

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E DE FILOSOFIA DO DIREITO

Luíza Leão Soares Pereira

JUS AD BELLUM, “GUERRA AO TERROR” E LEGÍTIMA DEFESA CONTRA ATORES
NÃO-ESTATAIS

Porto Alegre
2013

LUÍZA LEÃO SOARES PEREIRA

***Jus ad bellum*, “guerra ao terror” e legítima defesa contra atores não-estatais**

Trabalho de Conclusão de Curso
para fins de obtenção de grau de
Bacharel em Direito pela
Universidade Federal do Rio
Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Fabio
Morosini

LUÍZA LEÃO SOARES PEREIRA

***Jus ad bellum*, “guerra ao terror” e legítima defesa contra atores não-estatais**

Aprovada em 11 de Dezembro de 2013

Trabalho de Conclusão de Curso
para fins de obtenção de grau de
Bacharel em Direito pela
Universidade Federal do Rio
Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Fabio
Morosini

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fabio Costa Morosini
Orientador

Prof. Me. Marc Antoni Deitos

Prof. Me. Luciano Vaz Ferreira

Agradecimento

Agradeço a meu orientador, que é um professor brilhante, uma inspiração acadêmica e um excelente ser humano. Agradeço a todos os demais professores que me inspiraram nos últimos anos, com carinho especial à Professora Martha Jimenez e ao Professor Tupinambá Pinto de Azevedo, aos meus colegas de Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition, aos meus grandes amigos de UFRGS Model United Nations, aos membros do Grupo de Pesquisa CNPq “Direito, Globalização e Desenvolvimento” e do Grupo de Extensão “Teoria e Prática Através de Simulações”, àqueles que estão fazendo a história do direito internacional que aqui se formaram, e, finalmente, aos meus familiares que tanto me apoiaram nestes seis anos de aventuras acadêmicas. Se eu consegui me realizar profissionalmente, foi graças a todos vocês.

“Who killed Article 2(4)?”

(Thomas M. Franck)

“The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated”

(Louis Henkin)

“We must avoid prescriptions that are based solely on theoretical positions rather than ones also grounded in empirical investigations.”

(Gregory Schaeffer and Tom Ginsbourg)

RESUMO

O direito internacional que regulamenta o uso da força se funda na proibição geral ao emprego da força pelo esquema da Carta das Nações Unidas, mais especificamente em seu artigo 2(4). Uma das únicas exceções à proibição, que é a regra geral, está na própria Carta, que em seu artigo 51 prevê a legalidade do emprego da força em legítima defesa caso contra um Estado ocorra um ataque armado. Apesar da leitura literal do artigo 2(4) em conjunto com o artigo 51 ser no sentido de restringir ao máximo o uso da força, os Estados continuam a envolver-se em operações militares internacionais, e se utilizando de interpretações jurídicas amplas dos instrumentos mencionados para se eximir da respectiva responsabilidade. Um dos debates que surge é sobre *quem* poderia cometer ataque armado para fins de aplicação do artigo 51. Para a Corte Internacional de Justiça, a legítima defesa só poderia ser exercida em havendo um ataque armado de um *Estado* contra outro Estado; após o 11 de Setembro de 2001, contudo, ganhou força o argumento daqueles que entendem que o direito costumeiro internacional aceita a legítima defesa contra atores não-estatais – entre eles terroristas – ampliando as possibilidades de emprego da força em legítima defesa. Este trabalho busca não só abordar as teorias sobre as exceções à proibição do uso da força de maneira geral quanto traçar o panorama específico do debate sobre a legítima defesa contra atores não-estatais, apontando divergências na doutrina e na jurisprudência, e finalmente aplicando um teste empírico que visa a verificar indicadores sobre o atual estado do direito internacional sobre o tema após o 11 de Setembro de 2001. As conclusões da pesquisa, corroboradas empiricamente, foram que de fato há indicadores que apontam para uma modificação no direito internacional, mas que não a mudança não é deveras dramática para que se ponha fim ao debate.

Palavras-chave:

Jus ad bellum, uso da força, terrorismo, direito internacional, ataque armado, atores não-estatais.

ABSTRACT

International law governing the use of force is based on the general prohibition to use force embedded in the United Nations Charter scheme, more specifically in its article 2(4). However, one of the only exceptions to the general prohibition is in article 51 of the UN Charter itself, which predicts the legality of a State's use of force in self-defense when an armed attack occurs. In spite of the literal meaning of article 2(4) read conjointly with article 51 having a strict restriction on the use of force, States remain utilizing force in its international relations, and developing broad interpretations of said exception to exempt themselves from responsibility. One of the debates that arises is about *who* could commit an armed attack in order to allow for the application of article 51. In the view of the International Court of Justice, self-defense could only be exercised when an armed attack arises directed by one state against another state; after the September 11th of 2001, however, the argument of those that understand that customary international law accepts self-defense against non-state actors – terrorists among them –, broadening the possibility to use force in self-defense, was strengthened. This paper seeks not only to present the existing theories about the exceptions to the prohibition on the use of force in general but also give the picture specifically of the debate on self-defense against non-state actors, appointing divergences between scholars and judges of the International Court of Justice, and finally applying an empirical test that seeks to verify possible indicators on the current state of international law after September 11th 2001. The conclusions of this research, according to empirically tested propositions, were that there are indeed indicators that suggest an alteration in international law, but that this change is not sufficiently dramatic so as to put an end to the debate.

Key words:

Jus ad bellum, use of force, terrorism, international law, armed attack, non-state actors.

Sumário

Sumário.....	i
Introdução.....	1
Parte I – Parte geral – Regulamentação do uso da força pelo Direito Internacional Público.....	4
I. A ilegalidade do uso da força	4
A. Perspectiva histórica.....	4
1. Regime jurídico pré-I Guerra Mundial.....	4
2. Pós I Guerra Mundial – Liga das Nações e Pacto Kellogg Briand.....	5
3. Pós II Guerra Mundial	6
II. Regime jurídico atual – regra geral e exceções	7
A. Regime jurídico da Carta da ONU	7
1. Regra geral: Art. 2(4) - Proibição ao uso da força.....	7
2. Exceções à regra geral da proibição	8
a) Exceções mais amplamente aceitas	8
(1) Autorização do Conselho de Segurança	8
(2) Legítima defesa – art. 51	9
(3) Consentimento	10
b) Exceções controversas – diferentes interpretações do art. 2(4).....	12
(1) Expressão “Contra a integridade territorial e independência política” – interpretações restritiva e ampla	12
(2) Expressão “Fins incompatíveis com os fins das Nações Unidas” e seus desdobramentos – democracia e autodeterminação?.....	12
(3) Intervenção humanitária	14
(4) Proteção de nacionais no exterior	15
(5) Responsabilidade de proteger	16
3. Regra costumeira Internacional?	18
a) Relação tratado x costume	18

Parte II – O Objeto da Pesquisa: Uso da Força e Atores Não-estatais	19
III. <i>Jus ad bellum</i> e atores não estatais – perspectiva geral.....	19
A. Adequação ao momento histórico – transformação da regra	19
B. Desdobramentos da legítima defesa (Art. 51 da Carta das Nações Unidas)	21
1. Ataque armado.....	21
a) Quem pode cometer um ataque armado?	21
b) O que constitui um ataque armado? “Incidentes de fronteira” v. ataque armado em larga escala.....	23
c) Doutrina do acúmulo de eventos	24
d) Iminência de ataque armado	25
(1) Legítima defesa antecipatória.....	26
(2) Legítima defesa preemptiva ou preventiva.....	27
(3) Diferença entre represálias armadas e legítima defesa.....	29
(4) Necessidade e proporcionalidade	31
IV. Análise empírica – Dissidências e Corte Internacional de Justiça	34
1. Linhas gerais.....	34
a) Proposta	34
b) Pressupostos	36
c) Objetivo	37
d) Pergunta de pesquisa	37
e) Hipótese.....	37
f) Amostras.....	37
g) Metodologia.....	40
(1) Método.....	40
(2) Técnicas de pesquisa	41
2. Conclusões da pesquisa empírica	41
a) Caso Nicarágua – antes do 11 de Setembro de 2001.....	42

b) Opinião Consultiva Sobre a Construção do Muro no Território Palestino Ocupado – após o 11 de Setembro.....	43
c) Caso das Atividades Armadas no Território do Congo – após o 11 de Setembro	45
d) Sistematização dos resultados	47
Conclusões.....	49
Obras Citadas.....	52

Introdução

Muitas publicações que tratam de direito internacional e conflitos armados cita a famosa frase atribuída a Hersch Lauterpacht (LAUTERPACHT, 1952), que alude ao fato de que o direito internacional, que em si poderia ser considerado um direito pouco cogente, tem em sua extremidade ainda menos coercitiva o direito que regulamenta a guerra.¹

Este trabalho lida com uma das áreas mais controversas e politizadas do direito internacional e do uso da força: a (i)legalidade do uso da força nos conflitos armados contemporâneos contra o terrorismo (TAMS, 2006 p. 964). No contexto da “guerra ao terror”, observam-se questões potencialmente problemáticas em inúmeras áreas: em direitos humanos, com a submissão de suspeitos de terrorismo à tortura e tratamento cruel, desumano e degradante; em direito humanitário, com a classificação do conflito entre interno ou internacional para fins de verificação da lei aplicável; em direito penal internacional, com os julgamentos de terrorismo como crime internacional; em direito regulamentador do uso da força, com a possibilidade de se invocar legítima defesa contra atores não estatais (LUBELL, 2010). A importância do tema para o direito internacional é evidente no momento em que a Operação Liberdade Duradoura no Afeganistão se estende desde 2001 e computa-se 12 anos de conflito armado sem previsão para terminar (GRAY, 2008 p. 193). Este trabalho busca analisar especificamente o estado do direito internacional regulamentador do uso da força em ações militares contra o terrorismo. É importante frisar a necessidade, para fins metodológicos, de fazer um recorte do tópico. Apesar da relevância, os temas de direito humanitário internacional ou de direitos humanos envolvidos não serão alvo do presente trabalho.

A literatura acerca da temática do uso da força é extremamente extensa. A maioria das fontes utilizadas foi de livros clássicos (e.g. BROWNLIE, 2008; JESSUP, 1952; LAUTERPACHT, 1952), livros de autores contemporâneos (e.g. GRAY, 2008; CRAWFORD, 2012; DINSTEIN, 2005) além de, especialmente, artigos de periódicos. A primazia dada ao uso dos artigos é a dinamicidade que estes proporcionam ao debate acadêmico, que permite com que autores com opiniões conflitantes tenham discussões e

¹ “*If international law is, in some ways, at the vanishing point of law, the law of war is, perhaps even more conspicuously, at the vanishing point of international law*”.

esclareçam divergências teóricas.² Os dois periódicos mais utilizados nesse trabalho foram o *American Journal of International Law* e o *European Journal of International Law*, sendo as revistas de maior relevo internacional atualmente, tendo linhas doutrinárias bastante diferentes, porém igualmente respeitadas. Outras fontes, como o *British Yearbook of International Law* e a *Revue de Droit International* infelizmente não são disponíveis para alunos da UFRGS, portanto sua consulta foi limitada. Em geral foi possível conduzir uma análise bibliográfica extensiva de obras, especialmente as mais citadas, sobre cada um dos temas abordados, tanto na parte geral quanto, especialmente, na parte relativa ao uso da força contra o terrorismo, que é o objeto específico desse trabalho. Alguns cursos de Haia também foram utilizados, especialmente os dos ex-juízes da Corte Internacional de Justiça Rosalyn Higgins e Stephen Schwebel, que contem algumas passagens de maior relevo para direito internacional sobre o uso da força, além das *Hersch Lauterpacht Memorial Lectures* de Thomas Franck e Mohammed Shahabbudeen. Os livros utilizados nesta pesquisa foram consultados nas Bibliotecas da Faculdade de Direito da UFRGS e na Biblioteca Depositária das Nações Unidas, nas bibliotecas da Universidade de Leiden onde eu tive a oportunidade de fazer intercâmbio em 2012, na biblioteca do Palácio da Paz em Haia em vista da minha admissão no Curso de Verão da Academia de Haia em 2013, ou fazem parte do meu acervo pessoal (digital e físico).

A fim de contribuir para o debate do direito internacional e do uso da força, este trabalho busca não se restringir à apresentação da base teórica sobre o assunto, mas também fornecer uma perspectiva empírica;³ para isso, a monografia foi dividida em duas grandes partes. A primeira lida com o direito internacional geral regulamentador do uso da força, iniciando por uma perspectiva histórica do direito internacional que regulamenta o emprego da força militar, passando à apresentação do regime jurídico geral do tema e diferenças na doutrina e na prática dos Estados em áreas que vão desde temas clássicos como proteção de nacionais no exterior até temas atuais e inéditos até antes dos anos 2000, como a Responsabilidade de Proteger.⁴ Este levantamento geral é necessário para estabelecer uma

² E.g. a discussão nas últimas edições da *American Journal of International Law* entre Daniel Bethlehem, (BETHLEHEM, 2012); Dapo Akande (AKANDE, 2013); Mahmoud Hmoud (HMOUD, 2013) e Dire Tladi (TLADI, 2013).

³ Na linha de pesquisa do Grupo de Pesquisa CNPq Direito, Globalização e Desenvolvimento, do Prof. Fabio Costa Morosini, meu orientador nesse trabalho, que tem buscado inquirir sobre o papel da pesquisa empírica em direito e empregar tais métodos ao direito internacional.

⁴ As divisões entre posições doutrinárias em questão foram retiradas da análise extensiva da produção científica sobre o assunto, além de estar parcialmente presente (apesar de apresentadas de maneira diversa) nos livros

visão compreensiva do tema, visando a melhor formular a hipótese e a pergunta de pesquisa mediante o contato com diferentes escolas do direito internacional.

A segunda parte do trabalho, que busca analisar especificamente o debate do uso da força na “guerra contra o terrorismo”, se divide em duas seções. A primeira delas faz uma pesquisa, também doutrinária, mapeando o campo teórico das divergências sobre o uso da força contra atores não estatais especificamente, cobrindo questões fundamentais como o conceito de legítima defesa, de ataque armado como pressuposto da legítima defesa e o emprego da legítima defesa antecipatória/pre-emptiva, mostrando de maneira abrangente o atual debate relativamente ao uso da força contra o terrorismo. A segunda parte da segunda seção usa análise empírica visando a verificar tendências no direito internacional sobre o uso da força e sua relação com os movimentos teóricos expostos anteriormente, dividindo a observação em dois momentos – o primeiro, antes do 11 de Setembro de 2001, e o segundo, após o 11 de Setembro –, buscando verificar se há indicadores que de fato houve uma reviravolta no direito internacional como alguns autores propõe e qual é o atual *status* do regime da Carta das Nações Unidas. Para isso, serão utilizadas as decisões da Corte Internacional de Justiça sobre o uso da força que lidam com atores não-estatais – a ver o caso das Atividades Militares e Paramilitares Dentro e Contra a Nicarágua (ICJ, 1986), de 1986, a Opinião Consultiva Sobre a Legalidade da Construção do Muro em Território Palestino (ICJ, 2003), de 2003, e o caso das Atividades Armadas no Território do Congo (ICJ, 2005), de 2005 – levando em conta que sua representatividade enquanto cristalização do direito internacional é diretamente proporcional ao número de votos favoráveis à sua decisão principal. Dentro destas decisões, se faz um recorte para fins metodológicos – abarcando somente os pronunciamentos sobre o ataque armado por atores não-estatais desencadeando o direito à legítima defesa – e se observa a variação quantitativa no número de dissidências à opinião principal da Corte antes e depois do 11 de Setembro, verificando se há diferença na aceitação de uma nova doutrina por parte dos juízes, e consequentemente indicação sobre o caminho que está tomando o direito internacional.

Parte I – Parte geral – Regulamentação do uso da força pelo Direito Internacional Público

I. A ilegalidade do uso da força

A. Perspectiva histórica

1. Regime jurídico pré-I Guerra Mundial

Previamente à I Guerra Mundial, a prática estatal era no sentido de utilizar a guerra como meio de resolução de disputas entre Estados (CRAWFORD, 2012 p. 744). A guerra não só era permitida pelo direito internacional, como um atributo inerente à condição de Estado soberano (CRAWFORD, 2012 p. 744). Em defendendo um direito, os Estados poderiam empregar a força sem necessidade de justificativas, e inclusive considerava-se que a guerra tinha o papel de mudar o direito internacional em vista da inexistência de um “legislador internacional” (LAUTERPACHT, 1952 p. 178).

A diferenciação entre guerras justas e injustas era o parâmetro da legalidade no uso da força, graças, inicialmente, a autores ligados à Igreja Católica, como Tomás de Aquino e Santo Agostinho,⁵ e, posteriormente, à laicização desta por Hugo Grotius (AKEHURST, 1987 p. 256; GILL, 2000 p. 17). Para Grotius, a guerra só poderia ser utilizada quando houvesse dano a um estado que a justificasse (HIGGINS, 1990 p. 269). Obviamente, essa posição garantia aos estados uma ampla margem de apreciação, pois admitia práticas de “*self-help*”, mas já se podia observar uma inclinação, por parte iminentes autores como Grotius, de restringir o poder total dos estados de declarar a guerra (HIGGINS, 1990 p. 269).

No século XIX, a guerra continuava sendo aceita enquanto instrumento de direito internacional para resolução de controvérsias. Oppenheim em 1906 ainda considerava que a guerra em si não teria um caráter negativo (CRAWFORD, 2012 p. 744), e, em sendo faculdade inerente à soberania, não poderia ser negada; o direito internacional nada poderia fazer além de regular a guerra. Práticas hoje claramente ilegais, como o título por anexação de território via uso da força, eram parte do direito internacional vigente, o que tornava admissíveis anexações como a das regiões de Alsácia e Lorena pela França (CRAWFORD,

⁵ Tomás de Aquino fala sobre a legalidade da Guerra na Suma Teológica, II, II, q. 40, a.1, onde retoma os ensinamentos de Tomas de Aquino sobre o assunto, chegando à conclusão de que a guerra é legal desde que seja justo seu motivo.

2012 p. 744). Nesta época, abandona-se a divisão entre *bellum iustum* e *bellum iniustum*, e a restrição imposta por Grotius deu lugar a total liberdade dos Estados para utilizarem a guerra se assim o desejassem (BRIERLY, 1932; LAUTERPACHT, 1952 p. 178; AKEHURST, 1987 p. 257). Lauterpacht menciona, inclusive, que em vista da completa liberdade ao direito de empregar a força que vigorava durante o período entre o século XVIII até 1928, o que haveria não era somente um direito amplamente permissivo, mas uma área não regulamentada pelo direito internacional (LAUTERPACHT, 1952 p. 179; AKEHURST, 1987 p. 257). Apesar da ausência de regulamentação internacional sobre o uso da força, o Século XIX é considerado o tempo do equilíbrio europeu, em que abalança de poder é estabilizada pelo Concerto da Europa, garantindo a paz na região. O equilíbrio é posteriormente comprometido pela expansão da Alemanha, e em 1914 irrompe a I Guerra Mundial.

2. Pós I Guerra Mundial – Liga das Nações e Pacto Kellogg Briand

A regulamentação do uso da força no pós-I Guerra Mundial inicia-se com o Tratado de Versalhes, que além de firmar a paz entre Alemanha e França funda a Liga das Nações. O Pacto da Liga das Nações previa o que era a regra durante o século XIX: a guerra era legal desde que exauridas medidas pacíficas de solução das controvérsias que lhe dessem causa (CRAWFORD, 2012 p. 744, LAUTERPACHT, 1952 p. 180).

Antes da II Guerra, durante o pleno funcionamento da Liga, foi firmado o Tratado Geral de Renúncia à Guerra, mais conhecido como Pacto Kellogg-Briand, em 1928 (LAUTERPACHT, 1952 p. 181). Pela primeira vez um instrumento de direito internacional com ratificação geral (somente três estados à época não o haviam ratificado (BROWNLIE, 1963) prevê a ilegalidade da resolução de controvérsias por meios violentos, e prescreve que os estados não devem empregar a força em sua política externa (HIGGINS, 1994 pp. 238-239).⁶ Os principais atores na feitura do Pacto apuseram reservas no sentido de permitir o uso da força em legítima defesa (BROWNLIE, 1963 pp. 235-247). O Pacto apresentava basicamente quatro elementos: (i) a obrigação de não utilizar-se da guerra para resolver controvérsias internacionais; (ii) a obrigação de resolver conflitos pacificamente; (iii) o direito à legítima defesa individual ou coletiva e (iv) a preponderância do Pacto da Liga das Nações (CRAWFORD, 2012 p. 745).

⁶ “Article I

The parties ... condemn recourse to war for the solution of international controversies, and renounce(d) it as an instrument of national policy against one another”. Artigo II: “Settlement of disputes between the parties shall never be sought except by pacific means”.

Apesar de ser considerado bastante compreensivo e realístico (BROWNLIE, 2008 p. 731) e de ter sido invocado em alguns conflitos na década de 30⁷ (CRAWFORD, 2012 p. 745), na vigência do Pacto Kellogg-Briand irrompe a II Guerra Mundial. Lauterpacht atribui esta falha à falta de uma instituição central a que os países pudessem recorrer a fim de resolver pacificamente suas controvérsias (LAUTERPACHT, 1952 p. 184).

3. Pós II Guerra Mundial

A moldura legal já prevista no Pacto Kellogg-Briand retorna no pós-II Guerra Mundial na redação da Carta da Organização das Nações Unidas (a Carta). Os princípios do Pacto permaneceram os mesmos, a guerra sendo ilegal a não ser em casos de legítima defesa.

A mudança fundamental, contudo, que diferencia o sistema da Carta do Pacto Kellogg-Briand, são os poderes do Conselho de Segurança da ONU (o Conselho) (JESSUP, 1952 p. 165). Este, com poderes mais extensos do que os do seu correspondente na Liga das Nações, pode editar resoluções vinculantes a fim de garantir a paz e a segurança internacionais. Os cinco países considerados em alguma medida vencedores da II Guerra (Estados Unidos, Rússia (ex-URSS), China, Reino Unido e França) possuem não só assento permanente, mas poder de veto em decisões substantivas no Conselho. Este poder, formulado a partir de visões realistas das Relações Internacionais, apesar de controverso, constitui uma das razões apontadas para o sucesso desta Organização em comparação com sua predecessora (JESSUP, 1952).

Logo após a II Guerra, todavia, inicia-se o processo de bipolarização, em que Estados Unidos e União Soviética, ambos com assento permanente e poder de veto no Conselho de Segurança, disputaram poder e áreas de influência (JESSUP, 1952). Isso ensejou a paralização do Conselho de Segurança para lidar com as questões atinentes à paz e à segurança internacionais, pois ambos os países acabavam por vetar eventuais resoluções sobre assuntos que eram de seu respectivo interesse (GRAY, 2008 p. 254).⁸ Este engessamento do Conselho de Segurança leva a alguns autores, como Rosalyn Higgins, durante a década de 90,

⁷ Foi invocado pelos EUA no conflito entre a China e a União Soviética em 1929, entre a China e o Japão em 1931, e na disputa entre Peru e Equador em 1933. Em 1939 foi citado pela Assembléia da Liga das Nações para condenar a atividade da União Soviética contra a Finlândia (CRAWFORD, 2012 p. 746).

⁸ Muito raramente durante a Guerra Fria o Conselho de Segurança conseguiu emitir resoluções vinculantes pelo Capítulo VII da Carta, e só autorizou o uso da força em uma situação: a guerra entre Coréia do Sul e do Norte (UNSC Res 82/1950), o que levou inclusive à utilização da Assembleia Geral da Nações Unidas (Assembléia Geral) para fins de manutenção da paz e da segurança internacionais com a Resolução *Uniting for Peace* de 1950. (ONU, 1950)

considerar que o sistema de defesa coletivo da Carta havia falhado totalmente (HIGGINS, 1990 p. 269).

Após a queda do muro até os dias de hoje, o Conselho de Segurança da ONU tem aceitado e ordenado o uso da força mais do que nunca, e suas atividades foram adaptadas relativamente ao que era previsto pela Carta (GRAY, 2008 p. 264). Até hoje são computadas 68 missões de paz que foram e 15 que estão sendo conduzidas a mando do Conselho de Segurança (UN, 2013; GRAY, 2008 p. 272), além do uso por parte do Conselho de sanções econômicas (GRAY, 2008 p. 266), o bloqueio de bens de particulares, e inclusive a criação de Tribunais Penais como o da Ex-Iugoslávia e Ruanda, o que demonstra a diversificação na atuação deste órgão frente ao que seriam suas competências segundo a Carta (GRAY, 2008 p. 326). Casos de uso ilegal da força continuam acontecendo, porém em escala menor do que nas eras anteriores às Nações Unidas (CRAWFORD, 2012 p. 746), o que é atribuído por alguns autores à própria atuação da Organização (GRAY, 2008 p. 326). A maior controvérsia sobre o uso da força nas Nações Unidas hoje é o conflito contra o terrorismo e se este provocou alguma modificação na regulamentação dada ao uso da força até então (GRAY, 2008 p. 191).

II. Regime jurídico atual – regra geral e exceções

A. Regime jurídico da Carta da ONU

1. Regra geral: Art. 2(4) - Proibição ao uso da força

A Carta da ONU no seu Art. 2º, parágrafo 4º, prevê:

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

Este é apontado como regra geral para regulamentar o uso da força nas relações internacionais após o advento da Organização das Nações Unidas. O termo foi considerado pela Corte Internacional de Justiça como a “pedra de toque”⁹ da Carta (ICJ, 2005 p. 148), e inclusive como norma de *jus cogens* (ICJ, 1986 p. 190), constatação esta que impôs um pesado fardo imposto aos Estados que desejassem empregar a força (TAMS, 2009 p. 373).

⁹ “Cornerstone” (tradução livre).

Há duas posições relativamente a como deve ser interpretado o artigo 2(4) da Carta. A primeira, a que se filiam autores como Christine Gray (GRAY, 2008) e Ian Brownlie (BROWNLIE, 1963), entende que o Art. 2(4) deve ser construído de forma a restringir ao máximo o uso da força entre os estados. Outros autores entendem que o Art. 2(4) deve ser interpretado de forma a permitir o uso da força em um maior número de casos, que vão de legítima defesa antecipatória à legítima defesa contra atores não estatais, passando por intervenção humanitária e proteção de nacionais no exterior; exemplos de juristas que partilham do entendimento de que o direito internacional garante uma margem de apreciação mais ampla aos estados relativamente ao emprego da força são Thomas Franck (FRANCK, 2002), Stephen Schwebel (SCHWEBEL, 1989) e Michael Reisman (REISMAN, 1999).

Independentemente do grau de flexibilidade que se dê ao art. 2(4), é necessário observar que há exceções à proibição geral ao emprego da força; algumas delas são de aceitação geral, enquanto outras delas provam-se mais controversas.

2. Exceções à regra geral da proibição

O Art. 2(4) permite certas exceções à proibição geral, reconhecidas tanto na Carta quanto na doutrina e na jurisprudência. Para fins de clareza metodológica, este item se divide em duas partes; a primeira abarca aquelas exceções ao artigo 2(4) que são amplamente aceites (TAMS, 2009 p. 371), e/ou deliberadamente incluídas na Carta (legítima defesa e autorização pelo Conselho de Segurança) (FRANCK, 2002 p. 45), enquanto a segunda parte lida com as exceções mais polêmicas, sobre as quais há muita divergência entre comentadores e juízes.¹⁰ A divisão entre as referidas exceções deu-se a partir da extensiva pesquisa doutrinária. Listas compreensivas destas exceções – não necessariamente organizadas da mesma forma, mas com conteúdo semelhante – encontram-se em Christine Gray (GRAY, 2008) e James Crawford (CRAWFORD, 2012).

a) *Exceções mais amplamente aceites*

(1) Autorização do Conselho de Segurança

O Conselho de Segurança é o órgão central no sistema da Carta para a manutenção da paz e da segurança internacionais. Esta posição central é garantida por um conjunto de

¹⁰ Como se pode observar pelas opiniões dissidentes e separadas de juízes da Corte Internacional de Justiça. Os casos específicos e o conteúdo das opiniões dissidentes serão exploradas especificamente na Parte II, IV (Análise Empírica) do trabalho.

previsões da própria Carta, que garante certos poderes ao Conselho de Segurança (CRAWFORD, 2012 p. 758). Dentre suas prerrogativas, cita-se o seu poder de ordenar medidas pacíficas para assegurar a paz; a Carta lhe garante, através do artigo 41, a possibilidade de utilizar medidas de coerção econômicas, medidas relativas a meios de comunicação e medidas diplomáticas para assegurar a paz e a segurança internacionais. O artigo 42 da Carta garante ao Conselho de Segurança a possibilidade de utilizar meios forçosos contra ameaças de paz e segurança internacionais. Os artigos 25 e 48 dão às decisões do Conselho caráter vinculante, e o artigo 103 prevê que as obrigações advindas da Carta – e, conseqüentemente, as obrigações criadas pelo em Resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança de acordo com o Capítulo VII da Carta – têm precedência sobre quaisquer outras obrigações internacionais dos estados, sejam estas contraídas a partir de tratados, costume ou qualquer outra forma.¹¹

O monopólio de declaração do que é uma ameaça ou ofensa à paz e à segurança internacionais e de ordenar os Estados a cumprirem com medidas cabíveis é do Conselho. O que constitui uma ameaça à paz e à segurança é, no entanto, discricionário (CRAWFORD, 2012 p. 760) e não precisa se ater a casos de legítima defesa ou de consentimento (BOTHE, 2003 p. 229). Portanto, em caso de entendimento pelo conselho que certa conduta constitui uma ameaça à paz e à segurança internacionais – independentemente da classificação jurídica que tenha a ameaça em questão (TAMS, 2009 p. 375) – o Conselho pode autorizar ou ordenar o uso da força em exceção à proibição geral prevista no Art. 2(4) (BOTHE, 2003 p. 229).

(2) Legítima defesa – art. 51

A principal exceção à proibição do uso da força prevista no artigo 2(4) é o direito à legítima defesa (GRAY, 2010 p. 625; SCHWEBEL, 1989). A norma no sistema da Carta que prevê a legítima defesa é o Artigo 51, que lê:

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

¹¹ Esta hierarquia entre Resoluções do Conselho de Segurança e demais obrigações contraídas na esfera internacional foi recentemente colocada em cheque pela jurisprudência da Corte Europeia de Justiça no caso Kadi, em que a CEJ considerou que obrigações de direitos humanos como o direito à revisão de sanções pessoais se sobrepõe às Resoluções do órgão (ECJ, 2008), mas em princípio permanece relativamente a outras obrigações e continua sendo uma das características fundamentais do Sistema ONU.

manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais. (ONU, 1945)¹²

O artigo 51 é uma exceção literal à proibição geral do uso da força prevista pelo artigo 2(4) (GRAY, 2010 p. 624). A interpretação do artigo e seus desdobramentos são, contudo, alvo de acalorados debates. A discussão inicia-se pelo conteúdo da expressão “ataque armado” – quem poderia cometê-lo, somente estados ou também atores não estatais, e qual é o nível de violência necessário para se considerar uma ação militar um ataque armado –, passando pela possibilidade de agir em legítima defesa contra ataques iminentes ou remotos que ainda não ocorreram (FRANCK, 2002). O único ponto em que a doutrina parece concordar é que o uso da força em legítima defesa é legal quando de fato aconteceu um ataque armado (uso de força militar que passe do limite de violência necessário (ICJ, 1986)) por parte de outro Estado (FRANCK, 2002). Os desdobramentos da legítima defesa em particular e as discussões citadas acima serão explorados mais a fundo na Parte II do trabalho.

(3) Consentimento

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em seu Projeto de Artigos em Responsabilidade dos Estados Sobre Atos Ilegais, Cap. V, prevê como uma “Circunstância que faz precluir a ilicitude”¹³ o consentimento. Segue a previsão do seu artigo 20:

Artigo 20. Consentimento

Consentimento válido por parte de um Estado para a comissão de um certo ato por outro Estado faz com que a ilicitude deste ato seja precluída em relação ao segundo estado desde que o ato se mantenha dentro dos limites do consentimento que foi dado. (ILC, 2001)¹⁴

Como o uso da força em violação ao art. 2(4) seria um ilícito internacional, o consentimento por parte do Estado que estaria sofrendo o uso da força tornaria preclusa a ilicitude neste caso. A própria Corte Internacional de Justiça no caso Atividades Armadas no

¹² “Article 51. Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security” (tradução livre).

¹³ “Circumstances precluding wrongfulness” (tradução livre).

¹⁴ “Article 20. Consent. Valid consent by a State to the commission of a given act by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the former State to the extent that the act remains within the limits of that consent” (tradução livre).

Território do Congo assim decidiu, entendendo que a aceitação em um acordo bilateral associada à aquiescência por parte do Congo da presença das tropas de Uganda precluiria a ilegalidade das atividades armadas em outros casos considerados violações do art. 2(4), em um dado período (ICJ, 2005 p. 46). Da mesma forma, segundo Oscar Schachter:

“Os Estados são **legalmente livres** para enviar suas forças armadas como desejarem (...) aos territórios de Estados que **assim consentirem.**”
(SCHACHTER, 1989) (eu grifei)¹⁵

Apesar de bastante aceita como circunstância precluindo a ilegalidade do uso da força, há algumas ressalvas e posições divergentes acerca da questão. Dois exemplos válidos do debate sobre consentimento à intervenção militar estão em Abass (ABASS, 2004), em que o autor explora a (im)possibilidade de consentimento precluir a proibição de uma norma de *jus cogens*,¹⁶ e em Crawford (CRAWFORD, 2012 p. 769), em que o autor aponta os inúmeros problemas na validade do consentimento dado nesses casos.¹⁷ Outra obra que traz questões interessantes sobre o assunto é um artigo de 1991 também escrito por Oscar Schachter; o autor aponta que o consentimento, desde que não viciado por coação e advindo de um governo legítimo, não seria contrário aos propósitos da Carta (SCHACHTER, 1991 pp. 114-115). Casse se chega a listar requisitos para que o consentimento de fato preclua a ilegalidade do uso da força no direito internacional: (1) que ele seja dado livremente; (2) que o consentimento seja dado pelo governo *de jure*, ou seja, aquele que é dito como o tal pela constituição; (3) que deve ser concedido caso a caso, e não como uma autorização geral “carta branca”; (4) que não pode ser utilizado para autorizar usos da força que sejam “contra a integridade territorial ou independência política”, por exemplo visando a anexar territórios; e (5) que não pode ser considerado válido quando promovem fins que violam normas de *jus cogens* como o direito à autodeterminação. (CASSESE, 2005 p. 371)

¹⁵ “*States are legally free to deploy their forces as they choose (...) in the territories of consenting states*” (tradução livre).

¹⁶ Conflito, portanto, entre o Art. 20(Consentimento) do Projeto de Artigos e o Art. 26 (Cumprimento de Normas Peremptórias).

¹⁷ Por exemplo, em caso de um governo marionete pedir a presença do poder externo. (CRAWFORD, 2012 p. 770). Interessantemente, Crawford foi o próprio “*Special Rapporteur*” do Projeto de Artigos que trata de consentimento para fins de preclusão da ilegalidade, e nem o próprio parece conseguir esclarecer esta questão.

b) *Exceções controversas – diferentes interpretações do art. 2(4)*

(1) Expressão “Contra a integridade territorial e independência política” – interpretações restritiva e ampla

A célebre defesa do Reino Unido contra a Albânia no caso do Canal de Corfu perante a Corte Internacional de Justiça em 1949 ilustra o debate acerca do escopo do artigo 2(4) (ICJ, 1949). Neste caso, o Reino Unido alegava que, em vista de que a operação para averiguação da presença de minas no mar territorial da Albânia após a explosão de navios britânicos no Estreito de Corfu não violara nem a “integridade territorial” nem a “independência política” da Albânia, suas ações seriam compatíveis com o artigo 2(4), restringindo, portanto, p art. 2(4) em sua aplicação. A mesma interpretação restritiva foi utilizada por Israel após a operação em Entebbe, em Uganda (1976) e pelos Estados Unidos em sua operação em Grenada em 1986 (GRAY, 2010 p. 157; BETHLEHEM, 2004 p. 19).

Autores como D.W. Bowett entendem que a interpretação do artigo 2(4), por configurar uma barreira à soberania dos Estados, deve ser minimamente limitativa a sua liberdade, admitindo a interpretação restritiva do art. 2(4) (BOWETT, 1958). A grande maioria dos autores, contudo, parece ser contrária a essa posição (CRAWFORD, 2012; SCHACHTER, 1991; GRAY, 2008). A Corte Internacional de Justiça, ao se pronunciar sobre o assunto no próprio caso Corfu e então posteriormente no caso Nicaragua, pareceu deliberadamente descartar esta possibilidade de interpretação, entendendo que a exegese do art. 2(4) deve ser ampla e abarcar todas as operações militares mesmo que estas não sejam direcionadas *prima facie* a comprometer a integridade territorial e a independência política de um dado estado (HIGGINS, 1990 p. 240).

(2) Expressão “Fins incompatíveis com os fins das Nações Unidas” e seus desdobramentos – democracia e autodeterminação?

Em vista de que o artigo 2(4) da Carta prevê que é proibido o uso da força “de qualquer maneira inconsistente com os propósitos das Nações Unidas” (ONU, 1945),¹⁸ alguns autores interpretam como legal o emprego da força em casos de promoção de princípios promovidos pela ONU, visando à promoção de uma “ordem pública internacional”¹⁹ (REISMAN, 1984 p. 643; REISMAN, 1999 p. 6). A democracia e autodeterminação estariam

¹⁸ “*In any manner inconsistent with the Purposes of the United Nations*” (tradução livre).

¹⁹ “*International public order*” (tradução livre).

neste rol de propósitos, o que implica dizer que empregar a força na promoção destes fins não seria uma conduta contrária ao direito internacional (D'AMATO, 1990).

Esta posição é contestada por autores que dizem que o direito internacional não prevê exceção à regra geral do artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas em prol da democracia (GRAY, 2008 p. 56). Países como os próprios Estados Unidos, que se envolveram em intervenções apontadas pela doutrina como prática estatal de emprego da força na busca pela democracia, não se utilizam desta alegação legal para defender-se (GRAY, 2008 p. 58), e a Assembléia Geral e do Conselho de Segurança até hoje responderam negativamente a esta prática, condenando-a (SCHACHTER, 1984 p. 647).

A questão do uso da força em favor da autodeterminação era um debate pertinente à época da descolonização e dos movimentos de independência da África e da Ásia, e cuja relevância persiste relativamente à questão do povo palestino nos territórios ocupados (GRAY, 2008 p. 64). Alguns autores como Antonio Cassese (CASSESE, 2005 p. 374), por exemplo, defendem que grupos raciais e povos oprimidos poderiam empregar a força em legítima defesa em vista da aceitação por consenso de declarações como a Declaração Sobre Relações Amigáveis (1970), que tem previsões neste sentido. Christian J. Tams (TAMS, 2009 p. 373) aponta que esta prática seria legítima durante as décadas de 60 e 70. Stephen Schwebel, em seu curso dado na Academia de Haia em 1989, afirmou que a doutrina do emprego da força em movimentos de independência é divergente, apontando que, por ter um conteúdo político muito acentuado, não se presta como foram de promover os princípios das Nações Unidas (SCHWEBEL, 1989 p. 486). Quanto à prática estatal, verifica-se que, durante a descolonização, o debate produzia uma grande divisão entre as posições dos países em desenvolvimento e os países desenvolvidos, e as resoluções acerca do assunto²⁰ nunca eram suficientemente claras a ponto de admitir o uso da força por grupos internos em favor da autodeterminação, ou tampouco a legalidade do apoio aos movimentos de libertação nacional por governos externos (GRAY, 2008 pp. 59-62). Enquanto alguns países como Zâmbia, Senegal e China eram assertivos no sentido da permissibilidade de apoio à autodeterminação pelo uso da força, países vizinhos a colônias de Portugal²¹, por exemplo, eram contrários a esta prática (GRAY, 2008 pp. 59-62).

²⁰ Como a Declaração Sobre Relações Amigáveis de 1970 mencionada por Cassese como uma evidência da aceitação geral do uso da força por povos em busca de autodeterminação.

²¹ Estes países vizinhos às colônias de Portugal e Israel eram hesitantes em admitir um direito a apoio do uso da força em prol da autodeterminação de países vizinhos, pois as metrópoles entendiam que este suporte

(3) Intervenção humanitária

Referentemente ao direito de intervir militarmente a favor de causas humanitárias, há três posições predominantes na doutrina e na prática estatal.

Em primeiro lugar, há aqueles que defendem que a intervenção unilateral humanitária é ilegal. Esta parece ser a posição adotada pela Corte Internacional de Justiça no caso Nicarágua, que no parágrafo 242 faz uma diferenciação entre intervenção nos assuntos internos dos estados e o que seria ajuda humanitária. Enquanto o primeiro seria contrário ao direito internacional, o segundo não o seria (ICJ, 1986 p. 242).

A segunda posição é de que o direito unilateral à intervenção humanitária seria uma norma em formação (CASSESE, 1999), afirmando que os casos da proteção dos Curdos no norte do Iraque em 1991 e da população civil em Kosovo pela OTAN em 1999 seriam precedentes para esta re-interpretação do artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas. Também há argumentos no sentido de que ações humanitárias autorizadas pelas Nações Unidas – como o caso da Ex-Iugoslávia ou da Somália, e mais recentemente a Líbia (CRAWFORD, 2012 p. 756)– seriam uma carta branca aos estados para que estes também pudessem agir unilateralmente em prol da proteção ao direito humanitário (GRAY, 2008 pp. 47-49).

A terceira posição relativa à intervenção humanitária é de que esta não pode ser alegada como fundamentação legal para uso da força. Casos que hoje são citados como parte da prática estatal favorecendo a intervenção humanitária – como a intervenção pela Tanzânia em Uganda de Idi Amin (1979), a invasão do Camboja do Khmer Vermelho pelo Vietnã (1978) e a ação da Índia em Bangladesh contra o Paquistão (1971) – não teriam tido esta doutrina como base legal (GRAY, 2008 p. 34); mesmo atuais defensores ferrenhos da intervenção humanitária, como o Reino Unido, entendiam que esta prática era contrária ao direito internacional na década de 80 (GRAY, 2008 p. 34), e as declarações da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU, 1970; ONU, 1974) retringiriam especificamente o uso da força aos termos explícitos pela Carta. Outro argumento forte por parte desta corrente da doutrina é a posição fortemente contrária à norma legal de intervenção humanitária adotada por muitos países como a Rússia, a China e membros do Movimento dos Não-Alinhados (GRAY, 2008 p. 51) – lembrando que a prática estatal para a configuração de costume

configuraria violação ao artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas, e poderiam invocar legítima defesa contra os primeiros (GRAY, 2008 p. 63).

internacional deve ser “extensiva e virtualmente uniforme” (ICJ, 1969 p. 74), sendo questionável a existência de uma norma que é rejeitada por um número tão grande de Estados.

(4) Proteção de nacionais no exterior

Segundo Oscar Schachter, a proteção de nacionais no exterior pode ser considerada

(...) uma das questões de legítima defesa mais controversas (...) que expandiria o uso da força enquanto direito dos Estados para além dos arquetípicos casos de ataque armado no território ou instrumentalidade de um estado. (SCHACHTER, 1989 p. 271)²²

Enquanto alguns autores como o citado acima classificam a proteção de nacionais no exterior como uma forma de legítima defesa, outros preferem classificá-la como uma exceção à parte ao artigo 2(4) da Carta fora do artigo 51 (TAMS, 2009 p. 371).

O exemplo clássico de uso de força armada visando à proteção de nacionais no exterior é o caso de intervenção armada em Uganda por parte de Israel em 1976 – conhecido como “Incidente Entebbe”. Este incidente consistiu na captura de uma aeronave da Air France que fazia o caminho Paris/Tel Aviv durante fazia uma parada na Grécia por dois indivíduos aparentemente provenientes da Alemanha Oriental; rumaram estes então para o aeroporto de Entebbe, capital de Uganda, onde os passageiros judeus foram separados dos demais e mantidos reféns. Para a liberação dos reféns os sequestradores exigiam a libertação de Palestinos acusados de terrorismo que estavam presos em inúmeros países. Em vista da inatividade do governo de Uganda – à época o presidente do país era Idi Amin -, Israel conduziu uma operação militar que não só matou membros das forças armadas de Uganda quanto ambos os sequestradores (HARRIS, 2010 p. 768). As discussões que seguiram o fato no Conselho de Segurança foram pautadas pelos argumentos da intervenção ilegal por parte dos delegados de Uganda e do “direito de proteger seus nacionais de perigo mortal” por parte de Israel (HARRIS, 2010 p. 768). A Resolução final somente condenou o sequestro e nada mencionou sobre a conduta de nenhuma das partes (HARRIS, 2010 p. 769). Apesar de ausente a expressa condenação no Conselho, a posição defendida por Israel não é a necessariamente aceita por grande parte da doutrina. Exemplos daqueles que se posicionam contra a expansão do direito ao uso da força neste sentido incluem Brownlie (BROWNLIE, 1963) e Gray (GRAY, 2010). Autores que se posicionam a favor da doutrina incluem

²² “*The more controversial questions of self-defense (...) and claims that would expand a state’s right to use force beyond the archetypical case of an armed attack on the territory or instrumentality of that state*” (tradução livre).

Antonio Cassese e Thomas M. Franck. O primeiro diz que a necessidade de proteger nacionais no exterior existe em vista da ineficácia do regime de segurança coletivo da Carta, mas que deve obedecer alguns requisitos mínimos para ser considerada uma ação legal (CASSESE, 2005 p. 368).²³ Segundo seus critérios, ações como a da Bélgica no Congo em 1960 seria legal, assim como a de Israel em Entebbe em 1976, mas a operação dos Estados Unidos em Grenada em 1986 seria ilegal. Esta mesma posição é defendida por Daniel Bethlehem (BETHLEHEM, 2004 p. 19). Thomas Franck entende que a prática estatal pode ser vista de duas formas: a primeira, que aceita a intervenção como legítima, apesar de ilegal; a segunda, em uma interpretação ampla da prática estatal, entenderia que a prática adaptou o conceito de legítima defesa presente no art. 51, incluindo a proteção de nacionais no exterior quando houver necessidade extrema e desde que os meios empregados sejam proporcionais (FRANCK, 2002 p. 96).

(5) Responsabilidade de proteger

A responsabilidade de proteger é um conceito novo, mas que tem rendido grandes discussões tanto na academia quanto no meio diplomático. Surge em 2001 em um relatório feito pela Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal (ICISS, 2001)²⁴, que remete à responsabilidade que outros estados possuem de agir em situações catastróficas nas quais um Estado em que estão ocorrendo atrocidades – que deveria proteger seus nacionais – está relutante ou é incapaz de fazer cessar a fonte do problema (ICISS, 2001). Em 2004, em vista dos 10 anos do genocídio em Ruanda (GRAY, 2008 p. 51), o Painel de Alto Nível do Secretário Geral das Nações Unidas Sobre Ameaças, Desafios e Mudanças²⁵ adota a expressão em seu Relatório Um Mundo Mais Seguro: Nossa Responsabilidade Compartilhada,²⁶ com a seguinte frase:

Há uma aceitação crescente de que, enquanto governos soberanos tem a responsabilidade primária de proteger seus próprios cidadãos de tais catástrofes,

²³ “The conditions to be fulfilled for the use of armed force to protect nationals abroad to be lawful, are as follows: (1) The threat or danger to the life of nationals – due either to terrorist attacks or to the collapse of the central authorities, or to the condoning by those authorities of terrorist or similar criminal activities – is serious. (2) No peaceful means of saving their lives is open either because they have already been exhausted or because it would be utterly unrealistic to resort to them. (3) Armed force is used for the exclusive purpose of saving or rescuing nationals. (4) The force employed is proportionate to the danger or threat. (5) As soon as nationals have been saved, force is discontinued. (6) The State that has used armed force abroad immediately reports to the SC; in particular, it explains in detail the grounds on which it has considered it indispensable to use force and the various steps taken to this effect.” (CASSESE, 2005 p. 368)

²⁴ “International Commission on Intervention and State Sovereignty” (tradução livre).

²⁵ “United Nations Secretary General High Level Panel on Threats, Challenges and Change” (tradução livre).

²⁶ “A More Secure World Our Shared Responsibility” (tradução livre).

quando eles forem incapazes de ou estiverem relutantes em fazê-lo, a responsabilidade deve ser assumida pela comunidade internacional no sentido amplo, que deve abranger um contínuo esforço envolvendo prevenção, resposta à violência, se necessário, e a reconstrução de sociedades destruídas.²⁷ (HLPTCC, 2004)

Em 2005, o referido Relatório do Alto Painel foi adotado no relatório final da Cúpula Mundial das Nações Unidas (UN, 2005).²⁸ Para alguns autores, como Carsten Stahn (STAHN, 2007) e Anne Peters (PETERS, 2009), a Responsabilidade de Proteger é um conceito necessário em um mundo em que a soberania estatal dá lugar à considerações de humanidade e responsabilidades dos Estados frente a seus cidadãos. Outros autores vêem a Responsabilidade de Proteger como “vinho velho em novas garrafas”,²⁹ uma mera nova roupagem dada à intervenção humanitária (CRAWFORD, 2012 p. 755). Para Crawford, a “Responsabilidade de Proteger” tem que necessariamente estar acompanhada de medidas adotadas dentro do esquema da Carta – pelo Conselho de Segurança, portanto – de nenhuma forma permitindo o uso unilateral da força sem o acionamento de organizações de segurança coletiva (CRAWFORD, 2012 p. 757).

Em vista de que os documentos autoritativos sobre Responsabilidade de Proteger – a ver, o Relatório do Secretário Geral e o Relatório Final da Cúpula Mundial supracitados – somente mencionam o direito de intervenção em casos de autorização pelos mecanismos de segurança coletiva, surge a questão sobre a possibilidade de intervir em nome da responsabilidade de proteger unilateralmente (GRAY, 2008 p. 53). Este debate gera conflitos entre os que defendem a Responsabilidade de Proteger e os Estados do Movimento dos Não Alinhados, que vêem este conceito como uma maneira de promover intervenção em seus assuntos internos por estados poderosos (GRAY, 2008 p. 53). À despeito da aprovação das Resoluções contendo o termo “Responsabilidade de Proteger” no caso da Líbia que deu início às operações conduzidas em 2011 (UNSC, 2011) serem um importante indício de prática estatal, restam dúvidas sobre a possibilidade da ascensão da Responsabilidade de Proteger como doutrina legal, especialmente dando direito à intervenção unilateral fora do esquema da Carta (CRAWFORD, 2012 p. 756).

²⁷ “*There is a growing acceptance that while sovereign Governments have the primary responsibility to protect their own citizens from such catastrophes, when they are unable or unwilling to do so that responsibility should be taken up by the wider international community-with it spanning a continuum involving prevention, response to violence, if necessary, and rebuilding shattered societies*” (Tradução livre). (HLPTCC, 2004)

²⁸ 2005 World Summit (tradução livre).

²⁹ “*Old wine in new bottles*”, expressão usada por Carsten Stahn, que chega a conclusão que este não é o caso relativamente à Responsabilidade de Proteger (STAHN, 2007).

3. Regra costumeira Internacional?

Além de cristalizado na Carta das Nações Unidas, o direito internacional que regulamenta o uso da força tem normas correspondentes na esfera costumeira (ICJ, 1986). A pergunta que surge, contudo, é se a regra costumeira internacional pré-existente corresponde exatamente às previsões da Carta ou se ela é divergente ao costume anterior a 1945 (GRAY, 2008 p. 31).

a) *Relação tratado x costume*

No caso Atividades Militares e Paramilitares Dentro da e Contra a Nicarágua a Corte Internacional de Justiça, em uma famosa *dicta*, prevê o seguinte:

Em um ponto essencial, o próprio tratado se refere a um costume internacional pré-existente; esta referência ao direito costumeiro está no próprio texto do Artigo 51, que menciona o “direito inerente” (no texto em francês o “droit naturel”) de legítima defesa coletiva ou individual, que “nada na presente Carta poderá comprometer”, e que se aplica no evento do acontecimento de um ataque armado. A Corte, portanto, chega à conclusão de que o Artigo 51 da Carta só tem sentido se tendo em vista de que há um direito “natural” ou “inerente” à legítima defesa, e mostra-se difícil verificar como isto poderia se dar se não na existência de uma regra costumeira, mesmo que seu conteúdo atual tenha sido confirmado e influenciado pela própria Carta.³⁰ (ICJ, 1986 p. 176)

Isto quer dizer que a Corte de fato entende que há uma coexistência entre uma norma costumeira internacional sobre o uso da força e uma norma de tratado – no caso, o sistema previsto pela Carta das Nações Unidas –, ambas simultaneamente vigentes.

É contencioso, entretanto, o conteúdo dessa norma costumeira. Autores que entendem que há uma norma costumeira mais permissiva do que o sistema da Carta se dividem em dois grupos; o primeiro grupo diz que o sistema anterior a São Francisco, costumeiro, que admite um direito amplo ao uso da força, coexiste com o sistema da carta, e continua vigorando; o segundo grupo diz que as regras costumeiras pré-existentes não deixaram de existir em vista da própria presença da expressão “direito inerente” no art. 51,³¹ que deliberadamente

³⁰ “On one essential point, this treaty itself refers to pre-existing customary international law; this reference to customary law is contained in the actual text of Article 51, which mentions the “inherent right” (in the French text the “droit naturel”) of individual or collective self-defence, which “nothing in the present Charter shall impair” and which applies in the event of an armed attack. The Court therefore finds that Article 51 of the Charter is only meaningful on the basis that there is a “natural” or “inherent” right of self-defence, and it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the Charter” (tradução livre).

³¹ “Inherent right” (tradução livre).

preservaria o costume prévio mais permissivo à legítima defesa – que autorizaria, por exemplo, legítima defesa antecipatória (RUYS, 2010 p. 18). Estes autores incluiriam D.W. Bowett e Stephen M. Schwebel (RUYS, 2010 p. 18), além de Christopher Greenwood (GREENWOOD, 2003 p. 4).

Os autores que concordam com o entendimento da Corte Internacional de Justiça quanto ao conteúdo mais restritivo ao direito dos Estados de empregar a legítima defesa, coincidentemente com a Carta, defendem que a norma costumeira internacional que regulamenta o uso da força corresponde ao esquema atual (RUYS, 2010 p. 10). Estes autores incluem, por exemplo, Ian Brownlie (BROWNLIE, 2008), Yoram Dinstein (DINSTEIN, 2005) e Christine Gray (GRAY, 2008), entre outros.³² Do ponto de vista jurídico metodológico, haveria a equiparação em termos de hierarquia entre tratados e costume (e princípios gerais de direito) (BROWNLIE, 2008 p. 5; CORTEN, 2006 p. 811), o que implicaria dizer que a primazia do costume sobre a Carta não seria metodologicamente correto, e as regras para dirimir conflitos entre ambas seriam *lex posteriori derogat lex priori* e *lex specialis derogat lex generali* (RUYS, 2010 p. 13). O costume continua, contudo, sendo importante para interpretar o regime da Carta, dando significado a expressões como “ataque armado”, “integridade territorial e independência política” etc. (RUYS, 2010).

Parte II – O Objeto da Pesquisa: Uso da Força e Atores Não-estatais

III. *Jus ad bellum* e atores não estatais – perspectiva geral

A. Adequação ao momento histórico – transformação da regra

A literatura sobre o uso da força, muitas vezes, remonta à existência de “novas” ameaças (BETHLEHEM, 2012 p. 769), à necessidade da proposição de “novos” paradigmas (REISMAN, 1999), e as “falhas” no sistema da Carta (FRANCK, 2002) para propor, então, diferentes interpretações mais amplas que permitam o uso da força em um número maior de casos fora das exceções “tradicionais” e amplamente aceitas mencionadas *supra* para evitar injustiças e inequidades. Para os autores que partem deste pressuposto, o Costume Internacional é prevalente enquanto fonte do direito internacional, já que este mais facilmente se adapta às mudanças no campo dos fatos, *a contrario sensu* dos tratados internacionais, que tendem a cristalizar o direito em uma determinada época (CORTEN, 2006 p. 805). Estes

³² Ver, por exemplo, os autores citados por Ruys (RUYS, 2010 p. 10).

autores também tem uma tendência a privilegiar o elemento da prática estatal frente à *opinio juris* enquanto elemento constitutivo do costume, dando maior importância a como os estados de fato agem do que a pronunciamentos acerca da legalidade de certos atos ou resoluções de órgãos internacionais (BYERS, 2002 p. 28). Outras características desta corrente doutrinária incluem (i) primazia de elementos extra-jurídicos ao interpretar normas, como a moral ou a legitimidade política (BYERS, 2002 p. 28); (ii) admissão o costume “instantâneo” ou que evolui rapidamente; e (iii) entendimento de que os estados hegemônicos tem papel mais importante na formação da norma costumeira do que os demais (CORTEN, 2006 p. 804).

De outra parte, autores que se consideram “formalistas” ou “voluntaristas” (CORTEN, 2006 p. 804), propõe que as normas internacionais relativas ao uso da força devem ser interpretadas de maneira “restritiva” (CORTEN, 2006 p. 812). A interpretação dada por esses autores prevê que as fontes do direito internacional – neste caso, tratados e costume – não possuem hierarquia entre si, e que os tratados devem ser interpretados textualmente de acordo com as regras dos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (BOTHE, 2003).³³ Da mesma forma que um tratado não pode ser interpretado sem levar em consideração o costume internacional, o costume internacional não poderia considerar tratados irrelevantes para a sua aplicação (CORTEN, 2006 p. 813). Costume como fonte de direito internacional, então, deveria ser interpretado também de acordo com parâmetros jurídicos, e não morais ou advindos de escolhas políticas. Isto não seria diferente relativamente à Carta das Nações Unidas. Para autores filiados a esta corrente denominada formalista, a interpretação dos artigos 2(4) e 51 da Carta deve ser feita de acordo com as regras Convenção de Viena de 1969, ou seja, levando em conta o sentido ordinário das palavras (BOTHE, 2003).

³³ A Convenção de Viena (1969) preconiza que, ao interpretar um tratado, primeiramente utiliza-se o previsto em seu Artigo 31 – que inclui boa-fé, sentido ordinário e objeto e propósito do tratado. Como meios subsidiários de interpretação, se utilizam os meios previstos em seu Artigo 32 – *travaux préparatoires* e circunstâncias da sua conclusão.

“Article 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in **good faith** in accordance with the **ordinary meaning** to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its **object and purpose**. (...)

Article 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.” (eu grifei)

B. Desdobramentos da legítima defesa (Art. 51 da Carta das Nações Unidas)

1. Ataque armado

a) *Quem pode cometer um ataque armado?*

Como previamente mencionado, o esquema da Carta, mais especificamente o artigo 51, prevê que a legítima defesa pode ser exercida quando houver um ataque armado contra um estado (ONU, 1945). A Carta, contudo, não prevê quem pode ter cometido este ataque armado que enseja o direito à legítima defesa, o que se tornou mais um ponto de divergência em um tema já problemático. O direito internacional atual demonstravelmente aceita que, além do corpo militar “tradicional” de um estado, bandos armados e forças militares irregulares também podem cometer um ataque armado para fins de desencadeamento de direito à legítima defesa (GRAY, 2008 p. 174; ICJ, 1986 p. 195). No caso Nicarágua, todavia, a Corte Internacional de Justiça estabelece critérios de atribuição para que atividades militares possam gerar responsabilidade internacional de um estado, o que leva autores como Ruys (RUYS, 2010) e Tams (TAMS, 2006) a tratar a comissão de ataques armados como uma questão de atribuição de um ato violento a um Estado. Observa-se que enquanto alguns defendem a necessidade de atribuição da conduta em questão a um Estado para que um ataque armado se configure (TLADI, 2013), outros defendem que a legítima defesa independe de atribuição, e que basta o ato violento em si para que o estado vítima tenha direito a usar a força em legítima defesa (DINSTEIN, 2005 p. 204). Podem-se depreender três correntes doutrinárias e jurisprudenciais relativas ao grau de atribuição das condutas violentas de atores não-estatais a um ente estatal: uma que exige um alto grau de controle por parte de um Estado para fins de comissão de um ataque armado por atores não-estatais, uma segunda que exige um certo grau de controle geral e ainda uma terceira que entende desnecessária a atribuição das condutas violentas a um ente estatal, bastando que estas tenham sido cometidas.

A primeira corrente, à qual se filiaram a maioria dos juízes nos casos Nicarágua (ICJ, 1986) e Genocídio Bósnio (ICJ, 2007), considera que, para um grupo de atores não-estatais ser considerado responsável por um ataque armado é necessário um grau alto de envolvimento do Estado. Este teste, chamado de teste do “controle efetivo”,³⁴ considera que, para que um Estado possa ser responsabilizado por um ato de violência de paramilitares – e, portanto, enseje a aplicação do artigo 51 da Carta que permite a legítima defesa –, o grau de envolvimento do Estado deve ser suficientemente forte para que os atores não-estatais sejam

³⁴ “*Effective Control test*” (tradução livre).

considerados seus “órgãos *de facto*”. Não basta que haja financiamento, fornecimento de armas ou treinamento, mas as próprias ordens para o cometimento dos atos tem que ser dadas pelo Estado em questão (ICJ, 1986 p. 105). Conclui-se que esta corrente não só requer o envolvimento de um Estado para que o grupo possa cometer ataques armados que ensejam a legítima defesa, mas um grau alto de envolvimento por parte dele (TAMS, 2006 p. 971).

A segunda vertente entende que um ataque armado pode ser cometido por atores não-estatais, desde que estes estejam sob o controle geral³⁵ de um Estado (TAMS, 2009 p. 972). Esta foi a visão do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia em seu primeiro julgamento, o caso *Tadić* (ICTY, 1999). O grau de controle exigido nesse caso é de que milícias que recebam financiamento, armas e treinamento devem ser consideradas órgãos *de facto* do Estado para fins de responsabilização – no caso *Tadić* a questão foi a de que o controle efetivo determinaria a internacionalização do conflito para fins de determinação da aplicação do direito humanitário internacional relevante (CASSESE, 2007).

A terceira posição, que foi aquela adotada por juízes como Schwebel no caso Nicarágua (SCHWEBEL, 1986; SCHWEBEL, 1989 pp. 482-483), pela juíza Higgins no caso do Muro (HIGGINS, 2004 p. 33) e por alguns autores como Antonio Cassese, é aquela que presume que se pode agir em legítima defesa contra atores não-estatais, pois estes seriam capazes de cometer um ataque armado independentemente do apoio (e do grau de apoio) de Estados (BETHLEHEM, 2012; HMOUD, 2013 pp. 577-578). Autores que defendem esta possibilidade – empregar força em legítima defesa contra ataques armados cometidos por grupos não-estatais e que não dependem de nenhum Estado – se utilizam das resoluções passadas no pós 11 de Setembro de 2001 pelo Conselho de Segurança, já que estas falam em legítima defesa apesar dos ataques terem sido cometidos por um grupo terrorista, e as apontam como prática estatal evidência de norma costumeira internacional. As resoluções em questão são a Resolução 1368 (2001) e Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança, que mencionam expressamente o “direito inerente à legítima defesa” ao se referirem às ações do grupo terrorista *Al Qaeda*.

Ao buscar-se os *travaux préparatoires* da Carta se vê, a despeito desta discussão, que a redação de um dos primeiros rascunhos do famigerado artigo 51 mencionava o “ataque

³⁵ “Overall control” (tradução livre).

armado de um estado contra outro estado”³⁶ (RUYS, 2010 p. 64). Inclusive, há evidências nas discussões travadas em São Francisco que a expressão “ataque armado” teria sido inserida visando a impedir que se utilizasse a força previamente ao ataque ter ocorrido (RUYS, 2010 p. 65).

b) ***O que constitui um ataque armado? “Incidentes de fronteira” v. ataque armado em larga escala***

Ao falar sobre o direito à legítima defesa, a Corte Internacional de Justiça mencionou a importância de verificar a escala dos eventos violentos que estavam sendo adjudicados, para que incidentes de fronteira pudessem ser diferenciados de um ataque armado propriamente dito. Esta *dicta* está no parágrafo 195, que segue:

A Corte não vê uma razão para negar que, no direito costumeiro internacional, a proibição de ataques armados pode ser aplicada ao envio de bandos armados por um Estado ao território de um outro Estado, caso tal operação, em vista de sua escala e efeitos, seja classificável como um ataque armado e não um mero incidente de fronteira se este tivesse sido cometido por forças armadas regulares.³⁷ (ICJ, 1986 p. 195)

Apesar de inconclusiva, a diferenciação feita pela Corte pode ser vista como de escala semelhante à da “Definição de Agressão”, que prevê a diferenciação entre “atos e consequências que não tenham suficiente gravidade” e “atos de agressão” em seu parágrafo 230, a ver:

Artigo 2º

O primeiro uso de força armada por um Estado em contravenção à Carta deve ser *prima facie* considerado evidência de um ato de agressão, porém o Conselho de Segurança poderá, em conformidade com a Carta, concluir que a determinação de que um ato de agressão foi cometido não se justificaria à luz de outras circunstâncias, incluindo o fato de que **os atos em questão ou que suas consequências não são de suficiente gravidade**”. (eu grifei) (ONU, 1974)³⁸

³⁶ “*In the event of an attack by any State against a Member State, such Member shall possess the right to take measures of self-defence. The right to take measures of self-defence against armed attack shall apply to arrangements, like those embodied in the Act of Chapultepec, under which all members of a group of States agree to consider an attack against any one of them as an attack against all of them...*” (RUYS, 2010)

³⁷ “*The Court sees no reason to deny that, in customary law, the prohibition of armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces*” (tradução livre).

³⁸ “*The First use of armed force by a State in contravention of the Charter shall constitute prima facie evidence of an act of aggression although the Security Council may, in conformity with the Charter, conclude that a determination that an act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstances, including the fact that the acts concerned or their consequences are not of sufficient gravity*” (tradução livre).

Esta definição da Corte acerca do grau de violência atribuído ao ataque armado foi tanto criticada quanto adotada por variados comentadores. Aqueles que criticam a diferenciação entre ataque armado e acidentes de fronteira incluem Brownlie e Dinstein, que afirmam que o critério da proporcionalidade aos ataques – respondendo de maneira mais branda ao que a Corte classifica como “incidentes de fronteira” e de maneira mais rígida aos “ataques armados” – supriria a necessidade de diferenciação (GRAY, 2008 p. 180). É dizer que, em o ataque sendo de baixo grau de violência, já que ações de legítima defesa devem ser proporcionais, basta responder também com baixo grau de violência. Outros autores afirmam que o pronunciamento em Nicarágua se referia à necessidade de evitar abusos somente em casos de legítima defesa *coletiva*, evitando, portanto, excessos e intervenção em assuntos internos dos Estados (GRAY, 2008 p. 181). No contexto da Guerra ao Terror, alguns comentadores mencionam a necessidade de observar o nível de violência alcançado pelo ataque para que este seja configurado como ataque armado para fins de legítima defesa; em casos de ações que não atingem o *threshold* do ataque armado, se ensejaria somente a aplicação das convenções relativas a terrorismo que o tratam como questão de direito penal, e não haveria justificação para o uso da força (HMOUD, 2013 p. 3)

c) ***Doutrina do acúmulo de eventos***

A doutrina do acúmulo de eventos prevê que se pode somar um número de pequenos incidentes para que o grau total de violência seja correspondente a um ataque armado a que se possa responder em legítima defesa (GRAY, 2008 p. 155). Segundo Gray, alguns autores afirmam que a Corte Internacional de Justiça teria indiretamente admitido o acúmulo de eventos no seguinte parágrafo:

Há pouca informação disponível à Corte sobre as circunstâncias dessas incursões ou suas possíveis motivações, o que torna difícil decidir se estas podem ser tratadas para propósitos legais como equivalentes, vistas em separado ou conjuntamente, a um ataque armado por parte da Nicarágua em qualquer um ou ambos os Estados (ICJ, 1986 p. 231).³⁹

Enquanto alguns apontam que a Corte aparentemente teria reafirmado a possibilidade de aceitação de uma doutrina do acúmulo de eventos nos casos *Camarões v. Nigéria*, *Plataformas de Óleo e República Democrática do Congo v. Uganda*, outros apontam que esta

³⁹ “*Very little information is available to the Court as to the circumstances of these incursions or their possible motivations, which renders it difficult to decide whether they may be treated for legal purposes as amounting, singly or collectively, to an armed attack by Nicaragua on either or both States*” (tradução livre).

não emitiu julgamentos conclusivos em nenhum dos casos sobre a possibilidade de invocar acúmulo de eventos (TAMS, 2009 p. 370; GRAY, 2008 p. 156).

O uso do ponto de vista jurídico do acúmulo de eventos é contestado por alguns autores em vista da quebra da temporalidade e imediaticidade exigidas no uso da força em legítima defesa. Como ela admite o acúmulo de inúmeros eventos, o Estado que sofre com os incidentes de fronteira tem uma licença aberta para o uso da força, podendo recorrer a ela a qualquer momento (TAMS, 2009 p. 389), sendo este um fator de imprevisibilidade inadmissível no direito internacional.

d) ***Iminência de ataque armado***

Grande parte dos autores que exploram a temática do uso da força faz diferenciação entre dois tipos de pretensões de legítima defesa frente a um ataque armado futuro: a legítima defesa antecipatória e a preemptiva ou preventiva. A legítima defesa antecipatória seria aquela em que, em havendo a iminência clara de um ataque armado, permitiria o uso da força em legítima defesa de acordo com o artigo 51 (SOFAER, 2003 p. 209). A preemptiva ou preventiva seria aquela em a ameaça é diferida no tempo, e na qual um Estado relutante ou incapaz⁴⁰ de neutralizar uma potencial ameaça se tornaria alvo de uma ação de legítima defesa pelo Estado que se sentir potencialmente ameaçado (BETHLEHEM, 2012 pp. 6-7; SOFAER, 2003 p. 209). Alguns autores como Christopher Greenwood consideram que não há consenso sobre a terminologia e preferem utilizar os termos antecipatório ou preventivo/pre-emptivo indistintamente (GREENWOOD, 2003 p. 9). Para fins deste trabalho, todavia, será mantida a diferenciação entre ações antecipatórias e preemptivas/preventivas como mencionado anteriormente, noções estas que serão elaboradas a seguir.

Apesar de alguns comentadores considerarem que há ampla aceitação da legítima defesa por ataque armado iminente (WAXMAN, 2013), se observa que a doutrina e a jurisprudência não são de fato uniformes quanto à legítima defesa em caso de um ataque armado não ter ocorrido; muito pelo contrário (GRAY, 2008 p. 114). A maioria dos periódicos demonstra que este debate – especialmente desde a divulgação Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América em 2002 (também conhecida como Doutrina Bush de Legítima Defesa Preemptiva) (US, 2002) – está longe de acabar (GRAY,

⁴⁰ “*Unwilling or unable*” (tradução livre).

2010 p. 114). Recentemente, após a publicação dos “Princípios” de Daniel Bethlehem sobre o assunto, intitulados “*Principles of Self-defense*” (BETHLEHEM, 2012), o American Journal of International Law dedicou uma parte de sua última edição (julho de 2013) para publicar réplicas (HMOUD, 2013; TLADI, 2013; AKANDE, 2013) e tréplica ao artigo (BETHLEHEM, 2013).

Diz-se que o direito à legítima defesa em antecipação ao ataque armado teve origem no caso *Caroline*, em 1837, quando um navio que estava sendo utilizado por rebeldes canadenses na fronteira com os Estados Unidos foi interceptado e incendiado pelas forças britânicas visando a terminar uma rebelião de independência no Canadá (JENNINGS, 1938). O caso, que consistiu na troca de correspondência diplomática entre EUA e Inglaterra, é considerado por alguns como o marco do uso da força moderno, e por isso é até hoje muito importante, sendo citado como prática estatal para justificar ações em legítima defesa contra ameaças de ataque armado e como modelo do costume internacional cristalizado (BETHLEHEM, 2013 p. 581). Alguns autores, contudo, consideram que o caso *Caroline* não é nada além de uma expressão da *self-help* vigente no século 19, e não representa o direito costumeiro internacional referente ao uso da força em antecipação a um ataque armado (GRAY, 2008 p. 193).

(1) Legítima defesa antecipatória

A legítima defesa antecipatória seria aquela que aconteceria a despeito da incoerência de um ataque armado quando este ataque, contudo, fosse iminente e evidente. A chamada “Fórmula Webster” da legítima defesa antecipatória é considerada por muitos como a cristalização do que representa o costume internacional (GREENWOOD, 2003 p. 13; HIGGINS, 1994 p. 242; SCHWEBEL, 1989). A “fórmula”, na verdade, é um trecho de correspondências diplomáticas trocadas entre os Estados Unidos e a Inglaterra sobre o incidente com o Navio *Caroline* em 1842 (HIGGINS, 1994 p. 242), e é traduzida na célebre frase:

(...) a necessidade de tal legítima defesa deve ser instantânea, esmagadora, e relativamente a ela não restar escolha de meios ou momento para deliberação.⁴¹
(JENNINGS, 1938 p. 89)

⁴¹ “(...) *Necessity of that self-defense is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation*” (tradução livre).

A ameaça de ataque, nestes casos, deveria ser tão grande e direta que seria irracional esperar que o ataque armado acontecesse para que um Estado pudesse agir (BOTHE, 2003 p. 231; SCHACHTER, 1989 p. 267), o que incluiria, por exemplo, movimentos ofensivos próximos à fronteira com um país que demonstrassem evidentemente um ataque prestes a ocorrer.

(2) Legítima defesa preemptiva ou preventiva

A legítima defesa preemptiva ou preventiva seria aquela voltada a responder a potenciais ataques, mesmo que estes sejam apenas possíveis, e não ainda iminentes. O debate acerca da legítima defesa preemptiva se aquece após a divulgação da Estratégia de Segurança Nacional dos EUA em 2002 (US, 2002), que prevê a possibilidade, frente às novas ameaças vindas de terroristas e “estados vilões”⁴², de agir preemptivamente em nome da segurança nacional (BOTHE, 2003 pp. 231-232).

Um trecho do documento supramencionado demonstra a doutrina da legítima defesa preemptiva de maneira ilustrativa:

Durante séculos, o direito internacional reconheceu que as nações não precisam sofrer um ataque antes de poder legalmente agir para defender-se de forças que representam um perigo iminente de ataque. Doutrinadores e juristas internacionais muitas vezes condicionavam a legitimidade da pre-empção com a existência de uma ameaça iminente – na maioria das vezes uma visível mobilização de exércitos, de marinhas e de forças aéreas preparando-se para atacar. Nós devemos adaptar o conceito de ataque iminente às capacidades e objetivos dos adversários de hoje. Estados vilões e terroristas não buscam atacarnos através de meios convencionais. Eles sabem que estes ataques falhariam. Ao invés disso, eles se utilizam de atos de terror e, potencialmente, do uso de armas de destruição em massa – armas estas que podem ser facilmente escondidas, entregues em segredo, e usadas sem aviso. Os Estados Unidos há muito tempo tem mantido aberta a opção de agir preemptivamente para ir combater uma suficiente ameaça a nossa segurança nacional. Quanto maior a ameaça, maior o risco de inação – e mais convincente o caso para agir antecipatoriamente para nos defendermos, mesmo que permaneça a incerteza sobre o momento e o local para o ataque inimigo. Para adiar ou prevenir tais atos hostis por parte de nossos adversários, os Estados Unidos irão, se necessário, agir preemptivamente. Os Estados Unidos não utilizarão a força em todos os casos para prevenir ameaças emergentes, nem devem as nações utilizar a preempção como pretexto para

⁴² “*Rogue states*” (tradução livre).

agressão. Contudo, em uma era onde os inimigos da civilização abertamente e ativamente procuram pelas tecnologias mais destrutivas, os Estados Unidos não podem manter-se inativos enquanto os perigos se acumulam”.⁴³ (US, 2002)

Enquanto alguns autores defendem a preempção como modo de defender-se de novas ameaças na esfera internacional (SOFAER, 2003 p. 210; BETHLEHEM, 2012 p. 5), outros defendem que esta não possui base legal e que sua aceitação é esparsa (CRAWFORD, 2012 p. 752; GRAY, 2002 p. 440; TAMS, 2009 p. 389).

O diálogo entre aqueles que aceitam a preempção como prática estatal e aqueles que não a aceitam é bem ilustrado na contraposição entre dois artigos. O primeiro, escrito por Abraham Sofaer, sublinha a necessidade de o direito internacional se adaptar a “novas ameaças”, fala sobre um mundo onde “a globalização facilitou a capacidade dos terroristas de viajar, mover dinheiro, e se comunicar” (SOFAER, 2003 p. 209),⁴⁴ e diz que a preempção é uma maneira legítima de exercer sua autoridade à agir em legítima defesa (SOFAER, 2003 p. 225). O segundo artigo, escrito por Christine Gray, menciona especificamente a necessidade de verificar a aceitação da Estratégia de Segurança Nacional e sua respectiva prática estatal subsequente, tratando a legítima defesa pre-emptiva como algo completamente novo e uma mudança radical no direito internacional pré-2002 (GRAY, 2002 p. 438). A autora critica a falta de especificidade da Estratégia de Segurança Nacional e das presunções feitas sobre o uso de armas de destruição em massa por parte de terroristas sem embasamento em fatos substanciais (GRAY, 2002 p. 440).

Aqueles que defendem a legítima defesa preemptiva afirmam que o seu uso não levará a abusos de uso da força, e que há casos limite em que a necessidade de agir frente a essas

⁴³ “For centuries, international law recognized that nations need not suffer an attack before they can lawfully take action to defend themselves against forces that present an imminent danger of attack. Legal scholars and international jurists often conditioned the legitimacy of preemption on the existence of an imminent threat—most often a visible mobilization of armies, navies, and air forces preparing to attack. We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today’s adversaries. Rogue states and terrorists do not seek to attack us using conventional means. They know such attacks would fail. Instead, they rely on acts of terror and, potentially, the use of weapons of mass destruction—weapons that can be easily concealed, delivered covertly, and used without warning. The United States has long maintained the option of preemptive actions to counter a sufficient threat to our national security. The greater the threat, the greater is the risk of inaction—and the more compelling the case for taking anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy’s attack. To forestall or prevent such hostile acts by our adversaries, the United States will, if necessary, act preemptively. The United States will not use force in all cases to preempt emerging threats, nor should nations use preemption as a pretext for aggression. Yet in an age where the enemies of civilization openly and actively seek the world’s most destructive technologies, the United States cannot remain idle while dangers gather.” (tradução livre) (US, 2002)

⁴⁴ “globalization has facilitated the capacities of terrorists to travel, move money, and communicate” (tradução livre).

novas ameaças faz com que seja necessário o emprego deste método (WAXMAN, 2013; BETHLEHEM, 2012); de outra parte, a impossibilidade de calcular a proporcionalidade em um ataque pre-emptivo em vista da incerteza do risco é um dos problemas apontados como impeditivos da legalidade desta forma de legítima defesa (GRAY, 2002 p. 443). Outro problema que surge é a impossibilidade de diferenciar, nestes casos, legítima defesa de represálias, que são ilegais de acordo com o direito internacional, tema que será desenvolvido a seguir.

(3) Diferença entre represálias armadas e legítima defesa

Nas palavras de Akehurst,

Uma represália é um ato que seria normalmente considerado ilegal, mas que é taxado de legal por um prévio ato ilegal cometido pelo estado contra o qual a represália é direcionada; é uma forma de retaliação contra outro ato ilegal⁴⁵ (AKEHURST, 1987 p. 277)

Em um tempo em que o direito internacional não regulamentava o uso da força, ou praticamente não o fazia (LAUTERPACHT, 1952 p. 179), era claro que o emprego de represálias (contramedidas armadas) não era ilegal de acordo com o direito internacional, já que, como disse a Corte Permanente de Justiça Internacional em seu famoso caso Lotus,⁴⁶ tudo o que não é proibido pelo direito internacional deve ser considerado permitido por ele (PCIJ, 1927 pp. 44-45). As contramedidas em geral são permitidas até hoje, e incluem a retaliação econômica, por exemplo, mas a maioria considera que represálias *armadas* não seriam contramedidas legais: em vista da proibição geral prevista no art. 2(4), elas seriam ilegais de acordo com o direito internacional. Instrumentos como a Declaração de Relações Amigáveis parecem confirmar esta afirmação, prevendo, por exemplo, o seguinte:

⁴⁵ “A reprisal is an act which would normally be illegal but which is rendered lawful by a prior illegal act committed by the state against which the reprisal is directed; It is a form of retaliation against the prior illegal act” (tradução livre).

⁴⁶ “44. International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.
45. Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory [p19] except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.” (tradução livre).

Os Estados tem o dever de se abster de cometer atos de represália envolvendo o uso da força (ONU, 1970).⁴⁷

Enquanto a maioria da doutrina considera que represálias armadas são ilegais de acordo com o direito internacional atual (GRAY, 2008 pp. 150-151; TAMS, 2009 p. 364), alguns autores como D. W. Bowett defendiam a sua permanência como parte do costume internacional relativo ao uso da força em vista da alegada prática estatal existente, que seria favorável à sua manutenção (BOWETT, 1972 p. 1).

A questão das represálias foi importante no caso das Plataformas de Óleo no Irã (ICJ, 2003), em que a Corte lidou com a proporcionalidade e a tempestividade dos ataques por parte dos EUA a plataformas de óleo no Irã em resposta – alegadamente pelos EUA em legítima defesa – a ataques cometidos a navios americanos. Apesar da própria Corte não ter se pronunciado sobre o assunto especificamente, alguns consideram que a sua menção de inexistência do fator “necessidade” implicaria na admissão da ilegalidade das represálias como forma de emprego da força no direito internacional (GRAY, 2008 p. 150). Alguns de seus juízes em opiniões dissidentes e separadas se pronunciaram mais longamente sobre o assunto. O juiz Simma, em sua Opinião Separada, afirma que

em nenhum local nos materiais se encontram traços de considerações que um jurista internacional verificaria como necessário a fim de justificar uma ação tomada em legítima defesa. (SIMMA, 2003 p. 15)⁴⁸

Da mesma forma, em sua opinião dissidente, o juiz Elaraby afirma categoricamente que a Corte deveria ter se pronunciado acerca das ações dos Estados Unidos como represálias, pois esta seria a sua natureza jurídica. A ver:

(...) O Irã, contudo, estava em guerra com o Iraque e não com os Estados Unidos. Desta forma, a ação militar por parte dos Estados Unidos contra o Irã deve ser considerada uma represália militar. Relembra-se que a Corte, no julgamento de Nicarágua, em 1986, considerou que ‘Os Estados tem um dever de se eximir de atos de represália envolvendo o uso da força’ (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I. C. J. Reports* 1986, p. 101, para. 191). A referência à ilegalidade de represálias no direito internacional deveria, em minha visão, ter sido referida nas razões da Corte em *obiter dictum*. (ELARABY, 2003 p. 294)⁴⁹

⁴⁷ “States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force” (tradução livre).

⁴⁸ “Nowhere in these materials do we encounter any trace of the considerations that an international lawyer would regard as necessary in order to justify action taken in self-defence.” (tradução livre).

⁴⁹ “Iran, however, was at war with Iraq and not with the United States. As such, the United States military action against Iran must be considered as military reprisals. It will be recalled that the Court held in the 1986 Nicaragua Judgment that “States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits*,

(4) Necessidade e proporcionalidade

Além do uso da força ter que se encaixar como uma das exceções à proibição geral, para que este seja legal é necessária sua manutenção dentro dos parâmetros da necessidade e da proporcionalidade (GRAY, 2008 p. 148). Os parâmetros da necessidade e da proporcionalidade foram delineados a partir do caso *Caroline*, que é um caso chave no tratamento dado ao uso da força pelo direito internacional, apesar de alguns autores afirmarem que seu *status* atual enquanto representação do costume internacional hoje é duvidosa relativamente à legítima defesa antecipatória (GRAY, 2008 p. 149).

As características de necessidade e proporcionalidade como elementos basilares do direito internacional foram afirmadas pela Corte Internacional de Justiça no caso Nicarágua no seu parágrafo 194:

Relativamente às características governando o direito à legítima defesa, em vista de que as partes consideram a existência deste direito como estabelecida pelo direito costumeiro internacional, elas se concentraram nas condições governando seu uso. Tendo em vista as circunstâncias em que a disputa iniciou-se, as partes confiam somente no direito à legítima defesa no caso de um ataque armado que já tenha ocorrido, e a questão da legalidade de uma resposta à ameaça iminente de um ataque armado não foi levantada. De acordo com estes fatos, a Corte não se pronunciará acerca do assunto. As partes também concordam em que a resposta acerca da legalidade da resposta ao ataque depende da observância dos critérios da necessidade e da proporcionalidade das medidas tomadas em legítima defesa. Já que a existência do direito à legítima defesa coletiva é estabelecido no direito costumeiro internacional, a Corte deve definir as condições específicas a que a ação deve se pautar para seu exercício, além das condições de necessidade e proporcionalidade às quais as partes se referiram. (ICJ, 1986 p. 194)⁵⁰

Tais critérios foram reafirmados pela Corte em seus julgamentos subsequentes, a ver na Opinião Consultiva sobre a Ameaça e o Uso de Armas Nucleares (ICJ, 1996 pp. 41-42), no caso acerca das Plataformas de Óleo (ICJ, 2003 pp. 43, 74-77), e no caso das Atividades

Judgment, 1. C. J. Reports 1986, p. 101, para. 191). The reference to the illegality of reprisals in international law should, in my view, have been addressed in the reasoning in an obiter dictum” (tradução livre).

⁵⁰ “With regard to the characteristics governing the right of self defence, since the Parties consider the existence of this right to be established as a matter of customary international law, they have concentrated on the conditions governing its use. In view of the circumstances in which the dispute has arisen, reliance is placed by the Parties only on the right of self-defence in the case of an armed attack which has already occurred, and the issue of the lawfulness of a response to the imminent threat of armed attack has not been raised. Accordingly the Court expresses no view on that issue. The Parties also agree in holding that whether the response to the attack is lawful depends on observance of the criteria of the necessity and the proportionality of the measures taken in self-defence. Since the existence of the right of collective self-defence is established in customary international law, the Court must define the specific conditions which may have to be met for its exercise, In addition to the conditions of necessity and proportionality to which the Parties have referred” (tradução livre).

Armadas no Território do Congo (ICJ, 2005 p. 147). A Corte lida primeiramente analisando se a conduta de exercício da força pode se encaixar como legítima defesa, e então passando à análise da necessidade e da proporcionalidade como um critério adicional. No caso das Plataformas de Óleo, a Corte se pronuncia da seguinte forma:

Como observado pela Corte em sua decisão de 1986, os critérios de necessidade e proporcionalidade devem ser observados se uma medida for qualificada como legítima defesa (ver *ibid.*, p. 103, para. 194, e parágrafo 74 abaixo). (ICJ, 2003 p. 43)⁵¹

No mesmo sentido a Corte se pronuncia no caso da Opinião Consultiva Sobre o Uso e Ameaça de Uso de Armas nucleares:

“A submissão do exercício da legítima defesa às condições de necessidade e proporcionalidade é uma regra de direito costumeiro internacional” (ICJ, 1996 p. 41)⁵²

Buscando traçar uma diferenciação entre os critérios de necessidade e proporcionalidade, a Corte trata a necessidade como o critério de que não há outros meios possíveis de resposta no caso concreto (GRAY, 2008 p. 150), critério este semelhante ao alegado por Webster no caso Caroline:

“(…) a necessidade de legítima defesa foi instantânea, esmagadora, não deixando escolha de outros meios (…)” (JENNINGS, 1938 p. 89)⁵³

Uma das possibilidades de verificar o que é “necessário” é o lapso temporal entre os ditos ataques armados e a resposta em questão – já que, em sendo necessário repelir os ataques para fins de legítima defesa o lapso temporal seria tecnicamente curto (GRAY, 2008 p. 150). No caso Nicarágua, por exemplo, a verificação do que é “necessário” foi feita a partir de que os EUA só teriam tomado qualquer tipo de atitude para agir em legítima defesa coletiva em favor de El Salvador meses depois das incursões fronteiriças, destacando a importância do elemento temporal (ICJ, 1986 p. 237; GRAY, 2008 p. 151).⁵⁴

Quanto à proporcionalidade, a Corte parece a aferir a partir da análise da natureza dos alvos – e.g. se eram alvos de natureza militar ou se preponderantemente civis – e da escala

⁵¹ *As the Court observed in its decision of 1986 the criteria of necessity and proportionality must be observed if a measure is to be qualified as self-defence (see ibid., p. 103, para. 194, and paragraph 74 below)”*

⁵² *“The submission of the exercise of the right of self defence to the conditions of necessity and proportionality is a rule of customary international law.”*

⁵³ *“(…) necessity of self-defense was instant, overwhelming, leaving no choice of means,(…)”* (tradução livre).

⁵⁴ *“First, these measures were only taken, and began to produce their effects. several months after the major offensive of the armed opposition against the Government of El Salvador had been completely repulsed (January 1981). and the actions of the opposition considerably reduced in consequence. Thus it was possible to eliminate the main danger to the Salvadorian Government without the United States embarking on activities in and against Nicaragua”* (tradução livre).

dos ataques – e.g. se estes foram parte de uma campanha militar que visava a destruir um número extensivo de alvos, ou um número reduzido, além da conexão dos alvos com os ataques que ensejaram o pedido de legítima defesa ou com possíveis futuros ataques (GRAY, 2008 pp. 151-152). Dois exemplos de avaliação da proporcionalidade estão no caso Plataformas de Óleo e no caso Atividades Armadas no Território do Congo. No primeiro caso, a Corte afirmou que não havia se convencido sobre a natureza dos alvos – no caso, as plataformas de óleo – ser de fato militar, o que tornaria os ataques a estas desproporcional caso se tratasse de um contexto de legítima defesa (ICJ, 2003 p. 76).⁵⁵ No caso das Atividades Armadas, a Corte afirma que, apesar de ter concluído pela inexistência de um direito de legítima defesa, ela não poderia deixar de observar a incongruência do bombardeamento de cidades e aeroportos longe das hostilidades como uma medida proporcional ou necessária (ICJ, 2005 p. 147).⁵⁶

De qualquer forma, não há uma fórmula para estabelecer quando se trata de uma ação necessária e proporcional, e, por vezes, demonstra-se impossível dissociar completamente o conceito de necessidade do da proporcionalidade. As decisões sobre o que é necessário e proporcional se dão no plano dos fatos, observando, por exemplo, a natureza dos alvos, o tempo de demora para agir, os meios e armas empregados e etc..

⁵⁵ “*The Court is not sufficiently convinced that the evidence available supports the contentions of the United States as to the significance of the military presence and activity on the Reshadat oil platforms; and it notes that no such evidence is offered in respect of the Salman and Nasr complexes*” (tradução livre).

⁵⁶ “*The Court cannot fail to observe, however, that the taking of airports and towns many hundreds of kilometres from Uganda’s border would not seem proportionate to the series of transborder attacks it claimed had given rise to the right of self-defence, nor to be necessary to that end.*”

IV. Análise empírica – Dissidências e Corte Internacional de Justiça

1. Linhas gerais

a) *Proposta*

Como basicamente dois artigos – a ver o artigo 2(4) e o artigo 51 da Carta das Nações Unidas – pode nos fornecer tantas diferentes interpretações para verificar o que é o direito internacional que regulamenta o uso da força?

Há anos o sistema da Carta tem sido posto em cheque por inúmeros autores que buscam descreditá-lo (e.g. FRANCK, 1970)⁵⁷ mas a questão metodológica não aparece em nenhum destes trabalhos para que se possam dissociar fatos de assertivas meramente opiniáticas e sem qualquer pretensão de rigor científico-jurídico. Apesar da análise empírica do direito ter sido criticada em inúmeros momentos por autores como aqueles filiados ao *critical legal studies* como David Kennedy e Martii Koskenniemi (KOSKENNIEMI, 2013), a importância no método como característica fundamental para a honestidade no trabalho acadêmico é sublinhada em dois artigos especificamente, a ver o de Olivier Corten (CORTEN, 2006) e Matthew Waxman (WAXMAN, 2013), que depuram os argumentos jurídicos utilizados por diferentes autores, e, apesar de chegarem a conclusões contraditórias, possuem posições igualmente bem embasadas. Nestes dois artigos, a conclusão a que chegaram Corten e Waxman é de que o objeto sobre o qual se debruçam os inúmeros estudiosos do tema é o mesmo, e que a diferença básica que gera os conflitos entre aqueles que pregam um direito amplo ou restrito ao uso da força no direito internacional é o observador e seu respectivo método; o método empregado por estes sujeitos e a escola jurídica à qual estes autores se filiam, muito mais do que o conjunto de normas em si, é o que gera tamanho número de divergências. É importante frisar que, apesar de levantarem a importância da discussão metodológica, ambos os autores utilizam pesquisa meramente doutrinária, e não empírica, conforme a classificação de Breidenbach e Simmons (SIMMONS, et al., 2011).

Depois do 11 de Setembro de 2001, aqueles que já defendiam o direito à legítima defesa contra atores não-estatais receberam o reconhecimento de sua posição pelo Conselho de Segurança nas Resoluções 1368 e 1371 de 2001, que remetem ao direito à legítima defesa do artigo 51 da Carta para autorizar o uso da força para combater a rede terrorista Al-Qaeda.

⁵⁷ Ver o interessante debate entre Thomas Franck (FRANCK, 1970) e Louis Henkin (HENKIN, 1971) sobre a “morte” do artigo 2(4) já na década de 70.

Da mesma forma, a OTAN invocou pela primeira vez sua permissão do Artigo 5º do Tratado do Atlântico Norte, e a Organização dos Estados Americanos invocou a legítima defesa coletiva (GRAY, 2008 p. 193).

Nas palavras de dois juristas que trabalham com o estudo empírico do direito internacional e seus desdobramentos, Gregory Schaffer e Tom Ginsburg,

Nós devemos evitar prescrições que são baseadas somente em posições teóricas ao invés das que também são baseadas em investigações empíricas. (SCHAFFER, et al., 2009)⁵⁸

Em vista do grande número de divergências entre juristas acerca do uso da força que pode ser observada na leitura das seções anteriores, também no direito aplicável na luta contra o terrorismo, esta pesquisa busca identificar um indicador empírico para medir o status normativo do atual sistema da Carta, além de modificações neste status através do tempo.

Para fins de rigor metodológico e em vista da grande extensão da matéria que regulamenta o uso da força contra o terrorismo, se faz um recorte específico de um problema do direito internacional – a ver “quem pode cometer um ataque armado” previsto na seção III, B, 1, (a), acima, evitando amostras excessivamente inclusivas que possam comprometer a validade da pesquisa (SCHAFFER, et al., 2009 p. 25), o que é importante para se chegar a resultados mais confiáveis.⁵⁹ A partir deste recorte, a pesquisa busca verificar primeiramente quem poderia cometer um ataque armado de acordo com o direito internacional “tradicional”, e então verificar o comportamento do direito internacional após o 11 de Setembro de 2001, aferindo se houve ou não um indicativo de uma possível mudança. Em suma, nas palavras de Ruys, em um trecho que fala de como aferir costume, mas que pode contribuir para o presente debate:

Alguns autores defendem que o processo de determinar regras costumeiras é puramente arbitrário, ou somente estabelece a percepção individual do intérprete. Tal crítica é talvez inteligível em vista da falta de transparência da jurisprudência da Corte sobre o assunto. Todavia, em expressando e aplicando uma metodologia

⁵⁸ “We must avoid prescriptions that are based solely on theoretical positions rather than ones also grounded in empirical investigations.” (tradução livre).

⁵⁹ Esta ressalva da amostra excessivamente inclusiva é utilizada relativamente à escolha de países na aferição da normatividade de direitos humanos, e é transposta aqui em outro contexto.

sistemática ao invés de um ‘jogo de escolhas’ aleatório, podemos, em grande medida, evitar a armadilha da arbitrariedade. (RUYS, 2010 p. 29)⁶⁰

b) ***Pressupostos***

Para fazer essa pesquisa, partiu-se de alguns pressupostos.

O primeiro pressuposto é de que, previamente ao 11 de Setembro de 2001, o direito internacional vigente era o incorporado no caso Nicarágua, em que um ataque armado que dê direito à legítima defesa só pode existir caso seja atribuível a um Estado para fins de legítima defesa.

O segundo pressuposto é de que o direito internacional do uso da força possui, além de sua base em tratado internacional (a Carta da ONU), uma base costumeira internacional (ICJ, 1986). O que se busca neste trabalho, portanto, é testar a ideia levantada por autores que defendem a expansão da legítima defesa, desenvolvendo um indicador de que a norma costumeira internacional relativa ao uso da força contra atores não estatais de fato tenha se modificado, fazendo frente ao sistema do tratado em questão.

O terceiro pressuposto é de que as decisões da Corte Internacional de Justiça representam a cristalização do direito internacional no caso concreto, e por isso são um indicador relevante do *status* do direito internacional.

O quarto e último pressuposto é de que a representatividade de uma decisão da Corte Internacional de Justiça como cristalização do que é o direito internacional é inversamente proporcional ao número de dissidências/opiniões separadas apensadas a esta, porque isto significa que o consenso entre os juízes sobre a aplicabilidade do direito internacional é menor.

As duas últimas presunções serão desenvolvidas no item “Amostra” *infra*.

⁶⁰ “Some authors argue that the process of ascertaining customary rules is purely arbitrary, or merely establishes the individual perception of the interpreter.¹²⁷ Such criticism is perhaps understandable given the nontransparency of the ICJ’s case law on the matter. Nonetheless, by expressing and applying a systematic methodology rather than a random ‘pick-and-choose’ strategy, we can to a great extent avoid the pitfall of arbitrariness” (RUYS, 2010 p. 30).

c) ***Objetivo***

O objetivo da presente pesquisa é aferir se, de fato, há indícios empiricamente comprováveis de que aqueles que tem uma ideia de que o direito regulamentador ao uso da força tem que ser flexível tem razão ao dizer que o direito internacional se modificou ou está se modificando após o 11 de Setembro de 2001 para permitir legítima defesa contra ações de atores não-estatais, como grupos terroristas.

Para verificar empiricamente essa possibilidade será formulado um indicador. O objetivo da pesquisa não é dar respostas conclusivas acerca da modificação do direito internacional, somente verificar uma das possibilidades de caminho que o direito internacional pode estar tomando relativamente à legítima defesa contra atores não-estatais no cenário pós-11 de Setembro de 2001.

d) ***Pergunta de pesquisa***

A partir do panorama descrito acima, foi formulada a seguinte pergunta de pesquisa:

“É possível verificar, pelo número de opiniões dissidentes/separadas nas decisões da Corte Internacional de Justiça sobre o uso da força, uma tendência maior à aceitação da legítima defesa contra atores não-estatais após o 11 de Setembro?”

e) ***Hipótese***

A hipótese, meramente ilustrativa, e que não representa necessariamente um juízo de valor, é:

Não se pode verificar, a partir do número de opiniões dissidentes/separadas às decisões da Corte Internacional de Justiça, uma maior aceitação da legítima defesa contra atores não estatais após o 11 de Setembro de 2001.

A comprovação ou refutação desta hipótese será feita a partir do teste da pergunta de pesquisa frente às amostras abaixo.

f) ***Amostras***

As amostras utilizadas serão, como previamente mencionado, decisões da Corte Internacional de Justiça. A razão pela qual se utilizará decisões da Corte para fins dessa pesquisa é justamente a autoridade dessas decisões para fim de verificação do que é o direito internacional.

A Corte não é vinculada por suas decisões como no sistema de *common law*, o *stare decisis*; pelo contrário, segundo o artigo 59 do Estatuto de seu Estatuto,

Artigo 59

A decisão da Corte Internacional de Justiça não tem força vinculante exceto entre as partes e em respeito àquele caso particular (ICJ, 1945)⁶¹

Nas palavras de Sir Hersch Lauterpacht:

A Corte não se comprometeu com a visão de que está vinculada a seguir suas decisões anteriores (...). Não há dever deste tipo que prejudique a discricionariedade da Corte Internacional de Justiça. (LAUTERPACHT, 2010 p. 13)⁶²

Apesar, contudo, de não ser juridicamente vinculada a aplicar seus próprios precedentes, a Corte o faz de livre e espontânea vontade (LAUTERPACHT, 2010 p. 13). Isto é não porque ela segue a doutrina do precedente, como já mencionado, mas porque seus julgamentos passados são o que a Corte considerou como “o bom direito”, e porque obedecer a decisões passadas garante àqueles sob sua jurisdição certeza e previsibilidade (LAUTERPACHT, 2010 p. 14).

A autoridade da Corte Internacional de Justiça não é somente proveniente de seu *ranking* formal como o principal órgão jurisdicional das Nações Unidas⁶³, nem mesmo porque “decisões judiciais” são citadas no Artigo 38 (I) (d) como “fontes subsidiárias do direito internacional”,⁶⁴ mas do fato de que o que a Corte diz é evidência do *rule of law* internacional (LAUTERPACHT, 2010 p. 21), e suas decisões representam o que é o direito internacional (LAUTERPACHT, 2010 p. 21). O papel da Corte Internacional de Justiça em um sistema

⁶¹ “Article 59

The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.” (tradução livre).

⁶² “*The Court has not committed itself to the view that it is bound to follow its previous decisions (...). No such duty hampers the discretion of the International Court*” (tradução livre).

⁶³ “Article 92 - *The International Court of Justice shall be the principal judicial organ of the United Nations. It shall function in accordance with the annexed Statute, which is based upon the Statute of the Permanent Court of International Justice and forms an integral part of the present Charter.*” (ONU, 1945)(eu grifei)

⁶⁴ “Article 38

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.”

como o do direito internacional, que é descentralizado ainda muito baseado no costume,⁶⁵ é elaborar, unificar e garantir a consistência do direito internacional (BOYLE, et al., 2007 p. 268). Nas palavras de Alan Boyle e Christine Chinkin:

Em um Sistema descentralizado, a CIJ oferece uma voz autoritativa sobre o significado de instrumentos internacionais e de princípios não-escritos.⁶⁶

O valor (enquanto precedente, e não enquanto coisa julgada *inter partes* (SHAHABUDEEN, 2007 p. 142)) das decisões da Corte, contudo, está intimamente ligado ao grau de consenso por parte dos juízes com a decisão da maioria. Segundo ex-juiz da Corte Mohammed Shahabuddeen,

O julgamento enquanto coisa julgada obviamente não foi afetado; mas, em sua visão, era natural dar maior peso a um entendimento unânime do que um a que chegou uma pequena maioria (SHAHABUDEEN, 2007 p. 142)⁶⁷

Também nas palavras de Ian Brownlie,

(...) Contudo, é óbvio que uma decisão unânime, ou quase unânime, tem um papel no desenvolvimento progressivo do direito (...) Todavia, alguma discricção é necessária em lidando com decisões. A decisão no caso *Lotus*, tomada a partir do voto de Minerva do president, e muito criticada, foi rejeitada pela Comissão de Direito Internacional.⁶⁸ (BROWNLIE, 2008 p. 20)

Fica claro, portanto, que pode se depreender que há uma razão inversamente proporcional entre a votação das decisões pela posição majoritária e o valor da decisão enquanto precedente. Isso quer dizer que o número de dissidências aumentando, diminui o valor daquela decisão majoritária como demonstração do que é o direito internacional cristalizado.

Por isso, o que se faz nesse trabalho é (1) utilizar decisões da Corte Internacional de Justiça em vista do seu caráter demonstrativo do direito internacional e (2) verificar a variação nas dissidências dessas decisões para aferir seu grau de representatividade sobre o que de fato é direito internacional cristalizado.

⁶⁵ Nas palavras de H. L. A. Hart, o direito internacional seria *primitivo* (HART, 1961).

⁶⁶ “*In a decentralized legal system the ICJ offers an authoritative voice on the meaning of international instruments and unwritten principles.*” (BOYLE, et al., 2007 p. 269)

⁶⁷ “*The judgment as chose jugee was not of course affected; but, in his view, it was natural to give greater weight to a unanimous holding on the law than to one made by a small majority*” (tradução livre).

⁶⁸ “*(...) Yet, it is obvious that a unanimous, or almost unanimous decision, has a role in the progressive development of the law. (...) However, some discretion is needed in handling decisions. The Lotus decision, arising from the casting vote of the President, and much criticized, was rejected by the International Law Commission*” (tradução livre).

As decisões da Corte que lidaram com o uso da força foram:

1. Caso Nicarágua (1984)
2. Casos sobre a Legalidade do Uso da Força trazidos pela Iugoslávia e pela Sérvia e Montenegro contra membros da OTAN (Pedido instituído em 1999)
3. Casos das Atividades Armadas no Território do Congo (contra Uganda e Ruanda) (Pedido instituído em 1999)
4. Caso das Plataformas de Óleo (1992)
5. Caso Relativo a Fronteiras Marítima e Terrestre – Camarões v. Nigéria (1994)
6. Opinião Consultiva acerca do Uso ou Ameaça do Uso de Armas Nucleares (1995)
7. Opinião Consultiva Sobre a Legalidade da Construção do Muro em Território Palestino (2003)

Dentre estas, os casos do item 2 e o caso contra Ruanda no item 3 foram retirados do *docket* pelas partes (GRAY, 2003 p. 868), os casos 4 e 6 não lidaram com legítima defesa contra atores não-estatais e o caso 5, apesar de conter questões sobre isso nos pedidos das partes, não sofreu análise da Corte sobre o uso da força (GRAY, 2003 p. 868).

Foi feito o recorte, portanto, dentre os 16 casos tratando sobre o uso da força pela Corte Internacional de Justiça, e serão analisados para fins dessa pesquisa somente os casos Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos), Atividades Armadas (Congo v. Uganda) e Muro (Opinião Consultiva). Enquanto o primeiro deles foi julgado em 1986, antes do 11 de Setembro de 2001, tanto o caso das Atividades Armadas quanto o do Muro foram julgados após os ataques aos Estados Unidos, e portanto proverão, do ponto de vista temporal, uma amostra adequada para a presente pesquisa.

Decisões subsequentes que forem submetidas à Corte Internacional de Justiça deverão ser incluídas futuramente em um novo teste.

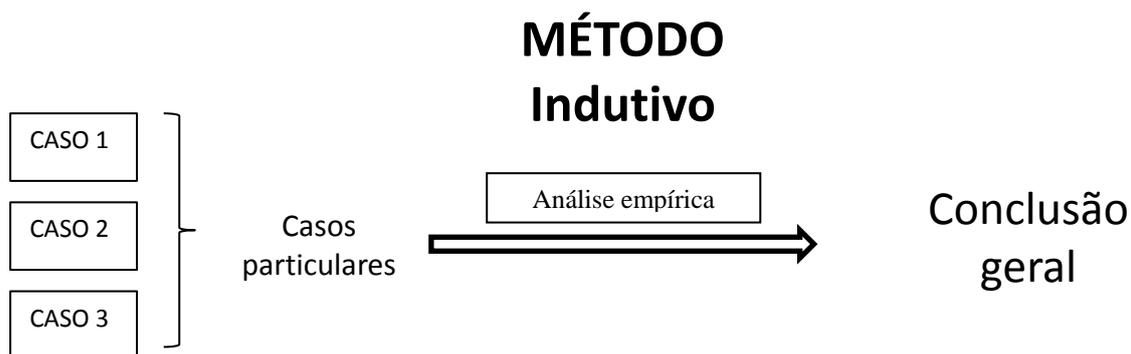
g) ***Metodologia***

(1) Método

No presente caso, a proposta é analisar empiricamente os três casos da Corte que lidam com atores não-estatais e o uso da força no direito internacional – a ver, o caso Nicarágua, o caso das Atividades Armadas no Território do Congo e o caso do Muro – e suas respectivas opiniões dissidentes ou separadas apensadas.

Destes casos particulares, o que será aferido será uma conclusão acerca do uso da força em geral – ou melhor, acerca da maior ou menor aceitação por parte do direito internacional hoje de uma legítima defesa contra atores não-estatais.

Como se está utilizando da análise de casos particulares para uma conclusão geral (casos da CIJ para o Direito Internacional como um todo), o método empregado é o *indutivo*.



(2) Técnicas de pesquisa

A técnica de pesquisa utilizada será a análise das decisões da Corte Internacional de Justiça supramencionadas e suas respectivas opiniões dissidentes/separadas, além da sistematização de dados coletados.

2. Conclusões da pesquisa empírica

A partir da aplicação do método descrito acima, sistematizou-se os dados da seguinte forma:

Caso	Número total de Opiniões Dissidentes/Separadas	Número de Opiniões Dissidentes/Separadas em relação à Legítima Defesa contra atores não-estatais
Nicaragua (1986)	10	2
Wall (2004)	8	3
Armed Activities (2005)	7	3

a) **Caso Nicarágua – antes do 11 de Setembro de 2001**

No caso Atividades Militares e Paramilitares Dentro e Contra a Nicarágua (ICJ, 1986), de 1986, a Corte teve que lidar com alegações da Nicarágua de que o suporte dado pelos Estados Unidos a grupos paramilitares que visavam ao comprometimento do governo da Nicarágua violava o direito internacional que proíbe o uso da força. A maioria considerou que o suporte logístico e financeiro, ausente o controle *efetivo* dos Estados Unidos sobre os paramilitares, não era suficiente para permitir o uso de legítima defesa contra estes grupos, pois um ataque armado só poderia ser cometido por um Estado contra outro Estado. Dos quinze juízes que julgaram o caso, dez emitiram opiniões dissidentes e/ou separadas. Estes juízes foram Roberto Ago, Taslim Olawale Elias, Sir Robert Jennings, Manfred Lachs, Nagendra Singh, Ni Zhengyu, Shigeru Oda, Stephen Schwebel, José Maria Ruda, e José Sette-Câmara. Destes dez juízes mencionados, dois divergiam da Corte ao afirmar que há um direito à legítima defesa contra atores não estatais – no caso da Nicarágua, contra insurgentes que cometessem atos de violência contra um Estado – a despeito de envolvimento por parte de outro Estado. Os juízes que dissentiram nesse sentido foram Sir Robert Jennings (JENNINGS, 1986 p. 533)⁶⁹ e Stephen M. Schwebel (SCHWEBEL, 1986 p. 371).⁷⁰ Os parágrafos mais relevantes sobre o assunto das dissidências de Jennings e Schwebel, respectivamente:

A maneira como eu observo a prática Estatal relativa à Carta da ONU desde sua entrada em vigor indica que a legítima defesa individual ou coletiva pode combater a fonte da agressão, seja esta direta ou indireta. (JENNINGS, 1986)

Se ali resta adicionado a tudo isso “outros apoios”, torna-se difícil entender o que, além de ataque armado direto pelas próprias forças armadas de um Estado, não possa ser feito, aparentemente, sem que haja direito de resposta legal na forma de legítima defesa coletiva: tampouco pode ser dada uma resposta pelo uso da força ou sua ameaça, pois, para citar novamente a Corte, os Estados não tem um direito de usar força armada ‘coletiva’ em relação a atos que não constituam “ataque armado” (ver parágrafo 211). A mim parece que isto não é realista ou tampouco justo em um mundo onde disputas de poder em todos os continentes são levadas a cabo através de desestabilização, interferência em guerras civis e provimento de conforto, ajuda e encorajamento a rebeldes e afins. (SCHWEBEL, 1986)

⁶⁹ “If there is added to all this “other support”, it becomes difficult to understand what it is, short of direct attack by a State's own forces, that may not be done apparently without a lawful response in the form of collective self-defence : nor indeed may be responded ;O at all by the use of force or threat of force, for, to cite the Court again, States do not have a right of ‘collective’ armed response to acts which do not constitute an ‘armed attack’ ” (see para. 21 1). This looks to me neither realistic nor just in the world where power struggles are in every continent carried on by destabilization, interference in civil strife, comfort, aid and encouragement to rebels, and the like.”

⁷⁰ “As I read State practice since the United Nations Charter came into force, it indicates that self-defence, individual and collective, may carry the combat to the source of the aggression, whether direct or indirect.”

b) ***Opinião Consultiva Sobre a Construção do Muro no Território Palestino Ocupado – após o 11 de Setembro***

O segundo caso analisado, que ocorre após o 11 de Setembro de 2001, é a Opinião Consultiva⁷¹ do Muro no Território Ocupado da Palestina (ICJ, 2003). Neste caso, a Corte tem que se pronunciar acerca da alegação de Israel de que a construção do muro que se estende ao longo da Linha Verde – que dividiria o território de Israel e da Palestina – seria uma medida de legítima defesa contra ataques terroristas cometidos contra Israel. A maioria dos juízes considerou novamente que ataques armados, que garantem o direito à legítima defesa, só podem acontecer quando a violência é proveniente de um Estado em relação a outro, e não inclui ataques terroristas. Temos, neste caso, um total de oito opiniões dissidentes/separadas apensadas: dissentiram nesta Opinião Consultiva os juízes Awn Shawkat Al-Khasawneh, Thomas Buergenthal, Nabil Elaraby, Rosalyn Higgins, Peter Kooijmans, Abdul G. Koroma e Hisashi Owada. Destes oito, três discordaram da corte no ponto relativo à legítima defesa contra atores não-estatais, a ver Higgins, Kooijmans, e Buergenthal. Excertos de suas opiniões seguem:

Se o direito à legítima defesa de Israel está em questão neste caso depende, em minha opinião, de um exame da natureza e escopo dos ataques terroristas fatais aos quais Israel está de fato sendo submetido através da Linha Verde e a extensão na qual a construção do muro, no todo ou em parte, é uma resposta necessária e proporcional a estes ataques
(...)

Em sua Resolução 1368 (2001), adotada um dia após os ataques do 11 de Setembro de 2001 aos Estados Unidos, o Conselho de Segurança invocou o direito à legítima defesa ao chamar a comunidade internacional para combater o terrorismo. Em nenhuma destas resoluções o Conselho de Segurança limitou sua aplicação (da legítima defesa) a ataques terroristas cometidos somente por Estados, e tampouco foi uma presunção neste sentido implícita nas resoluções.⁷²
(BUERGENTHAL, 2003 pp. 4-6)

Não concordo com tudo aquilo que a Corte tem a dizer acerca da questão do direito regulamentador do uso da força. No parágrafo 139, a Corte cita o artigo 51 da Carta e então continua “O artigo 51 da Carta, então, reconhece a existência de um direito inerente à legítima defesa em caso de ataque armado de um Estado contra outro Estado.” Com todo o respeito, não há nada no texto do Artigo 51

⁷¹ A Corte Internacional de Justiça possui tanto a jurisdição contenciosa, que lida com disputas entre Estados, quanto consultiva, que permite o pedido, por órgãos ou organizações autorizadas pela Carta das Nações Unidas, de esclarecimento de algum ponto de direito internacional (ICJ, 1945, art. 65).

⁷² “*Whether Israel's right of self-defence is in play in the instant case depends, in my opinion, on an examination of the nature and scope of the deadly terrorist attacks to which Israel proper is being subjected from across the Green Line and the extent to which the construction of the wall, in whole or in part, is a necessary and proportionate response to these attacks (...)*In its resolution 1368 (2001), adopted only one day after the 11 September 2001 attacks on the United States, the Security Council invokes the right of self-defence in calling on the international community to combat terrorism. In neither of these resolutions did the Security Council limit their application to terrorist attacks by State actors only, nor was an assumption to that effect implicit in these resolutions.” (tradução livre).

que *de fato* estipule que legítima defesa é um recurso disponível somente quando um ataque armado é cometido por um Estado. *Esta* qualificação é antes de tudo o resultado do que a Corte determinou no caso das Atividades Militares e Paramilitares Dentro e Contra a Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos da América) (Mérito, Julgamento, I.C.J. Reports 1986, p. 14). Lá, esta determinou que as ações militares cometidas por irregulares poderia constituir ataque armado se estes fossem mandados em nome do estado e se a atividade “em vista de sua escala e efeitos, seria classificada como ataque armado... caso tivessem sido cometidas por forças armadas regulares”. Apesar de concordar que este é o direito como ele se encontra, mantenho todas as reservas a esta proposta que expressei em outros locais (R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, pp. 250-251). (HIGGINS, 2004 p. 33)⁷³

As resoluções 1368 (2001) e 1373 (2001) reconhecem o direito inerente de legítima defesa coletiva sem fazer qualquer alusão a um ataque armado cometido por um Estado. O Conselho de Segurança chamou os atos de terrorismo internacional, sem qualquer outra qualificação, uma ameaça à paz e à segurança internacionais que o autoriza a agir conforme o Capítulo VII da Carta. E de fato o fez na resolução 1373 (2001) sem atribuir estes atos de terrorismo a um Estado em particular. Este é o elemento completamente novo presente nestas resoluções. O novo elemento não é excluído pelos termos do Artigo 51, já que as condições para exercício do direito inerente à legítima defesa é um prévio ataque armado sem dizer que este deva vir de outro Estado mesmo que esta tenha sido a interpretação aceita por mais de 50 anos. A Corte lamentavelmente perpassou esse novo elemento, que possui implicações legais que não podem ser verificadas mas que marca sem dúvida uma nova visão do conceito de legítima defesa. (KOOIJMANS, 2003 p. 35)⁷⁴

⁷³ “I do not agree with all that the Court has to say on the question of the law of self-defence. In paragraph 139 the Court quotes Article 51 of the Charter and then continues “Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State.” There is, with respect, nothing in the text of Article 51 that thus stipulates that self-defence is available only when an armed attack is made by a State. That qualification is rather a result of the Court so determining in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits, Judgment, I. C.J. Reports 1986, p. 14). It there held that military action by irregulars could constitute an armed attack if these were sent by or on behalf of the State and if the activity “because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack . . . had it been carried out by regular armed forces” (ibid., p. 103, para. 195). While accepting, as I must, that this is to be regarded as a statement of the law as it now stands, I maintain all the reservations as to this proposition that I have expressed elsewhere (R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, pp. 250-251).” (tradução livre).

⁷⁴ “Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) recognize the inherent right of individual or collective self-defence without making any reference to an armed attack by a State. The Security Council called acts of international terrorism, without any further qualification, a threat to international peace and security which authorizes it to act under Chapter VII of the Charter. And it actually did so in resolution 1373 (2001) without ascribing these acts of terrorism to a particular State. This is the completely new element in these resolutions. This new element is not excluded by the terms of Article 51 since this conditions the exercise of the inherent right of self-defence on a previous armed attack without saying that this armed attack must come from another State even if this has been the generally accepted interpretation for more than 50 years. The Court has regrettably by-passed this new element, the legal implications of which cannot as yet be assessed but which marks undeniably a new approach to the concept of self-defence.” (tradução livre).

c) ***Caso das Atividades Armadas no Território do Congo – após o 11 de Setembro***

O terceiro e último caso a ser analisado é o caso das Atividades Armadas no Território do Congo. O caso lida com o conflito no território da República Democrática do Congo, em que o Congo alegava que Uganda – a outra parte da disputa – teria violado o direito internacional que regulamenta o uso da força ao prover apoio financeiro e logístico a grupos paramilitares que tinham como meta desestabilizar o governo do à época presidente Laurent-Désiré Kabila. A maioria dos juízes manteve sua opinião firmada em Nicarágua (ICJ, 1986) de que atores não-estatais não podem cometer ataques armados para fins de desencadear o direito do Estado-vítima de legítima defesa. O número total de dissidências/opiniões separadas foi sete, por parte dos juízes Nabil Elaraby, Pieter Kooijmans, Abdul G. Koroma, Gonzalo Parra-Araguren, Bruno Simma e Peter Tomka, e juízes *ad hoc* James L. Kateka (Uganda), e Joe Verhoeven (República Democrática do Congo)⁷⁵. Destes sete, três discordam do entendimento da Corte de que não há direito à legítima defesa contra atores não estatais, a ver, Kooijmans, Simma e o juiz *ad hoc* Kateka. A ver os pronunciamentos dos referidos juízes:

Tal leitura restritiva do artigo 51 poderia muito bem ter refletido o estado, ou melhor, a interpretação predominante, do direito internacional relativo à legítima defesa há muito tempo atrás. Contudo, à luz dos desenvolvimentos mais recentes não só na prática estatal mas acompanhada pela *opinio juris*, isto deve ser urgentemente reconsiderado também pela Corte. Como é sabido, esses desenvolvimentos foram desencadeados pelos ataques terroristas de 11 de Setembro, após os quais argumentos de que o artigo 51 cobriria também medidas defensivas contra ataques de grupos terroristas teriam sido recebidos bem mais favoravelmente pela comunidade internacional do que outras re-leituras extensivas das previsões relevantes da Carta, particularmente a “Doutrina Bush” justificando a legítima defesa pre-emptiva. As Resoluções 1368 (2001) e 1373 (2001) não podem ser lidas se não como afirmações da visão de que ataques armados em larga escala por atores não-estatais podem ser qualificados como “ataques armados” dentro do significado do artigo 51.⁷⁶ (SIMMA, 2004 p. 11)

⁷⁵ Apesar dos juízes da Corte Internacional de Justiça serem eleitos como indivíduos e não representantes do Estado em nome de que foram eleitos, as regras da Corte preveem que quando não há nacional de uma ou de ambas as partes do caso na bancada é facultada a nomeação de juízes *ad hoc* para o caso (Art. 31, I e II do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ICJ, 1945)).

⁷⁶ “Such a restrictive reading of Article 51 might well have reflected the state, or rather the prevailing interpretation, of the international law on self-defence for a long time. However, in the light of more recent developments not only in State practice but also with regard to accompanying *opinio juris*, it ought urgently to be reconsidered, also by the Court. As is well known, these developments were triggered by the terrorist attacks of September 11, in the wake of which claims that Article 51 also covers defensive measures against terrorist groups have been received far more favourably by the international community than other extensive re-readings of the relevant Charter provisions, particularly the “Bush doctrine” justifying the pre-emptive use of force 1. Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) cannot but be read as affirmations of the view that large-scale attacks by non-State actors can qualify as “armed attacks” within the meaning of Article 51.” (tradução livre).

Se as atividades de bandos armados presentes no território de um Estado não podem ser atribuídos a este Estado, o Estado vítima não é objeto de um ataque armado por parte do primeiro. Contudo, se os ataques dos irregulares fosse, por sua escala e efeitos, classificado como ataque armado se tivessem sido executados por forças armadas regulares, não há nada na linguagem do artigo 51 da Carta para prevenir que o Estado vítima exerça seu direito *inerente* à legítima defesa.⁷⁷ (KOOIJMANS, 2004 p. 29)

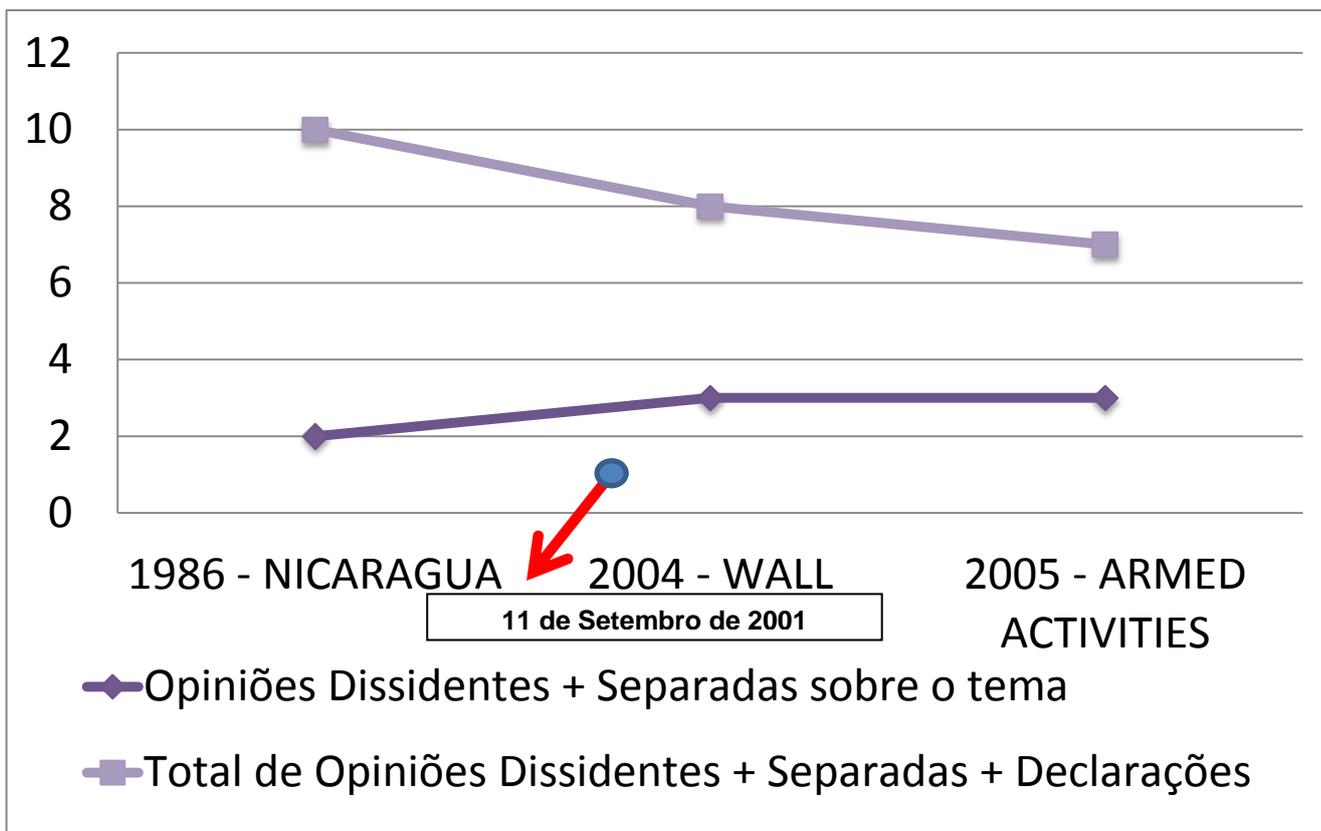
A Corte permaneceu com sua interpretação limitada do artigo 3 (g) da Resolução 3314 da Assembleia Geral (XXIX). Em fazendo isto, ela encorajou a impunidade na prova de que o elemento de “envolvimento substancial” que implica conhecimento e envolvimento substancial, será invocada como desculpa – como a República Democrática do Congo fez em sua sustentação oral no presente caso – para se eximir de sua responsabilidade por atos ilegais. (KATEKA, 2004)⁷⁸

⁷⁷ “If the activities of armed bands present on a State’s territory cannot be attributed to that State, the victim State is not the object of an armed attack by it. But if the attacks by the irregulars would, because of their scale and effects, have had to be classified as an armed attack had they been carried out by regular armed forces, there is nothing in the language of Article 51 of the Charter that prevents the victim State from exercising its inherent right of self-defence” (tradução livre).

⁷⁸ “The Court has thus stuck to its limited interpretation of Article 3 (g) of General Assembly resolution 3314 (XXIX). By so doing, it is encouraging that impunity in that proof of the element of “substantial involvement”, which implies awareness and substantial participation, will be invoked — as the DRC has done in its pleadings in this case — by culprits to avoid responsibility for wrongful acts.” (tradução livre)

d) *Sistematização dos resultados*

Os resultados da análise empírica das decisões da Corte em comparação ao período anterior e posterior ao 11 de Setembro, relativamente ao número de dissidências, pode ser ilustrado no gráfico que segue.



Observa-se, portanto, que de fato há uma discrepância entre o número de dissidências que aceita a legítima defesa contra atores não estatais antes e depois do 11 de Setembro de 2001. Enquanto no Caso Nicarágua o número de juízes dissidentes nesse sentido foi 2, no Caso do Muro esse número se elevou para 3, número este que se manteve no Caso Atividades Armadas. Em três das dissidências do Caso do Muro, são mencionadas as Resoluções 1368 e 1373 (2001) como evidência da modificação no Direito Internacional, enquanto no caso das Atividades Armadas esse número passa para 2 dissidências que mencionam estas resoluções.

Caso, portanto, tome-se como indicador o número de dissidências para verificar o atual status do direito ao uso da força contra atores não estatais após o 11 de Setembro, pode-se apontar um pequeno aumento (um juiz em cada caso posterior) que pode significar uma modificação no direito internacional costumeiro em tela.

A hipótese, portanto, que era “Não se pode verificar, a partir do número de opiniões dissidentes/separadas às decisões da Corte Internacional de Justiça, uma maior aceitação da legítima defesa contra atores não estatais após o 11 de Setembro de 2001”, foi **refutada**. A conclusão a que se chega, a partir da análise empírica das decisões da Corte Internacional de Justiça e suas respectivas dissidências/opiniões separadas, é de que **há indícios de que o direito internacional está se modificando nesse campo a fim de aceitar a legítima defesa contra atores não-estatais**, à despeito da opinião majoritária da Corte ainda não se pronunciar nesse sentido.

Conclusões

Esforços diplomáticos pela abolição da força nas relações internacionais através do direito internacional podem ser observados em um fluxo contínuo: as Conferências de Haia, que visaram ao controle de armas para a diminuição do sofrimento dos combatentes, a Carta da Liga das Nações que tentou sem êxito reduzir a liberdade no emprego da força após a I Guerra Mundial, o Pacto Kellogg-Briand que teve aderência ampla mas que sucumbiu à II Guerra Mundial, a Carta da ONU que é continuamente violada. Os Estados continuam empregando a força em suas relações internacionais, apesar destes esforços, e dentro destes tentando criar exceções para a proibição da violência. Nas palavras de David Kennedy:

O direito internacional é o espaço no qual a guerra é concebida e validada e através do qual a força é tornada efetiva. (KENNEDY, 2012)⁷⁹

Até quando o direito internacional é direito e até quando ele é “fé” é uma questão muito debatida pelo direito internacional (BARONA, 2011). É esta crença no direito internacional que continua nos fazendo progredir a ideia de que é necessária uma regulamentação do uso da força, à despeito de todas as falhas inerentes a qualquer sistema de normas. É o desejo de reduzir a possibilidade de conflitos através do direito, aspiração compartilhada por tantos teóricos, e a vontade dos Estados de proteger-se contra violências de outros mais poderosos, como entendido o direito pelos realistas.

Questões levantadas por inúmeros autores respeitáveis sobre a eficácia do direito internacional merecem uma leitura atenta e crítica, mas neste trabalho parte-se do pressuposto de que o direito internacional é mais do que ideal ou mera conveniência: é, acima de tudo, direito. Obviamente é um direito com particularidades. Não necessariamente por ser um direito primitivo, como diria Hart, mas por ser diferente, e não se prestar a analogias com o direito interno dos Estados. Ele é, afinal, criado em um sistema descentralizado e primordialmente costumeiro, mas possui cogência. Esta coercibilidade é demonstrada não por penas aplicadas por uma polícia internacional dos Estados, que não existe e que seria incompatível com os preceitos da soberania, mas por gestos, que incluem pronunciamentos que condenam condutas consideradas contrárias ao direito internacional em *fora* internacionais. Outra demonstração da cogência do direito internacional está nas justificações

⁷⁹ “*International law is (...) the space in which war is conceived and validated and through which force is rendered effective*” (tradução livre).

daqueles que violam o direito internacional, ora por tentarem caracterizar suas ações como uma exceção à regra, ora por tentarem encaixá-las como prática estatal de um “novo direito” nascente. Estas próprias artimanhas legais e pronunciamentos por parte dos representantes dos Estados significa que estamos lidando com um sistema de normas, que existe, coage e importa.

Os problemas concretos, porém, são aqueles em que há argumentos para os dois lados, e o direito internacional está cheio deste tipo de problemas. A preferência por um direito mais permissivo ou mais restritivo ao uso da força, como dizem Corten (CORTEN, 2006) e Waxman (WAXMAN, 2013), é uma escolha metodológica, associada a perspectivas muito mais do que é o direito internacional, de quais são as regras de interpretação que podem ser aplicadas, qual é seu nível de submissão à política e à legitimidade, do que um conflito sobre o que a norma permite ou restringe. O que Kennedy aponta como um recurso retórico, que tenta justificar a violência (KENNEDY, 2012), é entendido neste trabalho como um debate cujo centro está na metodologia é no entendimento do quanto o direito internacional é submetido a elementos extra-legais, como a legitimidade, e o quanto ele se sustenta em si mesmo enquanto direito positivo.

Difícilmente se encontrará matéria de cunho mais político do que o uso da força. Por anos, se debateu se a Corte Internacional de Justiça teria jurisdição sobre casos de uso da força em vista da impossibilidade de separar o “jurídico” do “político” nestes casos (GRAY, 2003). Mesmo após o entendimento da Corte de que não há não-justiciabilidade por politização de casos de uso da força, estas objeções preliminares continuam sendo levantadas em casos subsequentes (GRAY, 2003). A declaração de “Guerra ao Terror” do Presidente Bush em 2001 é um exemplo claro de como o direito pode transformar-se em discurso político.

Dentro dos inúmeros possíveis entendimentos, e de um grau alto de parcialidade e uso do direito para fins políticos, uma alternativa para verificar se o direito internacional realmente está mudando ou se opiniões neste sentido se tratam de meras alegações é buscar a imparcialidade e a certeza através do método. Obviamente, não há certeza em ciências sociais aplicadas como o direito, e isto é um grande dilema de todo o jurista, mas a busca pelo que é de fato o direito a ser aplicado no caso concreto deve ser uma constante visando à melhor decisão em casos futuros. Este trabalho é uma tentativa de, empiricamente, desenvolver um indicador para aferir o estado do direito internacional atual.

A hipótese formulada inicialmente, que previa que não seria possível invocar legítima defesa contra atores não-estatais mesmo após o 11 de Setembro, foi refutada pelo método empregado. Porém, é necessário frisar que a diferença no número de dissidências às decisões da Corte Internacional de Justiça foi pequena para que se chegue a conclusões excessivamente amplas. Um juiz a mais em cada uma das decisões analisadas após o 11 de Setembro de 2001 votou de maneira contrária à maioria da Corte neste ponto, e obviamente a opinião de um juiz, inobstante suas excelentes referências prévias e a importância da Corte, não corresponde necessariamente a uma mudança em todo o direito internacional. A conclusão a que se permite chegar é de que não se pode descartar de antemão uma mudança no direito internacional que regulamenta o uso da força, especialmente tendo em conta a magnitude do 11 de Setembro de 2001.

Obviamente, como dito anteriormente, o uso do método não cria teorias a prova de falhas, mas possibilita o emprego de critérios que tiram o conteúdo de um trabalho científico do campo meramente opinático e o subsidia com evidências empíricas. Em um campo tão intrincado e complexo quanto o da regulamentação da legítima defesa contra atores não-estatais, quaisquer possibilidades de auxiliar na observação do que de fato é o direito internacional contemporâneo deve ser visto como uma tentativa de imprimir mais rigor científico e metodológico e embasar opiniões em mais do que meras especulações, mas subsidiando-as com fatos, o que era a proposta do presente trabalho.

Por fim, gostaria de esclarecer que obviamente o tema não foi esgotado nessa monografia. A Corte, apesar de seu *docket* reduzido dos últimos anos, provavelmente irá ter que se pronunciar novamente sobre o assunto em algum momento. Esperamos então ela se pronuncie de maneira menos lacônica acerca do tópico para cumprir um dos seus fins, que é esclarecer o que é o direito internacional. Enquanto isso, o debate acadêmico, a pesquisa potencialmente exauriente das fontes doutrinárias e o desenvolvimento de pesquisas empíricas pode tentar esclarecer este ponto do direito internacional tão debatido.

Obras Citadas

ABASS Ademola Consent Precluding State Responsibility. A critical Analysis. [Article] // International and Comparative Law Quarterly. - [s.l.] : Cambridge Journals, 2004. - Janeiro 2004. - 1 : Vol. 53.

AKANDE Dapo Clarifying Necessity, Imminence and Proportionality in the Law of Self-Defense [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 2013. - Vol. 107.

AKEHURST Michael A Modern Introduction to International Law [Book]. - London : Allen & Unwyn , 1987.

BADIN Michelle Artigo científico ainda não terminado // O empirismo no Direito Internacional Econômico. - Ribeirão Preto : [s.n.], 2013.

BARONA Ignacio FORCADA Derecho Internacional Y Justicia Transicional: Cuando El Derecho Se Convierte En Religion [Book]. - Madri : Civitas, 2011.

BETHLEHEM Daniel International Law on the Use of Force: The Law as it is and as it Should Be [Online] // Parliament Publications and Records. - UK Parliament, Junho 7, 2004. - 11
20, 2013. -
<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200304/cmselect/cmfaff/441/4060808.htm>.

BETHLEHEM Daniel Principles of Self-Defense A Brief Response [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 2013. - Vol. 107.

BETHLEHEM Daniel Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 2012. - 106.

BOTHE Michael Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force [Article] // European Journal of International Law. - New York : Oxford University Press, 2003. - 2. - Vol. 14. - pp. 227-240.

BOWETT Derek Reprisals Involving Recourse to Armed Force [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 1972. - 1. - Vol. 66.

BOWETT Derek Self defense in international law [Book]. - New York : Frederick A. Praeger, 1958.

BOYLE Alan and CHINKIN Christine The Making of International Law [Book]. - New York : Oxford University Press, 2007.

BRIERLY J. L. International Law and the Resort to Armed Force [Article] // Cambridge Law Journal. - v. 4 1932. - pp. 309-319.

BROWNLIE Ian International Law and The Use of Force By States [Book]. - Oxford : Clarendon Press, 1963.

BROWNLIE Ian Principles of Public International Law [Book]. - New York : Oxford University Press, 2008.

BUERGENTHAL Thomas Declaration to the Advisory Opinion on the Legality of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory [Case]. - ICJ Reports : International Court of Justice, 2003.

BYERS Michael The Shifting Foundations of International Law: A Decade of Forceful Measures Against Iraq [Article] // European Journal of International Law. - New York : Oxford University Press, 2002. - 1. - Vol. 13.

CASSESE Antonio Ex Injuria Ius Non Oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Countermeasures in The World Community? [Article] // European Journal of International Law. - New York : Oxford University Press, 1999. - Vol. 10.

CASSESE Antonio International Law [Book]. - New York : Oxford University Press, 2005.

CASSESE Antonio The Nicaragua and the Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia [Article] // European Journal of International Law. - New York : Oxford University Press, 2007. - 4. - Vol. 18.

CORTEN Olivier The Controversies Over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate [Article] // European Journal of International Law. - New York : Oxford University Press, 2006. - 5. - Vol. 16.

CRAWFORD James Brownlie's Principles of Public International Law [Book]. - Oxford : Oxford University Press, 2012.

D'AMATO Anthony The invasion of Panama was a lawful response to tyranny [Article] // American Journal of International Law . - New York : American Society of International Law, 1990. - Vol. 84.

DINSTEIN Yoram War, Aggression and Self-Defence [Book]. - Cambridge : Cambridge University Press, 2005. - 4th Edition.

ECJ P. Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission [Case]. - Curia : European Court of Justice, 2008.

ELARABY Judge Nabil Dissenting Opinion on the Oil Platforms Case [Case]. - ICJ Reports : International Court of Justice, 2003.

FRANCK Thomas M. Who Killed Article 2(4)? Changing Norms Governing the Use of Force by States [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 1970. - 5. - Vol. 64.

FRANCK Thomas Recourse to Force, State Action Against Threats and Armed Attacks [Book]. - Cambridge : Cambridge University Press, 2002. - 1.

GILL T.D. Just War Doctrine in Modern Context [Book Section] // Reflections on Principles and Practice of International Law / book auth. GILL T.D. and Heere Wybo P.. - The Hague : Kluwer Law International, 2000.

GRAY Christine International Law and the Use of Force [Book]. - Nova Iorque : Oxford University Press, 2008.

GRAY Christine The US National Security Strategy and the New "Bush Doctrine" on Preemptive Self-defense [Article] // Chinese Journal of International Law. - New York : Oxford University Press, 2002. - 3. - Vol. 12.

GRAY Christine The Use and Abuse of the International Court of Justice: Cases Concerning the Use of Force After Nicaragua [Article] // European Journal of International Law. - New York : Oxford University Press, 2003. - 5. - Vol. 14.

GRAY Christine The Use of Force and the International Legal Order [Book Section] // International Law / book auth. Evans Malcolm. - New York : Oxford University Press, 2010. - Vol. 1.

GREENWOOD Christopher International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq [Article] // San Diego International Law Journal. - San Diego : [s.n.], 2003. - 4. - Vol. 7.

HARRIS David The Unilateral Use of Force by States [Book Section] // Cases and Materials on International Law. - London : Sweet & Maxwell, 2010.

HART Herbert Lionel Adolphus The Concept of Law [Book]. - New York : Clarendon Press, 1961.

HENKIN Louis The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 1971. - 3. - Vol. 65.

HIGGINS Rosalyn Advisory Opinion on the Legality of the Construction of a Wall in Palestinian Territory (Separate Opinion) [Case]. - ICJ Reports : International Court of Justice, 2004.

HIGGINS Rosalyn Grotius and the Development of International Law in the United Nations Period [Book Section] // Hugo Grotius and International Relations / book auth. Bull Hedley, Kingsbury Benedict and Roberts Adam. - New York : Oxford, 1990.

HIGGINS Rosalyn Problems and Process: international law and how we use it [Book]. - New York : Oxford University Press, 1994.

HLPTCC A More Secure World: Our Shared Responsibility (UN Doc. A/59/565) [Report]. - [s.l.] : UN, 2004.

HMOUD Mahmoud Note and Comment: Are New Principles Really Needed? The Potential of the Established Distinction Between Responsibility for Attacks by Non-State Actors and the Law of Self-Defense [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 2013. - Vol. 107.

ICISS The Responsibility to Protect [Report]. - 2001.

ICJ Advisory Opinion Concerning the Use and Threat of Use of Nuclear Weapons [Case]. - ICJ Reports : International Court of Justice, 1996.

ICJ Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Hezergovina v. Serbia and Montenegro) [Case]. - [s.l.] : International Court of Justice, 2007.

ICJ Armed Activities on the Territory of the Congo [Case]. - The Hague : International Court of Justice, 2005.

ICJ Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory [Case]. - ICJ Reports : International Court of Justice, 2003.

ICJ Corfu Channel Case [Case]. - ICJ Reports : Corte Internacional de Justiça, 1949.

ICJ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua [Case]. - The Hague : International Court of Justice, 1986.

ICJ North Sea Continental Shelf Cases [Case]. - ICJ Reports : International Court of Justice, 1969.

ICJ Oil Platforms Case [Case]. - The Hague : International Court of Justice, 2003.

ICJ Statute of the Court [Online] // International Court of Justice website. - International Court of Justice, Junho 26, 1945. - 11 29, 2013. - <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>.

ICTY Prosecutor v. Tadic [Case]. - [s.l.] : International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1999.

ILC A/56/10 [Online] // International Law Commission. - United Nations, 2001. - 11 05, 2013. - http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

JENNINGS Sir Robert The Caroline and McLeod Cases [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 1938. - 1 : Vol. 32.

JENNINGS Sir Robert Yewdall Dissenting Opinion on the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua Case [Case]. - ICJ Report : International Court of Justice, 1986.

JESSUP Philip C. A Modern Law of Nations [Book]. - New York : The McMillan Company, 1952.

KATEKA James L. Dissenting Opinion in the Case Concerning the Armed Activities in the Territory of the Congo [Case]. - ICJ Reports : International Court of Justice, 2004.

KENNEDY David Lawfare and Warfare [Book Section] // The Cambridge Companion to International Law / book auth. James CRAWFORD Martii Koskenniemi. - New York : Cambridge University Press, 2012.

KOOLJMANS Pieter Separate Opinion on the Advisory Opinion on Legality of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory [Case]. - ICJ Reports : International Court of Justice, 2003.

KOOLJMANS Pieter Separate Opinion to the Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo [Case]. - ICJ Reports : International Court of Justice, 2004.

KOSKENNIEMI Martii Methodology of International Law [Online] // Max Planck Encyclopedia of International Law. - Max Planck Institute, 2013. - 11 28, 2013.

LAUTERPACHT Hersch Oppenheim's International Law [Book]. - London : Longman's Green and Co., 1952. - Vols. II - Disputes, War and Neutrality.

LAUTERPACHT Hersch The Development of International Law by the International Court [Book]. - New York : Cambridge University Press, 2010.

LAUTERPACHT Hersch The problem of the revision of war [Article] // British Yearbook of International Law. - vol. 29 1952. - p. 382.

LUBELL Noam Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors [Book]. - New York : Oxford University Press, 2010.

ONU (1970), GA Res 2625. - 1970.

ONU GA Res 3314 (1974). - 1974.

ONU ILC Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts // UN A/56/10. - New York : [s.n.], 2001.

ONU United Nations Charter [Online] // United Nations. - United Nations, Junho 26, 1945. - única. - Novembro 26, 2013. - <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>.

Organização das Nações Unidas UNGA Res 377 [Online]. - 1950.

PCIJ Case Concerning the SS Lotus [Case]. - Permanent Court of International Justice Reports : Permanent Court of International Justice, 1927.

PETERS Anne Humanity as the A and (Omega) of Sovereignty [Article] // European Journal of International Law. - New York : Oxford University Press, 2009. - 3. - Vol. 20.

REISMAN Michael Coercion and Self-Determination: Construing Charter Article 2(4) [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 1984. - Julho. - 3 : Vol. 78.

REISMAN W. Michael International Legal Responses to Terrorism [Online] // Faculty Scholarship Series. - Yale Legal Scholarship Repository, Março 12, 1999. - Novembro 05, 2013. - http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1016.

RUYS Tom "Armed Attack" and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary International Law and Practice [Book]. - Cambridge : Cambridge University Press, 2010.

SCHACHTER Oscar International Law in Theory and Practice [Book]. - Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1991.

SCHACHTER Oscar Self-defense and the Rule of Law [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 1989. - Vol. 83.

SCHACHTER Oscar The Legality of Pro-Democratic Intervention [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 1984. - 3. - Vol. 78.

SCHAFFER Gregory and GINSBURG Tom Empirical Work in International Law: A Bibliographical Essay [Online] // SSRN. - University of Minnesota, Agosto 05, 2009. - Novembro 24, 2013. - http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1444448. - 09-32.

SCHWEBEL Stephen M. Aggression, Intervention and Self-Defence // Recueil des Cours de La Academie de La Haye de Droit Internacional. - The Hague : Kluwer, 1989.

SCHWEBEL Stephen M. Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Merits) [Case]. - ICJ Reports : International Court of Justice, 1986.

SHAHABUDDEEN Mohammed Precedent in the World Court [Book]. - New York : Cambridge University Press, 2007.

SIMMA Bruno Separate Opinion Oil Platforms [Case]. - ICJ Reports : International Court of Justice, 2003.

SIMMA Bruno Separate Opinion on the Case Concerning the Armed Activities on the Territory of the Congo [Case]. - ICJ Reports : International Court of Justice, 2004.

SIMMONS Beth A. and BREIDENBACH Andrew B. The Empirical Turn in International Economic Law [Article] // Minnesota Journal of International Law. - Minneapolis : University of Minnesota Law School, 2011. - 20.

SOFAER Abraham D. On the Necessity of Pre-emption [Article] // European Journal of International Law. - New York : Oxford University Press, 2003. - Vol. 14.

STAHN Carsten Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm? [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 2007. - Vol. 101.

TAMS Christian J. Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defense in the Wall Case [Article] // European Journal of International Law. - New York : Oxford University Press, 2006. - 5. - Vol. 16.

TAMS Christian J. The Use of Force Against Terrorists [Article] // European Journal of International Law. - New York : Oxford University Press, 2009. - 2 : Vol. 20.

TLADI Dire The Nonconsenting Innocent State: The Problem With Bethlehem's Principle [Article] // American Journal of International Law. - New York : American Society of International Law, 2013. - Vol. 107.

UN 2005 World Summit Outcome (GA Res. 60/1) [Report]. - New York : [s.n.], 2005.

UN List of Peacekeeping Operations [Online]. - 2013. - 12 19, 2013. - <http://www.un.org/en/peacekeeping/documents/operationslist.pdf>.

UNSC UN Doc. S/PV. 1941 [Conference].

UNSC UNSC Res 1973 (2011) . - New York : United Nations, 2011.

US US National Security Strategy (2002) [Online] // US Department of State. - US Department of State, Setembro 17, 2002. - 11 19, 2013. - <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002/>.

Vienna Convention on the Law of Treaties // United Nations Treaty Series. - Vienna : [s.n.], 1969.

WAXMAN Matthew C. Regulating the Resort to Force: Form and Substance of the UN Charter Regime [Article] // European Journal of International Law. - New York : Oxford University Press, 2013. - 1. - Vol. 24.