

# KONONOV CONTRA LETÓNIA. A QUEIMA ATÉ À MORTE EM GUERRA DE UMA MULHER “TRAIDORA” COM UMA “QUASE CRIANÇA” NO ÚTERO E A CLÁUSULA QUE DESPE TODO O DIREITO DO CONFLITO ARMADO

Miguel Manero de Lemos

*Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau*

**Resumo:** Este artigo analisa a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em *Kononov v. Latvia* à luz da ideia de que a cláusula de Martens pode ser considerada uma norma a utilizar para resolução de casos duvidosos à luz do princípio da legalidade criminal.

**Palavras-chave:** Kononov; leis da guerra; princípio da legalidade; *nullum crimen, nulla poena sine lege*; cláusula de Martens.

## Introdução

Em Fevereiro de 1944, os moradores de Mazie Bati permitiram que 12 pessoas do grupo de reconhecimento-sabotagem soviética ficassem nos seus celeiros. No dia seguinte, os alemães, supostamente auxiliados pelos moradores, queimaram e metralharam os celeiros. As doze, incluindo o líder Chugunov, foram mortas. Em 27 de Maio de 1944, um destacamento de um batalhão letão-soviético, liderado por Kononov, levou a cabo uma ‘represália’ contra os moradores da aldeia de Mazie Bati, nomeadamente contra os nove aldeões que alegadamente ajudaram os alemães. Os homens de Kononov foram enviados, supostamente, para matar (ou talvez capturar; ou talvez capturar ou matar) os moradores em

cumprimento de um veredito de um tribunal militar *ad-hoc*. Kononov e os seus homens realizaram a operação usando uniformes alemães da *Wehrmacht*, de modo a não despertar a suspeita dos moradores. Nove moradores foram mortos, alguns queimados vivos, incluindo três mulheres, uma no estádio final de gravidez. Não é claro se Kononov estava presente fisicamente no local em que se produziram as mortes ou se ficou para trás em posição de “vigia”, em todo o caso perto da cena do “crime”.

Em 1940, a Letónia tinha-se tornado parte da União das Repúblicas Socialistas Soviética (URSS). Depois da sua independência em 1990 – e declaração de ilegalidade da sua incorporação na URSS – adotou, em 1993, normas relativas à criminalização do genocídio, de crimes contra a humanidade ou a paz, de crimes de guerra e de discriminação racial, permitindo uma das novas disposições a aplicação retroativa em casos de crimes contra a humanidade e crimes de guerra e abolindo os prazos de prescrição para estes crimes. Sessenta anos após os factos, e com fundamento nestas disposições, Kononov foi, em 2004, condenado por crimes de guerra. Kononov desafiou a legalidade da sua condenação perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A Primeira Câmara pronunciou-se pela ilegalidade por 4 contra 3. A Grande Câmara, por 14 contra 3, susteve a decisão dos tribunais letões.

### 1. A decisão da Grande Câmara

Iniciou a sua análise com *base na hipótese mais favorável ao recorrente* – a de que os moradores falecidos se enquadram na categoria de *civis que participaram nas hostilidades*, em virtude de passarem informações à administração militar alemã, um ato que poderia ser definido como *traição de guerra*, ou a de que eles tinham o *status* jurídico de *combatentes*, com fundamento num dos supostos papéis auxiliares (para. 194) – e esclareceu que os moradores não eram *franc-tireurs*, dada a natureza das suas supostas atividades que levaram ao ataque e porque *não estavam, no período em causa, a participar em quaisquer hostilidades*, acrescentando ainda que a noção de *levée en masse* não tem aplicação pois Mazie Bati já estava sob ocupação (para. 195).

Quanto aos direitos inerentes ao *status* de combatente, o tribunal considera que o *jus in bello* reconhecia, em 1944, o direito ao *status* de prisioneiro de guerra se os combatentes fossem *capturados*, se *rendessem* ou fossem considerados *hors de combat*, e que os prisioneiros de guerra tinham direito a ser tratados de forma humana, sendo, portanto, *ilegal maltratar ou sumariamente executar um prisioneiro de guerra* (para. 202).

Quanto à proteção a dispensar a *civis que participaram nas hostilidades*,

observou que, em 1944, a distinção entre combatentes e civis – e entre as proteções respetivas – era uma pedra angular das leis e costumes de guerra, que os civis eram definidos *a contrario* relativamente à definição de combatentes e que só podiam ser atacados *enquanto tomassem uma parte direta* nas hostilidades (para. 203).

O tribunal considerou que, se se suspeitava que os civis *tivessem participado* nas hostilidades e cometido violações de *jus in bello* (por exemplo, *traição de guerra* cometida ao transmitirem informações à administração militar alemã), então estariam sujeitos a prisão, julgamento e punição de acordo com um processo equitativo em tribunais militares ou civis, sendo a *sua execução sumária sem julgamento contrária às leis e costumes de guerra* (para. 204).

Relembrou que – mesmo se fosse considerado que os aldeões tinham cometido crimes de guerra (qualquer que fosse o seu *status*) – o requerente e sua unidade teriam somente o direito de prender os moradores, garantir um processo equitativo e só depois levar a cabo qualquer punição, declarando que, de qualquer forma – e com ou sem julgamento *partisan* – um julgamento dos aldeões *in absentia* sem seu conhecimento ou participação, seguido das execuções, não pode ser qualificado como equitativo (para. 221).

Considerou ainda que, tendo em conta o artigo 23.º (c) RH, mesmo que os moradores mortos fossem considerados como combatentes ou civis que participaram nas hostilidades, o *jus in bello* em 1944 considerava as circunstâncias do seu homicídio e maltratamento um crime de guerra pois os atos violaram uma regra fundamental das leis e costumes de guerra que protegem um inimigo *hors de combat*, proteção que se aplicaria se uma pessoa estivesse ferida, *incapacitada ou não capaz por outra razão de se defender (incluindo por não possuir armas)*, não sendo exigido que a pessoa tivesse um *status jurídico especial* ou que *houvesse uma rendição formal*, tendo também os moradores, enquanto combatentes, o *direito a proteção como prisioneiros de guerra* sob o controle do requerente e da sua unidade, sendo os maus-tratos e execução sumária posterior contrária às inúmeras regras e costumes de guerra *que protegem os prisioneiros de guerra* (para. 216).

A Grande Câmara informou que os tribunais da Letónia se basearam no artigo 16.º da *Convenção de Genebra IV* para sustentar que queimar até a morte uma mulher grávida constituía *um crime de guerra em violação da proteção especial conferida às mulheres* (para. 218) e sustentou que as mulheres, especialmente as mulheres grávidas, devem ser objeto de especial proteção durante a guerra – o que seria parte das leis e costumes de guerra desde o *Código Lieber 1863* (artigos 19.º e 37.º) – proteção esta desenvolvida pelo *direito de Genebra* sobre os prisioneiros de guerra, pois as mulheres nesta situação eram consideradas especialmente vulneráveis (para. 218).

Considerou *estas expressões de proteção especial*, entendidas em conjunto

com a proteção da cláusula de Martens, como suficientes para decidir que havia uma *base jurídica plausível* para condenar o requerente por um *crime de guerra autónomo* no que diz respeito à queima até a morte da senhora Krupniks (para.218).

Concluiu que – mesmo se se admitisse que os aldeões mortos podiam ser considerados como civis que participaram nas hostilidades ou combatentes – havia uma *base jurídica suficientemente clara*, tendo em conta o estado de direito internacional, em 1944, para a sua condenação e punição por crimes de guerra *enquanto comandante* da unidade responsável pelo ataque em Mazie Bati (para. 227).

## 2. Apreciação

### 2.1. Introdução

Ao simbolismo histórico – Kononov tornou-se aparentemente a primeira e, porventura, a única pessoa do lado dos Aliados a ser condenada por crimes de guerra cometidos durante a Segunda Guerra<sup>1</sup> – aliado à decorrente emotividade política do caso – asserção de ‘completa’ independência das antigas repúblicas soviéticas perante indignação russa<sup>2</sup> – junta-se um incrível emaranhado de problemas jurídicos.

Pode-se começar por aludir à afirmação de que Kononov é fascinante precisamente porque levanta a mesma tensão entre as exigências de legalidade estrita e considerações de justiça substantiva, mas desta vez puramente num contexto de direitos humanos, e por questionar – e apesar de se considerar a abordagem da maioria muito mais palatável pragmaticamente – se não é a opinião da minoria a intelectualmente mais honesta<sup>3</sup>. Para logo ‘contra-perguntar’ qual é exatamente a justiça substantiva aqui em causa. Se se compreender a discussão sobre a tensão entre um estrito legalismo e uma justiça substantiva no contexto de atrocidades em massa cometidas na Segunda Guerra Mundial – que não seriam estritamente criminais – não parece que, neste caso, seja exatamente essa tensão que está em causa.

Ao que acresce um outro pormenor de alguma forma relegado para segundo

---

1 VOLZHSKAYA, MARIYA, “Kononov v. Latvia: A Partisan and a Criminal—The European Court of Human Rights Takes a Controversial Stance on War Crimes”, *Tulane Journal of International & Comparative Law*, 2011, p. 666.

2 VOLZHSKAYA, MARIYA, “Kononov v. Latvia”, p. 667.

3 Assim, MILANOVIĆ, MARKO, “Was Nuremberg a Violation of the Principle of Legality?”, publicado a 18 de Maio 2010 em <http://www.ejiltalk.org/was-nuremberg-a-violation-of-the-principle-of-legality>. A minoria considerou ter existido uma violação do artigo 7.º Cf. ECHR, Judgment, Grand Chamber, Dissenting Opinion of Judge Costa joined by Judges Kalaydjieva and Poalelungi, *Case of Kononov v. Latvia*, Strasbourg, 17 de Maio 2010, paras. 10 a 14 e 23.

plano na decisão da maioria do tribunal europeu dos direitos do homem<sup>4</sup>: o de que à altura dos factos o direito dos direitos humanos poderia ser descrito como um embrião. Em todo o caso, em princípio, em guerra prevalece o direito desta, *lex specialis derogat lex generalis*.

## 2.2. A guerra

Essencial, primeiro que tudo, um enquadramento sobre o contexto em que se está a desenvolver esta comunicação: a guerra – essa simplisticamente chamada contenda entre dois ou mais Estados através das suas forças armadas, com o propósito de vitória de uns sobre os outros e da imposição de condições de paz que o vencedor desejar<sup>5</sup> –, a sua frente de batalha, as suas regras particulares no face a face e as suas perplexidades confrangedoras.

Um compromisso entre, por um lado, uma “permissão desenfreada” e, por outro lado, as absolutas exigências de humanidade, que levadas ao extremo lógico proscreveriam toda a guerra<sup>6</sup>, a lei desta – *jus in bello*, um dos “mais velhos sujeitos de direito internacional”, com longa história costumeira tanto em fontes ocidentais como asiáticas<sup>7</sup> – procura limitar as medidas de guerra àquelas que são necessárias e refrear as atividades que produzem sofrimento de todo desproporcional à vantagem militar esperada<sup>8</sup>.

É verdade que o direito da guerra – lei marginal que lida com situações em que o comportamento humano roça o que ainda pode ser tido como humano<sup>9</sup> – sempre conteve regras, qual direito internacional humanitário, baseadas no cavalheirismo, na religião e na humanidade, concebidas para a proteção de não-combatentes, e, especialmente, mulheres, crianças e velhos, supostamente incapazes de portar armas e cometer atos de hostilidade – e que também sempre

4 Nem o TEDH, nem a Convenção que lhe cabe aplicar existiam no momento dos factos.

5 Assim, *Oppenheim International Law – A Treatise*, Hersh Lauterpacht (ed.), 7.<sup>a</sup> edição, Longmans, Green, and Co., 1952, p. 5. Mas mais bem descrita fazendo apelo ao seu sentido ou técnico ou material. Guerra no sentido técnico é um *status* formal produzido por uma declaração de guerra. Guerra no sentido material é gerada pelo uso real da força armada que seja abrangente por parte de pelo menos uma parte do conflito (DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 15.). Segundo *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 70, “um conflito armado existe quando exista um recurso à força armada entre estados ou uma violência armada prolongada, entre autoridades governamentais e grupos armados organizados, ou entre tais grupos no interior de um estado”.

6 Assim, BAXTER, RICHARD, “The Geneva Conventions of 1949” (1955), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013, p. 108.

7 Assim, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 32.

8 Assim, BAXTER, RICHARD, “The Geneva Conventions of 1949”, p. 108.

9 Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. xvii.

compreendeu regras para proteção dos combatentes (em questões como quartel, perfídia, sofrimento desnecessário)<sup>10</sup> – mas não se pode esquecer que é direito que foi sempre inevitavelmente orientado por *considerações de estratégia militar e vitória*<sup>11</sup>.

A tensão entre a necessidade militar e a moderação na conduta dos beligerantes, ligada a considerações de humanidade<sup>12</sup>, é marca registada da lei do conflito armado<sup>13</sup>, mas o peso atribuído a esses dois fatores conflituantes foi mudando, tendo as restrições impostas pelo princípio humanitário sido cada vez mais importantes, especialmente no que diz respeito a desenvolvimentos normativos e à elaboração de novos *standards* mas – lamentavelmente – menos no campo de batalha, que continua a ser cruel e sangrento, especialmente nos conflitos menos civis, os internos<sup>14</sup>.

A história do direito da guerra tem, de facto, sido a de uma *mudança no equilíbrio* entre as exigências da humanidade e as necessidades militares, a primeira subjetiva, dependente das “ideias morais dominantes” e do “grau de sentimento da comunidade” que se obtém das grandes potências, a segunda objetiva, dependente da evolução da tecnologia militar e do pensamento estratégico, determinando a relação dialética entre estas duas forças – à luz da experiência histórica – o conteúdo, os contornos e as características do direito da guerra num qualquer dado momento<sup>15</sup>.

Se se aceita que a relação simbiótica entre o direito dos direitos humanos e o direito internacional humanitário é estimulada pelo trabalho dos órgãos que velam pelo respeito pelos direitos humanos, chegando estes órgãos, muitas vezes, a conclusões que os especialistas do direito humanitário veem como problemáticas<sup>16</sup>, já se duvida que o idealismo e a ingenuidade desse trabalho sejam

---

10 Cf., em geral, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*; MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*.

11 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 1.

12 Assim, DINSTEN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, 2009, p. 115.

13 Sobre os conceitos ‘direito do conflito armado internacional’, ‘*jus in bello*’ e ‘direito internacional humanitário’, suas diferenças mais semânticas que reais, e sua extensão de ‘*war*’ a ‘*short of war*’, cf. DINSTEN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 16 e 17

14 Este parágrafo em MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 2.

15 Assim, ABI-SAAB, GEORGES, “The Specificities of Humanitarian Law”, p. 265, referindo-se à Declaração de São Petersburgo de 1868 a qual alude aos limites técnicos em que as necessidades da Guerra *devem ceder perante* as exigências de humanidade e ao preâmbulo da Convenção de Haia II de 1899 na parte em que se refere a que foi inspirada pelo desejo de diminuir os males da guerra *tanto quanto as exigências militares o permitissem*.

16 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

a sua maior força<sup>17</sup>, não mitigando a dúvida o facto de existirem apenas alguns órgãos humanitários com competências judiciais, e outros órgãos especializados encarregados da aplicação do direito internacional humanitário – tendo assim os organismos de direitos humanos de preencher uma lacuna institucional, dando ao direito internacional humanitário uma orientação ainda mais pró-direitos humanos<sup>18</sup> – pois podem ser afirmações que servem como desculpas para más aplicações do direito que se tem que aplicar.

E o facto de não ser surpreendente que se confunda em alguns setores o direito dos direitos humanos com as leis da guerra/direito internacional humanitário, não esconde o que se deve sublinhar, ou seja, que – apesar da crescente convergência de várias tendências de proteção – diferenças significativas permanecem, *permitindo* ou, pelo menos, *tolerando*, o direito da guerra, em contraste com o direito dos direitos humanos, *a morte e o ferimento de seres humanos inocentes* que não participam diretamente num conflito armado – enquanto vítimas civis de danos colaterais lícitos – e ainda certas privações de liberdade pessoal sem condenações num tribunal de direito<sup>19</sup>.

De facto, a afinidade dos termos – ‘humanitário’/‘humanos’ – é contrabalançada por dois dialetos bem diferentes<sup>20</sup>.

Proteção por um governo estrangeiro a combatentes e civis do adversário<sup>21</sup>, diretamente configurado pelas, e para as especiais, exigências da guerra – não estando sujeito a suspensão durante a contenda e consagrando assim direitos e deveres não derogáveis<sup>22</sup> –, o direito dos conflitos armados regulamenta os aspetos de uma luta pela vida e pela morte entre concorrentes que operam com base numa igualdade formal e – derivado como é da tradição medieval do cavaleirismo<sup>23</sup>, o que garante um mínimo de fair play<sup>24</sup> –, desde que as regras

---

17 Mas cf. MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

18 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

19 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8. E permite à potência ocupante recorrer a internamentos e limitar os direitos de recurso das pessoas detidas e as liberdades de expressão e de reunião. Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

20 Cf. também, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 67.

21 Assim, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 7.

22 Assim, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 83.

23 Este servia como direito costumeiro que governava não as relações entre os estados, nações ou pessoas, mas entre uma classe de homens guerreiros, sendo *neste sentido* um sistema muito internacional. Assim, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 9 e 10.

24 Assumindo a paridade dos contendentes, o direito internacional preocupava-se com o *bellum*, derivado de *duellum*, como assegurando estes critérios de fair play. DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 163.

do jogo sejam respeitadas, é admissível causar os tais sofrimento, privação de liberdade, e morte<sup>25</sup>. Não tendo alguma vez sido sua intenção assegurar uma luta justa<sup>26</sup>, embora permeável a considerações de justiça<sup>27</sup>, não dá uma completa proteção aos civis, não ilegaliza os danos colaterais que não violem a regra da proporcionalidade e faz pouco pelos combatentes exceto nas ditas regras do fair play e na obrigação de não recusar quartel<sup>28</sup>.

Pelo contrário, o direito dos direitos humanos, cuja rede cobre hoje virtualmente a inteira comunidade internacional<sup>29</sup>, protege a integridade física e a dignidade humana em todas as circunstâncias, aplicando-se a relações entre partes desiguais, protegendo os governados dos seus governos, e não podendo – à sua luz – ninguém ser privado da vida, exceto em cumprimento de uma decisão de um tribunal competente<sup>30</sup>. Apesar de primariamente projetado para tempo de paz, não há dúvida de que se aplica em tempo de guerra<sup>31</sup>, exceto derrogação<sup>32</sup>, *maxime*, guerra, ou alguma limitação implícita ou explícita inerente aos direitos humanos que consagra<sup>33</sup>. Ou por outras palavras, e assumindo que, em princípio, a aplicação de um direito humano não cessa em tempo de guerra, o seu conteúdo é determinado pela lei especial<sup>34</sup>.

### 2.3. A abordagem do tribunal

Como observado em *Kononov I*, apesar de os eventos não terem tido lugar numa situação de combate, a vila de Mazie Bati localizava-se a cerca de 80 quilómetros da frente de combate numa região ocupada pela Alemanha nazi, que tinha sido invadida pela *Wehrmacht*, e onde unidades de *partisans* vermelhos levavam a cabo ataques de guerrilha contra os alemães, sendo a própria vila cenário de escaramuças armadas; enfim a área era *palco de hostilidades*<sup>35</sup>.

25 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8, acrescentando que esta é uma visão estreita e técnica da legalidade

26 Assim, SCHMITT, MICHAEL, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, p. 27, aludindo à possível exceção das represálias beligerantes, que todavia não visa promover uma luta justa, mas forçar uma parte que viole o direito internacional humanitário a regressar ao seu cumprimento.

27 Cf., também, BAXTER, RICHARD, “The First Modern Codification”, p. 127.

28 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2000, p. 241.

29 Assim, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 69

30 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

31 A ideia de que ele nunca desaparece é avançada em MERON, THEODOR, *The Making*, pp. 59 e 60.

32 *Nuclear Weapons*, p. 240, para. 25.

33 Assim, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, pp. 69 a 73 e 77 a 79.

34 *Nuclear Weapons*, p. 240, para. 25.

35 Assim, ECHR, Judgment, *Case of Kononov v. Latvia*, Strasbourg, 24 de Julho 2008 (*Kononov I*), para. 125.

Ora, apesar de no momento imediatamente anterior ao do ataque do grupo de Kononov não estarem a decorrer hostilidades na aldeia, uma das questões não distintamente atacadas pelo tribunal, em termos de direito da guerra, e em geral, seria a de saber se seria permitido usar força letal – ordenada ou não por um órgão de tipo judicial-militar – contra (eventuais) colaboradores com o inimigo, cuja colaboração teria (eventualmente) dado causa a baixas, e que (eventualmente) ainda causavam um perigo militar, através de uma operação que (eventualmente) causaria danos colaterais.

Em caso de resposta afirmativa à pergunta, surgiria a outra de se a operação em concreto foi executada de acordo com as leis e costumes da guerra, nomeadamente se houve violação da proibição de matar ou ferir inimigos *hors combat*. O tribunal, ao não separar estas duas questões de forma clara, dá azo a muitas dúvidas quanto ao direito que está considerar.

A necessidade de resposta a estas questões decorre da forma como o tribunal perspetivou o cenário sobre o qual a decisão recaía. Apesar de ter sido levantada a hipótese de que a ordem era para uma captura dos aldeões e que houve censura por tal não ter sucedido<sup>36</sup>, também foi alegado que a unidade de Kononov não estava em posição de capturar os aldeões e trazê-los perante o tribunal e que eles eram um obstáculo em combate e um perigo mortal para os *partisans*<sup>37</sup>. Ora, o tribunal parece ter aceite e (partido) (d)este quadro factual pois afirmou que o objetivo em causa era, *inter alia*, matar os aldeões e destruir as quintas, o que estaria em consonância com esta última alegação<sup>38</sup>.

Por último, o tribunal aceitou – tal como tinha sido estabelecido pelos tribunais letões – que Kononov organizou, planeou, comandou e liderou a unidade em causa, ou seja, ele teria controlo *de jure* e *de facto* da sua unidade e, dado o objetivo da missão, teria a *mens rea* exigida, o que tornaria *não necessário* responder à questão de se os tribunais domésticos poderiam ter determinado que Kononov tinha cometido pessoalmente os atos de Marie Batzi<sup>39</sup>.

Tendo em conta que o tribunal entendeu a responsabilidade enquanto comandante como não sendo uma responsabilidade vicária<sup>40</sup> – e que aludiu ao parágrafo 141 de *Kononov I*, em que se afirmava que “partindo do pressuposto de que as mortes de três mulheres de Mazie Bati resultaram de um abuso de autoridade por parte dos *partisans* vermelhos, o Tribunal observa que, tal como no caso dos seis homens, as decisões dos tribunais da Letónia não contêm uma indicação do

36 Cf. *Kononov II*, para. 24.

37 Cf. *Kononov II*, para. 162.

38 Assim, *Kononov II*, para. 223.

39 Assim, *Kononov II*, para. 223.

40 Assim, *Kononov II*, para. 211.

grau exato de implicação do recorrente nas execuções, [que] nunca foi alegado que ele próprio matou as mulheres ou que ordenou ou incitou os seus companheiros a fazê-lo [e que,] em todo o caso, o Tribunal considera que, mesmo se a condenação do recorrente fosse baseada no direito nacional, ela é manifestamente contrária aos requisitos do artigo 7.º da Convenção [...]” – é discutível a dispensabilidade, pois não é manifesto o modo da sua responsabilidade ‘não vicária’ pelos excessos.

Um tribunal que aplique um verdadeiro *nullum crimen nulla poena sine lege*<sup>41</sup> possivelmente não poderia descartar a discussão sobre a responsabilidade por comando da forma como o fez a Grande Câmara. Por outras palavras, mesmo que o seu comando tivesse compreendido uma ordem para matar, colocar-se-ia a questão de se lhe poderiam ser atribuídas as mortes eventualmente ‘não ordenadas’. Especialmente, relativamente à morte da mulher grávida, ao meio utilizado para esse fim, e à queima das quintas agrícolas, haveria que perguntar como poderia ele ser responsabilizado. Ordenou? Não preveniu? Não puniu?

Seja como for, o tribunal parece ter aceitado, não só que os atos de membros individuais do grupo não podiam ser vistos como meros excessos e que – de acordo com os princípios que governam a responsabilidade de grupos organizados – os membros do grupo são cúmplices das infrações independentemente do papel que têm no cometimento, mas também que ele teria a *mens rea* exigida<sup>42</sup>.

## 2.4. As mulheres

### 2.4.1. A Primeira Câmara

Em *Kononov I*, referiu-se que o governo recorrido não contestou a afirmação de que foram os moradores que informaram os alemães da presença dos *partisans* no celeiro e, mais especificamente, que Meikuls Krupniks (o proprietário do celeiro), Bernardo Šķirmants e as três mulheres, foram os responsáveis pela traição, o que teria sido expressamente reconhecido pelos tribunais de primeira instância e de recurso – no que diz respeito a todos os homens em questão ou, pelo menos, a Meikuls Krupniks – e ainda que, nem os tribunais nacionais nas suas decisões, nem o Governo nas suas observações, refutaram as alegações de que os aldeões teriam sido recompensados pelo comando militar alemão pelo seu ato<sup>43</sup>. Por último, que, tendo em conta estas considerações, e a prática levada a cabo

---

41 Cf. *infra* 2.6.

42 Cf. *Kononov II*, para. 40, aludindo à disposição da Carta de Nuremberga que se refere à responsabilidade por todos os atos praticados por qualquer pessoa na execução do plano e considerando infundado o argumento de que o Tribunal de Recurso não tinha analisado a atitude subjetiva de Kononov relativamente às consequências.

43 Assim, *Kononov I*, para. 128.

pelos aldeões de vigilâncias noturnas, semelhante à prática levada a cabo pela polícia auxiliar da Letónia em vilas próximas, os *partisans* tinham fundamentos legítimos para considerar os aldeões, *não como habitantes pacíficos*, mas *como colaboradores do exército alemão*<sup>44</sup>.

Quanto às mulheres mortas, a Primeira Câmara considerou que, se elas também tinham assistido a administração alemã, também teriam abusado do seu estatuto de civis, e então não existia uma base jurídica plausível em direito internacional para condenar o requerente por liderar a unidade responsável pela operação<sup>45</sup> ou, alternativamente, caso tivessem sido mortas, como resultado de um abuso de autoridade – e tendo em conta todas as circunstâncias do caso – nem esse abuso, nem a operação em que ele possa ter ocorrido podem ser considerados como uma violação do *jus in bello*<sup>46</sup>.

#### 2.4.2. A Grande Câmara

De forma diferente – quanto à morte da senhora Krupniks – a Grande Câmara invocou um artigo do Código de Lieber (artigo 37.º) relativo aos deveres do ocupante para com os habitantes de território ocupado, em especial as mulheres, e a Convenção de Genebra de 1929, cujo artigo relativo às mulheres é relacionado com o seu tratamento enquanto prisioneiras de guerra.

A Grande Câmara mencionou ainda o artigo 19.º do Código de Lieber, que estabelece que os comandantes – sempre que possível – informam o inimigo da sua intenção de bombardear um lugar, para que os não-combatentes, e especialmente as mulheres e crianças, possam ser removidos antes de o bombardeio começar, mas que não é infração da lei comum da guerra a omissão de informação, pois a surpresa pode ser uma necessidade<sup>47</sup>.

Enquanto os dois primeiros não têm aplicação direta para o caso (os *partisans* não eram os ocupantes e a mulher não era prisioneira de guerra), a (não) pertinência do último – relacionado com bombardeamentos – é a de sublinhar que o ‘ataque surpresa’ do pelotão de Kononov, mesmo tendo em conta uma ‘*in casu* imaginada’ especial proteção das mulheres, poderia ser justificado.

O tribunal optou por usar uma cláusula do fim do Século XIX – nascida de certo modo num contexto de enaltecimento da luta *partisan* contra o ocupante – para estender a proteção das mulheres ao acontecimento.

Esta cláusula, a cláusula de Martens, foi inserida em 1899 nas primeiras convenções de guerra. Aqui as *Altas Partes Contratantes* consideraram não ter

44 Assim, *Kononov I*, para. 129.

45 Assim, *Kononov I*, para. 139.

46 Assim, *Kononov I*, para. 140.

47 O tribunal referiu-se ainda às Convenções de Genebra de 1949.

sido até então possível o acordo sobre todas as circunstâncias que poderiam surgir na prática (para. 7), e alertaram para que *não poderia ter sido a sua intenção que os casos não previstos*, por falta de estipulação escrita, *devessem ser deixados ao critério arbitrário daqueles que dirigem os exércitos* (para. 8), afirmando enfim que *“en attendant qu’un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l’empire des principes du droit des gens, tels qu’ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l’humanité et des exigences de la conscience publique”*<sup>48</sup>.

### 2.5. Os aldeões eram beligerantes não protegidos

Os aldeões, no fundo, eram beligerantes não protegidos<sup>49</sup>. O direito internacional, de alguma forma ainda bruto<sup>50</sup>, deliberadamente não os auxiliava em virtude do perigo que os seus atos apresentam para o oponente, o que levava a que os poderes de retaliação fossem amplos<sup>51</sup>. Um indivíduo que não fosse combatente e que praticasse conduta hostil não estava a violar o direito internacional, mas colocava-se numa situação em que não era, nem civil, nem combatente privilegiado, e portanto – não havendo que acordar um tempo e um lugar para o ataque<sup>52</sup> – estava no fundo, qual dramática redução de privilégios derivada de um *“risque du métier”*<sup>53</sup> que não é o seu, à mercê do beligerante.

Este, por um lado, poderia praticar atos de beligerância contra ele enquanto objetivo militar legítimo. No fundo, a necessidade militar permite todas as medidas

48 Itálicos adicionados.

49 A distinção entre combatentes legítimos e não legítimos é o corolário da distinção cardinal entre combatentes e civis, sendo o objetivo supremo da primeira o suporte da segunda. Assim, DINSTEN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 35.

50 OETER, STEFAN, “Is the Principle of Distinction Outdated?”, p. 60. Segundo, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, pp. 117 e 118, mesmo a jurisprudência pós-guerra não expandiu muito a interpretação dos civis protegidos à luz dos RH e os civis fora de território ocupado continuaram para além do seu alcance. Dos 15 artigos dos RH sobre a ‘Autoridade Militar sobre Território do Estado Inimigo’, só três se relacionam com a integridade física de civis. MERON, THEODOR, *The Making*, p. 21. Cf., também, artigo 16.º do Código de Lieber e artigo 4.º do Manual de Oxford; PLATTNER, DENISE, “Assistance to the Civilian Population: The Development and Present State of International Humanitarian Law”, 288 *International Review of the Red Cross*, 1992, p. 251.

51 Neste sentido, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, p. 343.

52 Sobre este uso encorajado pelo costumeiro cavaleiresco, cf. MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 109.

53 Cf. DINSTEN, YORAM, “The System of Status Groups in International Humanitarian Law”, pp. 148 e 151. O autor fala deste risco a propósito dos combatentes.

que sejam indispensáveis para garantir os objetivos da guerra – que não sejam proibidas pela lei e costumes da guerra<sup>54</sup> – e compreende ataques intencionais às forças armadas inimigas e outros objetivos militares que permitem a um Estado inimigo e às suas forças armadas empreender a guerra<sup>55</sup>, incluindo, como não podia deixar de ser, a vantagem militar decorrente de atos que aumentem a segurança das forças armadas que levam a cabo o ataque<sup>56</sup>. Por outro lado, não teria de lhe conceder um *status* especial aquando da captura, podendo lhe aplicar a pena de morte<sup>57</sup>.

Há que também destacar que a operação podia ser levada a cabo mesmo sem intervenção judicial prévia, pois as operações de guerra podiam – e podem – ser decididas dentro da cadeia hierárquica do exército. A ordem para matar, por exemplo, Hitler, certamente não era ilegal à altura, e ainda não o é hoje uma ordem semelhante. A ordem para matar Bin Laden, por exemplo, dada num contexto não tão claro de guerra, não foi recebida com protestos significativos<sup>58</sup>, o que é sinal de que este tipo de prática não é – nos dias que correm – proibida pelo direito costumeiro. Tal como não o era – e provavelmente ainda não o é – a ordem em guerra para usar força letal contra alguém que ponha um risco real para a vida das tropas, mesmo que seja um mero colaborador.

Enfim, o que é de sublinhar, não é tanto que não era claro se os aldeões poderiam ser considerados objetivos militares legítimos, mas mais que, provavelmente, à altura, era claro que o eram, não existindo neste aspeto uma *base jurídica plausível* para sustentar uma condenação criminal<sup>59</sup>.

## 2.6. *Hors de combat*

Sendo verdade, pelo menos no presente, que a perda do *status* de civil

54 Artigo 14.º do Código de Lieber.

55 Assim, PARKS, W. HAYS, “Asymmetries and the Identification”, p. 87.

56 Cf., sobre o termo “*vantagem militar definitiva*”, no contexto do artigo 52.º (2) do PA-I, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 93.

57 Assim, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, pp. 342 a 345. Por exemplo, segundo o artigo 351.º do US Field Manual de 1940 – apesar de os beligerantes não autorizados não terem o direito de ser tratados como prisioneiros de guerra – já se capturados, não podiam ser condenados à morte, ou de outra forma punidos sumariamente, mas poderiam ser levados a julgamento perante uma comissão militar ou outro tribunal, que os poderiam condenar à morte ou a qualquer outra punição que se considerasse adequada.

58 De acordo com [http://en.wikipedia.org/wiki/Reactions\\_to\\_the\\_death\\_of\\_Osama\\_bin\\_Laden](http://en.wikipedia.org/wiki/Reactions_to_the_death_of_Osama_bin_Laden) (acedida em 02/12/2015) a operação foi condenada pela administração do Hamas na Faixa de Gaza, pela Irmandade Muçulmana e pelos Taliban e várias ONGs exprimiram preocupações com as circunstâncias envolvendo a operação.

59 Cf. *infra* 2.6.

não significa uma perda de proteção humanitária internacional<sup>60</sup>, afirma-se: que a operação foi por natureza seletiva e pouco diferente de muitas outras levadas a cabo pelos membros da resistência; que os *partisans* vermelhos em nenhum momento tiveram a intenção de atacar a aldeia de Mazie Bati em si, por exemplo, com o objetivo de eliminar todos os seus habitantes e queimar edifícios; que só os *executaram* depois de terem encontrado as armas fornecidas pelos alemães<sup>61</sup>. A forma como a Grande Câmara encarou a questão também parece ter sido a da existência de uma execução sumária<sup>62</sup>. Ou, sob uma formulação idêntica, os aldeões *estavam já fora de combate*.

“[I]l est notamment interdit [...] de tuer ou de blesser un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n’ayant plus les moyens de se défendre, s’est rendu à discrétion” (artigo 23.º (c) RH).

Talvez de vida não muito antiga<sup>63</sup>, o *hors de combat* é conceito com relevância em circunstâncias em que os soldados se rendem<sup>64</sup>, estão feridos ou não mantêm resistência e, então, não se os pode matar ou ferir mas tão-somente capturar. Talvez se possa dizer que a regra aqui em causa tem um significado autónomo relativamente a outras regras pois protege as pessoas no estado intermédio entre o *status* de combatente e o *status* seguro de prisioneiro de guerra<sup>65</sup>.

A Grande Câmara alude à incapacidade de defesa derivada da não posse de armas e à desnecessidade tanto de um *status* jurídico especial como de rendição formal. Por outro lado, aquando da descrição dos factos considerados como provados pelos tribunais letões – e aceites pelo tribunal – considerou que nenhum dos moradores mortos tinha tentado escapar ou oferecido qualquer forma de resistência aos *partisans* e que, antes de serem mortos, todos estavam desarmados, sem resistir, e sob o controle da unidade de Kononov<sup>66</sup>. O que reforça a ideia de

60 Como arguido pelo governo letão. Cf. *Kononov II*, para. 153.

61 Estas informações em *Kononov I*, para. 132

62 Cf. SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 48 considerando que o tribunal apoiou a condenação por execução sumária.

63 Homero não aludia à possibilidade de que poderia ser errado matar um guerreiro desarmado. MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 81; MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, pp. 151 e 152. Mas cf., também, MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, pp. 168 a 171.

64 Render significa cessar de lutar e dar-se ao poder do adversário, não resistindo à captura, e pode a intenção de se render, em terra, ser transmitida por depor as armas e levantar as mãos. Assim, DINSTEN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 161.

65 Assim, WERLE, GERHARD/JESSBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 434, marg. 1145.

66 Cf. *Kononov II*, para. 191. Nos factos dados como provados pelos tribunais letões também constava,

que o tribunal supõe que eles estavam *hors combat*. Em suma, a ideia é a de que de não se podia matar ou ferir um inimigo que, tendo deposto as armas ou não tendo mais meios de se defender, se haja rendido, e esteja à discrição<sup>67</sup>.

De referir que, apesar de não existir o dever de captura e de, em princípio, não ter de se dar uma oportunidade para a rendição antes de proceder ao ataque<sup>68</sup>, depois de o ato de rendição ter lugar, ou de o controlo estar assumido, uma “drástica” mudança na situação jurídica ocorre<sup>69</sup> e já não se o pode levar a cabo<sup>70</sup>. É devido quartel. E daí que – caso não se considerasse o caso como uma punição admissível ou represália legítima<sup>71</sup> – a hipótese de os aldeões estarem *hors combat* teria que ser analisada.

O *status de hors de combat* está pensado para combatentes enquanto beligerantes legítimos<sup>72</sup> e a sua eventual extensão a pessoas com outros *status*<sup>73</sup>, por exemplo, civis que participa(ra)m nas hostilidades – em atenção ao “princípio de que cada pessoa detida com vida e suspeita de ter cometido crimes tem direito a ser julgada antes de ser executada”, princípio previsto no artigo 30.º RH relativo a espíões e que *estaria implícito na cláusula* relativamente a outras pessoas, embora *talvez fosse desculpável* recusar quartel em combate a pessoas que não tivessem o *status* de combatente legítimo<sup>74</sup>– exigiria explicações adicionais que não foram

---

por exemplo, que Modests Krupniks implorou que não o matassem à frente de seus filhos (para. 17).

67 Cf., também, WERLE, GERHARD/JESSBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 433 e 434, marg. 1143.

68 Assim, SCHAACK, BETH, “The Killing of Osama Bin Laden & Anwar Al-Aulaqi: Uncharted Legal Territory”, p. 33.

69 Assim, DINSTEIN, YORAM, “The System of Status Groups in International Humanitarian Law”, p. 148.

70 Em ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Strugar*, para. 175, o tribunal recordou que quem está em poder da parte adversária não está a participar ativamente nas hostilidades. WERLE, GERHARD/JESSBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 432, n. 279.

71 Cf. LEMOS, MIGUEL, *Nullum crimen nulla poena sine lege e o direito internacional, Em defesa de como os tribunais de guerra deram vida ao direito penal internacional*, Tese de Doutoramento em Direito (apresentada mas ainda não defendida), Ramo de Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Agosto de 2015, Parte IV, 2.1.3.8. e 2.1.3.9. Cf., também, WECHSLER, HERBERT, “The issues of the Nuremberg Trial”,

72 Cf., ainda, artigo 1.º da Convenção para o Melhoramento da Condição de Feridos e Doentes em Exércitos no Campo (Convenção de Genebra de 1906) e artigo 1.º da Convenção para o Melhoramento da Condição de Feridos e Doentes em Exércitos no Campo (Convenção de Genebra de 1929), que se referem ao *status* de prisioneiros de guerra relativamente a oficiais, soldados e pessoas oficialmente ligadas às forças armadas. DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 34, avança que a expressão *hors combat* não abrange civis pois só os combatentes podem ficar *hors combat*.

73 Ou mesmo, nas palavras da Grande Câmara, sem um *status* especial.

74 Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 191 e 192. Cabe acentuar a insegurança do autor expressa pelos itálicos.

avançadas pelo tribunal. Por outras palavras, ao se perspetivar a situação como um ataque de guerra – e apesar de haver na situação fáctica a aparência de uma violação de conduta exigida a soldados *durante bello* – é muito problemático, mesmo tendo em consideração que a obrigação de dar quartel se tornou, entretanto, uma norma fundamental relativamente à qual não são permitidas exceções ou interrogações<sup>75</sup>, concluir pela criminalidade da conduta, pois os aldeões não eram nem ‘puros inimigos’ nem, com relevo específico para este momento da análise, soldados. Mesmo tomando os princípios de humanidade como obrigações jurídicas de piedade<sup>76</sup>, estender a obrigação de dar quartel a esta situação exigiria exercício jurídico complexo.

Talvez devido à influência medieval cavaleiresca – em que aristocratas tinham cuidado para não serem apanhados em batalha por comuns, dos quais não esperavam misericórdia, e vice-versa, não sendo ainda entre tropas comuns ela esperada<sup>77</sup> –, há que ter bem presente que as leis e costumes da guerra tinham, e continuam a ter, embora já menos, muito de *status*<sup>78</sup>. Exceto em casos excepcionais, se não se tivesse um determinado *status*, não se poderia esperar mais do que por sorte. Enfim, sem explicação das eventuais razões pelas quais seria devido quartel, não está justificada a existência de uma base jurídica plausível para a condenação.

Apesar de nenhuma das normas invocadas pelo tribunal se referir a mulheres grávidas, o tribunal sublinhou este aspeto. Além de que, e apesar de não ser completamente claro no assunto, não parece ter afirmado que ela não podia ter sido atacada por estar grávida, mas que *não podia ser queimada até à morte por tal razão*. Há que concordar com o tribunal quando afirmou que as mulheres, e especialmente as mulheres grávidas, sempre foram consideradas privilegiadas à luz do direito da guerra<sup>79</sup>. Assim, e se se considerar que as leis e costumes de guerra já continham à altura uma especial proteção para mulheres grávidas – tendo de se lhes dar quartel *independentemente de elas serem combatentes legítimas*,

75 Assim, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 213.

76 Assim, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 216.

77 Assim, MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 119.

78 Sobre rebeldes, traidores e sua desproteção e distinção entre culpados e inocentes, na época medieval e escritores clássicos (distinção que tem muito em comum com a “distinção ativa” entre combatentes e civis inocentes característica do direito da guerra moderno), cf. MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 191 a 207.

79 Cf., também, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 91 a 94. Ideia a ter em conta é também a de “o que é importante não é que a lei das armas tolerasse ultrajes (o que não acontecia), mas que nunca foi implementada efetivamente [...]”. Cf. MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 111, citando comentário de Keen a propósito da Guerra dos Cem Anos e de certas *ordinances* de guerra. Mas talvez com alguma insegurança na defesa desta ideia cf. MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 211 e 212.

*civis ou combatentes ilegítimas*, o que é duvidoso pois assim as leis da guerra ganhavam um âmbito de aplicação ‘anormal’ – então, e caso não se verificassem preenchidos os requisitos para qualificar a situação como punição admissível ou represália legítima, teria sido cometido um crime de guerra relativamente a ela.

O tribunal parece ter chegado a esta proteção especial através do uso da cláusula de Martens sustentando que existia *uma base jurídica plausível* para a condenação por um crime de guerra relativamente ao homicídio da senhora Krupniks. De facto, a Grande Câmara esclareceu que *não é chamada a se pronunciar sobre a responsabilidade individual criminal do requerente* – pois essa é essencialmente *uma questão a ser avaliada pelos tribunais nacionais* – e elucida a sua dupla função: em primeiro lugar, averiguar se havia uma *base jurídica suficientemente clara*, tendo em conta o estado do direito em 27 de Maio de 1944, para a condenação do requerente por crimes de guerra e, em segundo lugar, examinar se esses crimes estavam definidos na lei com *suficiente acessibilidade e previsibilidade* de modo a que o requerente pudesse saber que *atos e omissões o fariam incorrer em responsabilidade penal*<sup>80</sup>. Talvez se possa dizer o seguinte: partindo do princípio de que a lei da guerra não proibia que o soberano deposto ordenasse a execução de traidores, incluindo ‘mulheres grávidas traidoras’<sup>81</sup>, a existência desta base em confronto com o caso concreto só se poderia afirmar caso o quadro fatural sob que recaía a decisão ser o da mulher não figurar na lista dos culpados pela traição, situação em que a combinação entre o seu sexo e a sua gravidez constituiria facto claramente suficiente para direccionar a conduta dos *partisans* no sentido da existência de uma obrigação de a poupar.

## Conclusão

No fundo o tribunal utilizou a cláusula – curiosamente divisada por um

80 Cf. parágrafo 187 da decisão da Grande Câmara.

81 Segundo o Supremo Tribunal da Noruega o soberano deposto pode adotar medidas criminais no que diz respeito à conduta dos seus nacionais durante a ocupação, especialmente no que à traição diz respeito. Cf. DINSTEN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 109. Possivelmente, uma dessas medidas podia ser a de que os colaboradores culpados de traição, e que estivessem em território ocupado pelo inimigo, seriam sujeitos a julgamento (independente, justo e imparcial) *in absentia* e, se considerados culpados e condenados à morte, executados em operação conduzida para tal (incluindo eventualmente mulheres grávidas). A ideia de que existia um dever de os capturar e lhes dar oportunidade de julgamento justo em presença para só depois impor a pena de morte é tanto mais duvidosa (tal como possivelmente a ideia de que se teria que esperar, relativamente à senhora Krupniks, pelo parto, com consequentes complicações para a operação em causa) quanto a possibilidade de imposição desta em casos de beligerância não privilegiada é um “parente jurídico” de uma morte em batalha. Esta última ideia em BAXTER, RICHARD, “The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction”, p. 71.

estónio enquanto representante do império russo – como uma *norma* perante a qual toda a conduta em contexto de Guerra tem que ser avaliada pelos tribunais<sup>82</sup>.

Com antecedentes antigos enraizados não só no direito natural mas também no cavalheirismo, articulada com linguagem forte, tanto em termos éticos como retóricos, ressonante e influente na formação e interpretação do direito da guerra e do direito internacional humanitário<sup>83</sup>, não é de admirar a sua capacidade para perguntar se a afirmação de que o direito natural está fora de moda não é infundada e prematura<sup>84</sup>.

Se se poderia pensar que, com um maior desenvolvimento das leis da guerra, o seu campo de aplicação progressivamente diminuiria, a realidade é bem diferente. Realidade que, justamente, não podia deixar de ‘capturar’ a imaginação de quem tem de pensar sobre a fragilidade de um mundo onde guerra e atrocidades persistem.

O tribunal parece querer desabafar: “está bem, talvez ela tivesse colaborado com os alemães, talvez ela fosse traidora, talvez até uma execução sumária de “traidores” depois de julgamento *ad hoc* e na ausência não fosse claramente ilegal, talvez até fosse uma represália legítima contra os aldeões, mas queimá-la até à morte<sup>85</sup> sendo que ela estava grávida (nove meses) e já quase que existia uma criança. O direito positivo pode não ser claro, mas não viola isto claramente considerações elementares de humanidade e os ditames da consciência pública?”.

Com prova de que os dilemas entre o direito natural e o direito positivo, o que quer que estes de facto sejam, não dão sinais de morrer, há que também provavelmente salientar que é no direito da guerra que esta tensão – que é também a tensão entre os valores não escritos e as normas escritas que há quem diga que não podem ser interpretadas para além de um seu círculo máximo de sentidos possíveis – se mais faz sentir.

Uma vida longa, de facto, a desta cláusula.

---

82 Cf. parágrafo 215 da decisão da Grande Câmara.

83 Assim, MERON, THEODOR, “The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience”, *The American Journal of International Law*, Vol. 94, n.º 1, 2000, p. 79.

84 No sentido de que sim, PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 135.

85 “[I]l est notamment interdit [...] d’employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus” (artigo 23.º (e) Regulamentos de Haia).