundo o autor, o estudo do Direito Internacional tende a ignorar a resistência das massas e focar em aspectos de governança. Para reverter essa lógica, o autor propõe uma abordagem flexível e dialética entre as instituições e movimentos de massa, que considere a motivação desses movimentos. O Direito Internacional surgiria dessa relação. Assim, coloca-se a participação desses atores sociais no centro da análise, buscando identificar a que eles fazem oposição (o exercício do poder na sociedade internacional), para que fim (alcançar a libertação), com que estratégias (relação entre reforma e resistência radical), e qual o papel do Estado pós-colonial (Estado como terreno plural, fragmentado e contestado).⁶⁰ Rajagopal propõe o estudo focado nas pessoas comuns e na forma como elas enxergam e participam do Direito Internacional. Em outras palavras, propõe um Direito Internacional visto “de baixo”:

There are two ways of seeing and interpreting international legal transformation – from above as most lawyers do when they focus on formal sources, judicial opinions, and treaties exclusively – or from below when we focus on the lived experience of ordinary people with international law when they encounter international institutions, frame their demands in international legal terms, and network for influencing international or domestic policy.⁶¹

A obra de Rajagopal busca, assim, mostrar como o Direito Internacional já é, em grande medida, influenciado por movimentos sociais do Terceiro Mundo, o que se manifesta em temas como direitos humanos ou instituições internacionais.

⁵⁹ No caso do Direito Internacional Humanitário, argumento nessa linha é feito por Weiss: “This discussion of the politics, power and ethics of humanitarianism begins the long overdue process of making visible and audible an actor that is largely absent and silent in many operations and policy-oriented conversations – the recipient.” WEISS, Thomas G; BARNETT, Michael, Humanitarianism: a Brief History of the Present, *In*: WEISS, Thomas G; BARNETT, Michael (Orgs.), **Humanitarianism in Question: Politics, Power, Ethics**, Ithaca: Cornell University Press, 2008, p. 46-47.

⁶⁰ RAJAGOPAL, Balakrishnan, International Law and Social Movements: Challenges of Theorizing Resistance, **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 41, p. 397-433, 2003.

⁶¹ RAJAGOPAL, Balakrishnan, **International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance**, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

De forma similar, Baxi argumenta que o Terceiro Mundo disputa a autoria do Direito Internacional, uma vez que suas lutas já resultaram no reconhecimento do princípio da autodeterminação, na condenação do *apartheid* e no enriquecimento da jurisprudência sobre direitos humanos, patrimônio comum da humanidade e direito ao desenvolvimento. Nas palavras do autor: “no longer may the re-make of contemporary international law be further understood merely as the history of the law of nations to the entire exclusion of the law of peoples.”⁶²

As TWAIL ajudam, portanto, a enxergar as opiniões e contribuições daqueles que são normalmente silenciados e marginalizados nas narrativas históricas sobre o Direito Internacional.

2.3.4 Espaços para mudanças

Por fim, as TWAIL buscam ser não apenas um movimento de crítica, mas de propostas em relação aos espaços para mudança na ordem jurídica internacional.

A questão da capacidade de utilizar o Direito Internacional como elemento de transformação é uma discussão antiga das TWAIL. Uma vez feito o argumento de que o Direito Internacional é estruturalmente injusto e baseado em conceitos que perpetuam relações desiguais, poderia parecer lógico descartá-lo como instrumento de mudança. Ainda assim, a maioria dos autores do Terceiro Mundo acreditam na possibilidade de mudança dentro do sistema. Defendem, por isso, uma posição de reforma, e não de revolução, em relação ao Direito Internacional.⁶³

Na década de 1960, diversos autores exploraram e defenderam, por exemplo, a possibilidade de operar mudanças no Direito Internacional por meio da mobilização em organismos como a Assembleia Geral da ONU.⁶⁴ Já em 1962, Georges Abi-Saab, defendia o papel construtivo do Terceiro Mundo para reformar o Direito Internacional e acreditava na capacidade transformadora da atuação em órgãos internacionais:

⁶² BAXI, Upendra, What May the “Third World” Expect From International Law?, **Third World Quarterly**, v. 27, n. 5, p. 713–725, 2006, p. 720.

⁶³ ANAND, R. P., Attitude of the Asian-African States Toward Certain Problems of International Law, **International and Comparative Law Quarterly**, v. 15, n. 1, p. 55–75, 1966; BEDJAOUI, Mohammed, Problèmes Récents de Succession d'États Dans les États Nouveaux, **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 130, p. 455–585, 1970, p. 481.

⁶⁴ Ver CASTAÑEDA, Jorge, The Underdeveloped Nations and the Development of International Law, **International Organization**, v. 15, n. 1, p. 38–48, 1961; ASAMOAH, Obed, The Legal Effect of Resolutions of the General Assembly, **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 3, n. 2, p. 210–230, 1964.

The revision of the rules of international law is taking place. The increasing participation of the newly independent states in the international legislative process not only accelerates the pace of this revision, but also ensures that their views and interests are amply represented.⁶⁵

Mais recentemente, ao se defrontar com o arcabouço desenvolvido pelas TWAIL, Abi-Saab reafirmou que não acredita na crítica destrutiva, mas sim em uma práxis que envolva três aspectos: o pensamento crítico, a proposição de alternativas juridicamente viáveis e a transposição dessas propostas à prática por meio da disseminação intelectual ou pela participação no processo internacional de tomada de decisões.⁶⁶

Já nos autores das TWAIL, há, inegavelmente, uma postura mais crítica em relação ao Direito Internacional. Essa crítica se desenvolve, sobretudo, a partir da constatação de que esses projetos de transformação dos anos 1960 e 1970 não resultaram em avanço efetivo no sentido de uma ordem mais justa. Destaca-se, sobretudo, o suposto fracasso de processos como a tentativa de construção de uma Nova Ordem Econômica Internacional.⁶⁷ Ainda assim, esses autores mantêm, em sua maioria, a crença de que há um caminho possível para mudanças positivas.⁶⁸

2.4 CONTRIBUIÇÕES DAS TWAIL AO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Apresentados alguns dos principais argumentos das TWAIL e algumas de suas linhas de pesquisa, cabe identificar, mais especificamente, as contribuições dessas ideias para o estudo do Direito Internacional Humanitário. Como já ressaltado, são poucos os escritos das TWAIL sobre o Direito dos Conflitos Armados. Ainda assim, alguns dos argumentos dos autores ligados a esse movimento podem ser aplicados a esse campo e ajudar a iluminar alguns de seus aspectos.

⁶⁵ ABI-SAAB, Georges M., *The Newly Independent States and the Rules of International Law: An Outline*, **Howard Law Journal**, v. 8, n. 1, p. 95–121, 1962.

⁶⁶ ABI-SAAB, Georges, *The Third World Intellectual in Praxis: Confrontation, Participation, or Operation Behind Enemy Lines?*, **Third World Quarterly**, v. 37, n. 11, p. 1957–1971, 2016.

⁶⁷ SALOMON, Margot E., *From NIEO to Now and the Unfinishable Story of Economic Justice*, **International and Comparative Law Quarterly**, v. 62, n. 1, p. 31–54, 2013.

⁶⁸ “TWAIL scholars, by and large, still hold out hope that international law can offer a space in which claims of justice can effectively be expressed.” ESLAVA; PAHUJA, *Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law*, p. 110. Ver também BADARU, Opeoluwa Adetoro, *Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law*, **International Community Law Review**, v. 10, n. 4, p. 379–387, 2008, p. 385.

2.4.1 História do Direito Internacional Humanitário

Uma primeira contribuição das obras das TWAIL é permitir um tratamento alternativo da história do Direito Internacional Humanitário. Nessa frente, as lentes interpretativas das TWAIL relacionam-se com a teoria crítica, no sentido de questionar as narrativas tradicionais sobre a história da disciplina.

Ainda prevalece, no estudo da história do Direito Internacional, uma narrativa focada em grandes marcos históricos que tendem a demonstrar uma evolução linear, rumo a uma ordem cada vez mais justa e moral.⁶⁹ No Direito Internacional Humanitário, essa narrativa normalmente encontra seu momento fundador na década de 1860, em que se concentram alguns fatos significativos.

O principal marco utilizado para o início dessa história é a publicação de “Uma Lembrança de Solferino”, por Henry Dunant,⁷⁰ que iniciaria processo que levaria à fundação da Cruz Vermelha, em 1863, e à assinatura da primeira Convenção de Genebra, em 1864. Com isso, teria surgido a vertente chamada humanitária do Direito dos Conflitos Armados, focada no alívio à condição das vítimas das guerras, sobretudo enfermos e, posteriormente, náufragos e civis.⁷¹

Publicado na mesma época, do outro lado do Atlântico, o chamado Código Lieber, cujo objetivo era regular a conduta das tropas da União durante a Guerra Civil Americana, também é visto como um dos marcos fundadores do Direito dos Conflitos Armados, por ser uma primeira tentativa de codificar as normas aplicáveis aos conflitos. Entre outras contribuições, o Código Lieber traria como um dos aspectos centrais o princípio da necessidade militar.⁷²

Ainda nessa década, em 1868, seria realizada, em São Peterburgo, conferência diplomática que resultaria em declaração proibindo o uso de certos tipos de munição. Esse

⁶⁹ KOLLER, David, ...and New York and The Hague and Tokyo and Geneva and Nuremberg and...: The Geographies of International Law, *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 97–119, 2012; ALTWICKER, Tilmann; DIGGELMANN, Oliver, How is Progress Constructed in International Legal Scholarship?, *The European Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 425–444, 2014.

⁷⁰ DUNANT, J. Henry, *Un Souvenir de Solferino*, Genebra: Imprimerie Jules-Guillaume Fick, 1862.

⁷¹ Ver, por exemplo, BOISSIER, Pierre, *History of the International Committee of the Red Cross, v. I: from Solferino to Tsushima*, Genebra: Henry Dunant Institute, 1985; MEURANT, Jacques, Inter Arma Caritas: Evolution and Nature of International Humanitarian Law, *Journal of Peace Research*, v. 24, n. 3, p. 237–249, 1987, p. 240.

⁷² CARNAHAN, Burrus M., Lincoln Lieber and the Laws of War: the Origins and Limits of the Principle of Military Necessity, *The American Journal of International Law*, v. 92, n. 2, p. 213–231, 1998.

episódio é visto como reconhecimento da ideia de que o uso da força não é ilimitado, e que algumas armas são especialmente cruéis, por causarem danos supérfluos.

A partir desses precedentes, a história da disciplina normalmente traça outros marcos, como as Conferências da Haia, as duas Grandes Guerras e as Convenções de Genebra de 1949. Apesar de longo, reproduz-se, abaixo, trecho ilustrativo desse tipo de narrativa, que reúne elementos como a ideia de pais fundadores, a origem em princípios cristãos, os marcos históricos em grandes conflitos e a ideia de racionalização progressiva do regime:

The same sorts of ideas, combining both religious and secular roots, were applied to the hardships of war. While the U.S. Civil War generated considerable humanitarian response, it was in the interstate wars of Europe that the concept gained clearer formulation. Florence Nightingale's heroic efforts in Crimea were widely described as humanitarian. J. Henri Dunant called for the establishment of a permanent system of wartime humanitarian assistance after witnessing the 1859 battle of Solferino. The orientation of each was Christian (Evangelical in Dunant's case, less orthodox in Nightingale's). With others, they stimulated the founding of the International Committee of the Red Cross (ICRC) in 1863. A year later, the original Geneva Convention was signed in 1864 – Dunant spoke warmly of Nightingale's leadership – and it was followed by dozens of treaties specifying rules for the proper conduct of war, including the Hague Convention on the Laws and Customs of War on Land. World War I led to the production of numerous agreements attempting to govern particularly noxious new military methods. The League of Nations focused on humanitarian concerns, seeing both peacemaking and efforts to mitigate the effects of conflict in this light. But it was in the era of the Holocaust and World War II that protecting civilians became most decisively an important object of humanitarian law. Massive population displacements created refugees in need of humanitarian assistance; eventually grasping the scale of the Holocaust produced new ideas of crimes against humanity and genocide. Four new Geneva conventions, signed in 1949, addressed the protection of the victims of war. This proliferation of agreements and legal arrangements reflected not only the transformation in scale implicit in the movement from older notions of charity to modern philanthropy but also a process of rationalization. In the sense articulated by Max Weber, this involved shifting from an “ethic of ultimate ends” toward an “ethic of responsibility,” and a reliance on institutional mechanisms to ensure predictable behavior in place of a reliance on direct response to feelings, personal appeals, or charismatic leadership.⁷³

Outro aspecto marcante dessa narrativa é a defesa da universalidade dos princípios e normas do Direito Humanitário. Segundo essa tese, apesar das origens

⁷³ CALHOUN, Craig, *The Imperative to Reduce Suffering: Charity, Progress, and Emergencies in the Field of Humanitarian Action*, In: WEISS, Thomas G; BARNETT, Michael (Orgs.), **Humanitarianism in Question: Politics, Power, Ethics**, Ithaca: Cornell University Press, 2008, p. 81-82.

marcadamente cristãs, seus princípios refletem ideias comuns a toda a humanidade.⁷⁴ Assim, o Direito Internacional Humanitário contemporâneo representaria uma humanização dos conflitos armados, contra práticas consideradas bárbaras:

En renversant les usages barbares admis jadis, la force civilisatrice du droit international a humanisé les lois de la guerre tant par la limitation des moyens permis pour nuire à l'ennemi que par la reconnaissance de certaines obligations à remplir quant à la conduite à tenir envers les populations inoffensives, les blessés et les malades, les morts et les prisonniers.⁷⁵

Em síntese, segundo a narrativa tradicional, a história do Direito Internacional Humanitário representa uma vitória do bem sobre o mal:

The history of humanitarian law is indissolubly linked to that of mankind; it is a continuous performance of the everlasting struggle between good and evil. This long struggle for the better is but a series of steps forward and steps backwards, of progress, of stagnation, and setbacks.⁷⁶

As abordagens das TWAIL trazem a oportunidade de explorar uma narrativa alternativa a essa de progresso e de humanitarismo. Uma abordagem que reconheça que o Direito Humanitário não representa, necessariamente, a consagração inevitável de valores humanitários e da promoção do bem, mas, sim, escolhas políticas feitas de forma a distribuir custos e ganhos.⁷⁷ Assim, é possível identificar como as origens dessas regras consagram exclusões e mostrar quais atores têm tido mais influência na determinação de seu conteúdo.

Com base na análise de Anghie sobre as origens coloniais do Direito Internacional, Frédéric Mégret argumenta que a existência de um “outro” está na origem do Direito dos Conflitos Armados. Segundo o autor, os próprios “humanitários” que participaram da fundação desse campo, como Henry Dunant e Gustave Moynier, estavam plenamente envolvidos em empreendimentos coloniais.⁷⁸ Mégret narra, então, os debates incipientes sobre

⁷⁴ WEISS; BARNETT, *Humanitarianism: a Brief History of the Present*, p. 7. Ver, também, NOONE, Gregory P., *The History and Evolution of the Law of War Prior to World War II*, **Naval Law Review**, v. 47, p. 176–207, 2000.

⁷⁵ LUBRANO-LAVADERA, Eugene Michel, **Les Lois de la Guerre et de l'Occupation Militaire**, Paris: Charles-Lavauzelle, 1956, p. 27; De forma similar, HONGSHENG, Sheng, *The Evolution of Law of War*, **The Chinese Journal of International Politics**, v. 1, n. 2, p. 267–301, 2006: “humanism and idealistic notions of international politics gained the upper hand, spurring the development of the laws of war of antiquity into a consummate modern system.”.

⁷⁶ MEURANT, *Inter Arma Caritas: Evolution and Nature of International Humanitarian Law*, p. 239.

⁷⁷ Segundo teóricas do feminismo, essas escolhas, inclusive, revelam o machismo do Direito Internacional Humanitário, ao proteger antes o combatente do que o civil e por ter negligenciado o tratamento do crime de estupro. Ver GARDAM, Judith, *Gender and Non-Combatant Immunity*, **Transnational Law and Contemporary Problems**, v. 3, p. 345–370, 1993.

⁷⁸ MÉGRET, Frédéric, *From 'Savages' to 'Unlawful Combatants': a Postcolonial Look at International Humanitarian Law's "Other"*, In: ORFORD, Anne (Org.), **International Law and its Others**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 265–317. Argumento similar pode ser encontrado em KOSKENNIEMI,

a conveniência de incluir, ou não, os povos não civilizados no arcabouço do Direito dos Conflitos Armados. A própria existência desses debates, argumenta Mégret mostra como se tratava de uma questão aberta. Mesmo aqueles que condenavam atrocidades cometidas em guerras coloniais não questionavam o caráter “não civilizado” desses povos. Os humanitários de então utilizavam-se de argumentos instrumentalistas, como o risco de que esses métodos fossem trazidos das colônias para as guerras europeias.⁷⁹

O resultado dessas discussões foi a simples omissão de qualquer referência às colônias nos instrumentos internacionais sobre o tema, o que causou dúvidas e ambiguidades. Na década de 1920, por exemplo, a maioria dos Estados ainda era da opinião de que essas normas não se aplicavam às colônias.⁸⁰ Na prática, argumenta Mégret, essas normas não se aplicavam, o que se constata nos manuais de guerra do período. Os principais argumentos para justificar essa exclusão eram a não participação desses povos nos tratados internacionais e a ideia de que povos não civilizados não poderiam conduzir o conflito de forma civilizada e, portanto, os europeus não teriam como esperar reciprocidade por seu comportamento. Esses mesmos argumentos, nota Mégret, seriam empregados posteriormente com relação aos que são considerados terroristas ou combatentes ilegais.⁸¹

Esse primeiro olhar sobre a relação do Direito dos Conflitos Armados com o “não civilizado” ajuda a matizar a visão idealizada sobre os valores humanitários que permeiam o campo. Sem esse manto, fica mais fácil perceber que o Direito Humanitário, como todo direito, é construído pela ação de pessoas e grupos, refletindo seus princípios e interesses. Consagra, assim, inclusões e exclusões. Como afirma Abi-Saab:

But one should not speak of international law as if it were a wilful agent. What is really meant by this proposition is that the international community, or rather the forces at work within it which make for the creation of new rules of international law, had to take cognizance of these problems and try to provide solutions to them.⁸²

Marti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 130.

⁷⁹ MÉGRET, From 'Savages' to 'Unlawful Combatants': a Postcolonial Look at International Humanitarian Law's "Other", p. 276-278. Ver também GILADI, Rotem, The Phoenix of Colonial War: Race, the Laws of War, and the "Horror on the Rhine", *Leiden Journal of International Law*, v. 30, n. 4, p. 847-875, 2017.

⁸⁰ DURAND, André, *History of the International Committee of the Red Cross, v. II: from Sarajevo to Hiroshima*, Genebra: Henry Dunant Institute, 1984, p. 239.

⁸¹ MÉGRET, op. cit., p. 278-281; Ver também PORRAS, Ileana M., On Terrorism: Reflections on Violence and the Oulaw, *Utah Law Review*, n. 1, p. 119-146, 1994.

⁸² ABI-SAAB, Georges, Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols, *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, v. 165, p. 357-445, 1979, p. 363.

Tendo mais claro que o Direito é feito por pessoas, e não por ideais abstratos, é possível inquirir quem tem atuado na elaboração dessas normas. Nesse sentido, cabe destacar a leitura de Amanda Alexander, que questiona os marcos fundadores anteriormente mencionados e argumenta que, na verdade, o Direito Internacional Humanitário foi cunhado apenas na década de 1970. Segundo a autora, o termo Direito Internacional Humanitário começou a ser usado de forma ampla apenas na década de 1960 por Jean Pictet, então Diretor-Geral do CICV. Na época, no entanto, o termo ainda era entendido como sinônimo do chamado “Direito de Genebra” em oposição ao “Direito da Haia”. O primeiro diria respeito à proteção das vítimas dos conflitos, ao passo que o segundo trataria das normas relativas à meios e métodos de combate. Segundo Alexander, o próprio Comitê fomentara essa distinção, para, com isso, apropriar-se do primeiro campo como seu domínio de atuação.⁸³

A transformação do termo Direito Internacional Humanitário em sinônimo de Direito dos Conflitos Armados e como disciplina abrangendo todas as normas aplicáveis aos conflitos ocorreu apenas na década de 1970, por meio de três atores principais: Seán MacBride, então Secretário-Geral da Comissão Internacional de Juristas, que estimulou o tratamento da regulação dos conflitos armados na Conferência de Direitos Humanos de Teerã, em 1968; a Assembleia Geral da ONU, onde a iniciativa contou com a confluência de vários Estados; e o próprio Comitê Internacional da Cruz Vermelha, que viu, nessa tentativa de unificar as normas aplicáveis, uma oportunidade para expandir seu campo de atuação. Ainda assim, segundo Alexander, foi apenas na década de 1990 que se consagrou definitivamente o reconhecimento do Direito Internacional Humanitário, quando cessaram as dúvidas sobre o *status* do Protocolo Adicional I.⁸⁴

Essa leitura, portanto, coloca em xeque a narrativa de que o Direito Internacional Humanitário seria um campo tradicional, fundado em valores humanitários de apelo universal e que caminharia rumo ao progresso. Ao mesmo tempo, deixa em evidência que a evolução desse regime é feita por meio de pessoas, em defesa de seus interesses e princípios. Com isso, e em consonância com o que já foi apontado sobre os objetivos das TWAIL, torna-se possível abordar qual o papel do Terceiro Mundo na elaboração desse regime jurídico. É isso que se pretende com a análise da negociação dos Protocolos Adicionais de 1977.

⁸³ ALEXANDER, Amanda, A Short History of International Humanitarian Law, **The European Journal of International Law**, v. 26, n. 1, p. 109–138, 2015, p. 117.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 118-124, 130-135.

2.4.2 Crítica à soberania

Outra contribuição das TWAIL para o estudo do Direito Internacional Humanitário diz respeito à relação desse campo com a questão da soberania. Como visto, a defesa forte da soberania é uma das principais características do que Anghie e Chimni identificam como TWAIL I.⁸⁵ Tome-se, como exemplo desse tipo de postura, a crítica feita por um expoente da primeira geração de internacionalistas do Terceiro Mundo a respeito de uma proposta de gestão compartilhada do Rio Niger:

the provisions reproduced above from the first draft statute would appear to have gone beyond what one could reasonably expect newly independent states, jealous of their sovereignty and anxious to assure opportunity for individual action in their economic and industrial development, to accept as a basis for the new regime of the River Niger.⁸⁶

Já nos escritos mais recentes, a soberania é colocada em xeque e vista como uma forma de perpetuar relações de poder e desigualdade.⁸⁷ No campo do Direito Internacional Humanitário, essa análise permite enxergar como, ao fim e ao cabo, as normas do Direito dos Conflitos Armados tendem a privilegiar e legitimar certas formas de uso da força em detrimento de outras.

Além da obra de Mégret, já citada, esse aspecto fica evidente na crítica histórica elaborada por Roger Normand e Chris af Jochnik. Os autores mostram como o Direito dos Conflitos Armados tem contribuído não para limitar a violência ou proteger civis, mas para legitimar certas formas de violência. Segundo os autores, as normas internacionais foram feitas para legitimar ações militares, que, por serem consideradas “legais”, ou seja, conforme as regras do Direito Humanitário, passam a ter certa legitimidade. Não por outro motivo, o princípio da necessidade militar permanece um dos pilares desse regime. Da mesma forma, historicamente os Estados aceitam proibir os métodos de combate que já não empregariam em

⁸⁵ ANGHIE; CHIMNI, *Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts*, p. 81. Ver também BADARU, *Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law*, p. 380.

⁸⁶ ELIAS, T. O., *The Berlin Treaty and the River Niger Commission*, **The American Journal of International Law**, v. 57, n. 4, p. 873–882, 1963, p. 876.

⁸⁷ Vide a discussão a propósito desse tema na seção 2.3.1.

razão de avanços tecnológicos posteriores.⁸⁸ Os autores aplicam esse argumento à análise específica dos discursos americanos em relação à primeira Guerra do Golfo.⁸⁹

Na mesma linha, uma abordagem de TWAIL pode empregar o que Nesrine Badawi chama de comparativismo crítico. Nessa linha, a autora compara o direito islâmico ao Direito Internacional Humanitário, não com o fim de legitimar uma ou outra forma, mas de possibilitar uma autorreflexão, que permita ver que tipo de violência é privilegiado em cada um desses sistemas. Ou seja, esse tipo de abordagem permite identificar os interesses consagrados em cada caso. Ajuda a lembrar, também, que há possibilidades alternativas de regulação e que nenhuma opção é inevitável ou natural. No caso concreto pesquisado por Badawi, a autora chega à conclusão de que o Direito Internacional Humanitário é mais estatocêntrico do que as normas islâmicas:

international humanitarian law is more state-centric than Islamic jurisprudence on armed conflict; and that both legal regimes reflect varying manifestations of power structures in the societies concerned and that such manifestations were meant to protect particular interests.⁹⁰

Como resultado de negociações entre Estados, na forma de tratados, ou produto da interação entre eles, na forma de costume, o Direito Internacional Humanitário é efetivamente centrado no Estado e busca legitimar suas ações. Como afirma Kennedy, o Direito Internacional pode ser pensado como “a parallel doctrinal and institutional framework for transforming sovereign power and violence into right, continuing the projects of war by other means.”⁹¹ Nessa linha, o Direito Internacional Humanitário privilegia a violência estatal, considerada a forma de guerrear por excelência, e deslegitima outras formas de uso da força.

Exemplo disso é a definição de combatentes e de prisioneiros de guerra prevista no artigo 4º da Terceira Convenção de Genebra de 1949:

São prisioneiros de guerra, no sentido da presente Convenção, as pessoas que, pertencendo a uma das categorias seguintes, tenham caído em poder do inimigo:

1) Os membros das forças armadas de uma Parte no conflito, assim como os membros das milícias e dos corpos de voluntários que façam parte destas forças armadas;

⁸⁸ NORMAND, Roger; JOCHNICK, Chris af, *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War*, **Harvard International Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 49–95, 1994.

⁸⁹ NORMAND, Roger; JOCHNICK, Chris af, *The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War*, **Harvard International Law Journal**, v. 35, n. 2, p. 387–416, 1994.

⁹⁰ BADAWI, Nesrine, *Regulation of Armed Conflict: Critical Comparativism*, **Third World Quarterly**, v. 37, n. 11, p. 1990–2009, 2016, p. 2001.

⁹¹ KENNEDY, David, *Lawfare and Ware*, In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Orgs.), **The Cambridge Companion to International Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 159.

2) Os membros das outras milícias e dos outros corpos de voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, pertencentes a uma Parte no conflito operando fora ou no interior do seu próprio território, mesmo se este território estiver ocupado, desde que estas milícias ou corpos voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, satisfaçam as seguintes condições:

- a) Ter à sua frente uma pessoa responsável pelos seus subordinados;
- b) Ter um sinal distinto fixo que se reconheça à distância;
- c) Usarem as armas à vista;
- d) Respeitarem, nas suas operações, as leis e usos de guerra.

3) Os membros das forças armadas regulares que obedeçam a um Governo ou a uma autoridade não reconhecida pela Potência detentora;

4) As pessoas que acompanham as forças armadas sem fazerem parte delas, tais como os membros civis das tripulações dos aviões militares, correspondentes de guerra, fornecedores, membros das unidades de trabalho ou dos serviços encarregados do bem-estar das forças armadas, desde que tenham recebido autorização das forças armadas que acompanham, as quais lhes deverão fornecer um bilhete de identidade semelhante ao modelo anexo;

5) Membros das tripulações, incluindo os comandantes, pilotos e praticantes da marinha mercante e as tripulações da aviação civil das Partes no conflito que não beneficiem de um tratamento mais favorável em virtude de outras disposições do direito internacional;

6) A população de um território não ocupado que, à aproximação do inimigo, pegue espontaneamente em armas, para combater as tropas de invasão, sem ter tido tempo de se organizar em força armada regular, desde que transporte as armas à vista e respeite as leis e costumes da guerra.⁹²

Vê-se que o combatente por excelência é o soldado do Exército regular de um Estado. Os membros de milícias só podem ser considerados combatentes quando cumprirem uma série de condições – condições que, cabe destacar, não são exigidas do Exército estatal.

Um requisito especialmente revelador é o de que esses movimentos armados devam pertencer a uma das Partes em conflito. Em outras palavras: esses grupos somente são reconhecidos quando estabelecem alguma relação com um Estado. No século XIX, exigia-se mesmo que o Estado emitisse uma autorização formal para o funcionamento desses movimentos. Mesmo na Conferência de Genebra de 1949, a Bélgica e o Reino Unido chegaram a defender que esses grupos só deveriam ser reconhecidos se o Estado notificasse a Potência ocupante de suas atividades. Prevalece, no entanto, a interpretação de que esse requisito pode ser cumprido de forma tácita, pela observação de fato da relação entre o movimento de resistência e o Estado.⁹³

As demais condições do artigo 4º também evidenciam o caráter estatocêntrico do Direito Humanitário. Com efeito, os incisos tendem a apontar para grupos cujo organização é

⁹² O mesmo dispositivo aparece como artigo 13 na Primeira e na Segunda Convenções de Genebra de 1949.

⁹³ PICTET, Jean S. (Org.), **The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary. III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War**, Genebra: CICV, 1960, p. 52-61.

mais similar àquela do Estado, como a existência de um comando responsável.⁹⁴ Com isso, as Convenções de Genebra criam uma espécie de desequilíbrio, negando às guerrilhas as suas principais vantagens táticas.⁹⁵

Fica claro, portanto, como as perspectivas e os argumentos das TWAIL ajudam a fazer uma leitura renovada do Direito Internacional Humanitário. Uma leitura que permita enxergar além de princípios humanitários e identificar para quem são feitas essas normas. Como afirma Florian Hoffmann, o Estado busca, antes de tudo, proteger sua própria existência, de forma a afastar desafios a sua origem artificial.⁹⁶ Não chega a causar surpresa, portanto, que o Direito Internacional Humanitário negociado entre Estados tenda a deslegitimar formas alternativas de uso da força, que poderiam se voltar contra a autoridade soberana.

2.4.3 Hipóteses

Tendo feito um breve balanço das TWAIL e das contribuições que elas podem aportar ao estudo do Direito Internacional Humanitário, é possível lançar duas hipóteses para nortear a análise da participação do Terceiro Mundo na Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário, objeto da próxima seção. São hipóteses construídas a partir da aplicação dos argumentos dos autores de TWAIL à negociação, pelo Terceiro Mundo, de instrumentos sobre o Direito dos Conflitos Armados na década de 1970.

A primeira hipótese é de que o chamado Terceiro Mundo, incluindo muitos Estados que haviam acabado de adquirir sua independência, ao participar pela primeira vez, em maioria numérica, de uma conferência diplomática sobre a regulamentação do uso da força armada, teria assumido uma posição reformista. É de se esperar que esses países

⁹⁴ A atribuição de maior responsabilidade a uma entidade não estatal quanto mais similar à organização estatal também aparece no debate sobre a responsabilidade de organismos internacionais por violações a direitos humanos. Ver, por exemplo MÉGRET, Frédéric; HOFFMANN, Florian. *The UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities*. **Human Rights Quarterly**, v. 25, n. 2, p. 314–342, 2003.

⁹⁵ GLAHN, Gerhard von, **The Occupation of Enemy Territory: A commentary on the law and practice of belligerent occupation**, Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1957, p. 54; MÉGRET, Frédéric, *Grandeur et Déclin de L'idée de Résistance à l'Occupation: Réflexions à Propos de la Légitimité des «Insurgés»*, **Revue Belge de Droit International**, v. 1-2, p. 382–425, 2008, p. 407.

⁹⁶ HOFFMANN, Florian F., *Gentle Civilizer Decayed? Moving (Beyond) International Law*, **The Modern Law Review**, v. 72, n. 6, p. 1016–1034, 2009, p. 1027.

tentassem alterar regras elaboradas à sua revelia e que, segundo sua percepção, não atendiam a seus interesses – especialmente o interesse em promover a libertação dos povos sujeitos à dominação colonial. Essa hipótese seria coerente com a descrição das TWAIL sobre a crença dos autores do Terceiro Mundo, sobretudo no período da descolonização, na possibilidade de se promover a justiça por meio do Direito Internacional.

A segunda hipótese é a de que os Estados do Terceiro Mundo teriam buscado defender, acima de tudo, a sua soberania – recentemente adquirida, em vários casos. Teriam atuado, assim, para afastar qualquer possibilidade normativa que pudesse levar à contestação de sua legitimidade e de sua soberania. O Direito Humanitário, dessa forma, não poderia ser usado como mecanismo que limitasse sua liberdade de atuação em temas considerados essencialmente domésticos, nem como justificativa para intervenções externas. Essa hipótese também se coadunaria com a leitura dos autores de TWAIL sobre o alegado viés soberanista da primeira geração de internacionalistas do Terceiro Mundo. Essa leitura apontaria, portanto, para uma atuação essencialmente conservadora em relação ao Direito Internacional.

Por fim, e com viés mais analítico, é necessária uma reflexão sobre a relação entre os dois objetivos anteriormente citados. De um lado, a postura reformista em defesa da autodeterminação passaria pelo reconhecimento de formas de guerrear anteriormente não privilegiadas pelo Direito Humanitário, como as táticas de guerrilha. Por outro lado, a defesa forte da soberania, inclusive a oposição a uma regulamentação muito intrusiva de conflitos internos, tenderia a preservar o modelo tradicional do Direito Internacional Humanitário, que privilegia a guerra nos moldes ocidentais como a única forma legítima de uso da força. Caberia indagar, portanto, se há uma contradição entre reformismo e continuísmo ou, por outro lado, uma posição pragmática do Terceiro Mundo, preocupado com seus interesses, e não com uma questão de coerência principiológica. Será necessário, portanto, debater as consequências dessa relação nas posições assumidas pelo Terceiro Mundo.

3 A CONFERÊNCIA DIPLOMÁTICA SOBRE A REAFIRMAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO APLICÁVEL EM CONFLITOS ARMADOS (1974-1977)

3.1 CONTEXTO

Antes de iniciar a análise das negociações realizadas de 1974 a 1977, é importante fazer uma breve análise de seus antecedentes imediatos, assim como do contexto em que se deram essas tratativas.

3.1.1 Antecedentes imediatos

Até a conclusão dos Protocolos Adicionais de 1977, os últimos instrumentos negociados sobre as regras aplicáveis aos conflitos armados haviam sido as quatro Convenções de Genebra de 1949. No mesmo ano, a Comissão de Direito Internacional da ONU decidiu não incluir o Direito dos Conflitos Armados em sua agenda de temas a serem estudados, para que não se colocasse em xeque a proibição do uso da força, que acabara de ser estabelecida na Carta das Nações Unidas.⁹⁷

Não obstante, a Conferência de 1974 não seria convocada sem que houvesse significativo trabalho preparatório. Em geral, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha consulta as sociedades nacionais da cruz vermelha e do crescente vermelho sobre a conveniência de novos tratados. Prepara, então, um texto, que submete à análise dos governos e das sociedades nas Conferências da Cruz Vermelha. Com esses comentários, o CICV aprofunda estudos, apoiado por grupos de especialistas. O texto final proposto pelo Comitê é enviado ao governo suíço, que finalmente convoca conferência diplomática para decidir sobre a adoção do novo acordo.⁹⁸

Já na década de 1950, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha chegou a promover iniciativas para desenvolver o Direito Internacional Humanitário e aumentar a

⁹⁷ LAUTERPACHT, H., The Problem of the Revision of the Law of War, *The British Yearbook of International Law*, v. 29, p. 360–382, 1952, p. 360; MEURANT, *Inter Arma Caritas: Evolution and Nature of International Humanitarian Law*, p. 238.

⁹⁸ DURAND, *History of the International Committee of the Red Cross, v. II: from Sarajevo to Hiroshima*, p. 250.

proteção aos civis. Em 1954, a Liga das Sociedades da Cruz Vermelha solicitou ao Comitê a elaboração de uma proposta de tratado. O Comitê produziu, em 1956, um esboço intitulado “Draft Rules for the Limitation of the Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War”. Um de seus principais objetivos era aumentar a proteção da população civil contra bombadeios aéreos indiscriminados. O texto foi discutido na XIX Conferência Internacional da Cruz Vermelha, realizada em 1957, em Nova Delhi.⁹⁹ A Conferência aprovou resolução solicitando que o texto fosse distribuído aos governos.¹⁰⁰ A ideia de criar restrições adicionais à atuação dos Estados, no entanto, não recebeu grande apoio governamental à época.¹⁰¹

A iniciativa de reabrir a discussão sobre o desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário surgiria no âmbito das Nações Unidas, e não da Cruz Vermelha.¹⁰² O processo teve início com a Conferência Internacional sobre Direitos Humanos, realizada em 1968, em Teerã. A Resolução XXIII, intitulada “Human Rights in Armed Conflicts” considerou as Convenções de 1949 “not sufficiently broad in scope to cover all armed conflicts” e, por isso, determinou:

Requests the General Assembly to invite the Secretary-General to study:
 (a) Steps which could be taken to secure the better application of existing humanitarian international conventions and rules in all armed conflicts;
 (b) The need for additional humanitarian international conventions or for possible revision of existing Conventions to ensure the better protection of civilians, prisoners and combatants in all armed conflicts and the prohibition and limitation of the use of certain methods and means of warfare.¹⁰³

Curioso notar, portanto, que esse processo tem início não apenas fora do âmbito do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, que recusou o convite para participar da Conferência,¹⁰⁴ mas também sob um enfoque de Direitos Humanos, e não de Direito dos Conflitos Armados. Essa resolução foi uma iniciativa de Seán MacBride, Secretário-Geral da

⁹⁹ Ver KUNZ, Josef L., The 1956 Draft Rules of the International Committee of the Red Cross at the New Delhi Conference, **The American Journal of International Law**, v. 53, n. 1, p. 132–138, 1959.

¹⁰⁰ CICV. Final Record concerning the Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War. Genebra, 1958, p. 141.

¹⁰¹ KALSHOVEN, Frits, Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Conference of Government Experts, 24 May–12 June, 1971, **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 2, p. 68–90, 1971, p. 69; BAXTER, R. R., Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law, **Harvard International Law Journal**, v. 16, n. 1, p. 1–26, 1975, p. 3; GASSER, Hans-Peter, A Brief Analysis of the 1977 Geneva Protocols, **Akron Law Review**, v. 19, n. 4, p. 525–529, 1986, p. 525; FORSYTHE, David P., **The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 261; ALEXANDER, A Short History of International Humanitarian Law, p. 117.

¹⁰² FORSYTHE, op. cit., p. 92.

¹⁰³ ONU. UN Doc. A/CONF.32/41. Final Act of the International Conference on Human Rights. 13 mai. 1968, p. 18.

¹⁰⁴ BLONDEL, Jean-Luc, **From Saigon to Ho Chi Minh City: The ICRC's Work and Transformation from 1966 to 1975**, Genebra: CICV, 2016, p. 63.

Comissão Internacional de Juristas e um dos fundadores da organização Anistia Internacional. MacBride, que em sua juventude havia se engajado no Exército Republicano Irlandês (IRA), convenceu a Índia a apresentar a proposta de resolução, copatrocinada também por Tchecoslováquia, Jamaica, Uganda e República Árabe Unida.¹⁰⁵

A partir de então, e até 1977, o tema dos “respeito aos direitos humanos em conflitos armados” passou a constar em todas as sessões da Assembleia Geral da ONU. Já em 1968, a Resolução 2444 (XXIII) da Assembleia Geral reproduziu o trecho supracitado adotado em Teerã.¹⁰⁶ A pedido da Assembleia, o Secretário-Geral da ONU produziu quatro relatórios sobre o tema.¹⁰⁷ Segundo Draper, a aparente tentativa de fusão ou aproximação do regime de Direitos Humanos com o Direito dos Conflitos Armados atendeu ao interesse de diversos Estados:

The junction of human rights and the humanitarian law of war was timeous and profitable to the majority of states in the UN, ie Arab states in their perennial confrontation with Israel, the states supporting the disintegration of vestigial colonialism, and a large group of states supporting the racial confrontations in southern Africa and elsewhere.¹⁰⁸

Em setembro de 1968, o CICV informou às sociedades nacionais da cruz vermelha e do crescente vermelho sua intenção de iniciar processo para reafirmar e desenvolver o Direito Internacional Humanitário. Segundo o Comitê, o objetivo não seria revisar e substituir as Convenções, mas suplementá-las e esclarecer alguns de seus pontos, de forma a incentivar sua correta aplicação.¹⁰⁹ Em 1969, a XXI Conferência Internacional da Cruz Vermelha, realizada em Istambul, aprovou resolução intitulada “Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflicts”, por meio da qual solicitou ao CICV a seguinte tarefa:

1. proposing, as soon as possible, concrete rules which would supplement the existing humanitarian law;
2. inviting governmental, Red Cross and other experts representing the principal legal and social systems in the world to meet for consultations with the ICRC on these proposals;

¹⁰⁵ ALEXANDER, A Short History of International Humanitarian Law, p. 118.

¹⁰⁶ ONU. UN Doc. A/Res/2444 (XXIII). Respect for Human Rights in Armed Conflicts. 19 dez. 1968.

¹⁰⁷ ONU. UN Doc. A/7720. Respect for Human Rights in Armed Conflicts. Report of the Secretary-General. 20 nov. 1969; ONU. UN Doc. A/8052. Respect for Human Rights in Armed Conflicts. Report of the Secretary-General. 18 set. 1970; ONU UN Doc. A/8370. Respect for Human Rights in Armed Conflicts. Report of the Secretary-General. 2 set. 1971; ONU UN Doc. A/8781. Respect for Human Rights in Armed Conflicts. Report of the Secretary-General. 20 set. 1972.

¹⁰⁸ DRAPER, G. I. A. D., Humanitarian Law and Human Rights, *Acta Juridica*, p. 193–206, 1979, p. 195.

¹⁰⁹ GRAHAM, David E., The 1974 Diplomatic Conference On the Law Of War: A Victory for Political Causes and a Return To the “Just War” Concept of the Eleventh Century, *Washington and Lee Law Review*, v. 32, n. 1, p. 25–63, 1975, p. 28.

3. submitting such proposals to Governments for their comments; and,
4. if it is deemed desirable, recommending the appropriate authorities to convene one or more diplomatic conferences of States parties to the Geneva Conventions and other interested States, in order to elaborate International legal instruments incorporating those proposals, [...]¹¹⁰

Em 1970, a Assembleia Geral da ONU reconheceu, pela primeira vez, “the necessity of developing additional international instruments providing for the protection of civilian populations and freedom fighters against colonial and foreign domination as well as against racist régimes.”¹¹¹

Na mesma resolução, a Assembleia acolheu favoravelmente a decisão do CICV de convocar uma conferência sobre a reafirmação e o desenvolvimento do direito humanitário internacional em 1971, com participação de especialistas governamentais.¹¹² A ideia desse tipo de conferência, já utilizada em ocasiões anteriores, era a de permitir o intercâmbio de ideias sem que as opiniões dos especialistas vinculassem seus Estados.¹¹³ Ao mesmo tempo, a indicação desses especialistas pelos governos permitiria aferir, indiretamente, o grau de apoio oficial às diferentes posições em debate.¹¹⁴

A conferência de especialistas governamentais reuniu-se em duas sessões, em 1971 e 1972. Após a primeira sessão, da qual participaram representantes de 41 Estados, a maioria europeus, o CICV elaborou dois anteprojetos de protocolos: um sobre conflitos armados internacionais e outro sobre conflitos sem caráter internacional. Os textos foram então debatidos na segunda sessão, em 1972, da qual participaram 77 delegações.¹¹⁵

¹¹⁰ ONU. UN Doc. A/7720. Respect for Human Rights in Armed Conflicts. Report of the Secretary-General. 20 nov. 1969, p. 103-104.

¹¹¹ ONU. UN Doc. A/RES/2674 (XXV). Respect for Human Rights in Armed Conflicts. 9 dez. 1970.

¹¹² Ibid.

¹¹³ As regras de procedimento da Conferência previam: “Rule 6. - The experts shall speak in their personal capacity, and their statements shall not bind in any way the government that appointed them. The Conference shall not reach any decisions, adopt any resolutions or make any recommendations. It shall not take any votes. However, should there be different views on any particular point, it may be put to the vote, purely as an indicatory measure.” CICV. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Genebra, 24 mai. – 12 jun. 1971. Report on the Work of the Conference, 1971, p. 34.

¹¹⁴ BAXTER, Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law, p. 6.

¹¹⁵ Ver KALSHOVEN, Frits, Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Conference of Government Experts, 24 May-12 June, 1971, **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 2, p. 68–90, 1971; KALSHOVEN, Frits, Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Conference of Government Experts (Second Session), 3 May – 2 June 1972, **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 3, p. 18–61, 1972; BAXTER, op. cit., p. 6-9; CASTRÉN, Erik, Conférence d'Experts Gouvernementaux de 1972 sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire Applicable dans les Conflits Armés, **Comunicazioni e Studi**, v. 14, p. 201–213, 1975.

Com base nessas discussões, o Comitê submeteu dois projetos de protocolos à XXII Conferência Internacional da Cruz Vermelha, realizada em 1973, em Teerã. Em 24 de julho de 1973, a Confederação Helvética circulou nota convocando conferência diplomática para analisar os projetos preparados pelo Comitê. Em 12 de dezembro de 1973, a Assembleia Geral da ONU adotou a Resolução 3102, intitulada “Respect for Human Rights in Armed Conflicts.” A resolução agradeceu o governo suíço pela convocação da Conferência e o CICV pela elaboração dos projetos, considerados “excellent basis for discussion.” A resolução urgiu, ainda, que os movimentos de libertação fossem convidados a participar, conforme a prática da ONU.¹¹⁶

A narrativa a respeito do processo que culminou na convocação e realização da Conferência Diplomática de 1974 a 1977 é marcada por uma suposta disputa entre o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e as Nações Unidas.¹¹⁷ Forsythe chega mesmo a dizer que o CICV era contrário à realização da Conferência e sentia-se incomodado com o protagonismo da ONU em um domínio que, até então, era tido como área de sua competência.¹¹⁸ Essa afirmação, no entanto, não revela toda a verdade. Como visto, o CICV defendia a ampliação das normas humanitárias desde a década de 1950 e participou ativamente do processo que levou à conclusão dos Protocolos Adicionais, tendo sido o autor dos projetos submetidos à Conferência.

Sem entrar em questões de política interna do Comitê, no qual realmente há registro do sentimento de ameaça em relação ao papel da ONU,¹¹⁹ o que parece mais evidente não é tanto a rivalidade entre os organismos. Salta mais aos olhos, sim, a marcada diferença entre um organismo privado, com vontade própria e capacidade de mobilizar, mas não de tomar decisões em nome dos Estados – como o CICV –, e uma organização internacional cujas ações são orientadas pelos Estados – como a ONU.

A elaboração de propostas de tratados para o desenvolvimento do Direito Humanitário é uma das razões da existência do CICV.¹²⁰ Como visto, ainda na década de 1950, pouco depois das Convenções de 1949, o Comitê já pensava em novas regras. Nessa época, no entanto, os Estados não estavam prontos a apoiar essa iniciativa. Ao final da década

¹¹⁶ ONU. UN Doc. A/RES/3102 (XXVIII). Respect for Human Rights in Armed Conflicts. 12 dez. 1973.

¹¹⁷ BAXTER, *Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law*, p. 5; BLONDEL, **From Saigon to Ho Chi Minh City: The ICRC's Work and Transformation from 1966 to 1975**, p. 63.

¹¹⁸ FORSYTHE, **The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross**, p. 261.

¹¹⁹ BLONDEL, *op. cit.*, p. 65.

¹²⁰ DURAND, **History of the International Committee of the Red Cross, v. II: from Sarajevo to Hiroshima**, p. 250.

de 1960, por outro lado, já se fazia sentir de forma mais aguda a necessidade de atualizar e complementar as regras de 1949. Era impossível, mesmo à época, deixar de perceber que a maioria dos conflitos desde a Segunda Guerra Mundial não se enquadrava perfeitamente nos modelos de conflitos armados inscritos nas Convenções de Genebra de 1949.¹²¹

Da mesma forma, a radical alteração da composição da comunidade de Estados era um fenômeno que não escapava aos olhos:

Developing states of the Global South, many of which had not been legally independent in 1949, had long resented being bound by an IHL they had not influenced. Furthermore, they saw an opportunity in the mid-1970s, after an accelerating decolonization in the 1960s had increased their numbers, to advance their strategic concerns of the moment. These had to do mostly with their perceptions of continuing imperialism, neo-colonialism, and racism. Along with the Soviet Union and the communist camp, these latter being interested in creating difficulties for their western protagonists, they pushed for further attention to what they called “human rights in armed conflict.”¹²²

Nesse contexto, coube aos Estados dar impulso renovado a esse processo, em 1968. Meyrowitz atribui esse interesse às guerras de independência na África e ao conflito árabe-israelense. Segundo o autor, esses dois conflitos mobilizavam mais facilmente a maioria da Assembleia Geral, diferentemente de outros casos, como Vietnã ou Biafra, que tinham efeitos mais divisivos.¹²³

Uma vez percebido o interesse dos Estados, manifestado em reuniões no âmbito da ONU, o CICV não se furtou a seu papel e elaborou, rapidamente, os projetos de protocolos. Portanto, se por um lado é verdade que os Estados deram impulso político ao processo no âmbito das Nações Unidas, a elaboração dos textos ocorreu no âmbito do CICV. As resoluções da AGNU serviram, sobretudo, como caixa de ressonância à posição dos Estados sobre temas como o tratamento dos movimentos de libertação, o emprego de certas armas convencionais e a proteção a jornalistas.

3.1.2 Contexto: Guerra Fria e guerras “quentes”

Não é possível entender as discussões ocorridas em Genebra entre 1974 e 1977 sem compreender o contexto em que elas foram travadas. Cumpre assinalar que o contexto é

¹²¹ MEYROWITZ, Henri, *Les Guerres de Libération et les Conventions de Genève*, **Politique Étrangère**, v. 39, n. 6, p. 607–627, 1974, p. 612-614; GREEN, L. C., *The Geneva Humanitarian Law Conference 1975*, **The Canadian Yearbook of International Law**, v. 13, p. 295–305, 1975, p. 297.

¹²² FORSYTHE, **The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross**, p. 261.

¹²³ MEYROWITZ, *op. cit.*, p. 615.

sempre um recorte, uma seleção necessariamente limitada de fatos e ideias que guardam maior ou menor relação com um acontecimento histórico. Ainda assim, não se pode interpretar os fatos do passado sem considerar o contexto relevante. Do contrário, haveria o risco de incorrer nas chamadas “mitologias do presentismo”,¹²⁴ ou seja, o estudo do passado apenas com os olhos do presente.¹²⁵

No caso específico das negociações na década de 1970, um aspecto que salta aos olhos é o elevado grau de politização em uma conferência sobre Direito Humanitário. Isso porque, como visto, o Direito Internacional Humanitário é usualmente descrito como uma consagração de princípios universais, em defesa das vítimas dos conflitos.¹²⁶ Acima, portanto das disputas políticas. Não é, no entanto, o que transparece da leitura dos registros da Conferência de Genebra. Esse aspecto ficaria clara logo na sessão de abertura. Na ocasião, o presidente do CICV manifestou sua esperança de que questões políticas não interferissem nos trabalhos da Conferência.¹²⁷ A realidade, no entanto, tenderia a se impor. O Presidente da Maurîtânia, primeiro a fazer uso da palavra, apresentaria logo a pauta de demandas do Terceiro Mundo:

The countries of the third world, which were the victims of crying injustice, hoped that there would be an understanding of their sufferings and that account would be taken of their legitimate rights. They sought freedom and human dignity. [...] True, the Conference had before it a clear agenda, but effects could not be considered if their causes were ignored.¹²⁸

Essas demandas ocorreram, claro, em um contexto. Destacam-se aqui alguns fatores essenciais para entender as posições do Terceiro Mundo: o processo de descolonização, a Guerra Fria, a Guerra do Vietnã, o conflito árabe-israelense, o regime de *apartheid* na África do Sul e o movimento internacional dos direitos humanos.

Como visto, a independência de dezenas de países após a Segunda Guerra Mundial foi um dos motivos de convocação da Conferência. Era crescente a insatisfação com regras que haviam sido negociadas quando a maioria desses Estados ainda não participavam de forma soberana no tabuleiro internacional.¹²⁹ Entre 1945 e 1974, ano do início da

¹²⁴ JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João. História dos Conceitos: Dois Momentos de um Encontro Intelectual. In: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (Ed.). **História dos Conceitos: Debates e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Ed. Loyola, 2006, p. 15.

¹²⁵ Ver SKINNER, Quentin, **Visions of Politics, v. 1: Regarding Method**, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 72-73.

¹²⁶ Ver seção 2.4.1.

¹²⁷ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.1, p. 12.

¹²⁸ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.1, p. 13.

¹²⁹ FORSYTHE, **The Humanitarians**, p. 93.

Conferência, a ONU tinha passado de seus 51 fundadores para 138 países-membros.¹³⁰ Até 1977, ano da adoção dos Protocolos, esse número subiria para 149. Apenas nos anos da Conferência, portanto, 11 novos países tornaram-se membros das Nações Unidas, mostrando que o processo de descolonização era, certamente, um dos temas em voga e ainda estava em pleno curso.

Para os países que já haviam alcançado sua independência, a experiência das guerras de libertação inspirava sentimento de solidariedade com as lutas ainda em curso e orientava o pleito de que os integrantes de movimentos de libertação fossem tratados como combatentes, fazendo jus ao *status* de prisioneiros de guerra. Levou, ainda, à exigência de que esses movimentos pudessem participar da Conferência. Essa invocação da solidariedade aparece clara, por exemplo, na manifestação da delegação da Argélia:

In Algeria, the National Liberation Front had played a major role in protecting the civilian population against aggression by the occupying troops, and the Provisional Government of the Republic of Algeria had been the first to accede to the Geneva Conventions of 1949 in that capacity. The history of many of the countries represented at the Conference was similar to that of Algeria. Under those conditions, it was impossible to subscribe to legal fictions and to ignore the legitimate aspirations of those struggling to regain their liberty. The unspeakable suffering of millions of human beings fully justified their representatives' participation in the Conference.¹³¹

Outro elemento inescapável do contexto é a Guerra Fria. Além da politização Norte-Sul, em diversos momentos verificou-se na Conferência o reflexo da confrontação Leste-Oeste. Ainda prevalecia, no momento, o embate entre o bloco ocidental, liderado pelos Estados Unidos, e o bloco socialista, liderado pela União Soviética. Nesse particular, cabe notar que a Conferência ocorreu durante o período da *détente*, marcado por um relativo relaxamento das tensões entre os dois blocos. Basta dizer que o segundo ano da Conferência, 1975, coincide com a assinatura dos famosos Acordos de Helsinque, que enumeraram princípios para o relacionamento entre os dois blocos. Essa distensão, claro, era relativa, pois não evitava o enfrentamento indireto em diversos campos de batalha. Assim, em alguns casos, houve interesses até certo ponto convergentes entre as duas potências, como no caso do desarmamento. Em outros, é evidente a polarização entre os dois lados, como nas questões relativas ao Vietnã.

¹³⁰ ONU. Growth in United Nations membership, 1945-present. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html>> Acesso em: 6 set. 2017.

¹³¹ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.4, p. 38.

Com efeito, a Guerra do Vietnã foi um dos eventos que mais impactou a Conferência. Ainda que o período da Conferência marque o fim da guerra,¹³² o Vietnã está presente, implícita ou explicitamente, no discurso de diversas delegações, como na questão dos convites, na definição de combatentes ou na proibição de certas armas convencionais.

Outra consideração presente nas discussões da Conferência, ainda que mais concentrada geograficamente, diz respeito ao conflito árabe-israelense. A prolongada ocupação de territórios por Israel desde a Guerra dos Seis Dias (1967) tornara-se questão não apenas política, mas também jurídica, dada a dificuldade de lidar com uma ocupação estendida no tempo. Ademais, entre a convocação da Conferência e sua primeira sessão, ainda ocorreria a Guerra do Yom Kippur (1973). Assim, principalmente no discurso dos países árabes, Israel é um tema permanente.

Se a questão de Israel é central para os países árabes, os países africanos tinham seus olhos voltados não apenas para a descolonização ainda restante (sobretudo nas colônias portuguesas), mas também para o regime de *apartheid* na África do Sul. A Assembleia Geral, que já vinha condenando esse regime desde a década de 1950, aprovou, em novembro de 1973, o texto da Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de Apartheid. Entre outros dispositivos, essa Convenção reconhece o *apartheid* como um crime contra a humanidade.¹³³

Outro aspecto do contexto é a ascensão do movimento internacional dos direitos humanos. Nesse ponto, no entanto, é necessária uma observação. É muito comum, em algumas narrativas sobre o Direito Internacional Humanitário, a referência aos direitos humanos como um fator de influência para a evolução das normas em determinado sentido.¹³⁴ Como ficará evidente na análise da Conferência de Genebra, no entanto, as normas não evoluem de forma automática ou em sentido pré-determinado. Elas são inscritas em tratados internacionais pelas mãos de negociadores representando Estados ou outros atores. É o caso, como visto, da utilização da expressão “humanitário” para designar o Direito dos Conflitos Armados, que contou com influência de atores como Seán MacBride ou o Comitê Internacional da Cruz Vermelha.¹³⁵

¹³² Abril de 1975 marca a queda de Saigon e o início do processo de reunificação do Vietnã.

¹³³ ONU. UN Doc. A/RES/3068 (XXVIII). International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid. 30 nov. 1973.

¹³⁴ DRAPER, G. I. A. D., Humanitarian Law and Internal Armed Conflicts, **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 13, p. 253–277, 1983, p. 262.

¹³⁵ ALEXANDER, A Short History of International Humanitarian Law.

O mesmo vale para a influência dos direitos humanos, que surge não por uma força inexorável, mas pelo que Samuel Moyn refere-se como o movimento internacional dos direitos humanos. Por coincidência ou não, Moyn refere-se ao ano de 1977 como “the breakthrough year for human rights.”¹³⁶ Segundo o autor, é na década de 1970 que surge o movimento global dos direitos humanos, como uma última utopia, quando o direito à autodeterminação havia se provado insuficiente para promover o bem-estar do Terceiro Mundo. Na narrativa do autor, foi em 1977 que o termo passou a ser empregado amplamente, o que é evidenciado por ter sido o ano em que a Anistia Internacional recebeu o Prêmio Nobel da Paz, o presidente Jimmy Carter tomou posse e a Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa passou a usar amplamente o termo.

Em sentido similar, Amanda Alexander destaca o aspecto discursivo do contexto em que foram negociados os Protocolos Adicionais. Segundo a autora, muitos dos embates que ocorreriam ao longo das negociações já haviam sido decididos antes mesmo do início da Conferência Diplomática, em 1974. A assimilação do colonialismo ao nazismo, feita pelo Tribunal de Nuremberg e por autores como Frantz Fanon ou Aimé Césaire, estabeleceu ambiente intelectual de aversão a qualquer forma de colonialismo. Ao mesmo tempo, a guerra da Argélia e o progressivo reconhecimento da legitimidade da Frente de Libertação Nacional haviam favorecido o reconhecimento do direito à autodeterminação e o argumento de que o Direito dos Conflitos Armados, se corretamente aplicado, já protegia esses grupos. Por fim, o movimento de oposição à Guerra do Vietnã e as acusações de atrocidades contra a população vietnamita haviam ajudado a ampliar a interpretação do Direito dos Conflitos Armados quanto à proteção da população civil. Ao se iniciar a Conferência, portanto, os argumentos reconhecidos como legítimos já não eram os mesmos de 1949.¹³⁷

3.1.3 Contraste com a Conferência de Genebra de 1949

A negociação que ocorreu em Genebra entre 1974 e 1977 foi marcadamente distinta daquela ocorrida em 1949. O processo da década de 1970 foi a primeira grande

¹³⁶ MOYN, Samuel, **The Last Utopia: Human Rights in History**, Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 129.

¹³⁷ ALEXANDER, Amanda, International Humanitarian Law, Postcolonialism and the 1977 Geneva Protocol I, **Melbourne Journal of International Law**, v. 17, n. 1, p. 15–50, 2016, p. 36-50.

tentativa de codificação do Direito Internacional Humanitário após o processo de descolonização, o que aumentou, em muito, a complexidade da negociação.

Esse aspecto pode ser constatado, inclusive, em termos quantitativos. A Conferência que levou à Convenção de 1929 durou quatro semanas.¹³⁸ Em 1949, os quatro projetos preparados pelo CICV foram discutidos ao longo de quatro meses. Já na década de 1970, foram necessárias quatro sessões de negociação, divididas em quatro anos, com cerca de dois meses cada sessão, para concluir os dois Protocolos.

Essa diferença decorre, sobretudo, da descolonização e da consequente democratização do processo de negociação internacional. Até a década de 1940, as negociações ocorriam, sobretudo, entre um pequeno grupo de Estados, majoritariamente ocidentais, e com grande influência do Comitê Internacional da Cruz Vermelha:

In the international relations of the late 1940s, dominated by a western club of small membership that was not plagued by the North-South relations, more than a few ICRC new ideas made it into the final documents.¹³⁹

Assim, as Convenções de Genebra de 1949 foram discutidas por 64 Estados, embora apenas 49 tenham participado da votação final sobre a adoção das Convenções.¹⁴⁰ Esse fato foi ressaltado por várias delegações durante a Conferência de 1974-1977, como na seguinte manifestação da Nigéria:

the Conference should not forget that the Geneva Conventions were a product of European experience and history. But nearly half the countries invited to the present Conference, including Nigeria, had not participated in the drafting of those Conventions.¹⁴¹

Já na década de 1970, participaram 136 Estados, além de 11 movimentos de libertação.¹⁴² A diferença foi destacada pelo próprio presidente da Conferência:

When the Geneva Conventions of 1949 were adopted, such was the international community that it could be said that they had been drawn up by a relatively limited number of States, most of them European, although the

¹³⁸ DURAND, History of the International Committee of the Red Cross, v. II: from Sarajevo to Hiroshima, p. 251-252.

¹³⁹ FORSYTHE, **The Humanitarians**, p. 54; Ver, também, CASSESE, Antonio, The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law, **Pacific Basin Law Journal**, v. 3, n. 1-2, p. 55-118, 1984, p. 115-116.

¹⁴⁰ REY-SCHYRR, Catherine, **Histoire du Comité International de la Croix-Rouge, v. III: de Yalta à Dien Bien Phu, 1945-1955**, Genebra: Georg Editeur, 2007, p. 260.

¹⁴¹ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.12, p. 118.

¹⁴² Segundo testemunho de delegado francês, as delegações na Conferência reuniam-se em diferentes grupos: grupo socialista, grupo africano, grupo árabe, grupo asiático, grupo dos não alinhados e grupo ocidental. BRETTON, Philippe, Remarques Générales sur les Travaux de la Conférence de Genève sur la Réaffirmation et le Développement du Droit Humanitaire Applicable dans les Conflits Armés, **Annuaire Français de Droit International**, v. 23, n. 1, p. 197-220, 1977, p. 210.

scope of the Conventions was universal from the first. Today all continents were represented at the Conference. That development was to be welcomed since it enabled humanitarian law to be set on a broader basis.¹⁴³

Ciosos de sua identidade, os países do Terceiro Mundo fizeram questão de ressaltar a influência de seus próprios sistemas jurídicos e de suas tradições culturais no Direito Humanitário. A delegação da Indonésia fez referencia à filosofia nacional “Pancasila”,¹⁴⁴ ao passo que Egito¹⁴⁵ e Paquistão¹⁴⁶ ressaltaram a influência de princípios do direito islâmico no Direito dos Conflitos Armados.

Diante desse cenário de maior complexidade e de divergências de interesses e perspectivas, a influência do Comitê Internacional da Cruz Vermelha também foi diminuída, sobretudo nos temas tidos como menos técnicos e mais políticos:

At that diplomatic conference, for present purposes one can say that there were two categories of issues. There were the issues of broad “political significance” in which states took great interest. In this category fell debates about wars of national liberation, whether or not there would be a second protocol for internal war, the status of mercenaries, and so on. In a second category fell the more precise and technical issues, mostly dealing with the details and refinements of the law. The ICRC was not very influential regarding the first, but was more influential in a quiet way – particularly through its drafting role – regarding the second. In general, the ICRC exerted less influence in the mid-1970s than in 1949, owing to the fact that IHL was no longer so heavily influenced by a western club.¹⁴⁷

Esse contraste, ainda que apresentado de forma resumida, deixa evidente a diferença entre esses dois momentos e antecipa, de certa forma, os embates que ocorreriam na Conferência Diplomática. São essas questões que serão objeto de análise nas próximas seções.

3.2 QUESTÃO DOS CONVITES

Os primeiros embates na Conferência não se deram a propósito de nenhum aspecto relacionado à regulação dos conflitos armados, mas sobre a participação e o *status* de alguns Estados e movimentos de libertação nacional na Conferência. A discussão colocou-se principalmente em função da participação da Guiné-Bissau, da representação do Vietnã e do convite a movimentos de libertação nacional. O tema foi considerado essencial e sua solução

¹⁴³ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.1, p. 8.

¹⁴⁴ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.11, p. 103.

¹⁴⁵ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.10, p. 92.

¹⁴⁶ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.11, p. 105.

¹⁴⁷ FORSYTHE, *The Humanitarians*, p. 262.

condicionou o início das atividades dos comitês.¹⁴⁸ Com isso, três dias de trabalho da Conferência foram dedicados apenas à discussão desse tema no Plenário.¹⁴⁹

O primeiro encaminhamento ao tema foi a decisão de tratá-lo como questão procedimental. Por 64 votos a favor, 28 contra e 14 abstenções, em 27 de fevereiro de 1974, o Plenário da Conferência decidiu que a questão de convites deveria ser considerada procedimental e, portanto, os convites deveriam ser decididos por maioria simples dos votos. Com isso, ficou derrotada a posição de que o tema seria substantivo e, conseqüentemente, sujeito à maioria qualificada de dois terços, posição substanciada em proposta de resolução apresentada por Estados Unidos, Itália e Mônaco.¹⁵⁰ Após essa definição, passou-se a discutir situações específicas.

O primeiro caso, decidido com certa facilidade, dizia respeito à Guiné-Bissau, que havia declarado sua independência em 24 de setembro de 1973 e acedido às Convenções de Genebra em 21 de fevereiro de 1974.¹⁵¹ Sem grande discussão, aprovou-se, por consenso, convite para a participação do país. Seu representante diplomático, que aguardava do lado de fora da sala, foi imediatamente incorporado aos trabalhos.¹⁵²

Caso mais complexo dizia respeito à representação do Vietnã. Na primeira sessão, o Vietnã do Norte estava representado pela República Democrática do Vietnã, com governo em Hanói, alinhado ao bloco socialista. Do lado do sul, a Suíça havia convidado apenas a República do Vietnã, com capital em Saigon, alinhada ao bloco capitalista.

O bloco socialista e parte do Terceiro Mundo defenderam que também fosse estendido convite, na qualidade de Estado, ao Governo Provisório Revolucionário da República do Vietnã, representante dos movimentos insurgentes contra o governo de Saigon. Os principais argumentos em defesa dessa posição foram apresentados em intervenção da

¹⁴⁸ A delegação da Argélia, por exemplo, afirmou: “The view was widely held that the Conference could not begin to function until certain conditions had been met with regard to participation.” CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.2, p. 18.

¹⁴⁹ Além do Plenário, a Conferência contou com comitês temáticos. O Comitê I tratou dos preâmbulos, dos dispositivos gerais, da execução e dos dispositivos finais dos dois protocolos. O Comitê II encarregou-se das normas sobre feridos, enfermos e náufragos; da defesa civil e do socorro em favor da população. O Comitê III lidou com a proteção da população civil, os meios e métodos de combate, os prisioneiros de guerra e o tratamento de pessoas no poder da outra Parte. Houve, ainda, um Comitê *ad hoc* sobre Armas Convencionais, um Comitê de Redação e um Comitê de Credenciais.

¹⁵⁰ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.2 e CDDH/SR.3, p. 15-32.

¹⁵¹ CICV. Treaties, States Parties and Commentaries. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelect ed=380>. Acesso em 9 set. 2017.

¹⁵² Apesar do consenso, houve declarações orais de reserva por parte de Portugal, da Austrália e da África do Sul; e declarações de abstenção do Uruguai e da Nicarágua. CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.4, p. 34-37.

delegação chinesa: a) o Governo Provisório Revolucionário havia notificado sua adesão às Convenções de Genebra de 1949; b) o Governo Provisório Revolucionário controlava parte significativa do território do Vietnã do Sul; e c) os Acordos de Paz de Paris de 1973 haviam reconhecido explicitamente a existência de duas entidades com autoridade sobre o Vietnã do Sul.¹⁵³ Cabe mencionar, a propósito, que o Movimento dos Não Alinhados, em reunião realizada em 1973, havia reconhecido o Governo Provisório Revolucionário como “sole authentic representative of the population of South Vietnam”.¹⁵⁴

Contra essa tese, os principais argumentos foram apresentados pelos Estados Unidos e pela República do Vietnã: a) o Governo Provisório Revolucionário não era um governo, uma vez que não tinha instituições governamentais, capital ou sistema de justiça; b) tampouco era um movimento de libertação nacional, pois não travava luta contra uma potência colonial; e c) sua participação nos Acordos de Paris de 1973 visava somente ao fim do conflito, e não ao reconhecimento de seu *status*.¹⁵⁵

Em uma das votações mais acirradas da Conferência, a proposta de convite foi recusada por 38 votos contrários, 37 favoráveis e 33 abstenções. Nesse caso, a votação seguiu basicamente o padrão de divisão da Guerra Fria.¹⁵⁶ Note-se que o governo de Hanói não participou da votação, pois, logo na segunda reunião plenária, anunciara sua decisão de retirar-se da Conferência, em protesto contra a ausência de convite ao Governo Provisório Revolucionário.¹⁵⁷

O tema voltaria a ser debatido em sessões seguintes. Em 1975, a Argélia e 25 copatrocinadores apresentaram novo projeto de resolução para convidar o Governo Provisório Revolucionário. Seguiu-se, novamente, discussão prévia sobre qual a maioria necessária para rever decisão tomada um ano antes pelo Plenário. Após empates em votações procedimentais, o presidente da Conferência decidiu que o tema deveria ser aprovado por maioria qualificada de dois terços.¹⁵⁸ A Argélia então alterou sua proposta, para que as duas entidades (a

¹⁵³ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.4, p. 40.

¹⁵⁴ ONU. UN Doc A/9330. Letter dated 22 November 1973 from the Permanent Representative of Algeria to the United Nations addressed to the Secretary-General. 22 nov. 1973, parágrafo 35, p. 12.

¹⁵⁵ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.5, p. 43, 47-49. Para leitura crítica desses argumentos, ver SALMON, Jean, Participation du G.R.P. du Sud Vietnam aux Travaux de la Conférence Diplomatique sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire Applicable dans les Conflits Armés, **Revue Belge de Droit International**, v. 11, p. 191-210, 1975.

¹⁵⁶ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.5, p. 52-53.

¹⁵⁷ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.2, p. 16. Ver, também, BAXTER, Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law, p. 11; GRAHAM, The 1974 Diplomatic Conference On the Law Of War: A Victory for Political Causes and a Return To the “Just War” Concept of the Eleventh Century, p. 33.

¹⁵⁸ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.23-SR.26, p. 270-311.

República do Vietnã e o Governo Provisório Revolucionário do Vietnã) participassem da Conferência na qualidade de observadores. Ainda assim, no entanto, o Presidente decidiu que essa resolução também estaria sujeita à maioria qualificada. Diante da impossibilidade de alcançar os votos necessários, a Argélia retirou sua proposta.¹⁵⁹

Com o arrastar da Conferência ao longo dos anos, o desenrolar dos fatos se sobrepôs às discussões diplomáticas. Com a queda de Saigon, em 1975, o Vietnã do Sul seria representado, na sessão de 1976, pela República do Vietnã do Sul. Em 1977, enfim, o Vietnã unificado participaria da Conferência, representado apenas pela República Socialista do Vietnã.¹⁶⁰

Para além da representação de países específicos, no entanto, o tema mais significativo para o Terceiro Mundo foi a discussão a respeito da participação de movimentos de libertação nacional. Antes do início da Conferência, a Assembleia Geral da ONU havia aprovado resolução que previa, entre outros dispositivos, a seguinte recomendação:

*Urges that the national liberation movements recognized by the various regional intergovernmental organizations concerned be invited to participate in the Diplomatic Conference as observers in accordance with the practice of the United Nations.*¹⁶¹

Durante a Conferência, os países do Terceiro Mundo defenderam, de forma geral, a participação mais ampla possível para esses movimentos. Seu argumento era de que, uma vez que o tratamento das guerras de libertação era um dos principais temas a serem debatidos, não faria sentido excluir esses movimentos das discussões.¹⁶² Alguns países ocidentais, por outro lado, defenderam que a participação desses grupos não favoreceria o aprofundamento do Direito Humanitário; alegaram, ademais, que apenas Estados poderiam participar de forma plena de Conferência de caráter diplomático.¹⁶³

Como resultado desse embate, foi aprovada, por consenso, resolução autorizando a participação dos movimentos de libertação nacional reconhecidos por organismos regionais intergovernamentais, “to participate fully in the deliberations of the Conference and its Main

¹⁵⁹ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.27, p. 317-323.

¹⁶⁰ Ver, a propósito, a lista de delegados das diversas entidades representando o Vietnã: CDDH Official Records, v. 2, List of Participants, p. 332-340.

¹⁶¹ ONU. UN Doc. A/RES/3102 (XXVIII) Respect for human rights in armed conflicts. 12 dez. 1973. Recomendação similar havia sido feita por resolução da XXIII Conferência Internacional da Cruz Vermelha, reunida em Teerã, em 1973.

¹⁶² Ver ABI-SAAB, Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols, p. 404.

¹⁶³ Ver GRAHAM, The 1974 Diplomatic Conference On the Law Of War: A Victory for Political Causes and a Return To the “Just War” Concept of the Eleventh Century, p. 31-32.

Committees.”¹⁶⁴ A solução aprovada envolveu uma participação sem direito a voto, mas com direitos superiores àqueles de meros observadores. Diferentemente das entidades que participaram como observadoras, os movimentos de libertação tinham o direito de apresentar emendas e teriam seus pronunciamentos circulados para toda a Conferência.

Como solução de consenso, essa resolução conciliou opiniões distintas dos dois lados. Alguns países, como Sudão, Tanzânia e Síria, defenderam abertamente que esses movimentos deveriam participar com direitos plenos, iguais aos dos Estados.¹⁶⁵ A delegação de Cuba defendeu que todos os movimentos deveriam ter o direito de participar, e não apenas aqueles reconhecidos pelos organismos regionais.¹⁶⁶ Outros países, como Estados Unidos e Espanha, sentiram a necessidade de esclarecer que apenas o caráter humanitário da Conferência justificaria a participação desses movimentos, o que não poderia constituir precedente para futuras conferências.¹⁶⁷

Apesar do consenso, houve países que expressaram seu descontentamento com a resolução. Israel, Itália, Portugal e Reino Unido defenderam que, por se tratar de conferência diplomática, destinada a negociar tratados internacionais, apenas Estados poderiam participar. Os mesmos países insurgiram-se, ainda, contra o fato de que, entre os movimentos reconhecidos, estariam grupos responsáveis por atos de terrorismo cometidos em seus territórios.¹⁶⁸

No total, onze movimentos participaram da Conferência: Congresso Nacional Africano (ANC), Conselho Nacional Africano do Zimbábue (ANCZ), Frente de Libertação do Moçambique (FRELIMO), Frente Nacional de Libertação de Angola (FNLA), Movimento Popular de Libertação de Angola (MPLA), Organização pela Libertação da Palestina (OLP), Congresso Panafricanista (PAC), Partido Unido Popular de Seychelles (SPUP), Organização do Povo do Sudoeste da África (SWAPO), União Nacional Africana do Zimbábue (ZANU), União Popular Africana do Zimbábue (ZAPU).¹⁶⁹

A discussão sobre os movimentos de libertação foi vista como um dos sinais de politização da Conferência.¹⁷⁰ Teria sido, nesse sentido, uma das posições supostamente

¹⁶⁴ CDDH Official Records, v. 1, CDDH/55, Resolution 3(I). Participation of National Liberation Movements in the Conference, p. 5.

¹⁶⁵ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.6, p. 61-63.

¹⁶⁶ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.7, p. 68.

¹⁶⁷ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.7, p. 69.

¹⁶⁸ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.6 e SR.7, p. 57-70.

¹⁶⁹ CDDH Official Records, v. 2, List of Participants, p. 351-357.

¹⁷⁰ BRETTON, Remarques Générales sur les Travaux de la Conférence de Genève sur la Réaffirmation et le Développement du Droit Humanitaire Applicable dans les Conflits Armés, p. 201-202.

políticas do Terceiro Mundo, criticada por autores ocidentais. Richard Baxter, um dos delegados americanos na Conferência, atribui essa posição engajada do Terceiro Mundo a práticas que teriam sido aprendidas no âmbito das Nações Unidas:

The very fact that United Nations practice had been invoked in this regard was one of many indications that the large number of developing countries attending the Conference brought to the diplomatic conference understandings and demands acquired from their participation in the United Nations.¹⁷¹

Como visto, no entanto, apesar de a resolução da Assembleia Geral fazer referência à prática das Nações Unidas,¹⁷² o modelo de participação adotado na Conferência foi mesmo além do *status* de observador. Nesse caso, tratou-se menos de contaminação de uma experiência por outra, e mais de defesa ativa da posição do Terceiro Mundo pelo fim de todas as formas de colonialismo. Como já ressaltado, grande parte dos Estados recentemente independentes haviam passado, eles mesmos, pela condição de movimentos de libertação nacional.

Em todo caso, não se pode exagerar a suposta “politização” ou polarização desse aspecto da Conferência. No caso dos movimentos de libertação, a resolução foi adotada por consenso. Os países que registraram dissidência em relação ao consenso eram, em geral, potências coloniais, que não gostariam, por razões óbvias, de sentar-se lado a lado com os movimentos contra os quais estavam lutando em suas colônias. Nesse caso, portanto, não houve tanto uma polarização Norte-Sul, e mais uma coalizão de países do Terceiro Mundo cuja posição prevaleceu, ainda que mitigada por uma solução de consenso. Com efeito, nenhuma das duas superpotências era entusiasta de expandir a participação na Conferência. Como notou o delegado da Albânia:

The United States had threatened to walk out of the Conference if certain parties were invited to participate, while the Soviet Union considered that only States should participate in the Conference. Thus, the two super-Powers were obstructing the Conference’s work. Participation in the Conference should be non-discriminatory, so that all victims of aggression and colonial oppression might be protected without distinction.¹⁷³

¹⁷¹ BAXTER, *Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law*, p. 10.

¹⁷² Fórmula que dizia pouco, tendo em vista que não havia prática uniforme nas reuniões da ONU. KALSHOVEN, *Frits, Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the First Session of the Diplomatic Conference*, Geneva, 20 February – 29 March 1974, **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 5, p. 2–34, 1974, p. 23.

¹⁷³ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.2, p. 21.

É necessário ressaltar, no entanto, que essa solidariedade terceiro-mundista era uma posição a ser matizada no caso concreto. É por isso que, no caso da representação do Vietnã do Sul, os países em desenvolvimento mais alinhados ao bloco ocidental não emprestaram apoio à proposta de convidar representantes do Governo Provisório Revolucionário do Vietnã.¹⁷⁴ Em contexto de Guerra Fria, esses Estados, muitos dos quais latino-americanos, defenderam posição mais próxima à dos Estados Unidos.

Essa posição pragmática é corroborada, ainda, pela comparação com a atuação do Terceiro Mundo em outras instâncias internacionais. No caso do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, por exemplo, a posição do Terceiro Mundo, a essa altura, não era de grande apoio à participação de organizações não governamentais.¹⁷⁵ Isso corrobora a leitura de que não houve defesa de uma abertura irrestrita do Direito Internacional ou de uma ampliação de seus sujeitos. Houve, isso sim, uma coalizão voltada a fazer representar esses movimentos de forma a pressionar as grandes potências pelo fim do colonialismo. Não foi, portanto, uma posição de princípio sobre o Direito Internacional, mas uma posição política quanto ao colonialismo.

Por fim, cumpre dizer que a posição defensiva de algumas delegações quanto à participação de atores não estatais não reflete o histórico do próprio movimento da Cruz Vermelha. Mesmo segundo a narrativa tradicional do campo, um dos pontos de partida para o Direito Internacional Humanitário moderno teria ocorrido com a atuação de um indivíduo (Henry Dunant) e de uma organização privada por ele concebida (Cruz Vermelha) para aliviar o sofrimento causado pelos conflitos armados. Desde então, as sucessivas Convenções de Genebra foram sempre propostas pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, sem que se questionasse o fato de que se tratava de organismo sem caráter governamental.

3.3 DEFINIÇÃO DE CONFLITO ARMADO INTERNACIONAL

Um dos pontos mais discutidos na Conferência, e no qual ficou evidente a coalizão de Estados do Terceiro Mundo pela reforma do Direito Internacional Humanitário, foi o âmbito de aplicação do Protocolo I – mais especificamente, a inclusão das lutas de

¹⁷⁴ Conclusão semelhante encontra-se em MEYROWITZ, *Les Guerres de Libération et les Conventions de Genève*.

¹⁷⁵ OTTO, Dianne, *Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of International Civil Society*, **Human Rights Quarterly**, v. 18, n. 1, p. 107–141, 1996, p. 113.

libertação nacional no rol de conflitos armados internacionais. Tratava-se de questão central, pois o alcance de todo o Protocolo dependia da definição de conflito armado internacional a ser adotada no artigo 1º.

Já na Conferência de Especialistas Governamentais, muitos delegados presentes defenderam que guerras de libertação fossem tratadas como conflitos armados internacionais.¹⁷⁶ A maioria, no entanto, julgava que esses conflitos não tinham caráter internacional. Como não houve consenso, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha decidiu não incluir dispositivo nesse sentido, deixando qualquer decisão para a Conferência Diplomática.¹⁷⁷ Assim, a proposta apresentada pelo CICV para os Estados apenas fazia remissão à definição de conflitos armados internacionais presente no artigo 2º comum às Convenções de Genebra de 1949:

The present Protocol, which supplements the Geneva Conventions of August 12, 1949, for the Protection of War Victims, shall apply in the situations referred to in Article 2 common to these Conventions.

Durante a Conferência, o tema foi discutido em Plenário e ocupou grande parte dos trabalhos do Comitê I durante a primeira sessão. Com diferentes formulações, os representantes do Terceiro Mundo, apoiados pelo bloco socialista, defenderam que os conflitos travados em busca da autodeterminação dos povos deveriam ser considerados conflitos armados internacionais. Assim, as potências coloniais não mais poderiam alegar que levantes em suas colônias eram temas internos. Buscava-se, com isso, promover juridicamente os movimentos que lutavam contra regimes coloniais, racistas ou contra forças de ocupação.¹⁷⁸

A primeira emenda sobre esse tema, apresentada por seis países socialistas e três africanos, incluía no âmbito de aplicação do Protocolo I “armed conflicts where peoples fight against colonial and alien domination and against racist régimes.”¹⁷⁹ Nos dias seguintes, maior apoio foi angariado em torno de outra proposta, apresentada por vinte delegações do Terceiro Mundo, mais Austrália e Noruega, que não especificava os regimes contra os quais se travavam essas lutas, mencionando apenas o exercício do direito à autodeterminação:

¹⁷⁶ CICV. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Genebra, 24 mai. – 12 jun. 1971. Report on the Work of the Conference, 1971, v. 2, p. 54.

¹⁷⁷ CICV. Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 1949 – Commentary. Genebra, 1973, p. 6-7. PICTET *et al*, **Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949**, p. 47.

¹⁷⁸ CASSESE, The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law, p. 68.

¹⁷⁹ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/I/5 Add.1-2, p. 5.

armed struggles waged by the peoples in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and defined by the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.¹⁸⁰

A emenda dos não alinhados pareceria, a princípio, mais moderada do que a dos países socialistas, por não mencionar regimes específicos. Com efeito, os países patrocinadores resistiram em fundir sua emenda com a dos países socialistas, por entender que sua proposta seria uma solução de consenso.¹⁸¹ No entanto, diante do rechaço dos países ocidentais a qualquer uma das fórmulas, inclusive à referência genérica à autodeterminação, houve uma aproximação entre as duas emendas.¹⁸²

No dia 14 de março, nova proposta de emenda foi apresentada, reunindo as formulações das duas emendas anteriormente mencionadas: fazia menção tanto às lutas contra colonialismo, dominação estrangeira e regimes racistas quanto ao exercício do direito à autodeterminação.¹⁸³ A emenda, que chegou a contar com o patrocínio de 51 delegações, tinha a seguinte redação:

The situations referred to in the preceding paragraph include armed conflicts where peoples fight against colonial and alien domination and against racist régimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and defined by the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charted of the United Nations.¹⁸⁴

¹⁸⁰ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/I/11 Add.1-3, p. 5.

¹⁸¹ ABI-SAAB, Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols, p. 387.

¹⁸² Ibid.; FORSYTHE, David P., The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law: Some Observations, **The American Journal of International Law**, v. 69, n. 1, p. 77–91, 1975; SALMON, Jean J. A., La Conférence Diplomatique sur la Reaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire et les Guerres de Liberation Nationale, **Revue Belge de Droit International**, v. 12, n. 1, p. 27–52, 1976. Em sentido contrário, Graham afirma que foram os países socialistas e em desenvolvimento que foram avessos à busca de fórmula de compromisso, GRAHAM, The 1974 Diplomatic Conference On the Law Of War: A Victory for Political Causes and a Return To the “Just War” Concept of the Eleventh Century.

¹⁸³ Segundo Salmon, ao reunir todos esses requisitos, o artigo consagrou o reconhecimento seletivo do direito à autodeterminação, conforme prática que já vinha sendo adotada na Assembleia Geral da ONU. Isso porque seriam tratados como conflitos internacionais não todos aqueles no exercício da autodeterminação, mas apenas aqueles contra o colonialismo, a dominação estrangeira ou os regimes racistas. SALMON, op. cit., p. 37.

¹⁸⁴ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/I/41 Add.1-7, p. 7-8. Os patrocinadores da emenda foram: Argélia, Egito, Bangladesh, Bulgária, Burundi, República Socialista Soviética da Bielorrússia, Chade, Congo, Cuba, Tchecoslováquia, República Democrática da Alemanha, Gana, Guiné-Bissau, Hungria, Índia, Indonésia, Iraque, Costa do Marfim, Jordânia, República Popular Democrática da Coreia, Kuwait, Líbano, Libéria, República Árabe da Líbia, Madagascar, Mali, Mauritânia, Mongólia, Marrocos, Nigéria, Paquistão, Polónia, Catar, Romênia, Arábia Saudita, Senegal, Sri Lanka, Sudão, Sultanato de Omã, República Árabe da Síria, Togo, Tunísia, Uganda, Ucrânia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, República Unida do Cameroun, Tanzânia, Iêmen, Iugoslávia, Zaire, Zâmbia.

Do lado oposto, um grupo de países europeus, apoiados pela Argentina, chegou a propor, como alternativa, formulação genérica, inspirada na cláusula Martens:

In cases not included in this present Protocol or in other instruments of conventional law, civilians and combatants remain under the protection and the authority of the principles of international law, as they result from established custom, from the principles of humanity and the dictates of public conscience.¹⁸⁵

No dia 15 de março, o tema foi submetido a um grupo de trabalho, com vistas a analisar a possibilidade de encontrar uma redação consensual. Uma semana depois, no dia 22 de março, esse grupo relatou ao Comitê I não ter conseguido construir consenso sobre nenhuma alternativa. Diante desse impasse, e da alta probabilidade de derrota da posição ocidental, o Canadá, a Nova Zelândia e a França propuseram adiar qualquer decisão sobre o artigo 1º para o ano seguinte.¹⁸⁶ A sugestão, no entanto, não foi bem recebida pelo Terceiro Mundo, que, na manifestação da delegação do Zaire, questionou o fato de que a oposição de alguns países ocidentais pudesse barrar a adoção do texto:

The Committee had accepted the principle that a two-thirds majority represented a practical consensus. Some delegations now seemed to be seeking to go back on that principle: they spoke of acceptance by “most of the delegations”, or even of unanimity. The implication appeared to be that anything agreed upon by two or three Western countries was universal but that the delegations of the majority did not represent sovereign States at all.¹⁸⁷

O artigo foi submetido a voto e adotado pelo Comitê I. Com 70 votos a favor, 21 contra e 13 abstenções,¹⁸⁸ foi aprovada uma emenda apresentada na última hora por cinco

¹⁸⁵ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/I/12 Corr. 1, Add. 1, p. 6.

¹⁸⁶ CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.13, p. 97.

¹⁸⁷ CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.14, p. 110-111.

¹⁸⁸ CDDH Official Records, v. 8, CDDH/SR.13, p. 102:

A favor: Albânia, Argélia, República Árabe do Egito, Argentina, Bangladesh, Bulgária, Burundi, República Socialista Soviética da Bielorrússia, Cuba, Chade, Tchecoslováquia, China, Chipre, República Popular Democrática da Coreia, Iêmen Democrático, El Salvador, Finlândia, Gabão, República Democrática da Alemanha, Gana, Guiné-Bissau, Honduras, Hungria, Índia, Indonésia, Irã, Iraque, Costa do Marfim, Jordânia, República Khmer, Kuwait, Líbano, Libéria, República Árabe da Líbia, Madagascar, Mali, Marrocos, Mauritània, México, Mongólia, Nigéria, Noruega, Paquistão, Panamá, Peru, Polónia, Catar, República do Vietnã, Romênia, Arábia Saudita, Senegal, Sri Lanka, Sudão, Sultanato de Omã, República Árabe da Síria, Tailândia, Trinidad e Tobago, Tunísia, Uganda, República Socialista Soviética da Ucrânia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Emirados Árabes Unidos, República Unida do Cameroun, República Unida da Tanzânia, Venezuela, Iêmen, Iugoslávia, Zaire, Zâmbia.

Contra: Bélgica, Canadá, Dinamarca, República Federal da Alemanha, França, Israel, Itália, Japão, Liechtenstein, Luxemburgo, Mônaco, Países Baixos, Nova Zelândia, Portugal, República da Coreia, África do Sul, Espanha, Suíça, Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte, Estados Unidos da América, Uruguai.

Abstenções: Austrália, Áustria, Burma, Brasil, Colômbia, Chile, Grécia, Guatemala, Santa Sé, Suécia, Turquia.

países latino-americanos, que combinava dois parágrafos: um com a proposta defendida pelo Terceiro Mundo e o bloco socialista e outro com a redação baseada na cláusula Martens.¹⁸⁹ A proposta recebeu apoio unânime dos países africanos (com exceção da África do Sul), árabes e socialistas, assim como da maioria dos asiáticos e latino-americanos. Entre os países do bloco ocidental, a maioria votou contra.

Em seu relatório de atividades ao final da primeira sessão, o Comitê I recomendou que o Plenário adotasse a redação dada ao artigo 1º.¹⁹⁰ Essa sugestão foi uma insistência do Terceiro Mundo para que o artigo fosse definitivamente adotado no Plenário, consolidando a vitória alcançada e impedindo eventuais retrocessos nas sessões a serem realizadas nos anos seguintes. Na primeira sessão da Conferência, no entanto, o Plenário apenas tomava nota dos relatórios dos diferentes Comitês, sem adotar, em caráter definitivo, nenhum artigo. Ademais, havia o temor de que, se o Plenário adotasse definitivamente o artigo, Estados insatisfeitos perderiam interesse no seguimento das atividades da Conferência.¹⁹¹ Como solução de consenso, o Plenário aprovou, no dia 29 de março, a Resolução 6(I), que adota o relatório do Comitê I e “welcomes the adoption of article 1 of Draft Protocol I by Committee I.”¹⁹²

O artigo foi definitivamente aprovado em Plenário apenas na quarta sessão, em 23 de maio de 1977, por 87 votos favoráveis, 1 voto contrário e 11 abstenções.¹⁹³ Cassese chama atenção para essa gradual diminuição do nível de resistência ao artigo. Os votos contrários passaram de 23, em 1974, para apenas 1 (Israel), em 1977. Segundo o autor, isso refletiria uma consciência de que a classificação desses conflitos como internacionais já teria sido aceita como direito em 1977, a sinalizar uma emergente norma costumeira.¹⁹⁴

A redação final do artigo 1º contempla o tratamento dos conflitos armados contra a dominação colonial, a ocupação estrangeira e regimes racistas, no exercício do direito de autodeterminação dos povos:

¹⁸⁹ A emenda substituiu, ainda, a expressão “alien domination” por “alien occupation.” Segundo Abi-Saab, o motivo seria o temor de alguns regimes latino-americanos de que grupos dissidentes pudessem alegar que o governo representava uma dominação estrangeira. ABI-SAAB, *Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols*, p. 395.

¹⁹⁰ CCDH Official Records, v. 10, CDDH/48/Rev.1, p. 13.

¹⁹¹ Ver KALSHOVEN, *Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the First Session of the Diplomatic Conference, Geneva, 20 February – 29 March 1974*, p. 31; FORSYTHE, *The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law: Some Observations*, p. 79-80; ABI-SAAB, *Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols*, p. 390.

¹⁹² CDDH Official Records, v. 1, Part 2, CDDH/55, p. 8.

¹⁹³ CDDH Official Records, v. 6, CDDH/SR.36, p. 40-41.

¹⁹⁴ CASSESE, *The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law*, p. 70.

1. As Altas Partes Contratantes se comprometem a respeitar e fazer respeitar o presente Protocolo em todas as circunstâncias.
2. Nos casos não previstos no presente Protocolo ou em outros acordos internacionais, as pessoas civis e os combatentes permanecem sob a proteção e o domínio dos princípios do Direito Internacional derivado dos costumes estabelecidos, dos princípios de humanidade e dos ditames da consciência pública.
3. O presente Protocolo, que completa as Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 para proteção das Vítimas da Guerra, aplicar-se-á nas situações previstas no artigo 2 comum às Convenções.
4. As situações a que se refere o parágrafo precedente compreendem os conflitos armados nos quais os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas, no exercício do direito de livre determinação dos povos, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional referente às Relações de Amizade e Cooperação entre os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas.

O tratamento das guerras travadas por movimentos de libertação nacional como conflitos internacionais é, até hoje, um dos aspectos mais polêmicos do Protocolo I.

Essa tese, no entanto, não foi uma novidade na Conferência. Em 1949, a União Soviética já havia proposto, sem sucesso, que as Convenções de Genebra se aplicassem a guerras civis e guerras coloniais.¹⁹⁵ Em 1973, o Terceiro Mundo havia se mobilizado na Assembleia Geral da ONU e feito aprovar a Resolução 3103 (XXVIII).¹⁹⁶ Esse documento antecipou, em grande medida, o tratamento desses conflitos como conflitos armados internacionais:

The armed conflicts involving the struggle of peoples against colonial and alien domination and racist régimes are to be regarded as international armed conflicts in the sense of the 1949 Geneva Conventions, and the legal status envisaged to apply to the combatants in the 1949 Geneva Conventions and other international instruments is to apply to the persons engaged in armed struggle against colonial and alien domination and racist régimes.

Assim, na Conferência Diplomática, algumas delegações chegaram a argumentar que se tratava de regra já reconhecida amplamente no Direito Internacional e que caberia à Conferência apenas formalizá-la.¹⁹⁷

¹⁹⁵ SALMON, La Conference Diplomatique sur la Reaffirmation et le Developpement du Droit International Humanitaire et les Guerres de Liberation Nationale, p. 29.

¹⁹⁶ ONU. UN Doc. A/Res/3101(XXVIII). Basic Principles of the Legal Status of the Combatants Struggling Against Colonial and Alien Domination and Racist Regimes. 12 dez. 1973. A resolução foi adotada em 12 de dezembro de 1973, por 83 votos a favor, 13 votos contra, 19 abstenções e 20 Estados não votantes. ONU. United Nations Bibliographic Information System. Disponível em: <<http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?profile=voting&index=.VM&term=ares3103>> Acesso em: 28 out. 2017.

¹⁹⁷ Ver, por exemplo, a intervenção da Iugoslávia. CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.2, p. 9. Ver, também, ROSAS, Allan, Wars of National Liberation — International or Non-International Armed

Como nota Forsythe, muitas delegações do Terceiro Mundo não eram integradas por especialistas em Direito, mas por diplomatas mais acostumados às negociações multilaterais nas Nações Unidas. Assim, em muitas intervenções, a defesa da inclusão das lutas de libertação era feita com base em argumentos políticos ou emocionais. Nessa linha, o autor critica o Terceiro Mundo por ter falhado em enfatizar os argumentos jurídicos que estavam disponíveis.¹⁹⁸ Ainda que essa observação seja parcialmente procedente, deve-se ressaltar que houve, sim, delegações que fizeram defesa juridicamente embasada de suas posições. Principal exemplo foi a delegação do Egito, representada por Georges Abi-Saab, já à época um jurista consagrado e com publicações acadêmicas sobre esse tema.

Em seus escritos, Abi-Saab lembra as independências da América Latina e da Grécia para demonstrar que a posição de que as guerras de libertação seriam questões internas foi consagrada apenas no avançar do século XIX. Na segunda metade do século XX, o reconhecimento do direito à autodeterminação teria deixado claro, mais uma vez, que situações de domínio colonial não mais poderiam ser consideradas questões internas de cada Estado.¹⁹⁹

A principal crítica à inclusão desses conflitos no rol de conflitos internacionais era e continua sendo a de que se estaria confundindo *jus in bello* com *jus ad bellum*. Segundo esse argumento, ao introduzir o objetivo do emprego da força (autodeterminação) como um dos critérios para determinar as normas aplicáveis, o artigo 1º teria resgatado a teoria da guerra justa, o que seria perigoso para a busca da paz. Richard Baxter, por exemplo, defende a separação entre *jus in bello* e *jus ad bellum* como um dos pilares do Direito Humanitário. Segundo o autor, a teoria da guerra justa teria levado a catástrofes no passado:

It would seem that in the view of many other states, wars of national liberation are good wars and therefore ought to be governed by as much of the law of war as possible. But the idea of the just war has in the past been productive of some of the worst offenses against the victims of war. What success the law of war has had in the past is based in large measure on the fact that it ministers to war victims impartially without regard to whether the cause for which they fight is good or bad.²⁰⁰

Conflicts?, **Instant Research on Peace and Violence**, v. 4, n. 1, p. 31–37, 1974, p. 54; ABI-SAAB, Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols, p. 375.

¹⁹⁸ FORSYTHE, The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law: Some Observations, p. 82-84.

¹⁹⁹ ABI-SAAB, op. cit., p. 367-374.

²⁰⁰ BAXTER, Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law, p. 17.

Os defensores do Direito Humanitário tradicional, portanto, atacam a ideia de determinar as regras aplicáveis ao conflito por meio de uma análise de sua motivação.²⁰¹ Segundo essas críticas, haveria, uma vez mais, uma politização do Direito Internacional Humanitário. Como afirmou a delegação da França:

Consideration of elements such as motivation, justice and legitimacy, which it was quite normal to discuss in the United Nations, should be fatal in an assembly held under the auspices of the ICRC. Humanitarian law must remain free of any notion of political motivation or subjective judgment, and his Government was not prepared, under any circumstances, to sacrifice that basic principle.²⁰²

Assim, é recorrente a crítica de que os países do Terceiro Mundo sacrificaram o Direito Internacional Humanitário em favor de seu objetivo de curto prazo de combater o colonialismo:

Many states saw Protocol I as a weapon in the strategic struggle against racism and imperialism, rather than as a strictly humanitarian document for the benefit of war victims. To them, Protocol I was a means to require Israel and South Africa to apply all of IHL for international armed conflicts, and to recognize opposing combatants as prisoners of war when captured. For these states, the legislative game was primarily about power and status, not humanitarianism – certainly not humanitarianism traditionally defined.²⁰³

Na mesma linha, Graham afirma:

Stimulated by the prospect of achieving what they consider to be a stunning political victory, these third world countries' pervasive attitude appears to be "The law be damned – we won."²⁰⁴

Em uma de suas intervenções na Conferência, Abi-Saab negou que a proposta confundiria *jus in bello* com *jus ad bellum*. Segundo o jurista egípcio, isso aconteceria se se buscasse dar condição mais privilegiada a um grupo armado em razão da motivação do conflito. A proposta defendida pelo Terceiro Mundo, no entanto, buscava fazer justamente o contrário: estender tratamento humano a todos. Segundo essa perspectiva, era o Direito Humanitário tradicional que dava tratamento discriminatório, ao não reconhecer esse tipo de conflito.²⁰⁵ Não haveria, portanto, confusão do *jus in bello* com *jus ad bellum*, pois o artigo 1º

²⁰¹ GRAHAM, The 1974 Diplomatic Conference On the Law Of War: A Victory for Political Causes and a Return To the "Just War" Concept of the Eleventh Century, p. 54; FORSYTHE, The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law: Some Observations, p. 80; MEYROWITZ, Les Guerres de Libération et les Conventions de Genève, p. 616.

²⁰² CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.2, p. 14. Ainda sobre essa oposição entre as abordagens do CICV e da ONU, ver FORSYTHE, op. cit., p. 78: "The UN approach, backed by the Third World and Marxist states, predominated over the ICRC approach, backed by most of the West."

²⁰³ FORSYTHE, **The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross**, p. 263.

²⁰⁴ GRAHAM, op. cit., p. 61.

²⁰⁵ CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.5, p. 34.

não buscaria determinar quem tem o direito a fazer a guerra, mas apenas qual o regime jurídico aplicável a um conflito armado.²⁰⁶ Contra acusações de politização, Abi-Saab contesta se não seria um ato ainda mais político a decisão de ignorar uma das formas de conflito mais recorrentes à época:

one can ask whether consciously ignoring one of the major forms of post-war armed conflicts was less political and more humanitarian than explicitly providing for them, with a view to alleviating the suffering they are bound to occasion.²⁰⁷

Uma segunda crítica comum ao artigo 1º é a de que o emprego de conceitos como “dominação colonial” ou “autodeterminação” dificultaria a interpretação desse dispositivo, criando situações de indeterminação quanto à aplicação do Protocolo. O artigo 1º, assim, introduziria elemento de subjetividade incompatível com o objetivo de estender proteções mínimas às vítimas de conflitos armados:

The danger of such expressions as “fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes” is that they could be applied to a wide range of conflicts going far beyond what was contemplated by those states which have led the campaign for application of the whole of the law of war in wars of national liberation. Rebellious forces within a state would be afforded a basis for saying that their military action against the authorities in power is not an internal armed conflict or civil war but an international armed conflict because the authorities in power are a “racist regime” or hold the country in “colonial domination.” A subjective appraisal of the situation might be expected, each side choosing the characterization of the conflict that would best suit its interests and claiming that its adversary had completely misconstrued and violated the law. Therein lies legal chaos, and with legal chaos what little protection there is for war victims simply disappears. It will be human rights that will suffer in this attempt to pursue political ends.²⁰⁸

Não se pode negar que a redação do artigo 1º pode gerar divergências quanto a sua aplicabilidade em situações concretas. Para tentar mitigar essa incerteza, a Turquia chegou a propor emenda que limitaria essas situações aos movimentos de libertação reconhecidos por organismos regionais. Assim, aplicar-se-ia solução similar à dada para a questão dos convites para a participação na Conferência:

The present Protocol shall also apply to armed conflicts waged by national liberation movements recognized by the regional intergovernmental

²⁰⁶ ABI-SAAB, Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols, p. 380-381.

²⁰⁷ Ibid. p. 380.

²⁰⁸ BAXTER, Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law, p. 16. Ver também BOND, James E., Amended Article 1 Of Draft Protocol I To The 1949 Geneva Conventions: The Coming Of Age Of The Guerrilla, *Washington and Lee Law Review*, v. 32, n. 1, p. 65–78, 1975, p. 69-70; FORSYTHE, The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law: Some Observations, p. 89.

organizations concerned against colonial and foreign domination and racist régimes in the exercise of the principle of self-determination of peoples as set out in the Charter of the United Nations.²⁰⁹

Durante os debates no Comitê I, a delegação do Egito rebateu essa acusação de subjetividade. Segundo o argumento egípcio, a discussão conceitual, difícil que fosse, não deveria impedir que a Conferência lidasse com questão de efeito prático, que causava sofrimentos a tantas pessoas. Ademais, a referência à Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional referente às Relações de Amizade e Cooperação entre os Estados forneceria critérios quanto ao direito à autodeterminação.²¹⁰ Em texto acadêmico, Abi-Saab complementa, ainda, que todo o Direito Internacional é permeado de conceitos que sempre estarão abertos a interpretação, como soberania, boa fé ou esgotamento de recursos locais.²¹¹

Uma terceira crítica à inclusão dos movimentos de libertação diz respeito a sua alegada incapacidade para aplicar o Direito Internacional Humanitário.²¹² Segundo esse argumento, as Convenções de Genebra e seus Protocolos contêm dispositivos cuja aplicação pressupõe uma autoridade estatal. Assim, seria impossível estender as Convenções aos movimentos de libertação, que não têm, por exemplo, um sistema de justiça capaz de conferir as garantias previstas no Direito Internacional Humanitário. Na Conferência, esse argumento foi apresentado pela delegação da Itália, que, na voz de Antonio Cassese, alegou que “application of many provisions of the Geneva Conventions called for complicated machinery, which was, generally speaking, available only to states.”²¹³

Esse argumento possui um desdobramento também recorrente, que diz respeito à falta de reciprocidade. Segundo esse raciocínio, uma vez que os movimentos de libertação não teriam como aplicar as garantias previstas nas Convenções, o Direito Internacional Humanitário perderia um de seus grandes mecanismos de aplicação: a reciprocidade entre as partes no conflito. Como afirmou Baxter:

Moreover, national liberation movements, not being “Powers” as a matter of law and not having the material means of giving effect to the law that are possessed by states that are parties to the Conventions, will not be able to carry out the provisions of the Conventions. This lack of practical reciprocity

²⁰⁹ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/I/42, p. 8.

²¹⁰ CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.5, p. 34. Ver, também, ROSAS, Wars of National Liberation — International or Non-International Armed Conflicts?, p. 35.

²¹¹ ABI-SAAB, Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols, p. 379.

²¹² GRAHAM, The 1974 Diplomatic Conference On the Law Of War: A Victory for Political Causes and a Return To the “Just War” Concept of the Eleventh Century; SALMON, La Conférence Diplomatique sur la Reaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire et les Guerres de Liberation Nationale.

²¹³ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/I/SR.3, p. 22.

between the authorities in power and the national liberation movement destroys one of the important forces that exist for compliance with the law of war.²¹⁴

Em resposta a esse argumento, Abi-Saab defendeu que a capacidade desses movimentos para aplicarem as Convenções não seria diferente da dos movimentos de resistência contra ocupação, já reconhecidos pelas Convenções de Genebra de 1949.²¹⁵ Abi-Saab questionou, ainda, se a capacidade de movimentos como Frelimo seria menor do que a de Estados como Mônaco, Liechtenstein e Santa Sé – todos partes das Convenções de Genebra. Também o delegado da Frelimo manifestou-se, afirmando que a questão se colocava não tanto em termos do caráter não estatal de algum grupo, mas sim do método de conflito empregado.²¹⁶

Dentro do bloco ocidental, chegou-se a debater uma proposta intermediária, apresentada pelo professor Karl-Joseph Partsch, da delegação da República Federal da Alemanha, que acataria a proposta do Terceiro Mundo, mas acrescentaria uma cláusula exigindo um acordo especial ou uma declaração unilateral sobre a disposição do movimento de libertação de cumprir o Protocolo. No entanto, essa proposta contou com objeção dos países que eram totalmente contrários à inclusão desses movimentos no Protocolo I e nem chegou a ser apresentada.²¹⁷ Essa questão seria posteriormente tratada nos dispositivos finais do Protocolo. Emenda apresentada por 35 delegações incluiu a possibilidade de que um movimento de libertação faça uma declaração com o compromisso de aplicar as Convenções e o Protocolo.²¹⁸ Com isso, garante-se que os dois lados comprometam-se com as mesmas regras. Segundo o artigo 96, parágrafo 3, do Protocolo I:

3. A autoridade que represente um povo engajado contra uma Alta Parte Contratante em um conflito armado do tipo mencionado no parágrafo 4 do Artigo 1 poderá comprometer-se a aplicar as Convenções e o presente Protocolo em relação com esse conflito por meio de uma declaração unilateral dirigida ao depositário. Essa declaração, quando tenha sido recebida pelo depositário, surtirá em relação com tal conflito os seguintes efeitos:

a) as Convenções e o presente Protocolo entrarão em vigor no que concerne a mencionada autoridade como Parte em conflito, com efeito imediato;

²¹⁴ BAXTER, *Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law*, p. 16.

²¹⁵ CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.5, p. 34. Ver, também, SALMON, *La Conference Diplomatique sur la Reaffirmation et le Developpement du Droit International Humanitaire et les Guerres de Liberation Nationale*, p. 42-43.

²¹⁶ ABI-SAAB, *Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols*, p. 383-384.

²¹⁷ *Ibid.* p. 386.

²¹⁸ *Ibid.* p. 405-407; CDDH Official Records, v. 3, CDDH/I/233, p. 353.

- b) a mencionada autoridade exercerá os mesmos direitos e assumirá as mesmas obrigações das Altas Partes Contratantes nas Convenções e no presente Protocolo; e
- c) as Convenções e o presente Protocolo obrigarão por igual a todas as Partes em conflito.

Outra crítica à inclusão desses conflitos no Protocolo I diz respeito a uma suposta diferença de intensidade entre conflitos internacionais e não internacionais. Segundo essa tese, conflitos internacionais envolvem uma escala maior de violência, o que justificaria a diferença de tratamento e a existência de regras mais restritivas. As guerras de libertação por outro lado, tenderiam a ser conflitos de baixa intensidade, mais assemelhados aos conflitos armados não internacionais.²¹⁹

O argumento de intensidade não corresponde à redação das Convenções, à prática internacional, ou à origem dessa distinção. A distinção básica entre essas duas categorias de conflito, segundo as Convenções de Genebra, são as partes envolvidas: desde que haja conflito entre Forças Armadas de dois Estados, está-se diante de um conflito internacional.²²⁰ Em muitos casos, esse conflitos podem ser de baixa intensidade, não perdendo, por isso, seu caráter de conflitos internacionais; no sentido contrário, há conflitos considerados não internacionais e que alcançam nível de intensidade significativamente mais alto. Por fim, ressalte-se que a origem dessa distinção não se encontra nesse argumento de intensidade, mas na doutrina Rousseau-Portalis, segundo a qual a guerra é uma relação entre Estados, e não entre indivíduos.²²¹ Do ponto de vista do convívio diplomático, a distinção explica-se, também, pela grande resistência dos Estados em aceitar restrições ao que consideram temas de domínio interno, como o poder de reprimir grupos rebeldes.

Houve, ainda, crítica no sentido de que a redação proposta pelo Terceiro Mundo dizia respeito a preocupações específicas e conjunturais, relacionadas à descolonização, ao *apartheid* e à ocupação de territórios palestinos. A esse argumento, Abi-Saab contesta que isso é válido para todo o Direito Internacional. Mesmo no caso do Direito Humanitário, também as Convenções de Genebra teriam sido escritas tendo em vista casos específicos.²²²

Por fim, pode-se mencionar uma crítica não substantiva, mas procedimental, quanto à adoção do artigo 1º. Dado que o tema foi considerado altamente divisivo e contou

²¹⁹ FORSYTHE, The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law: Some Observations, p. 80.

²²⁰ Na mesma linha, ver, ABI-SAAB, Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols, p. 413.

²²¹ Ver, por exemplo, MEURANT, Inter Arma Caritas: Evolution and Nature of International Humanitarian Law, p. 239.

²²² CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.5, p. 33. Ver, também, ABI-SAAB, Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols, p. 381-382.

com oposição de quantidade não negligenciável de países (inclusive grandes potências), criticou-se o fato de que o Direito Internacional fosse alterado por maioria, ainda que qualificada:

Lorsqu'il s'agit de créer des règles du droit international ou de formuler ce qui est censé être le droit, ce n'est pas le vote de la majorité, fût-elle des deux tiers, qui l'emporte. Il va également de soi qu'une règle de droit coutumier général ne peut naître contre l'opposition d'une minorité d'Etats, importante par son volume humain, sa répartition géographique et son rôle politique. Ajoutons qu'il est singulièrement illusoire de vouloir établir des règles nouvelles du droit de la guerre par le vote d'une majorité qui ne réunit, en fait, que les voix d'un camp.²²³

Assim, o Terceiro Mundo estaria colocando em risco a coerência do Direito Internacional ao tentar alterar um dos pilares do Direito Humanitário sem o consenso mais amplo da comunidade internacional.²²⁴ Esse tipo de argumento ignora o fato de que as próprias Convenções de Genebra e os documentos anteriores do Direito dos Conflitos Armados já haviam sido elaborados por grupo específico de Estados: os Estados ocidentais, principalmente europeus. Como constata Meyrowitz, com exceção da Noruega e dos países socialistas, nenhum dos países que participaram ativamente da elaboração das Convenções da Haia de 1907 votou a favor da inclusão do que se tornou o parágrafo 4 do artigo 1º.²²⁵

Diante da falta de consenso quanto à abrangência do novo Protocolo, manter as regras tal como estavam significaria simplesmente privilegiar as normas elaboradas anteriormente por esse grupo de Estados. Significaria, em essência, prestigiar apenas o modelo de guerrear dos Estados europeus. Como afirma Jean Salmon:

l'attitude qui consiste à repousser l'élargissement des conflits internationaux apparaît comme mue en réalité par des motifs *purement politiques* privilégiant la guerre des puissances industrielles contre celles des résistants ou des peuples sous-développés.²²⁶

Como conclusão parcial quanto a esse ponto, pode-se dizer que o Terceiro Mundo introduziu, sim, elemento relacionado à motivação e às causas do conflito dentro do *jus in bello*. Isso não foi feito, no entanto, por ignorância conceitual ou pelo desejo de ressuscitar a

²²³ MEYROWITZ, Les Guerres de Libération et les Conventions de Genève, p. 622.

²²⁴ Já à época, o artigo 1º foi considerado um dos motivos que colocaria em risco a ratificação do Protocolo I por grandes Potências, como os Estados Unidos. Ver GRAHAM, The 1974 Diplomatic Conference On the Law Of War: A Victory for Political Causes and a Return To the "Just War" Concept of the Eleventh Century, p. 62; BAXTER, Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law, p. 17.

²²⁵ MEYROWITZ, op. cit., p. 618.

²²⁶ SALMON, La Conférence Diplomatique sur la Reaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire et les Guerres de Libération Nationale, p. 43.

teoria da guerra justa.²²⁷ Isso foi feito, em realidade, com o objetivo de conferir maior proteção aos chamados *freedom fighters*, ou seja, aos integrantes dos movimentos de libertação. Volta-se ao tema em seguida, após a análise dos demais aspectos da Conferência.

3.4 PRISIONEIRO DE GUERRA

Outro artigo que esteve entre os mais debatidos na Conferência diz respeito à definição de combatentes e prisioneiros de guerra. A discussão sobre o que se denominava então “nova categoria de prisioneiros de guerra” foi objeto de mais de 50 manifestações no Comitê III e 25 reuniões de um grupo de trabalho dedicado exclusivamente ao tema.²²⁸ A discussão deu-se em torno, principalmente, sobre o tratamento a ser concedido às pessoas e grupos que participam das hostilidades sem pertencer às Forças Armadas de um Estado.

A questão da guerra de guerrilha não era nova no Direito dos Conflitos Armados.²²⁹ Desde a Conferência de Bruxelas, em 1874, países menores já pleiteavam o reconhecimento desse tipo de tática.²³⁰ Com efeito, a assimetria de forças torna a guerra regular uma estratégia desigual entre as partes. O artigo 1º do Regulamento da Haia de 1907 consagrou a aplicabilidade do Direito dos Conflitos Armados às milícias e corpos de voluntários que cumprissem quatro requisitos: a) terem à sua frente uma pessoa responsável pelos seus subordinados; b) terem um sinal distintivo fixo que se reconheça à distância; c) usarem armas à vista; e d) respeitarem, nas suas operações, as leis e usos de guerra.

Como visto acima,²³¹ os mesmos requisitos foram reproduzidos no artigo 4º da Terceira Convenção de Genebra de 1949, que, no entanto, acrescentou outras possibilidades

²²⁷ Algumas delegações, embora minoritárias, chegaram a defender, explicitamente, o conceito de guerra justa. Ver, por exemplo, a manifestação da delegação da China: “Moreover, a distinction between just and unjust wars should be made in the new Protocols.” CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.12, p. 120.

²²⁸ CDDH Official Records, v. 15, CDDH/III/SR.54, p. 152.

²²⁹ HACKER, Donald E., *The Application of Prisoner-Of-War Status to Guerrillas Under the First Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949*, **Boston College International and Comparative Law Review**, v. 2, n. 1, p. 131–162, 1978, p. 133-137; ALEXANDER, *International Humanitarian Law, Postcolonialism and the 1977 Geneva Protocol I*, p. 21.

²³⁰ KALSHOVEN, Frits, *Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Diplomatic Conference, Geneva, 1974–1977 – Part I: Combatants and Civilians*, **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 8, p. 107–135, 1977, p. 120; GASSER, *A Brief Analysis of the 1977 Geneva Protocols*, p. 527; ABI-SAAB, *Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols*, p. 418.

²³¹ Ver seção 2.4.2.

de guerra não convencional, em reconhecimento ao papel das resistências às forças do Eixo durante a Segunda Guerra Mundial.²³²

O tema dos grupos armados voltou à pauta na década de 1970, em razão dos movimentos de libertação nacional, que não representavam um Estado e que recorriam, no mais das vezes, a táticas de guerrilha. Já em 1973, os países em desenvolvimento fizeram aprovar, na Assembleia Geral da ONU, a Resolução 3103, que trazia o pleito de que aqueles que lutam em defesa da autodeterminação deveriam receber o *status* de prisioneiros de guerra:

The combatants struggling against colonial and alien domination and racist régimes captured as prisoners are to be accorded the status of prisoners of war and their treatment should be in accordance with the provisions of the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, of 12 August 1949.²³³

O anteprojeto do Comitê Internacional da Cruz Vermelha debatido na segunda sessão da Conferência de Especialistas Governamentais, em 1972, continha a seguinte previsão:

Article 38 – Guerrilla fighters

1. In the event of their capture, members of militias or volunteer corps, including those of organized resistance or independence movements not belonging to the regular armed forces but belonging to a Party to the conflict, even in the case of a government or of an authority not recognized by the Detaining Power, shall be treated as prisoners of war within the meaning of the Third Convention, provided that such militias, volunteer corps or organized resistance or independence movements fulfil the following conditions:

(a) that in their operations they comply with the requirements of the principles of the law of armed conflicts and of the rules laid down in the present Protocol;

(b) that in their operations they show their combatant status by openly displaying their weapons or that they distinguish themselves from the civilian population either by wearing a distinctive sign or by any other means;

(c) that they are organized and under the order of a commander responsible for his subordinates.

2. Individual infringements of the foregoing conditions shall not entail forfeiture of prisoner-of-war treatment for the other members of the organization who have observed those conditions.

²³² GLAHN, **The Occupation of Enemy Territory: A commentary on the law and practice of belligerent occupation**, p. 54; LUBRANO-LAVADERA, **Les Lois de la Guerre et de l'Occupation Militaire**, p. 18; SALMON, Jean J. A., La Conférence Diplomatique sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire et les Guerres de Libération Nationale: Deuxieme Partie, **Revue Belge de Droit International**, v. 13, n. 1/2, p. 353–378, 1977; MÉGRET, Grandeur et Déclin de L'idée de Résistance à l'Occupation: Réflexions à Propos de la Légitimité des "Insurgés", p. 388.

²³³ ONU. UN Doc. A/RES/3103 (XXVIII). Basic Principles of the Legal Status of the Combatants Struggling Against Colonial and Alien Domination and Racist Régimes. 12 dez. 1973.

3. Combatants not fulfilling the foregoing conditions shall, in the event of their capture, be afforded guarantees not less favourable than those laid down in Article 3 common to the Conventions.²³⁴

Nas discussões entre os especialistas, as condições previstas no artigo foram criticadas por todos os lados – alguns defendendo a necessidade de maior flexibilidade e, outros, condições mais estritas.²³⁵ A alínea *b* do referido artigo mostrou-se especialmente controversa, ao relativizar o requisito da distinção entre combatentes e civis. Diferentemente das Convenções de Genebra, essa alínea impunha exigências alternativas (“carregar armas abertamente ou distinguir-se da população civil”) e não cumulativas. Ademais, trazia cláusula aberta sobre a escolha da forma de distinção (“ou por qualquer outro meio”).²³⁶

A partir das discussões entre os especialistas, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha alterou seu projeto. Segundo o representante do Comitê, essas modificações ocorreram principalmente em razão da posição demandante de delegados de países em desenvolvimento na Conferência de 1972.²³⁷ O texto preparado pelo CICV e debatido durante a Conferência Diplomática previa o seguinte:

1. In addition to the persons mentioned in Article 4 of the Third Convention, members of organized resistance movements who have fallen into the hands of the enemy are prisoners of war provided such movements belong to a Party to the conflict, even if that Party is represented by a government or an authority not recognized by the Detaining Power, and provided that such movements fulfil the following conditions:

- (a) that they are under a command responsible to a Party to the conflict for its subordinates;
- (b) that they distinguish themselves from the civilian population in military operations;
- (c) that they conduct their military operations in accordance with the Conventions and the present Protocol.

2. Non-fulfilment of the aforementioned conditions by individual members of the resistance movement shall not deprive other members of the movement of the status of prisoners of war. Members of a resistance movement who violate the Conventions and the present Protocol shall, if prosecuted, enjoy the judicial guarantees provided by the Third Convention and, even if sentenced, retain the status of prisoners of war.

²³⁴ CICV. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Segunda Sessão. Genebra, 3 mai. – 3 jun. 1972. Report on the work of the Conference, 1972, v. 1, p. 133.

²³⁵ Um delegado holandês estima que a maioria dos especialistas tenha defendido a maior flexibilidade dos requisitos. KALSHOVEN, Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Conference of Government Experts (Second Session), 3 May – 2 June 1972, p. 32.

²³⁶ Ver LEVIE, Howard S., Prisoners of War Under the 1977 Protocol I, *Akron Law Review*, v. 23, n. 1, p. 55–72, 1989, p. 57.

²³⁷ CDDH Official Records, v. 14, CDDH/III/SR.35, p. 364.

O artigo, portanto, era circunscrito a movimentos de resistência organizados e exigia o cumprimento de quatro requisitos cumulativos: a) pertencer a uma das Partes em conflito, ainda que não reconhecida pela outra Parte; b) ter um comando responsável; c) distinguir-se da população civil durante as operações militares; e d) respeitar o direito humanitário. Segundo Abi-Saab, mais do que inovar, a proposta formalizava a opinião prevalecente de que os requisitos já existentes para grupos armados, previstos no artigo 4 da Terceira Convenção de Genebra de 1949, deveriam ser interpretados de forma elástica.²³⁸

O texto do Comitê Internacional da Cruz Vermelha veio, ainda, acompanhado da seguinte nota a propósito dos movimentos de libertação:

If, as many Governments wished, the Diplomatic Conference should decide to mention in the present Protocol members of movements of armed struggle for self-determination, a solution would be to include in this article a third paragraph worded as follows:

3. In cases of armed struggle where peoples exercise their right to self-determination as guaranteed by the United Nations Charter and the “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations,” members of organized liberation movements who comply with the aforementioned conditions shall be treated as prisoners of war for as long as they are detained.

O efeito desse possível parágrafo 3 seria apenas criar uma categoria de “membros de movimentos de luta armada pela determinação,” que teria tratamento idêntico ao dos membros de resistência organizada, caso cumprissem os mesmos requisitos. Com a aprovação do artigo 1º do Protocolo I e a classificação das lutas de libertação como conflitos internacionais, no entanto, já ficava claro que esses movimentos estariam abrangidos pelos parágrafos 1º e 2º, de forma que o possível parágrafo 3º tornou-se superado.²³⁹

Durante os debates da Conferência, o projeto da Cruz Vermelha foi criticado tanto pelo bloco ocidental quanto pelo Terceiro Mundo.

As emendas propostas por países desenvolvidos, em geral, buscavam tornar mais restritas as condições para o reconhecimento do *status* de prisioneiro de guerra. A emenda proposta pela Noruega, por exemplo, estabelecia um patamar de intensidade dos conflitos, ao limitar sua aplicabilidade a situações em que “hostilities have reached such a level as to make application of the Protocol a humanitarian necessity”.²⁴⁰ A Espanha, por sua vez, buscou detalhar o requisito da distinção, especificando que esses combatentes deveriam utilizar

²³⁸ ABI-SAAB, *Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols*, p. 423.

²³⁹ SALMON, *La Conférence Diplomatique sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire et les Guerres de Libération Nationale: Deuxieme Partie*, p. 359.

²⁴⁰ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/III/82, p. 180.

“fixed, permanent and clearly visible emblems.”²⁴¹ O Reino Unido e os Estados Unidos adotaram uma posição intermediária, mas propuseram que aqueles que não cumprissem esses requisitos não deveriam ter direito ao tratamento de prisioneiro de guerra.²⁴²

O Terceiro Mundo, por outro lado, criticou o caráter discriminatório da proposta do CICV, uma vez que o artigo impunha condições adicionais para que membros desses movimentos fossem considerados prisioneiros de guerra – requisitos que não eram exigidos das forças estatais. As emendas apresentadas por países do Terceiro Mundo foram largamente influenciadas pela experiência dos movimentos de libertação nacional e pelo desejo de garantir maior proteção a esses grupos. A delegação de Gana, por exemplo, propôs que os requisitos somente deveriam ser aplicados “so far as is practicable.”²⁴³ A emenda de Madagascar e da Organização do Povo do Sudoeste da África (SWAPO) buscava diminuir os requisitos exigidos, limitando-os apenas à submissão a um comando responsável e à condução das operações em conformidade com as Convenções e o Protocolo.²⁴⁴ Sob essa proposta, portanto, não figurava a exigência de distinção em relação à população civil.

Após muita discussão, decidiu-se criar um grupo de trabalho específico para debater o tema. As reuniões do grupo, no entanto, não resultaram em texto consensual. Ainda assim, foi circulada proposta de artigo, de responsabilidade do presidente do grupo, e resultado de tentativa de compromisso capitaneada pela Noruega, pelos Estados Unidos, pela República Federal da Alemanha e pela República Democrática do Vietnã.²⁴⁵ Essa proposta foi a base do artigo finalmente adotado no Comitê III, por 66 votos favoráveis, 2 votos contrários e 18 abstenções.²⁴⁶ O Plenário aprovou o texto elaborado pelo Comitê sem grandes modificações, por 73 votos a favor, 1 voto contra e 21 abstenções.²⁴⁷ Assim como no caso do artigo 1º, Cassese argumenta que o artigo incorporou norma costumeira.²⁴⁸

²⁴¹ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/III/209, p. 182.

²⁴² CDDH Official Records, v. 3, CDDH/III/257, p. 184.

²⁴³ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/III/28, p. 178.

²⁴⁴ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/III/71 e Add.1, p. 179.

²⁴⁵ SALMON, *La Conférence Diplomatique sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire et les Guerres de Libération Nationale: Deuxieme Partie*, p. 369; KALSHOVEN, *Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Diplomatic Conference, Geneva, 1974–1977 – Part I: Combatants and Civilians*, p. 123.

²⁴⁶ CDDH Official Records, v. 15, CDDH/III/SR.55, p. 156.

²⁴⁷ CDDH Official Records, v. 6, CDDH/SR.40, p. 121.

²⁴⁸ CASSESE, *The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law*, p. 73.

Ainda que o resultado final da votação possa aparentar certo nível de consenso, o histórico de discussão mostra claramente o dissenso na Conferência e o protagonismo do Terceiro Mundo.²⁴⁹ A redação final do artigo 44 determina:

1. Todo combatente, tal como está definido no Artigo 43, que caia em poder de uma Parte adversa será prisioneiro de guerra.
2. Conquanto todos os combatentes sejam obrigados a observar as normas de Direito Internacional aplicáveis aos conflitos armados, a violação de tais normas não privará um combatente de seu direito de ser considerado como tal ou, se cai em poder de uma Parte adversa, de seu direito de ser considerado prisioneiro de guerra, exceto como disposto nos parágrafos 3 e 4.
3. Com o propósito de promover a proteção da população civil contra os efeitos das hostilidades, os combatentes são obrigados a distinguir-se da população civil no curso de um ataque ou de uma operação militar preparatória de um ataque. Contudo, reconhecendo-se que nos conflitos armados existem situações nas quais, devido à índole das hostilidades, um combatente armado não pode distinguir-se da população civil, este combatente conservará sua condição como tal, sempre que, nessas circunstâncias, porte suas armas abertamente:
 - a) durante cada engajamento militar, e
 - b) durante o tempo em que seja visível para o inimigo enquanto esta tomando parte em um deslocamento militar que antecede ao lançamento de um ataque do qual irá participar.Não se considerarão como atos perfídios, no sentido da alínea c) do parágrafo 1 do Artigo 37 os atos que reúnem as condições enunciadas no presente parágrafo.
4. O combatente que caia em poder de uma Parte adversa e não reúna as condições enunciadas na segunda sentença do parágrafo 3 perderá o direito de ser considerado como prisioneiro de guerra, porém, não obstante, receberá proteção equivalente, em todos os sentidos, a outorgada aos prisioneiros de guerra pela Terceira Convenção e pelo presente Protocolo. Essa proteção inclui as proteções equivalentes as outorgadas aos prisioneiros de guerra pela Terceira Convenção no caso em que tal pessoa seja julgada e punida por qualquer infração que tenha cometido.
5. O combatente que cai em poder de uma Parte adversa enquanto não participa de um ataque nem de uma operação militar preparatória de um ataque, não perderá, em consequência de suas atividades anteriores, o direito de ser considerado como combatente e prisioneiro de guerra.
6. O presente Artigo não privará uma pessoa do direito de ser considerada como prisioneiro de guerra conforme o Artigo 4 da Terceira Convenção.
7. O propósito do presente Artigo não é modificar a prática geralmente aceita pelos Estados no que diz respeito ao uso de uniformes dos combatentes pertencentes às unidades armadas regulares e uniformizadas de uma Parte em conflito.
8. Além das categorias de pessoas mencionadas no Artigo 13 da Primeira e Segunda Convenções, todos os membros das Forças Armadas de uma Parte em conflito como definido no Artigo 43 deste Protocolo terão direito à

²⁴⁹ Exceção feita aos países latino-americanos, muitos dos quais se abstiveram. Essa posição pode ser atribuída, em parte, aos regimes autoritários então existentes na região, muitos dos quais enfrentavam movimentos guerrilheiros em seus territórios.

proteção concedida em virtude dessas Convenções se estão feridos ou enfermos ou, no caso da Segunda Convenção, se são náufragos no mar ou em outras águas.

A referência ao artigo 43 diz respeito à definição ampla de Forças Armadas:

As Forças Armadas de uma Parte em conflito compõem-se de todas as forças, grupos e unidades armados e organizados, colocados sob um comando responsável pela conduta de seus subordinados perante essa Parte, mesmo quando esta está representada por um governo ou por uma autoridade não reconhecidos por uma Parte adversa. Tais Forças Armadas deverão estar submetidas a um regime de disciplina interna que as faça cumprir, inter alia, as normas de Direito Internacional aplicáveis aos conflitos armados.

Segundo o artigo 43, portanto, qualquer grupo armado sob comando responsável e pertencente a uma Parte pode ser qualificado como Força Armada/combatente, incluindo os movimentos que representam autoridade não reconhecida pela outra Parte. Segundo o artigo 44, todos os combatentes pertencentes a esses grupos devem receber o *status* de prisioneiro de guerra. Com isso, fica superada a discriminação prevista até então, de que os grupos não estatais deveriam cumprir requisitos adicionais para que pudessem ser considerados combatentes ou prisioneiros de guerra.

Segundo o parágrafo 2 do artigo 44, o descumprimento de normas do Direito Internacional Humanitário não priva esses combatentes de seu *status* de prisioneiros de guerra. Essa previsão busca evitar uma guerra de versões entre as Partes no conflito sobre o cumprimento do direito pela outra Parte, o que teria como consequência a denegação do tratamento de prisioneiros de guerra de lado a lado.²⁵⁰ Ao contrário de diminuir a proteção conferida pelo Direito Humanitário, portanto, esse parágrafo aumenta seu manto protetivo, pois os países ou grupos que capturassem combatentes inimigos não mais poderiam negar-lhes o *status* de prisioneiro de guerra sob esse tipo de alegação.²⁵¹

O parágrafo 3 do artigo 44 acrescenta o dever de distinguir-se da população civil. Esse requisito, no entanto, aparece de forma extremamente mitigada. Exige-se que o combatente se distinga apenas no curso de um ataque ou operação preparatória. Ademais, diferentemente das Convenções de Genebra, que exigiam o uso de sinal distintivo fixo e porte aberto de armas, o parágrafo não especifica a forma dessa distinção. O parágrafo 3 ainda dá mais um passo adiante e reconhece, de forma realista, “situações nas quais, devido à índole das hostilidades, um combatente armado não pode distinguir-se da população civil”. Prevê,

²⁵⁰ ERICKSON, Richard John, Protocol I: A Merging of the Hague and Geneva Law of Armed Conflict, *Virginia Journal of International Law*, v. 19, n. 3, p. 557–592, 1979, p. 580.

²⁵¹ LEVIE, Prisoners of War Under the 1977 Protocol I, p. 60.

para esses casos, que o combatente deve apenas portar armas abertamente a) enquanto estiver engajado em atividades militares; e b) enquanto estiver visível ao adversário em uma ação que precede um ataque. Mesmo que o combatente desrespeite essas exigências mínimas, no entanto, o parágrafo 4 ainda prevê que ele não terá o *status* de prisioneiro de guerra, mas deverá receber tratamento equivalente, o que significa, em síntese, que receberá proteções judiciais caso venha a ser julgado pelos crimes cometidos.²⁵²

Embora o artigo não descreva precisamente quais as situações em que há esse relaxamento do requisito da distinção, o relatório do Comitê III menciona “particularly in wars of national liberation and in occupied territories.”²⁵³ Quando lido em combinação com o artigo 1, isso significa que em situações em que o povo luta pela autodeterminação, não só o conflito é internacional, mas os movimentos de libertação devem receber o tratamento de combatente/prisioneiro de guerra mesmo que não cumpram todas as condições definidas nas Convenções de Genebra, em especial, a obrigação de distinguir-se da população civil a todo tempo.

A flexibilização do requisito da distinção, inscrita nos parágrafos 3 e 4, foi a maior inovação no tocante aos prisioneiros de guerra. Esse foi, aliás, um dos principais motivos da não ratificação do Protocolo I pelos Estados Unidos. Em memorando que embasa mensagem ao Congresso americano sobre a não ratificação do Protocolo I, o Departamento de Estado afirma:

Article 44(3), in a single sub-ordinate clause, sweeps away years of law by ‘recognizing’ that an armed irregular ‘cannot’ always distinguish himself from non-combatants; it would grant combatant status to such an irregular anyway. As the essence of terrorist criminality is the obliteration of the distinction between combatants and non-combatants, it would be hard to square ratification of this Protocol with the United States’ announced policy of combatting terrorism.²⁵⁴

A mais comum das críticas a essa relativização da distinção é a de que ela aumentaria o risco à população civil. Com a possibilidade de que o combatente se confunda com a população civil, aumentariam as situações em que as forças inimigas ficariam em dúvida sobre quem é civil e quem é combatente. No limite, haveria a possibilidade de se atingir maior número de civis, pensando tratarem-se de combatentes.²⁵⁵

²⁵² Ibid. p. 65.

²⁵³ CDDH Official Records, v. 15, CDDH/236/Rev.1, p. 402.

²⁵⁴ EUA. Message from the President of the United States, US Government Printing Office, 100th Congress, 1st Session, Treaty doc. 100-2, Washington, 1987. Disponível em: <<https://casebook.icrc.org/case-study/united-states-president-rejects-protocol-i>>. Acesso em: 27 set. 2017.

²⁵⁵ LEVIE, Prisoners of War Under the 1977 Protocol I, p. 64.

A defesa enfática do Terceiro Mundo sobre o *status* de prisioneiros de guerra aos movimentos de libertação nacional era a consequência lógica de sua posição quanto às guerras realizadas no exercício do direito à autodeterminação. Com efeito, sem a extensão do *status* de prisioneiro de guerra, pouco restaria da vitória obtida no artigo 1º com a classificação das lutas de libertação como conflitos internacionais:

The campaign to assure the application of the international law of war to wars of national liberation is thus both an end in itself, designed to enhance the international standing of national liberation movements, and a means of achieving the status of prisoners of war for captured “freedom fighters” not now covered by article 4 of the Geneva Prisoners of War Convention.²⁵⁶

Ao mesmo tempo, era patente que o modelo de combate travado por soldados uniformizados dificilmente se aplicaria às guerras de libertação nacional, em que há grande desigualdade entre os dois lados. Nesse contexto, exigir da parte mais fraca que se distinga visivelmente a todos os momentos inviabilizaria essa luta.²⁵⁷ Os próprios movimentos de libertação presentes à Conferência expressaram a inadequação do critério para sua situação. Alegaram, nessa linha, que os guerrilheiros vinham do povo e dependiam do povo para se sustentar. Afirmaram, ainda, que não tinham condições materiais para a aquisição de uniformes. A delegação da União Nacional Africana do Zimbábue (ZANU), por exemplo, afirmou:

Paragraph 1 (b) of article 42 of draft Protocol I submitted by the ICRC, under which members of resistance movements must ‘distinguish themselves from the civilian population in military operations’, was totally unrealistic and revealed a failure to understand the positive nature of wars of national liberation. [...] Guerrilla fighters were the vanguard of the people: they could not be distinguished from the latter, on which they depended constantly especially for food. [...] Popular freedom fighters were poorly armed and equipped – they could not afford the luxury of uniforms and emblems.²⁵⁸

Nesse ponto, há que se ressaltar um argumento de fato. As guerras de libertação já eram, na prática, travadas com táticas de guerrilha, independentemente das regras anteriormente existentes que impunham requisitos restritos para o reconhecimento de movimentos de resistência.²⁵⁹ Diante da enorme disparidade de forças, não cabia àqueles que buscavam a autodeterminação outra alternativa que não o emprego dessas táticas. Essa

²⁵⁶ BAXTER, Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law, p. 15.

²⁵⁷ SALMON, La Conférence Diplomatique sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire et les Guerres de Libération Nationale: Deuxième Partie, p. 357-358.

²⁵⁸ CDDH Official Records, v. 14, CDDH/III/SR.36, p. 384.

²⁵⁹ Alexander ressalta como, durante a Conferência Diplomática, omitiram-se as regras anteriormente existentes, como se o Direito dos Conflitos Armados fosse uma *tabula rasa* no que se refere às guerrilhas. ALEXANDER, International Humanitarian Law, Postcolonialism and the 1977 Geneva Protocol I, p. 21-27.

realidade existia e existiria independentemente do direito aplicável. O que estava em jogo não era a possibilidade de alterar o comportamento dos movimentos de libertação em um elemento tão essencial para a viabilidade de sua causa. O que estava em jogo, sim, era a possibilidade de estender aos membros desses movimentos, uma vez capturados, as proteções inerentes ao *status* de prisioneiros de guerra.²⁶⁰ Ademais, embora improvável, a possibilidade de serem tratados como prisioneiros de guerra poderia até mesmo aumentar o incentivo para que esses grupos respeitassem as demais normas do Direito Internacional Humanitário.²⁶¹

Conclui-se que o Terceiro Mundo agiu de forma pragmática em relação ao artigo 44. Não se ignorava que a flexibilização da exigência de distinção poderia, em tese, aumentar a exposição dos civis ao risco de serem atingidos. Mas sabia-se, também, que as guerrilhas seguiriam empregando essa tática. Portanto, em um só passo, estendeu-se a proteção a esses combatentes e transferiu-se o ônus às forças de repressão, que teriam maior dificuldade para identificar os inimigos no momento do ataque. Isso porque a falta de distinção entre combatentes e civis não justifica um ataque indiscriminado. Assim, mesmo que o combatente não esteja claramente identificável em relação à população civil, ainda assim a força que vai realizar o ataque deve buscar atingir apenas os combatentes.

Nesse aspecto, fica claro como o Direito Internacional Humanitário significa a distribuição de ganhos e benefícios. O novo artigo 44 mudou o balanço da proteção em favor dos guerrilheiros, mesmo que isso implique maior risco aos civis. O artigo legitima, de certa forma, táticas de guerrilha e dificulta a atuação das forças de repressão.

3.5 OCUPAÇÃO

A Conferência Diplomática registrou avanços importantes também no que diz respeito à regulação da chamada ocupação beligerante.²⁶² As discussões sobre o tema estiveram particularmente influenciadas pela ocupação israelense de territórios vizinhos após a Guerra dos Seis Dias, em 1967. Isso porque as normas tradicionais sobre a ocupação

²⁶⁰ SALMON, La Conférence Diplomatique sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire et les Guerres de Libération Nationale: Deuxieme Partie, p. 365.

²⁶¹ HACKER, The Application of Prisoner-Of-War Status to Guerrillas Under the First Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949, p. 162; ALDRICH, George H., New Life for the Laws of War, *The American Journal of International Law*, v. 75, n. 4, p. 764–783, 1981, p. 774.

²⁶² Segundo o artigo 42 do Regulamento da Haia de 1907, um território é considerado ocupado quando é colocado de fato sob a autoridade do exército inimigo.

beligerante foram elaboradas tendo em vista períodos curtos de ocupação. A ocupação israelense, no entanto, possui a peculiaridade de se prolongar no tempo.

Uma pauta importante do Terceiro Mundo foi a derrogação do artigo 6 da Quarta Convenção de Genebra de 1949, segundo o qual:

Em território ocupado, a aplicação da presente Convenção cessará um ano depois de terminadas todas as operações militares; contudo, a Potência ocupante ficará ligada, durante a ocupação - enquanto esta Potência exercer as funções de governo no território em questão -, pelas disposições dos seguintes artigos da presente Convenção: 1º a 12º, 27º, 29º a 34º, 47º, 49º, 51º, 52º, 53º, 59º, 61º a 77º e 143º.

Segundo esse dispositivo, algumas normas importantes, como o dever de garantir alimentos e medicamentos à população, deixariam de ser aplicados no caso de uma ocupação prolongada, aplicando-se apenas durante o período de um ano após a cessação das hostilidades.²⁶³

Durante a Conferência de Especialistas Governamentais, em 1972, a questão do início e fim da aplicação das Convenções foi discutida em um sub-grupo integrado por especialistas de Bulgária, Egito, França, Jordânia e Paquistão, além de um funcionário do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Como não houve consenso, o sub-grupo apresentou duas propostas. A primeira proposta apenas reafirmava os termos das Convenções de Genebra. A segunda sugeria modificações que ampliariam o âmbito de aplicação, incluindo um parágrafo prevendo que: “In the case of occupied territories, the application of the present Protocol and the Conventions shall cease on the termination of the occupation.” A maioria dos especialistas apoiou a segunda proposta.²⁶⁴

O projeto de Protocolo I apresentado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha em 1973 reproduzia o parágrafo citado, mas omitia a referência às Convenções de Genebra. Assim, essa aplicabilidade estendida estaria circunscrita às normas do Protocolo em si, e não às regras das Convenções.²⁶⁵ Na primeira sessão da Conferência, o CICV justificou essa omissão alegando que as Convenções já possuíam suas próprias cláusulas de aplicabilidade, não cabendo aos Protocolos alterá-las.²⁶⁶

²⁶³ Para uma interpretação diferente dessa cláusula, ver, BEN-NAFTALI, Orna; GROSS, Aeyal M.; MICHAELI, Karen, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, **Berkeley Journal of International Law**, v. 23, n. 3, p. 551–614, 2005, p. 595-597.

²⁶⁴ CICV. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Segunda Sessão. Genebra, 3 mai. – 3 jun. 1972. Report on the work of the Conference, 1972, v. 1, p. 178.

²⁶⁵ CICV. Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 – Commentary. Geneva, October 1973, 9.

²⁶⁶ CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.10, p. 73.

Nesse particular, cumpre assinalar a posição consistente dos países do Terceiro Mundo, ao longo da Conferência, para que as normas então negociadas fossem aplicáveis não apenas aos Protocolos, mas às Convenções em si. Essa posição reflete, evidentemente, o incômodo quanto ao fato de que, em 1949, a grande maioria desses países não participara das negociações das Convenções de Genebra.

A reinclusão da referência às Convenções, nesse parágrafo e em outro do mesmo artigo, foi proposta por uma emenda patrocinada por vinte delegações do Terceiro Mundo, principalmente países árabes.²⁶⁷ A mesma tese foi adotada, também, por emenda mais ampla apresentada pelos Estados Unidos.²⁶⁸ Alguns países desenvolvidos, como República Federal da Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Irlanda, Liechtenstein e Suíça, questionaram essa referência e defenderam a proposta original do CICV.²⁶⁹ O texto final do artigo 3 foi eventualmente adotado por consenso no Comitê I e no Plenário. Quanto à cláusula de aplicabilidade, o artigo prevê:

(b) A aplicação das Convenções e do presente Protocolo cessará no território das Partes em conflito, ao término geral das operações militares e, em caso de territórios ocupados, ao término de ocupação, exceto, em ambas circunstâncias, para as pessoas cuja liberação definitiva, repatriação ou restabelecimento tenha lugar posteriormente. Tais pessoas continuarão a se beneficiar das disposições pertinentes das Convenções e do presente Protocolo até sua liberação definitiva, repatriação ou restabelecimento.

Portanto, o Terceiro Mundo logrou não apenas estender a aplicação das normas do Protocolo sobre ocupação, mas derrogar a cláusula de um ano, prevista nas Convenções de Genebra. Na prática, isso se reflete em maior proteção à população de territórios ocupados. Segundo Roberts, a abrogação dessa cláusula teve como objetivo específico manter a aplicabilidade do direito da ocupação nos territórios ocupados por Israel.²⁷⁰

Outro aspecto interessante nas discussões quanto à ocupação foi o malogro do Terceiro Mundo em relação à Comissão Internacional de Investigação. Segundo o artigo 90 do Protocolo I, essa Comissão tem a função de:

²⁶⁷ Argélia, República Árabe do Egito, Iêmen Democrático, Iraque, Jordânia, Kuwait, Líbano, República Árabe da Líbia, Mauritânia, Mongólia, Marrocos, Paquistão, Catar, Arábia Saudita, Sudão, Sultanato de Omã, República Árabe da Síria, Tunísia, Emirados Árabes Unidos. CDDH Official Records, v. 3, CDDH/I/48, p. 16.

²⁶⁸ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/I/49, p. 16.

²⁶⁹ CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.10, p. 72-74.

²⁷⁰ ROBERTS, Adam, What Is a Military Occupation?, *The British Yearbook of International Law*, v. 55, n. 1, p. 249-305, 1985, p. 272.

- i) Investigar qualquer fato susceptível de constituir infração grave nos termos das Convenções e do presente Protocolo ou qualquer outra violação grave das Convenções ou do presente Protocolo;
- ii) Facilitar, assegurando os seus bons ofícios, o regresso à observância das disposições das Convenções e do presente Protocolo.

Nos termos do parágrafo 2, no entanto, a Comissão só tem competência para atuar em situações nas quais as duas Partes envolvidas (potência ocupante e governo do território ocupado) reconhecerem sua competência.

A Comissão foi proposta originalmente por emenda da Dinamarca, da Nova Zelândia, da Noruega e da Suécia. No projeto original desses países, a Comissão poderia agir a pedido de apenas uma das Partes, ou até mesmo de ofício.²⁷¹ A possibilidade de competência compulsória da Comissão foi recebida com resistência pela maioria das delegações no Comitê I, o que levou à adoção de texto que prevê, similarmente ao que ocorre na Corte Internacional de Justiça, a possibilidade de declaração voluntária de reconhecimento de competência compulsória ou, alternativamente, um reconhecimento da competência da Comissão em casos específicos. Nas duas hipóteses, o reconhecimento seria sempre voluntário.²⁷²

Já no Plenário, um grupo de 22 países (a maioria latino-americanos, africanos e árabes) propôs uma emenda ao texto aprovado no Comitê, para fortalecer a competência da Comissão em caso de territórios sob ocupação. A emenda previa que “in the case of an occupied territory, the request of the Party whose territory is occupied, shall suffice for the institution of the enquiry.”²⁷³ A proposta parecia ter um objetivo claro: permitir a investigação nos territórios ocupados por Israel.

Dado que o ocupante já se encontra em uma posição de dominância, pareceria lógico que sua concordância não deveria ser necessária para o trabalho da Comissão. De outro lado, como ocorre com a questão das Potências Protetoras, é difícil imaginar como a Comissão poderia atuar sem o aval do Estado que exerce autoridade sobre determinado território.

Ao final, a emenda recebeu 54 votos favoráveis, 28 contrários e 14 abstenções, mas não foi adotada por não ter alcançado a maioria de dois terços. O registro dessa votação mostra uma divisão quase perfeita entre o Terceiro Mundo, de um lado, e os blocos ocidental

²⁷¹ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/I/241, p. 338.

²⁷² CDDH Official Records, v. 9, CDDH/ I/SR.56-58, p. 189-236.

²⁷³ Argélia, Argentina, Chipre, Colômbia, Iêmen Democrático, Egito, Iraque, Jordânia, Líbano, Madagascar, México, Marrocos, Moçambique, Nigéria, Panamá, Peru, Catar, Arábia Saudita, Sudão, República Árabe da Síria, Emirados Árabes Unidos, Iugoslávia. CDDH Official Records, v. 3, CCDH/415, p. 343.

e socialista, de outro.²⁷⁴ O artigo adotado ao final da Conferência parece tão inócuo em sua capacidade de melhorar a situação de povos sob ocupação que a Comissão nem sequer é listada em manuais jurídicos como uma das instituições capazes de vigiar pela aplicação do direito da ocupação.²⁷⁵

Esses dois exemplos de atuação do Terceiro Mundo para influenciar as normas relativas ao direito da ocupação corroboram a necessidade de relativizar narrativas que apontam para a influência inexorável dos direitos humanos ou de ideais humanitários no Direito dos Conflitos Armados. Não se pode nunca perder de vista que os tratados internacionais são resultado de negociações entre Estados com interesses próprios. No caso específico, deliberações da Conferência ampliaram, sim, a proteção às vítimas de guerra no caso de ocupações, inclusive ocupações prolongadas. Mais do que ideais abstratos, no entanto, grande parte da motivação por trás desse movimento foi o objetivo de enfraquecer a posição relativa de Israel e questionar a ocupação de territórios árabes.

3.6 RESTRIÇÃO OU PROIBIÇÃO DO USO DE CERTAS ARMAS CONVENCIONAIS

Outro aspecto no qual houve notável protagonismo de alguns países em desenvolvimento – ainda que sem avanços significativos – foram as discussões relativas à proibição ou à restrição do uso de certas armas convencionais.

Na primeira sessão da Conferência, decidiu-se estabelecer um Comitê *ad hoc* sobre Armas Convencionais. O tema surgira inicialmente nas Conferências de Especialistas

²⁷⁴ CDDH Official Records, v. 6, CDDH/SR.45, p. 318:

A favor: Afeganistão, Argélia, Arábia Saudita, Argentina, Bangladesh, República Única do Cameroun, Chipre, Colômbia, Costa do Marfim, Cuba, Egito, Emirados Árabes Unidos, Equador, Gana, Grécia, Guatemala, Iraque, Irã, Jamahiriya Árabe Líbia Popular e Socialista, Jordânia, Kuwait, Líbano, Madagascar, Mali, Malta, Marrocos, Mauritânia, México, Moçambique, Nigéria, Sultanato de Omã, Uganda, Paquistão, Panamá, Peru, Filipinas, Catar, República Árabe da Síria, República da Coreia, República Popular Democrática da Coreia, República Unida da Tanzânia, Romênia, Senegal, Suazilândia, Sudão, Sri Lanka, Suíça, Tunísia, Uruguai, Venezuela, Iêmen, Iêmen Democrático, Iugoslávia, Zaire.

Contra: República Federal da Alemanha, Austrália, Bélgica, Bulgária, Canadá, Chile, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos da América, Finlândia, França, Hungria, Irlanda, Israel, Itália, Luxemburgo, Mônaco, Mongólia, Países Baixos, Polónia, Portugal, República Democrática da Alemanha, República Socialista Soviética da Bielorrússia, República Socialista Soviética da Ucrânia, Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte, Tchecoslováquia, Turquia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Abstencões: Áustria, Brasil, Índia, Indonésia, Japão, Quênia, Liechtenstein, Nicarágua, Noruega, Nova Zelândia, República Socialista do Vietnã, Santa Sé, Suécia, Tailândia.

²⁷⁵ BENVENISTI, Eyal, **The International Law of Occupation**, Princeton: Princeton University Press, 1993, p. 191-208.

Governamentais, em 1971 e 1972, por proposta da Suécia e de outros 18 países.²⁷⁶ Em 1973, a apreciação do tema pela Conferência Diplomática foi sugerida pela Resolução XIV da Conferência Internacional da Cruz Vermelha e pela Resolução 3076 da Assembleia Geral da ONU.²⁷⁷ Apesar disso, países do bloco socialista²⁷⁸ defenderam que o foro não era adequado e que o tema deveria ser tratado na Conferência sobre o Desarmamento das Nações Unidas.²⁷⁹ A criação do Comitê *ad hoc* foi aprovada por 68 votos favoráveis e nenhum voto contrário, com 10 abstenções.²⁸⁰

Diferentemente dos outros comitês principais, o Comitê *ad hoc* não tinha como objetivo fazer propostas relativas aos dois Protocolos Adicionais. Nas duas primeiras sessões, o Comitê teve poucos documentos de base com os quais trabalhar. Nesse período, suas atividades estiveram limitadas ao intercâmbio de opiniões sobre algumas armas convencionais consideradas especialmente cruéis ou causadoras de sofrimento desnecessário. Com a realização de duas Conferências de Especialistas Governamentais sobre o Uso de Certas Armas Convencionais, em 1974 e 1976, e a apresentação de propostas concretas por alguns países, as duas últimas sessões tiveram discussões mais substantivas. Ainda assim, o Comitê produziu poucos resultados, tendo registrado apenas certo consenso sobre armas que produzem fragmentos não detectáveis em exames de raio x, áreas de acordo e desacordo sobre a utilização de minas terrestres e divergências sobre o uso de armas incendiárias.²⁸¹

Por não envolver a adoção imediata de nenhum tratado ou outro documento vinculante, o Comitê *ad hoc* teve nível significativamente menor de participação. Alguns Estados registraram, inclusive, sua dificuldade em acompanhar os trabalhos do Comitê, em

²⁷⁶ BAXTER, Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law, p. 23.

²⁷⁷ ONU. UN Doc.A/RES/3076 (XXVIII). Napalm and other incendiary weapons and all aspects of their possible use, 6 dez. 1973: “Invites the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts to consider – without prejudice to its examination of the draft protocols submitted to it by the International Committee of the Red Cross – the question of the use of napalm and other incendiary weapons, as well as other specific conventional weapons which may be deemed to cause unnecessary suffering or to have indiscriminate effects, and to seek agreement on rules prohibiting or restricting the use of such weapons.”

²⁷⁸ Mais especificamente Ucrânia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, República Socialista Soviética da Bielorrússia, República Democrática da Alemanha e Tchecoslováquia.

²⁷⁹ Sobre as diferentes posições quanto ao tema, ver, CASSESE, Antonio, Means of Warfare: The Present and the Emerging Law, *Revue Belge de Droit International*, v. 12, n. 1, p. 143–165, 1976, p. 160-164.

²⁸⁰ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.9, p. 82-90.

²⁸¹ As discussões então iniciadas levariam, posteriormente, à adoção da Convenção sobre Certas Armas Convencionais, concluída em Genebra, em 1980.

razão da dimensão reduzida de suas delegações.²⁸² Entre os países do Terceiro Mundo, destaca-se participação mais proativa do México.

A questão da proibição ou restrição do uso de certas armas convencionais, no entanto, não ficou restrita ao Comitê *ad hoc*. O projeto de Protocolo I apresentado pelo CICV já possuía dois artigos tratando do tema, que se tornaram os artigos 35 e 36 da versão final. Esses dispositivos proíbem o emprego de armas ou métodos de combate que causem danos supérfluos ou sofrimento desnecessário. Exigem, ainda, que os Estados considerem esse aspecto no momento do desenvolvimento ou da aquisição de novas armas. A adoção dos referidos artigos, no entanto, não foi objeto de grandes divergências no Comitê III ou no Plenário.

A situação foi diferente quanto a outros dispositivos relativos à limitação ao uso de armamentos.

Um deles foi a possível inclusão do emprego de algumas armas convencionais no rol de “graves violações” das Convenções de Genebra e dos Protocolos. Proposta nesse sentido foi inicialmente apresentada oralmente pela delegação das Filipinas no Comitê I, durante a terceira sessão da Conferência. Nessa ocasião, a proposta filipina recebeu declarações de apoio de Paquistão, Indonésia, Iugoslávia, Santa Sé, México e Romênia, mas oposição de países europeus (Holanda, Bélgica, Espanha, Reino Unido, França, Alemanha e Áustria), dos Estados Unidos, da União Soviética, da Índia e do Irã.²⁸³ Na sessão seguinte, quando o tema voltou a ser discutido, houve grande pressão para que as Filipinas retirassem a proposta, principalmente por parte da delegação estadunidense, que afirmou que sua adoção tornaria o Protocolo inaceitável para seu país. Por esse motivo, as Filipinas retiraram a emenda da apreciação do Comitê,²⁸⁴ voltando a apresentá-la no Plenário. De acordo com a emenda filipina, passaria a ser considerada uma grave violação a seguinte conduta:

The use of weapons prohibited by International Conventions, namely: bullets which expand or flatten easily in the human body; asphyxiating, poisonous or other gases, and all analogous liquids, materials or devices; and of bacteriological method of warfare.²⁸⁵

²⁸² Ver, por exemplo, declaração da Nigéria. CDDH Official Records, v. 16, CDDH/IV/SR.18, p. 182.

²⁸³ CDDH Official Records, v. 9, CDDH/I/SR.60, p. 258-265.

²⁸⁴ CDDH Official Records, v. 9, CDDH/I/SR.78, p. 513-518.

²⁸⁵ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/418, p. 322.

No Plenário, a proposta recebeu 41 votos favoráveis, 25 votos contrários e 25 abstenções. Assim, não obteve a maioria de dois terços e não foi incluída no que se tornou o artigo 85 do Protocolo I.²⁸⁶

A votação dessa emenda evidencia uma clara divisão na Conferência. Dos 41 votos favoráveis, 39 são de países do Terceiro Mundo, ao passo que, entre os votos contrários, a grande maioria é de países da OTAN ou do bloco soviético. Não obstante, não se pode dizer que houve uma atuação coesa do Terceiro Mundo, uma vez que a adoção do artigo não foi possível, em parte, pela abstenção de alguns de seus países.

Cabe destacar que a proposta filipina apenas reproduzia dispositivos de documentos anteriores. A proibição do uso de projéteis que se expandem ou se achatam tem origem na Declaração da Haia de 1899.²⁸⁷ Gases asfixiantes ou venenosos e armas bacteriológicas, por sua vez, foram objeto do Protocolo de Genebra de 1925. Assim, a proposta filipina buscava apenas dar efetividade a essas proibições, incluindo essas condutas no rol de ações condenadas e que deveriam ser punidas.

Esses tratados anteriores, por sua vez, foram negociados quase que exclusivamente entre as potências ocidentais. Na década de 1970, portanto, o que se constata são países do Terceiro Mundo buscando reafirmar normas de cuja elaboração não haviam participado. Os países ocidentais e socialistas, por outro lado, negaram-se dar concretude a normas proibitivas já estabelecidas.

Um dos argumentos contrários à proposta filipina era o de que, em alguns casos, o Direito Internacional não estabelecia proibição absoluta do emprego dessas armas, mas apenas proibição de seu primeiro uso, sendo possível seu emprego como forma de represália.

²⁸⁶ CDDH Official Records, v. 6, CDDH/SR.44, p. 288-289:

A favor: Afeganistão, Argélia, Arábia Saudita, Áustria, Colômbia, Costa do Marfim, Egito, Equador, Gana, Honduras, Iraque, Jamahiriya Árabe Líbia Popular e Socialista, Jordânia, Quênia, Kuwait, Líbano, Madagascar, Mali, Malta, México, Moçambique, Nicarágua, Sultanato de Omã, Paquistão, Panamá, Peru, Filipinas, Catar, República Árabe da Síria, República Unida da Tanzânia, Santa Sé, Senegal, Sudão, Sri Lanka, Suíça, Tunísia, Uruguai, Venezuela, Iêmen, Iêmen Democrático, Iugoslávia.

Contra: República Federal da Alemanha, Austrália, Bélgica, Bulgária, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos da América, Finlândia, França, Hungria, Índia, Luxemburgo, Mônaco, Mongólia, Nova Zelândia, Países Baixos, Polónia, Portugal, República Democrática da Alemanha, República Socialista Soviética da Bielorrússia, República Socialista Soviética da Ucrânia, Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte, Tchecoslováquia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Zaire.

Abstenções: Brasil, República Unida do Cameroun, Chipre, Cuba, Espanha, Grécia, Guatemala, Indonésia, Irã, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Marrocos, Mauritânia, Nigéria, Noruega, Uganda, República da Coreia, República Socialista do Vietnã, Romênia, Suazilândia, Suécia, Tailândia, Turquia.

²⁸⁷ Também conhecidas como balas “dum dum”, nome da cidade na Índia onde esse tipo de munição era produzido e adquirido. Ver COUPLAND, Robin; LOYE, Dominique, *The 1899 Hague Declaration Concerning Expanding Bullets: a Treaty Effective for More Than 100 Years Faces Complex Contemporary Issues*, *International Review of the Red Cross*, v. 85, n. 849, p. 135–142, 2003..

Por esse motivo, a Jordânia chegou a apresentar uma emenda oral ao texto filipino, pelo qual apenas o primeiro uso seria considerado uma grave violação. Como essa solução não conseguiu alterar substancialmente o apoio à proposta, a Jordânia retirou sua emenda.²⁸⁸

Outra crítica foi de que a penalidade sobre o uso dessas armas deveria recair sobre o Estado que as fornece, e não sobre o indivíduo que as utiliza, uma vez que o soldado possui pouca escolha a partir do momento em que recebe as armas do Estado. Em linha similar, os Estados Unidos chegaram a afirmar explicitamente que “at the present stage of international legal development, the criminal law was not the proper vehicle for dealing with the problem of weapons.”²⁸⁹ A referência temporal do delegado norte-americano acabaria se comprovando: as proibições rejeitadas em 1977 acabariam, cerca de vinte anos mais tarde, incluídas no rol de crimes de guerra definidos nos incisos xvii, xviii e xix do artigo 2(b) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Outro momento em que a questão foi tratada na Conferência diz respeito à proposta de criação de um novo artigo (86 bis) no Protocolo Adicional I, estabelecendo um comitê permanente de Potências Contratantes para considerar, a qualquer momento, a proibição ou restrição de algumas armas convencionais. Essa proposta foi inicialmente apresentada em 26 de abril de 1977 no Comitê I por um grupo de delegações latino-americanas. Liderados pelo México, esses países manifestavam sua insatisfação com a falta de resultados concretos no Comitê *ad hoc* e buscavam, assim, alguma forma de compromisso das Potências quanto ao tema.

A proposta mexicana foi resultado de discussões ocorridas tanto no Comitê *ad hoc* quanto na Conferência de Especialistas Governamentais sobre o Uso de Certas Armas Convencionais, sobre a necessidade de uma revisão internacional sobre o efeito dessas armas.²⁹⁰ Segundo a proposta, o Comitê teria competência para:

to consider and adopt recommendations regarding any proposal that one or more States Parties and the Committee itself may submit [...] for the prohibition or restriction, for humanitarian reasons, of the use of certain conventional weapons that may cause superfluous injuries or have indiscriminate effects.²⁹¹

²⁸⁸ CDDH Official Records, v. 6, CDDH/SR.44, p. 287.

²⁸⁹ CDDH Official Records, v. 6, CDDH/SR.44, p. 280.

²⁹⁰ Ver KALSHOVEN, Frits, Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Diplomatic Conference, Geneva, 1974 – 1977, **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 9, p. 107–171, 1978, p. 157.

²⁹¹ CDDH Official Records, v. 3, CDDH/I/340, p. 360.

A discussão do texto em um grupo de trabalho não apontou para nenhum consenso possível, com parte das delegações defendendo a eliminação da proposta, e outra, a aprovação de texto muito similar à proposta original. Para tentar esvaziar a proposta, um grupo de países ocidentais apresentou projeto de resolução recomendando a convocação de uma conferência diplomática específica para tratar do tema.²⁹² Apesar dessa manobra, o texto mexicano foi aprovado com pequenas alterações no Comitê I, com 50 votos a favor, 27 votos contra e 13 abstenções.²⁹³ Segundo a proposta adotada no Comitê I, esse Comitê seria formado de forma geograficamente equitativa por representantes de 31 Estados Partes (a proposta original do México era de 21), com mandato de três anos.²⁹⁴ No Plenário, no entanto, o artigo foi rejeitado por não ter alcançado a maioria de dois terços, tendo recebido 59 votos a favor, 32 contrários e 10 abstenções.²⁹⁵

Como observado pela delegação da Suécia, o padrão de votação nesse artigo mostra que “practically all States, except those bound by military alliances, were dissatisfied with the Conference’s performance on the weapons issue.”²⁹⁶ Com efeito, a proposta mexicana foi objeto de severas críticas dos países da Organização do Tratado do Atlântico Norte e do Pacto de Varsóvia. Os primeiros argumentaram que a inclusão desse artigo no Protocolo seria um pré-julgamento dos trabalhos de seguimento do Comitê *ad hoc*. É difícil ver mérito nesse tipo de crítica, uma vez que a proposta mexicana não cita nenhuma arma específica, conclamando apenas pela criação de um foro para analisar a possibilidade de proibir ou restringir o uso de certas armas convencionais. Ademais, como visto, a proposta

²⁹² KALSHOVEN, Frits, *Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Diplomatic Conference*, Geneva, 1974 – 1977, p. 159.

²⁹³ CDDH Official Records, v. 9, CDDH/I/SR.77, p. 488.

²⁹⁴ CDDH Official Records, v. 10, CDDH/405/Rev.1, p. 276-277.

²⁹⁵ CDDH Official Records, v. 7, CDDH/SR.47, p. 33:

A favor: Sultanato de Omã, Uganda, Paquistão, Panamá, Peru, Filipinas, Catar, República Árabe da Síria, República da Coreia, República Unida da Tanzânia, Romênia, Santa Sé, Senegal, Somália, Sudão, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Tunísia, Uruguai, Venezuela, Iêmen, Iêmen Democrático, Iugoslávia, Zaire, Afeganistão, Argélia, Arábia Saudita, Bangladesh, Bolívia, República Unida do Cameroun, Chipre, Costa do Marfim, Egito, Emirados Árabes Unidos, Equador, Gana, Guatemala, Honduras, Iraque, Irã, Irlanda, Jamahiriya Árabe Líbia Popular e Socialista, Jamaica, Jordânia, Quênia, Kuwait, Líbano, Madagascar, Mali, Malta, Marrocos, Maurício, Mauritânia, México, Moçambique, Nicarágua, Nigéria, Noruega.

Contra: Países Baixos, Polónia, República Democrática da Alemanha, República Socialista Soviética da Bielorrússia, República Socialista Soviética da Ucrânia, Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte, Tchecoslováquia, Tailândia, Turquia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, República Federal da Alemanha, Austrália, Bélgica, Bulgária, Canadá, Chile, Cuba, Dinamarca, Estados Unidos da América, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Islândia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, Mônaco, Mongólia, Nova Zelândia.

Abstenções: República Popular Democrática da Coreia, República Socialista do Vietnã, Argentina, Áustria, Brasil, Colômbia, Espanha, Índia, Indonésia, Liechtenstein.

²⁹⁶ CDDH Official Records, v. 7, CDDH/SR.57, p. 262.

mexicana, apresentada em momento bastante adiantado da Conferência, surgiu exatamente de uma sensação de falta de resultados no Comitê *ad hoc*. Já os países do bloco soviético mantiveram posição de que o tema não recaía no âmbito de competência da Conferência, devendo ser tratado nos foros de discussão sobre desarmamento.

Como alternativa à inclusão desse artigo, a Conferência adotou a Resolução 22 (IV), inspirada na proposta apresentada pelos países ocidentais no Comitê I. A resolução recomendou a convocação de uma conferência diplomática, no mais tardar em 1979, com o objetivo de alcançar acordos sobre a proibição ou restrição do uso de certas armas convencionais.²⁹⁷ O texto foi adotado por consenso, embora tenha sido objeto de ressalvas do Brasil e da União Soviética.²⁹⁸

Como conclusão desse tópico, pode-se notar que, não obstante uma menor participação no Comitê *ad hoc*, o Terceiro Mundo esteve na linha de frente de iniciativas para que alguma referência à limitação ao uso de certas armas convencionais constasse já do próprio Protocolo I. Nesse tópico, diferentemente de outros, no entanto, as propostas do Terceiro Mundo não tiveram apoio do bloco soviético. Tanto os países ocidentais quanto socialistas mantiveram posição cautelosa quanto à limitação do emprego de armas. Com isso, essas propostas – notadamente, a inclusão do emprego de certas armas no rol de graves violações e a criação de Comitê permanente para analisar o emprego de certas armas – não alcançaram a maioria qualificada de dois terços necessária para sua adoção.

3.7 ORDENS SUPERIORES

A questão da responsabilidade de subordinados pelo cumprimento de ordens superiores já havia sido objeto de discussões inconclusivas durante a Conferência de Especialistas Governamentais.²⁹⁹ A proposta do Comitê Internacional da Cruz Vermelha para a Conferência Diplomática apresentava dispositivo baseado nos princípios de Nuremberg. O artigo 77 do projeto tratava do tema sob duas perspectivas. De um lado, protegia o subordinado que se recusasse a obedecer ordem superior cuja execução representasse grave violação do Direito Internacional Humanitário. De outro, previa que a alegação de

²⁹⁷ CDDH Official Records, v. 1, Resolution 22(IV), p. 215-216.

²⁹⁸ CDDH Official Records, v. 7, CDDH/SR.57, p. 261-262.

²⁹⁹ KALSHOVEN, Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Conference of Government Experts (Second Session), 3 May – 2 June 1972, p. 50.

cumprimento de ordens superiores não escusava um acusado de sua responsabilidade. A redação do CICV era a seguinte:

1. No person shall be punished for refusing to obey an order of his government or of a superior which, if carried out, would constitute a grave breach of the provisions of the Conventions or of the present Protocol.
2. The fact of having acted pursuant to an order of his government or of a superior does not absolve an accused person from penal responsibility if it be established that, in the circumstances at the time, he should have reasonably known that he was committing a grave breach of the Conventions or of the present Protocol and that he had the possibility of refusing to obey the order.³⁰⁰

A proposta foi recebida com reserva por diversos países, que julgaram difícil conciliá-la com a disciplina militar. O parágrafo primeiro foi visto com especial desconfiança, pois explicitava que o subordinado não seria punido por descumprir ordens superiores. As críticas mais claras a esse aspecto foram feitas pelas delegações de Síria, Egito, República da Coreia, Líbia, Índia, Omã e Paquistão. Por outro lado, o artigo recebeu apoio de Noruega, Holanda, Filipinas, Israel e França. Alguns países desenvolvidos, como Estados Unidos e Canadá, buscaram até mesmo ampliar o artigo, defendendo que deveria ser aplicável não somente às graves violações, mas a toda espécie de violação.³⁰¹

Remetido o artigo a um grupo de trabalho, várias delegações voltaram a se manifestar contra seus dispositivos.³⁰² O grupo de trabalho, então, submeteu o seguinte texto ao Comitê:

1. The High Contracting Parties undertake to ensure that their internal law penalizing disobedience to orders shall not apply to orders that would constitute [grave] breaches of the Conventions and this Protocol.
2. The fact of having acted [willfully] pursuant to an order of an authority or a superior does not absolve an accused person from penal responsibility, if it be established that in the circumstances at the time he knew or should have known that he was committing a [grave] breach of the Conventions or of this Protocol. It may, however, be taken into account in mitigation of punishment.³⁰³

A redação, portanto, já havia sido mitigada, para prever não uma permissão direta, pelo próprio Direito Internacional, de descumprir essas ordens, mas um compromisso de que cada país estabelecesse legislação nacional sobre o assunto. Buscou-se preservar, assim, a ideia de que o tema dizia respeito ao domínio interno de cada Estado.

³⁰⁰ CICV, Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 – Commentary. Genebra, 1973, p. 97.

³⁰¹ CDDH Official Records, v. 9, CDDH/I/SR. 51-52, p. 134-146.

³⁰² CDDH Official Records, v. 10, CDDH/405/Rev.1, p. 211.

³⁰³ CDDH Official Records, v. 10, CDDH/405/Rev.1, p. 212.

Antes de se votar o texto do artigo, foi feita votação prévia, sobre a própria ideia de se ter um artigo sobre ordens superiores – tese que foi aprovada com 34 votos a favor, 9 contra e 35 abstenções.³⁰⁴ Em seguida, votou-se o texto do artigo propriamente dito, que foi aprovado, com pequenas alterações,³⁰⁵ por 38 votos favoráveis, 22 votos contrários e 15 abstenções no Comitê.³⁰⁶ Já estava claro, portanto, que não havia uma ampla maioria que apoiasse o artigo. O artigo terminou rejeitado no Plenário, onde recebeu 36 votos a favor, 25 contra e 25 abstenções.³⁰⁷

Esse episódio é representativo da posição dos países do Terceiro Mundo. Delegações como as da Síria, do Egito, do Sudão e do Iêmen estiveram entre as mais críticas a um artigo que, na sua opinião, poderia representar incentivo à quebra de hierarquia e à desobediência dentro das Forças Armadas. Outros países do Terceiro Mundo ressaltaram, ainda, que a relação entre subordinados e seus superiores é uma questão de direito interno, não cabendo intervenção do Direito Internacional. A delegação do Iêmen, por exemplo, manifestou-se de forma clara no sentido de que “[t]he relationship between citizens and the authority under whose jurisdiction they come in institutional matters is essentially a question of internal law of the State to which they belong.”³⁰⁸

Ao analisar a questão, Paola Gaeta concorda que o principal motivo da resistência de alguns Estados foi o temor de insubordinação militar. O autor acrescenta, no entanto, que isso inibiu os demais Estados a defenderem de forma mais enfática a adoção da regra, por

³⁰⁴ CDDH Official Records, v. 10, CDDH/405/Rev.1, p. 187.

A favor: Bélgica, Bulgária, República Unida do Cameroun, Canadá, Chile, Chipre, Costa Rica, Cuba, Estados Unidos da América, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Israel, Japão, México, Mongólia, Noruega, Países Baixos, Peru, Filipinas, Polônia, Portugal, República Democrática da Alemanha, República Popular Democrática da Coreia, República Socialista do Vietnã, República Socialista Soviética da Bielorrússia, República Socialista Soviética da Ucrânia, Santa Sé, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Venezuela, Iugoslávia, Zaire.

Contra: Arábia Saudita, Austrália, Índia, Irã, Nova Zelândia, Sultanato de Omã, Paquistão, República Árabe da Síria, Suíça.

Abstenção: Afeganistão, Argélia, República Federal da Alemanha, Argentina, Áustria, Brasil, Colômbia, Costa do Marfim, Dinamarca, Egito, Emirados Árabes Unidos, Espanha, Gana, Indonésia, Iraque, Itália, Jamahiriya Árabe Líbia Popular e Socialista, Jordânia, Kuwait, Líbano, Madagascar, Mali, Mauritânia, Moçambique, Nigéria, Panamá, Catar, República da Coreia, Romênia, Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte, Senegal, Sudão, Tunísia, Turquia, Iêmen Democrático.

³⁰⁵ A redação aprovada foi a seguinte: “1. The High Contracting Parties undertake to ensure that their internal law penalizing disobedience to orders shall not apply to orders that would constitute grave breaches of the Conventions and this Protocol. 2. The mere fact of having acted pursuant to an order of an authority or a superior does not absolve an accused person from penal responsibility, if it be established that in the circumstances at the time he knew or should have known that he was committing a grave breach of the Conventions or of this Protocol. It may, however, be taken into account in mitigation of punishment.” CDDH Official Records, v. 10, CDDH/405/Rev.1, p. 262.

³⁰⁶ CDDH Official Records, v. 9, CDDH/I/SR.70, p. 392.

³⁰⁷ CDDH Official Records, v. 6, CDDH/SR.45, p. 308.

³⁰⁸ CDDH Official Records, v. 6, CDDH/SR. 45, p. 331.

dois motivos. O primeiro seria a constatação de que insistir nesse assunto divisivo poderia levar à não ratificação do Protocolo I. O segundo era a opinião de que negociar a redação do artigo para torná-lo mais palatável poderia prejudicar a consistência de uma emergente norma costumeira sobre o tema.³⁰⁹

Com efeito, algumas delegações presentes enfatizaram o caráter costumeiro da norma.³¹⁰ Na mesma década, alguns autores chegaram a ir além e afirmaram mesmo que essa norma era uma manifestação de *jus cogens*.³¹¹ Ademais, algumas delegações fizeram questão de deixar registrado que não apoiaram o artigo porque sua redação final foi considerada fraca. Em especial, o Reino Unido,³¹² o México³¹³ e os Estados Unidos³¹⁴ criticaram o fato de que a aplicabilidade do artigo estaria limitada a graves violações, e não a qualquer violação.

Assim, no caso do artigo sobre ordens superiores, embora não tenha havido posição coesa, a posição majoritária do Terceiro Mundo foi de aversão à regra proposta pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, por considerá-la uma intromissão em seus assuntos internos.

3.8 CONFLITOS ARMADOS SEM CARÁTER INTERNACIONAL

A ideia de elaborar um tratado específico para regular os conflitos armados sem caráter internacional foi, certamente, uma das tarefas mais ambiciosas da Conferência. Já na Conferência de Especialistas Governamentais havia ficado clara a reticência de muitas delegações quanto a essa iniciativa.³¹⁵ Até então, esse tipo de conflito, ao menos no direito convencional, era regulado apenas pelo artigo 3º comum das Convenções de Genebra de 1949, considerado uma “convenção em miniatura”.³¹⁶ Essa proposta iria enfrentar, como se

³⁰⁹ GAETA, Paola, The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law, **The European Journal of International Law**, v. 10, n. 1, p. 172–191, 1999, p. 187-188.

³¹⁰ Ver, por exemplo, a justificativa de voto de Israel: CDDH Official Records, v. 6, CDDH/SR.45, p. 336.

³¹¹ WHITEMAN, Marjorie M., Jus Cogens in International Law with a Projected List, **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 7, n. 2, p. 609–626, 2017, p. 626.

³¹² CDDH Official Records, v. 6, CDDH/SR.45, p. 307.

³¹³ CDDH Official Records, v. 6, CDDH/SR.45, p. 308.

³¹⁴ CDDH Official Records, v. 6, CDDH/SR.45, p. 339.

³¹⁵ KALSHOVEN, Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Conference of Government Experts (Second Session), 3 May – 2 June 1972, p. 55-61.

³¹⁶ Sobre o processo negociador do artigo 3º, ver DRAPER, Humanitarian Law and Internal Armed Conflicts, p. 262-268.

verá, grande resistência das delegações governamentais presentes na Conferência Diplomática, sobretudo dos países do Terceiro Mundo.

Desde os primeiros momentos, várias delegações do Terceiro Mundo manifestaram seu desconforto quanto a esse Protocolo, visto como forma de ingerência em assuntos internos. Esses países defendiam a liberdade para que cada governo lidasse com revoltas internas segundo sua própria legislação. Quem mais vocalizou essa crítica ao Protocolo II foi a delegação da Índia:

His delegation fully shared the anxiety of many that humanitarian law should be further developed so as to lessen human suffering, especially that of women and children in times of armed conflict. But, notwithstanding its desire to see the full development of humanitarian law applicable in armed conflicts, the Government of India could not approve of any international document which impinged upon national sovereignty and permitted outside interference, direct or military or otherwise, in the affairs of States, especially of the younger nations of the developing world.³¹⁷

Segundo a delegação indiana, uma regulamentação extensa dos conflitos sem caráter internacional dificultaria a repressão contra levantes internos. O Protocolo II, criaria, assim uma discriminação inaceitável, uma vez que não se poderia aplicar todo o rigor da lei contra certos grupos insurgentes:

What Governments were being asked to do was to treat some perpetrators of grave crimes while the full rigour of the law would be applicable to other citizens who dared to commit similar crimes. In the case of some, conspiracy would be treated lightly, or even condoned, whereas others would be liable to extreme punishment under the law. In the case of some again, it was proposed that sentences would not be carried out whereas others would be punishable forthwith according to law. It was not possible under the Indian Constitution to discriminate between one citizen and another in that fashion. That was the basic problem in regard to accepting the various provisions of draft Protocol II.³¹⁸

Mesmo a previsão de um artigo sobre não intervenção não foi suficiente para apaziguar o temor dessas delegações.³¹⁹ A Índia chegou a apresentar emenda no sentido de que qualquer intervenção externa causaria a cessação da aplicação do Protocolo:

Despite the foregoing, any external interference in a non-international armed conflict as defined in Article 1 of the presente Protocol, shall be considered a violation of the present Protocol, which will cease to apply till such time as external interference is removed.³²⁰

³¹⁷ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.29, p. 346.

³¹⁸ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.29, p. 346.

³¹⁹ Artigo 3, no texto final do Protocolo II.

³²⁰ CDDH Official Records, v. 4, CDDH/I/240, p. 16.

Diante das críticas, a China chegou mesmo a defender que a Conferência adiasse a análise do Protocolo II.³²¹

Ao apresentar o projeto de Protocolo II no Comitê I, a representante do Comitê Internacional da Cruz Vermelha tratou das duas possibilidades consideradas pelo Comitê ao elaborar o projeto: um Protocolo com âmbito de aplicação restrito e regras abrangentes, ou um Protocolo com âmbito de aplicação amplo e regras limitadas.³²² O que se veria, ao final de quatro anos de discussão, seria um rechaço a essa dicotomia. O Protocolo II seria limitado tanto no âmbito de aplicação quanto no alcance de suas regras. Nas páginas seguintes, demonstra-se como se chegou a esse resultado.

3.8.1 Âmbito de aplicação

A redação originalmente proposta pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha estabelecia que o Protocolo II se aplicaria no caso de qualquer conflito entre Forças Armadas ou outros grupos armados organizados sob comando responsável, sem definir requisitos adicionais:

1. The present Protocol shall apply to all armed conflicts not covered by Article 2 common to the Geneva Conventions of August 12, 1949, taking place between armed forces or other organized armed groups under responsible command.
2. The present Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, *inter alia* riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature.
3. The foregoing provisions do not modify the conditions governing the application of Article 3 common to the Geneva Conventions of August 12, 1949.³²³

Ao apresentar essa redação genérica, o objetivo do CICV era que o Protocolo tivesse aplicação ampla e, na maior parte dos casos, coincidente com o artigo 3º comum das Convenções de Genebra de 1949.³²⁴ Mesmo com esse patamar baixo, no entanto, o CICV admitia que haveria situações que atingiriam o patamar necessário para a aplicação do artigo 3º, mas não do Protocolo II.³²⁵

³²¹ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.12, p. 121.

³²² CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.22, p. 203.

³²³ CICV, Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 – Commentary. Genebra, 1973, p. 132.

³²⁴ FORSYTHE, David P., Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts, *The American Journal of International Law*, v. 72, n. 2, p. 272–295, 1978, p. 284.

³²⁵ CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.22, p. 204.

Logo nas primeiras reuniões em que o tema foi discutido, diversas delegações do Terceiro Mundo criticaram a proposta da Cruz Vermelha. Ficava clara, desde o princípio, a desconfiança desses países quanto à ingerência que o Protocolo poderia provocar em assuntos internos e o risco de violação de sua soberania. Multiplicaram-se, por esse motivo, emendas com o objetivo de limitar o âmbito de aplicação do Protocolo.

A mais ambiciosa das emendas, apresentada pelo Paquistão, previa três requisitos de aplicabilidade do Protocolo: que as hostilidades alcançassem “alguma” intensidade e durassem período razoável de tempo; que o grupo armado ocupasse parte do território; que o grupo fosse representado por autoridade responsável e declarasse sua intenção de cumprir o artigo 3º e o Protocolo.³²⁶ A duração prolongada do conflito e a ocupação de parte substantiva do território também foram objeto de emenda da Indonésia.³²⁷ Segundo emenda apresentada pelo Brasil, o Protocolo seria aplicável a conflitos em que o grupo armado não estatal cumprisse as seguintes condições: tivesse comando responsável e autoridade identificável; fosse claramente distinguível da população civil; e tivesse controle contínuo e efetivo sobre parte não negligenciável do território. A emenda brasileira ainda criaria um novo artigo, deixando claro que o Protocolo só se aplicaria quando o Estado reconhecesse a existência do conflito,³²⁸ critério presente também em emenda proposta pela Romênia.³²⁹ A emenda filipina, por sua vez, buscava deixar mais claro que o Protocolo não se aplicaria em situações de atos isolados ou esporádicos de violência ou outros atos de natureza similar.³³⁰

Do lado dos países ocidentais, e mesmo do bloco socialista, as manifestações foram, em sua ampla maioria, de apoio à proposta do CICV. Foi o caso de manifestações da Bélgica, da Áustria, da Nova Zelândia, dos Países Baixos, da Itália e dos Estados Unidos, países que criticaram as tentativas de inserir requisitos adicionais para a aplicação do Protocolo. Nesse espírito, alguns chegaram mesmo a defender que o âmbito de aplicação fosse igual ao do artigo 3º comum, proposta que foi objeto de emendas apresentadas pela República Democrática da Alemanha³³¹ e pela Noruega.³³²

³²⁶ CDDH Official Records, v. 4, CDDH/I/26, p. 6. Cumprir mencionar que a proposta paquistanesa previa também a possibilidade de que o Estado reconhecesse a aplicabilidade do Protocolo em um caso específico, mesmo ausentes esses requisitos.

³²⁷ CDDH Official Records, v. 4, CDDH/I/32, p. 7.

³²⁸ CDDH Official Records, v. 4, CDDH/I/79, p. 8.

³²⁹ CDDH Official Records, v. 4, CDDH/I/30, p. 7.

³³⁰ CDDH Official Records, v. 4, CDDH/I/231, p. 10.

³³¹ CDDH Official Records, v. 4, CDDH/I/90, p. 9.

³³² CDDH Official Records, v. 4, CDDH/I/218, p. 9.

Após troca inicial de opiniões, o artigo foi submetido ao Grupo de Trabalho B, que criou um sub-grupo específico apenas para discutir esse artigo. O subgrupo reuniu-se seis vezes, com a participação de 28 delegações, e alcançou um texto de consenso, que se referia a alguns requisitos: controle territorial, operações militares contínuas e organizadas e capacidade de aplicar o Protocolo.³³³ A redação proposta pelo Grupo de Trabalho foi aprovada por consenso no Comitê.³³⁴

Tratou-se, reconhecidamente, de uma solução de compromisso, que não representava a posição ideal de nenhum dos lados. Em suas explicações de voto, países ocidentais como Itália, Suíça, Países Baixos, Estados Unidos, República Federal da Alemanha e Noruega afirmaram que teriam preferido um âmbito de aplicação mais amplo. Do lado dos países em desenvolvimento, várias delegações sinalizaram que apoiavam o consenso com reserva, pois prefeririam cláusulas ainda mais restritivas. Em particular, países como Romênia, Índia, Iraque, Indonésia, Irã e Burundi expressaram apoio à proposta brasileira de que o Protocolo só pudesse ser invocado caso o Estado reconhecesse expressamente sua aplicabilidade em uma dada situação. Manifestaram-se nesse sentido Índia, Romênia, Iraque, Indonésia, Irã e Burundi.³³⁵

Já no Plenário, novamente é apresentada proposta de emenda, dessa vez de autoria colombiana, para deixar claro que caberia ao Estado determinar quando as condições de aplicabilidade fossem atingidas. Apesar do apoio recebido do Brasil, Chile, Iraque e Filipinas,³³⁶ a emenda foi retirada e o artigo foi aprovado por 58 votos a 5, com 29 abstenções.³³⁷ A redação final do artigo 1º prevê:

Âmbito de aplicação material

1. O presente Protocolo, que desenvolve e completa o artigo 3.º, comum às Convenções de 12 de Agosto de 1949, sem modificar as suas condições de aplicação atuais, aplica-se a todos os conflitos armados que não estão cobertos pelo artigo 1.º do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, Relativo à proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo 1), e que se desenrolem em território de uma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre uma parte do seu território um

³³³ CDDH Official Records, v. 10, CDDH/I/238/Rev.1, p. 93-94.

³³⁴ CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.29, p. 287.

³³⁵ CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.29, p. 286-294.

³³⁶ A atuação das Filipinas pela limitação do âmbito de limitação do Protocolo II é atribuída por Miriam Defensor Santiago à guerra civil vivida pelo país. Ver SANTIAGO, Miriam Defensor, Humanitarian Law in Armed Conflicts: Protocols I and II to the 1949 Geneva Conventions, *Philippine Law Journal*, v. 54, n. 2, p. 188-216, 1979, p. 213.

³³⁷ CDDH Official Records, v. 7, CDDH/SR.49, p. 70.

controlo tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo.

2. O presente Protocolo não se aplica às situações de tensão e de perturbação internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos, que não são considerados como conflitos armados.

3.8.2 Cláusulas substantivas

Uma vez definido o âmbito de aplicação restrito do Protocolo II, os Comitês deram seguimento à discussão do restante do instrumento. O projeto inicial do Comitê Internacional da Cruz Vermelha tinha 47 artigos. Considerando-se que os últimos oito artigos tratavam de disposições finais, sobre aspectos procedimentais (assinatura, entrada em vigor, emendas, etc.), havia 39 artigos relativos à substância do acordo. O Protocolo finalmente aprovado pela Conferência por outro lado, tem 28 artigos, sendo nove deles sobre dispositivos finais (aos dispositivos originais, acrescentou-se artigo sobre denúncia). Assim, de 39 artigos substantivos, restaram apenas 19. Abaixo, apresenta-se quadro comparativo entre a proposta apresentada à Conferência Diplomática pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o texto final do Protocolo II:

Projeto do CICV	Protocolo II
TÍTULO I CAMPO DO PRESENTE PROTOCOLO	TÍTULO I CAMPO DO PRESENTE PROTOCOLO
Art. 1 Campo de aplicação material	Art. 1 Campo de aplicação material
Art. 2 Campo de aplicação pessoal	Art. 2 Campo de aplicação pessoal
Art. 3 Estatuto jurídico das partes em conflito	
Art. 4 Não intervenção	Art. 3 Não intervenção
Art. 5 Direitos e deveres das partes em conflito	
TÍTULO II TRATAMENTO HUMANO DAS PESSOAS NO PODER DAS PARTES EM CONFLITO	TÍTULO II TRATAMENTO HUMANO
Art. 6 Garantias fundamentais	Art. 4 Garantias fundamentais

Art. 7 Salvaguarda de um inimigo fora de combate	
Art. 8 Pessoas privadas de liberdade	Art. 5 Pessoas privadas de liberdade
Art. 9 Princípios de direito penal	
Art. 10 Investigações penais	Art. 6 Investigações penais
TÍTULO III FERIDOS, ENFERMOS E NÁUFRAGOS	TÍTULO III FERIDOS, ENFERMOS E NÁUFRAGOS
Art. 11 Definições	
Art. 12 Proteção e assistência	Art. 7 Proteção e assistência
Art. 13 Busca e evacuação	Art. 8 Busca
Art. 14 Papel da população civil	
Art. 15 Pessoal sanitário e religioso	Art. 9 Proteção do pessoal sanitário e religioso
Art. 16 Proteção geral da missão médica	Art. 10 Proteção geral da missão médica
Art. 17 Unidades e meios de transporte sanitários	Art. 11 Proteção de unidades e meios de transporte sanitários
Art. 18 Emblema distintivo	Art. 12 Emblema distintivo
Art. 19 Proibição de represálias	
TÍTULO IV MEIOS E MÉTODOS DE COMBATE	
Art. 20 Proibição de males desnecessários	
Art. 21 Proibição da perfídia	
Art. 22: Guarida	
Art. 23 Sinais reconhecidos	
TÍTULO V POPULAÇÃO CIVIL	TÍTULO IV POPULAÇÃO CIVIL
<i>Capítulo I: proteção geral contra os efeitos das hostilidades</i>	
Art. 24 Regras básicas	

Art. 25 Definições	
Art. 26: Proteção da população civil	Art. 13 Proteção da população civil
Art. 27 Proteção dos bens indispensáveis à sobrevivência da população civil	Art. 14 Proteção dos bens indispensáveis à sobrevivência da população civil
Art. 28 Proteção das obras e instalações que contenham forças perigosas	Art. 15 Proteção das obras e instalações que contenham forças perigosas
	Art. 16 Proteção dos bens culturais e dos lugares de culto
Art. 29 Proibição dos deslocamentos forçados de civis	Art. 17 Proibição dos deslocamentos forçados de civis
<i>Capítulo II Defesa civil</i>	
Art. 30 Respeito e proteção	
Art. 31 Definição	
Art. 32 Tratamento privilegiado	
TÍTULO VI SOCORRO	
Art. 33 Ações de socorro	Art. 18 Sociedades de socorro e ações de socorro
Art. 34 Registro e informação	
Art. 35 Cruz Vermelha Nacional e outras sociedades de socorro	
TÍTULO VII EXECUÇÃO DO PRESENTE PROTOCOLO	
TÍTULO V DISPOSIÇÕES FINAIS	
Art. 36 Medidas de execução	
Art. 37 Difusão	Art. 19 Difusão
Art. 38 Acordos especiais	
Art. 39 Cooperação na observância do presente Protocolo	
TÍTULO VIII DISPOSIÇÕES FINAIS	
Art. 40 Assinatura	Art. 20 Assinatura

Art. 41 Ratificação	Art. 21 Ratificação
Art. 42 Adesão	Art. 22 Adesão
Art. 43 Entrada em vigor	Art. 23 Entrada em vigor
Art. 44 Emendas	Art. 24 Emendas
	Art. 25 Denúncia
Art. 45 Notificações	Art. 26 Notificações
Art. 46 Registro	Art. 27 Registro
Art. 47 Textos autênticos e traduções oficiais	Art. 28 Textos autênticos

A história sobre como o projeto do CICV acabou resultando no enxuto Protocolo II está retratada apenas parcialmente nas atas da Conferência Diplomática. Ao longo de três anos – e mesmo na maior parte do quarto – as delegações presentes discutiram, artigo por artigo, o projeto da Cruz Vermelha, adotando-os, modificando-os e mesmo acrescentando-lhe novos artigos. Ao final dos trabalhos dos Comitês, em 1977, 49 artigos haviam sido aprovados para inclusão no Protocolo II.

Apesar dessa aprovação dos artigos nos Comitês, muitas delegações, sobretudo do Terceiro Mundo, afirmaram e reafirmaram, em diversos momentos, suas dúvidas quanto ao alcance do Protocolo que estava sendo negociado e quanto à pertinência de normas que julgavam muito detalhadas e intrusivas. Foram especialmente criticadas tentativas de reproduzir no Protocolo II, de forma quase automática, dispositivos do Protocolo I.³³⁸

Assim, mesmo após o final da discussão nos Comitês, os países do Terceiro Mundo não estavam de acordo com a aprovação do Protocolo. A delegação de Gana, por exemplo, deixara claro, ao ser consultada, que não apoiaria o texto do Protocolo II tal qual resultava do trabalho dos Comitês:

Earlier, however, several delegations had been consulted with a view to reaching agreement on the initial text. His own delegation had been consulted and had made no secret of its intention to vote against draft Protocol II, whether it was put to the vote paragraph by paragraph, article by article or as a whole.³³⁹

³³⁸ Ainda na abertura das discussões da Conferência, a Romênia questionou esse aspecto: “The automatic application to internal conflicts of regulations applicable in international conflicts might have negative results and entail violation of international law and national sovereignty. Any future international regulations relating to non-international armed conflicts must be based on recognition of, and respect for, the sovereign rights of each State within its boundaries.” CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.11, p. 103.

³³⁹ CDDH Official Records, v. 7, CDDH/SR.56, p. 200.

Estava evidente, portanto, que a aprovação do Protocolo II pelo Plenário estava em risco.³⁴⁰ Foi nesse cenário que ocorreu uma mobilização para buscar uma proposta simplificada de Protocolo, que fosse aceitável a todas as partes. Artífice dessa operação foi a delegação do Paquistão que, após consultas informais, apresentou, em 31 de maio de 1977, emenda que simplificava vários dos dispositivos aprovados no Comitê e eliminava diversos outros, preservando apenas 24 artigos. Segundo a delegação paquistanesa, os pressupostos de sua proposta seriam:

its provisions must be acceptable to all and, therefore, of obvious practical benefit;
 the provisions must be within the perceived capacity of those involved to apply them and, therefore, precise and simple;
 they should not appear to affect the sovereignty of any State Party or the responsibility of its Government to maintain law and order and defend national unity, nor be able to be invoked to justify any outside intervention;
 nothing in the Protocol should suggest that dissidents must be treated legally other than as rebels;
 and lastly, there should be no automatic repetition of the more comprehensive provisions, such as those on civil defence, found in Protocol I. To include such provisions would risk changing the material field of application to such an extent that States would either fail to ratify Protocol II or tend to argue for its non-application in situations falling within its scope, thereby leaving the victims of those conflicts without adequate protection.³⁴¹

No início dessas discussões, o CICV pediu para que não se abandonasse o Protocolo II. Segundo o representante do Comitê, os Estados desconfortáveis com algumas de suas cláusulas poderiam postergar sua ratificação, mas não deveriam impedir sua adoção pelos Estados interessados. O representante do Comitê fez um apelo, ainda, para que, no exercício de simplificação então proposto, não se sacrificassem dispositivos essenciais para a proteção dos indivíduos.³⁴²

Primeira a se manifestar, a delegação do Egito expressou apoio à emenda do Paquistão, pedindo para que as delegações não apostassem em uma abordagem “tudo ou nada.”³⁴³ No breve debate que se seguiu, a proposta paquistanesa recebeu manifestações de apoio de Canadá,³⁴⁴ Camarões, Arábia Saudita e Bélgica. A delegação da União Soviética

³⁴⁰ Kalshoven acrescenta, ainda, que a participação do Terceiro Mundo era maior no Plenário do que nos Comitês. Assim, a aprovação nestes foros não garantiria o sucesso naquele. KALSHOVEN, *Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Diplomatic Conference, Geneva, 1974–1977 – Part I: Combatants and Civilians*.

³⁴¹ CDDH Official Records, v. 7, CDDH/SR.49, p. 61.

³⁴² CDDH Official Records, v. 7, CDDH/SR.49, p. 59-60.

³⁴³ CDDH Official Records, v. 7, CDDH/SR.49, p. 62.

³⁴⁴ Segundo um membro da delegação canadense, o Canadá defendeu, desde o princípio, um Protocolo II que fosse o mais simples possível. Ver GREEN, *The Geneva Humanitarian Law Conference 1975*, p. 298.

defendeu que o Plenário tomasse por base os artigos aprovados pelos Comitês. A Suécia, apesar de apoiar a versão simplificada do Protocolo, defendeu a manutenção de alguns artigos aprovados pelos Comitês. A Nigéria, por sua vez, reafirmou sua resistência à inclusão de artigos que diziam respeito a assuntos domésticos.³⁴⁵

O texto simplificado do Protocolo foi analisado em Plenário em apenas cinco sessões, entre os dias 2 e 6 de junho de 1977. A maioria dos seus artigos foram aprovados com pouca discussão e por consenso, sem voto. Isso evidencia, de um lado, o baixo nível de densidade jurídica de seus dispositivos, que não despertaram grandes sensibilidades; e, de outro, o “acordo de cavalheiros” costurado nos bastidores:

Pakistan's proposal was based on a “gentlemen's agreement” among the caucusing groups at the Conference. Under this agreement Pakistan would submit amendments to the committee text which would greatly simplify that draft, in return for which those Third World states harboring reservations about the Protocol would not vote against its adoption. The two groups constituting the strongest backers for the committee draft, the Western and Socialist groups, rallied to the “gentlemen's agreement.” Both believed the version adopted in committee could not survive the final plenary deliberations. Neither group had firm figures on opponents of the Protocol. But the United States, in addition to relying on information from Pakistan, had been told by a number of South American delegations that the existing version was unacceptable.³⁴⁶

Apesar do consenso, vários países registraram que, caso tivesse havido voto, teriam se absterido. Foram os casos de Nigéria, Índia, Indonésia, México, Síria, Sudão, Filipinas, Noruega, Guatemala, Argentina, Chile, Turquia, Uruguai, Nicarágua e Coreia do Sul. Ademais, algumas delegações fizeram questão de deixar claro que não foram consultadas sobre esse suposto acordo de cavalheiros. A delegação da Guatemala, por exemplo, deixou registro de que nenhum país da América Central participou do tal acordo.³⁴⁷

Segundo Forsythe, o chamado acordo de cavalheiros foi facilitado pela aproximação das quatro posições distintas sobre o Protocolo II. Os maximalistas, como a Noruega, a Suécia e a Santa Sé, defendiam um protocolo detalhado e abrangente sobre conflitos internos. Os moderados, como a União Soviética, os países do bloco ocidental, o Egito e o Paquistão, tentavam conciliar o humanitarismo com a soberania nacional. Os minimalistas, situação da maioria do Terceiro Mundo, defendiam um tratado mais enxuto, mas sem descartar a possibilidade de regulamentação de conflitos internos. Por fim, havia os

³⁴⁵ CDDH Official Records, v. 7, CDDH/SR.49, p. 62-65.

³⁴⁶ FORSYTHE, Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts, p. 278.

³⁴⁷ CDDH Official Records, v. 7, CDDH/SR.56, p. 241.

críticos, que rejeitavam abertamente a ideia de um protocolo sobre conflitos internos, como foi o caso da Índia e do Iraque. Diante do impasse, os moderados aproximaram-se dos minimalistas; movimento que foi seguido pelos críticos. Assim, foi aprovado um acordo minimalista, apesar do protesto dos maximalistas.³⁴⁸

O efeito dessa operação de simplificação sobre a regulação dos conflitos armados sem caráter internacional é objeto de debate entre especialistas. Cassese afirma que o Protocolo II foi mutilado e teve importantes dispositivos retirados.³⁴⁹ Forsythe, por outro lado, argumenta que, apesar dessa operação, não houve perda substantiva na versão enxuta do Protocolo II. O autor aponta apenas três regras importantes que teriam sido perdidas: a proibição de execução de pena de morte antes do fim do conflito; a previsão de visitas a pessoas internadas; e as prerrogativas das sociedades de socorro.³⁵⁰ Deve-se, notar, também, que foram eliminados todos os dispositivos – genéricos desde o princípio – relativos aos meios e métodos de combate.

Pode-se discutir o quanto se ganhou ou se perdeu com a operação de simplificação do Protocolo II. Fato indiscutível, no entanto, é o papel protagonista do Terceiro Mundo nesse procedimento e na busca de um consenso que se aproximasse de suas posições. Cabe destacar que o Terceiro Mundo conseguiu fazer prevalecer sua posição por um Protocolo limitado mesmo sem o apoio do bloco socialista, que, de forma geral, era simpático à proposta do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.³⁵¹

3.8.3 Avaliação sobre o Protocolo II

A posição do Terceiro Mundo nas discussões sobre o Protocolo II esteve pautada pela defesa quase intransigente de sua soberania e pela oposição a qualquer ameaça de intervenção externa, especialmente em assuntos de segurança nacional. Esses países defenderam o maior grau possível de liberdade para reprimir movimentos rebeldes e controlar situações de guerra civil. Isso fica claro em todas as intervenções da delegação que mais abertamente se manifestou contra o Protocolo, a Índia:

³⁴⁸ FORSYTHE, *Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts*, p. 280-282.

³⁴⁹ CASSESE, *The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law*, p. 109.

³⁵⁰ FORSYTHE, *op. cit.*, p. 282-283.

³⁵¹ BLONDEL, *From Saigon to Ho Chi Minh City: The ICRC's Work and Transformation from 1966 to 1975*, p. 68.

My delegation believes that the provisions of Protocol II will only militate against the sovereignty of States and will interfere in their domestic affairs. The internal law and order situations are the sole concern of sovereign States and these problems are to be dealt with according to the domestic laws of the country.

It must be remembered here that the newly independent developing countries which are endeavouring to consolidate their newly earned independence are jealous of their sovereignty and will guard it against any action which might constitute an interference in their internal affairs under whatever form or guise. They are aware of the powerful means of communication and propaganda which the powerful countries of the world possess. The developing countries cannot rule out the possibility of misuse of Protocol II in this ideologically divided world.³⁵²

Nessa linha, não era menor o temor com a possibilidade de que grupos minoritários iniciassem levantes em busca da secessão e invocassem o Protocolo. A delegação do Paquistão também foi clara quanto a essa preocupação:

the concept of armed conflict of a non-international character would not be applicable to armed conflict on the part of a racial or ethnic group against its own central government. Nor could any group of the people of a country which had successfully overcome foreign domination and gained its national Independence legitimately claim that a movement for secession from the national government was a struggle for self-determination. The necessary distinction would have to be made in such cases.³⁵³

Soma-se a essa posição soberanista outro aspecto que não pode ser desconsiderado. Trata-se do fato de que essas discussões, tanto do artigo 1º, quanto do restante do acordo, ocorreram após a definição sobre o artigo 1º do Protocolo I. Assim, já se sabia, de antemão, que as guerras de libertação nacional seriam tratadas como conflitos armados internacionais e reguladas pelo Protocolo I. Com isso, o Protocolo II deixava de ser interessante nessa batalha por reconhecimento jurídico travada pelo Terceiro Mundo.³⁵⁴ A delegação da Índia foi explícita quanto a essa vinculação entre as duas questões:

The recognition and status of liberation movements was no longer in doubt. It was the subject of innumerable United Nations resolutions, into whose details he would not go. The Conference had recognized those liberation movements and had invited their representatives to participate fully in its deliberations. Many national liberation movements were participating in the Conference on a basis of complete equality as the sovereign representatives of their people. Wars of liberation were now treated as international conflicts and the Indian delegation was glad that the Conference had accepted the status of liberation movements in Article I, paragraph 4 of Protocol I. The

³⁵² CDDH Official Records, v. 7, CDDH/SR.49, p. 81.

³⁵³ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.11, p. 107-108.

³⁵⁴ CANTRELL, Charles L., *Humanitarian Law in Armed Conflict: the Third Diplomatic Conference*, *Marquette Law Review*, v. 61, n. 2, p. 253-278, 1977, p. 277; DRAPER, *Humanitarian Law and Internal Armed Conflicts*, p. 274.

Indian delegation therefore believed that common Article 3 reflected the historical situation as it had then existed and was no longer applicable to present circumstances. Consequently, draft Protocol II, which was supposed to be based on common Article 3, was pointless.³⁵⁵

Superada a questão dos movimentos de libertação, restava pouco incentivo ao Terceiro Mundo para defender a extensão de regras humanitárias a conflitos sem caráter internacional. Corrobora essa constatação o fato de que as delegações dos movimentos de libertação nacional praticamente não participaram das discussões do Protocolo II, diferentemente do que ocorreu com o Protocolo I.

Esse contraste não passou despercebido. O comentário da delegação da Áustria foi certo:

At the first session of the Conference, a large majority of representatives had wished to have such protection extended to one of the two categories of non-inter-State armed conflicts, by broadening the field of application of Protocol I. Why should the same extension of humanitarian protection now be refused to the victims of the other category of non-inter-State conflicts which had to be regulated by Protocol II? Public opinion would be astonished at such discrimination. It might begin to suspect that the protection given to the first category under Protocol I had been accorded not just for humanitarian reasons, but for other reasons as well.³⁵⁶

O Protocolo II, portanto, tornou-se desinteressante (pois não regularia as guerras de libertação) e ameaçador (pois atacava a soberania nacional – em muitos casos, recentemente adquirida) na visão do Terceiro Mundo. Assim, ao mesmo tempo em que defenderam leque maior de proteção aos combatentes no caso de guerras de libertação nacional, essas delegações rejeitaram a possibilidade de aceitar normas mais protetivas em conflitos internos.

³⁵⁵ CDDH Official Records, v. 7, CDDH/SR.56, p. 203-204. A afirmação da Índia contrasta com o argumento utilizado pelo Egito nas discussões do artigo 1º do Protocolo I, negara que o objetivo do Terceiro Mundo fosse descartar o Protocolo II. CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.5, p. 34-35.

³⁵⁶ CDDH Official Records, v. 8, CDDH/I/SR.23, p. 216.

4 DISCUSSÃO E ANÁLISE DAS HIPÓTESES

Percorrido esse caminho das principais posições assumidas e embates protagonizados pelo Terceiro Mundo, cabe avaliar, enfim, o que se pode concluir dessa participação na Conferência de Genebra. Cabe também, conforme proposto no início deste trabalho, analisar a contribuição das TWAIL para a leitura desse processo negociador, assim como a validade de seus argumentos teóricos diante do caso concreto estudado.

4.1 AVALIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO MUNDO

Há várias maneiras possíveis de descrever as posturas do Terceiro Mundo na Conferência de Genebra. Há, no entanto, um aspecto que se sobressai. Em vários dos temas estudados, houve uma postura de contestação da ordem tradicional e afirmação de uma posição reformista do Terceiro Mundo: em questões como a participação dos movimentos de libertação, a definição de conflitos internacionais e de prisioneiros de guerra, as normas de ocupação e a restrição de armas convencionais, o Terceiro Mundo manifestou posição demandante e de reforma do Direito Humanitário. Em outros temas, no entanto, o movimento do Terceiro Mundo parece ter sido no sentido contrário: de defesa da ordem tradicional, sobretudo a centralidade da soberania estatal – foi o caso do cumprimento de ordens superiores e do Protocolo sobre conflitos sem caráter internacional. Essa ambivalência poderia apontar para uma contradição na postura desses países – que defenderam a reforma no caso de conflitos internacionais, mas reforçaram paradigmas tradicionais no caso da organização de suas Forças Armadas e nos conflitos sem caráter internacional. Essa postura, no entanto, pode ser vista também como manifestação de pragmatismo, uma vez que o Terceiro Mundo tentou colocar o Direito Internacional a serviço do que identificava serem seus interesses: a promoção da descolonização e de maior equilíbrio na ordem internacional.

4.1.1 Contestação e reforma

No início da presente dissertação, lançou-se a hipótese, baseada nos argumentos esgrimidos pelas TWAIL, de que o Terceiro Mundo teria participado da Conferência Diplomática com postura reformista.

Em muitos dos temas tratados pela Conferência, sobretudo no Protocolo I, o Terceiro Mundo de fato aparece como um bloco solidário à causa dos povos sob dominação estrangeira. Em sua primeira participação em uma conferência diplomática dedicada a reformar o Direito dos Conflitos Armados, o Terceiro Mundo manifestou toda sua disposição de colocar esse regime a serviço de uma transformação substantiva da realidade, que pudesse promover a libertação dos povos.

Assim se explica, por exemplo, a posição aguerrida em defesa da participação dos movimentos de libertação nacional na Conferência. Dado que muitos dos Estados presentes haviam, eles próprios, acabado de passar por guerras de libertação, ficou clara a solidariedade com os povos que ainda travavam essa luta. Os Estados recentemente independentes entendiam que os movimentos de libertação teriam não só um justo assento na Conferência mas iriam, também, fazer coro aos seus argumentos, reforçando sua posição no quadro parlamentar da Conferência. Ao mesmo tempo, a restrição da participação aos movimentos reconhecidos por organismos regionais conferia certo grau de controle sobre os grupos que seriam aceitos – o que permitiu, por exemplo, que não fosse atendido o pleito de representantes curdos para participarem da Conferência.³⁵⁷

Também no caso da definição de conflitos armados internacionais, o tema das guerras no exercício do direito da autodeterminação – contra o colonialismo, a ocupação estrangeira e o *apartheid* – foi tratado como uma das questões centrais da Conferência. Não por outro motivo, esse artigo foi o único a ser submetido à consideração do Plenário já na primeira sessão, em 1974. O objetivo do Terceiro Mundo foi o de conferir legitimidade internacional a essas lutas e aumentar o grau de proteção aos chamados *freedom fighters*. Esses países rejeitaram o dogmatismo do bloco ocidental, que se apegava a distinções teóricas entre *jus in bello* e *jus ad bellum*. Não se tratava, nesse caso, de defender uma distinção teórica, mas de influenciar conflitos com consequências reais para as populações envolvidas. Ao classificar esses conflitos como internacionais, garantiu-se a aplicabilidade de todo o corpo do Direito Internacional Humanitário, submetendo os Estados à observância dessas regras nos casos em que tomassem parte desses conflitos.

Complemento à questão das guerras de libertação foi a postura adotada quanto à definição de combatentes e prisioneiros de guerra. Nesse caso, o Terceiro Mundo empenhou-se para que os integrantes de movimentos de guerrilha fossem tratados como combatentes e,

³⁵⁷ BRETTON, Remarques Générales sur les Travaux de la Conférence de Genève sur la Réaffirmation et le Développement du Droit Humanitaire Applicable dans les Conflits Armés, p. 201.

em caso de captura, como prisioneiros de guerra. De forma realista, reconheceu-se que o recurso a táticas de guerrilha era inevitável no contexto de guerras assimétricas. Segundo essa lógica, não caberia à Conferência tentar mudar essa realidade, mas buscar adaptar as regras humanitárias a ela. Nesse contexto, a relativização de requisitos tradicionais, como a distinção entre o combatente e a população civil, teve um duplo efeito: a um só tempo aumentou a proteção dos movimentos guerrilheiros e incrementou o ônus do Exército repressor, que segue obrigado a respeitar o princípio da distinção no momento de seus ataques.

No caso das normas aplicáveis à ocupação beligerante, o Terceiro Mundo atuou, de forma geral, com o objetivo de aumentar os custos para a Potência Ocupante. Diferentemente do Direito Internacional Humanitário tradicional, que não faz juízo de valor sobre as situações de ocupação, o Terceiro Mundo claramente valorava de forma negativa a ocupação estrangeira – sobretudo tendo em vista o exemplo recente dos territórios ocupados por Israel após a Guerra dos Seis Dias. Assim, a derrogação da cláusula que limitava a aplicação de certas normas apenas ao primeiro ano da ocupação buscou adaptar o Direito dos Conflitos Armados ao caso concreto e aumentar os custos para o ocupante. O mesmo vale para outras normas e para a tentativa – ao final, fracassada – de criar uma competência automática da Comissão Internacional para o Apuramento dos Fatos sobre territórios ocupados. Na prática, o Terceiro Mundo tentava influenciar, de alguma forma, o equilíbrio de forças do conflito árabe-israelense.

Por fim, também no caso da proibição e restrição ao emprego de certas armas convencionais pode-se dizer que houve uma relativa mobilização do Terceiro Mundo. Posto que a participação dessas delegações tenha sido reduzida no Comitê sobre o tema, houve uma tomada de posição quanto a alguns dispositivos concretos, como o rol de graves violações das Convenções de Genebra ou a criação de uma comissão para propor limitações ao uso de certos armamentos. Nesse caso, o Terceiro Mundo atuou de forma contrária à posição dos dois blocos militares da época – razão pela qual suas teses acabariam por não prevalecer.

Todas essas posições do Terceiro Mundo foram vistas, por parte da doutrina, como uma tentativa de politização do Direito Internacional Humanitário. Desde a época, acusava-se que esses países estavam privilegiando objetivos políticos de curto prazo sobre os valores humanitários.³⁵⁸ Alertava-se, então, para o risco de que as grandes potências militares considerassem o resultado negociado inaceitável e não aderissem aos Protocolos, o que

³⁵⁸ HACKER, *The Application of Prisoner-Of-War Status to Guerrillas Under the First Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949*, p. 143.

resultaria em acordos de pouca utilidade prática e em uma fragmentação do corpo normativo do Direito dos Conflitos Armados.³⁵⁹

É inegável que o Terceiro Mundo atuou tendo em vista objetivos políticos. Isso, no entanto, não foi exclusividade dessa Conferência ou do Terceiro Mundo. Pelo contrário: as normas são sempre elaboradas a partir de decisões políticas de distribuir custos de determinadas maneiras, privilegiando essa ou aquela forma de emprego da força armada, em detrimento de outras.

Da mesma forma, não é verdade que esse objetivo político seja necessariamente contrário à proteção humanitária. Em muitos dos casos analisados, a posição política do Terceiro Mundo traduziu-se na defesa de normas que estenderiam o manto protetivo do Direito Internacional Humanitário. É o caso, por exemplo, das posições quanto à ocupação beligerante ou a restrição de certas armas convencionais. Mesmo nos casos mais polêmicos da definição de conflitos internacionais e de combatentes, considerando-se o emprego de táticas de guerrilha um dado da realidade, as normas defendidas pelo Terceiro Mundo e adotadas na Conferência trazem maior proteção nesse tipo de conflito.

Em síntese, pode-se dizer que o Terceiro Mundo agiu, sim, de forma politizada, com vistas a utilizar o Direito Internacional Humanitário como instrumento de transformação da realidade e correção de injustiças. Não se poderia esperar o contrário, considerando-se que, até então, esses países tinham tido pouca ou nenhuma influência na definição dessas regras. Pelo contrário: muito do desenvolvimento do Direito dos Conflitos Armados havia ocorrido sob medida para permitir a guerra contra esses povos. Fica, portanto, comprovada a hipótese de que o Terceiro Mundo atuou com posição reformista, na crença de que as mudanças propostas poderiam colaborar para promover justiça na ordem internacional.

4.1.2 Continuísmo e a defesa da soberania

Houve outros temas, no entanto, em que o Terceiro Mundo também entrou em conflito com potências tradicionais, mas não para criticar a ordem vigente. Pelo contrário: em alguns momentos, os países em desenvolvimento figuraram como os mais firmes defensores de um dos pilares fundamentais da ordem internacional: a soberania nacional.

³⁵⁹ BAXTER, Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law.

Essa posição transparece, por exemplo, na crítica ao artigo sobre ordens superiores. Nesse caso, o Terceiro Mundo foi contra a redação proposta pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, sob o argumento de que se tratava de um tema a ser lido pela legislação nacional de cada Estado. O receio desses países era quanto à possibilidade de que o artigo gerasse questionamentos à autoridade de seus comandantes militares. A hierarquia e a disciplina eram valores caros a esses países, muitos dos quais ainda estavam em pleno processo de construção de instituições básicas do Estado. Coube ao Terceiro Mundo, nesse caso, a defesa do Exército tradicional, nos modelos herdados das potências europeias.

Essa postura ficou ainda mais evidente na discussão do Protocolo II, relativo aos conflitos armados sem caráter internacional. O Terceiro Mundo criticou, desde o princípio, a possibilidade de intervenção em temas que consideravam ser de seu domínio exclusivo. Questionou, ainda, que o Protocolo poderia ser usado por grupos dissidentes que tentassem romper a integridade territorial ou atentar contra o governo central. Na visão desses países, o uso da força era legítimo no caso de conflitos de autodeterminação. Uma vez alcançada a independência, no entanto, deveria prevalecer a ordem e a integridade territorial, contra tentativas de subversão ou de secessão. Diante desse risco, esses países atuaram de forma sistemática para enfraquecer o Protocolo II.

Em primeiro lugar, o Terceiro Mundo atuou para reduzir o âmbito de aplicação do Protocolo, por meio da inscrição de elevados requisitos de aplicabilidade. Como resultado final, o Protocolo aplica-se a situações extremamente limitadas, em que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes condições: grupos armados organizados sob a direção de um comando responsável, que exerçam controle sobre uma parte do território que lhes permita realizar operações militares contínuas e concentradas e aplicar o Protocolo. Para além da rigidez desses critérios, sua verificação na prática dá ensejo a muitas dúvidas, tornando incerta a aplicabilidade do Protocolo. Dessa forma, o Terceiro Mundo garantiu que apenas em situações extremamente excepcionais e, para todos os efeitos, de escala equivalente às grandes guerras convencionais, é que se aplicariam as normas do Protocolo II.

Nesse particular, a Conferência ajudou a definir, de forma mais clara, os contornos do direito à autodeterminação. Fica clara a distinção entre as lutas que os povos realizam contra o colonialismo ou o racismo (ou seja, quando há uma distinção geográfica ou étnica) e aquelas que uma população trava contra um governo central. Naquela, o conflito é considerado internacional, com o que o Direito Internacional parece conferir algum manto de

legitimidade; nesta, trata-se de conflito interno, em cuja repressão o governo tem poucas restrições.³⁶⁰

Não satisfeito com a limitação do âmbito de aplicação do Protocolo II, o Terceiro Mundo agiu, ademais, para reduzir ao máximo os compromissos assumidos no Protocolo. Foi esse o sentido das manifestações ao longo de todo o processo negociador. Foi esse, também, o objetivo da operação levada adiante pelo Paquistão para simplificar os dispositivos do Protocolo. O suposto acordo de cavalheiros permitiu salvar não tanto o Protocolo proposto pelo CICV e negociado nas Conferências, mas a ideia de um acordo para regular conflitos sem caráter internacional. Na prática, no entanto, suas regras são escassas e genéricas.

Fica evidente, portanto, como se manifestou essa defesa enfática da soberania pelos países do Terceiro Mundo, principalmente por aqueles que haviam acabado de conquistar sua independência e encontravam-se em processo de construção das instituições estatais. Confirma-se, assim, a segunda hipótese suscitada no presente trabalho.

4.1.3 Ambivalência e pragmatismo

As duas hipóteses demonstradas anteriormente aparentam certa tensão entre si: de um lado, a crítica à ordem vigente e a defesa dos movimentos que buscavam a independência contra potências coloniais; de outro, a defesa da soberania concebida em termos tradicionais, contra qualquer forma de questionamento ou ruptura.

No caso concreto, essa ambivalência revela-se na defesa de leque abrangente de normas aplicáveis aos conflitos travados por movimentos de libertação e oposição à regulamentação dos conflitos travados por outros grupos rebeldes.³⁶¹ Esse contraste foi acusado por um dos delegados americanos à Conferência:

The concept of national sovereignty implies the sovereign equality of States and the inequality of anything other than a State. It has been wondrous to watch this concept prevail over the humanitarian precept in the negotiation of the second protocol – that dealing with non-international armed conflicts. In this Conference of sovereign States, the rebellious group is the least favored of all, unless, of course, it is a national liberation movement, in which case it is the most favored.³⁶²

³⁶⁰ Em linha similar, ROSAS, Wars of National Liberation — International or Non-International Armed Conflicts?

³⁶¹ MEURANT, *Inter Arma Caritas: Evolution and Nature of International Humanitarian Law*, p. 243.

³⁶² ALDRICH, George H., *Establishing Legal Norms through Multilateral Negotiation – The Laws of War*, *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 9, n. 1, p. 9–16, 1977, p. 14.

Mesmo dentro do bloco do Terceiro Mundo não passou despercebida essa aparente contradição. Coube à delegação da Guiné-Bissau, recém-independente, questionar o emprego do conceito de soberania como forma de criticar o Protocolo II. Segundo o delegado guineense, era precisamente esse tipo de argumento que havia sido utilizado, por anos, para proteger as potências coloniais:

In referring to non-international conflicts, some speakers had referred to the principle of respect for sovereignty and non-interference in the internal affairs of States. It was Portugal itself that was behind those ideas. But was it interference in the internal affairs of Portugal to speak of colonialism? Was it an infringement of the sovereignty of the colonial Powers to regard the armed struggles for national liberation as conflicts of an international nature? Surely not.³⁶³

A atuação do Terceiro Mundo esteve pautada sempre pela defesa do que considerava serem seus interesses. No caso dos conflitos irregulares, defenderam a maior proteção aos combatentes apenas nas lutas pela libertação nacional – contra regimes coloniais, racistas ou contra a ocupação estrangeira. Uma vez que estava claro que esses temas seriam regulados pelo Protocolo I, essas delegações trabalharam, em diversas frentes, para enfraquecer o Protocolo II. Buscaram, assim, maior proteção a formas não convencionais de luta armada, mas apenas quando direcionada aos Estados considerados imperialistas, e nunca contra seus próprios governos. Tratou-se, portanto, de uma postura pragmática: reformar o Direito Internacional Humanitário na medida de seus interesses, e não por um compromisso abstrato com formas alternativas de uso da força.

Exemplo dessa postura pragmática é a comparação, feita por Meyrowitz, entre a votação do convite para o Governo Provisório e Revolucionário do Vietnã e a votação sobre o artigo 1º do Protocolo I. Segundo o autor, o voto sobre o Vietnã envolvia interesses políticos imediatos de países do Terceiro Mundo, muitos dos quais estavam mais próximos ao bloco ocidental – como era o caso, sobretudo, da América Latina. Assim, o voto sobre essa questão seguiu os padrões de divisão da Guerra Fria. Já no caso do artigo 1º, o apoio do Terceiro Mundo foi possível porque o artigo dependeria da aplicação pelos Estados em que houvesse o conflito – ou seja, não envolveria interesses imediatos:

Alors que le vote sur l'admission du G.R.P. mettait en jeu des intérêts politiques immédiats d'un certain nombre d'Etats du Tiers-Monde, le vote sur le paragraphe en question concernait seulement un texte, lequel, au jugement de la plupart des Etats de la majorité, n'est pas susceptible d'être

³⁶³ CDDH Official Records, v. 5, CDDH/SR.18, p. 190.

utilisé contre eux et dont l'application, hypothétique, dépendra de toute façon du bon vouloir de l'Etat en cause.³⁶⁴

Outro exemplo do caráter pragmático da atuação do Terceiro Mundo diz respeito à regulamentação da ocupação beligerante. Nesse caso, o Terceiro Mundo atuou em defesa de maior proteção aos combatentes e aos civis. Essa posição, no entanto, não foi pautada por um princípio genérico de proteção humanitária, mas pelo interesse em enfraquecer a posição de Israel no conflito árabe-israelense.

Vê-se, portanto, como essa aparente ambivalência entre continuísmo e reforma revela, na essência, uma posição pragmática das delegações do Terceiro Mundo. Analisa-se, a seguir, como compreender essa situação do ponto de vista do marco teórico proposto no início dessa dissertação: as Abordagens do Terceiro Mundo sobre o Direito Internacional (TWAIL).

4.2 CONTRIBUIÇÕES DA ABORDAGEM TEÓRICA PARA O ESTUDO HISTÓRICO

Cumprir analisar em que medida a abordagem das TWAIL contribui para enriquecer a pesquisa histórica da negociação dos Protocolos Adicionais de 1977. Em outras palavras, propõe-se refletir sobre o que se ganha ao estudar o caso com as lentes das TWAIL, em comparação com uma abordagem tradicional.

Um primeiro aspecto que salta aos olhos é a riqueza de elementos que surge quando se passa a entender a Conferência não como um desenvolvimento natural e inevitável da evolução do Direito Internacional Humanitário, mas como um ambiente de disputas políticas pela distribuição de custos e ganhos na regulamentação dos conflitos armados. Em abordagens tradicionais, a realização da Conferência aparece como uma etapa natural da consagração dos direitos humanos nos conflitos armados. Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem de Baxter:

The United Nations Human Rights Commission and the Third Committee had completed their basic work on human rights in time of peace in the form of the Universal Declaration of Human Rights and the two International Covenants on Civil and Political Rights and on Economic and Social Rights, and it was natural that those persons in the United Nations systems who were interested in human rights should turn to the protection of such rights in time of armed conflict.³⁶⁵

³⁶⁴ MEYROWITZ, *Les Guerres de Libération et les Conventions de Genève*, p. 617.

³⁶⁵ BAXTER, *Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law*, p. 4-5; Em linha similar SANTIAGO, *Humanitarian Law in Armed Conflicts: Protocols I and II to the 1949 Geneva Conventions*, p. 193.

Na presente dissertação, por outro lado, fica claro que a convocação da Conferência não foi um acontecimento inevitável ou natural. Foi, antes, uma iniciativa capitaneada por alguns atores e que, em seu momento histórico, atendeu aos interesses da maioria dos países – sobretudo daqueles países recentemente independentes que não haviam participado da negociação dos instrumentos anteriormente existentes. As condições em que a Conferência foi convocada e realizada foram únicas e dizem respeito a seu momento histórico. Não por acaso, iniciativa anterior do Comitê Internacional da Cruz Vermelha de propor a negociação de tratados complementares às Convenções de 1949 não recebera apoio significativo nos anos 1950. Nesse sentido, a abordagem das TWAIL permite enxergar a história da disciplina do Direito dos Conflitos Armados com olhos críticos. Permite, sobretudo, identificar quem foram os atores e quais os interesses inscritos nas normas dos Protocolos Adicionais de 1977.

Se a convocação da Conferência Diplomática não era um fato inevitável, o mesmo pode-se dizer de seu resultado. Como visto, os artigos foram arduamente negociados. Em muitos casos, as posições eram extremamente díspares. Em diversos momentos, a própria possibilidade de um resultado aceitável esteve ameaçada, sobretudo no caso do Protocolo II. Em outras palavras: a análise das atas da Conferência e das disputas protagonizadas pelo Terceiro Mundo mostra que os Protocolos não foram resultado de uma força inexorável dos direitos humanos. Antes, foram resultado de disputas políticas intensas e de interesses conflitantes, que, a duras penas, resultaram em dois Protocolos aprovados por consenso.

Para além desse aspecto mais geral revelado pela análise efetuada nas páginas anteriores, a perspectiva das TWAIL coloca em evidência, também, a ambivalência nas posições do Terceiro Mundo.

Como visto, as TWAIL têm se destacado pelo questionamento dos fundamentos do Direito Internacional, entre os quais o conceito de soberania nacional. Sob essa perspectiva, a soberania nacional teria surgido do encontro colonial, como forma de resolver a questão do relacionamento jurídico entre europeus e indígenas. Desde então, o conceito de soberania teria sido utilizado para justificar relações desiguais em relação ao bárbaro, ao não civilizado, ao terrorista.

No caso do Direito Internacional Humanitário, a soberania carrega o significado específico de justificar o monopólio sobre o uso da força, ou seja, o direito de guerrear. Por mais que a doutrina tradicional busque separar *jus in bello* e *jus ad bellum*, o Direito Internacional Humanitário apenas reconhece e legitima as guerras travadas por Estados ou, no máximo, por entes cuja organização se assemelhe à dos Estados. Nos demais conflitos, o

Estado permanece virtualmente livre de amarras quanto ao uso da força para conter movimentos rebeldes. O Direito Humanitário, assim, pode ser visto como um mecanismo de legitimação não apenas do Estado moderno, mas de sua forma de guerrear.³⁶⁶

Sob essa perspectiva, fica claro que a atuação do Terceiro Mundo adotou postura realmente reformista, e não revolucionária. Na Conferência Diplomática, o Terceiro Mundo atuou decididamente para redistribuir os custos nos conflitos armados, aumentando o ônus do Estado de combater movimentos de libertação. É o caso, por exemplo, da posição assumida quanto à definição de conflitos internacionais e de prisioneiros de guerra. Essa posição contestatória chamou tanta atenção que foi vista por alguns analistas como o único objetivo desses países na Conferência:

As has surely become obvious the entire tenor of the discussions at the Diplomatic Conference was directed towards creating an imbalance in favor of the members of national liberation movements.³⁶⁷

Olhar apenas para esse aspecto, no entanto, seria esconder parte da história. Não houve, por parte do Terceiro Mundo, um questionamento quanto aos fundamentos sobre os quais o Direito Humanitário está construído. Pelo contrário: esses Estados foram os maiores defensores da soberania e de sua prerrogativa principal: o direito de guerrear. O Terceiro Mundo opôs-se de maneira obstinada à proposta de regulamentação dos conflitos armados sem caráter internacional. Essa posição encerrou dois objetivos: garantir a maior liberdade possível na repressão a movimentos rebeldes e negar legitimidade internacional a esses movimentos dissidentes ou separatistas, tratando-os como questões a serem resolvidas internamente.

Não se pode perder de vista que o Direito Internacional Humanitário, como o direito em geral, também é um mecanismo de legitimação. A postura conservadora quanto aos conflitos internos reforça a posição tradicional de que o Estado é, por excelência, o detentor do direito ao uso da força e do direito à guerra. O Terceiro Mundo deixou claro que, em seu território, é apenas o governo central que tem o privilégio da guerra. Os demais grupos seguem, em grande medida, à margem do direito. Apenas quando cumprem diversos requisitos – o mais severo deles, a ocupação de parte do território – é que movimentos armados passam a ter relevância jurídica para o Direito Internacional. E, ainda assim, contam com uma proteção muito limitada.

³⁶⁶ NORMAND; JOCHNICK, *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War*; MÉGRET, *From 'Savages' to 'Unlawful Combatants': a Postcolonial Look at International Humanitarian Law's "Other"*.

³⁶⁷ LEVIE, *Prisoners of War Under the 1977 Protocol I*, p. 66.

Nesse sentido, pode-se dizer que o Terceiro Mundo não buscou alterar o paradigma do Direito Humanitário. Buscou, apenas, incluir os movimentos de libertação dentro do paradigma tradicional – mantendo a exclusão contra outros tipos de movimento. O Terceiro Mundo agiu com o objetivo claro de promover uma nova distribuição de poder na ordem internacional, minando as potências tradicionais. Não chegou, no entanto, a questionar os pressupostos dessa ordem, e contribuiu mesmo para reforçá-los.

É esta a principal contribuição das TWAIL para o estudo do caso analisado: enxergar além das narrativas tradicionais, que costumam apontar os Protocolos de 1977 como uma evolução natural da disciplina, ou como resultado de interesses políticos do Terceiro Mundo que desvirtuaram os princípios do Direito Internacional Humanitário. Ao criticar a primeira geração de autores da tradição do Terceiro Mundo, a abordagem das TWAIL ajuda a entender que a posição do Terceiro Mundo combinou tanto reformismo quanto continuísmo. Auxilia a compreender como o mesmo grupo de países pôde defender tanto a inclusão de movimentos de libertação e de novas formas de guerrear, quanto a defesa enfática da soberania e dos mecanismos de repressão contra levantes internos.

4.3 CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE HISTÓRICA PARA O ESTUDO TEÓRICO

Por fim, cabe tecer alguns comentários sobre a coerência entre os enunciados e juízos das TWAIL e a análise da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável em Conflitos Armados. Em outras palavras, trata-se de avaliar se a pesquisa histórica realizada comprova os argumentos teóricos das TWAIL.

Há um aspecto muito evidente no qual o presente estudo de caso corrobora a perspectiva das TWAIL. Trata-se da constatação de que o Terceiro Mundo é, sim, um ator relevante na confecção do Direito Internacional. Contrariamente ao que algumas narrativas podem dar a entender, os Protocolos de 1977 não são um produto inexorável da aplicação de princípios e conceitos humanitários ao Direito dos Conflitos Armados. Eles foram, na verdade, resultado de disputas intensas, nas quais o Terceiro Mundo desempenhou papel central. Nem poderia ser diferente: diante da primeira oportunidade de efetivamente influenciar as normas desse ramo do Direito Internacional, esses países trataram de promover normas que favorecessem povos do Terceiro Mundo que lutavam para alcançar a autodeterminação.

Outra constatação que confirma um argumento das TWAIL diz respeito ao projeto reformista dos países recentemente independentes e de seus internacionalistas. Esse reformismo manifesta-se em dois aspectos comprovados pela participação do Terceiro Mundo na Conferência Diplomática.

O primeiro deles é a crença no Direito Internacional como instrumento capaz de transformar a realidade. O alto nível de engajamento na Conferência Diplomática deixa evidente que esses países acreditavam que a mudança das normas poderia ter impacto em situações concretas que afetavam o Terceiro Mundo. Mais especificamente, acreditava-se que essas normas auxiliariam a luta dos povos ainda sujeitos à dominação colonial, à ocupação estrangeira ou a regimes racistas.

Segundo aspecto dessa postura reformista é a defesa de mudanças pontuais no Direito Humanitário. Apesar de serem consideradas radicais por países e autores ocidentais, as propostas defendidas pelo Terceiro Mundo não representaram uma negação completa do Direito dos Conflitos Armados criado pelas potências tradicionais. Representaram o desejo de adaptá-lo em questões pontuais, de forma a melhor atender seus interesses. Mais especificamente, ajustá-lo à guerra de guerrilha e aos movimentos de libertação nacional. Tratou-se, assim, de uma postura reformista, e não revolucionária.

Se a postura reformista significou aceitação dos pressupostos já estabelecidos do Direito Humanitário, um pilar integralmente endossado pelo Terceiro Mundo foi a soberania nacional. Como visto, a posição desses países quanto ao Protocolo II – seja em seu âmbito de aplicação, seja em suas cláusulas substantivas – deixou claro que esses países não aceitariam qualquer intervenção no que consideravam seu domínio exclusivo. Não aceitariam, tampouco, nenhum questionamento quanto ao Estado nacional construído após a descolonização. Para tanto, fizeram questão de garantir que os conflitos armados sem caráter internacional não contassem com uma regulação convencional abrangente. Dessa forma, reafirmaram que fazer a guerra é uma prerrogativa do soberano e que táticas de guerra não convencional só seriam legitimadas no contexto do direito à autodeterminação – e não contra o Estado pós-colonial. Essa posição corrobora as afirmações dos autores vinculados às TWAIL sobre o apego à soberania por parte da primeira geração dos juristas da tradição do Terceiro Mundo no Direito Internacional.

Há, no entanto, dois aspectos importantes relativos à participação do Terceiro Mundo na Conferência que não se explicam com os argumentos das TWAIL.

Um deles é a influência decisiva da Guerra Fria. Em alguns dos temas analisados, o Terceiro Mundo votou como um bloco coeso. O sucesso dessas posições, no entanto,

dependeu, em muitos casos, da coincidência de posições com outros blocos de países. Assim, no caso do artigo 1º do Protocolo I, o interesse do Terceiro Mundo foi similar ao do bloco socialista, o que permitiu a aprovação de suas teses. Em outros casos, no entanto, como na limitação ao uso de certas armas convencionais ou nos artigos sobre o direito da ocupação, o Terceiro Mundo viu-se isolado, contra a orientação da Organização do Tratado do Atlântico Norte e do Pacto de Varsóvia, de forma que suas posições foram vencidas.

Outro aspecto em que se reflete a influência da Guerra Fria diz respeito aos temas considerados mais sensíveis pelas potências. Principal exemplo desse caso é o possível convite à participação do Governo Provisório Revolucionário do Vietnã. Nesse caso, fica clara a margem muito estreita de atuação de alguns países do Terceiro Mundo, que estavam sob a esfera de influência de uma das duas superpotências. No caso dos países da América Latina, por exemplo, os países votaram, de forma geral, com os Estados Unidos e contra a possibilidade de participação do Governo Provisório Revolucionário do Vietnã. Assim, os alinhamentos existentes no contexto da Guerra Fria impediram uma posição unificada do Terceiro Mundo quanto ao tema.

Essas alianças e arranjos contingentes não são devidamente exploradas nos escritos das TWAIL. Focados em aspectos econômicos e nos embates entre Norte e Sul, esses autores não tratam, com profundidade, das limitações impostas ao Terceiro Mundo no contexto da divisão do mundo entre Leste e Oeste. Como visto, no entanto, essa divisão geopolítica teve influência decisiva tanto no caso de algumas vitórias (como o artigo 1º do Protocolo I) quanto algumas derrotas (caso das questões relativas a certas armas convencionais) do Terceiro Mundo. É evidente que a existência de grandes potências como fator de constrangimento à atuação internacional do Terceiro Mundo é um dos elementares das TWAIL. Ainda assim, nos escritos históricos desses autores não se trata, com profundidade, da forma específica como isso se manifestou durante o período da Guerra Fria. Nesse contexto, a identificação desse ponto cego talvez corrobore o argumento de Galindo quanto ao fato de que os autores das TWAIL tendem a formular juízos a respeito da primeira geração do Terceiro Mundo sem a devida atenção a seu contexto histórico.³⁶⁸

Por fim, há outra ressalva quanto à aplicação das TWAIL ao caso estudado. Trata-se da afirmação, comum entre os autores dessa corrente, de que a chamada primeira geração da tradição do Terceiro Mundo fracassou em sua empreitada por mudanças no Direito e na

³⁶⁸ GALINDO, Splitting TWAIL?

ordem internacionais. Essa afirmação está, muitas vezes, embasada na análise do pleito pela chamada Nova Ordem Econômica Internacional.³⁶⁹

No caso do Direito Internacional Humanitário, no entanto, o levantamento aqui realizado mostra que o Terceiro Mundo logrou, sim, efetuar mudanças importantes nas regras aplicáveis aos conflitos armados. Em diversos artigos, como no tocante às normas sobre ocupação beligerante, o Terceiro Mundo conseguiu não apenas influir nas regras do Protocolo, mas na própria aplicabilidade das regras das Convenções de Genebra.

Poder-se-ia contestar esse argumento, alegando-se que países importantes ainda não são parte do Protocolo I. Ainda assim, as normas desse Protocolo são, em grande medida, reconhecidas como normas costumeiras pela doutrina e pelo CICV. Ademais, mesmo que os tratados não vinculem tal ou qual parte em um conflito *ipso jure*, ainda assim, as normas dos Protocolos exercem papel de legitimação de demandas pela extensão da proteção humanitária em casos de conflitos sobre os quais paira dúvida a respeito do regime aplicável.

Outra crítica seria que a mudança no Direito dos Conflitos Armados não teria resultado em transformações concretas em benefício do Terceiro Mundo. Cabe ressaltar, no entanto, que ainda que a descolonização tenha ocorrido de forma mais intensa antes da Conferência, nos anos seguintes à adoção dos Protocolos, ou mesmo entre 1974 e 1977, houve povos que alcançaram a autodeterminação por meio de lutas armadas. Mesmo que o Protocolo I não tenha sido aplicado em cada um dos casos, seus princípios foram e são instrumentos à disposição dos atores envolvidos na batalha militar e jurídica em torno do conflito.

Nota-se, portanto, que a análise da Conferência de Genebra corrobora alguns dos argumentos das TWAIL, sobretudo no tocante ao papel ativo do Terceiro Mundo na elaboração do Direito Internacional, a seu papel reformista (tanto na crença na capacidade transformadora do Direito Internacional quanto no alcance pontual das reformas propostas) e à defesa enfática da soberania nacional. Por outro lado, os autores das TWAIL parecem não levar devidamente em conta o papel da Guerra Fria como condicionante dessa atuação, seja nas vitórias viabilizadas por aliança com um dos blocos, seja nas derrotas ocorridas pela oposição das superpotências ou pela divisão no Terceiro Mundo. Em todo caso, o grau elevado de sucesso na Conferência contrasta com a alegação de que a primeira geração de juristas do Terceiro Mundo não teria logrado conquistas em sua empreitada por transformações na ordem internacional.

³⁶⁹ MICKELSON, Karin. Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse, p. 362-374; SALOMON, From NIEO to Now and the Unfinishable Story of Economic Justice.

5 CONCLUSÃO

A Conferência de Genebra foi um momento de transformação no Direito dos Conflitos Armados. A negociação na década de 1970 trouxe um grau inédito de polarização e dissenso nas negociações humanitárias. Diferentemente das Convenções de Genebra de 1949, os Protocolos não gozam, até hoje, de aceitação universal. Passados 40 anos de sua aprovação, o Protocolo I conta com 174 Partes Contratantes e o Protocolo II, com 168.

No início da presente dissertação, viu-se como as Abordagens do Terceiro Mundo sobre o Direito Internacional podem ajudar a desmistificar a história do Direito Internacional Humanitário. A análise realizada deixa claro como esse regime não evolui em trajetória de progresso unívoca, nem é determinado apenas por preceitos humanitários. Pelo contrário, o Direito dos Conflitos Armados é resultado e objeto de disputas políticas constantes entre atores interessados em sua utilização estratégica.

Como afirma David Kennedy, a linguagem sobre a guerra tem se tornado cada vez mais unificada – e unificada em torno da linguagem do Direito. Comandantes militares e atores humanitários podem divergir quanto a objetivos e ações específicas, mas compartilham o mesmo vocabulário para debater esses temas. Cada um desses grupos busca utilizar o Direito de forma estratégica, seja para justificar ou criticar o uso da força:

We might think of law in this sense as part of what Clausewitz called “friction” in war – the innumerable factors that speed or impede operations. But if law can increase friction by persuading relevant audiences of a campaign’s illegitimacy, it can also grease the wheels of combat. Law is a strategic partner for military commanders when it increases the perception of outsiders that what the military is doing is legitimate.³⁷⁰

O Direito, nesse sentido, é fonte de legitimidade e, por isso mesmo, de poder. Em Genebra, o Terceiro Mundo buscou colocar esse poder a seu serviço, promovendo suas causas – a luta contra o colonialismo, o racismo e a ocupação – e resguardando sua soberania. Ao fazer isso, promoveu uma reforma no Direito dos Conflitos Armados: garantiu o reconhecimento de novas formas de uso da força, mas desde que no exercício do direito à autodeterminação e direcionadas contra Estados considerados imperialistas – e nunca contra sua própria soberania.

Se essas conquistas do Terceiro Mundo resultaram em nível maior de proteção à pessoa humana é uma questão objeto de disputas. De um lado, autores ocidentais argumentam que a atuação do Terceiro Mundo facilitou a utilização de táticas que são contrárias aos

³⁷⁰ KENNEDY, David, **Of War and Law**, Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 41.

objetivos humanitários e que expõem a população civil ao risco. De outro, os autores do Terceiro Mundo argumentam que o Protocolo I aumentou a proteção aos movimentos de libertação nacional e aos povos sob ocupação.

Curiosamente, quando se trata do Protocolo II, a situação é inversa. Autores ocidentais argumentam que o Terceiro Mundo falhou ao negar proteção aos civis e aos combatentes em conflitos armados sem caráter internacional. O Terceiro Mundo, por outro lado, argumenta que atuou em favor da estabilidade institucional.

Não há, portanto, um sentido único dessa história. Há disputas estratégicas em torno da distribuição dos custos e benefícios da regulação internacional. Os dois Protocolos Adicionais de 1977 são produto dessa disputa e da atuação de grupos e indivíduos na Conferência de Genebra. Esse resultado não se explica apenas por princípios humanitários, mas pelo equilíbrio de forças alcançado em torno de cada tema naquele momento histórico.

Viu-se, também, como as TWAIL têm contribuído para denunciar o papel da soberania como elemento de preservação de relações desiguais na sociedade internacional. O Direito dos Conflitos Armados tem exercido, historicamente, um papel-chave nessa relação. Desde a obra de Vitoria, o direito de guerrear constitui a linha de separação entre o soberano e o “outro”.

As polêmicas criadas em torno tanto do Protocolo I quanto do Protocolo II mostram como a questão de quem está dentro e quem está fora do Direito foi considerada decisiva. O Protocolo I passou a legitimar, ao incluí-los dentro do Direito Humanitário, o uso da força por alguns grupos armados não estatais. Esse reconhecimento, no entanto, ocorreu apenas nas situações de exercício do direito à autodeterminação, quando se busca constituir um Estado ou combater outra forma de dominação estrangeira. Já no caso do Protocolo II, não havia nenhuma disposição para reconhecer a possibilidade de secessão ou de contestação ao governo estabelecido, razão pela qual se buscou, de todas as formas, colocar os grupos rebeldes à margem do Direito.

Especificamente em relação à participação do Terceiro Mundo – Estados e movimentos de libertação nacional – foram lançadas duas hipóteses com base nas teses das TWAIL: a de que o Terceiro Mundo buscou reformar o Direito Internacional Humanitário e de que houve uma defesa forte da soberania.

O objetivo de reforma aparece claro em diversos aspectos do Protocolo I. O Terceiro Mundo buscou ampliar o conceito de conflitos armados internacionais para incluir os movimentos de libertação nacional. Em seguida, fez questão de garantir que os membros desses movimentos recebessem os privilégios de combatentes e a proteção de prisioneiros de

guerra, ainda que não cumprissem os requisitos tradicionais para tanto. Também no caso da ocupação, buscou-se elevar os custos da potência ocupante e aumentar a proteção conferida às forças de resistência e à população civil – principalmente nos casos de ocupações prolongadas. O Terceiro Mundo buscou, ainda, incluir dispositivos relativos à limitação do uso de certas armas convencionais no Protocolo, mas não obteve a necessária maioria.

Para além dessa postura de reforma, no entanto, desde o começo da Conferência diversas delegações do Terceiro Mundo enfatizaram que não tolerariam qualquer medida que afetasse sua soberania nacional – em muitos casos, recentemente conquistada. Nas discussões sobre responsabilidade individual, os países em desenvolvimento se bateram pela defesa da ordem e da hierarquia em suas Forças Armadas, em oposição à possibilidade de que um subordinado descumprisse ordens de seus superiores. No caso do Protocolo II, atuaram para limitar seu âmbito de aplicação e para diminuir o alcance de suas regras. Buscaram, assim, garantir que grupos rebeldes permanecessem à margem do Direito dos Conflitos Armados. Com isso, reforçaram a soberania e sua prerrogativa principal: o direito de fazer a guerra.

A participação do Terceiro Mundo, portanto, foi marcada pela ambivalência entre contestação e continuísmo. Nos aspectos em que isso favoreceria seus objetivos políticos, o Terceiro Mundo buscou reformar o Direito dos Conflitos Armados e garantir maior proteção a grupos que, até então, estavam à margem de sua regulação. Quando se tratava da possibilidade de contestação a sua própria autoridade, no entanto, o Terceiro Mundo foi o principal defensor da preservação do *status quo*, ou seja, do menor número possível de limitações ao direito do Estado de reprimir grupos rebeldes.

Nesse sentido, o estudo de caso dos Protocolos de 1977 corrobora alguns importantes argumentos dos “TWAILers” sobre a geração das décadas de 1960 e 1970 de autores do Terceiro Mundo. A postura reformista do Terceiro Mundo na Conferência de Genebra demonstra uma crença na capacidade do Direito Internacional de influenciar a realidade e contribuir para um mundo mais justo – um mundo em que se pudesse superar o colonialismo, o racismo e outras formas de subjugação dos povos. Essa postura reformista, no entanto, esbarra em outro aspecto identificado pelas TWAIL: a defesa forte da soberania.

Essa ambivalência poderia ser vista como um elemento de contradição. Afinal, o Terceiro Mundo defendeu a ampliação da proteção de grupos armados no caso de conflitos internacionais, mas se opôs a dispositivos análogos no caso de conflitos sem caráter internacional. Outra interpretação possível, no entanto, é a de que se tratou de um movimento pragmático. Como visto, apesar da narrativa tradicional fazer parecer que o Direito dos Conflitos Armados evolui norteado por princípios abstratos, ele é, na verdade, obra de

interesses e valores específicos de seu tempo. Na década de 1970, o Terceiro Mundo atuou em defesa de seus interesses concretos. A postura reformista ocorreu apenas na medida da promoção de seus interesses, ou seja, a promoção do direito à autodeterminação e o combate às potências coloniais. Quando se tratou, no entanto, da possibilidade de enfraquecimento de suas próprias instituições, o Terceiro Mundo apegou-se à defesa da ordem tradicional e da soberania.

Assim, os Protocolos de 1977 representam, em muitos sentidos, uma vitória dos países do Terceiro Mundo. Diferentemente do que costumam afirmar autores das TWAIL, o Terceiro Mundo logrou, sim, conquistas importantes durante esse período da descolonização. Se não conseguiu construir as bases para uma Nova Ordem Econômica Internacional, conseguiu colocar o Direito dos Conflitos Armados a seu lado na luta pela autodeterminação.

Essa conquista, no entanto, foi balizada pelas limitações impostas pela Guerra Fria. No caso da restrição ao uso de certas armas convencionais, fica claro como o Terceiro Mundo não teve força suficiente para superar a coincidência de interesses das duas superpotências. Em outros casos, foi a divergência entre as potências que causou a divisão nas posições das delegações do Terceiro Mundo. Ainda que a existência e o domínio de potências tradicionais esteja no centro dos pressupostos das TWAIL, não se costuma dar a devida atenção em como isso se manifestou no contexto histórico específico da Guerra Fria.

São muitas as contribuições das TWAIL ao Direito Internacional. Ao analisar o momento de gênese dos mais recentes instrumentos convencionais desse regime, espera-se que esse estudo tenha contribuído para enriquecer esse campo. Espera-se, em particular, que a presente dissertação auxilie a promover o estudo da história do Direito Internacional sob uma perspectiva crítica. Uma perspectiva que não tome as normas existentes como inevitáveis ou como necessariamente mais justas. A negociação dos Protocolos de 1977 mostra que, com conhecimento técnico, argumentos consistentes e alianças com atores afins, é possível colocar o Direito Internacional a serviço dos povos em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

LIVROS E ARTIGOS DE PERIÓDICOS

ABI-SAAB, Georges M. The Newly Independent States and the Rules of International Law: An Outline. **Howard Law Journal**, v. 8, n. 1, p. 95–121, 1962.

ABI-SAAB, Georges. Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols. **Recueil des Cours de l'Academie de Droit International**, v. 165, p. 357–445, 1979.

ABI-SAAB, Georges. The Third World Intellectual in Praxis: Confrontation, Participation, or Operation Behind Enemy Lines? **Third World Quarterly**, v. 37, n. 11, p. 1957–1971, 2016.

ALDRICH, George H. Establishing Legal Norms through Multilateral Negotiation – The Laws of War. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 9, n. 1, p. 9–16, 1977.

ALDRICH, George H. New Life for the Laws of War. **The American Journal of International Law**, v. 75, n. 4, p. 764–783, 1981.

ALEXANDER, Amanda. A Short History of International Humanitarian Law. **The European Journal of International Law**, v. 26, n. 1, p. 109–138, 2015.

ALEXANDER, Amanda. International Humanitarian Law, Postcolonialism and the 1977 Geneva Protocol I. **Melbourne Journal of International Law**, v. 17, n. 1, p. 15–50, 2016.

ALTWICKER, Tilmann; DIGGELMANN, Oliver. How is Progress Constructed in International Legal Scholarship? **The European Journal of International Law**, v. 25, n. 2, p. 425–444, 2014.

ANAND, R. P. Attitude of the Asian-African States Toward Certain Problems of International Law. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 15, n. 1, p. 55–75, 1966.

ANGHIE, Antony. Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law. **Social & Legal Studies**, v. 5, n. 3, p. 321–336, 1996.

ANGHIE, Antony; CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. **Chinese Journal of International Law**, v. 2, n. 1, p. 77–103, 2003.

ANGHIE, Antony. The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities. **Third World Quarterly**, v. 27, n. 5, p. 739–753, 2006.

ASAMOAHA, Obed. The Legal Effect of Resolutions of the General Assembly. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 3, n. 2, p. 210–230, 1964.

BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. **International Community Law Review**, v. 10, n. 4, p. 379–387, 2008.

BADAWI, Nesrine. Regulation of Armed Conflict: Critical Comparativism. **Third World Quarterly**, v. 37, n. 11, p. 1990–2009, 2016.

BARROS, Patrícia Ramos. **Reminiscências Coloniais e Incoerências entre a Noção de Saúde Global e o Terceiro Mundo: a Atuação da Organização Mundial da Saúde em Situação de Emergência Sanitária**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

BAXI, Upendra. What May the “Third World” Expect From International Law? **Third World Quarterly**, v. 27, n. 5, p. 713–725, 2006.

BAXTER, R. R. Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law. **Harvard International Law Journal**, v. 16, n. 1, p. 1–26, 1975.

BEDJAOUI, Mohammed. Problèmes Récents de Succession d'États dans les États Nouveaux. **Recueil des Cours de l'Academie de Droit International**, v. 130, p. 455–585, 1970.

BEN-NAFTALI, Orna; GROSS, Aeyal M; MICHAELI, Karen. Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory. **Berkeley Journal of International Law**, v. 23, n. 3, p. 551–614, 2005.

BENVENISTI, Eyal. **The International Law of Occupation**. Princeton: Princeton University Press, 1993.

BERGER, Mark T. The End of the 'Third World'? **Third World Quarterly**, v. 15, n. 2, p. 257–275, 1994.

BLONDEL, Jean-Luc. **From Saigon to Ho Chi Minh City: The ICRC's Work and Transformation from 1966 to 1975**. Geneva: CICV, 2016.

BOISSIER, Pierre. **History of the International Committee of the Red Cross, v. I: from Solferino to Tsushima**. Geneva: Henry Dunant Institute, 1985.

BOND, James E. Amended Article 1 Of Draft Protocol I To The 1949 Geneva Conventions: The Coming Of Age Of The Guerrilla. **Washington and Lee Law Review**, v. 32, n. 1, p. 65–78, 1975.

BRETTON, Philippe. Remarques Générales sur les Travaux de la Conférence de Genève sur la Réaffirmation et le Développement du Droit Humanitaire Applicable dans les Conflits Armés. **Annuaire Français de Droit International**, v. 23, n. 1, p. 197–220, 1977.

CALHOUN, Craig. The Imperative to Reduce Suffering: Charity, Progress, and Emergencies in the Field of Humanitarian Action. *In*: WEISS, Thomas G; BARNETT, Michael (Orgs.). **Humanitarianism in Question: Politics, Power, Ethics**. Ithaca: Cornell University Press, 2008 p. 73-97.

CAMPOS, Camila Gabriella. **O Surgimento e a Evolução do Direito Internacional Humanitário**. Monografia. Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

CANTRELL, Charles L. Humanitarian Law in Armed Conflict: the Third Diplomatic Conference. **Marquette Law Review**, v. 61, n. 2, p. 253–278, 1977.

CARNAHAN, Burrus M. Lincoln Lieber and the Laws of War: the Origins and Limits of the Principle of Military Necessity. **The American Journal of International Law**, v. 92, n. 2, p. 213–231, 1998.

CASS, Deborah Z. Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship in International Law. **Nordic Journal of International Law**, v. 65, p. 341–383, 1996.

CASSESE, Antonio. Means of Warfare: The Present and the Emerging Law. **Revue Belge de Droit International**, v. 12, n. 1, p. 143–165, 1976.

CASSESE, Antonio. The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law. **Pacific Basin Law Journal**, v. 3, n. 1-2, p. 55–118, 1984.

CASTAÑEDA, Jorge. The Underdeveloped Nations and the Development of International Law. **International Organization**, v. 15, n. 1, p. 38–48, 1961.

CASTRÉN, Erik. Conférence d'Experts Gouvernementaux de 1972 sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire Applicable dans les Conflits Armés. **Comunicazioni e Studi**, v. 14, p. 201–213, 1975.

CHIMNI, B. S. International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making. **The European Journal of International Law**, v. 15, n. 1, p. 1–37, 2004.

COUPLAND, Robin; LOYE, Dominique. The 1899 Hague Declaration Concerning Expanding Bullets: a Treaty Effective for More than 100 Years Faces Complex Contemporary Issues. **International Review of the Red Cross**, v. 85, n. 849, p. 135–142, 2003.

DAL RI JÚNIOR, Arno; BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafra; ZIMMERMANN, Taciano Scheidt. O Direito Internacional e as Abordagens do “Terceiro Mundo”: Contribuições da Teoria Crítica do Direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 62, n. 1, p. 61–81, 2017.

DRAPER, G. I. A. D. Humanitarian Law and Human Rights. **Acta Juridica**, p. 193–206, 1979.

DRAPER, G. I. A. D. Humanitarian Law and Internal Armed Conflicts. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 13, p. 253–277, 1983.

DUNANT, J. Henry. **Un Souvenir de Solferino**. Genebra: Imprimerie Jules-Guillaume Fick, 1862.

DURAND, André. **History of the International Committee of the Red Cross, . II: from Sarajevo to Hiroshima**. Genebra: Henry Dunant Institute, 1984.

ELIAS, T. O. The Berlin Treaty and the River Niger Commission. **The American Journal of International Law**, v. 57, n. 4, p. 873–882, 1963.

ERICKSON, Richard John. Protocol I: A Merging of the Hague and Geneva Law of Armed Conflict. **Virginia Journal of International Law**, v. 19, n. 3, p. 557–592, 1979.

ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Between Resistance and Reform: TWAIL and the

Universality of International Law. **Trade, Law and Development**, v. 3, n. 1, p. 103–130, 2011.

FORSYTHE, David P. The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law: Some Observations. **The American Journal of International Law**, v. 69, n. 1, p. 77–91, 1975.

FORSYTHE, David P. Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts. **The American Journal of International Law**, v. 72, n. 2, p. 272–295, 1978.

FORSYTHE, David P. **The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

GAETA, Paola. The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law. **The European Journal of International Law**, v. 10, n. 1, p. 172–191, 1999.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law. **The European Journal of International Law**, v. 16, n. 3, p. 539–559, 2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Force Field: On History and Theory of International Law. **Rechtsgeschichte**, v. 20, p. 86–103, 2012.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A Volta do Terceiro Mundo ao Direito Internacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, v. 119-124, p. 46–68, 2013.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. ¿Para Qué Estudiar la Historia del Derecho Internacional? In: URUEÑA, René (Org.). **Derecho Internacional Poder y límites del derecho en la sociedad global**. Bogotá: Uniandes, 2014, p. 3–25.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para Que Serve a História Do Direito Internacional? **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 1, p. 338–354, 2015.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira; RORIZ, João Henrique Ribeiro. Da Teoria à Política: a Perspectiva Pós-Colonial nos Estudos de Relações Internacionais e Direito Internacional. In: Anais do 5º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais, Belo Horizonte: Associação Brasileira de Relações Internacionais, 2015.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Splitting TWAIL? **Windsor Yearbook of Access to Justice**, v. 33, n. 3, p. 37–56, 2016.

GARDAM, Judith. Gender and Non-Combatant Immunity. **Transnational Law and Contemporary Problems**, v. 3, p. 345–370, 1993.

GASSER, Hans-Peter. A Brief Analysis of the 1977 Geneva Protocols. **Akron Law Review**, v. 19, n. 4, p. 525–529, 1986.

GATHII, James Thuo. International Law and Eurocentricity. **The European Journal of International Law**, v. 9, n. 1, p. 184–211, 1998.

GATHII, James Thuo. Process and Substance in WTO Reform. **Rutgers Law Review**, v. 56,

n. 4, p. 1–41, 2004.

GATHII, James Thuo. TWAIL: a Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography. **Trade, Law and Development**, v. 3, n. 1, p. 26–64, 2011.

GATHII, James Thuo. Africa. *In*: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Orgs.). **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 407–428.

GILADI, Rotem. The Phoenix of Colonial War: Race, the Laws of War, and the “Horror on the Rhine”. **Leiden Journal of International Law**, v. 30, n. 4, p. 847–875, 2017.

GLAHN, Gerhard von. **The Occupation of Enemy Territory: A commentary on the law and practice of belligerent occupation**. Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1957.

GORDON, Robert W. The Struggle over the Past. **Cleveland State Law Review**, v. 44, n. 2, p. 123–143, 1996.

GRAHAM, David E. The 1974 Diplomatic Conference On the Law Of War: A Victory for Political Causes and a Return To the “Just War” Concept of the Eleventh Century. **Washington and Lee Law Review**, v. 32, n. 1, p. 25–63, 1975.

GREEN, L. C. The Geneva Humanitarian Law Conference 1975. **The Canadian Yearbook of International Law**, v. 13, p. 295–305, 1975.

HACKER, Donald E. The Application of Prisoner-Of-War Status to Guerrillas Under the First Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949. **Boston College International and Comparative Law Review**, v. 2, n. 1, p. 131–162, 1978.

HOFFMANN, Florian F. Gentle Civilizer Decayed? Moving (Beyond) International Law. **The Modern Law Review**, v. 72, n. 6, p. 1016–1034, 2009.

HOLM, Hans-Henrik. The End of the Third World? **Journal of Peace Research**, v. 27, n. 1, p. 1–7, 1990.

HONGSHENG, Sheng. The Evolution of Law of War. **The Chinese Journal of International Politics**, v. 1, n. 2, p. 267–301, 2006.

JACOB, Mariana Alencar; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Os Precedentes Históricos do Direito Internacional Humanitário. **ETIC - Encontro de Iniciação Científica do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente**, v. 10, n. 10, p. 1–32, 2014.

JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João. História dos Conceitos: Dois Momentos de um Encontro Intelectual. *In*: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (Ed.). **História dos Conceitos: Debates e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Ed. Loyola, 2006.

KALSHOVEN, Frits. Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Conference of Government Experts, 24 May-12 June, 1971. **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 2, p. 68–90, 1971.

KALSHOVEN, Frits. Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Conference of Government Experts (Second Session), 3 May – 2 June 1972. **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 3, p. 18–61, 1972.

KALSHOVEN, Frits. Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the First Session of the Diplomatic Conference, Geneva, 20 February – 29 March 1974. **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 5, p. 2–34, 1974.

KALSHOVEN, Frits. Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Diplomatic Conference, Geneva, 1974–1977 - Part I: Combatants and Civilians. **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 8, p. 107–135, 1977.

KALSHOVEN, Frits. Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Diplomatic Conference, Geneva, 1974 – 1977. **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 9, p. 107–171, 1978.

KALSHOVEN, Fritz. From International Humanitarian Law to International Criminal Law. **Chinese Journal of International Law**, v. 3, n. 1, p. 151–161, 2004.

KENNEDY, David; TENNANT, Chris. New Approaches to International Law: A Bibliography. **Harvard International Law Journal**, v. 35, n. 2, p. 417–460, 1994.

KENNEDY, David. **Of War and Law**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

KENNEDY, David. Lawfare and Ware. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 153–183.

KENNEDY, David. **A World of Struggle: How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy**. Princeton: Princeton University Press, 2016.

KHOSLA, Madhav. The TWAIL Discourse: The Emergence of a New Phase. **International Community Law Review**, v. 9, n. 3, p. 291–304, 2007.

KOLLER, David. ...and New York and The Hague and Tokyo and Geneva and Nuremberg and...: The Geographies of International Law. **The European Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 97–119, 2012.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

KOSKENNIEMI, Martti. Expanding Histories of International Law. **American Journal of Legal History**, v. 56, n. 1, p. 104–112, 2016.

KUNZ, Josef L. The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision. **The American Journal of International Law**, v. 45, n. 1, p. 37–61, 1951.

KUNZ, Josef L. The 1956 Draft Rules of the International Committee of the Red Cross at the New Delhi Conference. **The American Journal of International Law**, v. 53, n. 1, p. 132–138, 1959.

LAMP, Nicolas. Conceptions of War and Paradigms of Compliance: The “New War” Challenge to International Humanitarian Law. **Journal of Conflict and Security Law**, v. 16, n. 2, p. 225–262, 2011.

LAUTERPACHT, H. The Problem of the Revision of the Law of War. **The British Yearbook of International Law**, v. 29, p. 360–382, 1952.

LESAFFER, Randall. International Law and Its History – The Story of an Unrequited Love. *In*: CRAVEN, M.; FITZMAURICE, M.; VOGIATZI, M. (Orgs.). **Time, History and International Law**. Haia: Martinus Nijhoff, 2006, p. 27–41.

LEVIE, Howard S. Prisoners of War Under the 1977 Protocol I. **Akron Law Review**, v. 23, n. 1, p. 55–72, 1989.

LEVITT, Jeremy I. The African Origins of International Law: Myth or Reality? **UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs**, v. 19, p. 113–165, 2015.

LUBRANO-LAVADERA, Eugene Michel. **Les Lois de la Guerre et de l'Occupation Militaire**. Paris: Charles-Lavauzelle, 1956.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; AFONSO, Henrique Weil. Para Contar as Outras Estórias: Direito Internacional e Resistência Contra-hegemônica no Terceiro Mundo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 29, n. 1, p. 155–182, 2013.

MALANCZUK, Peter. **Akehurst's Modern Introduction to International Law**. 7. ed. Nova York: Routledge, 1997.

MEURANT, Jacques. Inter Arma Caritas: Evolution and Nature of International Humanitarian Law. **Journal of Peace Research**, v. 24, n. 3, p. 237–249, 1987.

MEYROWITZ, Henri. Les Guerres de Libération et les Conventions de Genève. **Politique Étrangère**, v. 39, n. 6, p. 607–627, 1974.

MÉGRET, Frédéric; HOFFMANN, Florian. The UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities. **Human Rights Quarterly**, v. 25, n. 2, p. 314–342, 2003.

MÉGRET, Frédéric. From 'Savages' to 'Unlawful Combatants': a Postcolonial Look at International Humanitarian Law's “Other”. *In*: ORFORD, Anne (Org.). **International Law and its Others**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 265–317.

MÉGRET, Frédéric. Grandeur et Déclin de L'idée de Résistance à l'Occupation: Réflexions à Propos de la Légitimité des "Insurgés". **Revue Belge de Droit International**, v. 1-2, p. 382–425, 2008.

MICKELSON, Karin. Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse. **Wisconsin International Law Journal**, v. 16, n. 2, p. 353–419, 1997.

MICKELSON, Karin. Taking Stock of TWAIL Histories. **International Community Law Review**, v. 10, n. 4, p. 355–362, 2008.

MOYN, Samuel. **The Last Utopia: Human Rights in History**. Cambridge: Harvard

University Press, 2010.

MUTUA, Makau. What is TWAIL? **American Society of International Law Proceedings**, v. 94, p. 31–38, 2000.

NATARAJAN, Usha; REYNOLDS, John; BHATIA, Amar; *et al.* Introduction: TWAIL – on Praxis and the Intellectual. **Third World Quarterly**, v. 37, n. 11, p. 1945–1956, 2016.

NOONE, Gregory P. The History and Evolution of the Law of War Prior to World War II. **Naval Law Review**, v. 47, p. 176–207, 2000.

NORMAND, Roger; JOCHNICK, Chris *af.* The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War. **Harvard International Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 49–95, 1994.

NORMAND, Roger; JOCHNICK, Chris *af.* The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War. **Harvard International Law Journal**, v. 35, n. 2, p. 387–416, 1994.

OBREGÓN, Liliana. The Civilized and the Uncivilized. *In*: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Orgs.). **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 917–939.

OKAFOR, Obiora Chinedu. Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A TWAIL Perspective. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 43, n. 1, p. 171–191, 2005.

OKAFOR, Obiora Chinedu. Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both? **International Community Law Review**, v. 10, n. 4, p. 371–378, 2008.

OLUWAKUYIDE, Akinola. Nigeria's Contribution to International Law: a Bibliography. **International Journal of Law Libraries**, v. 3, n. 2, p. 171–181, 1975.

OTTO, Dianne. Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of International Civil Society. **Human Rights Quarterly**, v. 18, n. 1, p. 107–141, 1996.

PAULUS, Andreas L. International Law After Postmodernism: Towards Renewal or Decline of International Law? **Leiden Journal of International Law**, v. 14, n. 4, p. 727–755, 1999.

PICTET, Jean S. (Org.). **The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary. III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War**. Geneva: CICV, 1960.

PICTET, Jean; PILLOUD, Claude; DE PREUX, Jean; *et al.* **Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949**. Geneva: Martinus Nijhoff, 1987.

PORRAS, Ileana M. On Terrorism: Reflections on Violence and the Oulaw. **Utah Law Review**, n. 1, p. 119–146, 1994.

PORRAS, Ileana M. Appropriating Nature: Commerce, Property, and the Commodification of Nature in the Law of Nations. **Leiden Journal of International Law**, v. 27, n. 3, p. 641–660,

2014.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. International Law and Social Movements: Challenges of Theorizing Resistance. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 41, p. 397–433, 2003.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. **International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy. **Third World Quarterly**, v. 27, n. 5, p. 767–783, 2006.

REY-SCHYRR, Catherine. **Histoire du Comité International de la Croix-Rouge, v. III: de Yalta à Dien Bien Phu, 1945-1955**. Geneva: Georg Editeur, 2007.

ROBERTS, Adam. What Is a Military Occupation? **The British Yearbook of International Law**, v. 55, n. 1, p. 249–305, 1985.

ROSAS, Allan. Wars of National Liberation — International or Non-International Armed Conflicts? **Instant Research on Peace and Violence**, v. 4, n. 1, p. 31–37, 1974.

SALMON, Jean. Participation du G.R.P. du Sud Vietnam aux Travaux de la Conférence Diplomatique sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire Applicable dans les Conflits Armés. **Revue Belge de Droit International**, v. 11, p. 191–210, 1975.

SALMON, Jean J. A. La Conférence Diplomatique sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire et les Guerres de Libération Nationale. **Revue Belge de Droit International**, v. 12, n. 1, p. 27–52, 1976.

SALMON, Jean J. A. La Conférence Diplomatique sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire et les Guerres de Libération Nationale: Deuxième Partie. **Revue Belge de Droit International**, v. 13, n. 1/2, p. 353–378, 1977.

SALOMON, Margot E. From NIEO to Now and the Unfinishable Story of Economic Justice. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 62, n. 1, p. 31–54, 2013.

SANTIAGO, Miriam Defensor. Humanitarian Law in Armed Conflicts: Protocols I and II to the 1949 Geneva Conventions. **Philippine Law Journal**, v. 54, n. 2, p. 188–216, 1979.

SAUVY, Alfred. Trois Mondes, Une Planète. **Vingtième Siècle. Revue d'Histoire**, n. 12, p. 81–83, 1986.

SCHNEIDERMAN, David. The Global Regime of Investor Rights: Return to the Standards of Civilised Justice? **Transnational Legal Theory**, v. 5, n. 1, p. 60–80, 2014.

SKINNER, Quentin. **Visions of Politics, v. 1: Regarding Method**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SOLARZ, Marcin Wojciech. “Third World”: the 60th Anniversary of a Concept That Changed History. **Third World Quarterly**, v. 33, n. 9, p. 1561–1573, 2012.

VERA, Kim Benita. From Papal Bull to Racial Rule: Indians of the Americas, Race, and the Foundations of International Law. **California Western International Law Journal**, v. 42, p. 453–472, 2012.

WEISS, Thomas G; BARNETT, Michael. Humanitarianism: a Brief History of the Present. *In*: WEISS, Thomas G; BARNETT, Michael (Orgs.). **Humanitarianism in Question: Politics, Power, Ethics**. Ithaca: Cornell University Press, 2008, p. 1-48.

WHITEMAN, Marjorie M. Jus Cogens in International Law with a Projected List. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 7, n. 2, p. 609–626, 2017.

WOLF-PHILLIPS, Leslie. Why Third World? **Third World Quarterly**, v. 1, n. 1, p. 105–115, 1979.

WOLF-PHILLIPS, Leslie. Why “Third World”? Origin, Definition and Usage. **Third World Quarterly**, v. 9, n. 4, p. 1131–1327, 1987.

XAVIER, Sujith; BHATIA, Amar; NATARAJAN, Usha; *et al.* Placing TWAIL Scholarship and Praxis: Introduction to the Special Issue of the Windsor Yearbook of Access to Justice. **Windsor Yearbook of Access to Justice**, v. 33, p. v–xvi, 2016.

ZOELLICK, Robert B. The End of the Third World: Modernizing Multilateralism for A Multipolar World. **Law and Business Review of the Americas**, v. 16, p. 371–381, 2010.

FONTES PRIMÁRIAS

CICV. Final Record concerning the Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War. Genebra, 1958.

CICV. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Genebra, 24 mai. – 12 jun. 1971. Report on the Work of the Conference, 1971.

CICV. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Segunda Sessão. Genebra, 3 mai. – 3 jun. 1972. Report on the work of the Conference, 1972.

CICV. Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 1949 – Commentary. Genebra, 1973.

CICV. Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977), 1977, 17 v.

CICV. Treaties, States Parties and Commentaries. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=380>. Acesso em 9 set. 2017.

EUA. Message from the President of the United States, US Government Printing Office, 100th Congress, 1st Session, Treaty doc. 100-2, Washington, 1987. Disponível em: <<https://casebook.icrc.org/case-study/united-states-president-rejects-protocol-i>>. Acesso em: 27 set. 2017.

MOVIMENTO dos Não Alinhados. Political Declaration of the Fourth Conference of Non-Aligned Countries (Algiers 5-9 September 1973). ONU. UN Doc A/9330. Letter dated 22 November 1973 from the Permanent Representative of Algeria to the United Nations addressed to the Secretary-General. 22 nov. 1973.

ONU. Growth in United Nations membership, 1945-present. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html>> Acesso em: 6 set. 2017.

ONU. UN Doc. A/CONF.32/41. Final Act of the International Conference on Human Rights. 13 mai. 1968.

ONU. UN Doc. A/Res/2444 (XXIII). Respect for Human Rights in Armed Conflicts. 19 dez. 1968.

ONU. UN Doc. A/7720. Respect for Human Rights in Armed Conflicts. Report of the Secretary-General. 20 nov. 1969.

ONU. UN Doc. A/8052. Respect for Human Rights in Armed Conflicts. Report of the Secretary-General. 18 set. 1970.

ONU. UN Doc. A/RES/2674 (XXV). Respect for Human Rights in Armed Conflicts. 9 dez. 1970.

ONU UN Doc. A/8370. Respect for Human Rights in Armed Conflicts. Report of the Secretary-General. 2 set. 1971.

ONU UN Doc. A/8781. Respect for Human Rights in Armed Conflicts. Report of the Secretary-General. 20 set. 1972.

ONU. UN Doc. A/RES/3068 (XXVIII). International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid. 30 nov. 1973.

ONU. UN Doc.A/RES/3076 (XXVIII). Napalm and other incendiary weapons and all aspects of their possible use, 6 dez. 1973.

ONU. UN Doc. A/Res/3101 (XXVIII). Basic Principles of the Legal Status of the Combatants Struggling Against Colonial and Alien Domination and Racist Regimes. 12 dez. 1973.

ONU. UN Doc. A/RES/3102 (XXVIII). Respect for Human Rights in Armed Conflicts. 12 dez. 1973.

ONU. United Nations Regional Groups of Member States. Disponível em: <<http://www.un.org/depts/DGACM/RegionalGroups.shtml>> Acesso em: 28 out. 2017.