

José Roberto Eguchi da Silva

Aluno n.º 345013054

Sob orientação da

Prof. Dra. Maria Isabel Cantista Tavares

**O Uso da Força nas Relações Internacionais
E a Intervenção Militar no Iraque em 2003**



Universidade Católica Portuguesa, Porto

Mestrado em Direito (Geral)

Outubro de 2015

ÍNDICE

Índice	2
Siglas	3
Abreviaturas	3
Notas	3
1. Introdução	4
2. A paz	4
3. O uso da força: perspectiva histórica	5
4. A proibição do uso da força	7
4.1. Solução de controvérsias	8
4.2. O alcance do art. 2(4)	9
4.3. O caráter de <i>jus cogens</i> da proibição do uso da força	10
4.4. Definição de “uso da força”	11
4.4.1. Categorias de uso da força	13
5. Exceções ao art. 2(4): uso permitido da força	16
5.1. O sistema de segurança coletiva	17
5.1.1. O Conselho de Segurança e o terrorismo	19
5.2. A legítima defesa	20
5.2.1. Direito inerente	22
5.2.2. Reação a ataque armado	23
5.2.3. Definição de ataque armado	24
5.2.4. Requisitos da actuação do Estado defensor	27
5.2.4.1. Imediatez	27
5.2.4.2. Efetividade	28
5.2.4.3. Proporcionalidade	29
6. Prioridade: a legítima defesa reativa	29
7. A legítima defesa antecipatória	31
7.1. Prevenção e preempção	32
7.2. Legítima defesa preemptiva	33
7.3. Legítima defesa preventiva	34
8. A invasão do Iraque em 2003	35
8.1. O 11 de Setembro	36
8.2. O caso contra o Iraque	38
8.2.1. O Iraque e o Conselho de Segurança	39
8.2.2. A legítima defesa na doutrina Bush	41
8.3. A natureza preemptiva da intervenção no Iraque	42
9. Conclusão	43
Bibliografia	44

SIGLAS

AG	Assembleia-Geral das Nações Unidas
CNU	Carta das Nações Unidas
CS	Conselho de Segurança das Nações Unidas
DIH	Direito Internacional Humanitário
DIP	Direito Internacional Público
EJIL	European Journal of International Law
EUA	Estados Unidos da América
LD	Legítima defesa
NATO	Organização do Tratado do Atlântico Norte
ONU	Organização das Nações Unidas
PARI	Projecto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional, da Comissão de Direito Internacional da Assembleia-Geral das Nações Unidas
RU	Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte
SdN	Sociedade das Nações
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça das Nações Unidas
TPJI	Tribunal Permanente de Justiça Internacional da Sociedade das Nações
UE	União Europeia
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

ABREVIATURAS

art.	Artigo
n.	Nota
nn.	Notas
p.	Página
pp.	Páginas
Res.	Resolução

NOTAS

- i. As restrições à extensão deste trabalho obrigam a que, nas menções bibliográficas em nota de rodapé subsequentes à primeira, todos os Autores sejam referidos exclusivamente pelo seu último nome, presumindo-se que a referência se faz para a última obra citada.
- ii. A mesma razão obrigou ao uso frequente de siglas (das quais se destaca LD, significando legítima defesa).
- iii. Todas as referências à “Carta” respeitam à Carta das Nações Unidas, e todos os artigos mencionados sem expressa indicação da proveniência pertencem a este Diploma, a menos que outro entendimento resulte do contexto.
- iv. Todas as fontes constantes de endereços virtuais foram acedidas e estavam conformes com o conteúdo citado em 29 de agosto de 2015.

1. Introdução

O presente trabalho fará uma exposição do ordenamento jurídico-internacional relativo ao uso da força pelos Estados nas suas relações internacionais, passando pelos princípios, evolução histórica, e direito vigente. A parte final do trabalho culminará numa análise jurídica, em contraponto com o estudo feito ao longo do texto, da intervenção militar no Iraque conduzida pelos EUA, RU e outros Estados em 2003.

2. A paz

A noção mais elevada de paz é a denominada “paz positiva”, que representa mais do que a mera ausência de guerra. É paz que implica completude, solidariedade, respeito recíproco, plena satisfação das necessidades humanas, genuína comunidade da humanidade, em justiça, segurança, tolerância e virtude ética. É assim que a paz é encarada na religião budista¹.

Será esta “paz positiva” o ideal que o preâmbulo da CNU tem em vista quando alude aos povos das Nações Unidas como determinados «*a praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos*».

No preâmbulo da Declaração Sobre os Princípios de Direito Internacional Referentes às Relações de Amizade e Cooperação Entre os Estados² é afirmado que «*os povos das Nações Unidas estão determinados a praticar a tolerância e a conviver em paz num espírito de boa vizinhança*», mais sendo referida «*a importância de manter e fortalecer a paz internacional, fundada na liberdade, na justiça e no respeito dos direitos humanos fundamentais e de fomentar as relações de amizade entre as nações*»³.

¹ Cf. ANDREW FIALA, *Pacifism*, in The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2014, em <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/pacifism/>>, ponto 1.4.

² Res. 2625 (1970) da AG, de 24-10-1970 — cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ / J. A. AZEREDO LOPES, *Textos de Direito Internacional Público*, 5.ª ed., Almedina, 1999, pp. 13-22. Esta Declaração, apesar de não ter por si força vinculativa, constitui um importante elemento interpretativo das disposições relevantes da Carta — cf. MALCOLM N. SHAW, *International Law*, 6.ª ed., Cambridge University Press, 2008, p. 1123.

³ *Idem*, p. 14.

3. O uso da força: perspectiva histórica

O DIP tradicional não fixava quaisquer limitações ao uso da força pelos Estados e, portanto, não continha qualquer regra responsabilizando um Estado pelo uso da força contra outro⁴. Só gradualmente o princípio da responsabilização dos Estados pelo uso da força se foi tornando aceite no DIP. A semente foi plantada quando a primeira Convenção Relativa às Leis e Costumes da Guerra Terrestre, de 1899, reconheceu que «o direito do beligerante de adotar meios para agredir o inimigo não é ilimitado». O regulamento anexo à Convenção proibia certas formas de uso da força, mas não previa explicitamente qualquer sanção para o desrespeito desta proibição. Já a segunda Convenção Respeitante às Leis e Costumes da Guerra Terrestre, de 1907, previa que «Uma parte beligerante que violar as disposições do presente regulamento deverá, se as circunstâncias do caso o exigirem, ser condenado a pagar uma compensação. Será responsável por todos os atos cometidos por membros das suas forças armadas». O princípio da responsabilidade pela utilização de *certas formas* de força foi desta forma reconhecido, se bem que de maneira hesitante, como sugerido pela expressão «*se as circunstâncias do caso o exigirem*». Esperava-se que a I Guerra Mundial desse origem à aplicação dessa responsabilidade. Tal, todavia não foi o caso, apesar de todos os beligerantes serem partes signatárias da Convenção⁵.

Todavia os art. 231 e 232 do Tratado de Versalhes⁶ rezavam: «As Potências Aliadas e Associadas afirmam, e a Alemanha reconhece, a responsabilidade da Alemanha e de seus aliados pela causação de todas as perdas e danos que as Potências Aliadas e Associadas e seus nacionais sofreram como consequência da guerra imposta sobre eles pela agressão da Alemanha e de seus aliados». Estas reparações de guerra são,

⁴ Cf. GAMAL MOURSI BADR, *The Exculpatory Effect of Self-Defense in State Responsibility*, in Georgia Journal of International and Comparative Law, Issue 1, Vol. 10, 1980, disponível em <<http://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol10/iss1/2>>, p. 2.

⁵ Cf. BADR, p. 2.

⁶ Entre 1919 e 1920, as Potências Aliadas concluíram diversos tratados com cada um dos Estados derrotados: o Tratado de Versalhes, com a Alemanha, em 28-06-1919, o Tratado de Saint-Germain, com a Áustria, em 10-09-1919, o Tratado de Neully, com a Bulgária, em 27-11-1919, o Tratado de Trianon, com a Hungria, em 04-06-1920, e o Tratado de Sèvres, com a Turquia, em 1920. Estruturalmente, todos os tratados eram semelhantes entre si — cf. HEINARD STEIGER, *Peace treaties from Paris to Versailles*, in RANDALL LESAFFER (ed.), *Peace Treaties and International Law in European History, From the Late Middle Ages to World War One*, Cambridge University Press, 2004, p. 73, n. 32.

portanto, convencionais, cobradas por uma das partes e aceitas pela outra fora do âmbito de qualquer regra pré-existente de DIP⁷.

O Pacto da SdN⁸ e o Pacto Kellogg-Briand⁹ não afetaram significativamente o estatuto jurídico da responsabilidade pelo recurso à força¹⁰. A grande virtude desses Pactos foi a de instituírem nas relações internacionais, décadas antes da CNU, o “referencial da paz pelo Direito”¹¹, por duas vias: em primeiro lugar, através da ilegalização da guerra; em segundo lugar, mediante a instituição de formas de coerção sobre o Estado infrator. A primeira vertente conduzirá a uma drástica limitação dos casos de recurso lícito à força armada, levando à emergência de um «*paradigma agressão – legítima defesa*»¹²; a segunda vertente trará uma aproximação ao modelo estadual da centralização do uso da força¹³.

O primeiro passo para a ilegalização da guerra foi dado pelo Pacto da SdN, que sujeitou as altas partes contratantes à «*aceitação de certas obrigações de não recorrerem à guerra*», consagrando situações em que o recurso à guerra se torna totalmente ilícito: guerra de agressão (art. 10), guerra levada a cabo contra um Estado que se houvesse conformado com uma solução arbitral ou judicial do litígio (art. 13), ou contra um Estado que aceita as recomendações contidas em relatório unânime do Conselho da SdN

⁷ Cf. BADR, ob. e loc. ob. cit.

⁸ A SdN foi uma organização internacional, criada após a I Guerra Mundial para proporcionar um fórum para a solução de disputas internacionais. Inicialmente proposta pelo presidente Woodrow Wilson dos EUA em 1918 como uma «*associação geral das nações [...] formada sob convênios específicos com a finalidade de proporcionar garantias mútuas de independência política e integridade territorial, quer para grandes, quer para pequenos estados*», e significou um novo tipo de organização internacional, dedicada à promoção da cooperação internacional, a proporcionar segurança, integridade territorial e independência política a seus membros, e a assegurar uma paz duradoura. Ficou a fazer parte do Tratado de Versalhes — cf. United States Department of State, *The League of Nations, 1920*, em <<https://history.state.gov/milestones/1914-1920/league>>.

⁹ Este Pacto, foi um acordo destinado a proibir a guerra, assinado em 1928. Foi um dos muitos esforços internacionais para prevenir um novo conflito global, mas incapaz de impedir a II Guerra Mundial. Começou em 1927 como uma proposta do ministro dos negócios estrangeiros francês Aristide Briand ao governo norte-americano de Calvin Coolidge. Este, avesso a subscrever um pacto bilateral, passível de arrastar os EUA para uma nova guerra na Europa se a França fosse atacada, sugeriu aos franceses, através do secretário de estado Frank B. Kellogg, a abertura do pacto à assinatura de todas as nações. Numa primeira fase, em 1928, 15 nações se uniram, seguidas de mais 47 nações. A principal finalidade do pacto era proibir a guerra, ilegalizando-a. Assim, dele ficaram a constar duas cláusulas: a primeira proscovia a guerra como instrumento político; a segunda vinculava os signatários a resolverem os seus diferendos por meios pacíficos — cf. United States Department of State, *The Kellogg-Briand Pact, 1928*, em <<https://history.state.gov/milestones/1921-1936/kellogg>>.

¹⁰ Cf. BADR, p. 3.

¹¹ Cf. JOSÉ MANUEL PUREZA, *Da guerra justa à guerra justificada?*, in *Política Internacional*, Vol. 1, N.º 10, Inverno 1994-1995, pp. 75-76

¹² Como melhor será tratado *infra*.

¹³ Cf. PUREZA, *ibid*.

(art. 15) e, em qualquer destes casos, a guerra iniciada antes de volvidos três meses sobre a solução arbitral ou judicial ou sobre esse relatório (art. 12, que consagra a chamada moratória de guerra). O Pacto, todavia, continha debilidades, como uma noção de guerra restrita aos casos de prévia declaração e a exclusão de outras formas de uso da força, como o bloqueio e as represálias armadas¹⁴.

Já o Pacto Kellogg-Briand estatuiu, sem margem para dúvida, que «*as Altas Partes Contratantes condenam o recurso à guerra para a solução das controvérsias internacionais e renunciam a ela como instrumento de política nacional nas suas relações recíprocas*». Foi, portanto, a primeira proibição geral da guerra consagrada pelo DIP, apenas derogada para os casos de legítima defesa e de participação nas sanções coletivas decretadas pela SdN. No entanto, este instrumento também não previa qualquer mecanismo coletivo de sanção próprio que lhe assegurasse efetividade¹⁵.

O movimento foi culminado pela CNU, cuja principal novidade reside na articulação entre as duas dimensões atrás enunciadas: o paradigma agressão – legítima defesa e a centralização na sociedade internacional das competências para o uso da força. A Carta, assumindo a paz como um bem público, responsabilidade de todos os Estados, consagrou um autêntico contrato social internacional. Por um lado, cada Estado-membro se abstém de recorrer ao uso da força nas relações internacionais, por força do artigo 2(4). Por outro lado, reconhece-se ao CS, o órgão principal responsável pela manutenção da paz e da segurança internacionais, poderes para, coercivamente se necessário, pôr termo a qualquer ameaça à paz, rutura da paz ou ato de agressão. Só residualmente, como “válvula de segurança” ou “exceção necessária” subsiste o direito de legítima defesa individual ou colectiva, nos termos do artigo 51¹⁶.

4. A proibição do uso da força

O principal propósito do DIP sempre foi a manutenção da paz entre os Estados¹⁷. Daí que a proibição do uso da força nas relações internacionais seja referida como um princípio de direito internacional decorrente dos deveres de respeito pela integridade

¹⁴ Cf. PUREZA, p. 76.

¹⁵ *Idem, ibid.*

¹⁶ *Idem, pp. 75-76.*

¹⁷ Cf. SHAW, p. 1010.

territorial e independência dos Estados¹⁸, como a pedra angular do sistema jurídico-internacional da CNU¹⁹, ou como a principal diretiva do DIP moderno²⁰.

O primeiro dos desideratos expressos na CNU é o de «*preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade*» e, para tal fim, os Povos dos Estados signatários comprometem-se «*a praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos*», «*a unir as [suas] forças para manter a paz e a segurança internacionais*» e «*a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum*»²¹.

Ou seja, a Carta impõe um comando claro aos Estados para resolverem pacificamente as diferenças que os possam opor aos restantes. A paz entre as Nações, a segurança internacional e a justiça são, assim, valores a que os Estados-membros submeteram a sua soberania quando aderiram formalmente à Organização²².

4.1. Solução de controvérsias

A definição do conceito de controvérsia, disputa, ou conflito entre Estados, que não se encontra na Carta, foi diversas vezes objeto de consideração pelo TIJ, mas mantém-se válida a definição dada pelo TPJI, em 1924, no acórdão *Mavrommatis Palestine Concessions*²³, pela qual «*Uma disputa é um desacordo quanto a uma questão de*

¹⁸ Cf. MARIA ISABEL TAVARES, *Guerra e Responsabilidade – A intervenção militar no Iraque em 2003*, Publicações Universidade Católica Porto, 2015, p. 122.

¹⁹ *Idem*, p. 128.

²⁰ Cf. DAVID J. BEDERMAN, *The Spirit of International Law*, University of Georgia Press, 2002, p. 188.

²¹ Cf. o preâmbulo da CNU; cf. também os artigos 1(1) e 2(3) da CNU.

²² A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estipula nos artigos 26 e 27, respectivamente, que «*Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé*» e que «*Uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado*». Pela assunção destes princípios (*pacta sunt servanda* e primado das disposições dos tratados sobre o direito interno), os Estados submetem a sua soberania aos acordos internacionais que celebram, tendo a obrigação de conformar a sua ordem jurídica interna com o DIP, de forma a assegurar o cumprimento dos seus compromissos internacionais — cf. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA / FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed. rev. e aument., Almedina, 2002, pp. 245-247, 92-93.

²³ Cf. o ponto 19, em <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis.htm>.

direito ou de fato, um conflito de posições jurídicas ou de interesses entre duas pessoas»²⁴.

Nos termos do art. 33(1) da CNU, «*As partes numa controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, via judicial, recurso a organizações ou acordos regionais, ou qualquer outro meio pacífico à sua escolha*». Há que juntar a esta lista os bons ofícios²⁵.

Os meios de solução de disputas podem ser classificados de forma tripartida, entre meios diplomáticos, meios legais, e procedimentos institucionais²⁶. Meios diplomáticos são a negociação, a mediação, o inquérito, a conciliação e os bons ofícios; meios legais são a arbitragem e a via judicial²⁷; os meios institucionais ou políticos correspondem, no caso da ONU, aos procedimentos perante o CS²⁸ e a AG²⁹.

4.2. O alcance do art. 2(4)

Os Estados, em todos os diferendos que os oponham aos restantes, terão que agir dos modos e pelos meios pacíficos descritos no capítulo anterior. Caso assim não façam, estarão a violar, além das atrás indicadas, a norma expressa no art. 2(4) da CNU, na qual está vertido o chamado princípio proibitivo³⁰ do uso da força (ou princípio do não-uso

²⁴ Cf. SHAW, p. 1012;

²⁵ Entendidos como a intervenção de uma terceira entidade, com reconhecida autoridade, que, pondo as partes a negociar, lhes proponha, de forma não obrigatória, uma solução pacífica para o conflito — cf. PEREIRA / QUADROS, p. 511 e ss. No âmbito da ONU, é reconhecido o importante papel do Secretário-Geral como uma força política pacificadora, através do oferecimento dos seus bons ofícios para a Res. pacífica de conflitos — cf. PETER MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7.^a ed., Routledge, 1997, p. 380.

²⁶ Cf. MALANCZUK, p. 273.

²⁷ Nomeadamente, perante o TIJ, de acordo com os artigos 36(3) e 92 e ss. da CNU.

²⁸ Uma disputa poderá ser trazida à consideração do CS de quatro formas: através de um Estado-membro, seja ou não parte no diferendo: art. 35(1); por um Estado não membro, desde que seja parte na disputa e aceite previamente as obrigações de solução pacífica previstas na Carta: art. 35(2); pela própria AG: art. 11(3) e artigos 10 e 11(2); e pelo Secretário-Geral: art. 99 — cf. MALANCZUK, pp. 385-386.

²⁹ A AG não tem poderes estatutários para proferir resoluções vinculativas em sede de solução de disputas entre Estados-membros, mas pode fazer recomendações: artigos 10, 11(2) e 14. Estas recomendações, apesar de não serem vinculativas, têm importantes efeitos legais, já que poderão ser prova da existência de direito consuetudinário, ou da correta interpretação das disposições da Carta. Ademais, uma Res. da AG condenando um Estado pela violação do DIP carrega um grande poder de persuasão para que esse Estado emende a sua conduta — cf. MALANCZUK, pp. 378-379.

³⁰ Cf. TAVARES, pp. 121 e ss.

da força) nas relações internacionais. Tão forte e essencial é a proibição sagrada no art. 2(4), que certos Autores se lhe referem pela expressão *jus contra bellum*³¹.

Com o art. 2(4), a CNU foi muito para além dos Pactos da SdN e Kellogg-Briand. Desde logo, a norma atual retira aos Estados a liberdade de recurso, não só à guerra de agressão, mas a todas as formas de utilização da força armada, mesmo as de menor gravidade. Em segundo lugar, constitui uma proibição tendencialmente absoluta e global cujas exceções são reforços da norma³².

Já no final da década de 1980 estava reunido um largo consenso no sentido de a proibição do uso da força ser de âmbito abrangente, e de que *todo* o uso da força pelos Estados nas relações internacionais era, *prima facie*, ilegal³³.

As atuais regras relativas ao uso da força pelos Estados formam o elemento central do DIP, e juntamente com outros princípios, como a soberania territorial, a independência e a igualdade dos Estados, conferem estrutura à ordem jurídica internacional. Mas, enquanto os sistemas jurídicos nacionais garantiram o monopólio do uso da força pelas instituições, reforçando a estrutura hierárquica de autoridade e controle, o DIP tem que procurar minimizar e regular o uso da força sem poder fazer valer coercivamente essa intenção, depositando a sua confiança no consentimento, consenso, reciprocidade e boa-fé dos Estados. Sem o monopólio do uso da força, a ordem jurídica internacional necessita, assim, de dispor de mecanismos que lhe permitam limitar e punir o recurso à violência³⁴.

4.3. O caráter de *jus cogens* da proibição do uso da força

A norma do art. 2(4) é mais do que uma simples norma convencional, de força vinculativa circunscrita às partes. É, antes, uma norma de Direito Internacional geral, de caráter imperativo e inderrogável, de *jus cogens*³⁵ — a fonte de Direito mais alta na hierarquia das normas de DIP³⁶.

³¹ *Idem*, p. 133, n. 287.

³² Cf. PUREZA, p. 77.

³³ Cf. CHRISTIAN J. TAMS, *The Use of Force against Terrorists*, EJIL, Vol. 20, No. 2, 2009, p. 364.

³⁴ Cf. SHAW, p. 1118.

³⁵ Cf. PUREZA, *ibid.*, e TAVARES, p. 128, n. 270.

³⁶ Cf. PEREIRA e QUADROS, p. 277.

O conceito de *jus cogens* baseia-se na aceitação, pelo sistema, de valores fundamentais superiores àqueles estabelecidos por via convencional. As normas de *jus cogens* não constituem novas normas de DIP; trata-se antes de reconhecer, em normas de DIP vigentes, a manifestação de uma superior preeminência. Exemplos de normas de *jus cogens* são as relativas à proibição do uso da força, à auto-determinação dos povos e às proibições de escravatura, genocídio, *apartheid*, crimes contra a humanidade, tortura e pirataria. A importância central das normas de *jus cogens* em DIP deriva acima de tudo da sua inderrogabilidade — uma vez reconhecida, a dita norma não pode ser contrariada por via convencional, sob pena de nulidade do respectivo tratado³⁷.

Mas não há consenso em DIP quanto à definição completa de *jus cogens*, existindo Autores *céticos* que, embora aceitando a regra do art. 53 da Convenção de Viena, consideram que o conteúdo normativo do *jus cogens* não está positivado em DIP, e deve, por isso, ser tratado como um mero conceito de retórica argumentativa³⁸.

Alheio a esta indefinição, o princípio do não-uso da força é a norma mais referenciada na literatura como um exemplo de *jus cogens* internacional³⁹.

4.4. Definição de “uso da força”

Porém, apesar da sua preeminência, não é simples definir rigorosamente a proibição do uso da força. No DIP atual verifica-se uma erosão da distinção tradicional, típica do séc. XIX, entre as noções de guerra e de paz⁴⁰. É frequente os Estados se envolverem em hostilidades enquanto negam estar em guerra⁴¹. A CNU rejeitou mesmo o termo guerra, considerado demasiado confuso, antes optando, nos artigos 2(4) e 39-51, pelos termos ameaça ou uso da força, ameaça à paz, quebra da paz e ato de agressão. Estes termos abarcam, não só a guerra, entendida como um uso abrangente e altamente intensivo do

³⁷ Cf. SHAW, pp. 126-127, referindo-se ao art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

³⁸ Cf. ULF LINDERFALK, *The Effect of Jus Cogens Norms*, EJIL, Vol. 18, No. 5, 2008, p. 855.

³⁹ *Idem*, p. 856.

⁴⁰ Cf. OLIVIER CORTEN, *Formalization and Deformalization as Narratives of the Law of War*, in JOSÉ MARÍA BENEYTO *et al.* (ed.), *New Approaches to International Law: The European and the American Experiences*, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 257-258. No mesmo sentido, TAVARES, p. 295.

⁴¹ Cf. MALANCZUK, p. 309.

instrumento militar, como também as aplicações da força, ou de ameaças de uso da força, de menor intensidade e magnitude⁴².

É mister destrinçar o significado de uso da força do art. 2(4) da Carta. Várias problemáticas se levantam nesta sede.

Primeiro, há que sublinhar que a proibição do art. 2(4) abrange a (mera) ameaça do uso da força. Assim, a proferição de um ultimato de carácter militar constitui, só por si, uma violação desta norma⁴³.

O segundo problema é saber se o conceito de força proibida se refere exclusivamente à força armada, ou se compreende também, p. ex., a força económica, na forma de boicotes ou embargos. É certo que o art. 51 apenas legitima o recurso à LD em caso de ataque armado. Todavia, a Res. 2625 (1970) da AG⁴⁴ alude ao «*dever de os Estados se absterem, nas suas relações internacionais, de exercer coerção militar, política, económica ou de qualquer outra índole contra a independência política ou a integridade territorial de qualquer Estado*»⁴⁵, e a Carta dos Deveres Económicos dos Estados⁴⁶ estipula que «*Nenhum Estado poderá recorrer a, ou encorajar, medidas económicas, políticas ou de qualquer outra índole, nem fomentar o emprego de tais medidas, com o objetivo de coagir outro Estado para conseguir a subordinação do exercício dos seus direitos soberanos*»⁴⁷. A questão da legalidade das pressões económicas não é de resposta simples: é defensável que constituam ações contrárias à Carta, mas é altamente duvidoso que constituam violações do art. 2(4)⁴⁸ e os Autores, por regra, negam firmemente esta possibilidade⁴⁹.

A terceira questão prende-se com a letra do art. 2(4), que proíbe a ameaça ou o uso da força «*contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado*», ou «*de qualquer outro modo incompatível com os objetivos das Nações Unidas*»,

⁴² Cf. LUNG-CHU CHEN, *An Introduction to Contemporary International Law – A Policy-Oriented Perspective*, 3.^a ed., Oxford University Press, 2015, p. 379.

⁴³ Cf. TAVARES, p. 126 e n. 266.

⁴⁴ Cf. *supra*.

⁴⁵ Cf. MARTINEZ / LOPES, p.15.

⁴⁶ Res. 3281 (1974) da AG, de 12-12-1974.

⁴⁷ Cf. o art. 32, em MARTINEZ / LOPES, p. 39.

⁴⁸ Cf. SHAW, p. 1125.

⁴⁹ Cf. TAVARES, pp. 125-126, n. 264, e TAMS, pp. 364-365, referindo os trabalhos preparatórios da Carta e esclarecendo que o art. 2(4) foi idealizado para se reportar apenas à força armada, deixando de fora a ameaça ou o uso da força política, ideológica e/ou económica.

aparentemente deixando em aberto a utilização da força noutras situações, não contempladas na previsão da norma⁵⁰.

Nos primeiros tempos da ONU, alguns Estados defendiam que um uso da força não dirigido «*contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado*» seria compatível com o art. 2(4). Este argumento veio eventualmente a servir para o uso da força contra terroristas localizados em território de outros Estados⁵¹.

Tem assim grande importância a cláusula «*de modo incompatível com os objetivos*» da ONU, já que, assim, a proibição do uso da força passa a conglobar o disposto no artigos 1(1), 2(3) e 33 a 38 da Carta⁵². Assim, a proibição tem caráter tendencialmente absoluto, devendo contemplar apenas as exceções expressamente consagradas na Carta, nomeadamente nos artigos 42 e 51⁵³, ou por ela admitidas.

Deve, porém, ficar claro que a proibição do art. 2(4) apenas obriga os Estados nas suas relações internacionais, pelo que a força pode ser usada contra o terrorismo fora desse âmbito — i. é, desde que o Estado ofendido não transponha fronteiras nessa luta⁵⁴. Assim, o art. 2(4) não proíbe o uso da força contra terroristas, apenas o proíbe nas relações internacionais entre Estados⁵⁵.

Por último, as formas de uso da força podem ser organizadas em categorias, sendo umas permitidas e outras proibidas pela Carta⁵⁶. É dessas categorias que se tratará em seguida.

4.4.1. Categorias de uso da força

O ataque armado é a modalidade mais grave de agressão⁵⁷, «*a violação do princípio proibitivo do uso da força na sua expressão máxima*»⁵⁸. A verificação de um ataque armado é essencial para o acionamento do direito à LD, em sede do art. 51⁵⁹.

⁵⁰ Cf. MALANCZUK, pp. 310.

⁵¹ Cf. TAMS, p. 364.

⁵² Cf. TAMS, pp. 364-365 e MALANCZUK, pp. 310-311, defendendo uma interpretação o mais extensiva possível do art. 2(4), em atenção ao seu caráter de *jus cogens*, e em consonância com as decisões do TIJ nos casos Canal de Corfu e Nicarágua v. EUA.

⁵³ Cf. TAVARES, pp. 129-130, n. 274.

⁵⁴ Cf. TAMS, p. 366.

⁵⁵ *Idem*, p. 374.

⁵⁶ Cf. SHAW, p. 1128.

⁵⁷ Cf. § 191 do Acórdão do TIJ no *Caso relativo às atividades militares e paramilitares não eram contra a Nicarágua* (Nicarágua v. Estados Unidos da América), julgado em 27-06-1986, disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>.

⁵⁸ Cf. TAVARES, p. 350.

Nos termos da Definição de Agressão⁶⁰, a agressão é «o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer forma incompatível com a Carta», e é esconjurada como «a forma mais grave e perigosa do uso ilícito da força, que contém, dada a existência de todos os tipos de armas de destruição maciça, a ameaça possível de um conflito mundial»⁶¹. Nos termos desta Res., presume-se, por princípio, que o agressor é o Estado que recorreu inicialmente à força armada⁶², é consagrado um elenco exemplificativo de alguns atos de agressão⁶³ e são especificadas as consequências do cometimento de tais atos: os mesmos são por natureza injustificáveis, são criminosos⁶⁴ e geradores de responsabilidade internacional⁶⁵, e os seus autores não poderão deles retirar, ou manter qualquer vantagem que obtenham (de natureza territorial ou outra)⁶⁶.

Todavia, a determinação da prática de um ato de agressão cabe em última instância ao CS, que poderá restringir⁶⁷ ou alargar⁶⁸ esse conceito perante o caso concreto. Também por isto, deve ser reconhecida à Res. 3314 o mérito «de ter clarificado que nem todos os casos de uso da força desaguam, de modo inevitável, no conceito de agressão»⁶⁹.

Outra categoria de uso da força é a retorsão, que consiste na prática por um Estado de um ato hostil ou prejudicial contra outro Estado em retaliação contra atividades injuriosas ou ofensivas, ainda que legais, por parte deste último. A retorsão pode consistir, p. ex., no corte de relações diplomáticas, na expulsão de nacionais do Estado ofensor⁷⁰, ou na supressão de ajudas económicas. A retorsão é uma forma legítima de

⁵⁹ Cf. *infra*.

⁶⁰ Res. 3314 (1973) da AG, de 03-12-1973 — cf. MARTINEZ / LOPES, pp. 43-46.

⁶¹ Cf. o preâmbulo da Declaração.

⁶² Cf. o art. 2, primeira parte.

⁶³ Cf. os artigos 3 e 4, sendo que o elenco do art. 3, pela variedade das situações que refere, pode ser gerador de alguma perplexidade — cf. TAVARES, p. 137. No mesmo sentido, sublinhando que a Res. 3314 não resolve a distinção entre mera agressão armada e ataque armado, cf. BADR, pp. 18-20.

⁶⁴ Sobre a definição do crime de agressão, cf. TAVARES, p. 136, n. 302.

⁶⁵ «No Direito Internacional contemporâneo, por conseguinte, o recurso à ameaça de força ou ao emprego da força armada tem a mesma regulação jurídica que nos ordenamentos jurídicos internos — um comportamento antijurídico, contrário ao Direito e ilegítimo, a menos que constitua um uso legítimo da força ou da ameaça de força, um ato de legítima defesa ou uma sanção» — cf. CARRILLO SALCEDO, *apud* PUREZA, p. 77.

⁶⁶ Cf. o art. 5.

⁶⁷ Cf. o art. 2, segunda parte.

⁶⁸ Cf. o art. 4.

⁶⁹ Cf. TAVARES, p. 138.

⁷⁰ Ao longo do presente trabalho usar-se-á a expressão “ofensor”, de preferência a “agressor”, de modo a evitar qualquer possível confusão com o conceito de agressão armada.

demonstração de desagrado e de auto-ajuda dos Estados na proteção dos seus interesses, desde que os atos praticados se mantenham dentro da legalidade internacional⁷¹.

Diferente da retorsão é a figura das represálias. Os dois conceitos distinguem-se, porque os atos de represália são por natureza ilícitos à luz do DIP, ao contrário dos atos de retorsão, por natureza lícitos. As represálias são adotadas por um Estado contra outro em resposta a um prévio ato ilícito deste. Os atos de represália, isoladamente considerados, são em si ilícitos; mas como foram praticados em resposta a um anterior ato ilícito, podem tornar-se, por esse fato, conforme ao Direito⁷².

Além de proporcionais, as represálias têm que ser avaliadas à luz da Carta, designadamente do art. 2(4). Assim, as represálias que se quedem abaixo do limiar do uso da força, também designadas contramedidas, poderão ser adotadas legitimamente⁷³, enquanto as represálias que ultrapassem esta barreira e representem uso da força só serão legais se forem qualificadas como exercício de LD⁷⁴. É também de notar que a Res. 2625 (1970), atrás referida, prescreve que «*Os Estados têm o dever de se abster de atos de represália envolvendo o uso da força*».

Desta construção decorre necessariamente que as represálias armadas⁷⁵ são sempre ilegais em tempo de paz⁷⁶: se nenhuma quebra da paz ocorreu previamente, a ponto de justificar uma atuação em LD, qualquer “represália” ou “contramedida” constituirá violação do art. 2(4)⁷⁷.

As contramedidas estão previstas e reguladas nos artigos 22 e 49-54 do PARI⁷⁸, cujo art. 50(1) dispõe: «*As contramedidas não deverão afetar: (a) a obrigação de abster-se da ameaça ou uso de força como disposto na Carta da ONU; (b) obrigações estabelecidas para a proteção de direitos humanos fundamentais; (c) obrigações de caráter humanitário proibindo represálias; (d) outras obrigações consoante as normas imperativas de Direito Internacional geral*».

⁷¹ Cf. MALANCZUK, p. 4, e SHAW, pp. 1128-1129.

⁷² *Idem, ibid.*

⁷³ Cf. TAVARES, pp. 417 e ss.

⁷⁴ Cf. MALANCZUK, p. 316.

⁷⁵ Também chamadas medidas de “auto-ajuda forçosa” — cf. TAMS, p. 372.

⁷⁶ Cf. SHAW, *ibid.*

⁷⁷ Cf. TAVARES, p. 133, n. 187.

⁷⁸ As normas constantes deste documento têm grande poder interpretativo e de afirmação do costume internacional.

Como se verá, desde o 11 de Setembro e na sua sequência, a figura das represálias armadas contra grupos terroristas em territórios de outros Estados tem beneficiado de alguma legitimação por parte do CS.

Porém, como nota Azeredo Lopes⁷⁹:

Se a comunidade internacional pode hoje aceitar certas formas unilaterais do uso da força perante infrações graves do direito internacional, mesmo que à custa da distinção tradicional entre legítima defesa e represálias armadas, essa faculdade continua a estar delimitada de forma razoável, sancionando-se política e juridicamente aquele ou aqueles Estados que defendam e levem à prática uma concepção libertária do uso da força, em detrimento dos quadros institucionais, por si já flexíveis, representados pelo Conselho de Segurança.

5. Exceções ao art. 2(4): uso permitido da força

Como atrás se referiu, a proibição do uso da força, apesar de geral, não é absoluta, é *tendencialmente* absoluta. A CNU consagra duas indiscutíveis exceções ao princípio proibitivo do uso da força: o art. 42, em sede do sistema de segurança coletivo; e o art. 51, que regula o exercício da LD pelos Estados⁸⁰. Destas se tratará no presente trabalho, já que foram os fundamentos legais invocados pelo RU e Austrália (art. 42) e pelos EUA (art. 51) para levarem a cabo a invasão do Iraque em 2003⁸¹.

Podem ser consideradas outras exceções à proibição do uso individual da força que, embora não estejam consagradas expressamente na Carta, é defensável, e, em certos termos, admitido, que caibam no seu espírito, dado o carácter de *jus cogens* de que se revestem: o direito à autodeterminação dos povos, na forma de guerras de secessão e de libertação dos povos colonizados, e a proteção dos direitos humanos, na forma de intervenções armadas humanitárias. No entanto, os limites de extensão deste trabalho só permitem uma referência a estas importantes matérias⁸².

⁷⁹ Cf. JOSÉ ALBERTO DE AZEREDO LOPES, *Entre Solidão e Intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos Povos e Reações de Estados Terceiros*, Publicações Universidade Católica Porto, 2003, p. 1051.

⁸⁰ Cf. TAVARES, p. 129.

⁸¹ *Idem*, p. 305.

⁸² Cf., p. ex., PUREZA, pp. 83-92. Com muito maior extensão e profundidade, cf. LOPES, pp. 755 ss. (quanto à autodeterminação e uso da força) e pp. 891 ss. (quanto às intervenções humanitárias).

5.1. O sistema de segurança coletiva

Esta previsto no art. 42 e inserido no Capítulo VII da Carta, o qual, alicerçado no art. 2(4), regula o sistema de segurança coletiva⁸³. Da forma como a Carta foi originalmente idealizada, a defesa coletiva ao abrigo do Capítulo VII deveria ser a principal exceção à proibição do uso da força⁸⁴.

Conforme o art. 42 é consequência do princípio da proibição do uso da força pelos Estados individualmente considerados. A ilegalização das competências bélicas individuais só faz sentido, num meio que permanece descentralizado (em que os Estados não abdicaram da sua soberania), se for acompanhado por um sistema de segurança coletiva. Através do CS, a ONU substituiu-se aos Estados na função de polícia internacional, na salvaguarda da ordem pública internacional e no sancionamento das respetivas infrações⁸⁵.

Assim, nos termos do art. 24(1), os membros da ONU conferem ao Conselho CS «a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que, no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade, o Conselho de Segurança aja em nome deles»; o art. 25 estipula que os membros da ONU «concordam em aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança»⁸⁶.

Ademais, o CS dispõe do exclusivo da constatação «da existência de uma ameaça à paz, de uma rutura da paz ou de um ato de agressão» (art. 39), portanto, de um poder de qualificação jurídica de certos fatos, prévio ao desencadeamento dos demais poderes previstos no Capítulo VII da Carta⁸⁷. Depois, o CS dispõe de poderes de pressão e sanção sobre qualquer Estado que atente contra a paz e a segurança internacionais, através das medidas provisórias previstas no art. 40, das medidas coletivas que não implicam o uso da força, do art. 41, e, em último caso, das medidas coletivas de coerção armada do art. 42⁸⁸.

⁸³ Cf. SHAW, pp. 1235 ss., TAVARES, pp. 261 ss.

⁸⁴ Cf. TAMS, p. 365.

⁸⁵ Cf. PUREZA, p. 78.

⁸⁶ Cf. LOPES, pp. 1057-1058.

⁸⁷ O limite (ou ausência dele) ao poder discricionário do CS de definir determinada situação como uma ameaça à paz e à segurança internacionais é questão detalhadamente tratada por TAVARES, pp. 277-292.

⁸⁸ Cf. PUREZA, *ibid.*

O presente art. 42 nunca foi aplicado como idealizado, porque nunca veio a ser formado o “exército da ONU” previsto no art. 43. Porém, o CS foi contornando esta limitação em várias resoluções que adotou, através da concessão de autorizações a Estados-membros ou a organizações regionais para o uso da força em cumprimento do art. 42⁸⁹.

Historicamente, porém, a atuação do CS na condução do sistema de segurança coletiva não é imune a severas críticas, demonstrativas da sua incapacidade em cumprir as suas atribuições. Até o final da Guerra Fria, o CS não satisfaz as expectativas exigidas pela Carta⁹⁰. Entre 1945 e finais da década de 1980, o CS falhou no exercício da sua autoridade: durante as primeiras quatro décadas da ONU, a política de blocos⁹¹ paralisou o sistema de segurança coletivo⁹².

Porém, no final da década de 1980, com o avanço das políticas de *glasnost* e *perestroika* na URSS, o CS aumentou a sua cooperação com os EUA, a qual atingiu o ponto mais alto em 1991, com a invasão do Kuwait pelo Iraque e a “Guerra do Golfo” que se seguiu.

Mais recentemente, após os ataques de 11 de Setembro de 2001, seguiram-se outras atividades favoráveis aos EUA, como a adoção das resoluções 1368 e 1373 (2001), que condenaram o terrorismo internacional, reafirmaram o direito de LD contra este, e criaram o Comité Anti-Terrorismo⁹³. No entanto, a incapacidade do CS para chegar a acordo quanto a medidas consequentes à, entre outras, Res. 1441 (2002), relativa à posse de armas de destruição maciça pelo Iraque em contravenção à Res. 687 (1991), precipitou grandes divisões no seu seio, que culminaram quando os EUA e o RU (e outros Estados) iniciaram operações militares contra o Iraque no final de Março de 2003 sem autorização expressa do CS e contra a oposição de outros membros permanentes⁹⁴.

Por outro lado, o insucesso do CS na sua responsabilidade primária de preservação da paz internacional originou uma série de outros desenvolvimentos: incentivou a AG a assumir uma responsabilidade residual na manutenção da paz e da segurança internacionais, incentivou o Secretário-Geral a assumir um papel mais ativo, estimulou

⁸⁹ Cf. TAVARES, p. 129, n. 272, e pp. 274-277.

⁹⁰ Cf. SHAW, p. 1209.

⁹¹ Política de blocos, baseada no direito de veto de que dispõem os seus cinco membros permanentes (China, França, Rússia, RU e EUA) — cf. os artigos 23(1) e 27(3) da CNU.

⁹² Cf. TAMS, pp. 365-366.

⁹³ Cf. SHAW, *ibid.*

⁹⁴ *Idem, ibid., e infra.*

o desenvolvimento de operações de manutenção da paz, encorajou o estabelecimento de alianças militares, como a NATO e o Pacto de Varsóvia, e que constituem sistemas de defesa regionais estranhos ao CS⁹⁵, já que se baseiam, não no sistema de segurança coletiva, mas no direito à LD coletiva consagrado nos artigos 51 e 52 e ss.⁹⁶.

Nas palavras de Azeredo Lopes⁹⁷, o sistema de segurança coletiva representa «*um sistema institucional que, apesar das suas ineficiências, não foi ainda, comprovadamente, substituído por outro que mereça mais encómios ou menos crítica*».

5.1.1. O Conselho de Segurança e o terrorismo

Desde 1989, apesar das dificuldades, o CS tem vivido uma *renascença*, traduzida num novo ativismo, em especial na luta contra o terrorismo, levando por vezes a pensar se terá excedido os seus poderes⁹⁸. O CS diversas vezes deixou claro, quer relativamente a ataques terroristas em concreto⁹⁹, quer na generalidade¹⁰⁰, que atos de terrorismo podem constituir ameaças à paz no sentido do art. 39, mesmo que não tenham carácter internacional¹⁰¹.

Na prática, o CS desacoplou os artigos 42 e 43 da CNU, passando, na falta de forças armadas próprias, a poder mandar coligações de Estados voluntários¹⁰² para usarem da força militar contra ameaças terroristas. Por outro lado, o CS também desacoplou o Capítulo VII dos artigos 2(4) e 51 — o CS passou a qualificar como ameaça à paz situações, como os ataques terroristas do 11 de Setembro, que nada têm que ver com o uso da força entre Estados, o que lhe permitiu assumir protagonismo na luta contra o terrorismo¹⁰³.

Após qualificar um ato de terrorismo como ameaça à paz, o CS pode aplicar sanções nos termos dos artigos 41 e 42, tendo sempre dado preferência a medidas não militares:

⁹⁵ *Idem*, p. 1210.

⁹⁶ *Idem*, pp. 1147.

⁹⁷ Cf. LOPES, p. 1069.

⁹⁸ Cf. TAMS, p. 375.

⁹⁹ P. ex., nas Resoluções 1368 e 1373 (11 de Setembro), 1438 (Bali) e 1530 (Madrid).

¹⁰⁰ P. ex., nas Resoluções 1377 (Declaração sobre o Esforço Global de Combate ao Terrorismo), 1456 (Declaração sobre o Combate ao Terrorismo) e 1566 (Ameaças à Paz e Segurança Internacionais Causadas pelo Terrorismo), na qual o CS, atuando sob o Capítulo VII, «*condena com a maior veemência todos os atos de terrorismo, independentemente da sua motivação, de quando e de por quem forem cometidos, como uma das mais sérias ameaças à paz e segurança*».

¹⁰¹ Cf. TAMS, *ibid*.

¹⁰² «*Coalitions of the willing*».

¹⁰³ Cf. TAMS, p. 376.

criou o Comité Anti-Terrorismo, ordenou aos Estados que perseguissem criminalmente ou extraditassem suspeitos de terrorismo e que congelassem as suas contas bancárias, e assumiu a já referida “atividade legislativa”, especialmente evidente na Res. 1373¹⁰⁴.

O CS nunca aplicou o art. 42 para autorizar o uso da força como sanção contra o terrorismo. No entanto, através das Resoluções 1368 e 1373, o CS decidiu que os ataques do 11 de Setembro permitiam acionar o art. 51 da Carta, possibilitando o uso unilateral da força em LD¹⁰⁵.

5.2. A legítima defesa

A segunda exceção à proibição do uso da força consagrada na Carta é, todavia, a mais frequentemente invocada pelos Estados, ainda que, muitas vezes, através de interpretações sem cobertura jurídica — o que ficará a dever-se ao fato de se tratar da única forma de uso lícito e individual (não institucional) da força militar¹⁰⁶.

Antes da CNU, os Autores não concordavam entre si quanto ao instituto da LD ter ou não lugar em DIP. Nenhum duvidava da legalidade do uso da força por um Estado em nome da LD, mas alguns argumentavam que não havia necessidade de tipificar uma exceção a permitir a defesa armada quando o DIP não prescrevia quaisquer limites para o uso da força pelos Estados. Prestigiados Autores, como Roberto Ago e Hans Kelsen, defendiam que apenas se poderia vir a falar com propriedade de LD em DIP com o advento de uma lei internacional específica, que, além de regular e restringir consensualmente o uso da força (e, em consequência, o direito de LD), centralizasse a aplicação de medidas coercivas, de forma semelhante ao direito interno dos Estados¹⁰⁷.

Estas ideias foram uma antevisão do posterior desenvolvimento do DIP, já que foi esse o modelo escolhido quando as Nações aderiram à CNU, renunciando ao uso da força nas suas relações recíprocas e restringindo a LD à reação a um ataque armado ilícito¹⁰⁸.

¹⁰⁴ *Idem*, pp. 376-377. Além de reafirmar, em Preâmbulo, que o terrorismo constitui ameaça à paz e segurança internacionais, e reafirmando o direito inerente à LD individual ou coletiva, os artigos 1 e 2 da Res. 1373 impõem aos Estados uma série de obrigações vinculativas no âmbito da luta contra o terrorismo.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 377.

¹⁰⁶ Cf. TAVARES, pp. 130-131 e TAMS, p. 372.

¹⁰⁷ Cf. BADR, pp. 3-4.

¹⁰⁸ Cf. BADR, p. 15, n. 44. Diz o Autor: «Apesar de, ao abrigo da Carta, o uso da força ser por definição ilegal, é de sublinhar o carácter ilegítimo do ataque armado, de maneira a excluir: (a) ação militar tomada por, ou sob a autoridade de, órgão competente das Nações Unidas, contra a qual não poderá

Atenta a centralidade da ONU na ordem jurídica internacional¹⁰⁹ a Carta, mais do que um mero instrumento convencional, espelha o estado atual do DIP¹¹⁰. Com a Carta, a LD adquiriu o estatuto de instituto autónomo do direito internacional e sagrou-se como uma das causas de exclusão da ilicitude em sede de responsabilidade dos Estados¹¹¹.

Na prática dos Estados, tanto antes como depois da II Guerra Mundial, o exercício da LD tem sido quase sempre associado à ideia de reação contra o uso da força¹¹². Após décadas a ser invocada por governos e diplomatas como justificação para ações dos Estados que não passavam de manifestações ilegítimas de força em auto-ajuda, o termo “legítima defesa” adquiriu com a CNU um significado mais restrito, não muito distante do significado que assume nas leis estaduais¹¹³.

No presente art. 51 consagra um conceito restrito de LD, uma vez que se refere expressamente à LD «*no caso de ocorrer um ataque armado*». Um Estado não poderá invocar significativamente a LD em qualquer outro contexto que não este — nomeadamente em conexão com a sua incapacidade de honrar qualquer obrigação internacional que exija uma conduta positiva ou negativa da sua parte¹¹⁴.

A definição tradicional do direito de LD no direito consuetudinário internacional, antes da CNU, emergiu do Caso Caroline¹¹⁵.

O Caroline era um navio privado a vapor, com pavilhão dos EUA, que dava apoio a um grupo de rebeldes independentistas canadianos que tinham ocupado a Ilha Navy, situada a meio do rio Niágara, entre os EUA e o Canadá (então uma colónia britânica), que foi

haver legítima defesa e (b) o uso da força em legítima defesa, o qual não justifica mais qualquer ação em alegada legítima defesa por parte do atacante inicial, levando à formação de um ciclo vicioso».

¹⁰⁹ Cf. os artigos 2(6) e 103 da CNU.

¹¹⁰ Cf. BADR, pp. 3-4, em consonância com o que atrás se escreveu quanto à preeminência do *jus cogens*.

¹¹¹ *Idem*, p. 5.

¹¹² Cf. TAVARES, p. 133, n. 187.

¹¹³ *Idem, ibid.*

¹¹⁴ *Idem, ibid.* Cf., também, BADR, p. 16, dando como exemplo a intervenção armada de 1956 do RU, da França e de Israel no Egipto, na chamada Guerra do Suez, iniciada como reação à nacionalização do Canal pelo Estado egípcio. Os três Estados ofensores terão alegado agir em LD, invocando que a atuação do Egipto em fechar o canal à navegação justificava essa ação. A maioria dos Estados, representados na Primeira Sessão Especial de Emergência da AG, afirmaram que «*Por muito grandes que fossem os riscos para o bem-estar britânico advindos da nacionalização do Canal, esses riscos eram mais distantes e especulativos do que aqueles que o Direito Internacional considera como justificação para atos militares de legítima defesa*». E mais importante do que os riscos serem “distantes e especulativos”, é o fato de que as medidas assumidas pelo governo egípcio não poderiam ser consideradas um uso da força apto a constituir ataque armado. Além disso, a resposta britânica, porque demorada, não terá respeitado o princípio da imediatez (cf. *infra*).

¹¹⁵ Cf. SHAW, p. 1131.

atacado e destruído por uma unidade militar britânica em 1837. Enquanto estava atracado na margem estadunidense do rio, comandos britânicos invadiram o navio e lançaram-no à deriva em direção às cataratas, onde se destroçou. O RU justificou o ataque, levado a cabo em território dos EUA, como um acto de LD preventiva, argumentando que estavam suficientemente estabelecidos o carácter de navio pirata do *Caroline* o fato de as tropas britânicas terem agido em LD. Daniel Webster, Secretário de Estado dos EUA, respondeu de forma célebre, escrevendo que uma atuação em LD poderia ser considerada lícita «*apenas no caso de uma necessidade de auto-defesa que fosse imediata, avassaladora, não deixando tempo para escolha, nem momento para ponderação*»¹¹⁶, sendo também necessário que a atuação do Estado defensor não fosse irrazoável ou excessiva, já que «*o ato, justificado pela necessidade de legítima defesa, deverá estar circunscrito a essa necessidade, e claramente limitado por ela*»¹¹⁷.

Estes princípios foram aceites pelo governo britânico, e mantêm-se hoje como parte do direito consuetudinário internacional¹¹⁸. Em suma, na formulação de Webster, o exercício do direito inerente de LD está dependente de um perigo imediato, avassalador para um direito atual e essencial do Estado; quando estas condições estejam presentes, os meios a usar deverão ser proporcionais à gravidade da ameaça ou do perigo¹¹⁹.

Mais se dirá quanto à validade presente dos critérios do *Caroline* no tocante à LD antecipatória — admitida por Webster, mas problemática em face da letra do art. 51.

5.2.1. Direito inerente

Questão muito debatida, e fundamental na definição do instituto da LD em DIP, é o alcance a atribuir à expressão “direito inerente”, usada pelo art. 51. Esta locução indica que o direito de LD é pré-existente à CNU, e que o art. 51 não constituiu *ex nihilo* uma nova norma de DIP¹²⁰. A *inerência* significa que o direito à LD é uma norma de *jus cogens*. Assim o firmou o TIJ no acórdão *Nicarágua v. EUA*¹²¹.

¹¹⁶ Cf. FEDERICO SPEROTTO, *The Use of Force against Terrorists: A Reply to Christian J. Tams*, EJIL, Vol. 20, No. 4, 2010, pp. 1045-1046: «*instant, overwhelming, leaving no time to choice and moment for deliberation*».

¹¹⁷ Cf. SHAW, *ibid.*: «*since the act, justified by the necessity of self-defense, must be limited by that necessity, and kept clearly within it*».

¹¹⁸ *Idem, ibid.*

¹¹⁹ Cf. SHAW, *ibid.*, n. 65.

¹²⁰ Cf. PUREZA, p. 82.

¹²¹ Supracitado, cf. o §176.

Neste acórdão, o TIJ, além de reafirmar o caráter de *jus cogens* do direito à LD, veio ajudar a completar e a definir esse direito, sublinhando os requisitos, a que deve obedecer, da necessidade e da proporcionalidade: «*a legítima defesa apenas forneça justificação a medidas que sejam proporcionais ao ataque armado e necessárias para responder ao mesmo, uma regra bem estabelecida no direito internacional consuetudinário*»¹²².

Além disto, o TIJ debruçou-se sobre os problemas advindos da consagração das normas de *jus cogens* em instrumentos convencionais¹²³. Se uma norma de DIP consuetudinário for codificada — como aconteceu com o direito inerente à LD e o art. 51 da CNU —, que norma deverá prevalecer: a de *jus cogens* ou a do texto do tratado? Terão os Estados o poder de, por via convencional, regular ou limitar o *jus cogens*?

Já acima se indicou que a resposta a estas questões tem que ser negativa¹²⁴, mas o Tribunal deixou claro que podem coexistir normas de *jus cogens* e de direito convencional relativas à mesma matéria, ou seja, os tratados podem validamente receber ou cristalizar as normas consuetudinárias, e foi isso que aconteceu no caso do art. 51 da CNU. Os dois tipos de normas não necessitam de ter o mesmo conteúdo. No entanto, a norma convencional nunca será capaz de superar ou subsumir o *jus cogens*, «*de modo que o direito internacional consuetudinário não tenha mais existência própria*». Isto significa que a primazia do *jus cogens* não pode ser posta em causa pelos tratados — aquele estará sempre acima destes¹²⁵.

5.2.2. Reação a ataque armado

Como já acima se referiu, não é qualquer uso ilegal da força por um Estado que confere ao Estado ofendido o direito a agir em LD: nos termos do art. 51 é necessário um ataque armado da parte do Estado ofensor, o que corresponde a uma noção muito mais restrita de uso da força que a do art. 2(4)¹²⁶. Não é, pois, qualquer uso da força — ainda que

¹²² *Idem, ibid.*

¹²³ *Idem*, §177.

¹²⁴ Cf. o que atrás se escreveu quanto à inderrogabilidade do *jus cogens* e o art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

¹²⁵ Cf. o § 177 do Acórdão.

¹²⁶ Cf. TAVARES, p. 134, em especial n. 295, e p. 141.

ilegítimo e gerador de responsabilidade — que confere ao Estado vítima o direito de reagir em LD ao abrigo do art. 51¹²⁷.

Se ocorrer uma rutura da paz que não atinja o limiar do ataque armado, o Estado ofendido não está desamparado: poderá reagir individualmente de forma pacífica, nos termos do art. 33(1)¹²⁸, ou poderá apelar ao CS, nos termos do art. 35(1) ou 37(1), para que este exerça as competências que lhe estão cometidas no art. 34. Posteriormente, nos termos do art. 39¹²⁹, o CS, se determinar a existência de uma ameaça à paz, rutura da paz ou ato de agressão, poderá proferir recomendações (artigos 36, 37 ou 38), ou decidir aplicar as medidas sancionatórias do art. 41, ou, enfim, autorizar o uso da força militar contra o agressor, nos termos do art. 42¹³⁰.

Nas palavras de Azeredo Lopes¹³¹:

Se um Estado ou conjunto de Estados considera que uma ameaça à paz e segurança internacionais deve ser estancada, eventualmente com recurso à força armada, cabe-lhe, através do CS, procurar que este, através de resolução, acompanhe tal entendimento. Este é o caminho, é o único caminho, quando estiver em causa uma ameaça à paz e segurança internacionais que não admita reação unilateral através do exercício do direito de legítima defesa, individual ou coletiva.

5.2.3. Definição de ataque armado

Para poder recorrer unilateralmente à força em LD, um Estado tem que poder demonstrar que foi ou está a ser vítima de um ataque armado, cabendo-lhe o ónus da prova dessa demonstração¹³².

Talvez porque o significado do termo tenha sido considerado evidente, a história legislativa do art. 51 não fornece uma definição clara de ataque armado¹³³. Além de não estar definido na Carta, o conceito de ataque armado também não está acordado na doutrina e na prática dos Estados, e a sua caracterização é uma das questões mais debatidas em DIP¹³⁴ e de resposta mais difícil¹³⁵.

¹²⁷ *Idem*, pp. 134-135.

¹²⁸ Cf. o que *supra* se disse sobre meios pacíficos de Res. de conflitos e a adoção de contramedidas.

¹²⁹ O art. 39 é a «*antecâmara para as ações, incluindo as de cariz militar, previstas nos arts. 41 e ss. e para o direito de legítima defesa*» — cf. LOPES, pp.1040-1041.

¹³⁰ Cf. TAVARES, p. 135, n. 301.

¹³¹ Cf. LOPES, pp. 1058-1059.

¹³² Cf. SHAW, p. 1133.

¹³³ Cf. BADR, p. 16.

¹³⁴ Cf. TAVARES, p. 139.

Todavia, a presença do conceito de LD na Carta e o seu relacionamento com o princípio do não-uso da força indicam que um ataque armado tem que envolver um mínimo de uso ilícito de força física¹³⁶ pelas forças armadas de um Estado¹³⁷.

Para identificar um ataque armado, como atrás se disse a propósito do Acórdão Nicarágua, deve partir-se dos exemplos de atos de agressão constantes das diversas alíneas do art. 3 da Definição de Agressão, anexa à Res. 3314 (1973) da AG¹³⁸. No entanto, como já referido, esta Resolução não resolve a distinção entre mera agressão armada e ataque armado.

A realidade suplantou as hipóteses-tipo do art. 3 da Definição de Agressão, já que, ao longo da vigência da Carta, e com mais acuidade desde o 11 de Setembro, tem-se posto a questão de agressões armadas conduzidas por entes não-estaduais, especialmente organizações terroristas.

Na conceção clássica, restritiva, para um ataque por um ente não-estadual ser qualificado de “ataque armado” tinha que ser assacado a um Estado, através de uma operação chamada de *imputação* ou *atribuição*¹³⁹, consagrada pelo TIJ no Acórdão Nicarágua, com referência ao art. 3 (g) da Res. 3314 — «*envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares ou de mercenários que pratiquem atos de força armada contra outro Estado de uma gravidade tal que sejam equiparáveis aos atos acima enumerados, ou o fato de participar de uma forma substancial numa tal ação*». Para a conduta dessas forças irregulares ser atribuída a um Estado, este teria que exercer um controle efetivo sobre as operações militares ou paramilitares em questão, sendo insuficiente o apoio logístico. Assim, a LD dependia da difícil operação de atribuição, e exigia que o Estado ofensor tivesse um envolvimento direto nos ataques da organização terrorista, o chamado “teste do controle efetivo”¹⁴⁰.

¹³⁵ Cf. SHAW, *ibid.*

¹³⁶ Perante a questão de um ataque informático de larga escala poder ser qualificado como ataque armado, TAVARES, p. 139, nn. 313-315, afirma que um ataque armado, justificativo de atuação em LD pelo ofendido, implica sempre o uso de força armada. Assim, no caso de um ataque cibernético à rede de computadores da Defesa do Estado ofendido, a A. considera que o ataque informático em si não constitui um ataque armado, pondo-se a questão apenas ao nível do momento do ataque. Também BADR, p. 23, afirma que «*não se pode, com propriedade, falar em legítima defesa quando não houve recurso à força, nem na primeira ação do Estado ofensor, nem na respetiva reação pelo Estado respondente*».

¹³⁷ Cf. BADR, p. 16.

¹³⁸ Cf. SHAW, pp. 1133-1134.

¹³⁹ Cf. TAMS, p. 368 e LOPES, p. 1138.

¹⁴⁰ Cf. TAMS, pp. 368-369.

Põe-se, assim, a questão de saber se a LD se aplica em resposta a ataques de entes não-estaduais, designadamente, organizações terroristas transnacionais¹⁴¹.

Nos casos em que é o próprio Estado que envia bandos armados para realizar atos de força armada de gravidade equivalente a um ataque armado conduzido por forças armadas regulares, a LD é aplicável. As dificuldades surgem em circunstâncias mais ambíguas. No caso Nicarágua, o TIJ não aceitou que o direito de LD se estendesse a situações em que um terceiro Estado tinham dado assistência aos rebeldes na forma de fornecimento de armas ou de apoio logístico, apesar de esta forma de assistência poder constituir ameaça ou uso da força, ou intervenção nos assuntos doutro Estado¹⁴².

Todavia, Christian J. Tams afirma que, lá onde o art. 51 confere o direito à LD «*no caso de ocorrer um ataque armado*», o TIJ leu, de forma criativa, «*ataque armado por parte de outro Estado*», assim alterando o conteúdo da norma, fato «*de que se terá arrendido com o 11 de Setembro*»¹⁴³.

Com efeito, o 11 de Setembro levou à redefinição de parâmetros fundamentais das relações internacionais, e a uma discussão sobre os direitos e deveres dos Estados relativamente ao terrorismo internacional. O CS desempenhou um papel substancial na adaptação de conceitos antigos — e de aplicação antes puramente interestadual — a uma realidade nova, muitas vezes intra-estadual ou não-estadual¹⁴⁴.

Malcolm N. Shaw nota que os princípios de DIP da Chatham House¹⁴⁵ sobre o uso da força em LD, de 2006, estabelecem que o direito à LD pode aplicar-se a ataques por parte de entes não-estaduais, quando o ataque é em grande escala. Esse direito pode ser exercido no território de outro Estado, se esse Estado não tiver capacidade ou vontade para lidar com a ameaça. A força usada em LD só poderá ser dirigida contra o governo do Estado onde o atacante é encontrado na medida em que tal seja necessário para evitar ou debelar o ataque¹⁴⁶.

¹⁴¹ Cf. TAVARES, p. 330.

¹⁴² Cf. SHAW, p. 1134.

¹⁴³ Cf. TAMS, p. 369.

¹⁴⁴ Cf. LOPES, p. 1052.

¹⁴⁵ A Chatham House, ou Royal Institute of International Affairs, é um *think tank*, uma organização não governamental sem fins lucrativos sediada em Londres, cuja missão é analisar o conhecimento e promover uma melhor compreensão dos principais temas políticos internacionais, sendo considerada uma das mais importantes instituições nessa área — cf. <<https://www.chathamhouse.org/about>>.

¹⁴⁶ SHAW, p. 1137, n. 94.

No entanto, a questão da LD contra entes não-estaduais está longe de estar resolvida na doutrina¹⁴⁷.

Maria Isabel Tavares¹⁴⁸, referindo-se ao uso da força contra o Afeganistão na sequência do 11 de Setembro, entende que a questão deve passar sempre pelo teste da imputação do ato terrorista a um Estado, nomeadamente, através da aplicação do art. 8 do PARI¹⁴⁹, o único potencialmente aplicável¹⁵⁰, havendo que apurar quais as ligações existentes entre os Talibãs, no poder no Afeganistão aquando do 11 de Setembro, e a Al-Qaeda, perpetradora dos atentados, de maneira a saber se esta dependia ou não do governo talibã, sendo que esta ligação de dependência não foi demonstrada, pelo que os ataques não podiam ser imputados ao Estado¹⁵¹.

5.2.4. Requisitos da atuação do Estado defensor

Gamal Moursi Badr¹⁵² indica quatro requisitos a que deve obedecer a ação assumida em LD: prioridade, imediatez, efetividade e proporcionalidade¹⁵³. O Autor repetidas vezes sublinha que o objectivo da LD é debelar o ataque armado, e não atingir o Estado que o executa, pelo que, na interpretação de cada um destes pressupostos da LD deverá ter-se em conta esta “pedra de toque”. Os requisitos são impostos pelo senso comum: na falta deles, um corriqueiro incidente fronteiriço poderia facilmente galgar até uma guerra de grandes proporções¹⁵⁴. Refira-se que, além destes requisitos, o uso da força em LD está naturalmente sujeito aos princípios e regras de DIH, ou *jus in bello*¹⁵⁵.

5.2.4.1. Imediatez

Quando exercida em LD, o propósito da força é o de frustrar um ataque, impedindo-o de lograr os seus objetivos, assim protegendo a vítima da ação ofensiva. É uma situação em que o fim justifica os meios¹⁵⁶.

¹⁴⁷ Cf. TAVARES, pp. 347 ss., em especial, p. 348, n. 157.

¹⁴⁸ Que não prescinde da imputação do ataque armado a um Estado, para efeitos do art. 51 — *ibid.*

¹⁴⁹ «Conduta dirigida ou controlada por um Estado: Considerar-se-á ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de uma pessoa ou grupo de pessoas se esta pessoa ou grupo de pessoas estiver de fato agindo por instrução ou sob a direção ou controle daquele Estado, ao executar a conduta».

¹⁵⁰ Cf. TAVARES, pp. 351-352, n. 171.

¹⁵¹ *Idem*, p. 353.

¹⁵² Cf. BADR, pp. 25 ss. e, nos mesmos termos, TAVARES, pp. 149 ss.

¹⁵³ Deste se tratará em capítulo autónomo.

¹⁵⁴ Cf. MALANCZUK, p. 316.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 317, e TAVARES, p. 365, n. 216.

¹⁵⁶ Cf. BADR, p. 25.

Porém, sendo o único propósito da LD o de *repelir* um ataque em curso, a ação nessa sede deverá ocorrer imediatamente após o início do ataque. Poderá passar-se algum tempo, mas a reação tem que ser adotada enquanto o ataque ainda está em curso¹⁵⁷. Se o ataque já está consumado e já cessaram as atividades militares do ofensor, não tem cabimento falar em LD, pois está perdida a chance de frustrar os objetivos do ataque¹⁵⁸. Tratar-se-ia já de vingança, de ensinar uma lição ao ofensor, de impedir uma repetição do ataque, ou de restabelecer o *status quo ante bellum*, mas estes objetivos não estão cobertos pelo art. 51¹⁵⁹, pelo que o uso da força assim motivado será ilícito.

O requisito da imediatez, pelo menos aparentemente, parece corresponder ao requisito da atualidade da agressão, exigido pelo art. 32.º do Código Penal Português: «*Constitui legítima defesa o fato praticado como meio necessário para repelir a agressão atual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro*»¹⁶⁰.

Este requisito coloca problemas no tocante à LD contra ataques terroristas instantâneos, em que “o mal já está feito”, e já não há possibilidade de debelar o ataque¹⁶¹.

5.2.4.2. Efetividade

O requisito da efetividade, ou necessidade, designa a adoção da força necessária, e de modo adequado, a repelir ou a frustrar um ataque. Assim, não satisfazem o requisito da necessidade as atuações do defensor que, p. ex., ataca alvos, de natureza civil ou militar, sem ligação ou influência direta com o cenário de operações. Já que a destruição ou a tomada destes alvos se mostra irrelevante na resposta ao ataque motivador da defesa, é óbvio que a sua finalidade só pode ter um fim punitivo ou de contra-ataque, e já não de proteção contra o ataque inicial¹⁶².

¹⁵⁷ MALANCZUK (p. 317) dá o exemplo da invasão argentina das Ilhas Malvinas em 1982; a marinha britânica só chegou ao local passado um mês sobre a invasão. No entanto, a ordem de partida das tropas foi dada logo após a notícia do ataque, cumprindo o requisito da imediatez.

¹⁵⁸ *Idem, ibid.*

¹⁵⁹ *Idem*, pp. 25-26.

¹⁶⁰ BADR, p. 7, adverte que é perigoso transplantar indiscriminadamente institutos de direito interno para o DIP, apesar de haver princípios e conceitos jurídicos comuns a ambos os ordenamentos; mas admite que a lógica e a regulação da LD em DIP são muito semelhantes às dos ordenamentos jurídicos estaduais.

¹⁶¹ Cf. TAMS, pp. 370-371.

¹⁶² Cf. BADR, p. 26.

5.2.4.3. Proporcionalidade

Se o requisito da efetividade for encarado como sendo de natureza qualitativa, então o da proporcionalidade é de natureza quantitativa¹⁶³. Este requisito exige que o Estado defensor adote apenas o grau de uso da força necessário para repelir o ataque, e não exceda essa medida. Certamente que a medida exata será difícil de apurar no caso concreto¹⁶⁴. O que a atuação não pode ter caráter punitivo.

A grande maioria da doutrina trata o pressuposto da proporcionalidade com certa flexibilidade, falando numa resposta que não deverá ser excessivamente desproporcional¹⁶⁵.

Segundo Roberto Ago, a correta relação de proporcionalidade deve ser estabelecida, não entre a ação armada e a reação em LD, mas entre a ação adotada em LD e o desígnio de repelir o ataque, de maneira que *«a ação necessária para sustar e repelir o ataque poderá mesmo assumir dimensões desproporcionais ao ataque sofrido»*¹⁶⁶. Esta consideração dá a entender que o Estado atacado tudo poderá fazer para debelar um ataque armado, ou seja, que o princípio da proporcionalidade não o obriga a suportar a ofensa — isto, desde que a conduta do defensor cumpra todos os demais requisitos, e ele se limite a agir sobre o cenário de operações, coibindo-se de contra-atacar.

6. Prioridade: a legítima defesa reativa

O princípio da prioridade estatui que o direito de agir em LD só nasce na esfera do Estado ofensor com a existência prévia (daí, prioridade) de um ataque armado, e não antes desse momento¹⁶⁷.

Diz Maria Isabel Tavares que *«a interpretação literal do art. 51 da Carta conduz à evidência de que o surgimento do direito de legítima defesa depende da prévia*

¹⁶³ *Idem, ibid.*

¹⁶⁴ *Idem, p. 27.*

¹⁶⁵ Cf. LOPES, 1049.

¹⁶⁶ Cf. SHAW, p. 1141, n. 113.

¹⁶⁷ Cf. BADR, pp. 21, 25.

*existência de um ataque armado, i. é, o uso excepcional da força (no exercício da legítima defesa) surge como consequência de um ataque armado já ocorrido»*¹⁶⁸.

A questão mais importante que aqui se levanta é saber se um ataque *que ainda não está em execução* pode legitimar uma ação do Estado visado ao abrigo do art. 51. A maioria da doutrina atual recusa essa possibilidade¹⁶⁹.

Michael Bothe escreve que, de acordo com os critérios de interpretação fixados no art. 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹⁷⁰, a boa leitura do art. 51 não se pode abstrair da expressão «*ocorrer um ataque armado*»; o texto não acrescenta “ou houver uma ameaça de ataque armado” ao A. vê nisto uma sugestão de que o artigo significa um ataque que efetivamente ocorre, e não um ataque que tenha probabilidade de vir a ocorrer¹⁷¹. E continua¹⁷²:

De acordo com o art. 31 da Convenção de Viena, os termos de um tratado devem ser interpretados no seu contexto e “à luz do seu objeto e fim”. O objeto e fim da Carta das Nações Unidas é o de restringir o uso unilateral da força. Uma interpretação que exclui a ameaça de um ataque da noção de ataque armado que aciona o direito de legítima defesa é certamente compatível, se não mesmo imposta, por este objeto e fim. Esta conclusão é partilhada pela esmagadora maioria da doutrina legal, que conserva claramente que a “legítima defesa antecipatória” é ilegal.

Já em 1980 Gamal Moursi Badr¹⁷³ escrevia:

Alguns argumentos meta-jurídicos com base em considerações pseudo-estratégicas têm sido avançados no sentido de permitir a legítima defesa antecipatória. Tem sido defendido que, de um ponto de vista militar, um ataque armado iminente pode ser melhor contrariado através de um contra-ataque preventivo. [...] Na ordem jurídica atual, uma queixa ao Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da Carta deverá ser suficiente para dissuadir qualquer ataque armado em fase de preparação, através de: (a) exposição dos preparativos supostamente secretos do agressor para um potencial ataque armado; (b) a censura da opinião pública internacional; e (c) as medidas eventualmente decididas e executadas pelo Conselho de Segurança.

¹⁶⁸ Cf. TAVARES, pp. 138-139.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 142.

¹⁷⁰ Cf. MARTINEZ / LOPES, p. 392.

¹⁷¹ Cf. MICHAEL BOTHE, *Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force*, EJIL, Vol. 14, No. 3, 2003, p. 229.

¹⁷² *Idem*, pp. 229-230.

¹⁷³ Cf. BADR, pp. 22-23.

É certo que, segundo os critérios de Webster, emergentes do caso Caroline, a existência de um ataque armado atual não é condição para o uso da força em LD, sendo permitida a LD quer reativa, quer antecipatória, desde que sejam observados os requisitos da necessidade e da proporcionalidade¹⁷⁴. No entanto, aquando do Caroline não existia qualquer proibição do uso da força como a que existe hoje no art. 2(4) nem a norma consuetudinária correspondente, pelo que a noção de LD não podia ter o sentido que tem atualmente. Não é possível, hoje, invocar o Caroline como um caso clássico de LD. Maria Isabel Tavares chega a dizer que no caso Caroline a causa de exclusão da ilicitude em questão era, não a LD, mas o estado de necessidade¹⁷⁵.

Assim, é de afirmar que a ordem jurídica internacional atual apenas admite uma forma de LD: a legítima defesa reativa, ou seja, aquela mediante a qual o Estado atacado *reage* a um ataque atual (já iniciado) do Estado agressor, repelindo-o¹⁷⁶.

7. A legítima defesa antecipatória

À letra do art. 51, consagradora de uma visão apertada da LD, concretizada na exigência de prévia consumação de um ataque armado, tem sido contraposta uma leitura mais liberal, face à referida incapacidade do sistema de segurança coletiva e à ilicitude das represálias armadas. Há, assim, um esforço de alargamento do espectro de proteção da LD à chamada LD antecipatória¹⁷⁷.

Apesar de menos representados na doutrina, há Autores que defendem que os Estados não têm que esperar pelo início do ataque do adversário para se lhe oporem, já que vêem o art. 51 como uma continuação do direito consuetudinário prévio à proibição tendencialmente absoluta do uso da força do art. 2(4), e, assim sendo, o ataque armado é apenas uma das situações, entre outras, que justificam a LD¹⁷⁸. Alegam que agrilhoar o Estado à consumação da agressão inimiga, sabendo que ela pode significar a destruição total, para só então ser lícita a resposta em LD, seria uma «*solução de legalismo*

¹⁷⁴ Cf. CHARLES PIERSON, *Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom*, Denver Journal of International Law and Policy, 2004, em <<http://www.highbeam.com/doc/1G1-133684511.html>>.

¹⁷⁵ Cf. TAVARES, p. 150, n. 361.

¹⁷⁶ *Idem*, pp. 132 ss.

¹⁷⁷ Cf. PUREZA, p. 81.

¹⁷⁸ Cf. TAVARES, p. 148.

hipócrita que, em nome da proibição do uso da força, recompensaria afinal a agressão»¹⁷⁹.

O problema com a LD antecipatória é que esta implica estimativas dos movimentos da contraparte. Um ataque antecipatório iniciado demasiado cedo poderá constituir agressão. A linha é de difícil demarcação. O sistema da Carta, nomeadamente o art. 51, deixa estas avaliações à consideração dos Estados e, na falta de uma alternativa institucional aceitável, não se antevêm grandes mudanças. Os Estados, em geral, desconfiam da LD antecipatória, pelo que a solução para o alargamento da LD reativa pode estar numa interpretação mais flexível do conceito de ataque armado¹⁸⁰.

Nas palavras de Cassese¹⁸¹:

É mais judicioso encarar a LD antecipatória como legalmente proibida, embora se saiba à partida que haverá casos em que podem ser admitidas brechas à proibição, por razões morais ou políticas, e que a comunidade irá eventualmente perdôá-las, ou condená-las de forma mais benevolente.

7.1.Prevenção e preempção

Conceitualmente, a LD subdivide-se em a LD reativa e a LD antecipatória. Por entre as duas pode ainda falar-se em LD intercetiva. Esta ocorre quando o ataque armado já tomou início, mas os seus efeitos ainda não se produziram — p. ex., com o lançamento de mísseis dentro do território do agressor, antes da transposição da fronteira do defensor. Nestes casos, trata-se ainda de LD reativa, de reação a um ataque armado, se bem que antes da verificação dos seus efeitos¹⁸².

Dentro da LD antecipatória, fala-se em LD preventiva, LD preemptiva¹⁸³ e mesmo LD precautória¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Cf. PUREZA, *ibid.*

¹⁸⁰ Cf. SHAW, pp. 1138-1139.

¹⁸¹ *Apud* SHAW, p. 1139, n. 99

¹⁸² *Idem*, pp. 144-145 e 316.

¹⁸³ Apesar disto, uma parte significativa da doutrina não distingue LD preventiva de LD preemptiva — cf. TAVARES, p. 312.

¹⁸⁴ «*Precautionary*», da qual não trataremos por não ter apoio legal ou doutrinal — cf. COLIN S. GRAY, *The Implications of Preemptive and Preventive War Doctrines: A Reconsideration*, Strategic Studies Institute, 2007, em <<http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/Pubs/display.cfm?pubid=789>>, p. 7.

Todavia, não parece haver um uso idêntico nas doutrinas anglo-saxónica e portuguesa dos termos LD preventiva e LD preemptiva, aparecendo as expressões usadas em sentido inverso. Os dois termos exprimem uma fundamental diferença temporal relativamente ao ataque armado do adversário: ambos designam o uso da força prévio ao do atacante, mas distinguem-se quanto ao grau de iminência do ataque armado a que se opõem.

Assim, um dos termos designa a defesa contra um ataque iminente, prestes a ocorrer, enquanto o outro denomina uso da força contra uma ameaça futura, mais ou menos longínqua, mas ainda não iminente. A diferença é que a LD contra um ataque iminente, próximo, é designada em Portugal por preventiva, mas em inglês por *preemptive*, enquanto a defesa contra uma ameaça não iminente, distante, é, respetivamente, chamada preemptiva, e *preventiva*: ou seja, o inverso¹⁸⁵.

Neste trabalho, sinalizamos a opção pela norma portuguesa.

7.2. Legítima defesa preemptiva

A LD preemptiva, contra uma ameaça que não é iminente, reafirmando o que atrás se escreveu quanto à necessidade de precedência de ataque armado, é absolutamente proibida pela Carta, constituindo em si um uso ilegal da força¹⁸⁶, representando um ato de agressão¹⁸⁷. A ênfase deste tipo de LD reside nas características particulares da ameaça: num futuro incerto irá consumir-se um ataque armado¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Cf. TAVARES, p. 157: «é por força da interpretação do artigo 51 que, hoje em dia, se aceita um direito de legítima defesa preventiva (perante ataque iminente)», ou LOPES, p. 1065: «O caráter sempre mais do que preventivo, logo preemptivo, de um ataque militar contra o Iraque». Em contraposição, cf. KOFI ANNAN, *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*, Report of the Secretary-General, 2005, § 122: «[Member States] have disagreed about whether States have the right to use military force pre-emptively, to defend themselves against imminent threats; whether they have the right to use it preventively to defend themselves against latent or non-imminent threats...», ou GRAY, p. 7: «In terms of extent of temporal distance from an imminent threat, these concepts proceed logically in the following order: precaution—prevention—preemption».

¹⁸⁶ Ofensiva do art. 2(4) e não coberta pelo art. 51.

¹⁸⁷ Cf. EYAL BENVENISTI, *The US and the Use of Force: Double-edged Hegemony and the Management of Global Emergencies*, EJIL, Vol. 15, No. 4, 2004, p. 688.

¹⁸⁸ Cf. TAVARES, pp. 156-157, referindo-se à forma como a LD preemptiva vem tratada no Conceito Estratégico de Segurança Nacional dos EUA após o 11 de Setembro.

Numa ação preemptiva, o Estado arroga-se o direito de LD contra uma ameaça, não iminente e necessariamente difusa, de ocorrência de um ataque que não se sabe quando e onde vai acontecer, embora se sustente que irá acontecer algum no futuro¹⁸⁹.

Porém, como escreve Gamal Moursi Badr¹⁹⁰:

Nesta era da Organização das Nações Unidas, nenhum Estado deve ser autorizado a tomar a lei em suas próprias mãos, atacando primeiro outro Estado por ser suspeito de abrigar intenções hostis ou por fazer preparativos reais ou imaginários para um ataque armado.

Por esta razão, a comunidade internacional, e em especial o CS, condenou unanimemente o ataque israelita de 1981 ao reator nuclear de Osirak: apesar de o reator ser apto a produzir material nuclear bélico, e de esse material poder vir a ser um dia ser usado contra Israel, o Iraque não havia praticado qualquer ato passível de ser qualificado como um ataque armado justificante de LD¹⁹¹ — era, quando muito, uma mera ameaça latente, de verificação futura muito incerta. Citando Michael Bothe¹⁹²:

O casamento entre o princípio da precaução, vindo do campo do Direito do Ambiente, e o direito de legítima defesa é, no mínimo, uma novidade. No campo do Direito do Ambiente, o princípio da precaução significa que devem ser assumidas as ações necessárias para proteger o ambiente, mesmo em caso de incerteza quanto ao perigo. Se transferida para o campo da legitimação do uso da força, essa regra ditaria: em caso de incerteza, ataque — uma conclusão algo estranha.

Por todas estas razões, o conceito de LD preemptiva é categoricamente de rejeitar no enquadramento jurídico-internacional atual¹⁹³.

7.3. Legítima defesa preventiva

A LD preventiva é exercida contra uma ameaça iminente, e, embora não encontre apoio literal no art. 51, terá alcançado, na atualidade, uma razoável aceitação¹⁹⁴.

Na vigência da CNU, há três precedentes históricos de LD preventiva que costumam ser apontados. Além das já mencionadas ações israelitas na Guerra dos Seis Dias e contra o

¹⁸⁹ Cf. TAVARES, p 315.

¹⁹⁰ Cf. BADR, p. 23.

¹⁹¹ Cf. TAVARES, pp. 152-153, n. 376.

¹⁹² Cf. BOTHE, p. 232.

¹⁹³ Cf. TAVARES, pp. 317, 372.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 313.

reator de Osirak, é geralmente referida a crise dos mísseis cubanos, em 1962, quando os EUA (sem invocarem o exercício de LD) impuseram um rigoroso embargo naval¹⁹⁵ a Cuba, perante a comprovada iminência da chegada de mísseis nucleares vindos da URSS. A comunidade internacional e a maioria no CS aceitaram o exercício preventivo de LD, mas contestaram a verificação dos critérios da necessidade e da proporcionalidade da reação americana¹⁹⁶.

Já quanto à conduta israelita na Guerra dos Seis Dias, apesar de, à época, as divisões políticas ditarem as opiniões da comunidade internacional, e de a legalidade da atuação israelita sair prejudicada pela sua desproporcionalidade, trata-se do precedente mais convincente de uma situação de LD preventiva, que, a ocorrer hoje, seria aceite pela generalidade dos Estados¹⁹⁷.

Assim, Kofi Annan¹⁹⁸ escrevia em 2005:

As ameaças iminentes estão totalmente cobertas pelo Artigo 51, que salvaguarda o direito inerente dos Estados soberanos se defenderem contra ataques armados. Os juristas há muito reconheceram que isto engloba, tanto um ataque iminente, quanto um que já ocorreu.

Por estas razões, Maria Isabel Tavares afirma que hoje em dia, atendendo ao desenvolvimento da prática dos Estados, a comunidade internacional interpreta o art. 51 no sentido deste admitir a LD preventiva, ou seja, contra um ataque iminente¹⁹⁹.

8. A invasão do Iraque em 2003

Neste momento, já é possível avaliar a invasão do Iraque à luz do DIP.

Depois da guerra Irão-Iraque (1980-1988) e da guerra do Golfo (1990-1991), discutiu-se, a partir de finais de 2002, um novo conflito com o Iraque, com justificações ou legitimações jurídicas para o uso da força novas, ancoradas ou não na autoridade do CS.

¹⁹⁵ Ato passível de constituir agressão, segundo o art. 3(c) da Res. 3314.

¹⁹⁶ Cf. TAVARES, pp. 151-152.

¹⁹⁷ *Idem*, pp. 154-155.

¹⁹⁸ Cf. ANNAN, § 124.

¹⁹⁹ Cf. TAVARES, pp. 157-158.

Este conflito conduziu a uma crise jurídica e política que envolveu o Iraque e o CS, e, em paralelo, os EUA e outros Estados²⁰⁰.

O catalisador desta situação foram os ataques do “11 de Setembro” de 2001, já que a partir dessa data ocorreu, com mais clareza, uma discussão sobre os direitos e deveres dos Estados relativamente ao terrorismo internacional. O CS desempenhou um papel substancial na difícil adaptação de conceitos antigos — o artigo 51 e o Capítulo VII da Carta —, de aplicação antes puramente interestadual, a esta realidade, muitas vezes intra-estadual ou não-estadual²⁰¹.

8.1. O 11 de Setembro

Em 11 de Setembro de 2001, numa operação terrorista de enorme envergadura, foram atingidas as Torres Gémeas, em Nova Iorque, e o Pentágono, em Washington, D.C. O ataque terrorista, de amplitude e efeitos sem precedentes, envolveu uma organização sofisticada, meios financeiros importantes e a participação de elementos de diferentes nacionalidades. O Governo norte-americano apresentou provas convincentes da responsabilidade do movimento Al-Qaeda, dirigido por Osama Bin Laden, comprovando-se que este tinha ligações transnacionais a diferentes grupos islâmicos radicais. Anteriormente já haviam sido imputados à Al-Qaeda vários ataques terroristas de média envergadura contra interesses dos EUA²⁰².

No dia seguinte aos ataques, o CS adotou unanimemente a Res. 1368 (2001), na qual condenou inequivocamente os ataques, e reconheceu o direito inerente de LD individual ou coletiva de acordo com a Carta²⁰³, direito que veio a reafirmar na Res. 1373 (2001)²⁰⁴. Mais tarde, o CS, agindo sob o Capítulo VII, adotou uma série de Resoluções²⁰⁵ vinculativas, obrigando os Estados na luta contra o terrorismo²⁰⁶.

²⁰⁰ Cf. LOPES, p. 1051.

²⁰¹ *Idem, ibid.*

²⁰² *Idem*, p. 1036.

²⁰³ «*Em circunstâncias que por vezes mal encaixaram no art. 51*» — cf. LOPES, p. 1052.

²⁰⁴ Ambas já referidas a propósito do sistema de segurança coletiva. LOPES, p. 1042, extrai da Res. 1373 que, para que os Estados cumpram as suas obrigações na luta contra o terrorismo «*não é suficiente um comportamento passivo, é indispensável uma série de comportamentos ativos, sem a realização dos quais poderão ser considerados infratores e (subentende-se) sujeitar-se, nos termos do Cap. VII da Carta, às reações decididas ou autorizadas pelo Conselho*».

²⁰⁵ LOPES, p. 1137, salienta, no combate do CS contra o terrorismo pós-11 de Setembro, as Resoluções 1373 (2001), 1377 (2001), 1438 (2002) e 1440 (2002).

²⁰⁶ Cf. SHAW, p. 1136.

As referidas Resoluções, a declarar o terrorismo internacional uma ameaça à paz e à segurança internacionais, e a habilitar o Estado ofendido a reagir em LD, levam a concluir que ataques em larga escala por entes não-estaduais podem constituir ataques armados para efeito do art. 51, sem necessidade de os “atribuir” ou “imputar” a qualquer Estado²⁰⁷.

Assim, em 7-10-2001, os EUA e o RU notificaram o CS, em conformidade com a 2.^a parte do art. 51 da Carta, de que iriam exercer o seu direito de LD no Afeganistão contra a Al-Qaeda e o regime dos Talibãs nesse país, acusado de fornecer as bases à organização terrorista²⁰⁸.

Ao associar a condenação do 11 de Setembro ao direito de LD, o CS tornou possível, à luz do DIP, uma resposta unilateral contra o terrorismo enquadrada no art. 51. No entanto, a resposta que o CS autorizou pareceu-se mais com uma ação punitiva (uma represália armada), escamoteada por um manto formal de LD²⁰⁹.

Talvez a solução do CS, mais do que um conceito novo de LD, representasse um conceito novo de ataque armado, ou o alargamento do direito de LD a situações que, não constituindo um ataque armado, representariam ameaça à paz e à segurança internacionais; ora, se os ataques do 11 de Setembro são de incluir neste novo conceito, é natural que a LD se aplique²¹⁰.

Mas este entendimento levanta dois grandes problemas jurídicos.

Primeiro, a operação de atribuição ou imputação do ataque a um Estado foi totalmente omitida — o “ataque” nunca foi tecnicamente atribuído, nem ao Estado Afegão, nem ao Iraquiano²¹¹.

Depois, em face da consumação do ataque, e em vista do princípio da imediatez da LD, haveria que admitir a teoria do “fato contínuo”: embora o ataque tivesse cessado, os respetivos efeitos continuariam a fazer-se sentir. Mas a “tese do ataque contínuo” tem grandes defeitos: *«é uma fórmula genérica, não identifica com precisão o Estado ou Estados infratores, e, pior, pode ser enriquecida com “novos” infratores, incluídos*

²⁰⁷*Idem, ibid.*

²⁰⁸*Idem, ibid.*, e TAVARES, p. 341.

²⁰⁹ Cf. LOPES, 1047.

²¹⁰*Idem, ibid.*

²¹¹*Idem*, pp. 1047-1048, e TAVARES, pp. 330 ss.

nessa categoria com o decurso do tempo», podendo assim ser aproveitada, abusivamente, para outras ações militares²¹² — como a invasão do Iraque em 2003.

Por isto, a LD contra o terrorismo, das Resoluções 1368 e 1373, não corresponde a um desenvolvimento do art. 51. O que o CS fez foi elevar o comportamento do Estado afegão, *pela sua gravidade e consequências*, ao nível de um ataque armado. Como escreve Maria Isabel Tavares²¹³:

O risco de alargar o conceito de LD, consagrando a figura da LD contra o terrorismo (na ausência de um ataque armado), remeteria para a qualificação unilateral do comportamento ilícito estadual (sem “ataque armado” que lhe pudesse ser imputado), o que conduziria a inevitáveis abusos e desvirtuaria o instituto da LD.

8.2. O caso contra o Iraque

A partir de finais de 2002, discutiu-se um novo conflito com o Estado iraquiano, com a invocação de justificações (legitimações) novas, ancoradas ou não na autoridade do CS²¹⁴. A intervenção da coligação aliada no Iraque foi precedida de uma pluralidade de argumentações jurídicas visando garantir o reconhecimento da comunidade internacional de legitimidade para o uso da força²¹⁵.

Mas, contrariamente à intervenção dos EUA e do RU no Afeganistão em 2001 — executada sob invocação do direito de LD, ao abrigo da autorização dada pelo CS nas Resoluções 1368 e 1373 (2001) —, a qual foi aberta e rapidamente legitimada pela comunidade internacional²¹⁶, a intervenção no Iraque foi alvo de grande contestação.

Para Azeredo Lopes, «o debate vivo e por vezes emocional que rodeou esta nova campanha militar representou a prova mais evidente da inconsistência da construção “jurídica” que os Estados Unidos procuraram extrair da legitimação que tinham obtido em 2001. Mas, em reforço, demonstrou — mesmo no plano dos fatos — a inconsistência das análises que procuravam, através deste processo encadeado de

²¹² Cf. LOPES, p. 1048.

²¹³ Cf. TAVARES, p. 356.

²¹⁴ *Idem*, p. 1051.

²¹⁵ Cf. TAVARES, p. 305.

²¹⁶ Cf. LOPES, p. 1051.

“legitimação” para o uso da força, abrir a porta a uma nova era definitivamente unilateralista»²¹⁷.

8.2.1. O Iraque e o Conselho de Segurança

Em 1990, na sequência da invasão do Kuwait pelo Iraque, o CS emitiu a Res. 678 (1990), autorizando os Estados-membros a utilizar “todos os meios necessários” — o que significa, no jargão do CS, o uso da força militar — para garantir a retirada imediata do Kuwait e o restabelecimento da paz e segurança na área²¹⁸.

Após o final da Guerra do Golfo, o CS proferiu a Res. 687 (1991), como forma de prevenir que se repetissem comportamentos agressivos como a invasão do Kuwait, pondo em causa a paz e segurança internacionais. Esta Res. estabeleceu as condições para o cessar-fogo, investindo o Iraque numa série de obrigações em matéria de desarmamento, assim como nas proibições de apoiar o terrorismo e de desenvolver ou adquirir armas de destruição maciça²¹⁹.

Já depois do 11 de Setembro, o CS proferiu a Res. 1441 (2002), colocando o Iraque na situação de infrator relativamente às obrigações constantes da Res. 687 (1991), referindo expressamente: as ameaças à paz e segurança internacionais representadas pelo incumprimento das Resoluções antecedentes; a proliferação de armas de destruição maciça e mísseis de médio e longo alcance; e o fato de o cumprimento das obrigações contidas na resolução 687 ser um passo necessário para cumprir o objetivo de restabelecer a paz e segurança internacionais na região²²⁰.

Na Res. 1441, o CS deu ao Iraque uma última oportunidade²²¹ para cumprir as imposições de desarmamento, referindo as “graves consequências” a que se sujeitaria pelas violações das obrigações constantes das prévias Resoluções²²².

²¹⁷ *Idem*, pp. 1051-1052.

²¹⁸ Cf. TAVARES, pp. 373-374.

²¹⁹ Cf. TAVARES, p. 374, e LOPES, p. 1053.

²²⁰ Cf. LOPES, p. 1053.

²²¹ «Independientemente de ser a última oportunidade, se tratava sempre de uma oportunidade que era dada àquele Estado para evitar um conflito militar. E os termos em que ela poderia ser aproveitada pelo regime iraquiano consistiam, evidentemente (nesse ponto, cremos que a resol. 1441 é muito clara), na avaliação que fosse feita da cooperação que o regime iraquiano se mostrasse disposto a dar na realização dos objetivos determinados na resolução» — cf. LOPES, p. 1061.

Porém, apesar de censurar o Iraque pela deficiente declaração dos programas de armamento e pela falta de colaboração com as agências de inspeção, assim como pelo incumprimento de obrigações relativas à censura e ao combate ao terrorismo, a Res. 1441 não qualificou o Iraque como “Estado terrorista”, ou promotor de ações terroristas — nem nunca foi produzida qualquer prova nesse sentido²²³.

Ademais, a Res. 1441 em lado nenhum autoriza(nem expressa, nem implicitamente) o uso da força contra o Iraque²²⁴. Aliás, nos debates que precederam essa Res., os EUA e o RU bateram-se pela consagração de uma autorização para invadir o Iraque. No entanto, nada na Res. 1441 indica a adoção dessa tese pelo CS, muito pelo contrário²²⁵.

Ou seja, na falta de autorização expressa para a invasão, os EUA e o RU procuraram “à força” essa legitimação em anteriores resoluções do CS. E chegaram à seguinte construção: a violação da Res. 1441 (e outras) constituiria violação da Res. 687 (1991), relativa ao cessar-fogo após a Guerra do Golfo, assim reativando a Res. 678 (1990), relativa ao uso da força (“todos os meios necessários”) contra o Iraque para desocupar o Kuwait²²⁶.

Nesta estrutura, a Res. 678, na parte em que autorizava os Estados a usarem a força contra o Iraque para restabelecer a integridade territorial e independência do Kuwait, teria «*atravessado incólume a última dúzia de anos, podendo por isso ser “reutilizada” na atual conjuntura*»²²⁷.

Porém, a Res. 678 apenas autorizava o uso da força no contexto da invasão do Kuwait, tendo esse “processo” sido “encerrado” com o cessar-fogo constante da Res. 687²²⁸.

Por estas razões, é de entender que não houve qualquer autorização do CS para a intervenção militar de 2003 no Iraque, apesar do esforço argumentativo realizado pelos EUA e RU.

²²² Cf. TAVARES, pp. 375, 382 ss.

²²³ Cf. LOPES, pp. 1053-1055 e TAVARES, p. 370.

²²⁴ Cf. LOPES, pp. 1061-1062 e TAVARES, p. 383.

²²⁵ Cf. TAVARES, pp. 385-387.

²²⁶ *Idem*, p. 390.

²²⁷ Cf. LOPES, *ibid.*

²²⁸ *Idem, ibid.*

8.2.2. A legítima defesa na doutrina Bush

A chamada “doutrina Bush”, afirmada no contexto da guerra contra o terrorismo global, tem base em anteriores operações anti-terrorismo, como os ataques por mísseis contra alvos no Afeganistão e no Sudão que Clinton autorizou no seguimento de atentados às embaixadas americanas no Quênia e na Tanzânia em 1998, sob invocação da LD: *«uma resposta necessária e proporcional à ameaça iminente de mais ataques terroristas»*. Mas a doutrina Bush foi mais longe, justificando a LD *«mesmo se houver incerteza quanto ao momento e local do ataque inimigo»*.

A doutrina vem descrita no Conceito Estratégico de Segurança Nacional de 2002²²⁹, onde o Presidente George W. Bush escreveu:

Os EUA há muito mantêm a opção de agir preventivamente para contrariar ameaças à nossa segurança nacional. Quanto maior a ameaça, maior o risco de inação, e mais convincente o argumento para agir de modo antecipatório para nos defendermos, mesmo se houver incerteza quanto ao momento e local do ataque inimigo. Para se adiantarem e prevenirem tamanhos atos hostis dos nossos adversários, os EUA irão, se necessário, agir preventivamente.

Os EUA não usarão da força em todos os casos para prevenir ameaças emergentes, nem deverão as Nações usar a prevenção como pretexto para a agressão. Porém, numa era em que os inimigos da civilização, aberta e ativamente, buscam as tecnologias mais destrutivas do mundo, os EUA não podem permanecer imóveis enquanto os perigos se multiplicam.

A doutrina Bush reclama, assim, o direito à “ação preemptiva” contra Estados que são vistos como potenciais adversários, e é aplicada na ausência de qualquer prova ou iminência de ataque²³⁰. A doutrina, sendo de natureza preemptiva, quer incluir, como atrás mencionado, um “princípio de precaução” — a incerteza quanto à realidade ou qualidade da ameaça não deve impedir a intervenção militar²³¹. Afasta-se da LD preventiva porque tende a afrouxar o requisito tradicional da necessidade da LD²³².

Assim, e em vista de tudo o que acima se escreveu, a doutrina Bush, tendo declarada natureza preemptiva, é ilegal, porque violadora dos artigos 2(4) e 51 da Carta.

²²⁹ Cf. *National Security Strategy*, 2002, em <www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>, p. 15.

²³⁰ Cf. TAVARES, p. 315.

²³¹ *Idem*, p. 311, n. 19.

²³² *Idem*, p. 314.

8.3. O caráter preemptivo da intervenção no Iraque

Como atrás se demonstrou, a LD preemptiva é ilegal. Por outro lado, também é certo que o CS, ao abrigo dos poderes consagrados no Cap. VII, acionou, nas Resoluções 1368 e 1373, o direito de LD²³³, o que foi aproveitado pelos EUA e RU na campanha no Afeganistão em 2001.

No entanto, a questão iraquiana não se confunde com a afegã. Primeiro, em sede de LD, não foi possível demonstrar qualquer participação, ainda que distante²³⁴, entre o governo iraquiano e os ataques terroristas no 11 de Setembro. Depois, como se acaba de ver, o CS não autorizou qualquer ação contra o Iraque sob o Capítulo VII da Carta.

Recordando quanto atrás se escreveu sobre a LD preventiva, preemptiva e contra o terrorismo e sobre a doutrina Bush, temos à partida que a legalidade da intervenção militar no Iraque não é defensável.

No entanto, os EUA procuraram, de certa forma, equiparar a questão afegã à questão iraquiana. Como refere Azeredo Lopes²³⁵, os EUA, na carta enviada ao CS logo após o início das hostilidades contra o Afeganistão, declararam que *«podemos vir a entender que a nossa legítima defesa exige uma ação suplementar relativamente a outras organizações ou Estados»*.

No entanto, esta “doutrina de legítima defesa intemporal” não colhe: ainda que se conceda que os atos terroristas correspondem a uma ameaça à paz e à segurança internacionais, mesmo que, em certas situações possam ser consideradas como “ataque armado”, isso não significa que um Estado possa recorrer à força em LD para eliminar uma ameaça terrorista necessariamente futura²³⁶.

A interpretação alargada da Carta e do art. 51 feita pelos EUA no caso do Iraque, no sentido de incorporar a LD preemptiva, conduz ao absurdo. Como Théodore Christakis²³⁷:

Ainda que a qualificação da ameaça seja apreciada subjetivamente, o Estado que invoca a LD preemptiva bem poderia alegar (como aliás o fizeram os EUA e o RU naquela situação) que só

²³³ Bem ou mal.

²³⁴ Mesmo que não montasse a um nexo de “atribuição” ou “imputação”.

²³⁵ Cf. LOPES, p. 1066.

²³⁶ *Idem, ibid.*

²³⁷ Cf. TAVARES, p. 328 (siglas nossas).

uma guerra total com a invasão do território inimigo e a eliminação do seu governo pode constituir uma defesa eficaz contra os diferentes riscos e perigos. Se assim fosse, «paralelamente ao direito “clássico” de LD, que responde a um ataque armado e que se rege pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade, os redatores da Carta teriam querido um direito de LD preemptivo, que, para ser desencadeado, apenas estaria submetido à apreciação subjetiva dos Estado que o invoca». Levando o raciocínio às últimas consequências, concluir-se-ia que, «se um Estado é vítima de um ataque armado, o seu direito de LD é limitado; se não, o seu direito é ilimitado!».

9. Conclusão

Do estudo que se fez, fica claro que os redatores da Carta das Nações Unidas tiveram especial cuidado em assegurar que o uso individual da força nas relações entre os Estados seria sempre e em qualquer caso uma verdadeira exceção.

Mas nem por isso os Autores da Carta apostaram numa utopia — o uso da força armada está previsto, de forma bem clara, quer no art. 51, a título individual, quer no art. 42, a título coletivo. Numerosas Resoluções, quer da AG quer do CS, algumas aqui referidas, encaram a propensão dos Estados para o uso da força como uma realidade sempre “ao virar da esquina”.

É claro que o direito de LD do art. 51 é bastante limitado. Seguramente que o equilíbrio do CS é conducente à inação.

Mas essas dificuldades não justificam a desconsideração pura e simples do DIP quando este não é de feição — isso equivale à desconsideração de toda a comunidade de Estados. Deste ponto de vista, fica claro que a invasão do Iraque em 2003 constituiu uma flagrante ofensa ao *jus ad bellum*.

Nem reação institucionalizada ao abrigo do capítulo VII da Carta, nem o direito de legítima defesa ao abrigo do art. 51 representaram justificação para este ato — o qual, assim, só poderá considerar-se um ataque armado perpetrado pelos EUA e seus aliados contra o Estado do Iraque.

BIBLIOGRAFIA

ANNAN, KOFI, *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*, Report of the Secretary-General, 2005, em <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/A.59.2005.Add.3.pdf> >

BADR, GAMAL MOURSI, *The Exculpatory Effect of Self-Defense in State Responsibility*, Georgia Journal of International and Comparative Law, Issue 1, Vol. 10, 1980, em <<http://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol10/iss1/2>>

BEDERMAN, DAVID J., *The Spirit of International Law*, University of Georgia Press, 2002

BENVENISTI, EYAL, *The US and the Use of Force: Double-edged Hegemony and the Management of Global Emergencies*, EJIL, Vol. 15, No. 4, 2004, 677-700

BOTHE, MICHAEL, *Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force*, EJIL, Vol. 14, No. 3, 2003, 227-240

CHEN, LUNG-CHU, *An Introduction to Contemporary International Law – A Policy-Oriented Perspective*, 3.^a ed., Oxford University Press, 2015

CORTEN, OLIVIER, *Formalization and Deformalization as Narratives of the Law of War*, in BENEYTO, JOSÉ MARÍA *et al.* (ed.), *New Approaches to International Law: The European and the American Experiences*, T.M.C. Asser Press, 2012

FIALA, ANDREW, *Pacifism*, in The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2014, em <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/pacifism/>>

GRAY, COLIN S., *The Implications of Preemptive and Preventive War Doctrines: A Reconsideration*, Strategic Studies Institute, 2007, em <<http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/Pubs/display.cfm?pubid=789>>

LINDERFALK, ULF, *The Effect of Jus Cogens Norms – Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?*, EJIL, Vol. 18, No. 5, 2008, 853-871

LOPES, JOSÉ ALBERTO DE AZEREDO, *Entre Solidão e Intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos Povos e Reações de Estados Terceiros*, Publicações Universidade Católica Porto, 2003

MALANCZUK, PETER, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7.^a ed., Routledge, 1997

MARTINEZ, PEDRO ROMANO / LOPES, J. A. AZEREDO, *Textos de Direito Internacional Público*, 5.^a ed., Almedina, 1999

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALVES / QUADROS, FAUSTO DE, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed. rev. e aument., Almedina, 2002

PIERSON, CHARLES, *Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom*, *Denver Journal of International Law and Policy*, 2004, em <<http://www.highbeam.com/doc/1G1-133684511.html>>

PUREZA, JOSÉ MANUEL, *Da guerra justa à guerra justificada?*, in *Política Internacional*, Vol. 1, N.º 10, 1994

SHAW, MALCOLM N., *International Law*, 6.^a ed., Cambridge University Press, 2008

SPEROTTO, FEDERICO, *The Use of Force against Terrorists: A Reply to Christian J. Tams*, *EJIL*, Vol. 20, No. 4, 2010, 1043-1048

STEIGER, HEINARD, *Peace treaties from Paris to Versailles*, in LESAFFER, RANDALL (ed.), *Peace Treaties and International Law in European History, From the Late Middle Ages to World War One*, Cambridge University Press, 2004

TAMS, CHRISTIAN J., *The Use of Force against Terrorists*, *EJIL*, Vol. 20, No. 2, 2009, 359-397

TAVARES, MARIA ISABEL, *Guerra e Responsabilidade – A intervenção militar no Iraque em 2003*, Publicações Universidade Católica Porto, 2015