



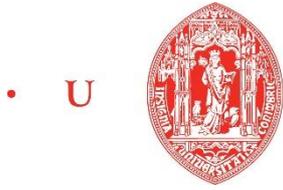
TRIPULADOS (DRONES): uma análise à luz  
do Direito Internacional Penal

Dissertação em Ciências Jurídico-Criminais

Outubro de 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Júlia Teixeira de Melo

A UTILIZAÇÃO DOS VEÍCULOS AÉREOS NÃO TRIPULADOS (DRONES): uma  
análise à luz do Direito Internacional Penal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de  
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na  
área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais

Orientador: Professor Doutor António Pedro Nunes  
Caeiro.

Coimbra, 2014

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Téo e Isabel, e à minha irmã, Luiza, por tudo, tudo, sem exagero. Sem vocês eu não conseguiria, meu profundo amor e gratidão a vocês. À minha prima Paula que me deu tanto apoio e incentivo para embarcar nessa viagem para o outro lado do Atlântico. À minha amada tia Hege, por ser como é! Às minhas amigas Laís, Thaís e Daphne, pelo apoio, troca de e-mails e conversas via Skype, que diminuíram a distância física que me separava delas e de tudo mais que amo. À Marta, amiga recente que tive a sorte de conhecer em terras lusitâneas. Às minhas colegas de apartamento, Margarida e Ana Rita, pela boa convivência. Ao meu querido mestre Luiz Henrique, pelo apoio sincero e carinhoso nas mais diversas coisas, dos tempos da minha graduação na linda Ouro Preto até hoje. Ao meu brilhante orientador, Doutor Pedro Caeiro, pela paciência e disponibilidade em atender minhas dúvidas e pela generosidade com que me acolheu ao longo desse ano acadêmico. À secção experimental de Yoga da Associação Acadêmica de Coimbra pela ajuda na busca permanente pelo equilíbrio. A esse estimado país e a essa cidade encantadora, que fiz de minha casa por mais de dois anos, um até breve. E por fim, mas não menos importante, agradeço à divindade que tão profundamente me toca e me possibilita ter fé.

## **LISTA DE RESOLUÇÕES DO CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU**

S/RES/239, (1967)  
S/RES/405, (1977)  
S/RES/496, (1981)  
S/RES/501, (1982)  
S/RES/508, (1982)  
S/RES/509, (1982)  
S/RES/1189, (1998)  
S/RES/1269, (1999)  
S/RES/1368, (2001)  
S/RES/1373, (2001)

## **LISTA DE RESOLUÇÕES DA ASSEMBLEIA GERAL DA ONU**

A/RES/3314(XXIX), (1974)  
A/RES/40/61, (1985)  
A/RES/49/60, (1994)  
A/RES/51/210, (1996)  
A/56/83, (2001)  
A/59/565, (2004)  
A/RES/68/37, (2013)

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AG – Assembleia Geral

*AJIL – American Journal of International Law*

*ASIL – American Society of International Law*

*ASR – American Sociological Review*

*CLR – Cornell Law Review*

CS – Conselho de Segurança

*EJIL – European Journal of International Law*

ETPI – Estatuto do Tribunal Penal Internacional

*HJIL – Houston Journal of International Law*

*IC – International Conciliation*

ICJ – International Court of Justice

*ICLQ – International and Comparative Law Quarterly*

*ICLR – International Criminal Law Review*

IDI – Institut de Droit International

*IJLCJ – International Journal of Law Crime and Justice*

*IJSL – International Journal of the Sociology of Law*

ILC – Comissão de Direito Internacional

*ILS – International Law Studies*

*InDret – Revista para el análisis del Derecho*

*IRRC – International Review of the Red Cross*

*JICJ – Journal of International Criminal Justice*

*JNSLP – Journal of National Security Law & Policy*

JSOC – Joint Special Operations Command

*L&CP – Law and Contemporary Problems*

*MLR – Michigan Law Review*

*NILR – Netherlands International Law Review*

ONU – Organização das Nações Unidas

*RBCC – Revista Brasileira de Ciências Criminais*

*RDP – Revista de Direito Penal*

*REJ – Revista de Estudios de la Justicia*

RES – Resolução

*RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

*RGDIP – Revue Générale de Droit International Public*

*RIS – Review of International Studies*

*RL – Revista Liberdades*

*RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência*

*RMP – Revista do Ministério Público*

*RP – Revista Penal*

*RQDI – Revue Québécoise de Droit International*

*TJE – The Journal of Ethics*

TPI – Tribunal Penal Internacional

*ULR – Utrecht Law Review*

*UPLR – University of Pittsburgh Law Review*

*YJIL – Yale Journal of International Law*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 TERRORISMO INTERNACIONAL</b> .....	<b>9</b>
2.1 A (tentativa de) conceituação atual .....	18
2.2 Atos terroristas em tempos de guerra .....	22
2.3 A luta global contra o terrorismo ( <i>Global War on Terrorism</i> ) .....	28
<b>3 O USO (LETÍGIMO) DA FORÇA COMO MECANISMO DE DEFESA PELOS ESTADOS NO CAMPO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS.</b>	<b>36</b>
3.1 A ocorrência de um ataque armado como requisito fundamental da legítima defesa internacional .....	45
3.2 A necessidade como requisito .....	53
3.3 Seria a proporcionalidade estrita um requisito da legítima defesa? .....	57
3.4 A aceitação da legítima defesa “preventiva” .....	61
3.4.1 A Teoria do “Gatilho” ou do desencadeamento ( <i>The Trigger Theory</i> )...	64
3.4.2 A Teoria do Ataque Futuro ( <i>The Future Attack Theory</i> ) .....	66
3.4.2.1 A Teoria da Acumulação de Eventos ( <i>Accumulation of Events Theory</i> ).....	70
3.4.3 A Teoria do Deter e Repelir ( <i>Halting and Repelling Theory</i> ).....	74
3.5 A legítima defesa contra entidades não estatais .....	76
<b>4 OS VEÍCULOS AÉREOS NÃO TRIPULADOS (<i>Drones</i>)</b> .....	<b>85</b>
4.1 Breves comentários sobre a operação dos <i>drones</i> .....	89
4.1.1 O papel do Congresso norte-americano .....	91
4.1.2 O papel do Presidente dos EUA .....	94
<b>5 A SOBERANIA DOS ESTADOS NOS QUAIS OS DRONES REALIZAM ATAQUES</b> .....	<b>98</b>
5.1 Soberania enquanto responsabilidade .....	101
<b>6 SERIAM OS ATAQUES REALIZADOS PELOS DRONES CRIMES À LUZ DAS NORMAS INTERNACIONAIS?</b> .....	<b>110</b>
6.1 A morte de civis não diretamente envolvidos nas hostilidades .....	112
<b>7 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL E INDIVIDUAL EM DECORRÊNCIA DA UTILIZAÇÃO DOS DRONES</b> .....	<b>116</b>
<b>8 CONCLUSÃO</b> .....	<b>124</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>127</b>
<b>ANEXOS</b> .....	<b>139</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho, como se depreende do título, tem como núcleo a utilização da moderna tecnologia dos veículos aéreos não tripulados, alcunhados de *drones*, no território de um Estado estrangeiro para combater o terrorismo.

Neste diapasão, algumas indagações despontam, e o trabalho procurou abordar duas questões primárias que podem ser manobradas como argumento para a utilização dos *drones*: o crime de terrorismo e a legítima defesa internacional; duas questões secundárias ou decorrentes da utilização desses veículos: a fricção com a soberania do Estado estrangeiro e a possível configuração de tais ações como crimes; e, já em um terceiro plano sequencial, a possibilidade de responsabilização do Presidente e do Estado norte-americanos por possíveis ilegalidades na utilização dos *drones*.

Assim, o segundo capítulo do presente trabalho enfatizou a análise do crime de terrorismo internacional; buscou-se averiguar se este seria um crime autônomo à luz do Direito Internacional. Tal averiguação deu-se, também, através da incursão entre os elementos constituintes do tipo penal, e como consequência disso almejou-se determinar se o terrorismo internacional, em razão de algum dos seus elementos constitutivos, já seria, *a priori*, enquadrado no rol dos crimes políticos, restando então prejudicada a cooperação internacional.

Na sequência, o terceiro capítulo abordou os requisitos da legítima defesa internacional, instituto de que se vale o Estado norte-americano para justificar a utilização de tais veículos em território estrangeiro. Também acentuamos algumas considerações, iniciadas no capítulo precedente, sobre a possibilidade de ruptura da paz e a imersão em um contexto regulamentado pelo *jus in bello*, quando se esteja em causa o crime de terrorismo. Por fim, e talvez a questão mais proeminente tratada neste capítulo, liga-se às considerações sobre a possibilidade de responsabilização direta das organizações terroristas pelo cometimento de um ataque armado e o conseqüente reconhecimento do direito (material) de legítima defesa internacional do Estado vítima contra estas entidades não estatais.

Nos quarto e quinto capítulos, buscamos analisar, respectivamente, a operação dos *drones* e as implicações e os efeitos acarretados nos Estados em que tais operações se

concretizam, principalmente as considerações atinentes à Soberania destes últimos Estados.

Munidos dessas considerações, buscamos responder, no antipenúltimo capítulo, se seriam crimes as execuções realizadas por meio dos veículos aéreos não tripulados, tanto sob a conjuntura de paz como sob o pano de fundo de um conflito armado. E no sétimo capítulo discorremos sobre a possibilidade de responsabilização do Presidente norte-americano e dos Estados Unidos em razão de uma eventual ilegalidade dos ataques promovidos pelos *drones*.

## 2 TERRORISMO INTERNACIONAL<sup>1</sup>

As primeiras discussões internacionais<sup>2</sup> com o intento de conceituar o terrorismo remontam ao início do século XX<sup>3</sup>.

Em 1930, a proposta que emergiu da Terceira Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal<sup>4</sup> fez menção à finalidade política ou social das ações terroristas<sup>5</sup> e, afora a dificuldade conceitual intrínseca ao termo, já aqui surge o primeiro impasse com o “mais *antigo e tradicional* instrumento de cooperação internacional”<sup>6</sup> (grifos no original), qual seja, a extradição ou mais especificamente com uma das causas de recusa de extradição, o cometimento de um crime político.

Ao se inserir como (especial) elemento subjetivo da conduta terrorista a intenção política (“*en vue de manifester ou de réaliser des idées politiques ou sociales.*”), acabou-se

---

<sup>1</sup> Esse capítulo tem como tema central o terrorismo enquanto crime internacional, sendo este entendido pelas lições de CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 1ª ed. reimp. Oxford: Oxford University Press, 2003. (p. 125-126), v.g, quando haja uma conexão entre o ato terrorista e um conflito armado internacional ou interno, ou quando envolva autoridades estatais e exiba uma dimensão transnacional, ou seja, quando não se resume ao território de um único Estado, mas ao revés extrapole as fronteiras estatais e coloque em risco a segurança de outros Estados.

<sup>2</sup> Não se desconhece, conforme mencionado em FRANÇA. *Actes de la Conférence ( 27-30 Décembre 1931)*: IV<sup>e</sup> Conférence Internationale Pour L’Unification du Droit Pénal. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933. (p. 49-50), que em final do século XIX alguns países já moviam seus aparatos legislativos a fim de reprimir certos atos terroristas. O relator dos trabalhos preparatórios sobre terrorismo durante a supra mencionada conferência, M. Radulesco, menciona a lei francesa de 1871 que criminalizava a fabricação e detenção de máquinas ou instrumentos destinados a causar morte ou incêndio; a lei belga de 1881 que fazia referência ao depósito e transporte de material explosivo; a lei alemã de 1884 e a lei austríaca de 1885 que continham disposições concernentes a repressão de atentados terroristas. Embora a proximidade temporal de tais legislações aponte para uma conscientização interestadual da necessidade de se combater certos atos terroristas, não houve, à época, uma discussão em nível global sobre a questão. Tal discussão só veio a ocorrer algumas décadas depois.

<sup>3</sup> SAUL, Ben. The Legal Response of the League of Nations to Terrorism. *JICJ*, Oxford, v. 4, n. 1, p. 78-102, Mar. 2006. (p. 80), menciona que em 1926 a Romênia solicitou à antiga Liga das Nações que se elaborasse um projeto de convenção que tornasse o terrorismo punível em escala internacional, porém tal requisição não foi aceita. A primeira vez, então, que se discutiu internacionalmente o terrorismo foi em 1930, na terceira Conferência Internacional para Unificação do Direito Penal realizada em Bruxelas. Assim também BATISTA, Nilo. Aspectos Jurídico-Penais da Anistia. *RDP*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 26, p. 33-42, Jul./Dez. 1979.(p. 40). Já WALTER, Christian. Defining Terrorism in National and International Law. In: WALTER, C.; VÖNEKY, S.; RÖBEN, V.; SCHORKOPF, F. (eds.). *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?* 1. ed. Berlin: Springer, 2004. Parte I, p. 23-44.(p.34), fixa o marco temporal da primeira tentativa de se definir o terrorismo internacional na Convenção para Supressão do Financiamento do Terrorismo, 1999. Embora o A. não desconsidere o Projeto de Convenção da Liga das Nações, 1937, para Prevenção e Punição do Terrorismo, que todavia nunca entrou em vigor.

<sup>4</sup> BÉLGICA. *Actes de la Conférence ( 26-30 Juin 1930)*: III<sup>e</sup> Conférence Internationale Pour L’Unification du Droit Pénal. Bruxelles: Office de Publicité, Anc. Etabliss. J. Lebègue & Cie Editeurs, 1931.

<sup>5</sup> ANEXO A.

<sup>6</sup> SERRANO, Mário. Extradición: Regime e Praxis. In: SERRANO, Mário. et al. *Cooperação Internacional Penal*. 1 ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000. 1 v., p. 13-112. (p. 15).

por incitar a dúvida de se saber se também não estaria o terrorismo, pelo conceito então proposto, abarcado pelo rol dos crimes políticos e dessa forma restaria impedida a extradição de seus perpetradores logo a princípio. Uma resposta positiva à questão culminaria no esvaziamento de uma das intenções que subjazem o intento de se criminalizar uma conduta na esfera internacional, a de possibilitar maior cooperação entre os Estados com vista a uma reprimenda mais eficaz da conduta criminosa.

Tencionando esclarecer a questão, o relator da quinta comissão da referida Conferência de 1930, Niko Gunzburg, adverte que o terrorismo não é um perigo contra um Estado determinado, mas antes o é contra a humanidade como um todo<sup>7</sup>. O terrorismo, então, é entendido pelo professor como um “*délit de droit des gens*”<sup>8</sup>, um crime de direito comum e, portanto, mesmo quando relacionado a revoltas políticas, jamais perfilhará a categoria de crimes “*pseudo-politiques* [sic]”<sup>9</sup>. Desta forma, buscou-se objetar os empecilhos que a imersão do conceito de terrorismo no quadro dos crimes políticos e conexos poderia acarretar.

De toda maneira, a Assembleia da IIIª Conferência não teve tempo de apreciar o texto apresentado pela quinta comissão encarregada de tratar do terrorismo, pelo que a IVª Conferência realizada em Paris em 1931 também se ocupou do tema.<sup>10</sup>

O texto final<sup>11</sup> proposto<sup>12</sup> pela terceira comissão da IVª Conferência realizada em Paris não continha referência à intenção ou à finalidade política ou social da ação terrorista. Embora com manifestação discordante<sup>13</sup> do Professor Gunzburg, da Universidade de Gand, Bélgica, a maioria<sup>14</sup> dos integrantes da terceira comissão entendeu pela desnecessidade de se vincular a conduta terrorista às *supra* mencionadas intenção ou finalidade, já que, segundo o entendimento do Professor Braffort, da Universidade de Louvain, Bélgica, é a intenção de aterrorizar que anima o agente à execução do delito,

---

<sup>7</sup> BÉLGICA. *Actes de la Conférence ( 26-30 Juin 1930)*, 1931, p. 46.

<sup>8</sup> *ibidem*, p. 46.

<sup>9</sup> *ibidem*, p.47.

<sup>10</sup> FRANÇA. *Actes de la Conférence ( 27-30 Décembre 1931)*, 1933. (p. 48).

<sup>11</sup> Há que se registrar que o projeto de texto inicialmente proposto pelo relator, Professor Jean Radulesco, da Universidade da Cernautzi, continha como finalidade da conduta terrorista a imposição de uma doutrina política ou social. O relator excetuava o terrorismo dos delitos políticos ou conexos com base em justificativa semelhante à apresentada na IIIª Conferência, qual seja, a de que os atos terroristas não são realizados contra um sistema político determinado, ou contra uma forma de governo específica, mas contra toda uma organização social, portanto, atingem o interesse da humanidade como um todo. *Vide*: FRANÇA. *Actes de la Conférence (27-30 Décembre 1931)*, 1933, p. 52 e 57.

<sup>12</sup> ANEXO B.

<sup>13</sup> *ibidem*, p. 142.

<sup>14</sup> *ibidem*, p. 134.

pouco importando se a finalidade remota e indireta é pessoal ou política<sup>15</sup>. Todavia, o texto proposto por esta comissão, concernente ao terrorismo, também não foi adotado e a discussão sobre o tema foi novamente prorrogada para a conferência seguinte que acontecera em Madri em 1933. Nessa última, o texto constante no artigo primeiro<sup>16</sup> também não fazia menção à finalidade política da ação terrorista e, segundo o relatório apresentado por Niko Gunzburg na VIª Conferência, a Vª Conferência se voltou exclusivamente para o terrorismo social, restando excluídas as discussões sobre o “terrorismo político”<sup>17</sup>.

A VIª Conferência realizada em Copenhague, em 1935, ocupou-se então de retomar as discussões sobre o caráter político do terrorismo. A ideia de “terrorismo político” fez-se presente tanto em razão das discussões oriundas das conferências precedentes como em razão do Projeto do Governo Francês apresentado à Sociedade das Nações, em 1934, intitulado: “*Bases pour la conclusion d’un accord international en vue de la repression des crimes commis dans un but de terrorisme politique*”.

Por fim, o texto adotado na VIª Conferência para conceituar o terrorismo *político* embasou-se na redação proposta<sup>18</sup> por Gunzburg, e o que se extrai dos relatórios apresentados nessa conferência e do resultado concretizado no artigo primeiro<sup>19</sup>, concernente à vertente política do terrorismo, é a tentativa de se “objetivar” o critério de distinção entre um ato de terrorismo político e um crime político. E o critério objetivo<sup>20</sup> utilizado é a *criação efetiva* de um estado de terror ou um perigo comum; este critério esteve cumulado com a necessidade de existência de um sujeito passivo predeterminado aliada à finalidade de se provocar um resultado específico.

As questões surgidas, durante os trabalhos das comissões acima mencionadas, acerca da ligação do que se denominou *terrorismo ao propósito político* da conduta

---

<sup>15</sup> *ibidem*, p.144.

<sup>16</sup> ANEXO C.

<sup>17</sup> DINAMARCA. *Actes de la Conférence (31 Août - 3 Sep. 1935)*: VI<sup>e</sup> Conférence Internationale Pour L’Unification du Droit Pénal. Paris: Editions A. Pedone, 1938. (p.165).

<sup>18</sup> *Ibidem*, p 379.

<sup>19</sup> ANEXO D.

<sup>20</sup> Não confundir o “*criterium objectif*” com os elementos objetivos e subjetivos que dão corpo à conceituação do terrorismo. Aquele é utilizado durante a VIª Conferência, DINAMARCA. *Actes de la Conférence (31 Août -3 Sep. 1935)*,1938, p.381-382, como fator de caracterização do *estado de terror criado* pela conduta em oposição ao que o professor Lemkin denominou de viés subjetivo (*façon subjective*) do terrorista, que se consubstancia na *intenção* do perpetrador de criar um estado de terror; este último entendimento volta-se para o critério subjetivo (*criterium subjectif*) da criação do estado de terror que é a *intenção* do perpetrador.

encontram razões históricas que residem na utilização do termo durante a Revolução Francesa para se caracterizar uma forma<sup>21</sup> de governo que ficou conhecida como a fase do Terror<sup>22</sup>. Também em finais do século XIX, os ataques perpetrados pelos nihilistas na Rússia e pelos anarquistas na Europa recorreram às derivações do termo terror para se caracterizarem, ficando conhecidos como ataques terroristas. Assim, de uma forma ou de outra, a noção de terrorismo encontrou-se ligada ao Estado<sup>23</sup>, seja como recurso utilizado por ele seja como conduta intentada contra ele, residindo aí a sua *possível* interseção com a categoria de crimes considerados políticos.

Todavia, não obstante o mérito das supracitadas comissões para definição do terrorismo, a Convenção para Prevenção e Repressão do Terrorismo, 1937, resultante dos trabalhos realizados sob os auspícios da Liga das Nações, é apontada como a primeira mais significativa tentativa moderna de se conceituar os atos de terrorismo<sup>24</sup>. E o conceito proposto por essa convenção<sup>25</sup>, embora nunca tenha entrado em vigor, não fazia referência ao propósito político da conduta terrorista.

Outras convenções internacionais<sup>26</sup> que possuíam como tema central o terrorismo também foram elaboradas no decorrer do século XX, porém, grande parte de tais convenções preconizaram a incriminação de certos atos tidos como terroristas e não

---

<sup>21</sup> A expressão aqui é utilizada para se referir à política governamental adotada pelos indivíduos que estão no poder e não para se referir à forma de governo enquanto categoria criada pela Ciência Política, que tem como principais representantes a república e a monarquia.

<sup>22</sup> Segundo SILVA, Gustavo. *Terrorismo, Crimes Políticos e Extradicação*: nos passos de Hannah Arendt. 2009. 178f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. (p. 144) “A Revolução Francesa é a primeira experiência na história do uso do terror como meio de advertência com fins políticos.”

<sup>23</sup> Cf. GUILLAUME, Gilbert. *Terrorism and International Law*. ICLQ, Cambridge, v. 53, p. 537-548, Jul. 2004. (p. 537-538).

<sup>24</sup> Assim, SAUL, JICJ, 2006, p. 79 e *idem*, NILR, 2005, p. 60, e também CASSESE, *International*, 2003, p. 120 afirmam que a definição de terrorismo evolui após o ano de 1937, este último A., contudo, não faz menção expressa à Convenção de 1937. Com propósito análogo, WALTER, *Terrorism*, 2004, p.33 também cita a referida Convenção como exceção ao período circundante às descolonizações ocorridas no século XX em que a comunidade internacional evitou traçar uma definição geral sobre o que seriam atos terroristas.

<sup>25</sup> ANEXO E.

<sup>26</sup> *Vide*: a Convenção de Tóquio relativa às infrações e a Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves, 1963; a Convenção de Haia para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves, 1970; a Convenção de Montreal para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, 1971; a Convenção das Nações Unidas sobre Prevenção e Repressão de Crimes contra Pessoas Gozando de Proteção Internacional, incluindo os Agentes Diplomáticos, 1973; Convenção das Nações Unidas para a Tomada de Reféns, 1979; a Convenção de Viena sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares, 1979; a Convenção de Roma para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima e o Protocolo Adicional para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental, 1988; a Convenção das Nações Unidas para Repressão de Atentados Terroristas à Bomba, 1998; a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo, 1999; e já no século XXI, a Convenção das Nações Unidas para a Supressão dos Atos de Terrorismo Nuclear, 2005.

elaboraram um conceito de viés geral sobre o que estava acobertado pelas expressões terrorismo e atos de terrorismo contidas em seus textos<sup>27</sup>.

Assim, após termos passado pelas primeiras tentativas de conceituação do terrorismo no plano internacional, cumpre-nos fazer duas observações antes de adentrarmos na atual tentativa de conceituação.

A primeira, de cunho dogmático<sup>28</sup>, diz respeito a tentativa de se delimitar os *especiais elementos subjetivos do tipo*<sup>29</sup> frente aos *elementos subjetivos especiais da culpabilidade*. A análise, ainda que breve, de tais elementos guarda razão na necessidade de se entender a função que a intenção e o motivo tiveram na definição de terrorismo propugnada pelas Convenções citadas. De forma que, se esses elementos pertencerem à primeira categoria, serão responsáveis, também, por individualizar a conduta criminoso<sup>30</sup>, enquanto que, se enquadrados na última, servirão para aferir o grau de culpa do agente, mas não influenciarão na definição do conceito.

Começamos por acentuar que o critério de distinção há que se basear na relação estabelecida entre o especial elemento subjetivo e o tipo de injusto.<sup>31</sup> Assim, o enquadramento *a priori* das intenções, dos motivos e dos demais elementos de natureza interna<sup>32</sup> como pertencentes ao tipo ou à culpabilidade não é razoável<sup>33</sup>, já que os

---

<sup>27</sup> Em constatação semelhante, CASSSESE, *Internacional*, 2003, p. 121. Inquirindo sobre a necessidade de o terrorismo ser usado como um conceito legal ou se seria preferível definir os atos criminais que fazem parte da atividade terrorista, WALTER, *Terrorism*, 2004, p.24-25. Esse último A. ainda menciona o lapso temporal em que a comunidade internacional ocupou-se mais em estipular atos criminais específicos ao invés de propugnar pela criação de um conceito geral.

<sup>28</sup> Entendemos que grande parte da dogmática oriunda da parte geral do Direito Penal interno aplica-se também aos delitos internacionais. Assim: AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional: Bases para una elaboración dogmática*. Tradução de Ezequiel Malarino. 1 ed. castelhana. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. (p. 34), sobre o Direito Internacional Penal: “Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional.”

<sup>29</sup> Cf. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal: Tomo I*. 1ª ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2007. (p. 284). O A. ao tratar do deslocamento do dolo da culpa para a ação, concepção propugnada pelos finalistas e não aceita pelo A., refere-se aos *elementos subjetivo-pessoais* como sendo a intenção e as demais características de atitude interna do agente, que ao lado do dolo e da negligência, para a teoria finalista, passam a compor o tipo legal subjetivo.

<sup>30</sup> Assim: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (p. 379).

<sup>31</sup> Justificando tal critério distintivo ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1ª ed. Castelhana. Madrid: Civitas, 1997. (p.312) e também DIAS, *Direito*, 2007, p.380.

<sup>32</sup> A esse respeito veja interessante distinção elucidada por ROXIN, *Derecho*, 1997, p. 314 e ss., entre os elementos de natureza interna próprios e impróprios.

<sup>33</sup> Para uma perspectiva divergente expressamente sobre a motivação: ZAFFARONI, Eugênio; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. (p. 543). O A. estabelece que “todas las referencias legales a la motivación son cuestiones de culpabilidad”, só excetuando esse entendimento nos casos em que a motivação sirva para restringir o tipo penal, quando sem ela este ficar

supracitados elementos variam de acordo com a função que desempenham na delimitação de cada injusto.

Embora cada um dos elementos acima referidos possa adquirir uma função diferente consoante o crime, faz-se importante esboçar, sem pretensão alguma de exaurir, os traços característicos de cada um deles – independentemente da significação que irão receber neste ou naquele crime.

Entendemos o motivo como a razão que norteia uma conduta. E o agir impulsionado por um motivo consubstancia-se na motivação para a realização daquela. O motivo, então, tem suas raízes calcadas no passado<sup>34</sup> e é independente do resultado (fim da ação<sup>35</sup>) que se possa alcançar com a realização da conduta, embora busque-o. A ação orientada para a persecução<sup>36</sup> de um resultado não deve ser confundida com o motivo, *razão* que impulsiona o agente a agir.

Nas cinco conceituações de terrorismo propostas pelas supramencionadas Conferências, o motivo da conduta terrorista não foi mencionado. De forma que não restou necessário saber, para a *caracterização* do terrorismo, as razões de agir do agente. Ao contrário do cenário que se vislumbra ao se analisar a categoria dos crimes políticos<sup>37</sup>, nos quais o agente pode violar o bem jurídico<sup>38</sup> que é a Estrutura Organizacional de um determinado Governo tendo por objeto de ação um elemento de viés eminentemente político; ou um objeto de ação que represente tanto interesses políticos como interesses comuns<sup>39</sup> ou ainda um objeto de ação vinculado preponderantemente ao interesse comum, desde que em todas as hipóteses a conduta seja perfilhada por uma animação (motivo)

---

demasiado alargado, tocando, assim, as linhas da inconstitucionalidade. Sobre o equívoco de se classificar em abstrato os referidos elementos: ROXIN, *Derecho*, 1997, p. 313.

<sup>34</sup> O motivo entendido como a razão que norteando uma tomada de posição passa a figurar como a motivação para a realização da conduta. Assim, a motivação também tem suas raízes calcadas no passado, ao passo que a intenção e a finalidade voltam-se para o futuro. Com compreensão semelhante Cf. SILVA, *Terrorismo*, 2009, p. 24.

<sup>35</sup> Cf. DIAS, *Direito*, 2007, p.382.

<sup>36</sup> A vontade dirigida à realização do tipo é, ao revés, o dolo do tipo, Cf. DIAS, *Direito*, 2007, p. 366, e não deve ser confundida com o motivo.

<sup>37</sup> Adotaremos o paradigma proposto pela teoria mista dos crimes políticos, esposado também por SANTOS, Boaventura de Souza. Os crimes políticos e a pena de morte. *RDP*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 45-66, Jan./Mar. 1971.

<sup>38</sup> Importante distinção mencionada por ROXIN, *Derecho*, 1997, p. 62-63 entre bem jurídico e objeto da ação, pois que essencial para a separação, ao menos *ab initio*, do terrorismo dos crimes políticos, haja vista que violam bens jurídicos diversos não obstante atentem, por vezes, contra o mesmo objeto da ação. Apenas a título elucidativo, os bens jurídicos protegidos pelo furto são a propriedade e a posse, e o objeto da ação é a coisa alheia móvel subtraída.

<sup>39</sup> SANTOS, *RDP*, 1971, p. 50.

política(o), mas não só<sup>40</sup>. Nos crimes considerados políticos há que se ter em conta, também, a externalização *finalidade* política da ação, caso contrário cair-se-ia em uma das principais críticas à teoria subjetiva de conceituação do crime político, a incumbência demasiado discricionária ao agente de qualificar sua conduta como sendo política ou não.

Já a intenção<sup>41</sup>, traduzida na *vontade*<sup>42</sup> de realizar, impingir, perseguir, estabelecer, criar, etc, uma determinada situação, encontra-se presente nas definições propostas sobre o terrorismo elencadas acima.

Na conceituação proposta pela IIIª Conferência, em 1930, a intenção era, através da utilização de determinados meios, *produzir um estado de perigo comum*; assim também na redação aceita pela Vª Conferência, 1933, pela qual o emprego de certos meios também guardava a *vontade de se aterrorizar a população*; o mesmo deu-se na definição sobre o terrorismo político aprovada pela VIª Conferência, a qual estabelecia que o emprego de certos atos intencionais deveriam *criar um perigo comum*. Nas três propostas mencionadas, aliada a intenção de se obter um resultado imediato, havia também uma intenção mediata, conexas à primeira, ou seja, a intenção imediata direcionava-se para a consecução de uma outra intenção, sendo esta mediata. No primeiro conceito elencado, a intenção mediata é manifestar ou realizar ideais políticos ou sociais; no segundo, é destruir todas as organizações sociais; e no último, é provocar uma mudança ou um entrave no funcionamento das estruturas públicas ou um problema nas relações internacionais.

Já nos textos da IVª Conferência, 1931, e da Convenção de 1937, a intenção de aterrorizar a população esgota-se em si mesma, diferentemente do que acontece nas

---

<sup>40</sup> Pois se a configuração do injusto dependesse unicamente da animação interna do agente, como pretendia o critério subjetivo de conceituação do crime político, estar-se-ia sob o que ROXIN, *Derecho*, 1997, p.315, citando Welzel, alertou ser o ponto perigoso da infiltração de um Direito Penal da atitude interna.

<sup>41</sup> Com a devida vénia, não concordamos com a dificuldade apontada por DIAS, *Direito*, 2007, p.382, em relação à distinção entre motivo e intenção. O A. afirmar que na medida em que o motivo conduz e orienta a ação não é fácil separá-lo da intenção. Para nós, embora a intenção possa ter uma razão (e, portanto, um motivo) subjacente, ela atua em perspectiva de futuro. Acreditamos que a principal dificuldade reside em distinguir, sob o pano de fundo subjetivo e interno do agente, entre a intenção e o fim da ação. Sobre esse ponto a solução, pensamos nós, reside no entendimento de que a intenção, quando for um especial elemento do tipo, embora possa auxiliar na codeterminação do tipo de delito, não está ligada ao tipo objetivo. Já o fim da ação está intimamente ligado ao bem jurídico tutelado, que para ser lesionado necessita que se atente contra o objeto da ação, contido no tipo objetivo. Portanto, o fim da ação está ligado ao tipo objetivo, já que somente através desse se lesiona o bem jurídico. Assim: “Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.”. ROXIN, *Derecho*, 1997, p.63.

<sup>42</sup> Com risco de cair em repetição, mas com intento de reforçar a ideia defendida, a *vontade* aqui empregada não é aquela integrante do dolo do tipo e por isso não se vinculada ao tipo *objetivo* de injusto.

anteriormente mencionadas conceituações, nas quais, aliada à intenção de criar um medo extremo, prende-se uma intenção mediata, que se utiliza daquela.

Em todos os casos mencionados, a intenção, mesmo a mediata, quando existente, é um especial elemento subjetivo do tipo, pois que é imprescindível para a individualização do delito de terrorismo, não estando confinada (exclusivamente) a uma atitude interna e pessoal do agente desconexa com o tipo de injusto. Razão porque não integra a categoria dos elementos subjetivos especiais da culpabilidade.

A segunda observação a ser feita diz respeito à procura por um critério capaz de desvincular o terrorismo da categoria dos crimes políticos. Embora não se conceitue um crime por exclusão<sup>43</sup> tal busca fez-se presente nas tentativas de definição citadas. A razão da necessidade de distinção não reside na possibilidade de se justificar a extradição dos autores responsáveis pelo cometimento de uma conduta terrorista, pois que isso representaria a manipulação de conceitos jurídicos em prol, unicamente, da persecução de uma finalidade, a cooperação internacional. Ao revés, a razão subjacente em se apartar, *a priori*, o terrorismo do rol dos crimes políticos é consequência do necessário reconhecimento daquele enquanto portador de um conceito jurídico próprio. E da imprescindível impingência de autonomia<sup>44</sup> ao terrorismo decorre a possibilidade de, em conhecendo seus elementos caracterizadores, afirmar que por definição o terrorismo não é um crime político, mas que como qualquer outra figura delitiva *pode* enquadrar-se nesta última categoria.

Conjugando ambas as observações, extrai-se que o que distingue o terrorismo das demais espécies delitivas, com enfoque especial para aquelas que pertençam já de início ao rol dos crimes políticos e conexos, só pode ser encontrado na análise minuciosa dos elementos responsáveis por definir o conceito como injusto penal, ou seja, nos elementos objetivos e subjetivos do tipo cumulados com os *especiais elementos subjetivos do tipo*, quando existentes.

---

<sup>43</sup> Para HIGGINS, Rosalyn. The General International Law of Terrorism. In: HIGGINS, Rosalyn Higgins; FLORY, Maurice. (eds.). *Terrorism and International Law*. London: Routledge, 1997. Parte I, p. 13-29. (p.13), um dos problemas essenciais acerca do terrorismo é justamente a falta de autonomia do conceito (*self-contained*), já que ele só pode ser entendido através da contraposição com outras figuras do direito internacional. A A. ainda afirma que o terrorismo não é uma figura própria dentro do Direito Internacional, com regulamentação específica, mas antes é um fenômeno contemporâneo que pede solução através da aplicação de normas já existentes do Direito Internacional.

<sup>44</sup> Trataremos do problema de se perspectivar o terrorismo como sendo um conceito legal ou jurídico no próximo tópico. Tendo como escopo o entendimento de que a *qualificação* de um delito como autônomo não possui um valor dogmático próprio, mas advém de uma interpretação orientada teleologicamente acerca da relação dos tipos entre si; assim: ROXIN, *Derecho*, 1997, p. 340- 341.

A esse respeito, SANTOS escreve que a distinção entre crimes políticos e atos de terrorismo<sup>45</sup> reside “[n]a violência da execução, [n]a extrema gravidade dos meios utilizados, [n]a amplitude dos resultados, efetivamente produzidos e [n]a sua desconformidade com o exclusivo fim político [...]”<sup>46</sup>. Quanto a esse último fator (fim político) apresentado pelo autor, acreditamos que ele sequer está entre o rol dos elementos *caracterizadores* do (e por isso necessários ao) tipo de terrorismo.

Estamos propensos a defender que o terrorismo não possui um *fim de ação* político, mas *pode* ter uma *intenção* política<sup>47</sup>. Ao contrário dos crimes considerados políticos<sup>48</sup> que possuem tal fim de ação. Assim, analogamente, o fim da ação do furto é atentar contra a posse e a propriedade – e isso se realiza através da *subtração da coisa alheia móvel*, embora para a individualização do delito seja necessária também a ocorrência de um elemento especial subjetivo, no caso, a ilegítima intenção de apropriação da coisa; o fim da ação no terrorismo (internacional) é, adiantamo-nos, atentar contra a paz e a segurança internacional – e esse fim se persegue ao matar ou lesionar gravemente, e para alguns também ao se destruir certos bens, mas também aqui para individualizar a espécie de delito do terrorismo faz-se necessária a presença de alguns elementos especiais subjetivos pertencentes ao tipo; por último, o fim de ação dos crimes que possam ser taxados como políticos é *atacar a Estrutura Organizacional* de um Governo.

De maneira que, *em princípio*, o terrorismo não é um crime necessariamente político, embora, como qualquer outra ação, possa eventualmente caracterizar-se como tal. E nos casos em que assim seja caracterizado, a extradição deve ser afastada, o que não elide a necessidade<sup>49</sup> do Estado onde o indivíduo se encontra de julgá-lo.<sup>50</sup>

---

<sup>45</sup> *Vide infra* (tópico 2.1), a delimitação dos conceitos de crime de terrorismo e atos terroristas.

<sup>46</sup> SANTOS, RDP, 1971, p.52.

<sup>47</sup> *Vide* nota de rodapé 41.

<sup>48</sup> Mesmo no caso de crimes conexos ao político nos quais o objeto da ação não possui um viés eminentemente político, a par da existência de especiais elementos, como a motivação política conjugada a intenções também políticas, que enquadram o delito como um delito político, há que se ter em conta que o bem jurídico contra o qual se atenta é a Estrutura Organizacional de um Governo.

<sup>49</sup> Voltaremos ao ponto de saber se há “um verdadeiro limite positivo da jurisdição (judicativa) de todos os Estados”, em julgar ou extraditar um indivíduo suspeito de ter cometido um crime de terrorismo internacional no capítulo 5. Cf. CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O caso Português*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. (p. 384).

<sup>50</sup> Assim: BASSIOUNI, M. Cherif; WISE, Edward M. *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. (p. 10-11). Sobre a majoritária rejeição por uma série de tratados, principalmente envolvendo crime de terrorismo, da chamada “depoliticizing formula”. Tal fórmula visa afastar o uso da proibição da extradição de crimes políticos estabelecendo que a ofensa prevista pelo tratado não será considerada política para fins de extradição. Os AA. afirmam que quando a ofensa tiver realmente natureza política a manutenção da proibição de extradição

Após essa digressão histórica passemos para a atual (tentativa) de conceituação do terrorismo.

## 2.1 A (tentativa de) conceituação atual

Antes, porém, de passarmos à atual tentativa de conceituação, cabe-nos fazer uma distinção terminológica essencial para o recorte metodológico do trabalho, entre as noções de terrorismo e ato terrorista. Entenderemos os atos terroristas como o crime de terrorismo no qual há uma *especificação prévia da forma*<sup>51</sup> como o objeto da ação é violado (no caso do terrorismo, o objeto da ação será, em geral, a vida, o corpo físico ou para alguns certos objetos materiais), mantendo-se, contudo, as características que definem o terrorismo, já considerado como crime autônomo.

Feita essa breve observação, cumpre-nos avançar na resposta acerca da necessidade de definir-se<sup>52</sup> o terrorismo enquanto conceito legal, ou seja, enquanto crime autônomo ao invés de restringir-se a considerações pontuais acerca dos atos criminais que são apenas parte desse conceito macro.

Acreditamos que conceituar apenas a manifestação do terrorismo como uma qualificadora de crimes já existentes, além de esvaziar o terrorismo enquanto conceito legal, nega-lhe uma autonomia latente. Defendemos, ao revés, que os elementos que integram a noção de terrorismo, muito mais que qualificar um crime, conferem-lhe autonomia. E isso porque a provocação de um medo extremo inerente ao crime de

---

(rejeitando a fórmula supracitada) não inviabiliza o dever do Estado requerido de (*any state which refuses extradition must*) julgar o indivíduo, não obstante não o deva/possa extraditar.

<sup>51</sup> Assim, o terrorismo perpetrado pela utilização de bombas, pelo sequestro de aeronave, pelo recurso à energia ou materiais nucleares. Não raras vezes essa *forma* já caracteriza também crimes autônomos, crimes-base (Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro. A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto). *RLJ*, Coimbra, Ano 135, n. 3935, p. 70-89, Nov./Dez. 2005.), que aliados aos *elementos integrantes do crime geral ou genérico* de terrorismo perfazem atos terroristas especificados pela forma de lesão ao objeto da ação.

<sup>52</sup> Sobre a necessidade de definição do terrorismo, *vide* GIBBS, JACK. Conceptualization of Terrorism. *ASR*, Washington, v. 54, p. 329-340, Jun. 1989. O A. argumenta que ao contrário do que defende LAQUEUR (1977, p. 5 *apud* GIBBS, *ASR*, 1989, p.329) é estéril a tentativa de teorização apartada de uma definição conceitual. Para uma visão um tanto quanto contrária GUILLAUME, *ICLQ*, 2004, p. 541, que assevera que a comunidade internacional ainda não está preparada para alcançar um consenso sobre o termo.

terrorismo não é elemento pertencente à culpabilidade<sup>53</sup> como alguns parecem defender, é, antes, um elemento que confere peculiaridade à conduta, ao tipo, e portanto, configura uma conduta criminal autônoma e, por isso mesmo, portadora de um conceito legal.<sup>54</sup>

Uma vez considerada a conduta terrorista como um crime autônomo, tem-se que a especificação de alguns *atos terroristas* não se faz por meio da junção de uma qualificação da conduta (intenção de provocar o medo extremo) com um crime-base, mas, ao revés, é a extração, com fins de especificação, de uma conduta dentre o rol genérico do crime de terrorismo. Por essa razão, a nosso ver, é equivocada a tentativa de se trabalhar apenas com a especificação de alguns atos terroristas, pois eles indubitavelmente dependem da conceituação do crime-gênero do qual são espécie.

A par da dificuldade inerente em se alcançar uma definição que seja capaz tanto de conservar os elementos caracterizadores de uma conduta penalmente relevante e que não seja demasiado ampla, as conceituações, mais especificamente as penais, no âmbito internacional não que lidar ainda com ordenamentos jurídicos de raízes diversas com vista a coordená-los para obtenção de um conceito que se possa coadunar com o sistema jurídico dos Estados envolvidos. Juntando-se a esse amálgama de fatores há ainda o forte viés político das decisões internacionais, que também dificulta a necessária convergência de interesses estatais para um fim comum.<sup>55</sup>

Não obstante esses empecilhos, não nos podemos fiar nos dizeres do embaixador britânico nas Nações Unidas, Jeremy Greenstock, “Wat [sic] looks, smells and kills like terrorism is terrorism”<sup>56</sup> sob pena de, ao se descartar a imperiosa necessidade de estipulação prévia dos contornos que faz uma conduta ser merecedora de sanção penal,

---

<sup>53</sup> Enquadrando o terror como elemento da culpa, vide: SILVA, *Terrorismo*, 2009, p.149 e ss., e HIGGINS, *Terrorism*, 1997, p. 13 e ss.

<sup>54</sup> E empregamos, analogamente, o raciocínio de ROXIN, *Derecho*, 1997, p. 315, ao tratar da correta concepção acerca dos elementos de atitude interna impróprios: “la causación de dolores o torturas es un requisito del tipo, ya que afecta al modo de provocar la muerte y lo convierte en un homicidio de alguna manera potenciado. En cambio, la ‘actitud inmisericorde y sin sentimientos’, que no está necesariamente unida a ello, sino que debe añadirse como elemento autónomo, es un componente de la culpabilidad.” Assim, a conduta levada a cabo com intenção de intimidar determinados sujeitos, seja de direito interno ou externo, causando um medo excessivo pela maneira como atinge o objeto da ação é suscetível de se configurar em um crime autônomo: o terrorismo.

<sup>55</sup> Estima-se que existe mais de uma centena de definições sobre o terrorismo na literatura acadêmica conforme menciona COADY, C.A.J. *Terrorism and Innocence*. *TJE*, Dordrecht, v. 8, n. 1, p. 37-58, Mar. 2004. (p. 37).

<sup>56</sup> Transcrito por: WEISS, Peter. *Terrorism, Counterterrorism and International Law*. *RFDUL*, Coimbra, v. 44, n. 1-2, p. 611-625, 2003. (p.612).

relegarmos ao alvedrio do expectador o enquadramento, assustadoramente discricionário<sup>57</sup>, de uma conduta como sendo conduta criminal.

Restando certo a imperiosa necessidade de conceituação, filiamo-nos em parte ao entendimento de CASSESE<sup>58</sup> a respeito da existência de uma definição escrita acerca do terrorismo constante na Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, 1999<sup>59</sup>. E mais, acreditamos que as dissensões acerca do crime de terrorismo são mais políticas do que calcadas na inexistência de um conceito jurídico possível.

Ainda conforme CASSESE<sup>60</sup>, o crime de terrorismo internacional é previsto<sup>61</sup> e banido pelo Direito Costumeiro de forma que não se resume apenas a um crime com previsão em um tratado. E para sua configuração o autor aponta três elementos principais, o primeiro é que o ato seja punido pela maioria dos ordenamentos penais dos Estados, o segundo é que ele tenha por objetivo provocar uma sensação extrema de medo e o terceiro é que haja motivação ideológica.

Porém, divergimos do autor italiano quando ele afirma que há de se ter uma motivação ideológica para se caracterizar o crime internacional de terrorismo. Esse posicionamento representa a inserção do *motivo* como especial elemento subjetivo do tipo, pois o motivo aqui, frisa-se, serviria pra caracterizar a espécie de delito e não para aferir o grau de censurabilidade de agente. E, embora a inserção do motivo como especial elemento subjetivo do terrorismo internacional seja *possível*, não acreditamos de todo ser esse o entendimento que se depreende da leitura do conceito inscrito na Convenção de 1999 – e nem por isso o referido texto deixa de conceituar o terrorismo.

---

<sup>57</sup> Nas palavras do comentarista Nissan Horowitz, publicadas pelo jornal israelense Haaretz (18 de Nov. de 2001) *apud* WEISS, *Terrorism*, 2003, p. 611: “Terrorism – it’s all in the eyes of the beholder. Why is the attack on the Twin Towers called terrorism, while the bombing of a hospital in Kabul is not?” Perguntas como esta só encontram e encontrarão lugar quando e até quando não existir uma moldura legal a que há de subsumir a situação concreta. Assim, bem assevera SCHACHTER, Oscar. *The Extraterritorial use of Force against Terrorist Bases. HJIL*, Houston, v. 11, p. 309-316, 1988-9. (p. 310), quando estabelece que nada impede que um agente que luta pela liberdade cometa o crime de terrorismo, já que “Terrorism is defined by actions, not by the cause it is intended to serve.”.

<sup>58</sup> *Idem*, *International*, 2003, p. 124.

<sup>59</sup> ANEXO F.

<sup>60</sup> *Idem*, *International*, 2003, p. 124.

<sup>61</sup> Em sentindo oposto, asseverando pela inexistência de um conceito criminal comum, têm-se algumas das justificações expostas para a não inclusão do terrorismo no rol dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional. Cf. ZIMMERMANN, Andreas. Crimes within the jurisdiction of the Court. In: TRIFFTERER, Otto (ed). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Note, Article by Article*. Baden-Baden: Nomos, 1999. Parte 2, p. 98-120. (p. 98-100). Também: ROBINSON, Patrick. The Missing Crimes. In: CASSESE, A., Gaeta, P.; JONES, J., (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. Chapter 11.7, p. 497-524. (p. 510 e ss).

Assim, entendemos que o motivo não figura entre os elementos *necessários* para a definição do terrorismo, embora ele possa estar presente quando da definição de um determinado ato terrorista em algum tratado específico.

Ao analisarmos a definição contida na Convenção de 1999, auferimos que o elemento objetivo do tipo é causar a morte ou lesões corporais graves – a um grupo preestabelecido de sujeitos passivos: civis ou outros indivíduos que não sejam parte ativa de um conflito armado em curso; e que a *intenção* de, por meio do *modus operandi*, intimidar a população *ou* compelir o governo ou uma organização internacional a tomar uma determinada conduta são também requisitos para a configuração do delito. A intenção funciona aqui como especial elemento subjetivo do tipo, mas não é necessária a ocorrência cumulativa das duas intenções descritas.

A dita Convenção faz menção à *intenção* de interferir em uma conduta do governo ou de um organismo internacional e mesmo essa *intenção* não é indispensável para a caracterização do delito, visto que, no caso da referida conceituação, há a descrição de duas intenções *não cumulativas* (utilização da conjunção alternativa *ou*), sendo necessária apenas uma delas para a codeterminação do delito. Assim, qualquer das duas intenções descritas no conceito são suficientes para caracterizar o delito de terrorismo e é imprescindível que uma delas ocorra, mas basta uma. Nem sempre, portanto, pela Convenção de 1999, haverá intenção política no crime de terrorismo e a *motivação*<sup>62</sup> não é sequer mencionada no referido instrumento<sup>63</sup>.

Assim, sem pretensão de exaurir tema assaz polêmico, entendemos como sendo uma definição geral e possível do crime de terrorismo a conduta levada a cabo com intenção de intimidar de maneira significativa determinados sujeitos<sup>64</sup>, sujeitos de direito

---

<sup>62</sup> Com esse mesmo entendimento SAUL, *NILR*, 2005, p. 78.

<sup>63</sup> A análise das propostas de definição surgidas a partir dos anos 30 do século XX, nas Conferências para a Unificação do Direito Penal, e também a definição da Convenção de 1937, assim como a resolução 49/60 adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas também não inseriam na definição do conceito a motivação ideológica. Em GIBBS, *ASR*, 1989, p. 330, o terrorismo é conceituado como o uso da violência ilegal ou a ameaça do uso da violência contra pessoas ou bens. COADY, *TJE*, 2004, p. 39, também não faz referência a motivação política, preconizando a figura da vítima inocente como critério para a caracterização do terrorismo.

<sup>64</sup> Civis ou outros indivíduos que não sejam parte ativa de um conflito armado em curso. Ressalta-se que um indivíduo que não obstante seja parte de um conflito armado, mas que não esteja *ativamente* no desempenho daquela atividade, é abarcado pelo rol das possíveis vítimas do crime de terrorismo. De modo mais amplo, CASSESE, *Internacional*, 2003, p. 129, o A. apresenta uma definição na qual se incluem os militares e outros oficiais públicos como vítimas do crime de terrorismo internacional.

internacional inclusive, causando um *estado de pânico* ou *medo excessivo* em virtude da maneira como se atinge o objeto da ação<sup>65</sup>.

## 2.2 Atos terroristas em tempos de guerra

Três questões importantes e conexas entre si são levantadas ao se analisar o tema desta subparte. São elas: a viabilidade de o Estado<sup>66</sup> ser sujeito ativo do crime de terrorismo; a possibilidade de configuração do crime de terrorismo em tempos de guerra e, por fim, caso a resposta à segunda questão seja positiva, qual seria o parâmetro utilizado para se distinguir o crime de terrorismo dos crimes de guerra ou ainda seria o terrorismo, nesse contexto, uma subcategoria dos crimes de guerra<sup>67</sup>.

No âmbito das resoluções e convenções internacionais que envolvem o terrorismo, a tendência é a não exclusão da possibilidade de responsabilização estatal pelo cometimento de práticas terroristas. Assim, embora o Art. 1 (2) da Convenção de 1937<sup>68</sup> impunha que a conduta terrorista fosse dirigida *contra* um Estado, não há previsão especial quanto ao sujeito que a perpetre podendo, então, ser uma conduta estatal ou não. De forma mais expressa a A/RES/40/61<sup>69</sup>, 1985, e posteriormente outras de forma assaz semelhante,

---

<sup>65</sup> Tratando da densificação do perigo no tipo objetivo em razão da intenção terrorista da conduta e apontando para a inserção do crime de terrorismo na categoria dos crimes de tendência, “em que é a especial direção da vontade do agente que cunha o tipo de delito e transporta a especial perigosidade para o bem jurídico”: DIAS, CAEIRO, *RLJ*, 2005, p. 82.

<sup>66</sup> Nessa subparte abordaremos exclusivamente o papel do Estado enquanto possível perpetrador do crime de terrorismo; retomaremos o tema sobre as outras perspectivas da relação do Estado e o crime de terrorismo nos tópicos 3.5 e 5.1. E a noção de terrorismo estatal é aqui empregada com o sentido de se destacar como possíveis perpetradores do crime de terrorismo agentes estatais, os quais têm sua atuação eminentemente vinculada e condicionada ao Estado que representam, sendo, portanto, uma ação decorrente de uma determinada política estatal. Apontando para o reduzido valor legal da expressão terrorismo estatal, vide: CASSESE, Antonio. The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law. *JICJ*, Oxford, v. 4, n. 5, p. 933-958, Nov. 2006. (p. 944). O A., contudo, aceita a possibilidade de que oficiais estatais sejam perpetradores do crime de terrorismo: CASSESE, *International*, 2003, p. 126.

<sup>67</sup> Entendimento esse propugnado por *ibidem*, p. 126 e ainda mais nitidamente em *idem*, *JICJ*, 2006, p. 943 e ss.

<sup>68</sup> Convenção essa que, apesar de não ter entrado em vigor e de ter sido assinada por apenas 24 Estados e ratificada apenas pela Índia, representa um passo importante na caminhada para o consenso internacional acerca do terrorismo.

<sup>69</sup> No âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas, esta resolução é considerada como a que pela primeira vez inequivocamente condenou como criminal todos os atos, métodos e práticas de terrorismo. (para. 1, A/RES/40/61). Cf. ROBINSON, *The Rome*, 2002, p. 511.

como exemplo, a A/RES/49/60<sup>70</sup>, 1994, e também a A/RES/51/210, 1996, adotadas pela Assembleia Geral da ONU, preveem a condenação do terrorismo onde quer e *por quem quer* que seja cometido.

Nesse sentido, também a definição genérica sobre o terrorismo constante na Convenção para Repressão do Financiamento ao Terrorismo, 1999, não excluiu a possibilidade de ocorrência do terrorismo perpetrado por agentes estatais, bem como a conceituação proposta para o terrorismo por grande parte da doutrina<sup>71</sup>.

Existe, todavia, de maneira pontual<sup>72</sup>, a exclusão da possibilidade de ocorrência do terrorismo estatal relativamente a certos atos, como se verifica na Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba, 1997.

O preâmbulo da citada Convenção ressalva que as atividades das *forças militares dos Estados* se regem por normas internacionais que estão fora do marco da dita Convenção. E no seu art. 19 (2) exclui-se especificamente a aplicação da Convenção tanto em relação às atividades *das forças armadas* durante um conflito armado, como às atividades realizadas pelas *forças militares de um Estado* no cumprimento de suas funções oficiais, na medida em que tais atividades sejam regidas pelas normas de Direito Internacional.

Uma observação merece ser feita e diz respeito ao uso das terminologias *forças armadas* e *forças militares de um Estado* pela Convenção de 1997. Embora estejamos de acordo com o entendimento<sup>73</sup> que afirma que o sentido da primeira expressão seja mais amplo que o da segunda – pois que aquele não impõe uma vinculação estatal necessária às

---

<sup>70</sup> Cf. ANEXO G.

<sup>71</sup> De maneira meramente exemplificativa remetemos as definições apresentadas por CASSESE, *International*, 2003, p. 124 e 126; também COADY, *TJE*, 2004, p. 39, que assevera empregar uma definição tática em contraponto ao que denomina de definição de caráter político (*political status definition*); as assertivas de WALTER, *Terrorism*, 2004, p. 21 e ss; e SUCHARITKUL, *Sompong. Terrorism as an International Crime: Questions of Responsibility and Complicity*. In: *Colóquio Jurídico Internacional sobre o terrorismo como um crime internacional*, 1988, Telavive, Universidade de Telavive Fundo de Pesquisa em Direito Internacional Paula Goldberg. (p. 3 e ss); também GIBBS, *ASR*, 1989, p. 333, que, embora proponha por *razões teóricas* uma definição à parte para o terrorismo estatal, admite a possibilidade de sua ocorrência; e de maneira expressa SCHACHTER, *HJIL*, 1988-9, p. 310.

<sup>72</sup> Não se desconsideram as discussões ocorridas durante os trabalhos (ainda não concluídos) do Comitê Ad Hoc – estabelecido pela resolução A/RES/51/210, 1996, da Assembleia Geral das Nações Unidas – acerca do Projeto de Convenção abrangente sobre o Terrorismo, no qual se discute a inclusão no referido projeto da noção de terrorismo estatal, incluindo atos cometidos pelas forças militares de um Estado. Veja a esse respeito o anexo III, da sexagésima oitava sessão (A/RES/68/37, p. 24 e ss), do mencionado Comitê. Sem ter-se atingido um consenso, a solução parece apontar para a redação de 2007, pela qual o art. 18 (2) preceitua que as atividades das forças armadas, governadas pelo Direito Internacional Humanitário, durante um conflito armado não seriam abarcadas por essa Convenção.

<sup>73</sup> Vide: WALTER, *Terrorism*, 2004 p. 39 e ss.

partes beligerantes – a questão que surge é de saber se também as *forças militares de um Estado* estariam abarcadas pela terminologia *forças armadas*. Pois que sendo a resposta positiva, a utilização no preâmbulo da Convenção da expressão mais restrita carece de lógica, haja vista que as disposições preambulares têm por função elucidar o sentido dos termos empregados na Convenção. Assim, por uma questão lógico-sistemática, caso a expressão *forças armadas* englobasse também o termo *forças militares de um Estado*, o termo que deveria constar no preâmbulo seria aquele e não este. Ao revés, se tomarmos a resposta negativa à questão e dissociarmos as forças militares de um Estado do rol abarcado pela expressão *forças armadas*, seremos levados a defender que, pela leitura do art. 19 (2)<sup>74</sup>, o que se exclui da aplicação da dita Convenção *no contexto de um conflito armado* são *apenas* as atividades realizadas pelas *forças armada*, restando portanto imersa no âmbito de aplicação da Convenção a atividade das *forças militares do Estado* durante um conflito armado, já que esta última terminologia não é englobada por aquela. A adoção de tal assertiva entretanto não se coaduna com o preâmbulo da Convenção, o qual expressamente exclui do âmbito da Convenção a ação das *forças militares estatais*.

De forma que, a despeito do desvio lógico-sistemático, entendemos que a solução de compatibilidade restaria melhor atendida se optarmos pela primeira assertiva, que é capaz de coadunar o art. 19 (2) com a observação presente no preâmbulo. O que nos leva a concluir que a conduta das forças militares *estatais*, uma vez que integram o conceito de *forças armadas*<sup>75</sup>, não é passível de se adequar aos atos terroristas com bombas previstos por essa Convenção, também assim quando se estiver em curso um ataque armado<sup>76</sup>. Trata-se, contudo, de uma exclusão pontual.

E, embora a exclusão do Estado enquanto possível perpetrador do crime de terrorismo fosse uma maneira fácil de se diferenciar tais crimes das ações de guerra, não acreditamos ser essa uma opção razoável e nem suficiente. Quanto à razoabilidade, entendemos que a configuração do terrorismo como um crime próprio – ligado unicamente a indivíduos ou organizações não estatais – carece de fundamento, uma vez que a classificação dos crimes próprios está calcada na maior e, em geral, exclusiva aptidão de

---

<sup>74</sup> ANEXO H.

<sup>75</sup> Interpretação possível consoante o Art. 42 (1) do Primeiro Protocolo adicional da Convenção de Genebra, 1977.

<sup>76</sup> De forma semelhante WALTER, *Terrorism*, 2004, p. 41 e ss, embora alertando para a impropriedade da exclusão da possibilidade de ocorrência do terrorismo estatal.

um determinado sujeito para a realização do tipo, não restando, por esse argumento<sup>77</sup>, justificada a exclusão do terrorismo estatal. Ao contrário, os Estados, via de regra, possuem ao seu dispor maiores meios de perpetrar uma ação terrorista, haja vista o monopólio bélico, o domínio da tecnologia de guerra, etc. Em relação à suficiência, alertamos para o fato de que, caso admitida a possibilidade de ocorrência do terrorismo em tempos de guerra, permaneceria não resolvida, mesmo com a exclusão estatal, a questão de se saber qual o critério diferenciador a ser utilizado para se delimitar a ocorrência de uma ação terrorista ou de uma ação de guerra quando as partes beligerantes não se resumissem a agentes estatais.

Resta saber então se, de maneira geral, é possível a ocorrência do crime de terrorismo no contexto de um conflito armado ou se a regulamentação por parte do Direito Internacional Humanitário faz excluir a possibilidade de caracterização de tal crime, sendo possível apenas a ocorrência de crimes de guerra. Note-se que aqui, ultrapassando as restrições quanto ao sujeito ativo, questiona-se sobre a possibilidade de aplicação das normas internacionais sobre o terrorismo em razão de uma limitação circunstancial, o conflito armado, independentemente dos beligerantes envolvidos.

Durante um conflito armado vige um conjunto especial de normas, *jus in bello* ou Direito Internacional Humanitário, que possuem a função de regulamentar as situações ocorridas nesse contexto. E os instrumentos internacionais desenvolvidos para esse fim costumam dividir-se em Direito de Genebra e Direito de Haia.<sup>78</sup> O primeiro é composto por seis instrumentos, quatro convenções e dois protocolos, que visam proteger os civis e outros indivíduos que não sejam parte ativa nos combates. O segundo tem por principal instrumento a Convenção de Haia de 1907 e regulamenta predominantemente as ações militares<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Embora não seja vedado que em convenções pontuais sobre determinados atos terroristas existam específicas estipulações que excluam o Estado do rol dos possíveis perpetradores dos atos ali contidos.

<sup>78</sup> Cf. CRYER, Robert; et al. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. (p.268).

<sup>79</sup> Embora também disponha sobre a proibição de bombardeamentos aéreos com o propósito de aterrorizar a população civil, v.g, Art. 22. HAIA. Regras de Haia sobre a Guerra aérea, 1922 (1923).

Nas duas categorias de direito mencionadas prevê-se a proibição do terrorismo<sup>80</sup> no curso de um conflito armado, mas a primeira questão que surge é se além de proibido o terrorismo seria também *criminalizado* pelas normas do *jus in bello*.<sup>81</sup>

Embora o terrorismo, sob a perspectiva de um conflito armado, não tenha sido estipulado pelo Estatuto de Roma entre as situações de grave violação às Convenções de Genebra, 1949, entendidas como crimes de guerra, defendemos que a opção pela não inclusão reside antes na tentativa de se evitar a estipulação de uma conduta que, para os relatores do referido Estatuto, ainda não goza de um consenso acerca de sua definição jurídica<sup>82</sup> do que na negação da gravidade provocada por uma conduta terrorista ao Direito Internacional Humanitário<sup>83</sup>.

De forma que extraímos uma resposta afirmativa para a questão sobre a criminalização do terrorismo no contexto de um conflito armado<sup>84</sup>, não só em razão do entendimento propugnado pelo Comitê Internacional de Genebra pelo qual “as violações mais sérias do Direito Humanitário são consideradas crimes de guerra”<sup>85</sup>, como também por meio da conjugação de análise da jurisprudência de alguns tribunais e pelas normas de alguns tratados, assim temos: as considerações e a conclusão no julgamento do caso Stanislav Gali no qual se reconheceu que “Terror as a crime within international humanitarian law was made effective in this case by treaty law”<sup>86</sup>, ainda que limitado ao contexto do estatuto que institui o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia; o Art. 4 (d) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, em que se prevêem os atos de terrorismo como uma grave violação do *jus in bello* e institui a competência do referido

---

<sup>80</sup> Vide: Art. 33.1 da Quarta Convenção de Genebra; Art. 51.2 do Primeiro Protocolo Adicional; Arts. 4.2 (d) e 13.2 do Segundo Protocolo Adicional de Genebra; e o já referido Art. 22, das Regras de Haia sobre a Guerra aérea, 1922 (1923).

<sup>81</sup> Também nesse sentido CASSESE, *JICJ*, 2006, p.943.

<sup>82</sup> A mesma fundamentação assiste a não previsão do crime de terrorismo também em situações de paz, pelo Estatuto de Roma. Vide nota de rodapé 61. Pelo que não parece ser por se estar sob a égide de um conflito armado que o crime de terrorismo não logrou previsão pelo Estatuto.

<sup>83</sup> Sobre a não estipulação do terrorismo pelo Estatuto de Roma há autores que, todavia, defendem que ainda assim o Tribunal Penal Internacional terá jurisdição sobre os atos terroristas quando estes constituam crimes contra a humanidade ou crimes de guerra. Nesse sentido vide GUILLAUME, *ICLQ*, 2004, p. 541, nota de rodapé 11.

<sup>84</sup> Parafrazeando e complementando a assertiva de SCHACHTER, *HJIL*, 1988-9, p.310: “Terrorist acts are criminal irrespective of terrorist motives or the cause served.” or the context in which they are perpetrated.

<sup>85</sup> COMITÊ INTERNACIONAL DE GENEBRA. *Repressão penal* - Punir os crimes de Guerra. O entendimento de que as graves violações às normas do Direito Humanitário, incluindo a conduta terrorista, são crimes de guerra justifica o entendimento de CASSESE, *JICJ*, 2006, p. 943 e ss. sobre ser o terrorismo, no contexto de um conflito armado, uma subcategoria dos crimes de guerra.

<sup>86</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Tribunal for the former Yugoslavia: Caso: *Prosecutor v. Stanislav Galic* (IT-98-29-A). 30 de Nov. de 2006. (p. 49).

Tribunal para o julgamento deste crime; no mesmo sentido, o Art. 3 (d) do Estatuto do Tribunal Especial para a Serra Leoa; e por fim, sem pretensão de exaurimento, no item IV, da alínea f, do Art. 20, do Projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade, 1996, prevê-se o terrorismo entre os possíveis crimes de guerra.

O Direito Internacional Humanitário, por possuir, então, algumas disposições que proíbem o cometimento de atos terroristas, sendo estes também criminalizados, possibilita a conclusão de uma aparente concorrência normativa entre elas e as disposições de Direito Internacional Penal sobre o Terrorismo. Tendo em vista essa possível concorrência normativa, a já citada Convenção para repressão do Terrorismo à Bomba, 1997, e o projeto de Convenção abrangente sobre o Terrorismo excluem expressamente suas respectivas aplicações às condutas perpetradas durante um conflito armado.

Entretanto, essa concorrência normativa é apenas aparente e, sobre o fundamento da sobreposição normativa, torna-se desnecessária a exclusão da incidência do Direito Internacional Penal no contexto de um conflito armado, haja vista a existência do princípio de que a *lex specialis derogat legi generali*<sup>87</sup>. De maneira que não há impedimento geral para que nos casos em que o Direito Internacional Humanitário *não* acoberte uma conduta que sob a égide do Direito Internacional Penal consubstancie-se em um crime de terrorismo possa, e mais, deva ser este aplicado. Note-se que nessa hipótese não há sobreposição normativa, existe apenas *uma* norma passível de se subsumir ao caso, de forma que não havendo disposição em contrário (e nem norma mais específica) aplicar-se-á, via de regra, a norma geral, que neste caso é o próprio Direito Internacional Penal.

Em suma, defendemos não haver um impedimento *geral* acerca da possibilidade de aplicação do crime de terrorismo, enquanto categoria pertencente ao Direito Internacional Penal, durante a ocorrência de um conflito armado. Pois que, não obstante a existência de um escopo normativo próprio que regulamenta as situações de conflito armado - e que possui prevalência por ser um direito especial frente as normas de Direito Internacional Penal e que mesmo os tratados pertencentes a essa última categoria possam afastar, de modo pontual, sua aplicação quanto um conflito armado estiver em curso - o terrorismo, regido pelo Direito Internacional Penal, ainda assim teria aplicação residual no contexto de um conflito armado.

---

<sup>87</sup> Aplicando esse mesmo princípio: WALTER, *Terrorism*, 2004, p. 40.

### 2.3 A luta global contra o terrorismo (*Global War on Terrorism*)

O bem jurídico tutelado pela criminalização do terrorismo internacional parece<sup>88</sup> justificar o engajamento por parte de certos países no combate ao terrorismo em escala global, já que eles se rotulam, concomitantemente, como *diretamente* mais ameaçados e com *maior capacidade* para combaterem esse tipo de crime. E, conquanto se diga que a luta<sup>89</sup> é global, o presente trabalho restringirá as apreciações do polo ativo e abordará o combate intentado, especificamente, pelos Estados Unidos contra o terrorismo internacional. Analisar-se-á, então, a legitimidade<sup>90</sup> não só das medidas antiterroristas, mas também da legítima competência do Estado norte-americano para intitular-se nessa função de combate.

Correlato ao que foi dito sobre a dificuldade gerada pelo grande peso político das decisões internacionais para estabelecimento de definições normativas, a definição de terrorismo pelas normas norte-americanas, embora circunscrita a um único Estado, não difere dessa constatação e também prima por uma definição que se assenta mais em uma conformação ideológica<sup>91</sup>, com vista a atingir ou manter determinadas finalidades políticas,

---

<sup>88</sup> Embora atinente à conjuntura das Decisões-Quadros estabelecidas no contexto da União Europeia, vale mencionar a ressalva feita por CAEIRO, Pedro e LEMOS, Miguel Ângelo. Content and impact of approximation: The Case of terrorist offences. In: GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne. (ed.). *Approximation of substantive criminal law in the EU: The way forward*. Bruxelles: Institut d'études européennes, 2013. p. 153-167, (Series: Etudes Européennes).(p. 157): “[...] the foreign or transnational nature of the protected interests (relating to the contents of the *fattispecie*) should not be confused with the extraterritorial scope of the norms (relating to the reach of a given penal law system).”.

<sup>89</sup> A luta ou a guerra contra o terrorismo denota-se, nas lições de JAKOBS, Günther. Derecho Penal del ciudadano y derecho Penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del enemigo. 1ª ed. Madrid: Civitas, 2003. p. 19-56. (p. 46), como um “[...] procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo [...]” e que por isso “[...]no puede denominarse un proceso próprio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra [...]” E tal forma de proceder parece justificar-se no pensamento do A. em razão das regulamentações mais extremas tanto do direito material como do direito processual penal do inimigo dirigirem-se a *eliminação do risco terrorista*, eliminação esta intentada pela coação até chegar a guerra. *Ipsis litteris*: “[...] el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.”(*ibidem*, p. 33).

<sup>90</sup> No sentido propugnado por HABERMANS, Jürgen. Communication and the Evolution of Society. Tradução de Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1979.(p. 178 e 179): “Legitimacy means that there are good arguments for a political order’s claim to be recognized as right and just;” *mutatis mutandis*, o que se analisará pelo filtro da legitimidade não é a ordem política, mas sim as ações, em especial as norte-americanas, de combate ao terrorismo, enquanto crime internacional.

<sup>91</sup> COADY, TJE, 2004, p. 40 *passim*.

do que propriamente jurídica da questão em razão do desalinho formal<sup>92</sup> e material<sup>93</sup> com outras normas jurídicas, sejam elas constitucionais ou internacionais.

De forma mais assertiva e sob um pendor sociológico, TOSINI<sup>94</sup>, recorrendo à teoria dos sistemas sociais, afirma que mais do que primar pelo sistema político as disposições contraterroristas chegam mesmo a marginalizar questões legais, colocando em causa a própria autonomia da lei<sup>95</sup>, enquanto sistema social<sup>96</sup>. Assim, as recentes regulamentações legais norte-americanas surgidas em início do século XXI, com especial ênfase para o *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* (mais conhecido pelo acrônimo *USA PATRIOT ACT*) *Act of 2001*, «doravante Ato Patriótico ou PATRIOT Act», preconizam pela observância do código da eficiência/ineficiência<sup>97</sup> em detrimento do código da legalidade/ilegalidade<sup>98</sup>, e os eventuais desvios de princípios e regras constitucionais e internacionais respaldam-se na caracterização propugnada pelo Executivo de se estar sob um estado de emergência<sup>99</sup>.

Resta, entretanto, aberta a questão de se saber se a “guerra” contra o terrorismo seria mesmo uma “guerra”<sup>100</sup> ou poderia ser entendida como “[...] o uso da força naquelas raras hipóteses em que o direito internacional contemporâneo o tolera: a legítima defesa real contra uma agressão armada, e a luta pela autodeterminação de um povo contra a dominação colonial.”<sup>101</sup>.

---

<sup>92</sup> Cf. WONG, Kam C. The USA PATRIOT Act: Some unanswered questions. *IJSL*, London; New York, v. 34, n. 1, p. 1-41, Mar. 2006. (p. 12 e ss) sobre a forma como o ato foi aprovado no congresso norte-americano.

<sup>93</sup> Sobre a restrição das liberdades constitucionais dos próprios cidadãos americanos: *ibidem*, *IJSL*, 2006, p.36 e ss.

<sup>94</sup> TOSINI, Domenico. The autonomy of law in the war on terror: A contribution from social systems Theory. *IJLCJ*, Amsterdam, v. 40, n.2, p. 115-131, Abr. 2012. O A. utiliza como marco teórico de sua análise acerca da autonomia a teoria proposta por Niklas Luhmann sobre o Direito como sistema autopoietico.

<sup>95</sup> De forma assaz superficial, pode-se entender que o sistema legal diferencia-se dos demais sistemas em razão do seu código binário legalidade/ilegalidade e da sua especificação funcional, qual seja, a estabilização das expectativas normativas. Cf. TOSINI, *IJLCJ*, 2012, p. 116 e ss.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>97</sup> Também sob o código binário da eficiência/ineficiência o Ato Patriótico não possui uma avaliação consensualmente positiva. Cf. WONG, *IJSL*, 2006, p. 26 e ss.

<sup>98</sup> *Vide*: TOSINI, *IJLCJ*, 2012, p.125.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 120 e ss.

<sup>100</sup> Nesse sentido WONG, *IJSL*, 2006, p. 36. E apontando para a ausência de rigor terminológico ao empregar-se a expressão “war” no contexto de combate ao terrorismo *vide*: DINSTEIN, Yoram. Terrorism and Afghanistan. *ILS*, Newport, v. 85, p. 43-57, 2009. (p. 43).

<sup>101</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*: Curso elementar. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. (p.368 e 369). Contra a ideia de que a luta pela libertação nacional autorizaria a utilização da força pelos insurretos, *vide*: RANDELZHOFFER, Albrecht. Art. 2 (4). In: SIMMA, Bruno (ed.). *The Charter of the United Nations*, 2ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2002. p. 112-135. (p. 128- 129).

Interessa-nos, então, a definição norte-americana sobre o terrorismo internacional e o tratamento legal dispensado aos terroristas, em especial estrangeiros, sobre os quais recaia a pretensão de exercício do *ius puniendi* norte-americano. Embora existam outras concepções sobre o terrorismo também estabelecidas por instituições dos Estado Unidos, como a utilizada pelo Departamento de Estado Norte-Americano<sup>102</sup> e a constante no relatório da Subcomissão de Terrorismo e Segurança Interna<sup>103</sup>, utilizaremos como objeto de estudo a definição de terrorismo internacional constante na secção 2331, do título 18, do Código do Estado Unidos<sup>104</sup>, utilizada pelo Ato Patriótico, e as correlatas implicações desse instrumento legal em nível internacional.<sup>105</sup>

Como primeiro ponto de observação, tem-se o vasto recurso da incriminação de atos violentos ou atos perigosos para a vida humana, assim considerados não só pela lei norte-americana, mas por qualquer sistema jurídico. Na definição da conduta, a repetição da palavra *atos* parece autonomizar duas ações, a primeira relativa a atos violentos sem um objeto de ação determinado, e a segunda relativa a atos perigosos contra a vida humana. Ou seja, a primeira assertiva (“*involve violent acts*”) não menciona diretamente o objeto da ação, sendo possível aferir que também os atos dirigidos contra objetos materiais poderiam, preenchidos os demais requisitos, enquadrar-se no crime de terrorismo internacional. Já na segunda assertiva tem-se a vida humana como objeto da ação tutelado por esse tipo, assim incriminam-se as atividades que envolvem atos *perigosos* para a vida humana.

Quanto às intenções descritas nos três itens da alínea *B*, tem-se que são autônomas entre si e alternativas em relação ao tipo. E por corroborarem de forma imprescindível à caracterização do tipo, figuram como especiais elementos subjetivos do tipo, devendo estar presente ao menos uma. A primeira intenção descrita é intimidar ou coagir a população civil; a segunda é influenciar, através de um *modus operandi* que resulte especificamente na intimidação ou coação, a política de governo; e a última intenção é afetar uma conduta

---

<sup>102</sup> Utiliza a definição de terrorismo como sendo uma “[...] premeditated, politically motivated violence perpetrated against non-combatant targets by subnational groups or clandestine agents.”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of State: Chapter 7. (Legislative Requirements and Key Terms), *Country Reports on Terrorism 2011*.

<sup>103</sup> "Terrorism is the illegitimate, premeditated use of politically motivated violence or the threat of violence by a sub-national group against persons or property with the intent to coerce a government by instilling fear amongst the populace.". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Subcommittee on Terrorism and Homeland Security, Jul. 2002.

<sup>104</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Code, Title 18, Part I, Chapter 113B, § 2331 – Definitions.

<sup>105</sup> ANEXO I.

governamental através de um *modus operandi* específico, qual seja, a destruição em massa, o assassinato ou o sequestro.

Por fim, a alínea C aparece ligada ao viés *internacional* da conduta. Sob esse prisma, a internacionalidade da conduta poderá estar associada a questões *eminente territorialiais* – em razão do local no qual as ações se iniciam ou em função do local no qual os perpetradores operam ou buscam asilo – ou à qualidade do sujeito contra o qual a conduta se dirige ou ainda em razão dos *meios utilizados* serem capazes de transcender as fronteiras nacionais.

Conhecida a definição acima transcrita, resta-nos agora analisar a propriedade de se combater as condutas que se amoldem a essa descrição com regulamentações de exceção próprias de um estado de guerra. Nesse sentido, são as questões apontadas por PRITTWITZ<sup>106</sup> sobre o *entrelaçamento* entre guerra e direito penal, evidenciado pelos acontecimentos de 11 de Setembro de 2001.

Antes de adentrarmos na análise proposta, cumpre-nos fazer uma observação. A título de equiparação, melhor<sup>107</sup> seria que se estabelecesse uma relação entre *Direito Internacional Humanitário* como sendo, em brevíssima síntese, o conjunto normativo que regulamenta a guerra, sendo esta uma situação de conflito armado na qual se realizam *atos ou ações de guerra* (lícitas ou ilícitas); e *Direito Penal* que, em breve esboço, pode ser entendido como o conjunto de normas incidentes sobre condutas que lesem bens jurídicos com especial dignidade e não suficientemente protegidos por outra(s) área(s) do Direito, tais condutas lesivas (preenchidos os demais requisitos de antijuridicidade, de culpabilidade e para alguns de punibilidade) configuram *crimes*. E sob esse pano de fundo duas abordagens correlatas emergem, a do Estado vítima (perspectiva passiva), e a do autor – podendo inclusive ser um Estado, como defendido em item *supra* – de uma conduta terrorista (perspectiva ativa). Sob o foco do autor de uma conduta terrorista, o ponto de contato entre os dois corpos normativos mencionados estabelece-se entre o amoldar da sua conduta a um crime ou a um ato de guerra; ao passo que tendo como referência o Estado vítima o entrelaçamento se estabelece entre a possibilidade de recurso à legítima defesa internacional, regida pelo *jus ad bellum*, para combater o terrorismo, chegando em caso de

---

<sup>106</sup> PRITTWITZ, Cornelius. ¿ Guerra en tiempos de paz? Fundamentos y Límites de la distinción entre Derecho Penal y Guerra. *RP*, Barcelona, n 14, p. 174-181, Jul./Dez. 2004. (p.175).

<sup>107</sup> Alterando o paralelismo, não de todo sem correspondência, estabelecido por *ibidem*, p. 175 e ss, entre Guerra e Direito Penal.

admissão de ruptura da paz, à prevalência das normas de *jus in bello*, ou à utilização das normas de criminalização (comum) para tal finalidade.

As perguntas que permeiam a análise são, então: o terrorismo é um crime ou uma “ação de guerra”? Caso seja definido como um crime poderia ele desencadear, sob o prisma da proporcionalidade ou da correspondência, uma reação bélica (*jus ad bellum*)? Até que ponto a esfumada fronteira entre crime e ato de guerra (em tempos de paz!) se sustenta e mantém-se relevante quando se esteja em causa o terrorismo? <sup>108</sup>

A caracterização do terrorismo como ação de guerra em tempos de paz tem, a nosso ver, a nítida *intenção de legitimar* um regime de exceção aplicável não só no âmbito externo (recurso a força e a um aparato normativo mais permissivo do que o que vigora em tempos de paz), como também no plano interno (correlato ao tratamento dos agentes *capturados* responsáveis pela realização da conduta terrorista, os quais têm os seus direitos excepcionados e suprimidos, por vezes de forma mais incisiva do que a dispensada aos prisioneiros de guerra<sup>109</sup>). Porém, a intenção de legitimação não será, a nosso ver, sempre exitosa.

Primeiro, porque a eficácia da medida não transmuda a natureza da causa, ou seja, a *alegada*<sup>110</sup> inaptidão ou inadequação do Direito Penal para reprimir e combater o crime de terrorismo, não faz com que ele se torne uma ação de guerra. E quanto à alegada inaptidão do Direito Penal para lidar com casos extremos, pareamo-nos com o entendimento de GRECO, de que se “Toda exceção expressa uma regra que lhe serve de base”<sup>111</sup> e se “só [uma situação de] exceção demonstra o verdadeiro sentido que damos as regras” <sup>112</sup> (interpolações nossas), propugnar pela excepcionalização de regras que deveriam ser limites absolutos<sup>113</sup> ao Estado de Direito no tratamento dispensável a qualquer indivíduo representaria a concessão de superioridade às regras encobertas pela exceção, em detrimento da observância de regras que deveriam ser basilares do Estado.

E, segundo, porque nos casos em que se intenta configurar o terrorismo como uma ação de guerra há que se demonstrar sua capacidade para promover a ruptura da paz e ensejar, assim, a conjuntura de um conflito armado; ou, em etapa prévia, há que se

---

<sup>108</sup> Cf. *ibidem*, p. 177.

<sup>109</sup> Cf. os comentários sobre a base de Guantanamo em TOSINI, *IJLCJ*, 2012, p. 125.

<sup>110</sup> No sentido da inadequação, por todos, JAKOBS, *Derecho*, 2003, p.42 *passim*.

<sup>111</sup> GRECO, Luís. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”. *RBCC*, São Paulo, n. 78, p. 7-35, 2009. (p.18).

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 34.

demonstrar a imperativa conformação do terrorismo com o que seja um ataque armado, sendo este a única figura que legitima o recurso à força nas relações internacionais por parte de um Estado.

O terrorismo não implicará forçosamente a ruptura da paz e nem terá sempre a essência de um ataque armado, mas pode configurar-se como tal, desde que preencha certos contornos. Essa assertiva remete-nos todavia a mais uma dificuldade conceitual no plano do direito internacional, qual seja: a definição de ataque armado<sup>114</sup>. Esse tema será abordado no próximo capítulo, para já fica a referência ao entendimento da Corte Internacional de Justiça no caso *Nicarágua v. Estados Unidos em 1986*<sup>115</sup>, que correlaciona ataque armado e atos de agressão e embora não defina o que seja um ataque armado estabelece como parâmetro para a sua configuração *a escala e os efeitos gerados pela conduta*.

Assim, em certos casos, em razão *da escala e dos efeitos* da conduta terrorista, ela pode perfazer os contornos de um ataque armado, e nestes casos poderá o Estado vítima, preenchidos os demais requisitos da legítima defesa internacional, responder ao ataque através do recurso à força no âmbito internacional. Todavia, conjugada com outros fatores, a reação do Estado vítima pode tornar-se proativa e até desencadear, em circunstâncias extremas, um conflito armado, a exemplo do cenário ainda em curso no Afeganistão. De maneira que o terrorismo não é, *a priori*, uma ação de guerra, porque nem sempre estar-se-á sob o contexto de um conflito armado e nem sempre ele preencherá os requisitos para configuração do ataque armado.

Não será legítimo, portanto, o estabelecimento de uma regulamentação de exceção própria de “guerra” ao crime de terrorismo, haja vista ser esse, em regra, um *crime*. Logo, há que se reconhecer como desproporcional e ilegítimo o tratamento do crime de terrorismo internacional com respaldo na regulamentação vigente em tempos de guerra. Uma coisa é o crime de terrorismo, regulado por normas que vigoram em tempos de paz, outra mais específica é a conotação dele como sendo um ataque armado, que, *inter alia*,

---

<sup>114</sup> *Vide*: FOUTO, Ana Isabel Barceló Caldeira. Terrorismo e conceito de legítima defesa preventiva: Legitimidade do conceito de legítima defesa preventiva no quadro dos mecanismos de combate ao terrorismo. *RFDUL*, Coimbra, v. 50, n. 1-2, p. 133-197, Nov. 2010. (p. 153 e ss.).

<sup>115</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nicaragua v. United States of América*: Summaries of Judgment and Orders, 27 de Jun. de 1986. “Whether self-defence be individual or collective, it can only be exercised in response to an ‘armed attack’. In the view of the Court, this is to be understood as meaning not merely action by regular armed forces across an international border, but also the sending by a State of armed bands on to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack had it been carried out by regular armed forces.” (paras. 187 a 201).

pode autorizar a reação defensiva regulamentada pelas normas de *jus ad bellum*. E outra, ainda mais peculiar, é a afirmação de estar-se sob a conjuntura de um conflito armado, conjuntura essa que pressupõe a ruptura da paz e desencadeia a vigência de normas próprias, o *jus in bello*.

Por fim, outro flagelo da “luta global contra o terrorismo”, a que não poderíamos deixar de fazer menção antes de encerrarmos essa subparte e que será retomado no capítulo 5 deste trabalho, diz respeito aos limites da jurisdição do Estado norte-americano, o qual se auto-outorga como entidade competente para em escala *global* combater o terrorismo.

Situação semelhante a essa já figurou entre os casos levados à Corte Internacional de Justiça. Referimo-nos especificamente ao caso relativo ao mandato de detenção de 11 de Abril de 2000, que estabeleceu um litígio entre a República Democrática do Congo *v.* Bélgica. A República Democrática do Congo intentava que a Corte Internacional de Justiça declarasse que a Bélgica deveria anular (*shall annul*) o mandato internacional de detenção em desfavor de Yerodia e fundamentou o seu pedido com base em dois argumentos, para nós interessa o relativo ao princípio da universalidade. Segue um trecho do argumento congolês transcrito no relatório do julgamento da Corte:

“[the] *universal jurisdiction* that the Belgian State attributes to itself under Article 7 of the Law in question’ constituted a ‘[v]iolation of the principle that a State may not exercise its authority on the territory of another State and of the principle of sovereign equality among all Members of the United Nations, as laid down in Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations.’”<sup>116</sup>

Embora o argumento tenha sido levado à Corte, a República Democrática do Congo desistiu dele e restringiu-se apenas ao fundamento relativo às imunidades internacionais quando da submissão do Memorial e das considerações finais do procedimento oral<sup>117</sup>. Razão pela qual a Corte Internacional de Justiça não se manifestou sobre a ocorrência de um exercício excessivo da jurisdição universal por parte da lei (interna) belga<sup>118</sup> que, em apertada síntese, concedia a esse país competência universal para julgar crimes de guerra, crimes de genocídio e crimes contra a humanidade.

---

<sup>116</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *República Democrática do Congo v. Bélgica*. Julgamento: 14 de Fev. de 2002. (p. 10, n. 17).

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 19, n. 45.

<sup>118</sup> Essa lei belga que previa uma jurisdição universal incondicionada durou cerca de 10 anos, de 1993 a 2003. Tendo inicialmente previsto jurisdição judicativa para os crimes de guerra e incluído, após seis anos, também os crimes de genocídio e contra a humanidade, conforme menciona CAEIRO, *Fundamentos*, 2010, p. 392.

O ponto que restou não analisado no julgamento acima mencionado e que possui importância para o presente trabalho diz respeito ao âmbito legítimo de incidência da “jurisdição judicativa”<sup>119</sup> de um Estado soberano em nível global.

Assim, afóra os casos nos quais exista um nexó “direto” entre a conduta criminosa e o Estado que a suporta, em que é consensual que exista para este uma competência legítima para exercício de sua jurisdição sobre o fato (sendo também possível a existência de um conflito de “competências positivas” entre o Estado que suportou a conduta e, v.g, o Estado em cujo território o(s) agente(s) se encontrem) e do qual seja(m) porventura nacional(nacionais)<sup>120</sup>), restam controversas as hipóteses em que o Estado que se intitula como legitimado para exercer sua jurisdição judicativa foi atingido “apenas” de forma *geral*, assim como toda a comunidade internacional, e não específica e concretamente pelo crime de terrorismo internacional. E questão diversa, mas que também toca a pretensão judicativa, diz respeito às hipóteses nas quais a ocorrência do crime internacional de terrorismo é apenas *potencial*, nesse caso, além do problema em se estabelecer a legitimidade da pretensão judicativa do *potencial* Estado vítima, ainda há que se argumentar sobre qual é o marco inicial temporal a partir do qual já se torna legítima a atuação do (potencial) Estado vítima.

São questões que buscaremos abordar nos tópicos que seguem.

---

<sup>119</sup> Expressão utilizada por *ibidem*, p. 42 *passim*.

<sup>120</sup> Este não será, contudo, o foco de análise ao qual nos prenderemos, principalmente por acreditarmos que essa hipótese guarda maior pertinência com as normas de *Direito Penal Internacional* – sendo este entendido como ciência que se destina a “disciplinar a aplicação da lei penal estatal (substantiva) a fatos ‘internacionais’”. *Vide*: CAEIRO, *Fundamentos*, 2010, p. 35-36 – e com as convenções ou acordos de reciprocidade de que façam parte os Estados “conflituantes”. Todavia, inclinamo-nos a entender que, conquanto não exista nem um *dever geral* (considerações *particulares* merecem *os crimina juris gentium*) de extraditar ou de, supletivamente, julgar o indivíduo cuja extradição foi recusada (assim também, *ibidem*, p. 383), e nem uma prevalência *geral* da extradição sobre a competência em razão da nacionalidade, nos casos em que a lei interna autorize a extradição de nacionais, há certa prevalência da competência do Estado do *locus delicti* para julgamento do indivíduo. A título exemplificativo, afirmando pela prevalência na lei portuguesa da extradição sobre a competência em razão da nacionalidade, *vide*: DIAS, *Direito*, 2007, p. 222. Asseverando ter sido uma *opção* do legislador português, neste caso, conceder prevalência ao País com o melhor título de jurisdição, o Estado do *locus delicti*, em detrimento da jurisdição fundada na nacionalidade, *vide*, novamente, CAEIRO, *Fundamentos*, 2010, p. 337 e nota de rodapé 858; Também CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. (p. 451), afirma que *normalmente* o princípio da territorialidade (lugar onde a ofensa tenha sido perpetrada) é preferido em detrimento do princípio da nacionalidade (seja ela passiva ou ativa).

### 3 O USO (LETÍGIMO) DA FORÇA COMO MECANISMO DE DEFESA PELOS ESTADOS NO CAMPO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Neste capítulo, por razões metodológicas, faz-se necessário, a título introdutório, delinear as diferentes consequências que o *uso da força*<sup>121</sup> pode adquirir. Ater-nos-emos, primeiramente, à categorização intentada a partir da análise da *licitude* do emprego da força (correlata às noções de *jus ad bellum*). E, posteriormente, fora as considerações sobre a licitude, voltar-nos-emos à possibilidade de reconhecimento de estar-se sob a conjuntura (ou não) de um conflito armado e as consequências que daí decorram (correlatas às noções de *jus in bello*).

A partir da primeira categorização tem-se que será lícita a utilização da força armada se amparada por uma causa legal de justificação, perfazendo o escopo da legítima defesa. E para alguns autores<sup>122</sup> este recurso legítimo à força poderá ensejar ainda, em situações extremas, a instauração (legítima) de uma guerra dita defensiva ou de um conflito armado (internacional)<sup>123</sup>.

A outra possibilidade, dentro das considerações sobre a licitude do recurso à força, prende-se às hipóteses do uso da força armada não amparado por uma causa de

---

<sup>121</sup> O entendimento da palavra “força”, contida no art. 2º, n. 4, da Carta da ONU e norteadora do estudo que segue, está limitado à “força armada”. Sendo este o entendimento correto e prevalecente, por todos: RANDENZHOFER, *The Charter*, 2002, p. 117 e nota de rodapé 25. Vide também: SCHACHTER, Oscar. The Right of States to use Armed Force. *MLR*, Michigan, v. 82, n. 5-6, p. 1620-1646, Abr./Maio 1984. (p. 1624).

<sup>122</sup> Vide: KUNZ, Josef. Individual and Collective Self-Defence in Article 51 of the Charter of the United Nations. *AJIL*, Washington, v. 41, n. 4, p. 872-879, Out. 1947. (p. 877), e DINSTEIN, Yoram. *War, Aggression and Self-Defence*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. (p. 207). Embora este último A. reconheça que seja difícil compreender o recurso à guerra como uma medida legítima, o A. contra argumenta afirmando que em *algumas* situações a reação legítima poderá atingir tais contornos. Voltaremos à questão quando tratarmos da proporcionalidade e da necessidade como requisitos da legítima defesa internacional.

<sup>123</sup> As terminologias guerra e conflito armado internacional serão utilizadas como correspondentes entre si. No sentido dessa correspondência, o entendimento de PRITTWITZ, *RP*, 2004, p. 176, para quem a terminologia conflito armado é apenas a terminologia que o Direito Internacional moderno empregou para se referir a guerra; também DINSTEIN, *ILS*, 2009, p. 43: “Metaphors aside, there are two types of war pursuant to international law: inter-State (international armed conflicts) and intra-State (“civil wars” or non-international armed conflicts)”. E também o uso aleatório que se faz das duas terminologias tanto nas Convenções de Genebra como no Protocolo I adicional a elas. Contrário à correspondência do termo: DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 4º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992. (p. 841).

justificação configurando, assim, uma agressão<sup>124</sup>, da qual o ataque armado é espécie<sup>125</sup>. De forma que, tanto a agressão, como a reação defensiva são manifestações do uso da força, sendo que esta se precedida de uma das espécies daquela (o ataque armado) pode legitimar-se ante o direito internacional. É importante atentar, com jeito de antecipação, para o vínculo de dependência estabelecido entre o recurso (legítimo) à força e a ocorrência *prévia* de uma específica figura do uso ilegítimo dela que, nos termos da Carta da ONU, é o ataque armado.

Tradicionalmente, a vinculação do recurso *legítimo* à força armada nas relações internacionais, regulamentada pelo *jus ad bellum*, envolve, sob o ponto de vista dos sujeitos, a contraposição direta entre *dois Estados*. Entretanto, essa parece não ser a única hipótese possível porque situação pode dar-se em que a entidade responsável pelo uso ilegítimo da força, que atinja os contornos de um ataque armado, não seja e nem atue em nome de um Estado. E isso porque o recurso à força autorizado pelo Art. 51 da Carta da ONU estipula “apenas” a ocorrência do ataque armado contra um Estado membro, não sendo imperioso, ao menos não expressamente, que esse ataque seja promovido por outra entidade estatal.

Assim, pela ótica dos sujeitos envolvidos tem-se que, aliada à concepção tradicional, aventa-se a possibilidade de se ter como sujeitos *diretos*, envolvidos na utilização legítima da força, um Estado (titular, *a priori*, do direito de legítima defesa) e um grupo armado estrangeiro<sup>126</sup>, que age em nome próprio. Nessa hipótese, embora pareça existir a possibilidade de recurso à legítima defesa pelo Estado atacado, a atuação desse Estado implica dificuldades que não se encontram presentes quando a situação envolva *diretamente* dois Estados, ou seja, aparta-se um pouco das situações clássicas que o *jus ad bellum* visa regular.

Tendo em conta que nessa segunda hipótese a contraposição não se opera diretamente entre dois Estados, já que o Estado “hospedeiro” apenas de forma indireta, reflexa e, em geral, passiva (embora factualmente necessária) participa do incidente – uma vez que o alvo específico da reação defensiva não é esse outro Estado, mas sim uma entidade não estatal – a situação acaba por friccionar com institutos consagrados pelo

---

<sup>124</sup> Utilizamos a definição de agressão contida no artigo primeiro da A/RES/3314(XXIX), 1974: “Aggression is the use of armed force by a State against the Sovereignty, territorial integrity or political Independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, [...]”.

<sup>125</sup> DINSTEIN, War, 2001, p. 166: “An armed attack is, of course, a type of aggression”.

<sup>126</sup> Vide nota de rodapé 283.

Direito Internacional como a soberania e a consequente proibição de violação do território do Estado onde o grupo armado se encontra. Trataremos dessas situações no último item desse capítulo e no capítulo atinente à soberania.

A segunda categorização, desvinculada das considerações sobre a *licitude inicial* do recurso à força, leva em consideração o pano de fundo sob o qual se *desencadeia* a utilização da força, ou seja, se a conjuntura é de tempos de paz ou se, ao revés, pode se afirmar ter havido a ruptura desta.

Assim, conquanto o recurso à guerra ou o estabelecimento de uma situação de conflito armado sejam condenados pelo Direito Internacional atual, tendo-se restringido a noção de *jus ad bellum* à atuação tópica em legítima defesa<sup>127</sup>, situação pode dar-se em que o emprego da força armada não seja pontual e nem restrito aos limites defensivos – direcionados contra o *específico* ataque armado sofrido – desencadeando, então, uma situação de contínua conflituosidade bélica entre os envolvidos.

Nesses casos, não é imprescindível a observância, prévia, do *jus ad bellum* para que durante o conflito vigorem as regulamentações próprias do Direito Internacional Humanitário, *jus in bello*. E disto, como bem asseveram DINH e outros, se depreende alguma contradição. Para os mencionados autores, a interdição do recurso à força (através das hipóteses não abarcadas pelo *jus ad bellum*, ou seja, fora das hipóteses de legítima defesa) e a regulamentação jurídica de seu exercício são incongruentes, pois que atestariam a ineficácia da norma preventiva e constituiriam ainda uma verdadeira “organização da ilicitude”<sup>128</sup>.

Embora concordemos com a afirmação, há que se notar que, conquanto fosse desejável a observância estrita das normas internacionais, principalmente no tocante à proibição da utilização da força, uma análise mais realista das relações internacionais demonstra que o que se pode exigir do Direito Internacional é que ele ao menos mitigue os confrontos bélicos quando sua ocorrência não se puder evitar<sup>129</sup>. E não se trata, necessariamente, de uma “regulamentação da ilicitude”, mas sim da renovada (tendo em conta o insucesso do *jus contra bellum*) tentativa de *contenção* da ilicitude, não só da situação de conflito já em curso, mas também dos novos atos que possam ocorrer nesta conjuntura.

---

<sup>127</sup> Vide: DINSTEIN, War, 2001, p. 140.

<sup>128</sup> DINH; et al, *Direito*, 1992, p. 844.

<sup>129</sup> CASSESE, Antonio. *International Law*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. (p. 325).

Dito isso, além das indagações sobre a possibilidade de aplicação das normas de legítima defesa quando no polo passivo esteja uma entidade não estatal, outra questão faz-se pertinente e diz respeito à possibilidade de se reconhecer a existência de um conflito armado envolvendo um Estado e uma entidade não estatal estrangeira. Nesse caso, independentemente de se propugnar pela legitimidade de uma *guerra* defensiva, interessamos saber se é possível ancorar-se nas normas do *jus in bello* – sustentando, assim, estar-se sob a égide de um estado de guerra – para justificar, entre outras coisas, condutas realizadas pelo Estado não aceitas em tempos de paz.

Embora não exista uma definição vinculativa<sup>130</sup> no Direito Internacional sobre o conceito de guerra, tem-se que entre os elementos que integram a essência do conceito um deve ser aceito sem maiores discussões. Trata-se da estipulação de que pelo menos dois Estados são necessários para a configuração de um conflito armado internacional. Esse é um dos elementos integrantes da clássica definição de guerra proposta pelo jurista alemão OPPENHEIM, para quem: “War is a contention between two or more States [...]”<sup>131</sup>; também é o entendimento propugnado por DINSTEIN: “War is a hostile interaction between two or more States [...]”<sup>132</sup>; no mesmo sentido, CASSESE: “War is na armed conflict between two or more states.”<sup>133</sup>, e de forma mais geral, EAGLETON afirma que “In all definitions it is clearly affirmed that war is a contest between states.”<sup>134</sup> Em sentido contrário, DINH e outros, utilizando-se da concepção de que a guerra é apenas uma espécie integrante do conceito mais amplo de conflito armado internacional, afirmam que “A guerra entre Estados não é [...] senão um caso particular de conflito armado internacional.”<sup>135</sup>. O que faz supor a existência de conflitos armados internacionais *não* envolvendo contraposição de entidades estatais.

Contudo, a afirmação feita por esses autores e a consequente suposição que daí advém decorrem da inclusão das lutas contra a dominação colonial, a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas no exercício do direito pela autodeterminação<sup>136</sup> entre o rol das

---

<sup>130</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 4.

<sup>131</sup> OPPENHEIM, Lassa. *International Law*, v. 2, p. 202 *apud* DINSTEIN, *War*, 2001, p. 4.

<sup>132</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 15.

<sup>133</sup> CASSESE, Antonio. Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of International Law. *EJIL*, Florence, v. 12, n. 5, p. 993-1001, 2001. (p. 993).

<sup>134</sup> EAGLETON, Clyde. The attempt to define war. *ICJ*, New York, v.15, n. 237, p. 237- 291, 1933. (p. 281).

<sup>135</sup> DINH; et al, *Direito*, 1992, p. 842.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 842.

normas que regulamentam os conflitos armados internacionais<sup>137</sup>. Todavia, acreditamos tratar-se de uma *equiparação* de tratamento em razão da conjuntura em que se inseriram as guerras de libertação nacional ocorridas em África e Ásia no século XX, que, não sendo um “mero” incidente alocado e restrito a apenas um Estado, representaram um movimento de dimensão internacional pelo direito à autodeterminação dos povos. E, por fim, da referida equiparação (de natureza pontual e estabelecida expressamente pelo citado protocolo) não se deve auferir uma *intenção geral* de se englobar entre os conflitos armados internacionais aqueles que não se estabeleçam diretamente entre ao menos dois Estados, embora situação pode dar-se em que tal *equiparação* novamente ocorra.

Por fim, ainda antes de analisarmos a única figura de prerrogativa eminentemente estatal presente na Carta das Nações Unidas que autoriza o recurso à força armada, passaremos brevemente pela discussão de se saber se, ao lado da legítima defesa como causa que justifica e que portanto exclui a ilicitude da utilização da força armada na esfera internacional, também se incluiriam as ações do “poder público bélico”<sup>138</sup>; ou antes seriam tais ações verdadeiras *exceções*, na acepção dada por BAPTISTA<sup>139</sup>, à proibição do uso da força na seara internacional.

Apenas a título de menção, BAPTISTA afirma que o Direito Internacional Público proíbe o uso privado da força nas relações internacionais. Essa regra, todavia, possui, segundo o autor, uma verdadeira<sup>140</sup> *exceção*, que é o uso privado habilitado, e duas exceções meramente interpretativas: a ação bélica diretamente intentada pela ONU e o recurso à força em âmbito interno.

Sem possibilidade de maior aprofundamento, visto que o marco do trabalho restringe-se à atuação estatal, mas sem podermos contudo ignorar tal discussão, acreditamos não ser juridicamente defensável a ideia de que uma organização

---

<sup>137</sup> Art. 1, n. 4 do Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra, 1977.

<sup>138</sup> Expressão empregada por BAPTISTA, Eduardo Correia. *O poder público bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial*. Coimbra: Almedina, 2003. (p. 30 *passim*) para caracterizar as hipóteses nas quais existe uma *decisão pública* (leia-se decisão da comunidade internacional) para a utilização da força. Em sentido estrito, o poder público bélico guarda além da decisão pública sobre o uso da força também a *direção* pública do uso desta. Enquanto em sentido amplo a *direção* do uso da força é privada (leia-se estadual ou de responsabilidade de uma organização intergovernamental).

<sup>139</sup> O mencionado A. intenta diferenciar entre regime de exceção e causa de justificação. Sendo aquele, em apertada síntese, relativo às situações nas quais se prescinde da aplicação do preceito normativo (no caso a proibição de uso da força nas relações internacionais) porque as disposições do preceito não são consoantes às situações em voga. Enquanto no tocante às causas de justificação o preceito normativo se aplica às situações em voga, entretanto, em razão de uma justificação legal afasta-se a antijuridicidade da conduta.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 67.

internacional, no caso concreto, a ONU, esteja eximida, por regra geral, da proibição de recorrer à força em suas relações internacionais. A proibição geral existe, embora não decorra da leitura do Art. 2º, n. 4, da Carta, sendo este direcionado exclusivamente aos *Membros* da Organização, mas se depreende de forma ampla dos princípios de Direito Internacional<sup>141</sup> e em especial do Art. 1º da Carta, o qual estabelece que a atuação da organização deve fazer uso de “meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional”, para alcançar “um ajuste ou [uma] solução das controvérsias ou [das] situações que possam levar a uma perturbação da paz”.

De forma que a regra é o não recurso à força armada nas relações internacionais, entretanto, a violação dessa norma pode ser *justificada*. Assim, nos casos em que o poder público bélico atue, o uso da força permanece, ainda, proibido, todavia a atuação pode ser *justificada* sob o fundamento de se estar agindo sob o estrito cumprimento de um dever “legal”, que no caso das Nações Unidas é a manutenção da paz e da segurança internacional, que de outra maneira não se faz possível. Sem maiores diferenciações, também defendemos ser esse o entendimento relativo ao uso privado habilitado, mesmo que neste último caso os poderes de direção e controle do uso da força pertençam não à Comunidade Internacional, mas sim a um ou mais Estados ou a uma organização intergovernamental. Pois, ainda assim, a decisão de instituir o uso privado habilitado é da Comunidade Internacional e é feito com o propósito de atender a interesses desta, portanto, para justificar o descumprimento da proibição de recurso à força há que se assentar em uma norma de justificação, que seria também o dever de manutenção da paz e da segurança internacional.

Em suma, a *proibição* do recurso à força aplica-se a esses dois casos, porém, a ocorrência de uma atuação contrária à dita proibição pode ser *justificada*, afastando assim a ilicitude da atuação. Já no caso da *utilização da força no âmbito interno*, as normas de Direito Internacional, *v.g.*, Art. 2º, n. 7, da Carta da ONU, não abarcam tal hipótese sendo, em princípio<sup>142</sup>, inerente à soberania de cada Estado estabelecer os parâmetros para o

---

<sup>141</sup> Esse entendimento pode ser auferido também em CASSESE, *International*, 2005, p. 64. Quando o A., excetuando as considerações sobre a igualdade soberana entre os Estados, afirma estender-se também às organizações internacionais (entre outros entes não estatais) alguns princípios e entre eles inclui-se a proibição de ameaça ou uso da força.

<sup>142</sup> Entretanto, existem normas de Direito Internacional Humanitário, *ius in bello*, que regulamentam atos concernentes a conflitos armados internos, *v.g.*, Protocolo II adicional à Convenção de Genebra, 1977.

recurso e a utilização da força nos limites de seu próprio território<sup>143</sup>. Não se trata de um regime de exceção interpretativa<sup>144</sup>, mas simplesmente da não subsunção do preceito proibitivo às hipóteses de utilização da força no âmbito interno.

O que procuramos demonstrar é que o único caso no qual não ocorre a subsunção da norma de proibição geral do uso da força à situação são as hipóteses de utilização da força no âmbito interno. Ao revés, quando se estiver em causa o recurso à força diretamente intentado pelas Nações Unidas ou através do uso privado habilitado haverá a incidência, por regra, da norma proibitiva. Todavia, pode-se justificar a violação da proibição com a demonstração de que a violação teve como propósito assegurar a manutenção da paz e da segurança internacional (representando analogamente um dever legal da ONU), que por outro modo não restou possível. De forma que tanto a atuação do poder público bélico como o uso privado (não habilitado) da força estão sob o escopo de um mesmo regime, seja ele denominado como causa de justificação à violação da, ou como causa de exceção à, proibição do uso da força<sup>145</sup>.

Atente-se, todavia, que enquanto o poder público bélico em sentido amplo pode utilizar-se do estrito cumprimento de dever legal como causa de justificação para a violação da proibição de recurso à força nas relações internacionais, nos termos da Carta Internacional, a figura da legítima defesa pode ser utilizada unicamente pelos *Estados* como meio de justificar a violação da referida proibição. A possibilidade de legítima defesa inscrita no Art. 51, da Carta da ONU, nasce da ocorrência de um ataque armado contra um *membro* das Nações Unidas<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> Sobre a relativa consensualidade da não proibição da utilização da força pelo Estado em seu próprio território, *vide*: BAPTISTA, *O poder*, 2003, p. 265 e nota de rodapé 647.

<sup>144</sup> Como defende: *Ibidem*, p. 67.

<sup>145</sup> Em sentido semelhante, RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 125 à 128 e *idem*, Art. 51. In: SIMMA, Bruno (ed.). *The Charter of the United Nations*, 2ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2002. p. 788-806. (p.789) estabelece que as duas exceções (a previsão no art. 107 da Carta contra Estados inimigos durante a segunda guerra tornou-se obsoleta, como sustenta o A.) à proibição do uso da força nos termos da Carta são: as medidas coercivas do Conselho de Segurança, nos termos do Capítulo VII; e o direito individual e coletivo de legítima defesa estabelecido no Art. 51 da Carta. Assim, as duas hipóteses são similares no tocante a função que desempenham para justificar o (ou na expressão empregada pelo A. *excepcionar* a proibição do) emprego da força. Contra a ideia da existência de uma relação de regra/exceção entre o tipo incriminador e as causas de justificação, propugnando, ao revés, pela relação de “complementaridade funcional” *vide*, por todos: DIAS, *Direito*, 2007, p. 384 e ss.

<sup>146</sup> Todavia, BAPTISTA, *O poder*, 2003, p. 714 e ss, afirma que no tocante à legítima defesa pública, leia-se, aquela utilizada por Forças das Nações Unidas, resulta claro “à luz de prática consensual que o seu exercício é legítimo [...], mas a figura não tem fundamento exposto na Carta”. A legítima defesa pública decorreria do Direito Internacional Costumeiro.

Por fim, mas não menos importante, cabe mencionar a proibição, que também *não* advém diretamente da leitura do Art. 2º, n. 4, da Carta, relativa à utilização da força no *âmbito internacional* por agentes não estatais, nomeadamente grupos ou movimentos armados organizados<sup>147</sup>. Essa proibição encontra fundamento no Direito Internacional, que preconiza pelo recurso a meios pacíficos nas relações internacionais<sup>148</sup> e, também, no reconhecimento da inviolabilidade territorial dos países, razão porque resta em princípio proibida a ingerência armada por grupos ou movimentos na esfera de países terceiros<sup>149</sup>.

A interpretação em sentido contrário do Art. 51, da Carta, que autoriza o recurso a legítima defesa contra ataques armados (por essência ilegítimos), permite auferir a ilicitude de ataques armados sem qualquer estipulação prévia sobre seus possíveis perpetradores. Contudo, questão mais conturbada relacionada à atuação dos grupos armados não estatais prende-se à manifestação da legítima defesa em desfavor desses grupos, tendo em conta que tais grupos estão situados em um território soberano alheio ao Estado atingido, e não necessariamente responsável pelo ataque. Trataremos dessa celeuma, como já referido, a seguir no trabalho.

Retomando a análise do uso da força armada nas hipóteses em que o Estado o faz legitimamente, tem-se que a delimitação das hipóteses de legitimidade faz supor que exista uma proibição genérica do recurso à força. Assim DINSTEIN: “As long as recourse to war was considered free for all, against all, for any reason on earth – including territorial expansion or even motives of prestige and grandeur – States did not need a legal justification to commence hostilities.”<sup>150</sup>. A necessidade de recurso a uma justificação legal para se recorrer à guerra é, portanto, recente. E foi com a celebração do Pacto de

---

<sup>147</sup> AMBOS, Kai; ALKATOUT, Josef. A justiça foi feita? A legalidade da morte de Bin Laden sob o Direito Internacional. *RL*, São Paulo, n. 8, p. 17-34, Set./Dez. 2008. (p. 19), especifica que embora o conceito de conflito armado seja esfumado é comum a aceitação do entendimento estabelecido pelo Tribunal Penal para a antiga Iugoslávia, 1995, baseado no art. 1 (1) do Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra (PA II). E sob o prisma desse entendimento para a atuação de um grupo armado dar ensejo a um conflito armado esse grupo há que ser *organizado*.

<sup>148</sup> Problematizando e apontando para uma resposta negativa sobre a possibilidade de extensão da noção de *relações internacionais* para que nela se abarque a interação entre Estados e grupos privados, incluindo nesta última categoria os grupos terroristas, *vide*: CORTEN, Oliver. *The Law against War: the prohibition on the use of force in contemporary International Law*. Tradução de Christopher Sutcliffe. Oxford; Portland: Hart Pub., 2010. (p. 160 e ss). Estendendo, todavia, a possibilidade de responsabilização *direta* por violações do Direito Internacional Humanitário, no contexto de um conflito armado, das entidades não estatais *vide*: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos: *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Philip Alston (A/HRC/14/24/2010), 20 de Maio de 2010. (p. 11, para. 46).

<sup>149</sup> Quanto a proibição do uso da força por grupos armados nacionais do próprio Estado onde atuam o problema não subsiste. *Vide*: BAPTISTA, *O Poder*, 2003, p. 89.

<sup>150</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 160.

Briand-Kellog<sup>151</sup>, em 1928, que a intenção de se restringir as hipóteses de legitimidade do uso da força adquiriu um avanço mais significativo.

O mencionado Pacto também conhecido como Tratado de Renúncia à Guerra ou Pacto de Paris<sup>152</sup>, embora de elevada importância para o desenrolar de uma proibição mais abrangente da guerra no cenário global, falhou em alguns aspectos<sup>153</sup>. O primeiro aspecto a se apontar é relativo à abrangência subjetiva do Pacto, que limitava a proibição de recurso à guerra apenas em relação aos Estados contratantes *entre si*. De maneira que restou preservado o direito dos Estados contratantes recorrerem à guerra quando no outro polo estivesse um Estado não contratante. Os dois outros aspectos criticáveis relacionam-se com a abrangência objetiva do Pacto, um deles é relativo à renúncia à guerra “apenas” enquanto instrumento de *política nacional*, possibilitando o entendimento de que a guerra como instrumento de *política internacional* poderia ser legítima. Assim, as guerras religiosas ou ideológicas ou ainda a guerra contra graves violações do Direito Internacional, uma vez que visam a preservação deste último (não sendo, portanto, estritamente nacionais) abririam hipótese para uma eventual legitimação<sup>154</sup>. Embora tal proposição fosse uma interpretação possível, ela não se harmonizava com o preceituado pelo artigo primeiro, no qual se condenava o recurso à guerra como solução para controvérsias internacionais; e o segundo aspecto condenável, de viés objetivo, diz respeito à falta de menção no Pacto das

---

<sup>151</sup> Embora tenha havido outras tentativas de limitação do recurso à força armada nas relações internacionais, v.g. a convenção de Drago-Porter estabelecida na segunda Convenção de Haia, 1907; os chamados tratados Bryan, concluídos em 1913; e as disposições preambulares do Pacto da Sociedade das Nações, elas não possuíam um viés geral seja em razão do grau de limitação do recurso à força (a guerra ainda não era majoritariamente ilícita) seja em razão das hipóteses em que essa limitação incidia (na Convenção de Drago-Porter a preocupação com a limitação do recurso à força se resumia às situações de recuperação de dívidas contratuais). Assim, o Pacto de Briand-Kellog foi o passo decisivo para a *ilegalização* da guerra. Vide: DINH; et al, *Direito*, 1992, p. 816 e ss.; RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 116; DINSTEIN, *War*, 2001, p. 75 e 78, também aponta o pacto de Briand-Kellog como o marco divisor na história da regulamentação do uso da força entre Estados, embora não desconsidere a convenção de Drago-Porter como um modesto começo na alteração de entendimento da noção de *jus ad bellum*. REZEK, *Direito*, 2008, p. 370, menciona ainda certas disposições internacionais de data anterior que proibiam determinados atos *durante as hostilidades*, v.g. a Declaração de Paris de 1956; a Declaração de São Petersburgo de 1968; a Declaração de Bruxelas de 1874 e também a Convenção de Genebra de 1864, esta última tida pelo A. como o marco inicial do *Direito Humanitário*. Professando entendimento semelhante sobre a embrionária disposição do Direito Humanitário: CRYER; et al, *An Introduction*, 2010, p. 268. Tais atos, todavia, eram disposições concernentes ao *jus in bello*, pois que regulamentavam situações nas quais o conflito armado já estivesse instaurado e não propriamente proibiam a ocorrência dele.

<sup>152</sup> FRANÇA. *Pacto de Briand-Kellog*, 27 de Agosto de 1928.

<sup>153</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 80 aponta ainda a não abrangência do Pacto às hipóteses de utilização da força em menor intensidade, e DINH et al, *Direito*, 1992, p. 820, aduzem para a ausência de previsão de mecanismos sancionatórios aptos a reprimir eventuais violações ao Pacto, o que de certa forma acabava por não garantir grande eficácia ao propósito de interdição geral da guerra.

<sup>154</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 79.

hipóteses de guerra em legítima defesa, restando incerta a admissão<sup>155</sup> e, em caso de entendimento positivo, os eventuais limites para a ocorrência dessa figura.

Em 1945, a Carta da ONU preencheu esta última lacuna apontada no Pacto de Briand-Kellog. A Carta faz não só menção expressa a admissibilidade do recurso à força pelos Estados no âmbito internacional nas hipóteses de legítima defesa, como também consagra esse direito como sendo a única situação legítima na qual o Estado pode recorrer à força no plano internacional. De forma que a figura da *legítima defesa* no Direito Internacional Público assume grande relevância<sup>156</sup>. Assim, atualmente, como mencionado no início do capítulo, a proibição dirigida aos Estados de recorrerem à força ou à ameaça de utilização dela na ordem internacional está inscrita no Art. 2º, n. 4, da Carta da ONU e possui hipótese de justificação prevista no Art. 51 do mesmo diploma, a legítima defesa. Passemos a ela.

### **3.1 A ocorrência de um ataque armado como requisito fundamental da legítima defesa<sup>157</sup> internacional**

---

<sup>155</sup> Apesar da ausência de estipulação no supracitado Pacto da figura da legítima defesa, teve-se como consensual entre os Estados signatários do Pacto a legalidade do recurso à guerra como mecanismo de defesa legítima. Assim: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission: The Internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. Addendum - Eighth report on State responsibility*, Roberto Ago (A/CN.4/318/ADD.5-7), 1980. (p.59 e ss): “Yet the diplomatic correspondence which preceded the conclusion of the treaty shows clearly that the contracting parties obviously had this problem in their minds and that they were fully in agreement in recognizing that the renunciation of war which they were about to proclaim would in no way debar the signatories from the exercise of self-defence.” E entre as razões apontadas para a não referência no Pacto à legítima defesa tem-se: uma, que o valor do tratado dependia em grande parte da sua simplicidade; e duas, a dispensabilidade de estipulação expressa de uma cláusula autorizando o recurso à legítima defesa, visto ser essa possibilidade autoevidente. Entretanto, a ausência de previsão expressa da referida figura prejudica a delimitação dos contornos, ou seja, dos requisitos e limites em que a atuação estatal sob a égide da legítima defesa pode ocorrer.

<sup>156</sup> Vide: FOUTO, RFDUL, 2010, p. 139. Também RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 789.

<sup>157</sup> É importante destacar, embora com certo grau de obviedade, que não se colocam entre as questões desencadeadas pela utilização dos *drones* considerações sobre a legítima defesa individual (própria) relativas ao direito internacional penal (*international criminal law*). Uma vez que tais veículos são *não tripulados*, restando ausente o perigo contra a integridade física ou a vida de seus operadores. De forma que a única hipótese de legítima defesa individual, passível de se enquadrar na categoria normativa acima mencionada, seria a realizada em favor de terceiro (a qual dificilmente a operação dos *drones* visa servir e à qual o trabalho não se aterá). Embora bem acentue AMBOS, Kai. Defences in International Criminal Law. In: BROWN, Bartram S. (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*. Cheltenham et al: Elgar, 2011. p. 299-329. (p. 309)., acerca da importância de não se confundir a legítima defesa individual titularizada por pessoas físicas, a qual toca considerações sobre responsabilidade criminal individual, com a legítima defesa individual ou coletiva titularizada pelos Estados e inculpada no Art. 51 da Carta da ONU, primariamente ligada à responsabilidade Estatal. O A. faz tal distinção, com a qual concordamos, todavia não seja atinente ao problema do presente trabalho, em razão da *confusão* operada entre as considerações sobre a

Que, nos termos da Carta da ONU, a legítima defesa é a única causa de justificação para a utilização da força pelo Estado (em seu próprio nome) no âmbito internacional é afirmação assente em terreno seguro; todavia, em terreno não tão fiável estabelecem-se as demarcações dos requisitos configuradores dessa causa de justificação.<sup>158</sup>.

Conquanto o Art. 51 da Carta estabeleça que: “Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations [...]”<sup>159</sup>, alguma doutrina<sup>160</sup>, aliada a uma pontual e dissidente opinião proferida no caso *Nicarágua v. Estados Unidos*, sustenta que o ataque armado é apenas uma entre outras modalidades de agressão que autoriza a utilização da força em legítima defesa. Esse entendimento sustenta, em linhas gerais, que: primeiro, o emprego da expressão “*if an armed attack occurs*” (grifo nosso) e não “*only if an armed attack occurs*” decorre da intenção dos redatores da Carta de apresentarem apenas um exemplo dos casos que ensejam o direito de legítima defesa; e segundo, a adjectivação do direito de legítima defesa como um “inherent right” pressupõe o reconhecimento da existência do direito de legítima defesa também enquanto Direito Costumeiro (não limitado, portanto, a um “mero” Direito Convencional).

Quanto ao primeiro argumento, defendemos que ele baseia-se em uma interpretação equivocada da palavra “if”, o que de certa forma transporta o problema para

---

legitimidade das operações *estatais* em defesa coletiva e a legitimidade da defesa individual (de pessoas físicas) realizadas no contexto de tais operações.

<sup>158</sup> Assim também: CORTEN, *The Law*, 2010, p. 402; e GRAY, Christine. *International Law and the use of force*. 3ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2008. (p. 114).

<sup>159</sup> Preferimos reproduzir a versão em língua oficial inglesa dado que os dois argumentos aos quais faremos referência, e que fundamentam o entendimento de que não só o ataque armado integra o rol de possibilidades de ação em legítima defesa, decorrem de expressões contidas no texto em língua inglesa e que não encontram correspondente imediato na tradução para o português.

<sup>160</sup> Vide: BOWETT, D. W. *Self-defense in International Law*. Reimpressão. Clark: The Lawbook Exchange, 2009. (p. 192), que afirma: “It is well recognized that an armed attack is by no means the only form of aggression, of imperilling a state’s rights so that it may be compelled to resort to the exercise of a right of self-defence. [...] The preferable, and it is believed the correct, view is that expressed by Goodrich and Hambro: The provisions of Art. 51 do not necessarily exclude the right of self-defence in situations not covered by this Article.” (interpolações nossas). Entendimento esse também proferido pelo Juiz SCHWEBEL em INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nicaragua v. United States of America*: Dissenting opinion of Judge Schwebel., no qual a despeito da questão de se saber quando um Estado poderia agir em legítima defesa ante a inocorrência de uma ataque armado não ter sido objeto de debate, o referido juiz “*ex abundanti cautela*” (*Ibidem*, p. 347) manifestou sua opinião no sentido de que: “I do not agree with a construction of the United Nations Charter which would read Article 51 as if it were worded: ‘Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if, and only if, an armed attack occurs...’ I do not agree that the terms or intent of Article 51 eliminate the right of self-defence under customary international law, or confine its entire scope to the express terms of Article 51.” (*Ibidem*, p. 347 e 348).

uma vertente muito mais gramatical, no ramo da sintaxe, do que propriamente jurídica. Portanto, a utilização da palavra “if”, que na língua portuguesa corresponde<sup>161</sup> à partícula “se”, assume no caso acima transcrito a clara função de partícula condicionante (conjunção subordinativa condicional), não restando possível outra interpretação. Ou seja, o direito de legítima defesa está *condicionado* à ocorrência de um ataque armado, de maneira que não verificado este último também resta inexistente a possibilidade de um Estado recorrer à força para defender-se de maneira legítima. A adição do vocábulo “only” serviria apenas para reforçar, não alterando, portanto, o sentido da norma prevista no Art. 51 da Carta.

Em vista do segundo argumento, tem-se que a expressão “inherent right” e o seu equivocado<sup>162</sup> correspondente na versão em língua francesa da Carta, “droit naturel”, despertam dissensões acerca do seu significado. A primeira objeção a ser apresentada liga-se à caracterização do direito de legítima defesa como um direito natural, pois que não acreditamos de todo ser esta uma proposição viável e com isso, inevitavelmente, inclinamo-nos a uma concepção “positivista” do Direito. Uma vez que concebemos o Direito Internacional como sendo formado pelo costume dos Estados e por convenções internacionais<sup>163</sup> não há espaço para conjecturar a legítima defesa como uma “verdade transcendental professada como sendo derivada da natureza”<sup>164</sup> (Tradução nossa).

Também não acreditamos, na esteira de DINSTEIN<sup>165</sup>, que a inerência do direito de legítima defesa esteja ligada à soberania do Estado. E isso em razão da volatilidade dos entendimentos que se laçam sobre o conceito de soberania, o qual já foi manipulado tanto para acomodar a justificação do direito inerente a um Estado recorrer arbitrariamente à guerra<sup>166</sup>, como também já foi capaz de embasar e atualmente já não é mais, ao menos não

---

<sup>161</sup> Quando da tradução para o português, a expressão “if an armed attack occurs” recebeu como correspondente a expressão “no caso de ocorrer”, o que não deixa todavia de condicionar o direito à legítima defesa à ocorrência de um ataque armado.

<sup>162</sup> Roberto Ago (ONU, A/CN.4/318/ADD.5-7, 1980, p. 66) acredita tratar-se de um equívoco na transposição da expressão do inglês para o francês.

<sup>163</sup> Assim KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (p. 110).

<sup>164</sup> Assim, também: DINSTEIN, *War*, 2001, p. 163.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 163. Para uma visão divergente *vide* Roberto Ago (ONU, A/CN.4/318/ADD.5-7, 1980, p. 67, nota de rodapé 267), para o relator a palavra “inherent” tem por função enfatizar a capacidade de excepcionar a proibição do uso da força para defende-se de um ataque armado enquanto prerrogativa de todo Estado Soberano, prerrogativa essa não pode ser renunciada.

<sup>166</sup> Assim BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. (p. 697).

na visão de alguns doutrinadores<sup>167</sup>, a jurisdição em matéria penal. De forma que nem toda roupagem de que se possa revestir a soberania será a ela inerente o direito de legítima defesa<sup>168</sup>.

A nosso ver, portanto, assiste razão o entendimento avançado no julgamento do caso Nicarágua v. Estados Unidos<sup>169</sup>, segundo o qual a inscrição no Art. 51 da Carta de um direito *inerente* à legítima defesa seria decorrência do reconhecimento da prévia existência da figura da legítima defesa no âmbito do Direito Costumeiro<sup>170</sup>.

Uma vez reconhecida a (prévia) existência do direito de legítima defesa entre as normas do Direito Costumeiro defendemos que tanto em relação a este quanto em relação ao Direito Convencional a essência do instituto é a mesma<sup>171</sup>. Logo, um Estado só está autorizado (seja pelo Direito Costumeiro, seja pelo Convencional<sup>172</sup>) a recorrer à defesa armada se sofrer um ataque armado<sup>173</sup>. Essa afirmação, todavia, não implica a vedação de

---

<sup>167</sup> Por todos CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 53-55. O A. demonstra que o “[...] fundamento para a jurisdição penal (...) não passa pela soberania, nem pela sua eventual decadência ou transformação. Há que pensar o problema a partir da natureza e amplitude da *responsabilidade* (...)” (*Ibidem*, p. 55). De maneira que é na responsabilidade pela paz e segurança de uma dada comunidade que reside o fundamento material – “critério de legitimidade intrínseco” (*Ibidem*, p. 209) – da jurisdição penal do Estado (e de outras entidades não estatais).

<sup>168</sup> Assim: DINSTEIN, *War*, 2001, p. 164-165. O A. aventa a hipótese de os Estados dispensarem completamente o recurso à força mesmo em legítima defesa e instituírem para fins de proteção uma efetiva força política internacional. Situação que não obstante excluísse o direito de legítima defesa, não culminaria com a necessária exclusão da soberania dos entes estatais. O A. ressalva, entretanto, que a mencionada conjectura não corresponde à ideia de que o direito de legítima defesa esteja perdendo importância no âmbito internacional, ao revés, o A. afirma que a legítima defesa está cada vez mais incidente entre as práticas estatais. Contudo, em tom de réplica, o A. afirma: “Nevertheless, what is – and was – is not always what will be.”

<sup>169</sup> ICJ, *Nicaragua*, 1986, p. 94, para. 176: “On one essential point, this treaty itself refers to pre-existing customary international law; this reference to customary law is contained in the actual text of Article 51, which mentions the “inherent right” (in the French text the “droit naturel”) of individual or collective self-defence, which “nothing in the present Charter shall impair” and which applies in the event of an armed attack. The Court therefore finds that Article 51 of the Charter is only meaningful on the basis that there is a “natural” or “inherent” right of self-defence, and it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the Charter.”

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 102, para. 193. Apontando também para a leitura da expressão “inherent right” como reconhecimento da existência da legítima defesa enquanto Direito Costumeiro, *vide*: DINSTEIN, *War*, 2001, p.165; RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 805 e 806; BOWETT, *Self-defense*, 2009, p. 192. Com entendimento contrário, Roberto Ago (ONU, A/CN.4/318/ADD.5-7, 1980, p. 67), o relator afirma que a expressão “inherent right” nunca foi usada na prática para designar Direito Costumeiro, embora não negue a existência da legítima defesa também no âmbito deste.

<sup>171</sup> Também parece ser esse o entendimento da Corte Internacional (ICJ, *Nicaragua*, 1986, p. 97, para 181): “The essential consideration is that both the Charter and the customary international law flow from a common fundamental principle outlawing the use of force in international relations.” p. 97, para. 181.

<sup>172</sup> Faremos menção a relação entre essas duas fontes do Direito Internacional no tópico 3.2 deste Capítulo.

<sup>173</sup> Apontando para a prevalência do entendimento doutrinário que condiciona a legítima defesa no âmbito internacional à ocorrência de um ataque armado *vide*: RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 792 e nota de rodapé 24; Condicionado a legítima defesa à ocorrência de um ataque armado também: DINSTEIN, *War*, 2001, p. 167 e ss; Roberto Ago (ONU, A/CN.4/318/ADD.5-7, 1980, p. 67.): “In international law, whether

que outras formas de autotutela<sup>174</sup> que não se utilizem da força<sup>175</sup> – v.g., a possibilidade de rompimento de relações diplomáticas – sejam utilizadas diante de agressões que não correspondam a um ataque armado. A legítima defesa sendo, então, uma específica forma de autotutela, a autotutela armada<sup>176</sup>, está submetida a requisitos específicos, sendo um deles a ocorrência de um *ataque armado*, sem o qual não há que se falar em ação em legítima defesa<sup>177</sup>.

E mesmo os autores<sup>178</sup> que professam a maior amplitude, em razão da suposta supressão do requisito do ataque armado do direito de legítima defesa com raízes no Direito Costumeiro, em comparação com o estipulado pela Carta da ONU, esclarecem que

---

customary general international law or the treaty law of the Charter, there is only one basic rule on the matter under consideration; there is in both systems only one exception, that of "self-defence", to the prohibition they now impose on the use of armed force in inter-State relations, i.e. the right to take up arms to resist an armed attack.".; apontando para um conceito mais restrito de legítima defesa anterior à primeira década do século XXI *vide*: TAMS, Christian J. The use of force against Terrorists. *EJIL*, Florence, v. 20, n.2, p. 359-397, 2009. (p. 368 e nota de rodapé 56); para uma visão sintética do problema: GRAY, *International*, 2008, p. 117-119.

<sup>174</sup> Traduzimos livremente a expressão "self-help", utilizada nas obras de RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, *passim* e DINSTEIN, *War*, 2001, *passim* por autotutela. Este último A., não obstante reconheça que a autotutela seja uma característica dos sistemas legais primitivos, assevera que o Direito internacional aperfeiçoou a forma da arte deste instituto. O A. aceita a legalidade de algumas manifestações de autotutela (com ou sem o uso da força) e entende a legítima defesa como espécie deste gênero. Cf. *Ibidem*, p. 159 e 160; Também BOWETT, *Self-defence*, 2009, p. 2, compreende a legítima defesa como forma de autotutela ("self-help"). Em sentido contrário: KUNZ, *AJIL*, 1947, p. 875-876. Este último A. assevera que apenas quando a autotutela estiver banida poderá a legítima defesa se tornar juridicamente válida.

<sup>175</sup> RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 806, embora reconheça a restrição operada pelo Art. 51, afirma que (*Ibidem*, p. 791 e ss) o entendimento que não considera o ataque armado como sendo uma expressão mais restrita em comparação ao termo uso da força armada é uma construção legal menos complicada e mais razoável do que a prevista pela lei atual. Uma vez que não impõe aos Estados vítimas o dever ou de recorrer a medidas com reduzida capacidade protetora ou mesmo de suportar uma violência (não imbuída no conceito de ataque armado). Com intenção semelhante, BAPTISTA, *O Poder*, 2003, p. 116 e ss. Para este último A., haveria uma figura *sui generis* à legítima defesa (ou em outros termos "uma figura paralela" à legítima defesa, *Ibidem*, p. 132) que legitimaria a utilização pontual da força pelo Estado vítima em certas situações. Não concordamos com tais posicionamentos, primeiro porque acreditamos que razões de política criminal (internacional) não autorizam ou ao menos não deveriam autorizar interpretações não fidedignas de conceitos legais. Assim, no caso das expressões "ataque armado" e "uso da força" é entendimento dominante, inclusive propugnado pelos AA. citados, de que não são coincidentes e que aquela é mais restrita do que esta. E segundo porque, na esteira de DINSTEIN, *War*, 2001, p.175, seria inconcebível com o preceituado pelo Art. 51 da Carta a possibilidade de existirem contra medidas, quaisquer que sejam as nomenclaturas dispensadas a elas, que envolvessem o uso da força pelo Estado vítima, haja vista que a utilização desta *só* deverá ter lugar mediante a ocorrência de um ataque armado, todavia, a visão de ataque armado deste último A. seja assaz ampla.

<sup>176</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 160.

<sup>177</sup> A afirmação de que a legítima defesa está condicionada à verificação dos requisitos do Art. 51 da Carta, não sendo possível invocar um "alegado Direito Internacional Costumeiro" para alargar suas hipóteses de ocorrência, está também presente na obra de BAPTISTA, *O Poder*, 2003, p. 112 e ss.

<sup>178</sup> Assim: RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 806. Sobre a maior amplitude da legítima defesa no Direito Costumeiro, *vide* também: SCHACHTER, *MLR*, 1984, p. 1633 e ss. Este último autor intenta, sobretudo, defender, com menção ao Direito Costumeiro, a possibilidade legal de aceitação da legítima defesa antecipada.

aquele só possui relevância para os Estados não membros da Organização, pois, para aqueles que sejam membros, o Art. 51 da Carta substitui e prevalece em relação à legítima defesa concebida pelo Direito Costumeyiro.

Portanto, se na dogmática jurídica interna o direito de legítima defesa pressupõe a ocorrência de uma antijurídica e atual *agressão*<sup>179</sup> (sendo essa uma conduta humana ameaçadora de um bem jurídico), nos termos da Carta da ONU impõe-se a ocorrência de uma conduta *específica*, o ataque armado, para caracterização do direito de um Estado membro defender-se legitimamente através do emprego da força.

É entendimento dominante<sup>180</sup> que as expressões uso da força e ataque armado, contidas na Carta, respectivamente, nos Arts. 2 (n. 4) e 51 não são equivalentes, e que a última é mais restrita do que a primeira.

Portanto, nem toda utilização da força no âmbito internacional (embora contrária ao Direito Internacional) ensejará o recurso à legítima defesa, haja vista que para a configuração desta faz-se indispensável a ocorrência de um ataque armado<sup>181</sup>.

Assim, embora exista uma situação lacunosa, na qual não obstante o uso da força seja proibido, a utilização desta *não* faz nascer para o Estado vítima a possibilidade de recorrer à legítima defesa, essa afirmação justifica-se, tanto pela incidência do princípio *de minimis non curat lex*<sup>182</sup>, de maneira que o uso da força há que se revestir de uma suficiente gravidade para ensejar a legítima defesa no plano internacional, como também em razão do caráter subsidiário da legítima defesa, o qual “[...] deduz-se da responsabilidade principal do Conselho, expressão da comunidade internacional, na manutenção da paz [...]”<sup>183</sup>. Em suma, só há lugar para legítima defesa quando a, já mencionada, suficiente gravidade<sup>184</sup> da força utilizada contra o Estado vítima configure um ataque armado, não sendo, neste único caso, razoável exigir deste que espere a atuação do Conselho de Segurança.

---

<sup>179</sup> ROXIN, *Derecho*, 1997, p. 611 e ss.

<sup>180</sup> Assim, RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 790 e nota de rodapé 11; BAPTISTA, *O Poder*, 2003, p. 224 e 225; FOUTO, *RFDUL*, 2010, p. 153; KRETZMER, David. The inherent right to self-defence and proportionality in *Jus ad Bellum*. *EJIL*, Florence, v. 24, n.1, p. 235-282, 2013. (p. 241).

<sup>181</sup> Consonante, também, entendimento jurisprudencial: ICJ, *Nicaragua*, 1986, p. 103 e 110, para. 195 e 211.

<sup>182</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 174, utiliza-se desse princípio para balancear a resposta e não como limite para a configuração do ataque armado, como nós.

<sup>183</sup> DINH; et al, *Direito*, 1992, p. 824. Também afirmando o caráter subsidiário da legítima defesa prevista no Art. 51, da Carta Internacional: RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 804.

<sup>184</sup> Assim, também GRAY, *International*, 2008, p. 148. “This is a clear affirmation on the need for a use of force to reach a certain level of gravity before it constitutes an armed attack.”.

E, não obstante a expressão “ataque armado” – ou “agression armée” na versão francesa da Carta das Nações Unidas – seja o ponto-chave do conceito de legítima defesa, não há ainda uma definição genericamente reconhecida sobre seu conteúdo.<sup>185</sup>

A Resolução 3314 (XXIX), emanada da Assembleia Geral, afóra ser apenas uma recomendação<sup>186</sup> sem caráter vinculativo, não define a específica figura do ataque armado<sup>187</sup>, embora descreva de forma não taxativa a agressão, gênero a que aquele pertence. O entendimento em sentido contrário advém, de maneira particular, dos autores que analisam as expressões empregadas em língua francesa<sup>188</sup>. Com vias de elucidar, cita-se em concreto, com a *maxima data venia*, DINSTEIN. O autor, em razão da equiparação equivocada entre as expressões jurídicas contidas no texto em línguas francesa e inglesa da Carta, acaba por manifestar proposições incongruentes.

O autor, em consonância com a doutrina majoritária<sup>189</sup>, afirma que a proibição do uso da força, insculpida no Art. 2º, n. 4, da Carta, denota o caráter armado dela, portanto, a utilização da força vedada pelo mencionado artigo é a força *armada*<sup>190</sup>. E sendo a agressão a utilização *ilegítima*<sup>191</sup> desta força, seria pressuposto – caso não houvesse sido estipulado expressamente pelo Art. 1º da Resolução 3314 (XXIX) – que a agressão fosse também (como de fato o é) armada. O ataque armado, todavia, como admitido pelo próprio autor<sup>192</sup>, é apenas um tipo de agressão (armada).

Assim, o correspondente na versão em língua inglesa para “agression armée” é “armed attack”, não podendo este último ser traduzido, sob o ponto de vista legal, como

---

<sup>185</sup> RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 794 e 796.

<sup>186</sup> Assim DINH; et al, *Direito*, 1992, p. 824; também RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 795; e BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. 1v. (p. 150).

<sup>187</sup> Professando entendimento contrário, DINH et al, *Direito*, 1992, p. 823. Os AA. afirmam que a definição retida na Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral da ONU “não respeita senão à agressão armada, tal como no Art. 51 da Carta do qual esta definição é suposto facilitar a aplicação.” Porém, a nosso ver, os autores equivocadamente interpretam como sinônimos expressões com significados não coincidentes. Da mesma maneira que as noções de ataque armado, Art. 51, e de uso da força (armada), Art. 2º, n. 4, ambos da Carta Internacional, não são sinônimos, de acordo com entendimento maioritário mencionado anteriormente, sendo aquele mais restrito que este; também não são coincidentes as expressões “*agression armée*”, contidas na redação em língua francesa do Art. 51 da Carta das Nações Unidas, e “*force armée*” utilizada no Art. 1º da Resolução 3314 da Assembleia Geral da ONU. De forma que nem toda agressão que se utilize da força armada se consubstanciará necessariamente em uma agressão armada (*agression armée*), nos termos do Art. 51 do mencionado diploma internacional.

<sup>188</sup> Também assim afirma RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 795, nota de rodapé 52.

<sup>189</sup> Vide nota de rodapé 121.

<sup>190</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 81.

<sup>191</sup> Assim: RAMBAUD, Patrick. La définition de L’agression par L’O.N.U. *RGDIP*, Paris, v. 80, n. 3, p. 836-881, 1976. (p. 837), “L’agression sera synonyme de manière générale de tout recours illicite à la force.”

<sup>192</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 166.

“aggression which is armed”<sup>193</sup>, como pretende o autor. Uma vez que, não obstante o pleonasma vicioso que por isso mesmo nada acrescenta (haja vista que toda agressão será armada<sup>194</sup>), este entendimento acarreta a confusão entre duas categorias não coincidentes, embora ligadas. O ataque armado é, reforça-se, *um tipo* de agressão (armada), a definição desta última, operada pela referida Resolução 3314 (XXIX), não equivale à definição daquele, tendo em vista que aquele é mais específico do que esta. Ou seja, conceituar “armed attack” (equivalente a “agression armée”) como sendo uma “aggression which is armed” não poderia acarretar senão uma ruptura sistemática do quadro que se pretende analisar, pois eles não são termos juridicamente paritários<sup>195</sup>.

A despeito do que ficou dito alinhamo-nos ao entendimento de que o ataque armado consubstancia-se em uma ação de relevante gravidade<sup>196</sup> na qual impõe-se que “o uso da força cause vítimas humanas e/ou sérias destruições em propriedades”<sup>197</sup> (tradução livre). Assim, os exemplos contidos no Art. 3, da Resolução 3314, da Assembleia Geral da ONU, embora relativos a atos de agressão, se lidos à luz da “imposição” acima

---

<sup>193</sup> Assim *Ibidem*, p. 166: “The exercise of the right of self-defence, in compliance with the article, is confined to a response to an armed attack. [...] Under the Charter, a State is permitted to use force in self-defence only in response to aggression which is armed.”

<sup>194</sup> Nos diplomas internacionais mencionados em língua francesa, tem-se as expressões “l’emploi de la force”, sendo esta maioritariamente entendida como “*force armée*”, (n. 4, Art. 2, de la Charte des Nations Unies); “agression”, definida como “[...] l’emploi de la force armée [...]” (Art. 1º, da Resolução 3314) e “agression armée”, como espécie desta última (Art. 51, de la Charte des Nations Unies). Este último termo não corresponde a qualquer agressão (armada), mas apenas a uma específica ocorrência dela.

<sup>195</sup> RANDELZHOFFER, *The charter*, 2002, p. 798 sintetiza: “Whereas an ‘armed attack’ always presupposes a violation of Art. 2 (4), not all such violations constitute an ‘armed attack’.”

<sup>196</sup> Sobre a necessidade de um certo nível de gravidade para a configuração de um ataque armado, *vide*: GRAY, *International*, 2008, p. 147 e 146; ICJ, *Nicaragua*, 1986, p. 101, para. 191; seguindo os passos do caso *supra*, o caso Eritreia e Etiópia (PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Eritrea-Ethiopia Claims Commission: Partial AWARD – jus ad bellum Ethiopia’s Claims 1–8.*( para. 11)) estabelece que: “As the text of Article 51 of the Charter makes clear, the predicate for a valid claim of self-defense under the Charter is that the party resorting to force has been subjected to an armed attack. Localized border encounters between small infantry units, even those involving the loss of life, do not constitute an armed attack for purposes of the Charter.”; também o caso Irã v. Estados Unidos (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Islamic Republic of Iran v. United States of America*. Julgamento: 06 de Nov. de 2003. (p. 187, para. 51); RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 796, também acrescenta que o uso da força há que ocorrer em escala relativamente grande e com efeitos substanciais para consubstanciar-se em um ataque armado; CANNIZZARO, Enzo. Contextualizing proportionality: jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese war. *IRRC*, Cambridge, v.88, n. 864, p. 779-792, Dez. 2006. (p. 782); Contrários: KUNZ, *AJIL*, 1947 p. 878; e também DINSTEIN, *War*, 2001, p. 176, este último A., embora admita a necessidade de um limiar mínimo para a configuração do ataque armado, acrescenta que os critérios acerca da escala e dos efeitos são particularmente relevantes quando da análise da *resposta* em legítima defesa, mas não contribuem para a determinação da *ocorrência* de um ataque armado.

<sup>197</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 174 “An armed attack postulates a use of force causing human casualties and/or serious destruction of property. When recourse to force does not engender such results, Article 51 does not come into play.”

mencionada, estarão aptos a configurar mais do que atos de agressão, mas, também, ataques armados.

### 3.2 A necessidade como requisito<sup>198</sup>

O direito de legítima defesa nos termos da Carta não prevê de maneira expressa limitações oriundas da necessidade ou da proporcionalidade do recurso à força.

Todavia, haja vista a já mencionada similitude entre a essência da legítima defesa insculpida no Art. 51, da Carta, e a consagrada pelo Direito Internacional Costumeiro, tem-se que os princípios da proporcionalidade e da necessidade (notadamente) presentes no Direito Internacional Costumeiro também vinculam<sup>199</sup> (ainda que não expressamente) o exercício da legítima defesa nos termos da Carta das Nações Unidas.

E não se trata aqui da utilização da analogia *in malam partem*<sup>200</sup>, pois que o que se está em causa é o *mesmo* instituto (a legítima defesa), embora previsto por fontes diferentes do ordenamento internacional (Direito Convencional e Direito Costumeiro)<sup>201</sup>. A questão que se põe, então, é saber como se opera a relação entre a legítima defesa contida

---

<sup>198</sup> Também, no plano do direito interno, DIAS, *Direito*, 2007, p.419, entende ser a necessidade *requisito* da legítima defesa.

<sup>199</sup> Esse é o entendimento da doutrina dominante. *Vide*: RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 805; SCHACHTER, *MLR*, 1984, p. 1635; DINH; et al, *Direito*, 1992, p. 825; BAPTISTA, *O poder*, 2003, p.194 e ss; DINSTEIN, *War*, 2001, p. 183 e ss; KRETZMER, *EJIL*, 2013, p. 239. Especificamente sobre o reconhecimento quase universal da exigência da proporcionalidade tanto pela prática como pela literatura internacional, *vide*: CANNIZZARO, Enzo. The role of proportionality in the Law of International Countermeasures. *EJIL*, Florence, v. 12, n.5, p.889-916, 2001. (p. 889); Contra: KUNZ, *AJIL*, 1947, p. 877.

<sup>200</sup> DIAS, *Direito*, 2007, p. 386 menciona, exemplificativamente, a inserção do requisito da proporcionalidade entre o bem jurídico defendido e o bem sacrificado pela legítima defesa como hipótese de analogia *in malam partem*, mas acrescenta que atualmente tem-se discutido a proibição de analogia *in malam partem* quando se trata de causas de justificação. *Vide* também ROXIN, *Derecho*, 1997, p. 157, que, utilizando como fundamento a unidade do ordenamento jurídico, não é contrário à restrição das causas de justificação, independentemente do seu teor literal externo, mas desde que em conformidade com os princípios regulamentadores legais em que se baseiam. Consoante seja uma discussão pertinente na seara interna, não acreditamos ser esse o cenário aplicável ao caso descortinado no Direito Internacional. Uma vez que em relação a este último o que ocorre é a existência de duas normas de fonte primária e igualmente válidas, portanto de mesmo valor hierárquico, que intentam regulamentar uma mesma situação. Enquanto no direito interno há apenas *uma* norma legal existente, a qual se intenta acrescentar elementos que não se inferem *necessariamente* de uma leitura interpretativa do dispositivo legal.

<sup>201</sup> Sobre o mesmo valor hierárquico dessas duas fontes normativas, *vide* DEGAN, V.D. *Sources of International Law*. The Hague; Boston; London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997. 27 v. (Series: Developments in International Law). (p. 521 e ss); WOLFKE, Karol. *Custom in present International Law*. 2ª ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. 14 v. (Series: Developments in International Law). (p. 99); e também CASSESE, *International*, 2001, p. 117-118.

nesses dois ramos que integram o Direito Internacional. De maneira que a questão é concernente às implicações decorrentes da “unidade de norma ou de lei”<sup>202</sup>, ou seja, diz respeito à integralidade da Ordem Legal Internacional<sup>203</sup>.

Com isso, principalmente como contra-argumento para aqueles que não comungam do entendimento acerca da coincidência entre o instituto da legítima defesa previsto nessas duas fontes de direito internacional, tem-se que o Direito Convencional e o Direito Costumeiro são autônomos<sup>204</sup> entre si, mesmo nas hipóteses em que este é codificado adquirindo também a roupagem daquele. E dessa autonomia advém que “não se tem como permitida uma presunção simplória de que eles mutuamente se derogam no caso de coexistirem”<sup>205</sup> (tradução livre).

Por isso, o reconhecimento, pela própria norma convencional, Art. 51 da Carta das Nações Unidas, acerca da incidência da legítima defesa (também) enquanto norma de Direito Costumeiro, autoriza a conclusão de que as duas coexistem. Contudo, nos casos em que haja *divergência* entre as matérias tratadas por cada uma dessas fontes, defende-se<sup>206</sup> a aplicação do princípio *lex specialis derogat legi generali*, do qual se depreende que sendo o tratado mais específico do que as normas de Direito Costumeiro<sup>207</sup>, aquele terá prioridade em detrimento deste.

Entretanto, o recurso ao princípio supracitado só será necessário nas hipóteses em que exista conflito entre as disposições normativas, nos demais casos, o que ocorrerá é uma atuação complementar entre elas. De maneira que continua vinculante para todos os Estados, para os Estados membros da ONU inclusive, os requisitos da proporcionalidade e da necessidade da legítima defesa.

---

<sup>202</sup> Expressão utilizada por DIAS, *Direito*, 2007, p. 992.

<sup>203</sup> Assim, DEGAN, *Sources*, 1997, p. 522 e 523, sobre a solução dos problemas atinentes às relações entre tratados e normas costumeiras “[...] *treatis and custom should be envisaged from the aspect of the integrity of the international legal order [...]*”.

<sup>204</sup> Embora independentes, são fontes interconectadas do Direito Internacional. Nesse sentido, tem-se o estabelecido na décima conclusão do relatório da primeira comissão do INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Problems Arising from a Succession of Codification Conventions on a Particular Subject*, 1995: “Treaty and custom form distinct, interrelated, sources of international law. [...]”.

<sup>205</sup> WOLFKE, *Custom*, 1993, p. 99.

<sup>206</sup> Conforme DEGAN, *Sources*, 1997, p. 518; e, também, a décima primeira conclusão do IDI, *Problems*, 1995: “There is no a priori hierarchy between treaty and custom as sources of international law. However, in the application of international law, relevant norms deriving from a treaty will prevail between the parties over norms deriving from customary law.”.

<sup>207</sup> Obviamente estamos nos referindo às normas de Direito Costumeiro que tenham caráter de *jus dispositivum*, pois que as normas com caráter de *jus cogens* prevalecem sobre quaisquer normas de Direito Internacional, assim reconhecem os Arts. 53 e 64, ambos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de Maio de 1969. Também DEGAN, *Sources*, 1997, p. 517 e ss.

Esse entendimento não faz paradoxo com a discussão *supra* sobre a imperiosa condição de ocorrência de um ataque armado para a caracterização da legítima defesa, particularmente para aqueles que professam o entendimento de ser essa condição peculiar à Carta. E isso porque não há no caso dos requisitos da proporcionalidade e da necessidade uma vedação expressa à sua utilização inscrita no Direito Convencional, diferente do que ocorre com o ataque armado, o qual é expressamente estipulado como condição para a ocorrência da legítima defesa. Ou seja, naquilo que o tratado dispuser de forma mais específica que o Direito Costumey, prevalece a disposição daquele. Sendo o tratado, ao revés, silente, aplicam-se as normas de Direito Costumey em relação de complementaridade com o tratado.

Conjugado ao que foi dito há também que se ter em conta, notadamente em virtude da dimensão que o uso da força no âmbito internacional<sup>208</sup> pode adquirir, que a proibição do uso da força perfaz a característica de uma norma de *jus cogens* e que por isso a justificação, ou como parecem preferir alguns internacionalistas<sup>209</sup>, a *exceção*, que se faz a essa norma deve ser entendida de forma estrita<sup>210</sup>.

Explicitados os argumentos que conferem legalidade à vinculação da necessidade e da proporcionalidade como requisitos da legítima defesa, resta-nos conhecer os contornos do primeiro requisito mencionado.

A necessidade pode ser analisada em dois sentidos distintos, um relativo à necessidade de recurso à força para o fim de um Estado defender-se e o outro relacionado com a necessidade dos meios empregados para aquisição deste fim, sendo que neste último caso é imperioso o reconhecimento de sua intrínseca conexão com o requisito da proporcionalidade<sup>211</sup>, no âmbito do direito internacional.

---

<sup>208</sup> E aqui uma equiparação entre a legítima defesa no âmbito interno e no âmbito internacional não se faz razoável, haja vista a abissal discrepância entre o poder bélico dos Estados em contraposição à ausência desse mesmo poder pelos Organismos Internacionais responsáveis pela manutenção da segurança e da paz no âmbito internacional, em concreto fala-se da ONU. Situação que não se coloca no âmbito interno, no qual o Estado, entidade responsável pela segurança interna, possui o monopólio da força, não sendo, em princípio, a atuação de um particular passível de colocar em risco a perpetuação desse monopólio.

<sup>209</sup> Exemplificativamente, *vide*: RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 789; CASSESE, *EJIL*, 2001, p. 1000. A preferência pelo termo “exceção” pode ter fundamento no fato de que, em matéria de Direito Penal interno, a regra é a existência de tipos incriminadores e tipos justificadores, ao passo que no caso em análise o Direito Internacional Penal preceituou pela estipulação de “tipos proibitivos” para os quais talvez guarde mais sentido excetuá-los do que propriamente justificá-los.

<sup>210</sup> Nesse mesmo sentido, novamente, CASSESE, *EJIL*, 2001, p. 1000.

<sup>211</sup> KRETZMER, *EJIL*, 2013, p. 239. Embora concordemos com o A. no sentido da identificação dos juízos necessários para a averiguação dos requisitos da proporcionalidade e da necessidade da legítima defesa, divergimos quanto a categorização do juízo de “meio-fim” como pertencente ao requisito da

Consoante a primeira noção, é comum a utilização da assertiva de que se faz necessário o recurso à legítima defesa quando não haja outra alternativa (pacífica) possível<sup>212</sup>. Todavia, seguindo as lições de SCHACHTER<sup>213</sup>, afirmar categoricamente que uma “[...] armed action in self-defence is never permissible as long as peaceful means are available.” torna vazia a noção de legítima defesa, sendo por isso uma assertiva irrazoável.

Conquanto a legítima defesa seja um instituto de proteção subsidiária, tem-se que a ocorrência de um ataque armado, *a priori*, é requisito legitimador e suficiente<sup>214</sup> (embora não absoluto) – sem prescindir da observância do requisito temporal – para o recurso à força pelo Estado atacado, mas nada impede que demonstrada a existência de uma crassa desnecessidade da legítima defesa possa argumentar-se acerca do abuso do Direito de Legítima Defesa.

Assim, a presunção de legitimidade advoga no sentido de se reconhecer como necessária a defesa armada quando da ocorrência de um ataque armado, essa presunção não sendo absoluta, pode ser elidida em razão da existência de uma manifestamente eficaz solução pacífica, que apenas um juízo de natureza *ex ante*<sup>215</sup> da situação pode demonstrar.

Quanto à segunda acepção do requisito da necessidade correlata aos meios utilizados, tem-se que ela pouco ou nada acrescenta em termos de *limitação*<sup>216</sup> desses meios se não for conjugada com o requisito da proporcionalidade, este empregado para ponderar os danos causados pela ação do Estado agredido e o fim legítimo de se defender<sup>217</sup>. No Direito Internacional, a ponderação do meio parece ser a regra, tendo em

---

proporcionalidade (“means-ends proportionality”, *Ibidem*, p. 235 e 238). A nosso ver, também assim a dogmática do direito penal interno, por todos, *vide*: DIAS, *Direito*, 2007, p. 419, a idoneidade do meio para a consecução de um objetivo determinado, o fim, é uma *característica* da necessidade.

<sup>212</sup> GRAY, *International*, 2008, p. 150; DINSTEIN, *War*, 2001, p. 207 e 208.

<sup>213</sup> SCHACHTER, *MLR*, 1984, p. 1635 e ss.

<sup>214</sup> Nas melhores palavras de *Ibidem*, p.1636: “[...] when an attack occurs against a state [...] armed force may be used to repel the attack. Such force must of course, be proportional [...] but except for very unusual circumstances the ‘necessity’ of defense to an armed attack requires no separate justification. It is enough for armed defense to be permissible that an attack take place.”.

<sup>215</sup> Sobre a natureza *ex ante* do juízo de necessidade, embora pensado para o âmbito do direito interno, *vide* DIAS, *Direito*, 2007, p. 419; a nosso ver apontando para uma análise casuística da aplicação da desnecessidade da legítima defesa em razão da dificuldade de proposição de uma regra genérica, novamente SCHACHTER, *MRL*, 1984, p. 1637.

<sup>216</sup> A necessidade do meio sozinha pode ser apta a estabelecer um patamar mínimo, mas não máximo dos meios passíveis de serem empregados. Porém, a estipulação de uma barreira mínima que se deve ultrapassar para considerar o meio necessário é inútil e pode levar a conclusões perigosas, impingindo ao Estado agredido que se abstenha de defender, se para isso só possuir meios aquém a uma defesa eficaz!

<sup>217</sup> KRETZMER, *EJIL*, 2013, p. 240, denomina de “‘narrow proportionality’ test” a avaliação dos danos causados pela utilização desses meios necessários e os benefícios ou resultados esperados em sua utilização.

vista a, em geral, considerável margem de escolha<sup>218</sup> em favor do Estado, detentor da força bélica, todavia, a *necessidade* do meio empregado e a *proporcionalidade* entre o dano e o fim de defender-se seguem como critérios de aferição de requisitos distintos

De maneira que não concordamos com a assertiva de que os “Means can only be proportionate when they are necessary to achieve the legitimate ends”<sup>219</sup>, uma vez que um determinado meio pode preencher o requisito de ser necessário à defesa, mas ser excessivo. O excesso é correlato a um juízo de proporcionalidade entre os danos causados pelo meio *escolhido* e o fim de defender-se, e não aferido através da necessidade (idoneidade) do meio para o fim a que se destina.

### 3.3 Seria a proporcionalidade estrita um requisito da legítima defesa?

O problema a ser tratado por este tópico liga-se à existência do dever de observação da proporcionalidade entre o dano causado pela defesa e a ação que a desencadeou, no caso, o ataque armado. Ou seja, através da aferição da proporcionalidade estrita<sup>220</sup> intenta-se analisar as hipóteses em que o dano causado pelo emprego do meio necessário supera os benefícios da finalidade de defender-se.

Antes de analisarmos a imperiosidade dessa aferição, cumpre-nos fazer algumas considerações sobre o requisito da proporcionalidade no âmbito da legítima defesa internacional.

Por razões de sistematicidade dividiremos a proporcionalidade<sup>221</sup> através de duas perspectivas diferentes de análise, tendo como marco referencial a ação do Estado atacado.

---

<sup>218</sup> Ao contrário do direito interno, no qual não sendo o indivíduo detentor da força armada presume-se que ele não terá a seu dispor grande rol de alternativas de defesa, sendo assim menos latente a necessidade de ponderação dos meios. Não obstante, havendo mais de um meio idôneo disponível o agredido deverá escolher o menos gravoso pra o agressor. DIAS, *Direito*, 2007, p. 419.

<sup>219</sup> KRETZMER, *EJIL*, 2013, p.239, também nesse sentido GRAY, *International*, 2008, p. 150: “If a use of force is not necessary, it cannot be proportionate and, if it is not proportionate, it is difficult to see how it can be necessary.”.

<sup>220</sup> Expressão utilizada por KRETZMER, *EJIL*, 2013, p. 240.

<sup>221</sup> A proporcionalidade de que tratamos aqui é correlata especificamente à ação em legítima defesa. Para uma visão mais ampla das contramedidas de que o Estado pode utilizar-se no plano internacional e as diferentes funções desempenhadas pela proporcionalidade em cada uma delas, *vide*: CANNIZZARO, *EJIL*, 2001. Em razão do tratamento geral conferido às contramedidas, a divisão que o A. faz entre proporcionalidade interna e externa não é equivalente à nossa. O A. (*Ibidem*, p. 898 e 899) subdivide a proporcionalidade entre essas duas categorias citadas tendo como marco referencial o objetivo da

Assim, sob o ponto de vista do Estado atacado, a proporcionalidade pode ser dividida de acordo com “a natureza” das suas variáveis. Denominaremos proporcionalidade de razão interna aquela na qual a atuação estatal está condicionada a fatores de ordem eminentemente interna, correlatas ao próprio Estado atacado. Sob essa ótica, a aferição da proporcionalidade prende-se à variável correspondente ao número de meios que o Estado dispõe para defender-se de forma eficaz. A eficácia<sup>222</sup> da defesa está relacionada, além de com a necessidade do meio, com a *estipulação do objetivo*<sup>223</sup> primordial da defesa, que é impedir ou ao menos minorar as consequências da concretização ou do exaurimento de um ataque armado – as questões temporais atinentes a essa “ação impeditiva” com o objetivo de defesa serão abordadas nos tópicos que seguem.

Já a proporcionalidade de razão externa corresponde àquela na qual o juízo de ponderação leva em conta não apenas fatores de ordem interna do Estado agredido, mas também a ação que desencadeou a reação daquele; essa ponderação corresponde ao chamado “*tit for tat test*”<sup>224</sup>. E, por meio dessa ótica de análise, constata-se que o juízo de proporcionalidade entre a *ação* e a *reação em defesa* é considerado pelo Direito Internacional para fazer nascer o Direito de Legítima defesa. Essa ponderação dá-se em etapa inicial à estipulação da legítima defesa, quando se impõe que para haver legítima defesa é imprescindível a ocorrência de um ataque armado. Ou seja, a única agressão que enseja a possibilidade de um Estado recorrer em nome próprio à força armada nas relações internacionais é a agressão que, revestindo-se de uma tal gravidade, adquira os contornos de um ataque armado. E não se trata aqui, como já mencionado<sup>225</sup>, de um limiar mínimo – sendo este indispensável para que a ação adquira relevância jurídica –, mas sim de uma

---

contramedida. E considera como proporcionalidade externa a aferição da adequação do próprio objetivo perseguido pelo Estado tendo em conta a estrutura da norma violada e as consequências decorrentes dessa violação. E como proporcionalidade interna o juízo de adequação entre o conteúdo da medida em relação ao objetivo que se busca atingir.

<sup>222</sup> A aferição da eficácia do meio assemelha-se com o que CANNIZZARO, *IRRC*, 2006, p. 783 e 782, denominou de proporcionalidade qualitativa que se prende à regra estrutural da legítima defesa e objetiva unicamente o direito de repelir o ataque usando do meio mais adequado para a situação em concreto. Ao lado da proporcionalidade qualitativa, o A. denominou de proporcionalidade quantitativa, para nós, a seguir tratada proporcionalidade externa, que tenciona um senso de simetria entre o ataque e a defesa.

<sup>223</sup> Voltaremos a esse ponto no tópico 3.4, pois acreditamos que as considerações sobre os limites que auxiliam a mensurar a legitimidade da ação defensiva grave possui estreita relação com a extensão temporal que a defesa almeja. E para já adiantamos não ser, a nosso ver, legítima a utilização de meios extremamente gravosos sob a *justificação* de se manter um *status* de segurança permanente contra um agressor específico, pois a legítima defesa tem *caráter imediatista*.

<sup>224</sup> Expressão utilizada por KRETZMER, *EJIL*, 2013, e que em uma tradução livre corresponde à máxima “olho por olho”, referente à identidade (*talionis*) entre as ações de causa e consequência.

<sup>225</sup> Vide tópico 3.1 e nota de rodapé 182.

ação de *elevada gravidade*. Enquanto no direito interno qualquer injusta agressão (inclusive aquelas correlatas a bem jurídicos de hierarquia inferior comparadas ao bem a ser lesionado pela ação em legítima defesa) é capaz, em princípio<sup>226</sup>, de desencadear a legítima defesa. Assente essa ponderação inicial, resta saber se é também exigível que se pondere, já agora em um segundo nível, com base no *concreto* grau de gravidade do ataque, a resposta passível de ser dada a ele.

Quanto a essa última colocação, a resposta a nosso ver não dependeria da gravidade do ataque, porque já partimos do pressuposto de que apenas a elevada gravidade da ação do agressor, que, ao adquirir características de ataque armado, é capaz de ensejar o recurso a legítima defesa. Por isso não acreditamos ser na reavaliação do *grau da força empregada* durante o ataque armado que resida a justificativa para uma necessária reponderação concernente à reação em legítima defesa<sup>227</sup>.

O que não significa de todo a impossibilidade de aferição da proporcionalidade externa em um segundo plano (ou proporcionalidade estrita), mas essa reponderação entre a ação e a reação está *condicionada* à possibilidade de escolha dos elementos de defesa (proporcionalidade de razão interna), de maneira que apenas quando houver possibilidade de escolha o Estado estará vinculado à ponderação dos danos causados pelos meios utilizados e o ataque desencadeador da defesa. Ou seja, a razão da ponderação externa não

---

<sup>226</sup> Diferente do que ocorre no direito interno, no qual a regra é pela desnecessidade de ponderação (da proporcionalidade) dos bens jurídicos em causa, haja vista que os princípios basilares em que se assentam a legítima defesa no âmbito interno são a proteção individual e a prevalência do direito. *Vide* ROXIN, *Derecho*, 1997, p. 608 e ss., não são contudo ignoradas as peculiares hipóteses nas quais haja uma “crassa desproporção do significado da agressão e da defesa”: DIAS, *Direito*, 2007, p. 427.

<sup>227</sup> Com um ponto de vista diferente, *vide* DINSTEIN, *War*, 2001, p. 208 e ss. O A. não obstante aceite o requisito da proporcionalidade da legítima defesa, ao contrário de KUNZ, *AJIL*, 1947, p. 878 e ss, acorda, nesse ponto em semelhança com este último, com a configuração de condutas de menor monta – “pequenos” ataques (no que concerne a escala e os efeitos) – como expressões de ataques armados. Não obstante esse seja, como já referido, um posicionamento minoritário, tal entendimento justifica as diferentes aplicações dos critérios de aferição da proporcionalidade feitas por DINSTEIN. Assim, para o A., apenas as reações locais (*on-the-spot reaction*) e as represálias armadas defensivas (*defensive armed reprisals*) impõem uma simetria ou uma aproximação entre a “escala e o efeito” do uso da força ilegítima e a reação legítima. Ou seja, o “tit for tat test” é empregado nas duas situações acima referidas, mas mostra-se inadequado, ainda segundo o A., quando a reação adquire os contornos de uma guerra em legítima defesa. Conquanto afirme a desproporcionalidade entre um ataque armado isolado e o subsequente desencadeamento da guerra defensiva, DINSTEIN, *War*, 2001, p. 209, mantém como legítima a reação desde que sejam elevados tanto a gravidade do ataque isolado como o grau de exposição ao perigo em que se encontra o Estado vítima. “Only when it is established (upon sifting the factual evidence) that the original armed attack was critical enough, is the victim State free to launch war in self-defence.”. Nossa conclusão a esse respeito destoa em parte do entendimento do mencionado A., principalmente porque, conforme o que ficou dito quando tratamos da caracterização de um ataque armado, argumentamos que ele é por essência uma conduta de elevada gravidade, de forma que a legítima defesa nasce tendo em conta um patamar de base elevada, de maneira que uma ação de defesa, por maior que sejam os danos causados por ela, terá necessariamente como predecessora uma ação, frisa-se, de elevada gravidade.

encontra fundamento único nas esferas de gravidade do ataque armado, mas antes na disponibilidade de escolha de outros meios *igualmente eficazes para a defesa*.

De maneira que buscando-se observar a proporcionalidade pelas óticas acima relatadas, se ainda assim o meio a ser empregado para a defesa do Estado atacado gerar consequências manifestamente mais gravosas<sup>228</sup> do que os danos resultantes do ataque sofrido, não acreditamos ser razoável a conferência de primazia ao juízo de proporcionalidade externa em segundo plano, haja vista que a atuação do Estado atacado já foi ponderada tanto em razão da ação capaz de desencadeá-la, como através da estipulação de um dever de escolha, sempre que essa seja possível, de meios menos gravosos para a finalidade de defesa.

Portanto, não se dispensa o juízo de proporcionalidade estrita entre ação e a reação<sup>229</sup>, mas uma vez que a ponderação feita em etapa prévia já só autoriza o recurso à legítima defesa mediante um ataque armado, a nosso ver, não é razoável que o Estado atacado tenha ainda que, na ausência de outros meios igualmente eficazes para a defesa, abster-se<sup>230</sup> de se defender de um ataque, *por essência*, grave porque seus aparatos bélicos são superiores àqueles utilizados pelo agressor.

De forma que a ponderação entre os danos e a ação que desencadeia a defesa apenas será imperiosa quando existam outros meios disponíveis<sup>231</sup>. Fora isso, tendo em vista que a legítima defesa internacional só é permitida para tutelar situações de elevada gravidade, pensamos não ser defensável que um Estado tenha que suportar uma agressão da dimensão de um ataque armado, porque os meios que tem para se defender são assaz onerosos para o agressor. Além do mais, o requisito da ponderação externa de segundo

---

<sup>228</sup> Mesmo sendo contrário às hipóteses de defesa excessivamente mais gravosa, RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 805, assevera que: “The principle of proportionality does not, however, require that the weapons used in self-defence must be on exactly the same level as those used for the attack.”.

<sup>229</sup> Sobre, de forma geral, os inconvenientes do que denominou de *perspectiva funcional da proporcionalidade*, na qual se desconsidera a conduta ilícita e absolutiza-se somente a relação entre os objetivos perseguidos pela contramedida e os meios de autossatisfação, vide: Cannizzaro, *EJIL*, 2001, p.891 e 892.

<sup>230</sup> A conclusão tende a ser diferente quando se estiver sob o contexto de um conflito armado em curso, no qual imperam as normas de *jus in bello*, pois que neste caso não há prevalência valorativa de qualquer objetivo das partes envolvidas. Assim, como bem assevera CANNIZZARO, *IRRC*, 2006, p. 786 e 787: “[In *jus ad bellum*] international law confers upon the attacked State a superior power to take defensive action, and the proportionality requirement serves only to determine the degree to which other values can be sacrificed to that higher value. Conversely, in *jus in bello* there is by definition no higher value, as the offensive or defensive character of the military action does not count as such for assessment of the proportionality thereof.” (interpolações nossas). Todavia, o A. afirma que mesmo sob o império do *jus ad bellum*: “States must thus take humanitarian implications into account in determining the level of security they may seek to obtain using military action.”.

<sup>231</sup> Em sentido semelhante: Roberto Ago (ONU, A/CN.4/318/ADD.5-7, 1980, p. 69).

plano, consubstanciada no já mencionado “tit for tat test”, se entendido como absoluto, poderia autorizar a utilização de meios danosos de defesa de elevada gravidade em consonância com o ataque concretamente sofrido, mas que sejam objetivamente desnecessários ao fim de se defender, só por considerá-la uma reação paritária ou simétrica ao ataque sofrido.

A legalidade do *meio* escolhido far-se-á, então, conjugando a eficácia do meio para a defesa (requisito da necessidade) com a ponderação, a depender da existência de meios à escolha (proporcionalidade interna), entre o ataque sofrido e os danos ocasionados pelo meio elegido (proporcionalidade externa).

### 3.4 A aceitação da legítima defesa “preventiva”

É certo que nos termos da Carta a legítima defesa está autorizada mediante a ocorrência<sup>232</sup> de um ataque armado. E as questões atinentes ao marco temporal inicial do instituto não se ligam tanto à possibilidade de recurso ao Direito Costumeyro para delimitar as hipóteses de ação preventiva, mas antes e independentemente do Direito Costumeyro<sup>233</sup> – haja vista aplicar-se aqui a regra da especialidade da disposição convencional em detrimento da costumeira – ao estabelecimento do *momento* em que, nos termos da Carta, já se possa afirmar estar configurado o início da atualidade do ataque.

Assim, a defesa “preventiva” só está de acordo com a legalidade se for entendida no sentido de impedir a realização da ação intentada (um ataque armado contra o Estado vítima), e não preventiva em relação à mera ameaça de um possível ataque. A mera ameaça de um ataque não é suficiente para configurar o início da atualidade de um ataque armado; o ataque para ser atual há que estar em vias latentes de concretização.

---

<sup>232</sup> A expressão “if an armed attack occurs” do Art. 51, da Carta, deve ser lida como a manifestação da atualidade do ataque, caso contrário, como bem assevera FOUTO, *RFDUL*, 2010, p. 157, embora com conclusão divergente, “[...] a legítima defesa [seria deixada] no limbo entre o preventivo – de uma agressão futura – e o reparatório ou punitivo – em relação a uma agressão já concretizada.” (interpolações nossas)

<sup>233</sup> Isso explica porque no rol de exemplos dados por GRAY, *International*, 2008, p. 160 e ss., os Estados não utilizaram a argumentação de que de acordo com o Direito Costumeyro pode-se atuar em legítima defesa mesmo antes de se caracterizar o ataque armado, e buscaram de forma correta, sob a lógica da coerência-argumentativa, demonstrar que havia um ataque atual.

É grande a confusão operada no plano internacional acerca da iminência (“parte” temporal já integrante da atualidade<sup>234</sup>) da ação lesiva, ou mais especificamente, do ataque armado, e as reações de defesa consideradas antecipadas, preventivas ou preemptivas. Para nós, embora seja corrente na doutrina internacional<sup>235</sup> entendimento diverso, a defesa a um ataque *iminente* não será bem retratada nem pela expressão antecipada, nem preventiva, nem preemptiva porque, uma vez que a iminência faz parte da atualidade, qualquer atuação de defesa a um ataque iminente é puramente uma ação em legítima defesa, sem qualquer adjetivação excessiva. E, afóra a já mencionada imprecisão relativa às expressões “legítima defesa antecipada”, “legítima defesa preemptiva”, “legítima defesa preventiva”, entendemos que qualquer<sup>236</sup> ação defensiva, independentemente da impropriedade da adjetivação dada a ela, só é juridicamente aceitável se visar impedir o exaurimento de um ataque armado *real*, e não potencial.

De maneira que a defesa contra um ataque iminente não é contrária à leitura do Art. 51 da Carta, o que não se encontra tutelado pelo escopo do mencionado artigo é a “defesa” contra um ataque em potencial e portanto não atual.

O problema nesta seara diz respeito, então, à estipulação de critérios objetivos sobre o estado de iminência do ataque armado, ou seja, sobre a estipulação do marco temporal inicial que legitima a defesa. E as teorias que trataremos a seguir variam em

---

<sup>234</sup> Conforme DIAS, *Direito*, 2007, p. 411, a agressão, *mutatis mutandis*, para nós o *ataque armado*, é “[...] actual quando é iminente, já se iniciou ou ainda persiste.”

<sup>235</sup> Para KRETZMER, *EJIL*, 2013, p. 247, nota de rodapé 64, embora alertando para a confusão entre essas expressões: “An anticipatory attack is usually taken to refer to action against another State which is about to launch a concrete attack;” e “a pre-emptive attack refers to action to prevent the State from mounting an attack in the future”; já FOUTO, *RFDUL*, 2010, p.160-161, prefere trabalhar com a divisão entre “legítima defesa preemptiva” e “legítima defesa preventiva”, parecendo atrelar àquela as situações que envolvem a iminência de um ataque; com linhas de semelhança, também CORTEN, *The Law*, 2010, p. 496; RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 803-804 parece caracterizar como antecipatória, e não autorizada, a legítima defesa que ocorre em resposta a um ataque iminente “(alleged) imminence of the attack”; mais a frente, todavia, o A. relativiza tal proibição argumentando que, no caso específico em que se envolvam estratégias nucleares, quando a reação (so-called second-strike) a um ataque preemptivo (pre-emptive strike) torna-se nula, poderá a proibição da legítima defesa antecipada (anticipatory self-defence) ter observância diminuída pelos Estados; GRAY, *International*, 2008, p. 160 estipula ser a iminência alheia a atualidade do ataque e induz o entendimento de que quando se estiver sob a égide de um ataque iminente dever-se-ia recorrer à legítima defesa antecipada como argumento de justificação. Também no relatório da Assembleia Geral A/59/565, 2004, (para. 189), esboça-se a diferenciação entre a legítima defesa antecipada e preventiva: “[...] in anticipatory self-defence, not just pre-emptively (against an imminent or proximate threat) but preventively (against a non –imminent or non –proximate one)[...]” (interpolações nossas).

<sup>236</sup> Não se trata aqui, com a *data vénia*, da “natureza preventiva da concretização total da *ameaça*.” (grifos nossos), como pretende FOUTO, *RFDUL*, 2010, p. 157. Pois que já não há mais que se falar em prevenção à *ameaça* do ataque, visto que a ação perde o caráter de *ameaça* no momento mesmo em que o ataque se torna atual. Logo, a ação de defesa é contra o *próprio ataque* (iminente, mas nem por isso menos atual) e não contra a *ameaça* dele.

função não tanto da finalidade propriamente dita da defesa, mas sim, em razão da concordância acerca do *momento* em que essa defesa faz-se *legítima*<sup>237</sup>. Neste tópico, ater-nos-emos principalmente à análise de qual seja a margem temporal mínima<sup>238</sup> em que já se torna possível a atuação do Estado vítima, de forma a não transbordar os limites impostos para que a atuação mantenha o escopo de legítima defesa.

As questões atinentes à temporalidade do ataque armado, quaisquer que sejam as conclusões lançadas sobre ela, devem ser lidas à luz dos requisitos da proporcionalidade e da necessidade, de maneira que a demarcação do “momento em que o direito se constitui na esfera jurídica do Estado”<sup>239</sup> conecta-se, a nosso ver, com a imprescindível *compatibilização* entre a *ponderação*, principalmente externa, nos casos em que o “ataque” seja iminente, ou seja, saber se é possível aferir a magnitude de um ação antes de seu exaurimento, de forma a caracterizá-la como ataque armado e assim legitimar a defesa; e a *necessidade* de defesa, ou seja, saber se o argumento de que apenas uma atuação “precoce” do Estado seja capaz de garantir a eficácia do meio para a defesa é justificativa a ser, também, levada em conta, e se sim, até que ponto, para a configuração do direito de legítima defesa. Trata-se neste último caso de se saber qual o grau de importância atribuído à vertente temporal da eficácia (necessidade) do meio.

É importante que se tenha em conta que embora haja semelhança<sup>240</sup> entre a dogmática do instituto da legítima defesa no âmbito interno e no âmbito internacional, a forma pela qual alguns dos pressupostos são *realizados* não é, e nem poderia ser, idêntica, haja vista a estrutura dos agentes envolvidos. Assim como bem assevera DINSTEIN, “A description of a human being under attack as having ‘no moment’ for deliberation would be accurate. But when such an expression is applied to a State confronted with an armed attack [...], it is a hyperbolic statement.”<sup>241</sup> (interpolações nossas)

Dito isso, passemos às considerações de algumas teorias que buscam justificar determinadas reações tidas como em legítima defesa. Para tanto, tais teorias tencionam estabelecer alguns critérios de aferição do que pode ser considerado como situação de

---

<sup>237</sup> KRETZMER, *EJIL*, 2013, p. 260, embasando-se nos dizeres de Roberto Ago e Judith Gardam, parece defender que a *finalidade da defesa se altera* em razão do *momento* aceito para a ação defensiva legítima. Não concordamos com esse entendimento, pois a variável neste caso não é a finalidade, mas a própria estipulação do marco temporal inicial da legítima defesa.

<sup>238</sup> Trata-se, na expressão utilizada por FOUTO, *RFDUL*, 2010, p. 157, do “[...] alcance da regressão possível e juridicamente admissível.”

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>240</sup> Contra KUNZ, *AJIL*, 1947, p. 876.

<sup>241</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 212.

*iminência* de um ataque armado e conjugar com essas considerações os critérios de proporcionalidade e necessidade da defesa.

E são duas as questões principais, interconectadas entre si, relacionadas ao tempo que interfere nas conclusões de cada teoria, são elas: até que ponto um Estado pode (e deve) esperar para agir? E qual extensão temporal (posterior) pode ser pretendida pela ação defensiva? De maneira que as considerações sobre a proporcionalidade e a necessidade da defesa serão lidas à luz de um foco eminentemente temporal.

### **3.4.1 A Teoria do “Gatilho” ou do desencadeamento (*The Trigger Theory*)**

A teoria do desencadeamento intenta legitimar a ideia de que, uma vez *ocorrido um ataque armado*, o Estado vítima está autorizado a utilizar, além dos meios necessários à defesa “imediate”, também os meios que achar necessários para frustrar futuras ameaças, podendo inclusive destruir o potencial militar do agressor<sup>242</sup>.

Embora a teoria pressuponha a ocorrência de um ataque armado, a concordância quanto à escala e à gravidade que o ataque deve revestir-se para desencadear uma tal reação não é consensual entre os proponentes dessa teoria. Para KUNZ, por exemplo, não há diferenciação a ser feita quanto à possível dimensão da reação, seja ela decorrente de um ataque armado de maior ou menor monta<sup>243</sup>. Segundo o autor, ocorrendo o ataque, o Estado vítima tem o direito de repeli-lo, mas a reação do Estado não precisa se limitar a isso. O Estado vítima pode exercer seu direito de legítima defesa recorrendo à guerra “legítima”, perpetuar essa guerra até a consecução da vitória, impor um tratado de paz em desfavor do agressor vencido<sup>244</sup>, etc. Ou seja, nas palavras do próprio autor, o direito de legítima defesa é “a right to resort war”, mas que está, todavia, limitado pelas leis de guerra.

---

<sup>242</sup> KRETZMER, *EJIL*, 2013, p.262.

<sup>243</sup> KUNZ, *AJIL*, 1947, p. 878: “If ‘armed attack’ means illegal armed attack it means, on the other hand, any illegal armed attack, even a small border incidente; necessity or proportionality are no conditions for the exercise of self-defense under Art. 51.” Reforçamos nosso entendimento, em desalinhos com o A. e corroborando com a doutrina dominante, de que a utilização da força em pequena escala não se reveste, sequer, dos contornos de um ataque armado.

<sup>244</sup> KUNZ, *AJIL*, 1947, p. 876-877.

Já DINSTEIN, embora com entendimento semelhante a KUNZ quanto às consequências possíveis da reação<sup>245</sup>, estabelece que apenas quando o ataque sofrido seja crítico o suficiente poderá o Estado vítima recorrer à guerra.

Essa teoria prende-se principalmente à questão colocada acima de se saber qual extensão temporal (posterior) pode ser pretendida pela ação defensiva.

Começemos por apontar que a legítima defesa é um instituto legal de natureza subsidiária, não no plano normativo, mas sim no plano fático. De forma que a persecução ou a manutenção da paz não é intentada através da utilização prioritária deste instituto. A manutenção da paz e da segurança internacional<sup>246</sup> é de responsabilidade (primária) das Nações Unidas; apenas e só até o momento em que esta Organização Internacional não seja capaz de assegurá-las, poderão os Estados, diante da *atualidade de um perigo*, utilizarem-se da força armada para se defenderem.

Por isso acreditamos que sob a égide da Carta da ONU não é viável o entendimento de que um Estado pode defender-se arbitrariamente, tendo como salvo-conduto a ocorrência de um ataque armado.

Todavia, como já dissemos anteriormente, não desconsideramos a possibilidade de uma defesa legítima em parte desproporcional, mas a justificativa para a aceitação de uma reação eventualmente desproporcional não reside na ocorrência de um ataque armado, que para nós há que ser sempre de grave intensidade para poder receber tal denominação, mas sim na impossibilidade de defesa eficaz através de outros meios disponíveis menos gravosos e que não superem, assim, a já alta gravidade do ataque armado que desencadeou a reação.

E independentemente da proporcionalidade possível na escolha do meio, a própria idoneidade dele (ligado à necessidade do meio) para os fins da legítima defesa não é verificada à luz dessa teoria. Os efeitos pretendidos pelos meios passíveis de serem escolhido pelas considerações dessa teoria destoam da própria finalidade da legítima defesa, e o excesso acarretado pelo meio escolhido acaba por ser consequência da pretensão de uma finalidade alheia à legítima defesa, e mais, alheia à própria teleologia da Carta da ONU.

---

<sup>245</sup> “Once a war of self-defence is legitimately started, whether as a counterwar or in response to an isolated armed attack, it can be fought to the finish (despite any ultimate lack of proportionality).” DINSTEIN, *War*, 2001, p. 209.

<sup>246</sup> Art. 1º, da Carta da ONU.

Um Estado não está juridicamente autorizado, não sob o argumento de se estar atuando em legítima defesa, a destruir o arsenal bélico do seu agressor com fundamento no ataque armado sofrido, a menos que tal conduta seja *indispensável* e a única possível para combater o ataque armado (atual) que recai sobre o Estado vítima. Pois a legítima defesa além de subsidiária tem também caráter imediato<sup>247</sup> e limitado temporalmente, sendo assim, não visa uma defesa *ex post* ilimitada. E sobre a limitação temporal da legítima defesa concordamos com CASSESE<sup>248</sup> quando o autor italiano considera que ela possui termo final na atuação *efetiva* do Conselho de Segurança, portanto, até que ela ocorra, a atuação defensiva do Estado, *inter alia*, será legítima.

Embora o ponto de apoio dessa teoria seja a já ocorrência de um ataque armado como fundamento para uma atuação discricionária por parte do Estado vítima, nada impede que, olhando por outra ótica para o mesmo argumento, se sustente, como consequência indireta, que esse tipo de reação inibe também futuros ataques oriundos do mesmo agente. Se essa fosse a justificativa primordial do Estado, diga-se a inibição de ataques futuros, tendo por fundamento a potencial ocorrência de um (novo) ataque armado, poderia o Estado argumentar que age em legítima defesa?

### 3.4.2 A Teoria do Ataque Futuro (*The Future Attack Theory*)

Buscaremos responder neste tópico a questão que se lançou acima, mas antes de analisarmos os espectros peculiares que decorrem da *iminência* e da *potencial existência* de um ataque, traçaremos em linhas gerais algumas considerações sobre a teoria em voga.

---

<sup>247</sup> E aqui não nos referimos somente à imediaticidade *da ação em defesa* enquanto requisito, como também o são a proporcionalidade e a necessidade da defesa, assim DINSTEIN, *War*, 2001, p. 203-212, mas também à imediaticidade das *consequências* pretendidas pela ação em defesa, que, resumida a um lapso temporal pontual, pode ser almejada pelo Estado vítima quando se defende. Nas melhores palavras de CANNIZZARO, IRRC, 2006, p.785: “the use of force must necessarily be commensurate with the concrete need to repel the current attack, and not with the need to produce the level of security sought by the attacked State.”

<sup>248</sup> Assim, CASSESE, *International*, 2001 p. 305. Considera que: “self-defence must come to an end as soon as the CS steps in and takes over the task of putting an end to the aggression; however, this does not imply that self-defence must stop as soon as the SC has simply passed on the matter; it would rather seem that self-defence may continue until the SC has taken *effective* action rendering armed force by the victim State unnecessary and inappropriate, hence no longer legally warranted.” De maneira semelhante O'CONNELL, Mary. *Lawful Self-defense to Terrorism*. *UPLR*, v. 63, p. 889-908, 2002. (p. 898).

A teoria do ataque futuro, entre as teorias que analisaremos aqui, é a que mais diretamente se relaciona com a “extensão” do marco temporal inicial do ataque armado. E através dela busca-se legitimar a ação de defesa a um ataque armado de *início não definido*.

A primeira dificuldade que desponta ao debruçarmo-nos sobre essa teoria é, antes de mais, uma questão conceitual. Pois, embora a iminência seja correlata às situações de atualidade do ataque, sua utilização como critério delimitador entre a temporalidade futura e atual do ataque armado é assaz relevante, já que a iminência é o primeiro estágio da atualidade. Consideraremos, então, que na teoria do ataque *futuro*, esta última expressão é apenas um termo impropriamente usado, e que, ao revés, refere-se às situações fronteiriças entre a iminência e potencialidade (esta, a única entre as duas, presa ao momento futuro).

Por isso é importante fixar, com o maior grau de objetividade possível, além do espaço temporal a que pertence a *iminência*, que para nós, frisa-se, é a atualidade, os critérios de avaliação de sua ocorrência de forma a não confundi-la entre as considerações relativas a um ataque *potencial*. E não se trata de um subterfúgio da retórica<sup>249</sup> utilizado para moldar a afirmação sobre a temporalidade da ação de modo a enquadrá-la no conceito de legítima defesa, mas sim do reconhecimento<sup>250</sup> de que a iminência, sendo parte da atualidade, legitima o ataque, ao menos sobre o requisito da temporalidade, e embora sua proximidade com as características de um ataque (propriamente) futuro, com ele não se confunde.

Corroborando com a possibilidade de recurso à iminência do ataque para atestar sua atualidade tem-se também a interpretação que surge da leitura inversa do Art. 2º da Resolução 3314 (XXIX). Assim, uma vez que o primeiro recurso à força no plano internacional apenas *prima facie* representa o início do ataque, autorizado está o entendimento de que haverá hipóteses em que o primeiro recurso à força é um meio *legítimo* de defesa, pois antecedido por um ataque atual (que figurava no plano da iminência)<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> Como deixa a entender KRETZMER, *EJIL*, 2013, p. 266.

<sup>250</sup> Já na década de 50 do século passado, WALDOCK, H. The regulation of the use of force by individual States in International law, 81 RCADI 451, 498 (1952) *apud* DINSTEIN, *War*, 2001, p. 172.: “Where there is convincing evidence not merely of threats and potential danger but of an attack being actually mounted, then an armed attack may be said to have begun to occur, though it has not passed the frontier.”

<sup>251</sup> *Vide* também o relatório da AG da ONU, A/59/565, 2004, para. 188: “[...] a threatened State, according to long established international law, can take military action as long as the threatened attack is *imminent*, no other means would deflect it and the action is proportionate.”

Coisa mais complexa, portanto, é traçar os critérios necessários sobre os quais se deva assentar a conduta para ser tida como iminente no âmbito do direito internacional. E não obstante a dificuldade, não acreditamos que a avaliação da iminência decorra de um critério eminentemente subjetivo<sup>252</sup>.

No plano internacional, haja vista que a velocidade da resposta não encontra paralelo com as situações desenroladas no plano interno, acreditamos ser possível afirmar que a iminência estará caracterizada quando o ataque *indubitavelmente* já faz-se concreto, ou seja, quando não decorre mais de conjecturas de possibilidade.

A resposta à indagação sobre até que ponto um Estado pode (e deve) esperar para agir incide, então, na constatação, por meio de um elevado grau de certeza, de que a subtração da reação garante o exaurimento do ataque armado. Assim, sob o aspecto da necessidade resta claro que um Estado não pode ser compelido a esperar pela “transposição” da fronteira, em termos literais, para ver surgido o direito de defende-se legitimamente e nem manter-se inerte quando um ataque armado esteja em claro processo de desencadeamento<sup>253</sup>. Sobre essa última específica vertente da iminência citada, servimo-nos de um exemplo dado por DINSTEIN:

“Let us assume hypothetically that the Japanese carrier striking force, *en route* to the point from which it mounted the notorious attack on Pearl Harbor in December 1941, had been intercepted and sunk by the US Pacific Fleet prior to reaching its destination and before a single Japanese naval aircraft got anywhere near Hawaii. If that were to have happened [...] it would have been preposterous to look upon the United States as answerable for inflicting an armed attack upon Japan.”<sup>254</sup>

Assim, a reação a um ataque iminente será sempre de natureza interceptiva, haja vista o ataque já ser atual, e não antecipatória, esta última correlata à inibição de ataques futuros<sup>255</sup> e que, portanto, não se enquadra no escopo da legítima defesa.

Quanto ao requisito da proporcionalidade também não encontramos maiores problemas quando se estiver em causa um ataque iminente. E notadamente em relação a

---

<sup>252</sup> Sobre a dificuldade de utilização da iminência para a caracterização do ataque armado sob a justificativa da iminência não poder ser averiguada por critérios objetivos, *vide* RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 803.

<sup>253</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 171 e ss.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 171-172.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 172: “Whereas a preventive strike anticipates an armed attack that is merely ‘foreseeable’ (or even just ‘conceivable’), an interceptive strike counters an armed attack which is ‘imminent’ and practically ‘unavoidable’.”

uma de suas vertentes, a proporcionalidade de razão interna, pode haver, em virtude da reação ocorrer no momento inicial da atualidade, a possibilidade de a escolha do meio ser melhor calculada. Quanto à proporcionalidade externa, é preciso avaliar se a ação que está em claro processo de desencadeamento possui a dimensão necessária para ser caracterizada como sendo um ataque armado e assim constituir o direito de legítima defesa pertencente ao Estado vítima. Por fim, em relação ao que denominamos proporcionalidade externa de segundo nível, mantêm-se as mesmas considerações feitas acima, salientando-se que a defesa há de ser sempre direcionada para o ataque em iminência e não como forma de prevenir ataques futuros. A legítima defesa, qualquer que seja a forma de expressão da atualidade do ataque armado, não é um instituto com finalidade preventiva.

Assim, se a teoria do ataque futuro de maneira equivocada em relação à terminologia<sup>256</sup> empregada quis fazer menção aos ataques iminentes, não encontramos maiores problemas em aceitá-la, contudo, se tencionou-se legitimar também a ação de legítima defesa quando se estiverem em causa ataques *potenciais*, não entendemos ser tal entendimento possível.

Não obstante seja tênue a linha que separa a *iminência* da *potencialidade de ocorrência* de um ataque armado, elas pertencem a momentos temporais diversos, atualidade e futuro, respectivamente. De forma que a manutenção de um regime diverso aplicável a elas encontra razão nas finalidades intrínsecas ao instituto da legítima defesa. A aceitação da legítima defesa para situações potenciais não só atribui grande discricionariedade aos Estados para o emprego da força nas relações internacionais, como também, e principalmente em razão deste argumento, desvirtua o próprio instituto em voga. E não acreditamos que argumentos calcados na maior eficiência da defesa tendo em conta a “realidade tanto da guerra moderna com da política internacional”<sup>257</sup> (tradução nossa) sejam suficientes para alternar os pressupostos de um instituto normativo<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> A nosso ver, a principal fonte de equívoco reside na imersão da iminência como parte do futuro, trata-se, como se buscou demonstrar ao longo das considerações desenvolvidas ao longo do tópico 3.4, de uma impropriedade conceitual que prejudica as teorias que dependem deste conceito.

<sup>257</sup> KRETZMER, *EJIL*, 2013, p. 248: “The arguments for recognizing a right to anticipatory use of force in the face of an imminent attack rely not only, or not mainly, on the meaning of the ‘inherent right to self-defence’ recognized in Article 51, nor on the drafting history of this provision, but on the reality both of modern warfare and international politics.”

<sup>258</sup> Em outro contexto, com olhos voltados para o direito interno, mas a nosso ver com conclusões aplicáveis também ao plano internacional: CAEIRO, Pedro. Legalidade e Oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *RMP*, Lisboa, Ano 21, n. 84, p. 31-47, Out./Dez. 2000. (p. 44): “Parece-me bastante claro que a ideia de eficiência não tem capacidade para se constituir em base de legitimação autónoma do sistema jurídico-penal.”

E, ao contrário do que parecem apontar alguns autores<sup>259</sup>, o reconhecimento da possibilidade de atuação em legítima defesa a um ataque armado iminente não é resultado da aceitação, a título excepcional, da reação a um ataque não atual e portanto futuro, mas antes decorre, ou deveria decorrer, do reconhecimento da iminência no plano da atualidade.

Dito isso, entendemos que a questão de o Estado ter sofrido um ataque pretérito não legítima uma atuação posterior que tenha por finalidade defender-se de outros *potenciais* ataques<sup>260</sup>, a menos que tais ataques sejam comprovadamente iminentes. De maneira que um Estado só está autorizado a atuar em legítima defesa mediante a atualidade de um ataque armado. Situação diversa são os casos em que a utilização da força em momento pretérito é apenas parte componente de um sistema de estratégia mais complexo, formado pela aglomeração de várias ações armadas ilegítimas.

#### 3.4.2.1 A Teoria da Acumulação de Eventos (*Accumulation of Events Theory*)<sup>261</sup>

Embora essa teoria se relacione primordialmente com a tentativa de *configuração* de um ataque armado, preferimos tratar dela neste tópico, correlato à temporalidade, porque entendemos que nesse específico caso a configuração do ataque armado está intrinsecamente relacionada com a sua forma de ocorrência no tempo.

Em linhas gerais, a Teoria da Acumulação de Eventos tem em consideração não apenas as ações individuais executadas pelo agente que ataca, mas sim todo o conjunto que constitui o plano de ataque do agente.

Essa teoria é utilizada, principalmente, para justificar a reação em legítima defesa contra pequenos incidentes, que isoladamente não perfazem a dimensão de um ataque armado, mas que por serem cometidos de forma reiterada pelo mesmo agente, se analisados em conjunto, adquirem os contornos de um ataque armado. Essa linha

---

<sup>259</sup> Vide nota de rodapé 235.

<sup>260</sup> Também assim: CANNIZZARO, *IRRC*, 2006, p. 782: “This means that self-defence is not an open-ended instrument, but only has the aim of repelling armed attacks and provisionally guaranteeing the security of states. The forcible removal of threatening situations and the creation of permanent conditions of security seem to have been reserved by the international community as tasks to be performed collectively.”.

<sup>261</sup> Também denominada de “*pin prick*” theory, segundo GRAY, *International*, 2008, p. 155.

argumentativa já foi utilizada por Israel, África do Sul, Portugal e Estados Unidos<sup>262</sup> e, embora argumente-se<sup>263</sup> que o Conselho de Segurança tenha rejeitado tal teoria, na esteira de GRAY<sup>264</sup>, pensamos que a interpretação mais plausível para as considerações do Conselho de Segurança não seja o de uma rejeição global da dita teoria, mas apenas o entendimento de que nos mencionados casos, em razão das circunstâncias peculiares e inerentes a cada um deles, condenaram-se as reações como desproporcionais.

Assim também ocorreu no recente caso envolvendo Israel e o grupo armado Hezbollah, localizado em território libanês, no qual não obstante tenha sido reconhecida a atuação em legítima defesa pelo Estado israelense (mediante a consideração global dos atos cometidos pelo Hezbollah, que em conjunto perfazem as características de um ataque armado<sup>265</sup>) entendeu-se, também, pela desproporcionalidade da dita reação, principalmente, em razão do descumprimento da obrigação de proteção de civis<sup>266</sup>.

A aferição da proporcionalidade nos casos em que se dependa de uma análise conjugada das ações para caracterizar o ataque armado e conseqüentemente fazer nascer a possibilidade de recurso ao direito de legítima defesa, não obstante seja tarefa que

---

<sup>262</sup> Para um breve resumo dos casos envolvendo Israel, África do Sul e Portugal, *vide*: GRAY, *International*, 2008, p. 136 a 140, também SCHACHTER, *MLR*, 1984, p. 1638, menciona os casos envolvendo Estados Unidos e Vietnã; e Israel e Líbano, na segunda metade do século XX. Mais recentemente, Israel retomou a justificativa da acumulação de eventos para embasar seu direito de legítima defesa contra o grupo armado Hezbollah no sul do Líbano, *vide*: CANNIZZARO, *IRRC*, 2006.

<sup>263</sup> Especificamente sobre a rejeição do argumento israelense adotado nos conflitos com o Líbano na segunda metade do século XX: SCHACHTER, *MLR*, 1984, p. 1638; TAMS, *EJIL*, 2009, p. 370; também se entendeu que algumas resoluções do Conselho de Segurança, exemplificativamente, S/RES/501, S/RES/508 e S/RES/509, todas de 1982, onde se determina o respeito pelas fronteiras libanesas e o cessar imediato e simultâneo das atividades militares no Líbano e na fronteira entre esse último e Israel, corroboravam com a não aceitação da teoria da acumulação de eventos.

<sup>264</sup> GRAY, *International*, 2008, p. 155.

<sup>265</sup> GRAY, *International*, 2008, p. 155-156, também alerta para a possibilidade de recurso à teoria da acumulação de eventos em algumas decisões da Corte Internacional de Justiça, sem que, contudo, a questão chegasse mesmo a ser discutida. Percebe-se que, nas decisões da referida Corte nos casos Nicarágua/EUA; Camarões/Nigéria; Plataformas petrolíferas iranianas e República Democrática do Congo/Uganda, a não problematização da teoria guardava razões mais processuais, ausência de material probatório, do que decorrente da não aceitação material/substantiva da teoria. *v.g.* INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Camarão v. Nigéria. Julgamento: 10 de Out. de 2002. (paras. 308-324): “Finally, concerning various boundary incidents, the Court finds that neither of the Parties sufficiently proves the facts which it alleges, or their imputability to the other Party. The Court is therefore unable to uphold either Cameroon’s submissions or Nigeria’s counter-claims based on the incidents.”

<sup>266</sup> CANNIZZARO, *IRRC*, 2006, p. 780 e nota de rodapé 1, cita o reconhecimento manifestado pelos representantes de países como Argentina, Japão, Reino Unido, Peru, Dinamarca, Eslováquia, Grécia, França no 5489º Encontro do Conselho de Segurança: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 5489º Encontro do Conselho de Segurança em 14 de Jul. de 2006 (SC/8776). Os quais, embora tenham condenado a ação israelense por ser desproporcional, referiram-se a ela como sendo em legítima defesa. E embora o princípio da distinção seja aplicável primordialmente às situações de conflito armado, *jus in bellum*, será difícil, para não radicalizarmos na vedação total, que a incursão contra civis ou bens civis, que não estejam participando diretamente das hostilidades, perfaça os requisitos da necessidade ou da proporcionalidade da defesa.

apresente maior dificuldade do que a realizada quando se analisa apenas uma ação que por si só já caracteriza um ataque armado, não é de todo irrealizável.

O que acreditamos ser o essencial a ter-se em conta, uma vez entendida que a finalidade da defesa é deter e repelir o ataque armado pelo meio menos gravoso – se possível – é que não há uma paridade imprescindível entre a dimensão do ataque armado e a legítima reação a ele. Todavia, em razão da maneira como o ataque armado se realiza no tempo, sua caracterização depende de uma análise global, temporalmente diferida.

Se o que falta para imbuir os pequenos incidentes fronteiriços (considerados isoladamente) no escopo de um ataque armado são a escala e os efeitos significativamente graves (critérios qualitativos), próprios desta última manifestação ilegítima da força, não desconsideramos que a ocorrência de um certo número de incidentes conectados em razão de um certo lapso temporal, da semelhança quando ao *modus operandi* e do agente perpetrador *possa* até assumir a dimensão de um ataque armado, em razão da reiteração (critério quantitativo), mas faltará nesses casos – em que a “materialização” do ataque armado não possa ser apontada a um único momento temporal, mas antes constitui-se ao longo do tempo – a comprovação da necessidade e da imediatidade da reação.

Assim, o problema ao empregar-se a teoria dos eventos cumulados para *justificar a ação em legítima defesa* não se prende à inviabilidade de uma consideração global dos fatos para caracterizar o ataque armado, nem à impossibilidade de análise da proporcionalidade, mas sim ao requisito da *necessidade* de recurso à força para o fim de um Estado defender-se, sempre com olhos na subsidiariedade do instituto. E, correlata à necessidade, tem-se a difícil comprovação da imediatidade da reação, tendo em vista que a ação a qual se reage não tem formação una em termos temporais.

Situação diversa, a nosso ver, trata-se da teoria da acumulação de eventos para justificar a reação a um “plano de ação” em que cada “ato” por si só já configura um ataque armado. Aqui, a figura da legítima defesa, em princípio, faz-se presente, e a teoria é empregada, então, para *justificar a temporalidade da reação*.

De forma que sob esse aspecto entendemos ser possível uma leitura análoga entre algumas considerações sobre o concurso de crimes *efetivo*, correlato ao Direito Interno, e a teoria da acumulação de eventos para justificar a *temporalidade* da legítima defesa frente a um plano de ataque sequencial.

E a pedra de toque que servirá como justificativa para a realização de uma análise global dos vários ataques armados é o *dolo conjunto* ou ao menos o *dolo continuado*<sup>267</sup> do(s) perpetrador(es) dos “diversos” ataques.

Embora essas duas “roupagens” do elemento subjetivo do tipo sejam recorrentemente utilizadas para a construção normativa da figura do *crime continuado* no direito interno, não acreditamos serem aplicáveis aqui as considerações decorrentes dessa *construção normativa* da unidade criminosa (figura do crime continuado) para tratar das várias ações, em específico, dos diversos ataques armados. E isso por ausência justamente da *ideia fundamental* que *legitima* tal construção normativa que é a “[...] diminuição considerável do grau de culpa do agente.”<sup>268</sup>. Ideia que não acreditamos estar presente nas reiteradas ocorrências do crime de terrorismo, nomeadamente quando ele apresente contorno de ataques armado. Por isso, entendemos que o paralelismo se estabelece entre o concurso de crime efetivo e a teoria da acumulação de eventos, embora empregemos uma construção sobre o dolo utilizada pela teoria do crime continuado, mas não exclusiva e nem caracterizadora deste último.

Defendemos, então, ser *legítima* a reação estatal que ocorra no espaço temporal compreendido entre um ataque<sup>269</sup> e outro, nos casos em que a reiteração dos ataques armados demonstre ser fruto, ao menos, de um dolo continuado do agente que realiza tais ataques e perfaça a “pluralidade de sentidos do ilícito”<sup>270</sup>, ou seja, que preencha por certo número de vezes o escopo do ataque armado, de forma a dar corpo ao plano globalmente considerado. E assim defendemos porque, neste caso, o Estado reage a uma acumulação de eventos (leia-se ataques armados) em pleno curso, que é permeada por um dolo que transborda e conecta as ações passadas e as iminentes entre si. E a afirmação da *iminência* dos novos ataques decorre da existência do plano de atuação do agente que ataca e portanto justifica a atuação em legítima defesa.

---

<sup>267</sup> Repetiremos aqui de forma sintética o entendimento acerca desses dois elementos apresentados por DIAS, *Direito*, 2007, p. 1031: “[...] **dolo conjunto**, face ao qual as diversas realizações típicas deveriam, ao menos no essencial, ter sido planeadas previamente pelo agente. [...] **dolo continuado**, isto é, com o plano do agente de que repetiria a realização típica caso a ocasião se proporcionasse.” (grifos no original).

<sup>268</sup> Cf. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal: Tomo II. Reimpressão*. Coimbra: Almedina, 2007. (p. 211). De forma semelhante: DIAS, *Direito*, 2007, p. 1031.

<sup>269</sup> O plano de ataque só poderá ser considerado em curso se, impreterivelmente, *já tiver ocorrido* um ou mais ataques armados e se se demonstrar que agressão perdura em razão (objetivamente) da existência de um plano de ataque, o qual tem, também, respaldo (subjetivo) no dolo conjunto ou continuado do perpetrador.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 1008.

Assim, DINSTEIN, todavia empregando a teoria da acumulação de eventos para tratar das hipóteses legítimas de represália armada, afirma que “To be defensive, and therefore lawful, armed reprisals must be future oriented, and not limited to a desire to punish past transgressions. *In fine*, the issue is whether the unlawful use of force by the other side is likely to repeat itself.”<sup>271</sup>. *Mutatis mutandis*, o que ficou afirmado pelo autor israelense aplica-se às hipóteses de reação a um plano de ataque, composto por uma série de *ataques armados*, dirigido contra um Estado determinado.

Embora a reação contra um plano de ataque possibilite a presunção (relativa) de que a atuação entre um ataque armado ocorrido e a iminência de outro é *adequada temporalmente* aos pressupostos inerentes à legítima defesa, há sempre que se ter em conta que a legítima defesa é um instituto *subsidiário*<sup>272</sup> e temporalmente limitado, e não permanente. Devendo sempre ter por finalidade repelir uma situação *específica*<sup>273</sup>, na qual indispensavelmente esteja presente a atualidade de um *ataque armado*, incluindo as hipóteses, nas quais, mais do que um ataque atual, tem-se um plano sequencial de ataques *em curso*.<sup>274</sup>

### 3.4.3 A Teoria do Deter e Repelir (*Halting and Repelling Theory*)

---

<sup>271</sup> DINSTEIN, *War*, 2001, p. 199.

<sup>272</sup> Assim, além da adequação temporal, há que ficar demonstrado que em razão da conjuntura não havia possibilidade de se recorrer ao Conselho de Segurança. Já que a este, ou de maneira mais geral, à ONU é conferida, *prima ratio*, a tutela da paz e da segurança internacional.

<sup>273</sup> Assim, acreditamos que em grande parte das hipóteses nas quais se sustenta haver “desproporcionalidade” da reação quando se esteja em causa uma sequência de ações em que se utiliza a força, ou seja, quando se recorre à teoria da acumulação de eventos, seja para caracterizar a própria ocorrência de um ataque armado, seja para justificar a adequação temporal da legítima defesa, o “desvirtuamento” da legítima defesa não se “mede” com recurso a proporcionalidade vigente no *jus in bello*, (alheia à teleologia da legítima defesa, na qual, como já referido, há a supremacia do interesse em defende-se ao contrário do que ocorre em um estado de conflito armado já em curso, no qual os interesses das partes opostas estão, em princípio, em pé de igualdade) como parece pretender CANNIZZARO, *IRRC*, 2006, p. 791 e ss, no específico caso envolvendo Israel e Hezbollah. Antes, decorre de um desvio da finalidade possível da legítima defesa, a qual ao invés de se direcionar apenas à situação de ataque concreta e específica, visa atingir um estado de segurança permanente. De forma que os meios empregados para esse fim serão contrários à necessidade da legítima defesa, pois a extrapolam.

<sup>274</sup> Com entendimento bastante semelhante, O'CONNELL, *UPLR*, 2002, p. 893. A A. adverte que “Armed force to “send a message” or to generally deter is unlawful”, mas reconhece que: “Where a significant armed attack has already occurred but is not on-going, the defending state must show at least by clear and convincing evidence that future attacks are planned. [...] the defending state may act only where it has clear and convincing evidence of an incipient attack – one that is underway, requiring an instant response.”.

A nosso ver, essa é a teoria que reproduz a única finalidade possível do instituto da legítima defesa; as demais teorias, como procuramos demonstrar, na medida em que intentam finalidades alheias ao escopo da legítima defesa, retratam qualquer coisa menos o dito instituto.

Todavia, os autores<sup>275</sup> que comungam desta teoria tendem a rotular *equivocadamente*, como já repetimos em exaustão, a iminência fora das hipóteses de atualidade de um ataque armado, e assim abarcam-na entre as situações não permitidas de legítima defesa “antecipada”.

O argumento recorrentemente usado por esses autores para coibir o reconhecimento da atualidade nas situações em que, não obstante não tenha havido ainda “o primeiro tiro”, o ataque armado *só* não se perpetuará se for interrompido pelo Estado vítima, é que os denominados “ataques preventivos” podem facilmente levar a abuso, já que são baseados em considerações subjetivas e arbitrárias a serem realizadas pelo próprio Estado vítima.<sup>276</sup> E, nos dizeres de CASSESE, o argumento que embasa a doutrina da legítima defesa “antecipada” é um argumento “meta-legal”<sup>277</sup> ligado ao poder altamente destrutivo das armas utilizadas.

Não concordamos com tais assertivas, primeiro porque tomando novamente emprestadas as considerações desenvolvidas no âmbito do direito interno, em relação aos critérios de aferição da atualidade da agressão “decisiva é a situação objetiva e não o que seja representado pelo agredido”<sup>278</sup>. Segundo, em razão de ser duvidoso o argumento que tome como consideração *decisiva* uma possível falha de interpretação, ocasionada pela extensão<sup>279</sup> abusiva do instituto, para abster-se de reconhecer o enquadramento de uma hipótese plausível (a legítima atuação em situação de iminência) entre as finalidades possíveis da norma. E, por fim, o reconhecimento da situação de iminência como pertencente à atualidade, embora sirva para evitar a catástrofe que pode representar um ataque que se utilize de armas de destruição em massa, não tem como *fundamento* a inibição dessas situações, antes o não exaurimento destes ataques é *consequência* do reconhecimento do marco temporal inicial do ataque. Além do mais, mesmo quando se

---

<sup>275</sup> Por todos *vide* CASSESE, *International*, 2001, p. 305 e ss, CANNIZZARO, *IRRC*, 2006, p. 782 e ss; CORTEN, *The Law*, 2010, p. 407 e ss.

<sup>276</sup> No original “pre-emptive strikes”, exemplificativamente, *vide* CASSESE, *International*, 2001, p. 310.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 308.

<sup>278</sup> JESCHECK/ WEIGEND, § 32, II, d) *apud* DIAS, *Direito*, 2007, p. 411.

<sup>279</sup> Assim CORTEN, *The Law*, 2010, p. 412: “by accepting it, we would open up the floodgates to precisely those risks of abuse that the Charter set out to eradicate.”.

trabalhe com hipóteses de utilização de armas de alto poder destrutivo, a reação só será legítima mediante a *iminência* do ataque armado, assim como o é com qualquer ataque, independentemente do armamento de que se faça uso.

Portanto, embora concordemos que a finalidade da legítima defesa internacional seja deter e repelir um ataque atual, discordamos em parte da delimitação temporal da atualidade feita pelos principais proponentes da dita teoria ao excluir dela as hipóteses de iminência<sup>280</sup>. Todavia, como bem estabelece CORTEN: “The question is not, then, one of defining the threat but of determining when the armed attack began [...] It is the beginning of performance that is the critical instant from when one can assert that one is faced with a situation of armed attack.”<sup>281</sup>(Interpolações nossas)

### 3.5 A legítima defesa contra entidades não estatais

O foco de análise das considerações que seguem será o uso ilegítimo da força nas hipóteses de cometimento de um crime de terrorismo que seja apto a atingir a dimensão de um ataque armado. E as entidades não estatais de que trataremos resumem-se às “organizações terroristas”<sup>282</sup> estrangeiras<sup>283</sup>.

É certo que tradicionalmente o ataque armado decorre de uma atuação estatal e, portanto, nestas situações usuais, a reação direciona-se exclusivamente contra o Estado agressor<sup>284</sup>, por outro lado, não são novas<sup>285</sup> as discussões sobre a correta interpretação do

---

<sup>280</sup> Asseverando que a maioria dos Estados tem confirmado o entendimento de que a defesa só será legítima se for contra um ataque já em curso ou iminente *vide* TAMS, Christian J. Note analytique: Swimming with the Tide or Seeking to stem it? Recent ICJ Rulings on the law of Self-Defence. *RQDI*, Montreal, v.18, n. 2, p. 275-290, 2005. (p. 275).

<sup>281</sup> CORTEN, *The Law*, 2010, p. 414.

<sup>282</sup> Esta entendida através de um conceito funcional como “una estructura que se proyecta más allá de la comisión de unos hechos concretos”: TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. CPCCom, p. 407 *apud* MELIÁ, Manuel Cancio. El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español. *REJ*, Santiago, n.12, p. 149-167, 2010.(p.152) e que é elemento comum de todas as infrações terroristas, sejam elas periféricas ou estruturais. Cf. MELIÁ, *REJ*, 2010, p. 152.

<sup>283</sup> O ente não estatal será considerado estrangeiro, pela perspectiva do Estado vítima, quando o local de estabelecimento das bases e/ou do desencadear das atividades da organização terrorista ocorrer preponderantemente fora do território do Estado vítima, ou seja, quando a conduta (ataque armado) promovida pela entidade tenha origem externa às fronteiras do Estado vítima. Não interferindo, em princípio, na caracterização como entidade não estatal estrangeira a nacionalidade de seus integrantes.

<sup>284</sup> *Vide* CASSESE, *EJIL*, 2001, p. 995 e 997.

<sup>285</sup> *Vide*: GRAY, *International*, 2008, p. 198 e ss.; TAMS, *RQDI*, 2005, p. 275-276.

Art. 51 da Carta da ONU, e a nós interessa, especificamente, as divergências sobre os agentes aptos a figurarem no polo ativo de um ataque armado.

Concordamos com a afirmação de que a proibição de utilização da força tem como objetivo primordial<sup>286</sup> *proteger* a soberania dos Estados<sup>287</sup>, mas nem toda *utilização da força* contra a soberania de uma entidade estatal decorrerá, ao menos não diretamente, da atuação de outro Estado.

A proibição do recurso à força nas relações internacionais pode ser analisada sob dois aspectos, o primeiro, a que chamaremos de positivo ou ativo e que possui aplicação geral, traduz-se na proibição de *utilização* da força (situação ativa) nas relações que transbordem as fronteiras de um território nacional<sup>288</sup>; e o segundo, voltado para o caráter protetivo da proibição, a que chamaremos de aspecto negativo ou passivo, guarda razão direta no reconhecimento da soberania dos Estados, a qual não deve ser maculada, sem prejuízo, todavia, do reconhecimento de situações excepcionais, como a legítima defesa.

Em relação aos dois aspectos de análise da proibição do uso da força só o viés protetivo da norma está *diretamente* atrelado com considerações sobre a soberania estatal. Assim, só concordamos com a primeira parte da afirmação proferida por CORTEN “The regime prohibiting the use of force appears, then, as a corollary of sovereignty and consequently as an essentially inter-State regime.”<sup>289</sup>, pois apenas a proibição de utilização da força vista sob a finalidade de *proteção estatal* é calcada na noção de soberania<sup>290</sup>; e justamente por o escopo protetivo da norma pretender ser amplo que a proibição de

---

<sup>286</sup> O que não se contrapõem à ideia de proteção, também, da paz e da segurança da comunidade internacional como um todo.

<sup>287</sup> Assim: CORTEN, *The Law*, 2010, p. 169.

<sup>288</sup> Em última análise, é também baseado na dimensão *supraterritorial* de algumas hipóteses de utilização da força que se justifica a estipulação dos crimes internacionais, os quais embora concretamente possam estar alocados em um determinado território soberano não se resumem a ele, mas, ao revés, extrapolam as fronteiras estatais, chocando a consciência global e colocando em risco a segurança de outros Estados e da própria comunidade internacional. *Vide* CASSESE, *International*, 2003, p. 125-126. Por isso, não podemos concordar com a argumentação de CORTEN, *The Law*, 2010, p. 172, de que embora a proibição de utilização da força seja reservada aos Estados, tal não significa que os indivíduos possam recorrer à violência, todavia, para o A., esta situação é regulada no contexto legal *de cada Estado*. Acreditamos, porém não ser viável a afirmação de que se trata de uma situação puramente interna do Estado “hospedeiro”, especialmente nos casos de um ataque armado, no qual o uso da força perpassa concretamente os limites das fronteiras nacionais onde os agentes estão alocados.

<sup>289</sup> CORTEN, *The Law*, 2010, p. 169; Com entendimento semelhante *vide*: O’CONNELL, Mary. The Choice of Law against Terrorism. *JNSLP*, Washington n. 2, v. 4, n. 2, p. 342-368. Dez. 2010. (p. 358-359).

<sup>290</sup> Aqui cabe ainda uma ressalva, como procuraremos demonstrar no capítulo 5, a utilização da força por um Estado (ou Organização Internacional) no território de outro, ainda que sem autorização deste, pode não necessariamente colidir com a soberania deste Estado, mas tal dependerá do entendimento que se tenha deste último conceito.

*utilização* da força se estende também a entidades não soberanas, ou seja, a *proibição* de utilização da força no âmbito externo não é, a nosso ver, um atributo da soberania.

Algumas situações envolvendo o uso ilegítimo da força por parte de entidades não estatais já figuraram na seara internacional; a título de menção, tem-se já na década de 70 o caso dos ataques mercenários à República Popular do Benim e no início da década de 80 os ataques mercenários à República das Seicheles. Nesses dois casos, o Conselho de Segurança não estabeleceu uma conexão *expressa* entre a condenação do ataque armado promovido pelos mercenários e qualquer Estado individualmente considerado<sup>291</sup>.

Por outro lado, algumas decisões judiciais<sup>292</sup> no plano internacional, que tocaram na questão da ocorrência de um ataque armado envolvendo entidades não estatais, apontaram para a necessidade de vinculação entre a entidade não estatal e o Estado que suportará a reação do Estado vítima para que se operasse o reconhecimento da atuação em legítima defesa por este último.

Todavia, a *configuração* do ataque armado e a *concretização* do direito de defender-se legitimamente, embora sejam situações interdependentes, não se confundem, ou ao menos não deveriam confundir-se. Assim, tomando emprestadas as considerações manifestadas pelo juiz Kooijmans em seu voto dissidente, “If armed attacks are carried out by irregular bands from such territory against a neighbouring State, they are still armed attacks even if they cannot be attributed to the territorial State.”<sup>293</sup>

Posto isso, questão diferente é saber se deve haver um nexo de responsabilidade entre a conduta da entidade não estatal e o Estado que “hospeda” tal entidade e, em caso de

---

<sup>291</sup> Na S/RES/496,1981, concernente à República das Seicheles, o Conselho de Segurança *condenou* “apenas” “the recente mercenary aggression against the Republic of Seychelles and the subsequent hijacking”. E na S/RES/405, 1977, referente à República Popular de Benim, de forma mais ampla, “*Condemns* all forms of external interference in the internal affairs of Member States, including the use of international mercenaries to destabilize States and/or to violate their territorial integrity, sovereignty and Independence.”. Embora o dito Conselho tenha, ao menos no último caso, expressamente instado os Estados a exercerem o máximo de vigilância contra o perigo representado pelos mercenários internacionais e tenha também reafirmado a resolução S/RES/239, (1967), a qual condena qualquer Estado que persista em permitir ou tolerar o recrutamento de mercenários e o fornecimento de vantagem para eles, não houve condenação de qualquer Estado individualmente.

<sup>292</sup> *Vide* os casos: ICJ, *Nicaragua*, 1986, para 195 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia: *Prosecutor v. Tadic*, 15 de Jul. de 1999. (IT-94-1-A). (para. 137-145); INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 09 de Jul. de 2004.(para 139); e mais recentemente INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Congo v. Uganda*, 19 de Dez. de 2005. (Judgment, para. 146-147).

<sup>293</sup> Juiz Kooijmans ICJ, *Congo*, 2005,( Separate Opinion) para. 30. Concordando com tal entendimento, no mesmo caso, *vide*: Juiz Simma, ICJ, *Congo*, 2005, (Separate Opinion) para. 12. Também DINSTEN, *War*, 2001, p. 214 e SCHACHTER, *HJIL*, 1998-9, p. 311.

resposta positiva, qual o grau de responsabilidade exigível para que o Estado vítima possa *efetivamente agir* em legítima defesa. A resposta a essas indagações não serve para caracterizar o ataque armado, que já resta configurado, mas sim como elemento a ser levado em conta quando da utilização da força contra um território soberano que não perpetrou, ao menos não diretamente, um ataque armado contra o Estado que tenciona reagir em legítima defesa.

Negar a configuração do ataque armado seria incorrer na metafórica situação representada pela expressão "throwing the baby out with the bathwater"<sup>294</sup>. Pois, ainda que se entenda legítima a intenção de conferir primazia ao direito do Estado "hospedeiro" de não ter sua soberania violada por um ato que não lhe pode ser diretamente atribuído, negar a configuração do ataque armado parece ser uma afirmação incoerente e excessiva em suas consequências<sup>295</sup>.

De forma que a intenção de elidir o direito de defesa contra o Estado "hospedeiro" pode até se entendida como legítima, mas a fundamentação é, a nosso ver, claramente equivocada. Carece de qualquer sentido lógico sustentar que "Acts of terrorism committed by private groups or organizations as such are not armed attacks in the meaning of Art. 51 of the UN Charter. But if large scale acts of terrorism of private groups are attributable to a State, they are an armed attack in the sense of Art. 51."<sup>296</sup>. Não só porque a Carta não exige expressamente que o ataque decorra de um Estado, mas porque a atribuição de qualquer responsabilidade ao Estado "hospedeiro", principalmente quando o grau desta responsabilidade for diminuto, não alterar, em princípio, o sujeito ativo e direto do ataque armado, que é e continuará sendo, *v.g.*, o grupo terrorista.

Tal assertiva não contrasta com a situação na qual, não obstante o grupo terrorista não pertença formalmente à força armada regular de determinado Estado, o referido grupo

---

<sup>294</sup> Em outro contexto, mas valendo-se dessa expressão: PELLET, Alain. Can a State commit a Crime? Definitely, Yes! *EJIL*, Florence, v. 10, n.2, p. 425-434, 1999. (p. 430).

<sup>295</sup> Se, embora espacialmente restrita às fronteiras internas, a proibição do uso da força nas relações entre Estados em nível internacional não inclui os atos militares com fins de proteção da integridade territorial deste determinado Estado contra a intrusão de pessoas ou aeronaves, inclusive aeronaves civis (ato esse de dimensão e gravidade inferior a um ataque armado), como apontam, por exemplo, RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 122-123 e SCHACHTER, *MLR*, 1984, p. 1626-1627 e nota de rodapé 12. Com maior razão há que se reconhecer o direito de um Estado *poder invocar* o direito de legitimamente se defender quando da ocorrência de um ataque armado, mesmo que a concretização desse direito possa ultrapassar, como de fato ultrapassa, suas próprias fronteiras. Todavia, questão mais complexa dá-se quando este direito colide com outro direito, no caso, o direito à não intervenção e à não violação da soberania territorial de um outro Estado.

<sup>296</sup> RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 802.

opera como se *de fato* pertencesse, ou seja, trata-se das hipóteses em que o Estado “hospedeiro” envia o grupo terrorista para que este ataque um outro Estado. Nestes casos, nos quais a ligação entre as atividades terroristas e o Estado é de elevada monta, não há que se falar em responsabilidade por “agressão militar indireta”, pois trata-se na realidade de uma “agressão militar” estatal, ou seja, procedida diretamente pelo Estado.<sup>297</sup>

O problema surge, todavia, e são esses os casos que nos interessam, nas hipóteses em que, embora não haja uma vinculação de tal monta, o Estado assiste à atividade terrorista, aquiesce com ela, reluta para impedir tais atividades ou mesmo concede abrigo aos agentes após o cometimento do terrorismo. Nesses casos não existe grande concordância entre os autores acerca da atribuição da titularidade do ataque armado<sup>298</sup>, situação que acaba por corroborar com nosso entendimento de que o fundamento para a inserção, nos específicos casos em que envolvam entidades não estatais, da necessidade de responsabilização não deveria se dar em virtude da *caracterização* do ataque armado, mas sim como circunstância de natureza formal necessária para a implementação, ou para a prevalência, do direito material de legítima defesa no caso em voga. Pois que há autores<sup>299</sup> que não atribuem nem direta nem indiretamente o ataque armado a uma entidade estatal e nem por isso ignoram a ocorrência tanto do ataque armado como do direito de legítima defesa que, *inter alia*, dele decorre.

Assim, as decisões judiciais supracitadas, ao atrelarem a legitimidade da reação à necessária responsabilidade pelos ataques a ser atribuída ao Estado que sofrerá as

---

<sup>297</sup> Assim: ZANARDI, Pierluigi. Indirect Military Aggression. In: CASSESE, Antonio. (ed). *The Current Legal Regulation of the Use of Force*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986. Cap. 6, p. 111-120. (p. 112). *Vide* também ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, (A/RES/56/83, annex), 12 de Dez. de 2001.: “Article 8. *Conduct directed or controlled by a State*: The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.” (grifos no original).

<sup>298</sup> Assim: RANDELZHOFFER, *The Charter*, 2002, p. 802, atribui o ataque armado ao Estado; CASSESE, EJIL, 2001, p. 997, afirma que uma vez que o Estado “hospedeiro” violou um dever internacional inculcado em várias resoluções da ONU (as quais, em linhas gerais, asseveravam pela obrigação dos Estados de impedirem manifestações de atividades terroristas dentro de seus territórios) tal violação seria *equiparada* a um ataque armado; DINSTEIN, *War*, 2001, p. 214-215, por seu turno embora reconheça a violação do Direito Internacional por parte do Estado “hospedeiro” e propugne pela responsabilização internacional deste, assevera expressamente que de tal não decorre a implicação que o ataque armado possa ser atribuído ao Estado “hospedeiro”, mas em contrapartida não exclui a possibilidade de o Estado vítima agir em legítima defesa contra o grupo terrorista ainda que isso implique a violação da soberania daquele; já ZANARDI, *The Current*, 1986, p. 113, assevera que o simples fato de o Estado assistir a atividade terrorista ou aquiescer com ela não configura um ataque armado e, portanto, não autoriza a legítima defesa, nos termos do Art. 51 da Carta das Nações Unidas.

<sup>299</sup> *Vide* nota de rodapé 298.

consequências da legítima defesa, utilizam-se de uma fundamentação, frisa-se, equivocada. O problema aqui não é a *caracterização* do ataque armado, mas as *consequências* que o direito de legítima defesa acarreta sobre a soberania do Estado “hospedeiro”.

A nosso ver, conquanto seja razoável a tese esposada por CASSESE<sup>300</sup>, na qual o autor equipara a omissão Estatal, enquanto violação de um dever internacional<sup>301</sup>, ao resultado da ação perpetrada pelos grupo terrorista, com clara analogia ao crimes omissivos impróprios do direito interno, entendemos que tal entendimento implica algumas dificuldades que fazem, a nosso ver, não ser esta a tese, ou o raciocínio, mais atrativo ou mesmo correto para elucidar a situação. A primeira e talvez principal dificuldade que se aponta diz respeito ao fato de esta tese obstar o reconhecimento do grupo terrorista como sujeito ativo, direto e por vezes autônomo do ataque armado<sup>302</sup>; e a segunda dificuldade, decorrente da primeira, desponta dos casos nos quais haja uma completa impossibilidade de ação por parte do Estado “hospedeiro” não sendo razoável responsabilizá-lo pelo ataque. Assim, nos casos em que não seja possível a atribuição do ataque armado ao Estado “hospedeiro”, ainda que por vias indiretas, pois que não existe relutância dele para impedir o ato, mas sim um completa impossibilidade de fazê-lo, não se nega ao Estado vítima a existência do direito (material) de legitimamente defender-se<sup>303</sup>, ainda que reflexa, mas necessariamente, o Estado “hospedeiro” seja atingido<sup>304</sup>.

Pelo exposto, a nós parece que tal situação enseja considerações atinentes a ponderação de princípios e não de atribuição de responsabilidade indireta. De maneira que a responsabilização do Estado “hospedeiro” *pode* funcionar como *circunstância* que corrobora para o prevailecimento do direito de legítima defesa em detrimento da “violação” da soberania do Estado “hospedeiro”, mas não é determinante para a ocorrência (material) do direito de legítima defesa.

---

<sup>300</sup> CASSESE, EJIL, 2001, p. 997.

<sup>301</sup> Vide a título exemplificativo as resoluções S/RES/1189, 1998, e S/RES/1373, 2001, do Conselho de Segurança e a Chamada “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations” emitida pela Assembleia Geral da ONU 2625 (XXV).

<sup>302</sup> Expressamente sobre a possibilidade de uma atuação atribuída a uma entidade não estatal desencadear a legítima defesa nos termos do Art. 51 da Carta das Nações Unidas, vide: DINSTEIN, *ILS*, 2009, p. 45.

<sup>303</sup> O próprio CASSESE, em outra obra (*idem*, *International*, 2005, p. 470-472), afirma que nas situações em que o Estado “hospedeiro” seja incapaz de controlar a ocorrência de atividades terroristas em seu território, e não lhe possa ser atribuído qualquer responsabilidade sobre as ações terroristas, ainda assim poderá o Estado vítima (e não só ele, segundo o A., “any foreign State”) utilizar-se legitimamente da força contra tais organizações.

<sup>304</sup> Vide: RANDELZOFHER, *The Charter*, 2002, p. 802 e DINSTEIN, *War*, 2001, p. 215 e ss.

Em suma, a necessidade de demonstrar a responsabilidade do Estado “hospedeiro” pelo ataque concretizado pelo grupo terrorista não serve de todo nem para a caracterização do ataque armado e nem para fazer nascer o direito de legítima defesa, do qual é titular o Estado vítima. A responsabilidade do Estado “hospedeiro” servirá como circunstância a ser levada em conta quando da ponderação do princípio que prevalecerá no caso concreto.

De forma que, a nosso ver, estabelece-se uma “concorrência” de dois princípios<sup>305</sup>, um que autoriza o uso da força em legítima defesa pelo Estado vítima (direito deste) e outro que proíbe a utilização da força contra um Estado soberano que não tenha realizado um ataque armado (dever geral, que impõe-se, também, ao Estado vítima).

Por tudo, não acreditamos então que o maior problema seja reconhecer a proibição da utilização da força nas relações internacionais aplicáveis a entidades não estatais<sup>306</sup>, mas sim as consequências das implicações que de tal reconhecimento decorram.

Partindo, então, do pressuposto que o crime de terrorismo adquira, no caso hipotético, o escopo de um ataque armado, e portanto legitime a atuação em legítima defesa, estando presentes também os demais requisitos correlatos ao instituto, como se *concretizaria* a reação pelo Estado vítima? Seria imprescindível demonstrar a responsabilidade do Estado que “hospeda” a organização terrorista para legitimar a incursão do Estado vítima sobre o território daquele a fim de contra-atacar os agentes do ataque armado? Iniciaremos aqui considerações que retomaremos quando tratarmos da soberania, no capítulo 5.

Em primeiro lugar, alerta-se para o fato de que um Estado que concede guarida<sup>307</sup> a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos, como no caso dos grupos terroristas, responsáveis por uma grave violação do Direito Internacional manifestada pelo cometimento de um crime internacional, crime este cometido diretamente no território de um outro Estado (Estado vítima) que pretende puni-los, não confere a este o direito de invadir o território daquele sob o fundamento de estar agindo amparado pelo direito de legítima defesa.

---

<sup>305</sup> Com analogia ao pensamento de ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Tradução de Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002. (p. 48 e ss). Reforça-se, como bem salientado pelo A. (*Ibidem*, p. 51), que denominar tais princípios de “deveres”, “requisições”, “pretensões”, “interesses” são apenas diferenças terminológicas, que não alteram a natureza substantiva deles, são princípios.

<sup>306</sup> De maneira semelhante SCHACHTER, *HJIL*, 1988-9, p. 311, admite a legítima defesa contra um grupo não estatal.

<sup>307</sup> Seja durante a atualidade da ação ou após o cometimento de dita violação.

A *pretensão* do Estado vítima só será legítima se ficar demonstrado o preenchimento dos requisitos inerentes ao direito de legítima defesa, ou seja, a ocorrência de uma ação que configure um ataque armado, o respeito a necessidade e a proporcionalidade da defesa, bem como a *atualidade* do ataque, ou do plano de ataque, contra o qual se defende.

Mas ainda que demonstrada a legitimidade da pretensão, nesse específico caso, ela contrasta com outra, que como já dito é o direito de um Estado que não tenha promovido um ataque armado não ter sua soberania territorial violada.

Traçamos uma linha paralela com a teoria proposta por ALEXY acerca da concorrência de princípios para tratar da situação em voga porque acreditamos tratar-se de hipótese, assim como constado pelo autor alemão no âmbito dos princípios constitucionais (espécies, ao lado das regras, de normas constitucionais), em que a solução possível opera-se na dimensão do peso<sup>308</sup> conferido aos princípios concorrentes no caso concreto. Trata-se do estabelecimento para o caso concreto de uma “relação condicional de prevalência”<sup>309</sup> de um princípio em detrimento do outro. Já que, embora cada um dos dois supramencionados princípios possuam o mesmo *status* em abstrato, cada um deles limita a possibilidade de satisfação legal do outro.<sup>310</sup>

De maneira geral, nos casos em que o ataque armado seja de autoria de um grupo terrorista, alinhamo-nos com SCHACHTER<sup>311</sup> quando o autor estabelece que o uso da força pelo Estado vítima é obviamente *fortalecido* quando o dito Estado consiga demonstrar haver cumplicidade ou responsabilidade do Estado “hospedeiro” com o grupo terrorista. E mais, estamos propensos a aceitar que mesmo quando a ligação entre estas últimas entidades resume-se à utilização pelo grupo terrorista do território do Estado “hospedeiro” e a este não seja possível estabelecer qualquer responsabilidade pelas

---

<sup>308</sup> De maneira assaz breve, no plano das normas constitucionais, um conflito entre regras seria resolvido na dimensão da validade, restando ao fim uma norma declarada inválida. Já no caso de uma concorrência entre princípios, nenhum deles será declarado inválido, todavia, a resolução da celeuma passará pela peso concedido a um determinado princípio no caso concreto. Nas palavras do A.: “[...] principles have different weights in different cases and that the more important principle on the facts of the case takes precedence.” (ALEXY, *A Theory*, 2002, p. 50).

<sup>309</sup> *Ipsis litteris*: “[It] consists in establishing a conditional relation of precedence [...]” *Ibidem*, p. 52.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>311</sup> SCHACHTER, *HJIL*, 1988-9, p. 314.

atividades desempenhadas pela organização terrorista, estando presentes os requisitos da legítima defesa, não resta, *a priori*, impedida a atuação do Estado vítima<sup>312</sup>.

---

<sup>312</sup> Com conclusão semelhante DINSTEIN, *War*, 2001, p. 217; RANDELZHOFER, *The Charter*, 2002, p. 802; TAMS, *RQDI*, 2005, p. 290. Também: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Philip Alston – addendum – Study on targeted killings. (A/HRC/14/24/add.6), 28 de Maio de 2010. (p. 13, para. 40.), alertando, todavia, que: “In such exceptional circumstances, the UN Charter would require that Security Council approval should be sought.”.

## 4 OS VEÍCULOS AÉREOS NÃO TRIPULADOS (*Drones*)

Para implementar as noções que trabalhamos ao longo deste estudo analisaremos a utilização pelo Estado norte-americano<sup>313</sup> dos veículos aéreos não tripulados<sup>314</sup>, também alcunhados de *drones*, como mecanismo de combate ao terrorismo.

Segundo AMBOS<sup>315</sup>, esses veículos passaram a ser usados como “armas” de execução utilizadas contra os membros da Al Qaeda a partir dos atentados terroristas de Setembro de 2001<sup>316</sup>, mas já eram empregados, desde a década de 90<sup>317</sup>, com fins de vigilância durante os conflitos armados.

Debruçar-nos-emos sobre algumas implicações acarretadas pela utilização de tais veículos. E apenas por uma questão de sistematicidade, sob a perspectiva do Estado que “hospeda” as organizações terroristas, tem-se enunciado, essencialmente, quatro situações diversas. Na primeira, há o consentimento do Estado “hospedeiro” para que o Estado vítima reaja ao ataque armado proferido pelos terroristas; na segunda, os agentes terroristas atuam como agentes estatais de fato, trata-se, então, da tradicional configuração do direito de legítima defesa envolvendo, diretamente, dois Estados; na terceira, o Estado

---

<sup>313</sup> Segundo relatório de Philip Alston, (ONU, A/HRC/14/24/add.6, 2010, p. 9, para. 27) mais de quarenta países dominam a tecnologia de tais veículos, sendo que alguns desses países possuem ou estão desenvolvendo *drones* com capacidade também para efetuar disparos.

<sup>314</sup> Tais veículos são definidos pelo Dicionário do Departamento de Defesa Norte-Americano como: A powered, aerial vehicle that does not carry a human operator, uses aerodynamic forces to provide vehicle lift, can fly autonomously or be piloted remotely, can be expendable or recoverable, and can carry a lethal or nonlethal payload. Ballistic or semiballistic vehicles, cruise missiles, and artillery projectiles are not considered unmanned aerial vehicles. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms: As Amended Through 31 August 2005*. Joint Publication 1-02, 12 de Abr. de 2001. (p. 563).

<sup>315</sup> AMBOS, KAI. ¿Los VANT contra el terror o el terror de los VANT?. *SEMANA*. 16 de Out. de 2012.

<sup>316</sup> Nesse mesmo sentido, citando a matéria de SOMERVILLE, Keith. *US Drones Take Combat Role*, BBC NEWS. 5 de Nov. 2002, *vide*: O’CONNELL, Mary. *Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009*. In: BRONITT, Simon (ed.). *Shooting to Kill: The law governing lethal force in context. No prelo*. p. 1-26. (p. 4). A mesma autora aponta que os Estados Unidos utilizaram-se pela primeira vez dos *drones* para lançamento de mísseis em princípio de Outubro de 2001, no Afeganistão: O’CONNELL, Mary. *The International Law of Drones*. *ASIL*, Washington, v. 14, n. 37, Nov. 2010. Mas foi um mês após (em Novembro de 2001) que um míssil lançado pelos *drones* matou um indivíduo, Mohammed Atef, em Jalalabad no Afeganistão: O’CONNELL, *Shooting, No prelo*, p. 3. E a primeira morte ocasionada por tais veículos *relatada pela CIA*, fora da zona de combate, deu-se em 03 de Nov. 2002, no Iémen vitimando Qaed Senyan al-Harithi, um suposto líder da Al Qaeda, conforme BREAU, Susan; ARONSSON, Marie; JOYCE, Rachel. *Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict*. Oxford: Oxford research Group, Jun. 2011. (p. 2).

<sup>317</sup> Segundo KNOOPS, Geert-Jan Alexander. *Legal, Political and Ethical Dimensions of Drone Warfare under International Law: a preliminary Survey*. *ICLR*, Boston, v. 12, p. 697-720, 2012. (p. 698), em 1998 deu-se o primeiro voo do veículo *RQ-4A Global Hawk drone*, a partir do qual teve início o aprimoramento da tecnologia empregada nos *drones*.

“hospedeiro” possui responsabilidade<sup>318</sup>, não necessariamente pelo ataque perpetrado, mas pela presença, de alguma maneira consentida, das bases de operação de atividades terroristas em seu território; e, por fim, a hipótese em que o Estado “hospedeiro” nem autoriza a intervenção do Estado vítima e nem é responsável, mesmo que de forma indireta (quando haja por exemplo uma completa impossibilidade de agir) pela presença do grupo terrorista em seu território.

As situações acima descritas ainda podem ser conjugadas com outro ângulo de análise, o qual tem como filtro a conjuntura de estar-se ou não sob o curso de um conflito armado. E isto em razão do arcabouço normativo próprio (e por isso distinto) que se aplica durante uma situação de conflito armado e durante os tempos de paz.

Nesse ponto, tendo como marco referencial o Estado vítima, têm-se duas situações diversas. Em uma delas a reação do Estado vítima, seja contra o Estado “hospedeiro” seja contra a entidade não estatal, é tópica e perfaz-se tendo como pano de fundo tempos de paz. E na segunda situação desencadeia-se um *conflito armado* que se estabelece entre o Estado vítima e o *Estado* “hospedeiro” (pois que os terroristas são agentes estatais de fato) ou, em outra hipótese (não consensual), intenta-se reconhecer a possibilidade de o conflito armado ter como partes o Estado vítima e o grupo terrorista.

Assim, excetuando a hipótese em que a organização terrorista aja como agente estatal de fato, voltar-nos-emos às situações acima descritas.

A primeira situação se desenvolve considerando ainda se estar em *tempos de paz* e aqui dois regimes jurídicos despontam, são eles: *as normas do jus ad bellum* – direito de legítima defesa insculpido no Art. 51 da Carta da ONU e as normas extraterritoriais<sup>319</sup> de aplicação da lei penal<sup>320</sup>; e a segunda situação, na qual se defende ter ocorrido a ruptura da

---

<sup>318</sup> Quanto ao grau de controle requerido para que haja responsabilização estatal *vide* as paradigmáticas (e contrastantes) decisões da ICJ, *Nicaragua*, 1986, para 113 e ss, e ONU, *Tribunal (IT-94-1-A)*, 1999 p. 47, para. 116 e ss.

<sup>319</sup> E aqui ainda estamos confinados ao pressuposto, que mais adiante será alargado, de que o crime de terrorismo internacional (não obstante possua bem jurídico transestatal) foi praticado dentro do território do Estado que almeja exercer sua jurisdição judicativa. Veja as precisas ressalvas do uso dessa terminologia (extraterritorial) quando se pretenda tratar do “âmbito de eficácia das normas materiais” que decorram da tentativa de um Estado, não agindo primordialmente em interesse próprio, estender sua jurisdição para fatos praticados fora do seu território. Cf.: CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 244.

<sup>320</sup> Alguns autores, por partirem do pressuposto de que a princípio só se tornaria lícita a reação do Estado atacado se houvesse um grau – ainda que diminuto – de responsabilidade do Estado “hospedeiro” em relação as atividades terroristas, buscam fundamento na excepcional aplicação extraterritorial da lei para justificar a reação do Estado vítima. Nesse sentido *vide* DINSTEIN, *War*, 2001, p. 215-217. O A. sustenta que a “Extra-territorial law enforcement is a form of self-defence, [...]” (p. 217); novamente DINSTEIN, *ILS*, 2009, p. 49; Também KNOOPS, *ICLR*, 2012, p. 713 e ss, trabalha com a ideia de legítima defesa dentro do modelo de

paz e estar-se sob o pano de fundo de um *conflito armado*, contexto este regulamentado pelas normas do *jus in bello*.

A primeira hipótese possível retrata a situação idealizada pela Carta da ONU quando esta autorizou o uso da força armada em uma situação de legítima defesa e, portanto, traduz-se em uma reação tópica do Estado vítima, com o precípua fim de defender-se do ataque. Todavia, embora a reação deva ser circunscrita a essa finalidade, é assegurada ao Estado vítima a manutenção de reação defensiva até a atuação efetiva do Conselho de Segurança<sup>321</sup>. Neste ínterim, a nosso ver, ainda não terão primazia as normas do *jus in bello*, pois que a reação, caracterizada como sendo em legítima defesa, regula-se primordialmente pelas normas do *jus ad bellum*<sup>322</sup>. De maneira que ainda existe supremacia do interesse do Estado vítima sobre o “interesse” da entidade não estatal, e mesmo sendo o caso de aceitação de uma reação em legítima defesa contra um *plano de ataque*, a ação do Estado vítima continua, e *deve* continuar, restrita ao propósito de *defender-se* de uma *específica e atual* agressão, o ataque armado. Assim, pode-se afirmar que a conduta do Estado vítima para ser tida como em legítima defesa deve, *inter alia*, ser *reativa* e não *proativa*, esta última é característica do contexto de um conflito armado, contexto esse, como já mencionado, regulado pelas normas do *jus in bello*.

Ainda considerando-se estar sob o contexto de paz, faltando algum pressuposto ou requisito para a caracterização da legítima defesa ou em razão de o Estado não querer fazer uso deste direito, mantém ele, em princípio, a pretensão de exercer sua jurisdição judicativa sobre os autores do ataque armado. Para tanto, o Estado vítima deverá, através das normas extraterritoriais de aplicação da lei penal, com especial ênfase para os mecanismos (pacíficos) de cooperação internacional com o Estado “hospedeiro,” buscar exaurir a dita pretensão.

Conquanto este seja o cenário ideal, pois que não há ruptura da paz, não parece ser o único possível. A reação do Estado vítima tornando-se proativa pode dissociar-se da

---

aplicação (extraterritorial) da lei. Todavia não acreditamos ser esta a *base justificadora* que legitima a *reação* do Estado vítima. O âmbito de aplicação da lei não se confunde com a possibilidade de recurso à legítima defesa internacional.

<sup>321</sup> Vide nota de rodapé n. 248.

<sup>322</sup> Excetuando a limitação quanto aos sujeitos, alinhamo-nos com os comentários ao Art. 21 constante em: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, (A/RES/56/10), 2001., no sentido de que o recurso à legítima defesa faz-se no contexto de paz (*Ibidem*, p. 74, item 2) e que a alegação de estar-se sob a égide do dito instituto não exclui a ilicitude de condutas que violem obrigações do Direito Internacional Humanitário ou que atentem contra disposições inderrogáveis de Direitos Humanos. (*Ibidem*, p. 74, item 3).

finalidade exclusivamente defensiva dirigida contra a específica conduta (ataque armado) que lhe deu causa. Nesse caso, alguns Estados<sup>323</sup> propugnam pelo reconhecimento de um conflito armado entre eles e a entidade não estatal como forma de justificar, sob o manto do *jus in bello*, suas ações. Essa hipótese requisita, então, a possibilidade de se estenderem as diretrizes do conflito armado para as relações entre Estado e entidade terrorista (estrangeira). E ainda que se assumisse alguma viabilidade a esta caracterização, outras dificuldades surgiriam, como o enquadramento do conflito como sendo internacional ou não internacional, pois ainda que se argumente que as normas de Direito Costumeiro sejam semelhantes independentemente de o conflito ter caráter internacional ou não, no plano do Direito Convencional há diferenças significativas<sup>324</sup>.

Acreditamos, todavia, que a dificuldade de enquadramento da relação entre Estado e organização terrorista como sendo um conflito armado internacional ou não internacional<sup>325</sup> é reflexo de uma impossibilidade anterior. A nosso ver, é inviável conceber tal relação como sendo um *conflito armado*. E isso porque, conquanto defendamos a possibilidade de ação em legítima defesa contra entidades estatais, não podemos ser favoráveis à possibilidade de um Estado propugnar pelo reconhecimento de se estar sob a conjuntura de um conflito armado contra uma entidade não estatal, no caso, a guerra global contra o terrorismo, desvinculado de qualquer circunscrição de tempo e espaço, para legitimar sua conduta. A noção de conflito armado, conforme estabeleceu o Comitê da Associação de Direito Internacional sobre o uso da força<sup>326</sup>, depende da presença de ao menos dois fatores, são eles: a existência de grupos armados organizados e o engajamento em lutas de alguma intensidade. Aliado a isso, como bem assevera O'CONNELL<sup>327</sup>, as lutas ou as hostilidades estão limitadas a uma zona de ocorrência (zona de combate ou palco de operações) e é apenas nestas zonas que a morte do combatente ou daquele que seja parte direta nas hostilidades é permitida<sup>328</sup>.

---

<sup>323</sup> Nomeadamente Estados Unidos e Israel, *vide*: Philip Alston, (ONU, A/HRC/14/24/add.6, 2010, p. 16, para. 47.).

<sup>324</sup> *Vide*: também BREAUX; et al, *Discussion*, 2011, p. 6.

<sup>325</sup> Para uma análise acurada das dificuldades *vide*: Philip Alston, (ONU, A/HRC/14/24/add.6, 2010, p. 15 e ss, para. 46 e ss.).

<sup>326</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *The Hague Conference: Use of force: Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law* (2010). (p.2). CASSESE, *International*, 2005, p. 420, estabelece que *caso fosse possível* reconhecer esse novo tipo de conflito armado envolvendo um Estado e um grupo terrorista (estrangeiro), ele atingiria, todavia, a categoria de conflito armado internacional.

<sup>327</sup> O'CONNELL, *JNSLP*, 2010, p. 355.

<sup>328</sup> Também se preocupando com a delimitação espacial do pretense conflito armado e alertando para o fato de que o reconhecimento de uma guerra global contra o terror sem delimitação territorial implicaria a

Ou seja, o que negamos é a possibilidade de se alegar um estado de exceção internacional, tradicionalmente regulamentado pelas normas do *jus in bello*, para legitimar execuções sumárias de indivíduos não submetidos a legal aferição da culpa, operadas em território estrangeiro indiscriminado e a qualquer tempo<sup>329</sup>.

Não se impõe um contexto desejável (alterando assim a situação real) em razão da norma que se pretende como regulamentadora da conduta, a lógica é precisamente inversa. As normas aplicáveis que variam em função do contexto que se tenha. Não se trata de uma questão política ou discricionária<sup>330</sup>, trata-se, em última instância, de uma verificação facto-normativa.

Assim, excetuando o caso do Afeganistão, onde existe um conflito armado<sup>331</sup>, no qual os Estados Unidos estão envolvidos, nos demais casos ocorridos e em ocorrência no Iraque, Iémen, Somália e Paquistão<sup>332</sup> “os ataques dos *drones* conduzidos, ou auxiliados, pela CIA devem ser analisados sob o paradigma de tempos de paz”<sup>333</sup> (tradução nossa). Nossa ênfase será, então, nas atuações que transcorram nesta última conjuntura.

#### 4.1 Breves comentários sobre a operação dos *drones*

---

transformação do planeta em um campo de batalha, tendo em conta que as células terroristas se espalham por mais de sessenta países. *vide*: AMBOS; et al, *RL*, 2008, p. 24 e ss.; também CASSESE, *EJIL*, 2001, p. 997.

<sup>329</sup> Em sentido semelhante *vide*: Philip Alston, (ONU, A/HRC/14/24/add.6, 2010, p. 16, para. 48.).

<sup>330</sup> Em sentido semelhante *vide*: O’CONNELL, *JNSLP*, 2010, p. 345.

<sup>331</sup> Em breves linhas, o caso do Afeganistão não deve ser visto como uma comprovação da possibilidade de de relação entre Estado vítima e grupo terrorista (estrangeiro) poder adquirir contornos de conflito armado. E isso porque o conflito iniciado em solo afegão em Outubro de 2001 tinha como parte o Talibã, governo de fato do dito país (e a Al Qaeda, aliada daquele) de um lado, e os Estados Unidos de outro. Tratava-se de um conflito armado eminentemente internacional. A confusão maior surge quando retirado o regime Talibã do poder e instaurado um outro governo no país afegão, presidido por Hamid Karzai (até meados de 2014), a presença americana se mantém. Todavia, agora a presença norte-americana é consentida pelo governo de Karzai (*Vide*: DINSTEIN, *ILS*, 2009, p. 52; O’CONNELL, *JNSLP*, 2010, p. 358). Nesta conjuntura, não obstante a dissensão sobre a natureza do novo conflito, a presença *ativa* dos dois governos (afegão e norte-americano) ainda faz-se presente no desencadear da situação. Sobre a caracterização do conflito armado *vide*: também BREAU; et al, *Discussion*, 2011, p. 9, os autores apontam para a natureza não internacional do conflito em curso no Afeganistão; também assim KNOOPS, *ICLR*, 2012, p. 710. Por seu turno, defendendo tratar-se ainda de um conflito armado internacional, *vide* DINSTEIN, *ILS*, 2009, p. 50 e ss.

<sup>332</sup> Rol de países apontados por KNOOPS, *ICLR*, 2012, p. 618. Atente-se, contudo, que o conflito armado entre Estados Unidos e Iraque cessou em finais de 2011.

<sup>333</sup> Assim: BREAU; et al, *Discussion*, 2011, p. 9, “It is not contemplated in the existing international law literature or treaties that one can engage in an armed conflict with a concept such as a “War on Terror”. To this date the drone attacks conducted by, or with the support of, the CIA, are to be assessed under a peacetime paradigm.”

Segundo Jane MAYER<sup>334</sup>, o governo norte-americano executa dois programas envolvendo a utilização dos veículos aéreos não tripulados. O primeiro tem caráter militar, sendo operado, em princípio, pelas forças armadas estadunidenses. É publicamente conhecido e desencadeia-se em zonas onde haja um conflito armado declarado. Já o programa executado pela CIA (Central Intelligence Agency), ainda segundo a jornalista, tem como alvos suspeitos de terrorismo em todo o mundo, incluindo locais nos quais não existam tropas norte-americanas. Trata-se de um programa secreto, sobre o qual a CIA não fornece, ao menos não com razoável grau de precisão, informações públicas sobre as áreas de operação de tais veículos; como os alvos são selecionados; quem está no comando e quantas pessoas têm sido mortas.

Há indícios de que esta divisão operacional apontada pela autora entre as Forças Armadas estadunidenses e a CIA no comando dos *drones* não é tão bem demarcada<sup>335</sup>, cabendo à CIA participação ativa em grande parte das operações, incluindo aquelas desenvolvidas em zonas de conflito.

A despeito da turvada distinção entre organismos estatais militares e civis no comando dos ditos veículos, ainda que ela de fato existisse, como dissemos anteriormente, teremos como pano de fundo as situações nas quais *não* se esteja em curso um conflito armado envolvendo o país atingido e o Estado norte-americano, ou seja, trabalharemos com as hipóteses nas quais os *drones* operam fora da “zona de guerra”, contexto em que parece caber primordialmente à CIA a operação dos veículos aéreos não tripulados, e não às forças armadas estadunidenses.

Cumpramos, então, mencionar os *vagos e arbitrários*<sup>336</sup> parâmetros apontados para utilização dos *drones* provavelmente seguidos pelos Estados Unidos, são eles: primeiro, um suspeito só poderá ser alvo de um ataque por *drones* se a possibilidade de seu encarceramento for ilusória; segundo, esta pessoa há que estar envolvida em preparação de atos de guerra (“acts of war”) contra os Estados Unidos; terceiro, o indivíduo, por consequência, deve representar uma imediata e significativa ameaça aos Estados Unidos; e

---

<sup>334</sup>MAYER, Jane. The Predator War, What are the Risks of the C.I.A.’s Covert Drone Program? *THE NEW YORKER*, 26 de Out. de 2009.

<sup>335</sup> Vide: O’CONNELL, *Shooting, No prelo*, p. 6. A autora reproduz informações fornecidas por John Radsan, antigo consultor geral adjunto da CIA, de que “[...]all decisions to actually fire a missile are made by the CIA at their headquarters in Langley, Virginia.”

<sup>336</sup> Vide KNOOPS, *ICLR*, 2012, p. 700-701.

quarto, o Estado “hospedeiro” deve mostrar-se como incapaz de, ou indisposto a, apreender o dito indivíduo.

Esses parâmetros só legitimarão a defesa armada se passarem pelo filtro do Art. 51, da Carta. E naquilo em que forem incompatíveis, se ainda assim servirem de diretriz para a ação dos *drones*, representarão excesso em legítima defesa, sujeito, portanto, a desencadear responsabilidade estatal e individual por crime de agressão<sup>337</sup>. Já de início, afasta-se a suficiência isolada do primeiro e do quarto critério, uma vez que as situações descritas em ambos os itens não conferem legitimidade a uma reação armada; já o segundo e o terceiro só serão adequados se perfilharem as considerações feitas sobre os contornos da legítima defesa internacional, principalmente acerca do marco inicial do ataque armado, e a mera ameaça de realização de um ataque, já foi dito, não é suficiente para legitimar a reação defensiva.

Conquanto tenhamos dito que a “luta contra o terrorismo” não perfilha a noção de *conflito armado*, cumpre-nos analisar para fins de aferição de responsabilidade como, no plano interno, os Estados Unidos caracterizam tal situação e em consequência disso qual a função desempenhada, principalmente, pelo legislativo e pelo executivo norte-americano.

#### ***4.1.1 O papel do Congresso norte-americano***

De acordo com o direito interno estadunidense, insculpido na “War Powers Resolutions”, os poderes constitucionais conferidos ao Presidente, para introduzir as forças armadas norte-americana em uma situação que ou indique eminência de ser ou que já seja efetivamente de hostilidade armada, estão condicionados a: (1) uma declaração de guerra, (2) autorização legal específica, ou (3) uma emergência nacional criada por um ataque contra os Estados Unidos, seus territórios, ou suas forças armadas<sup>338</sup>. Em todas essas situações o presidente deverá consultar o Congresso e, sempre que possível, fazê-lo em instante prévio à introdução das forças armadas na situação de hostilidade (ou sua

---

<sup>337</sup> Apontando também para possibilidade de responsabilização, *vide*: Philip Alston, (ONU, A/HRC/14/24/add.6, 2010, p. 14, para. 43).

<sup>338</sup> Assim: 50 U.S. Code § 1541(c). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. War Powers Resolutions. 50 U.S. Code Chapter 33.

iminência)<sup>339</sup>. Na ausência de uma declaração de guerra, também assim, o Presidente não prescinde da manifestação do congresso, devendo informar a este o fato em até 48 horas após as forças armadas terem sido introduzidas na situação de hostilidade<sup>340</sup>.

Visto isso, se se aceitasse a alegação norte-americana de que o dito Estado está em “Guerra Global contra o Terrorismo”<sup>341</sup>, o governo deveria subter sua pretensão bélica ao congresso, mas não o fez<sup>342</sup>. A pergunta que se coloca é: o Presidente norte-americano estaria, então, autorizado a iniciar uma “guerra” prescindindo de aprovação do Congresso quando se utilizasse dos *drones* para tanto?<sup>343</sup> Ou antes, a afirmação de que se trata de um conflito armado seria apenas um subterfúgio para aplicação das normas vigentes nesse contexto?

O Governo norte-americano, ao dispensar a autorização do Congresso para a utilização dos *drones*, parece manter a mesma justificativa utilizada em 2011 durante o emprego de tais veículos na Líbia<sup>344</sup>, que de maneira geral consiste na alegação da dimensão restrita das operações, as quais não envolvem luta ininterrupta entre as partes, ou troca de fogo entre partes hostis; no fato de não impor a presença de tropas terrestre norte-americanas e por isso afastar a possibilidade de baixas ou sérias ameaças aos Estados Unidos; e por fim afirma-se não haver significativa chance de agravamento do conflito em razão justamente do último argumento apontado.<sup>345</sup>

Esses argumentos, além de refletirem uma visão monocular da utilização dos *drones*, que simplesmente desconsidera os efeitos<sup>346</sup> ocasionados no Estado atingido, ignorando o número de vítimas, o efeito provocado na população civil e o constante sobrevoos de tais veículos em território estrangeiro sem autorização deste, torna

---

<sup>339</sup> Assim: 50 U.S. Code § 1542.: “The President in every possible instance shall consult with Congress before introducing United States Armed Forces into hostilities or into situations where imminent involvement in hostilities is clearly indicated by the circumstances, and after every such introduction shall consult regularly with the Congress until United States Armed Forces are no longer engaged in hostilities or have been removed from such situations”. (EUA, *War*, Code Chapter 33).

<sup>340</sup> *Vide*: 50 U.S. Code § 1543 (a). (EUA, *War*, Code Chapter 33).

<sup>341</sup> Nesse sentido O’CONNELL, *JNSLP*, 2010, p. 344, aponta a declaração de Dean Harold Koh, consultor jurídico do Departamento de Estado norte-americano, para justificar a morte realizada por *drones*, “the United States ‘is in an armed conflict with [al Qaeda], as well as the Taliban and associated forces. . . ”. A expressão “global war on terror” parece ter sido substituída pela “armed conflict with Al Qaeda”, sem contudo produzir significativa alteração de finalidades.

<sup>342</sup> KNOOPS, *ICLR*, 2012, p. 701 e ss.

<sup>343</sup> A indagação inicia a matéria publicada por SALETAN, Willian. Koh Is My God Pilot. *SLAT*. 30 de Jun. de 2011.

<sup>344</sup> KNOOPS, *ICLR*, 2012, p. 701.

<sup>345</sup> *Vide*: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Activities in Libya, p. 25.

<sup>346</sup> *Vide*: STANFORD LAW SCHOOL; NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. *Living Under Drones*: death, Injury, and trauma to civilians from US drone practices in Pakistan. Set. 2012.(p. 55 e ss).

perplexamente incoerente a argumentação estadunidense. Se por um lado o governo norte-americano aduz a uma situação de conflito armado contra a Al Qaeda e seus aliados para *justificar* o emprego dos *drones*, por outro desvia-se das implicações correlatas a tal situação quando tal reconhecimento acarrete “obrigações” para o Estado americano.

Neste caso, a implicação necessária tem caráter formal (autorização do Congresso), mas como se infere, v.g, do caso *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>347</sup>, julgado pela Suprema Corte Americana, o governo deste país buscou afastar também a incidência das normas vigentes (direito material) em situação de conflito armado ao tratamento dispensados aos indivíduos capturados acusados de terrorismo<sup>348</sup>.

Além da incongruência apontada e independentemente da aceitação dos argumentos levantados na tentativa de afastar, ou ao menos mitigar, o controle legislativo (interno) para a utilização dos veículos aéreos não tripulados, a desconformidade (ainda que para alguns justificada) do que se denomina guerra global contra o terrorismo, ou de forma um pouco mais específica contra a Al Qaeda e seus aliados, com os ditames do Direito *Interno*, que autorizam a instauração de conflitos armados, é latente<sup>349</sup>. E aliada a isso tem-se a já mencionada inaptidão da pretensão americana em preencher o escopo da noção de conflito armado pelas normas de direito *internacional*, o que a nosso ver são fatores que apontam para uma resposta afirmativa à segunda questão colocada acima. Neste ponto, todavia, o que interessa salientar é o ínfimo grau<sup>350</sup> de participação do

---

<sup>347</sup> *Vide*: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Case *Hamdan v. Rumsfeld* (2006). Comentando que a decisão da Corte não implica necessariamente o reconhecimento de um conflito armado não internacional entre EUA e Al Qaeda, posicionamento com o qual concordamos, mas que apenas estabelece um limiar mínimo (aplicação do Art. 3º comum às quatro convenções de Genebra) para o tratamento dos indivíduos capturados, limiar esse que não parece ser observado pelas Comissões Militares para julgamento dos indivíduos detidos no Campo de Detenção da Baía de Guantánamo. *Vide*: O’CONNELL, *JNSLP*, 2010, p. 356 e ss. Para uma visão mais ampla sobre o direito dos terroristas a regras básicas de um julgamento justo, seja em razão de normas internacionais ou nacionais, seja no contexto de um conflito armado ou não: AMBOS, Kai; POSCHADEL, Annika M. Terrorists and Fair Trial: The Right to a fair trial for alleged terrorists Detained in Guantánamo Bay. *ULR*, Utrecht, v. 9, n. 4, p. 109-126, Set. 2013.(p. 113 e ss).

<sup>348</sup> *Vide*: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The White House – Washington DC: Bush’s Directive on Treatment of Detainees. 07 de Fev. de 2002.

<sup>349</sup> *Vide*: DRUCK, Judah. Droning on: The War Power Resolution and the numbing effect of Technology-driven Warfare. *CLR*, New York, v. 98, p. 209-237, 2012. (p. 216). O A. esclarece que as “suspeitas” justificativas para se restringir a observância da dita resolução já foi manifesta por outros presidentes americanos e tinham como argumento principal a limitada natureza das ações militares. Embora tais justificativas não tenham sido bem aceitas, ainda segundo o A., os presidentes não enfrentaram grandes repercussões políticas ao utilizá-las.

<sup>350</sup> Assim também: KNOOPS, *ICLR*, 2012, p. 701.

Congresso durante a utilização pelo Governo dos veículos aéreos não tripulados, nomeadamente fora do conflito em curso no Afeganistão<sup>351</sup>.

#### **4.1.2 O papel do Presidente dos EUA**

Conquanto a operação dos *drones*, em especial a que esteja a cargo da CIA, ocorra em sigilo, o presidente norte-americano parece ter função de destaque na escolha dos “alvos”<sup>352</sup>. Assim afirmam Jo BECKER e Scott SHANE, em matéria publicada no *The New York Times*:

“Mr. Obama has placed himself at the helm of a top secret ‘nominations’ process to designate terrorists for kill or capture, of which the capture part has become largely theoretical. He had vowed to align the fight against Al Qaeda with American values; the chart, introducing people whose deaths he might soon be asked to order, underscored just what a moral and legal conundrum this could be [...]When a rare opportunity for a drone strike at a top terrorist arises — but his family is with him — it is the president who has reserved to himself the final moral calculation.”<sup>353</sup> (interpolações nossas)

Além da excessiva discricionariedade apontada na ponderação e subsequente escolha dos alvos a cargo do Presidente, outro fator controverso da administração norte-americana é a utilização da CIA para realizar os ataques com os *drones*, uma vez que, conjugada ao sigilo das operações levadas a cabo por esta agência, ela, conforme enuncia O’CONNELL<sup>354</sup>, não possui agentes treinados em consonância com as normas de conflitos armados, envolvendo os princípios fundamentais da distinção, da necessidade e da proporcionalidade a serem considerados durante uma execução; seus agentes também não estão vinculados pelo Código de Justiça Militar (Uniform Code of Military Justice) norte-

---

<sup>351</sup> Vide ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Congress: Joint Resolution: *To authorize the use of United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States.*(Public Law n. 107-40, 18 de Set. de 2001.

<sup>352</sup> Salientando que, em razão do sigilo envolvendo os programas de operação dos *drones*, as informações são obtidas de fontes anônimas ou de vazamentos de dados publicitados em sua maioria por agentes de notícia (periódicos) e que, não obstante a falibilidade das informações, há convergência entre elas no sentido de ser o Presidente norte-americano o responsável pela decisão final, Vide: STANFORD LAW SCHOOL; et al, *Living*, 2012, p. 13-14.

<sup>353</sup> BECKER, Jo e SHANE, Scott. Secret ‘Kill List’ Proves a Test of Obama’s Principles and Will. *The New York Times*. 29 de Maio de 2012.

<sup>354</sup> O’CONNELL, *Shooting, No prelo*, p. 7.

americano a respeitar as leis e os costumes de guerra, em vez disso, ainda segundo a autora, a CIA tem uma lista de alvos<sup>355</sup> e julga o sucesso das operações pelo número de execução de pessoas presentes na lista.

Correlata à atribuição à CIA do comando das operações tem-se a configuração de duas consequências distintas, conforme o paradigma do qual se parta. Se, como acreditamos nós, não há possibilidade de alegação de estar-se em um *conflito armado* contra uma entidade não estatal, as atividades operadas pelos agentes da CIA estão aptas a configurarem crimes, gerando também responsabilidade para o Estado que as comanda. Se, por outro lado, como alega o Estado norte-americano, se está sob a égide de um conflito armado, os agentes da CIA, conquanto realizem atividades diretas no dito conflito, não se enquadram no estatuto próprio dos militares, não estão vinculados à Força Armada norte-americana e ao participarem diretamente das hostilidades podem, segundo alguns, enquadrarem-se no conceito de “combatentes ilegais”.

Quanto a esta última categoria, apenas a título de menção, sem podermos contudo aprofundarmo-nos, não há previsão entre as normas do Direito internacional sobre este conceito. A definição mais comumente aceita sobre “combatentes ilegítimos ou ilegais”, conforme DÖRMANN<sup>356</sup>, é de que sejam: “all persons taking a direct part in hostilities without being entitled to do so and who therefore cannot be classified as prisoners of war on falling into the power of the enemy.” E ainda segundo este autor, em princípio, civis não possuem o direito de participar diretamente de hostilidades<sup>357</sup> e ao fazerem-no, embora

---

<sup>355</sup> O processo de escolha dos sujeitos que integram a lista de “alvos” da CIA também não é clara, *vide*: DOZIER, Kimberly. Who will Drones target? Who in the US will decide? *Associated Press*. 21 de Maio de 2012. Na matéria, o jornalista sucintamente afirma que um seleto número de altos funcionários preside os debates dirigidos pelo Grupo de Revisão de Ações Secretas da CIA, que então passam a lista para Centro de Contraterrorismo da CIA, incubido de operar os ataques aéreos. BECKER; et al, *The New*, 2012, afirma que no processo de seleção dos alvos que integrarão a lista da CIA as indicações vão para a Casa Branca, onde Barack Obama se auto-outorga no dever de aprovar cada nome.

<sup>356</sup> DÖRMANN, Knut. The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”. *IRRC*, Cambridge, v. 85, n. 849, p. 45-74, Mar. 2003.(p. 46).

<sup>357</sup> Com entendimento semelhante, defendendo que os agentes da CIA seriam combatentes ilegais, *vide*: O’CONNELL, *Shooting, No prelo*, p. 22. Contrário: Philip Alston, (ONU, A/HRC/14/24/add.6, 2010, p. 22, para. 71). Este último A. não obstante sustente não haver impedimento entre as normas de Direito Internacional Humanitário para que civis, incluindo agentes da CIA, participem diretamente das hostilidades, assume conclusões semelhantes às de DÖRMANN, *IRRC*, 2003, quanto as consequências para os civis que o façam. De maneira que a diferença parece, grosso modo, confinar-se ao plano da terminologia, ou seja, no enquadramento dos civis como combatentes ilegítimos ou não, mas as implicações quanto ao tratamento de tais civis (independentemente do enquadramento realizado) são semelhantes. Philip Alston sustenta que se se aceitasse que as operações dos *drones* pela CIA ocorrem no contexto de um conflito armado entre Estados Unidos e Al Qaeda (o A., assim como nós, não acredita ser o caso), os agentes da CIA teriam de observar as normas de *ius in bello*, mas não gozariam das imunidades próprias dos militares quanto a persecução por

não percam seu *status* de civis, tornam-se parte diretamente envolvida nas hostilidades e poderão por seu turno ser, também, alvo delas.

Acreditamos, na esteira de CASSESE<sup>358</sup>, que o Direito Internacional Penal não autoriza a inserção de um *tertium genus* entre a categoria dos sujeitos envolvidos em um conflito armado internacional, eles serão combatente ou civis. Todavia, a participação direta de *civis* (não combatentes<sup>359</sup>) em tais hostilidades é ilegítima (*unlawful*), o que autoriza, de acordo com os princípios gerais de Direito Humanitário<sup>360</sup>, que eles sejam, em certas circunstâncias, alvo de condutas da parte inimiga.

Quando a conduta destes civis, como de qualquer parte que participe diretamente nas hostilidades, estejam em desacordo com os normas do *jus in bello* serão aptas a configurarem crimes de guerra e poderão originar responsabilidade, tanto para o agente que diretamente a executou como para o responsável pela ordem de execução. E mais, mesmo as condutas em consonância com as normas do *jus in bello*, mas tipificadas criminalmente pelo direito interno, podem, segundo Philip Alston<sup>361</sup>, gerar ainda responsabilidade penal para os agentes da CIA, visto que eles, ao contrário dos militares, não possuem imunidade contra essas perseguições penais.

Em razão desses fatores, tem-se alertado<sup>362</sup> para a necessidade de se transferir ao Comando conjunto de operações especiais (JSOC), pertencente ao Departamento de Defesa norte-americano, a operação geral dos *drones*, restando à CIA a possibilidade de atuação apenas em casos extremos, como ameaças imediatas ao território dos EUA ou a seus postos diplomáticos.<sup>363</sup>

Embora a transferência operacional dos *drones* para uma organização militar, atrelada ao Departamento de Defesa estadunidense, possa resolver algumas questões no plano interno, uma análise macro, correlata ao âmbito internacional, continuará a apontar para a dúvida acerca da licitude da ingerência de um Estado sobre a soberania territorial de

---

crimes comuns e poderiam ainda ser alvos da parte contrária. Tratamento semelhante ao atribuído aos civis, denominados como *combatentes* ilegítimos, por DÖRMANN, IRRC, 2003.

<sup>358</sup> CASSESE, *International*, 2005, p. 420 e ss.

<sup>359</sup> Propugnando também pela “manutenção” do *status* de civis dos indivíduos que ilegítimamente participem do conflito, *vide*: ISRAEL. Suprema Corte. Targeted Killings (Public Committee v. Government of Israel): Judgement (HCJ 769/02), 13 de Dez. de 20016. “It thus views unlawful combatants – who, as we have seen, are not “combatants” – as civilians” (para. 26).

<sup>360</sup> CASSESE, *International*, 2005, p. 421.

<sup>361</sup> Philip Alston, (ONU, A/HRC/14/24/add.6, 2010, p. 22, para. 71).

<sup>362</sup> *Vide*: ZENKO, Micah; FELLOW, Douglas Dillon. Transferring CIA Drone Strikes to the Pentagon. *Council on Foreign Relations Press*, Abr. de 2013.

<sup>363</sup> *Ibidem*.

outro, quando não se esteja em curso um conflito armado entre eles e não estejam presentes os pressupostos da legítima defesa internacional.

A escolha da CIA para operação dos *drones* parece ter pretendido, sem êxito, conjugar o “melhor de dois mundos”<sup>364</sup>: se por um lado o Governo norte-americano alegava um estado de “guerra” para justificar a utilização dos *drones*, por outro instituía uma agência civil para fazê-lo, eximindo-se assim da observância do *warfare model*.

---

<sup>364</sup> KNOOPS, *ICLR*, 2012, p.711.

## 5 A SOBERANIA DOS ESTADOS NOS QUAIS OS DRONES REALIZAM ATAQUES

As hipóteses que consideramos *supra* de o terrorismo internacional atingir as características de ataque armado e, aliada aos demais pressupostos, desencadear a aplicação do Art. 51 da Carta da ONU não se confundem com as implicações que a pretensão judicativa dos Estados no cenário internacional possa adquirir. Se por um lado a legítima defesa internacional *pode*, como também já pontuamos acima, ter lugar sem a necessidade de estabelecer-se qualquer relação direta do Estado, onde se encontrem os agentes responsáveis pelo ataque, com o Estado vítima, justamente por ser um mecanismo excepcional; por outro, o exercício da jurisdição judicativa em relação aos agentes que se encontrem fora do limite territorial onde a conduta concretizou-se pressupõe o estabelecimento de uma relação *direta*<sup>365</sup> com o Estado “hospedeiro” chamado a cooperar.

Assim, como já iniciado acima<sup>366</sup>, ainda que o Estado vítima não aja em legítima defesa (seja por deliberação própria, seja por estar ausente algum pressuposto do instituto), ele não perde, em princípio, a pretensão de exercer sua jurisdição sobre os autores da conduta criminosa, ao menos sempre que seja atingido direta e concretamente por ela, ou seja, nas hipóteses em que haja “uma conexão do facto ilícito-típico com o ordenamento do foro”<sup>367</sup>. E, neste contexto, a pergunta que buscaremos responder é: o Estado “hospedeiro” é obrigado a cooperar?

Indo um pouco mais além, em se tratando de um crime internacional, como o são as hipóteses de terrorismo de que cuida o trabalho<sup>368</sup>, e tendo em vista que não

---

<sup>365</sup> Mesmo nos casos em que a cooperação apresente-se como uma relação vertical, em razão da prevalência do interesse da entidade de emissão em detrimento da possibilidade de escolha da entidade de execução, ainda assim se verifica uma participação ativa desta última no procedimento. Nos casos em que a cooperação compreenda, particularmente, um pedido de entrega envolvendo, *v.g.*, um Estado (entidade de execução) e o TPI (entidade de emissão), o qual tencione exercer sua jurisdição judicativa sobre o indivíduo que esteja no território daquele, a margem de escolha para a cooperação é assaz reduzida, mas ainda assim é imprescindível a participação direta do Estado.

<sup>366</sup> *Vide* Capítulo 4.

<sup>367</sup> CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 239.

<sup>368</sup> Delimitamos no início do estudo que trabalharíamos com as hipóteses em que o crime de terrorismo não tenha seus efeitos limitados a um único território nacional e que, em razão de um “juízo formulado por vários Estados quanto a *específica* necessidade ou conveniência da *repressão internacional*” (grifos no original) manifestado “na celebração de convenções ou na formação de normas costumeiras”, denote-se que o fato (ilícito-típico) pertença à categoria de crimes *internacionais* (*Ibidem*, p. 243, nota de rodapé 652). Sobre a inclusão do terrorismo no rol dos crimes internacionais, com tendência à assunção do seu caráter de *crimina*

consideramos possível a argumentação de estar-se sob o pano de fundo de um *conflito armado* para legitimar as ações de combate ao terrorismo intentadas pelo Estado norte-americano com utilização da força armada contra uma entidade não estatal que não seja ou esteja vinculada a um Estado, há, ainda assim, que se considerar a *possibilidade* de um Estado pretender exercer sua jurisdição (judicativa) sobre tais crimes, independentemente de ter sido atingido *concretamente* por eles, usando como justificativa o princípio<sup>369</sup> da universalidade.

---

*juris gentium*, Vide: CASSESE, *Internacional*, 2003, p. 23, todavia discordamos do supracitado autor quando ele vincula (ou condiciona) a categorização do terrorismo como crime internacional à figura de um Estado, que deve ou patrocinar ou tolerar a conduta (*ibidem*, p. 129). Assim entendemos, principalmente, porque a responsabilidade individual por crimes internacionais é autônoma a uma eventual responsabilização estatal, e não nos parece haver razão suficiente para vinculá-la quando se tratar do terrorismo. E utilizando os parâmetros estabelecidos por BASSIOUNI, M. Cherif. *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*. L&CP, Durham, v. 59, n.5, p. 63-74, Set./Dez. 1996. (p. 69), para reconhecer um crime internacional como sendo parte do *jus cogens*, a saber: a afetação dos interesses da comunidade internacional como um todo em razão da ameaça à paz e à segurança da humanidade e o choque à consciência global, entendemos como possível o enquadramento do terrorismo no rol dos crimes de *jus cogens*. O referido A., não obstante aluda ao critério *supra*, não menciona o terrorismo internacional entre o rol dos crimes que a doutrina internacional aponta como sendo parte do *jus cogens*. (*Ibidem*, p. 68).

<sup>369</sup> Apenas por uma questão de coerência terminológica e rigor sistemático, uma vez que utilizamos a teoria de ALEXYY, *A theory*, 2002, p. 44 e ss, *mutatis mutandis*, transposta para o Direito Internacional, acreditamos que a universalidade retrata um princípio e não uma regra, tendo em vista que o que separa uma categoria de outra é a maneira como um conflito entre elas é resolvido (*Ibidem*, p. 49). Assim, no caso de haver um conflito entre a universalidade e outra norma que a contraponha, a solução passará não pelo plano da invalidade, próprio do conflito entre regras, mas pelo peso que na situação concreta será concedido a um ou a outro *princípio*. Assim, ao que nos parece, o princípio da universalidade (enquanto possa ser usado como regra de aplicabilidade – CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 236-237, nota de rodapé 638 – e com isso, juntamente com a norma material, integrar o direito penal material em uma relação de unidade funcional *ibidem*, p. 226 e ss) poderá “não corresponder [a]o poder judicial de conhecer dos factos sem que com isso se negue a vigência genérica da norma violada” (*ibidem*, p 336). Ou seja, confirmando tratar-se de um *princípio*, o princípio (sic) da universalidade pode não ser concretizado em um caso específico em razão, por exemplo, da exigência de algum *pressuposto* da jurisdição judicativa (v.g. a presença do suspeito no território do Estado que pretende julgá-lo) ou da cedência à outra “regra” de aplicabilidade titularizada por outro Estado, sem contudo tornar-se inválido.

E aceitando a autonomização realizada por CAEIRO (*ibidem*, p. 385), da “*jurisdição universal in absentia*” como sendo uma (possível) regra de aplicabilidade (e desconsiderando a possível confusão entre pressuposto de jurisdição e regra de aplicabilidade, sendo que essa integra o direito penal material enquanto aquele, nas palavras do próprio A. – *ibidem*, p. 331 –, apenas “condiciona o poder punitivo do Estado e não se reconduzem à determinação do âmbito de eficácia da mesma”, essa última característica própria das regras de aplicabilidade), a inserção de uma condição necessária (no caso a *ausência* do suspeito) para construção de uma regra de aplicabilidade (formando, a universalidade e a ausência do sujeito, através de uma construção normativa, uma potencial regra de aplicabilidade *una* e autônoma ) não impossibilita que essa regra, já agora considerada *una* e autônoma, seja condicionada a certos pressupostos de jurisdição, os quais figurarão como *verdadeiros* pressupostos apenas condicionando o poder punitivo do Estado. De forma que acreditamos que o princípio da jurisdição universal *in absentia*, se for apto a servir como regra de aplicabilidade autônoma, só será inválido (no plano da limitação negativa da jurisdição judicativa) se for incondicionado. E não se trata aqui de dupla condição ou de duplo pressuposto para exercício da jurisdição judicativa, uma vez que se aceitarmos, como pretende o A., a autonomia, enquanto regra de aplicabilidade, do princípio da jurisdição universal fundado na ausência do suspeito, a “condição” manifestada pela necessária ausência do sujeito no território do foro que pretende julgá-lo já agora não é mais *propriamente uma condição*, um pressuposto da jurisdição judicativa, mas antes integra as próprias diretrizes que

Quanto a este princípio tomaremos emprestada a definição presente na obra de CAEIRO e o entenderemos como sendo a possibilidade de extensão “[d]o poder punitivo do Estado a factos extraterritoriais, independente da nacionalidade do agente ou da vítima e da concreta titularidade ou localização dos bens jurídicos ofendidos (por aí se distinguindo da regra da defesa dos interesses nacionais)”<sup>370</sup>(interpolações nossas).

Neste contexto, de desconexão fática entre o crime de terrorismo internacional e o Estado que almeja exercer sua jurisdição judicativa, a pergunta que se coloca é: tal pretensão, sendo legítima, é incondicionada? Neste caso o Estado que pretende conhecer do crime guarda expectativa de exigir cooperação? Concretamente o que se buscará responder com esta última indagação é: o Estado dito “hospedeiro”, em cujo território os suspeitos se encontrem e do qual por ventura sejam nacionais, é obrigado a julgar tais indivíduos e não o fazendo estaria vinculado forçosamente a proceder a extradição deles ao

---

reconduzem a determinação do âmbito de eficácia da norma e, portanto, pertence à formação das regras de aplicabilidade. O mencionado A., por seu turno, nega a legitimidade da jurisdição universal *in absentia* “*própria e absoluta*” (*ibid*, p. 399), ponderando contudo ser ela admissível quando se proceda a uma “hibridização” da “regra” da universalidade com pressupostos especiais da jurisdição judicativa”. Condições essas que se “sub-rogam” no lugar da geralmente exigível presença do suspeito no território.” (*ibidem*, p. 400 e ss.). Não acreditamos ser tal raciocínio necessário, uma vez que se se pretende autonomizar a jurisdição universal *in absentia* enquanto possível regra de aplicabilidade não faz sentido analisá-la sob o filtro de uma condição necessariamente estranha a ela, qual seja a presença do suspeito no Estado do foro. Assim, se caminhamos com o mencionado A. até o ponto em que ele nega legitimidade a uma jurisdição *in absentia* “*própria e absoluta*”, nos afastamos dele quando estabelece como condições únicas para o exercício da jurisdição universal *in absentia* “se tratar de factos territoriais, ou praticados por ou contra cidadãos nacionais.”(*ibidem*, p. 406).

E ainda uma última consideração. O princípio da universalidade *in absentia* incondicionado pode, e deve, ser declarado *inválido*. E isso não representa uma ruptura com a teoria de Robert ALEXY, sobre a diferenciação entre princípios e regras. E isso por duas razões. A primeira dá-se devido ao “[...]character of principles as optimization requirements between which there is, first, no relation of absolute precedence” (ALEXY, *A Theory*, 2002, p. 54) e a aceitação de uma jurisdição universal *in absentia* incondicionada representaria a prevalência desse princípio, *in abstracto*, sobre todos os demais princípios que poderiam ser ponderados para estabelecimento da regra de aplicabilidade prevalente em cada caso. E tal prevalência ilimitada é incompatível com a lógica dos princípios. Tendo isso em conta, a segunda razão, conecta à primeira, liga-se também ao estabelecimento pelo próprio A. que “It can not be denied that there are principles which, were they to emerge within a given legal system, would be declared invalid.” (*Ibidem*, p. 61). E isso porque, segundo o A., há que se ter em conta que existem dois tipos categóricos de inconsistência normativa: o primeiro diz respeito a participação das normas em um sistema jurídico, ou seja, relativo a validade. Nesse primeiro tipo, a questão da validade está invariavelmente presa ao estabelecimento do que está dentro e do que está fora do sistema legal. E o segundo tipo de inconsistência normativa tem lugar *dentro de um sistema legal* (válido); neste caso, a inconsistência normativa será sempre de competição entre princípios, já que “competing principles are always found inside a legal system.”. De forma que, *mutatis mutandis*, conquanto a jurisdição universal *in absentia* incondicionada seja inválida porque incompatível com o sistema legal internacional, nada impede a aplicação do princípio da jurisdição universal *in absentia* condicionado. Voltaremos à questão no tópico seguinte.

<sup>370</sup> CAEIRO, *Fundamento*, p. 239. Vide também: PRINCETON UNIVERSITY. Program in Law and Public Affairs: *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. New Jersey: Office of University Printing and Mailing (Princeton University), 2001. (p. 28 – Principle 1 (1)).

Estado que a requer, ainda que entre este último e o fato ocorrido não haja uma conexão (fática) direta?

Para responder a tais questões precisamos delimitar a noção de soberania da qual se parte.

### **5.1 Soberania enquanto responsabilidade**

O crime de terrorismo internacional com o qual nos ocupamos toca (embora com variação de intensidade) inexoravelmente três planos distintos, mas interconectados. No primeiro plano encontra-se a figura do Estado concretamente atingido; no segundo, o Estado no qual as atividades terroristas se iniciam e/ou se desenvolvem; e no terceiro, toda a comunidade internacional. E diante desta conjuntura há *potencialidade* para assunção de poderes em matéria penal por quaisquer das entidades que figurem em cada um dos planos mencionados.

Todavia, nas situações que analisamos, o sujeito está alocado fora do território onde o ataque foi perpetrado, portanto, no território do dito Estado “hospedeiro”, de maneira que se pode (contra-)argumentar que a pretensão das entidades que figuram no primeiro e terceiro planos esbarra nos limites impostos pela soberania do Estado “hospedeiro”. Mas o que se entende pelo conceito de soberania? Seria a noção de soberania revestida de um poder absoluto que não admite quaisquer interferências externas, tratando-se de um verdadeiro axioma do qual decorre o fundamento da jurisdição penal ou, ao revés, a soberania dependeria do preenchimento de alguma intenção ou qualidade que torne justificável ou que fundamente a jurisdição em matéria penal? Acreditamos que a resposta positiva reside na segunda indagação, o que indubitavelmente leva-nos a assumir que o *fundamento* da jurisdição penal não é a soberania.

E isto porque, se a soberania é recorrentemente entendida como condição que atribui jurisdição penal ao ente estatal, a recíproca não parece ser verdadeira, visto que nem toda jurisdição em matéria penal está condicionada a existência de um ente soberano. E tomando novamente emprestada a precisa sistematicidade lógica de CAEIRO:

“Se a jurisdição penal tem, em todos os casos citados no ponto anterior [no qual o autor comenta sobre a jurisdição penal de certas entidades não estatais], uma função idêntica (punir as violações mais graves de determinado ordenamento jurídico através das sanções mais aflictivas à sua disposição) esse é um bom indício de que o seu fundamento também será comum.”<sup>371</sup> (interpolações nossas).

Logo, não reside na soberania. O fundamento comum da jurisdição penal parece residir, então, na responsabilidade que tais entidades (estatais e não estatais) possuem pela paz e pela segurança da comunidade sobre seu domínio<sup>372</sup>.

Há, portanto, para os crimes de terrorismo internacional, assim como para as demais condutas pertencentes aos *crimina juris gentium*, um dever<sup>373</sup> direcionado ao Estado onde o indivíduo se encontre de julgá-lo<sup>374</sup> ou de extraditá-lo. Dever este que tem origem na responsabilidade compartilhada pelos membros da comunidade internacional de tutelarem pela paz e pela segurança dessa mesma comunidade, e que deve ser exercido em coordenação entre os demais Estados no âmbito internacional.

Do que foi dito parece ser razoável concluir que se a soberania não é o fundamento da jurisdição penal também não servirá, ao menos não como critério hígido e absoluto, para impedir o exercício (legítimo) do poder em matéria penal, ainda que proveniente de fonte externa, ao menos sempre que está fonte externa seja o Estado *diretamente* atingido por um *crime internacional*. E isso em razão de a falha pela

---

<sup>371</sup> CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 51.

<sup>372</sup> Afirmando ser precisamente este o fundamento material da jurisdição penal, *vide: Ibidem*, p. 209.

<sup>373</sup> Dever este que seria mesmo uma *obrigação erga omnes*, que advém como consequência do reconhecimento dos crimes internacionais como sendo *jus cogens*, e que implica não apenas o direito do Estado perseguir os crimes internacionais que possuam tal *status*, mas antes reveste a conduta do Estado do caráter de obrigatoriedade. Assim, BASSIOUNI, *L&CP*, 1996, p. 65-66., “[...] recognizing certain international crimes as *jus cogens* carries with it the duty to prosecute or extradite, [...]”. Parecendo caminhar em um sentido diferente, *vide: CASSESE, International*, 2003, p. 301 e ss. O A. italiano, não obstante asseverar serem crimes internacionais a agressão, a tortura, o terrorismo, os crimes contra a humanidade, o genocídio e os crimes de guerra, menciona que apenas em relação ao último (nas hipóteses em que representem uma grave violação de quaisquer das quatro Convenções de Genebra) existe uma obrigação costumeira de persegui-los criminalmente, quanto aos crimes contra a humanidade e o genocídio o A. também reconhece a existência de uma obrigação geral de *cooperação*. Contudo, para os demais crimes internacionais, a nós interessa especificamente a menção feita pelo A. ao crime de terrorismo, não há uma *norma costumeira de conteúdo geral* que indique uma *obrigação* de exercer a jurisdição judicativa (“to prosecute international crimes” *Ibidem*, p. 302) em relação aos crimes internacionais. E o A. assevera que a Declaração de 1994 da Assembleia Geral (A/RES/49/60) não é suscetível de gerar reconhecimento neste sentido, já que estabelece que a persecução deverá ser de acordo com as previsões do direito nacional de cada Estado.

<sup>374</sup> O dever do Estado “hospedeiro” de exercer sua jurisdição judicativa não está, como afirma CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 383-384, condicionado à existência de um pedido de extradição e isso porque uma vez que se entende que a persecução dos crimes internacionais é responsabilidade compartilhada por todos os membros da comunidade internacional, não há que se condicionar o exercício da jurisdição judicativa de um de seus membros à necessária manifestação de outro.

responsabilidade (responsabilidade esta que fundamenta a jurisdição judicativa) repercutir inegavelmente de forma grave na comunidade internacional, como se verifica nos casos envolvendo os crimes de terrorismo internacional.

Assim, a primeira pergunta que fizemos no tópico acima, a nosso ver, tem resposta positiva. O Estado “hospedeiro” está obrigado a cooperar sempre que não proceda ao julgamento do sujeito presente em seu território. Ou seja, em caso de não realizar o julgamento do sujeito, o Estado “hospedeiro” deverá extraditá-lo ao Estado vítima concretamente atingido pela conduta. E o Estado “hospedeiro” não poderá alegar questões atinentes à soberania com a intenção de suplantar a pretensão do Estado vítima. É importante frisar que nestes casos faz-se *dispensável* quaisquer considerações sobre a responsabilidade do Estado “hospedeiro” pelo *cometimento* do crime de terrorismo internacional; nesta etapa, o que está em causa é a responsabilidade pela manutenção das condições que permitam ou ao menos não obstaculizem o exercício da jurisdição judicativa em relação aos crimes internacionais, ao menos sempre que a pretensão seja manifestada pelo Estado diretamente atingido pelo crime.<sup>375</sup>

Situação diversa dá-se quando o Estado que pretende exercer sua jurisdição judicativa não foi concreta ou diretamente atingido pelo crime de terrorismo. E aqui trabalharemos com duas hipóteses em que isso possa ocorrer.

A primeira diz respeito à situação em que outro Estado, que não o que pretende exercer sua jurisdição judicativa sobre o caso, foi atingido e o(s) suspeito(s) encontra(m)-se em território terceiro, no território do denominado Estado “hospedeiro”. A questão diz respeito ao eventual direito do Estado *indiretamente* atingido pelo crime de terrorismo de exercer sua jurisdição judicativa sobre o caso tendo em conta que, frisa-se, não foi vítima concreta do crime e o(s) suspeito(s) não é (são) seu(s) nacional (nacionais) e nem encontra(m)-se em seu território, mas por se tratar de um crime que atinge toda a comunidade internacional, teria ele pretensão legítima para exercer sua jurisdição sobre o ocorrido (?).

---

<sup>375</sup> Afirmando, também, que mesmo quando o Estado “hospedeiro” não possa ser responsabilizado pelo crime de terrorismo não poderá ele opor sua soberania para obstaculizar a ação do Estado vítima, mas indo, a nosso ver, longe demais, ao assegurar de maneira geral como sendo legítimo o uso da força por parte deste último: CASSESE, *International*, 2005, p. 402. Em sentido contrário, AMBOS; et al, *RL*, 2008, p. 31-32, defendem que qualquer ação de combate, inclusive do terrorismo internacional, que faça uso de uma operação policial ou militar em território estrangeiro depende da *aprovação* deste último Estado, caso contrário a ação culminaria na violação da soberania do Estado estrangeiro. Neste ponto, conquanto acreditemos que a utilização da força em território estrangeiro deve ser limitada, não concordamos que o limite esteja na soberania do Estado “hospedeiro”.

Este caso liga-se, em essência, com considerações sobre a validade da estipulação de uma regra de aplicabilidade que autorize o exercício da jurisdição judicativa calcado no princípio da universalidade *in absentia*. Já consideramos anteriormente que, a nosso ver, a jurisdição judicativa calcada neste princípio só será *inválida* se for incondicionada, ou seja, se não depender de algum pressuposto. De forma que acreditamos ser possível a admissão de uma jurisdição universal *in absentia* condicionada (leia-se, uma jurisdição universal que não seja condicionada *exclusivamente* à presença do suspeito no território do Estado que irá exercer tal pretensão judicativa). E os *pressupostos*<sup>376</sup> para o exercício da jurisdição judicativa fundada na universalidade *in absentia* serão, necessariamente, a nacionalidade (dos agentes ou das vítimas) ou a territorialidade (*locus delicti*) ou o respeito a *inafastável* subsidiariedade quando exista pretensão de exercício da jurisdição judicativa por um Estado que ou ostente qualquer um dos pressupostos acima (nacionalidade e territorialidade) ou que tenha sob sua custódia o indivíduo (*forum deprehensionis*).

Os dois primeiros pressupostos mencionados não significam um retorno às *regras de aplicação tradicionais* e portanto uma negação implícita do princípio da universalidade<sup>377</sup>, pois o que estabelece o *âmbito de aplicação da norma penal* é, neste caso, o princípio da universalidade (*in absentia*), todavia, esse princípio é *condicionado* (por um pressuposto da jurisdição judicativa). E tais pressupostos (nacionalidade e territorialidade), neste caso, servem, *inter alia*, para conferir *primazia* à pretensão de seus titulares em relação as demais pretensões.

Já o pressuposto que obriga a observância por todos os Estados da *inafastável* subsidiariedade de sua pretensão ante a existência de um Estado que se enquadre nas situações descritas no parágrafo anterior; ou ante um Estado que tenha sob sua custódia o suspeito, visa permitir o exercício *residual* da jurisdição universal *in absentia* (condicionado), frente a inércia de quem com *primazia* deveria ter exercido sua responsabilidade perante a comunidade internacional e não o fez.

Assim, acreditamos porque o princípio da universalidade, enquanto corrobore com o dever, ínsito aos crimes internacionais, que vincula e demanda todos os Estados a exercerem (sobre certas condições, leia-se, pressupostos) sua jurisdição judicativa sobre

---

<sup>376</sup> Vide os critérios insculpidos no Princípio 8 relativo a concorrência de jurisdições nacionais passível de se configurar ante a alegação da jurisdição universal por mais de um Estado. PRINCETON UNIVERSITY, *The Princeton*, 2001, p. 32.

<sup>377</sup> Vide: CAEIRO, Fundamento, 2010, p. 400.

tais condutas, não deve ser condicionado unicamente à presença do suspeito no território do dito Estado<sup>378</sup>; nem se deve classificar eventuais pressupostos que autorizem a jurisdição judicativa com base no princípio da universalidade *in absentia* como sendo subrogados<sup>379</sup> no lugar da presença do indivíduo, pois isso retira de alguma maneira autonomia ao princípio da jurisdição penal *in absentia* enquanto regra de aplicabilidade, além de ser incongruente, pois que se a jurisdição universal é, neste caso, *in absentia*, qualquer pressuposto que exista e condicione seu exercício não se subrogará no lugar de uma presença necessariamente dispensável nesta que pretende ser uma categoria (autônoma) apta a auferir o âmbito de aplicação da lei penal.

E se, no contexto do exercício de uma jurisdição universal condicionada à presença do suspeito, nada impede<sup>380</sup> que o Estado de custódia diante da concorrência com um Estado que apresente melhor título, ainda assim, sobreponha sua jurisdição àquela, não nos parece ser uma incongruência intransponível que na disputa entre Estado com títulos paritários (todos sem conexão fática com a conduta e entre os quais não se encontre presente o suspeito) um deles se destaque dos demais e observando os pressupostos acima mencionados almeje exercer a tarefa que em parte também é sua de manutenção da paz e da segurança internacional, seja apontando o dever de julgar o suspeito pelo Estado que com primazia deve fazê-lo, seja, ante a inércia deste, solicitando a extradição do suspeito.

Assim, a admissão<sup>381</sup> de uma jurisdição universal *in absentia* condicionada aos pressupostos enunciados acima não nos parece ilegítima *a priori*, o que não significa negar a existência de dificuldades significativas que possam decorrer da concreta aplicação de tal pretensão. Em razão destas potenciais dificuldades é imprescindível ter-se em conta que a concretização de tal pretensão judicativa deve figurar como recurso subsidiário e portanto supletivo para manutenção da paz e da segurança da comunidade internacional abalada pela conduta. Manutenção esta que fundamenta a própria pretensão judicativa em causa.

---

<sup>378</sup> Assim, embora de forma pontual, CASSESE, Antonio. Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction. *JICJ*, Oxford, v. 1, n. 3, p. 589-595, Dez. 2003. (p. 592, nota de rodapé 16), admite o exercício da jurisdição universal mesmo ante a ausência do indivíduo no Estado que pretende julgá-lo (*forum state*) desde que a residência legal do suspeito seja no território do dito Estado.

<sup>379</sup> Vide nota de rodapé 369.

<sup>380</sup> Embora, segundo CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 400, a jurisdição universal condicionada seja naturalmente assumida como subsidiária e não se tenha conhecimento da prevalência desta sobre pretensões assentes em melhor título.

<sup>381</sup> Admitindo tal possibilidade: PRINCETON UNIVERSITY, *The Princeton*, 2001, p. 44. “The language of Principle 1(2) does not prevent a state from *initiating* the criminal process, conducting an investigation, issuing an indictment, or requesting extradition, when the accused is not present.” (grifos nossos) o que não significa a aceitação de um julgamento à revelia. A presença do suspeito quando do julgamento é obrigatória.

De forma tautológica, a pretensão em causa só será legítima na medida em que se aproxime deste que é o fundamento de sua responsabilidade (manutenção da paz e segurança).

De maneira que, conquanto entendemos como excessiva a exigência de um “consenso internacional expresso e formalizado, onde os Estados possam decidir sobre a conveniência e necessidade dos requisitos apontados”<sup>382</sup>, defendemos que uma reação negativa por parte da comunidade internacional em desfavor do exercício da jurisdição universal *in absentia* (condicionada), nomeadamente em uma situação concreta, é suficiente para obstaculizar tal exercício, uma vez que lhe faltará sua finalidade última (que também a fundamenta) que é tutelar, no mais possível, pela paz e pela segurança da comunidade internacional, assumindo assim sua cota parte de responsabilidade.

A segunda hipótese que trabalharemos, envolvendo a pretensão estatal de exercer sua jurisdição judicativa quando não tenha sido concreta ou diretamente atingido pelo crime de terrorismo, diz respeito aos casos em que a ocorrência do crime de terrorismo internacional é “apenas” potencial. E embora a potencialidade do crime de terrorismo não seja suficiente para ensejar uma reação armada em legítima defesa no âmbito do Direito Internacional, já que ausente a atualidade necessária do ataque armado, no plano eminentemente interestatal a questão que se põe é se a tentativa de interferência do potencial Estado vítima (*v.g.* tencionando averiguar a responsabilidade criminal dos suspeitos que realizam atividades terroristas e eventualmente condenando-os) consubstancia-se na violação da soberania do Estado “hospedeiro” no qual as atividades terroristas se desencadeiam; ou antes, a intromissão nos assuntos – em um primeiro ângulo de análise – internos e “apenas potencialmente” internacionais estaria justificada pela violação por parte do Estado “hospedeiro” de um dever estabelecido em várias<sup>383</sup> resoluções da ONU de que “[...]every State has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in terrorist acts in another State or *acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts.*”<sup>384</sup> (grifos nossos).

Se todos os Estados são chamados a trabalhar em conjunto para trazer à justiça os autores, organizadores e patrocinadores dos crimes de terrorismo e ainda se todos os

---

<sup>382</sup> CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 405.

<sup>383</sup> *Vide* nota de rodapé 301.

<sup>384</sup> S/RES/1373, (2001) .

Estados que ofereçam ajuda, apoio ou proteção aos autores, organizadores e patrocinadores desses atos devem ser responsabilizado; asseverando-se também que a comunidade internacional deve redobrar seus esforços para prevenir e suprimir tais práticas terroristas, utilizando-se para tanto de uma cooperação crescente entre seus membros<sup>385</sup>; e mais, se a supressão dos atos de terrorismo internacional são essenciais para a manutenção da paz e da segurança internacional<sup>386</sup>, acreditamos, então, ser *dever* de cada um dos membros da comunidade tomar medidas que visem impedir o início, a manutenção ou a proteção de atividades terroristas em seu território, seja através de medidas que autorizem<sup>387</sup> a punição, no âmbito interno, das atividades terroristas, seja através da extensão das hipóteses de cooperação quando se estiver em causa tais atividades. Assim, a responsabilidade de cada Estado consubstancia-se em engendrar meios que permitam ou o *judicare* ou o *dedere* em relação aos sujeitos suspeitos de praticarem atividades terroristas.

De maneira que a falha dessa responsabilidade, conquanto não seja a nosso ver suficiente para atribuir a responsabilidade pela realização do crime de terrorismo ao Estado<sup>388</sup>, representa a violação de um dever internacional. Posto isso, resta saber se qualquer Estado, enquanto membro da comunidade internacional, possui legitimidade para impingir ao Estado “hospedeiro” o cumprimento de suas obrigações internacionais e uma vez que este não o faça, se estaria o Estado “potencialmente” vítima unguído do direito de atuar na esfera de domínio, *a priori*, de responsabilidade do Estado “hospedeiro” e exercer sua jurisdição judicativa sobre os sujeitos que estejam realizando atividades terroristas.

Neste caso, ao contrário do que acima se expôs sobre a possibilidade de jurisdição universal *in absentia* (condicionada), não acreditamos ser tal interferência legítima, e não se trata aqui de inclinarmo-nos a considerações sobre soberania enquanto poder de fato em

---

<sup>385</sup> Conforme S/RES/1368, (2001).

<sup>386</sup> Assim: S/RES/1269, (1999), a resolução reafirma também o dever de cooperação entre os membros da comunidade internacional contra as práticas terroristas.

<sup>387</sup> O que não necessariamente implica que os Estados devam através de atividades legislativas criar tipos incriminadores da conduta terrorista. O Estado pode, também, *inter alia*, autorizar “a aplicação direta das normas substantivas de direito internacional penal, mesmo na ausência de normas internas homólogas que punam os crimes mais graves contra o direito internacional.” CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 65; Assim, o que se exige (e tal exigência não representa uma violação do dever de não ingerência nos assuntos internos visto tratar-se de um *crimina juris gentium*, o qual afeta toda a comunidade internacional e, portanto, não está confinado a um único Estado) é que os Estados exerçam sua jurisdição judicativa em relação aos sujeitos que realizam atividades terroristas ou cooperem (*v.g* extraditando o(s) sujeito(s)) para que outros atores internacionais o façam. Como bem assevera o mencionado A. português (*ibidem*, p. 379 e ss), o dever de incriminar certas condutas no âmbito interno ou o dever de instituir regras de aplicabilidade que permitam a persecução criminal de certas condutas são meios para o cumprimento do dever de julgar e, em havendo culpa, *lato sensu*, punir os agentes responsáveis pela infração.

<sup>388</sup> *Vide*: tópico 3.5. Com entendimento contrário CASSESE, *EJIL*, 2001, p. 997.

detrimento da noção de soberania enquanto responsabilidade<sup>389</sup>, mas porque o combate a criminalidade (ainda) interna por mais elevada que seja sua gravidade é de responsabilidade exclusiva do Estado “hospedeiro” e os demais Estados só deverão atuar, no caso específico<sup>390</sup> do crime de terrorismo, quando a dita conduta transborde as fronteiras do território soberano e atinja de forma concreta outro membro da comunidade internacional, principalmente quando o Estado “hospedeiro” apresente-se impotente<sup>391</sup> para reprimir tal criminalidade, já agora, internacional. Antes disso, a ação de qualquer Estado<sup>392</sup> representará uma ingerência nos assuntos internos do dito Estado “hospedeiro”.

O que não significa negar a utilidade<sup>393</sup> de persecução criminal de atos preparatórios do crime de terrorismo, ou acessórios a ele, seja no âmbito interno de cada Estado ou mesmo na seara dos tratados bi ou multilaterais, nos quais se estipule a possibilidade de cooperação Estatal em dadas situações, mas enquanto crime internacional<sup>394</sup>, que enseja o recurso ao princípio da universalidade como regra de aplicação da lei penal, é imprescindível que as condutas “transcend national boundaries”<sup>395</sup>. Por outras palavras, os atos preparatórios ou acessórios, não obstante *criminalizáveis*, não se revestem (ainda) da necessária dimensão internacional que as hipóteses circunstanciais, nas quais se torna legítimo o exercício da jurisdição judicativa por um Estado ancorado pelo princípio da universalidade, requerem.

---

<sup>389</sup> E embora discordando das conclusões, acreditamos ser cabível para esta segunda hipótese o alerta feito por MOSES, Jeremy. Sovereignty as irresponsibility? A realist critique of the Responsibility to Protect. *RIS*, Londres, v. 39, n. 1, p. 113-135, Jan. 2013. (p. 115): “What is at issue, however, is not whether sovereigns should responsibly manage their own domains, but whether these responsibilities are enforceable by outside powers, [...]”.

<sup>390</sup> O que não impossibilita, a nosso ver, as ingerências externas com propósito de proteção humanitária, principalmente nos casos em que as violações puderem ser imputadas ao Estado. Para uma visão crítica acerca dessa possibilidade, *vide* novamente: MOSES, *RIS*, 2013.

<sup>391</sup> Embora não concordemos que sejam imprescindível para *caracterização* do crime de terrorismo *internacional* considerações sobre a participação, ainda que sob a forma de aquiescência, estatal, tal participação representa um forte indício de que o fenômeno diz respeito à comunidade internacional como um todo, Cf. CASSESE, *International*, 2003, p. 129.

<sup>392</sup> Ressalvadas as hipóteses em que atuem com permissão concedida pela ONU, ou em casos em que os próprios Estados autorizem tal intervenção, configurando uma autolimitação possível de sua responsabilidade soberana.

<sup>393</sup> Assim: CAEIRO, Pedro. Concluding Remarks. In: GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne. (ed.). *EU Counter-Terrorism Offences: What impact on national legislation and case-law?* Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles, 2012. p. 305-312, (Series: Etudes Europeennes). (p. 310).

<sup>394</sup> Filiamo-nos a opinião de CASSESE, *International*, 2003, p. 130 que: “[...] international crimes proper are those provided for in international customary law and which offend against universal values recognized as international crimes proper.”.

<sup>395</sup> *Ibidem*, p. 129.

Todavia, quando tal pretensão judicativa estiver ancorada em disposições convencionais, além da possibilidade de cooperação entre os signatários para reprimenda dos atos preparatório e/ou acessórios, também está permitido o exercício da jurisdição universal incondicionada, desde que haja previsão na legislação interna do Estado que pretende exercê-la.

Conforme CASSESE, uma vez que a intenção dos tratados que versam sobre o terrorismo seja criar um teia de interação jurisdicional para repressão de tais crimes, auferir das normas (presentes em quase todos eles, com exceção da Convenção de Tóquio de 1963) que exigem das partes contratantes que estabeleçam sua jurisdição criminal quando o suspeito encontrar-se em seu território não significa que o exercício da investigação criminal ou mesmo qualquer outra forma de “adjudicatory jurisdiction” *dependa* da presença do suspeito no território do referido Estado. De maneira que, se houver previsão na legislação interna dos Estados signatários, tais Estados poderão exercer jurisdição universal incondicionada sobre as condutas estipuladas no tratado. E isso porque a jurisdição universal legislativa, que determina o âmbito legítimo de aplicação da lei, nomeadamente nos tratados mencionados, está em consonância com os objetivos de persecução das condutas previstas nesses mesmos tratados.<sup>396</sup>

---

<sup>396</sup> CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. (p. 280, nota de rodapé 11).

## 6 SERIAM OS ATAQUES REALIZADOS PELOS DRONES CRIMES À LUZ DAS NORMAS INTERNACIONAIS?

A indagação aponta para fundamentações diferentes consoante o paradigma subjacente em que se assenta a utilização de tais veículos, ou seja, tendo como pano de fundo tempos de paz ou, ao revés, estando-se sob a égide de um conflito armado, no qual, por exemplo, os terroristas ajam como entidades estatais de fato.

Sob o primeiro contexto enunciado, a alegação de estar-se em uma permanente situação de legítima defesa contra uma entidade não estatal, ou contra a potencial ocorrência de um crime de terrorismo, como já visto, não preenche o escopo da legítima defesa permitida pela Carta das Nações Unidas. E também não preencheria caso estivesse no polo passivo da reação uma entidade estatal, visto que a legítima defesa é um instituto subsidiário de proteção e, em decorrência disto, temporalmente limitado, tanto no que diz respeito à duração da reação quanto nos efeitos pretendidos por ela. E por isso não serve como justificativa legítima para a utilização dos *drones* – ou de qualquer outra arma – a afirmação de estar-se sob uma constante situação de legítima defesa. Todavia, quando preenchidos os pressupostos do mencionado instituto não acreditamos ser vedada a utilização de tais armamentos.

Ausentes os pressupostos da legítima defesa e ainda em tempos de paz, pode-se recorrer à análise da legalidade da ingerência externa, tratada no item acima, agora com foco no indivíduo que perpetrou o crime de terrorismo internacional. E, independentemente da existência de conexão fática entre a conduta e o Estado que pretende exercer sua jurisdição judicativa, questiona-se: caso o Estado “hospedeiro” não represente um entreve<sup>397</sup> para a atuação do Estado vítima, poderia este recorrer à força para combater tais atividades terroristas? Em tempos de paz, o Estado norte-americano atuando como *longa manus* do Estado “hospedeiro” (quando este não consiga atuar) ou como *longa manus* da Comunidade Internacional (quando o Estado “hospedeiro” se mostre

---

<sup>397</sup> Seja porque pediu colaboração ou auxílio de outro Estado para repressão das práticas terroristas em seu território, seja porque não se manifestou contrariamente a esta intervenção, seja porque voluntariamente “compartilhou” sua responsabilidade para repressão de tais crimes com outros Estados ou Entidades Internacionais através da celebração de convenções; ou ainda, seja porque a soberania, em certos casos, não pode ser contraposta à repressão de um crime internacional. Aceitando essa última possibilidade, *vide*: CASSESE, *International*, 2005, p. 472.

recalcitrante na combate ao terrorismo) poderia perpetrar a execução dos indivíduos responsáveis pelo crime de terrorismo utilizando-se da tecnologia destes veículos aéreos?

A resposta a essas indagações são, a nosso ver, negativas. E, não tanto, ou não apenas, em razão do princípio de direito internacional de que um Estado está proibido de realizar operações visando (arbitrariamente) aplicar sua lei em território estrangeiro, – o que não se confunde com a possibilidade tratada no tópico antecedente de aplicação da lei *a fatos* ocorridos em território estrangeiro –, mas principalmente porque em tais operações, como o são os ataques realizados pelos *drones*, há o uso da força letal.<sup>398</sup>

E ainda que a proibição, presente tanto nas normas de direito penal como de direito internacional,<sup>399</sup> em relação ao uso da força letal empregada pelo Estado não seja absoluta<sup>400</sup>, excetuando-se as hipóteses de legítima defesa internacional, as outras possibilidades de recurso à força letal seriam: ou através da previsão de pena de morte pelo ordenamento jurídico do Estado, todavia essa espécie punitiva só será legítima se antecedida por um devido processo legal que busque auferir a existência de culpa, *lato sensu*, do suspeito;<sup>401</sup> ou nas restritas situações, mencionadas por Philip Alston<sup>402</sup>, em que mediante a iminência da ameaça os agentes responsáveis pela aplicação da lei, ou de maneira mais restritiva, pela segurança pública, possam matar, *v.g.*, um suspeito de ser um homem-bomba, ressalvado todavia que a consecução deste resultado não é, ou não deve ser, o objetivo inicial da ação.

De forma que ainda que houvesse autorização<sup>403</sup> do Estado “hospedeiro” em favor do Estado norte-americano, para que este combatesse os suspeitos de realizarem atividades

---

<sup>398</sup> Cf.: BREAUX; et al, *Discussion*, 2011, p. 10. “It is also a general principle of international law that a State is strictly prohibited from engaging in law enforcement operations in the territory of another State, especially when the operation, like drone attacks, includes the use of lethal force.”

<sup>399</sup> *Vide*: AMBOS; et al, *RL*, 2008, p.30; também SCHMITT, Michael N. *State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law. YJIL*, New Haven v.17, p. 609-685, 1992.(p. 628), independentemente da distinção entre “muder” e “assassination”, como regra geral, as mortes realizadas por um Estado violam tanto as normas de direito interno como de direito internacional, todavia, ao contrário de nós, o A. parece aceitar o ataque direto e individual contra terroristas, em tempos de paz (ainda que exista um certo nível de conflito), se tais indivíduos estiverem envolvidos em atividades que os caracterizariam como combatentes em tempos de guerra. (*Ibidem*, p. 644).

<sup>400</sup> AMBOS; et al, *RL*, 2008, p. 30.

<sup>401</sup> Assim: §§ 1 e 2, Art. 6, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966): “§ 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela Leis. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”; “§ 2. [...] Poder-se-á aplicar essa pena [de morte] em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.”

<sup>402</sup> ONU, A/HRC/14/24/add.6, 2010, p. 5 e 10 e ss, para. 9 e 29 e ss.

<sup>403</sup> *Vide*: O’ CONNELL, *Shooting, No prelo*, p. 16, especificamente sobre a *ilegalidade* da utilização dos *drones* pelos Estados Unidos no Pasquidão, mesmo que houvesse consentimento expresso deste último, justificando que “[...]If a government seeks assistance from another state or international organization, the

terroristas em território daquele, ou auxiliasse no combate deles, o emprego dos *drones* para execução dos suspeitos é ilegítimo, uma vez que as execuções sumárias ou extrajudiciais são contrárias ao direito<sup>404</sup>.

Em suma, não está autorizado, a nosso ver, o uso de tais veículos como arma de execução – afora em caso de legítima defesa internacional sob os pressupostos e nos limites deste instituto – seja quando empregados para auxiliar o Estado “hospedeiro”; seja quando, ausente o consentimento deste último, o Estado norte-americano pretenda agir ou para tutela de um interesse primordialmente particular (quando exista uma conexão fática entre o crime de terrorismo e o mencionado país) ou como membro corresponsável pela paz e segurança da comunidade internacional. Pois o que é assegurado pelas normas<sup>405</sup> internacionais, como direito dos Estados vitimados pelas condutas terroristas e dever compartilhado por todos os membros da comunidade internacional, é a implementação de ações que propiciem uma maior cooperação entre os Estados para que os suspeitos de realizarem condutas terroristas possam ser  *julgados* e não executados sumariamente.

Por outro lado, quando se tratar de uma situação de conflito armado (possível), embora este não seja o porto central do estudo, os *drones* não se apresentam como um armamento ilegítimo já de início<sup>406</sup>. Entretanto, questões polêmicas são levantadas pela operação de tais veículos como a possibilidade de banalização da execução dos alvos, dado o distanciamento dos operadores dos campos de batalha; e a morte de civis enquanto efeito colateral dos ataques realizados. Teceremos algumas considerações sobre esse último problema que faz-se presente também nas situações de legítima defesa internacional, nas quais se faça uso de tais equipamentos.

## 6.1 A morte de civis não diretamente envolvidos nas hostilidades

---

party providing assistance may only use that level of force that the government itself has the right to use.”. Também CASSESE, *International*, 2005, p. 253-254, destacando a invalidade do consentimento do Estado que autoriza, v.g., o uso da força armada estrangeira em seu território para massacrar civis.

<sup>404</sup> Asseverando ser precisamente este o enquadramento das mortes realizadas pela operação dos *drones*, em tempos de paz, novamente: Philip Alston, (ONU, A/HRC/14/24/add.6, 2010, p. 21, para. 70).

<sup>405</sup> Mesmo quando algumas resoluções do Conselho de Segurança sejam enquadradas como “soft law”, elas parecem não perder seu caráter normativo. *Vide*: o posicionamento de Almeida, Francisco A.M. L. Ferreira de. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. (p. 20 e ss) sobre o limiar de normatividade das denominadas “soft law”. Para o A., as “soft law” são atos normativos, embora dotados de fraca coercibilidade.

<sup>406</sup> Assim: Philip Alston, (ONU, A/HRC/14/24/add.6, 2010, p. 24, para. 79).

Mesmo que as execuções promovidas pelo governo norte-americano dos suspeitos de terrorismo em território estrangeiro não sejam, já de início, ilegais, seja por se estar no contexto de um conflito armado, seja em razão de uma situação de legítima defesa, tais conjunturas não desoneram as ações estadunidenses do dever de respeitar as normas de Direitos Humanos e, particularmente no primeiro contexto, também as normas de Direito Internacional Humanitário.

Assim, ainda que os alvos possam ser considerados legítimos, as ações precisam ter em conta, *inter alia*, o menor dano colateral possível. Em razão disso, o governo dos Estados Unidos tem salientado a precisão em se atingir os alvos quando se utiliza os *drones*, tendo como consequência efeitos colaterais limitados.<sup>407</sup> Entretanto, essa não parece ser a realidade subjacente aos ataques. Segundos dados extraídos do The Bureau of Investigative Journalism<sup>408</sup>, no Paquistão, entre 2004 e 2014, do total de morte ocasionadas pelos *drones* (entre 2.347 e 3.792), o número de civis estava entre 416 e 957; no Iémen, das mortes estimadas (entre 339 e 494) entre os anos de 2002 e 2014, o número de civis figura entre 64 e 83; com base no número de alvos intencionais O'CONNELL<sup>409</sup>, apresenta a proporção de 50 mortes não intencionais para cada execução direcionada.

A despeito da exatidão ou não de tais estatísticas, o que se pode extrair de algumas situações divulgadas é que a possibilidade de se atingir civis não diretamente envolvidos nas hostilidades, ainda que seja conhecida, parece não ser suficiente para inibir a execução dos ataques. A título de exemplo, tem-se o caso ocorrido em início de Agosto de 2009, no Paquistão, que vitimou Baitullah Mehsud, acusado de pertencer a uma organização terrorista, e mais onze pessoas, entre elas sua esposa, seu sogro e sua sogra. Conforme se noticiou<sup>410</sup>, o veículo transmitia imagens precisas aos operadores, era possível ver o suposto terrorista de corpo inteiro, ele estava no telhado de casa, recebendo um medicamento intravenoso quando foi atingido<sup>411</sup>. E conforme matéria do *The Bureau of*

---

<sup>407</sup> Vide: MACASKILL, Ewen. US drone strikes in Yemen crucial to prevent terrorist threat, Panetta says. *The Guardian*.

<sup>408</sup> Vide: THE BUREAU OF INVESTIGATIVE JOURNALISM. Get the data: Drone wars. *The Bureau Investigative Journalism*.

<sup>409</sup> Vide: O'CONNELL, *Shooting, No prelo*, p.1.

<sup>410</sup> Vide: MAYER, *The New*, 2009.

<sup>411</sup> Neste caso, ainda se põs em causa o desrespeito ao dever de não se atingirem doentes e feridos, inculcado na Primeira Convenção de Genebra de 1864 e reafirmado pelos estudos de 2005 sobre Direitos Humanos Costumeiros promovidos pelo CICV. Vide: O'CONNELL, *Shooting, No prelo*, p. 24-25.

*Investigative Journalism*<sup>412</sup> uma reportagem publicada em Maio de 2012, no *The New York Times*, expõe que o presidente Barack Obama sabia que civis poderiam estar presentes no local quando, ainda assim, autorizou o disparo.

Dito isso, ainda que se admitisse a possibilidade de existência de um conflito armado entre os Estados Unidos e os terroristas integrantes da Al Qaeda, a execução de tais indivíduos (civis), os quais atuam (ilegitimamente) como parte direta das hostilidades, está sujeita a certas condições que não são observadas nas operações levadas a cabo por tais veículos. Como bem assevera CASSESE<sup>413</sup>, atingir tais indivíduos só será legítimo se eles estiverem realmente em combate; ou se estiverem abertamente em posse de armamentos durante o desenvolvimento de procedimentos militares de ataque de que participem; ou excepcionalmente se levarem consigo de forma oculta explosivos que almejam usar contra civis ou combatentes e que não atendam aos pedidos para demonstrar que são civis inocentes e desarmados.

Todavia, ainda na esteira do autor italiano<sup>414</sup>, não é legítima a execução de tais indivíduos quando eles estejam planejando ou preparando um ataque ou depois de o terem cometido, isso porque a permissão de execução em tais casos representaria o colapso de um dos princípios fundamentais do Direito Internacional Humanitário, que é a distinção entre civis e militares. Tais hipóteses não suplantam a legítima intenção de se *capturar* tais indivíduos para que eles possam ser julgados pelos fatos que lhes são imputados.

Outra situação ilegal desencadeada pela utilização de tais veículos prende-se aos chamados *double-tap*, que em breves linhas podem ser caracterizados como “táticas” de operação consistentes em lançar um segundo disparo na sequência do primeiro, atingindo os sujeitos que tentam socorrer as vítimas do primeiro ataque.<sup>415</sup> Fato que constitui clara violação do Direito Internacional Humanitário, podendo perfazer as diretrizes que subsumem as condutas à categoria de crimes de guerra<sup>416</sup>, se se entender estar na

---

<sup>412</sup> THE BUREAU OF INVESTIGATIVE JOURNALISM. Obama 2009 Pakistan strikes. *The Bureau Investigative Journalism*.

<sup>413</sup> CASSESE, *International*, 2005, p. 420-423.

<sup>414</sup> *Ibidem*, p. 423: “[...] there is a prohibition against attacking a civilian suspected of terrorism while, for instance, he is going by taxi to a place or village nearby, or is in his home (whether or not he is resting there or spending time with his family, or instead planning terrorist actions).”

<sup>415</sup> A título exemplificativo, tem-se a ocorrência de um ataque noticiado por MCKELVEY, Tara. Drones kill rescuers in 'double tap', say activists. *BBC News Magazine*., em uma vila no norte do Waziristão, na noite de 06 de Jul. de 2012, que atingiu mineiros e lenhadores que se reuniam para jantar em uma tenda; a tenda pegou fogo e os amigos e familiares que vieram em socorro dos indivíduos que lá estavam foram surpreendidos com um novo disparo do *drone*; no total foram dezoito mortos.

<sup>416</sup> Cf.: Art. 8º do ETPI.

conjuntura de um conflito armado; ou representar a ruptura da observância de normas de Direitos Humanos, quando em tempos de paz, podendo caracterizar-se como Crimes contra a humanidade<sup>417</sup>.

---

<sup>417</sup> Vide, a título expemplificativo, Art. 7º do ETPI. Também afirmando que as execuções sumárias violam as regras de Direitos Humanos em geral: AMBOS; et al, *RL*, 2008, p. 34.

## 7 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL E INDIVIDUAL EM DECORRÊNCIA DA UTILIZAÇÃO DOS DRONES

Vistas as irregularidades das execuções promovidas através da utilização dos *drones*, resta-nos tecer alguns breves comentários acerca da possível responsabilização do Estado norte-americano e seu Presidente por tais operações.

A utilização da força pelos Estados em suas relações internacionais, se realizada fora dos parâmetros estabelecidos pela Carta da ONU, constitui violação de uma obrigação internacional<sup>418</sup>, e todo ato ilícito internacional implica responsabilidade internacional ao Estado que o cometeu<sup>419</sup>, independentemente de adquirir a dimensão de uma guerra de agressão ou consubstanciar-se “apenas” no recurso ilegítimo à força, em menor monta, nas relações internacionais.<sup>420</sup>

Essa violação das normas que tutelam valores fundamentais e comuns a todos os membros da comunidade internacional, como a paz e os direitos humanos, dá ensejo à responsabilidade agravada<sup>421</sup> dos Estados que a cometem. No texto do projeto de artigos adotado provisoriamente pela Comissão de Direito Internacional, em primeira leitura, o Art. 19 (2) nomeava como *crime* (em contraposição aos delitos) a violação de uma obrigação essencial para a proteção de interesses fundamentais da comunidade internacional. Na segunda leitura do mencionado projeto, foi retirada tal designação (crime) e a diferenciação das responsabilidades passou a operar-se em razão da seriedade da violação das obrigações insculpidas em normas peremptórias<sup>422</sup> do Direito Internacional Geral (Art. 40).

Essa alteração terminológica teve como intenção primordial desfazer a resistência apresentada por alguns Estados acerca da ideia de uma responsabilidade criminal do

---

<sup>418</sup> Vide: Art. 2 (4) da Carta da ONU.

<sup>419</sup> Vide: Art. 1º, ONU, *International* (A/RES/56/83, annex), 2001.

<sup>420</sup> Assim: DINSTEIN, *War*, 2001, p. 98.

<sup>421</sup> Assim CASSESE, *International*, 2005, p. 262 *passim*.

<sup>422</sup> Mencionando a inadequação da transposição de um conceito relativo à teoria da nulidade dos atos legais (a não derogabilidade, natural às normas peremptórias) para a seara da ilicitude material da conduta, uma vez que essa última não pode ser tida como vazia (*void*), em contraposição ao atos legais, tornando, portanto, inadequado utilizar tal conceito para tratar de questões sobre a responsabilidade. Vide: WYLER, Eric. From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breaches of Obligations Under Peremptory Norms of General International Law’. *EJIL*, Florence, v. 13, n.5, p. 1147-1160, 2002. (p. 1157).

Estado no âmbito internacional, embora já na primeira leitura se tenha acentuado que a responsabilidade estatal no plano internacional não deve ser confundida com a responsabilidade civil ou criminal do direito interno; trata-se, eminentemente, de uma responsabilidade internacional<sup>423</sup>.

A despeito da rotulação que se dê às graves violações de determinadas obrigações internacionais, de maneira geral, elas acarretam (além do dever de reparar<sup>424</sup> o dano, material ou moral, causado ao Estado diretamente atingido) a autorização<sup>425</sup> para qualquer Estado, e não apenas para aquele diretamente atingido, demandar a cessação da conduta ilícita; solicitar, em certos casos, o oferecimento de segurança e garantia de não repetição<sup>426</sup> do ato pelo Estado que age ilicitamente; e, nos casos em que a conduta ilícita (grave) persista, qualquer Estado poderá recorrer a órgãos internacionais competentes, ou até implementar contramedidas pacíficas contra o, no caso, Estado agressor<sup>427</sup>.

O Art. 41, do já mencionado projeto elaborado pela CDI, também impõe que, quando tenha sido cometida uma grave violação das normas peremptórias, nos moldes estabelecidos pelo Art. 40 do mesmo projeto, os Estados devem cooperar para pôr fim a tal situação, usando para tanto de meios legítimos; os Estados também não devem reconhecer

---

<sup>423</sup> Assim: PELLET, *EJIL*, 1999, p. 433. O A., ainda no contexto da primeira leitura do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Estatal, desenvolvidos pela CDI, escreveu sobre os possíveis equívocos que a rotulação de algumas condutas como sendo *crimes* atribuíveis aos Estados (Art. 19, do mencionado projeto) poderia desencadear no âmbito internacional; todavia, conclui afirmando: “Call it ‘breach of a peremptory norm’ or violation of an essential obligation’, call it ‘butterfly’ or ‘abomination’ the fact remains: we need a concept...and a name for this concept!” (*Ibidem*, p. 434). *Vide* também WYLER, *EJIL*, 2002, p. 1151 e ss., acerca da alteração de cunho eminentemente terminológico operada na segunda leitura do Projeto sob os auspícios do Relator Especial James Crawford, entre a noção de crime e as graves violações das obrigações previstas por normas imperativas de direito internacional geral.

<sup>424</sup> Sobre as formas de reparação, veja, exemplificativamente, as enumeradas nos Arts. 35, 36, e 37, ONU, *International* (A/RES/56/83, annex), 2001.

<sup>425</sup> Conforme estabelece CASSESE, *International*, 2005, p. 274.

<sup>426</sup> Crítico da existência da categoria de responsabilidade agravada, TAMS, Christian J. Do serious Breaches give rise to any specific obligations of the responsible State? *EJIL*, Florence, v. 13, n.5, p. 1161-1180, 2002., afirma que a exigência de segurança e garantia de não repetição não é característica exclusiva da séria violação de normas peremptórias, pois que, no caso *LaGrand*, também foi exigida essa garantia do Estado norte-americano em favor do Estado alemão, sem contudo estar-se em causa normas dessa natureza. (*Ibidem*, p.1165-1166). Todavia, acreditamos que o grande argumento que possibilita o destaque da responsabilidade agravada, frente a hipóteses de responsabilidade ordinária, encontra-se na possibilidade de qualquer Estado reclamar a responsabilização do Estado que tenha cometido a dita violação. Ou seja, em razão da natureza das normas violadas há a extensão dos sujeitos aptos a figurarem na “relação” que não é apenas bi, mas sim multilateral. Figurando como sujeitos todos os Estados da comunidade internacional corresponsáveis pela manutenção da paz e da segurança da dita comunidade. Assim também: CASSESE, *International*, 2005, p. 262-263.

<sup>427</sup> Em relação à possibilidade de responsabilização estatal e individual pela agressão, *vide* também: Philip Alston, (ONU, A/HRC/14/24/add.6, 2010, p. 14).; Acerca da obrigação – decorrente da violação do *jus ad bellum* – do Estado agressor indenizar as vítimas, *vide*: DINSTEIN, *War*, 2001, p. 99.

como legítima a situação criada pelo ato ilícito (grave) e nem prestar ajuda ou assistência para a manutenção de tal situação.

Embora não seja unânime<sup>428</sup> a aceitação de consequências próprias decorrentes da divisão binária<sup>429</sup> entre as sérias e não sérias violações promovidas pelo Estado no âmbito internacional, e, independentemente de aceitarmos, na esteira de CASSESE<sup>430</sup>, que a responsabilidade agravada (decorrente das sérias violações) tem emergido na seara internacional, não se nega a possibilidade de atribuição de responsabilidade (seja ela ordinária ou agravada) a um Estado, pela conduta de um alto representante estatal, inclusive quando tais condutas subsumam-se em crimes internacionais<sup>431</sup>. O que não significa propugnar, como já dito, pela existência de uma responsabilidade *criminal* do Estado no âmbito internacional<sup>432</sup>.

A responsabilização internacional do Estado norte-americano não ofusca ainda a possibilidade de se responsabilizar também o Presidente do mencionado país<sup>433</sup>. E é essa questão que mais particularmente nos interessa. Todavia, a responsabilidade criminal dos sujeitos individuais que ocupem alta função de Governo em um determinado País – para o nosso caso, de Chefe de Estado – implicam, sobretudo, questões sobre as imunidades internacionais.

Antes, porém, de adentrarmos na seara das imunidades internacionais, cumpre-nos aludir à teoria que possibilita atribuição de responsabilidade criminal, sob o título de autor, ao Presidente norte-americano, para que só então possamos tecer algumas considerações sobre as imunidades.

Empregaremos como base sustentadora para tal responsabilização as considerações desenvolvidas por ROXIN sobre a teoria da autoria mediata em razão do

---

<sup>428</sup> Vide: TAMS, *EJIL*, 2002.

<sup>429</sup> Expressão usada por WYLER, *EJIL*, 2002, p. 1160.

<sup>430</sup> CASSESE, *International*, 2005, p. 269 e 277.

<sup>431</sup> NOLLKAEMPER, André. State responsibility for International crimes: A review of Principles of reparation. In: CONSTANTINIDES, Aristotle; ZAIKOS, Nikos. *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 487-518., ainda alerta que no caso da criminalidade sistemática, entendida como “[...] a situation where collective entities order or encourage international crimes to be committed, or permit or tolerate the committing of international crimes.”, (p.489), a responsabilidade estatal se faz ainda mais nítida.

<sup>432</sup> Nesse sentido, *Ibidem*, “Concurrence between individual criminal responsibility and state responsibility thus does not necessarily (and certainly not as a matter of positive law) involve criminal state responsibility.” (p.508).

<sup>433</sup> Assim: CRAWFORD, James. *International law as an open system: selected essays*. London: Cameron May, 2002. (p. 418), acerca da não interferência das questões relacionadas à responsabilidade estatal com as considerações atinentes à responsabilidade individual no plano internacional.

domínio<sup>434</sup> de uma organização no quadro de um aparato organizado de poder, a qual consiste em brevíssima síntese em uma das três formas de “dominio de la voluntad”<sup>435</sup>, na qual a execução do tipo não é “de propia mano”,<sup>436</sup> mas dá-se, neste caso, em virtude do uso de aparatos organizados de poder. Essa modalidade de autoria mediata se apoia na tese de que o homem por detrás, (*Hintermänner*), de uma organização delitativa, o qual ordena com comando autônomo a realização de delitos, pode ser classificado como autor (mediato) deles, sem prejuízo da responsabilização, também por autoria, dos executores imediatos da conduta descrita no tipo.<sup>437</sup>

Para o entendimento da dita teoria, é importante ter-se em vista que o instrumento que possibilita ao homem por detrás a execução de suas ordens não é, ou não são, primordialmente, os autores imediatos, mas sim o próprio aparato organizado de poder<sup>438</sup>. E são quatro as condições de domínio da organização apontadas por ROXIN<sup>439</sup>: poder de mando (*Anordnungsgewalt*); desvinculação do aparato de poder com o ordenamento jurídico (*Rechtsgelöstheit*); fungibilidade do executor imediato; e, por fim, a consideravelmente elevada disponibilidade para a realização do feito pelo executor<sup>440</sup>.

Sem podermos tecer as considerações merecidas a esta teoria, selecionamos como alvo para brevíssimas pontuações a condição de desvinculação do direito do referido aparato organizado de poder.

Como assevera ROXIN, “el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del Derecho no en toda relación, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él.”<sup>441</sup> E mais, a valoração dos fatos é atual e independe da maneira como se (auto) julgava o sistema jurídico anteriormente. Tendo isso em conta, na dimensão em que o aparato

---

<sup>434</sup> Tal teoria foi empregada recentemente no âmbito do Direito Internacional, como afirma AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. *InDret*, Barcelona, v. 3, p. 1-26, Jul. 2011 (p.5), em 2008 pelo TPI no caso *Prosecutor v. Katanga* e, no âmbito interno, em 2009 pela Corte Suprema de Justiça peruana na sentença contra Fujimori. Afastando-se da aceitação de tal teoria no plano interno, DIAS, Direiro, 2007, p. 790, mas afirmando a compreensível introdução exitosa dela no Direito Penal Internacional, *ibidem*, p. 789.

<sup>435</sup> ROXIN, Claus. Sobre la autoria y participación en el Derecho Penal. In: BAUMANN, Jürgen, et al. *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho: en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970. p. 55-70.(p. 62).

<sup>436</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>437</sup> ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoria mediate. *REJ*, Santiago, n. 7, p. 11-22, 2006. (p. 11).

<sup>438</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>439</sup> *Ibidem*, p. 11 e ss.

<sup>440</sup> Este último fator talvez seja melhor entendido como consequência dos outros três do que como condição da teoria: ROXIN, *REJ*, 2006, p. 19. Também: AMBOS, *InDret*, p. 6-8.

<sup>441</sup> ROXIN, *REJ*, 2006, p. 16.

organizado de poder age apartado do Direito (“atual”), as ordens para as condutas delitivas não são operadas de forma secreta, mas, ao revés, são instruções dadas “legalmente”<sup>442</sup>. E é na garantia da realização das ordens, as quais não são proibidas de maneira geral no momento em que foram cometidas<sup>443</sup> – mas nem por isso são conforme o Direito (valorado na atualidade), que se assegura, também, o resultado pretendido pelo autor mediato.<sup>444</sup>

Uma vez possibilitada a imputação ao Presidente norte-americano, a título de autoria, das execuções extrajudiciais realizadas pelos *drones*, cumpre-nos saber se e por quanto tempo as imunidades internacionais suspendem o exercício da jurisdição judicativa, ou mesmo se elas retêm a jurisdição prescritiva dos Estados estrangeiros ou de tribunais internacionais sobre tais condutas.

As imunidades de direito internacional comum, ou costumeiro, são usualmente<sup>445</sup> analisadas em duas categorias diferentes, que dividem as imunidades entre funcionais (*ratione materiae*) e pessoais (*ratione personae*).

As primeiras imunidades encobrem condutas realizadas por funcionários de Estado *no exercício de suas funções*. Tais condutas são, portanto, atribuíveis ao Estado e não aos funcionários que o representa. Assim, por se tratar de atos oficiais de um determinado Estado, restringe-se a pretensão prescritiva<sup>446</sup> de Estados estrangeiros sobre estes fatos, em atendimento ao princípio da não ingerência.<sup>447</sup>

Todavia, em duas hipóteses, as imunidades funcionais (internacionais) poderão não impedir a possibilidade de aferição da responsabilidade dos funcionários estatais por tribunais estrangeiros ou internacionais.

---

<sup>442</sup> *Ibidem*, p. 16. O A. sintetiza: “El sistema (o sea, el sistema parcial de un Estado) tiene, por tanto, que trabajar delictivamente como un todo (“desvinculado del Derecho”) [rechtsgelöst] si la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata debe atribuirse a las instrucciones de los hombres de atrás” (*Ibidem*, p. 17).

<sup>443</sup> Exemplificativamente: “Si, por ej., el homicidio de fugitivos en el Muro hubiera estado prohibido de modo general y hubiese sido sólo el resultado de órdenes de funcionarios no autorizados, tales hechos habrían sido de ese modo acciones individuales y tratados conforme a las reglas de la inducción y la autoría.” (*Ibidem*, p. 17).

<sup>444</sup> Afirmado que a desvinculação do direito seria um critério supérfluo para fundamentar o domínio da organização, *vide*: AMBOS, La Parte, 2005, p. 234.

<sup>445</sup> Cf. CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 363 e ss. e CASSESE, Antonio. When May Senior State officials be Tried for International Crimes? Some comments on the Congo v. Belgium Case. *EJIL*, Florence, v. 13, n. 4, p. 853-875, 2002. (p. 862 e ss).

<sup>446</sup> Ou seja, empregando a noção de jurisdição prescritiva apresentada por CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p.42, os atos oficiais de um determinado Estado não estão entre as condutas passíveis de sofrerem incidência de normas (estrangeiras) que as ameace com sanções penais.

<sup>447</sup> Assim: CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 365.

A primeira, quando se estiver em causa o cometimento, ou a suspeita de cometimento, de crimes internacionais.<sup>448</sup> E, nesta primeira hipótese, a justificativa para o afastamento da imunidade encontra duas razões principais, uma, porque crimes internacionais não constituem atos de Estado<sup>449</sup>; e duas, porque não representa ingerência nos assuntos internos de cada Estado a pretensão de se exercer o *ius puniedi* sobre crimes internacionais<sup>450</sup>.

A segunda hipótese liga-se ao cometimento da conduta *em território do Estado estrangeiro*. Neste caso, se a conduta violar o direito internacional e representar uma ofensa criminal séria à luz da legislação local (do Estado estrangeiro), sobre o funcionário estatal poderá incidir o *ius puniendi* do Estado estrangeiro.<sup>451</sup> E, embora conforme CAEIRO<sup>452</sup>, tal possibilidade não seja líquida, ela parece justificar-se em razão da cedência de primazia da imunidade (funcional) internacional frente ao dever, também compartilhado em nível internacional, de não ingerência. Assim, embora as execuções sumárias operadas pelos *drones* possam não preencher sempre a moldura dos crimes internacionais, elas não deixam de representar uma infração ao direito internacional<sup>453</sup> e uma ofensa criminal provavelmente séria (execuções sumárias), à luz da legislação dos Estados nos quais os *drones* operam.

O problema neste último caso, em que parece ser permitido o afastamento das imunidades funcionais em razão do crime ter sido cometido em território estrangeiro, liga-se a considerações sobre o critério utilizado para determinar a “sede do delito”<sup>454</sup>. Tendo em voga as operações com os *drones*, embora a ação de comando das execuções ocorra em território norte-americano e os executores imediatos também estejam situados no referido território, o resultado ocorre em território estrangeiro. E a depender do critério de aferição do *locus delicti* empregado pelo Estado estrangeiro, as condutas poderão não ser abrangidas dentro da competência para conhecer do delito pelos tribunais deste último Estado. Todavia, consideraremos hipoteticamente que o critério de aferição do *locus delicti*

---

<sup>448</sup> Vide: CASSESE, EJIL, 2002, p. 864 e ss., e *Idem*, *International*, 2005, p. 113.

<sup>449</sup> CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 364.

<sup>450</sup> A *jurisdição prescritiva* nos crimes internacionais não é determinada por um Estado autonomamente, por isso não há que se falar em ingerência de um Estado sobre outro.

<sup>451</sup> Assim: CASSESE, *International*, 2005, p. 112 e ss.

<sup>452</sup> CAEIRO, *Fundamento*, 2010, p. 363, nota de rodapé n. 916. O A. cita os casos do navio *McLeod* (1830) e o caso *Rainbow Warrior* (1985) como exemplos do afastamento do princípio da imunidade funcional em razão do ato ter sido cometido em território do Estado estrangeiro.

<sup>453</sup> De maneira geral, todavia, *Idem*, p. 357.

<sup>454</sup> Expressão utilizada por DIAS, *Direito*, 2007, p. 211.

utilizado pelos Estados nos quais o resultado ocorre é o critério da solução mista ou plurilateral<sup>455</sup>.

Em suma, as execuções realizadas pelos *drones* quando configurem um crime internacional, ou quando, embora não atinjam o escopo deste último, ainda assim constituam uma “ofensa criminal grave”<sup>456</sup>, no caso, a execução extrajudicial, realizada *também* (de acordo com o critério da solução mista) no território do Estado estrangeiro, afastarão as imunidades funcionais do Presidente norte-americano e demais funcionários estatais autores (mediato e imediato, respectivamente) dos crimes.

Todavia, os sujeitos sobre os quais recaiam as imunidades funcionais podem<sup>457</sup> ainda ser tutelados pela segunda categoria de imunidades mencionadas *supra*, as pessoais, como ocorre com o chefe de Estado norte-americano. Neste caso, ainda que afastadas aquelas, o chefe de Estado contará, *a priori*, com a incidência destas.

As imunidades pessoais salvaguardam o livre desempenho das funções realizadas pelos sujeitos que ocupam os mencionados cargos, garantindo assim uma inviolabilidade total<sup>458</sup> de tais agentes. Todavia, no casos das imunidades pessoais, a pretensão prescritiva do Estado estrangeiro não é retida, ao revés, o que ocorre é a *suspensão*, “[d]o exercício concreto do poder punitivo (*sc.*, da jurisdição judicativa)”<sup>459</sup> pelo tempo em que os agentes ocuparem tais cargos. Nestes casos, então, mesmo que se trate de crimes internacionais, também em razão do caráter temporalmente limitado da suspensão, as imunidades pessoais não cederão primazia ao exercício da jurisdição judicativa quando ela tencione ser exercida por tribunais estrangeiros. Estes, então, só poderão exercer o *ius puniedi* sobre o chefe de Estado após o término de exercício de suas funções, ocasião em que poderão fazê-lo também em relação a condutas que não preencham o escopo de crimes internacionais.

Questão diferente parece dar-se quando a pretensão de exercício do *ius puniedi* seja manifestada por um tribunal internacional, ao menos quando o referido tribunal seja

---

<sup>455</sup> Critério utilizado em países como Portugal (Art. 7º, nº1, CP), Brasil (Art. 6º, CP) e Itália (Art. 6, CP).

<sup>456</sup> CASSESE, *International*, 2005, p. 112.

<sup>457</sup> As imunidades pessoais possuem um rol subjetivo mais restrito do que o atinente às imunidades funcionais, e abarcam: os chefes de Estado, chefes de Governo (representados em sistemas de governo que adotem o parlamentarismo em detrimento do presidencialismo pelo Primeiro Ministro, Cf. FERNANDES, Bernardo. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (p. 680)), Ministro dos negócios estrangeiros e diplomatas acreditados junto ao país estrangeiro. Assim: CASSESE, *EJIL*, 2002, p. 864; também CAEIRO, *Fundamentos*, 2010, p. 364.

<sup>458</sup> CASSESE, *EJIL*, 2002, p. 864.

<sup>459</sup> CAEIRO, *Fundamentos*, 2010, p. 365.

estabelecido por uma autoridade supranacional<sup>460</sup>. Neste caso, as imunidades pessoais parecem poder ser afastadas, ou seja, em princípio, o tribunal poderia conhecer do fato mesmo antes do término das funções atribuídas ao, no caso, Chefe de Estado. Todavia, a probabilidade de ocorrência *concreta* de uma situação envolvendo o Presidente norte-americano nos moldes citados é assaz diminuta, uma vez que os Estados Unidos são membro permanente do Conselho Segurança, Conselho a quem se atribui no âmbito internacional o estabelecimento de tribunais *ad hoc*.

No caso do TPI, tribunal *permanente* com jurisdição em matéria penal instituído por meio de uma convenção, o resultado será basicamente o mesmo. Os Estados Unidos não são parte do Estatuto de Roma, portanto, dentre as hipóteses estabelecidas para exercício da jurisdição do TPI (Art. 12 e 13), o Estado norte-americano teria que ou aceitar a competência do dito Tribunal nos termos do n. 3, do Art. 12 ou, se a denúncia ao Procurador do TPI for feita pelo Conselho de Segurança, agindo este de acordo com as atribuições do capítulo VII da Carta da ONU, aceitar (compulsoriamente) a jurisdição do TPI. Uma vez que o Estado norte-americano é membro permanente deste Conselho, com poder de veto, a situação acima dificilmente se concretizará.

Em suma, o Presidente norte-americano poderá ser chamado a responder criminalmente perante um tribunal estrangeiro após o término de suas funções (em razão das imunidades pessoais), seja pelo cometimento de crimes internacionais, quando as execuções realizadas pelos *drones* assim se caracterizarem, seja em razão do crime de execução extrajudicial, desde que esse tenha sido praticado no território do Estado que pretende conhecer do fato (condições impostas para o afastamento das imunidades funcionais); mas dificilmente responderá perante um tribunal internacional.

---

<sup>460</sup> *Ibidem*, p. 366 cita como exemplo os tribunais *ad hoc* estabelecidos pelo conselho de Segurança da ONU.

## 8 CONCLUSÃO

Em um esforço de síntese, tem-se que o trabalho possibilitou auferir alguns direcionamentos não higidamente conclusivos, mas ao menos norteadores para as questões propostas.

Consideramos o terrorismo internacional um crime autônomo à luz do Direito Internacional e não enquadrado, *a priori*, na categoria de crimes políticos. Entre as características que conferem internacionalidade a este crime, uma tem papel de destaque e diz respeito ao transbordamento da ação criminosa para além das fronteiras de um único Estado Nacional.

Conquanto o terrorismo seja um *crime*, não sendo legítimo *ab initio* seu tratamento dar-se através de um regime de exceção, poderá em circunstâncias pontuais atingir o escopo de um ataque armado, e observados os requisitos da proporcionalidade e da necessidade conjugados com a atualidade do ataque, autorizar a ação em legítima defesa internacional pelo Estado vitimado. Ainda neste contexto, acenamos positivamente para a hipótese de aplicação do *jus ad bellum* quando no polo passivo da reação esteja uma organização terrorista. Todavia, concluímos de maneira desfavorável à possibilidade de configuração de um estado de guerra, regulamentado pelo *jus in bello*, quando as partes contrapostas sejam um Estado e uma organização terrorista (estrangeira), principalmente em razão da ausência de delimitação espaço-temporal de tais situações, as quais levariam à abusiva possibilidade de o Estado parte, fora das hipóteses de legítima defesa, utilizar sua força bélica a qualquer tempo e em qualquer ponto do globo, desde que exista uma célula de tal organização neste local! O que não significa negar a possibilidade de instauração de um conflito armado entre dois Estado quando, por exemplo, os terroristas sejam agentes estatais de fato.

Nas hipóteses em que o crime de terrorismo internacional não dê azo à legítima defesa do Estado vítima e tendo em conta a impossibilidade de se argumentar que se está sob o contexto de uma guerra, tendo como parte contrapostas um Estado e uma organização terrorista, ainda assim, por se tratar de um *crime internacional*, existirá, a princípio, uma pretensão legítima *compartilhada* por todos os membros da comunidade internacional para o exercício do *ius puniendi*.

Visto isso, tem-se que a utilização dos *drones* no contexto de uma ação em legítima defesa há que estar imperiosamente condicionada aos requisitos deste instituto e vinculada à finalidade dele, que é deter e repelir o ataque armado. Todavia, além da abissal dissociação temporal da utilização de tais veículos com a ocorrência de um ataque armado (concreto), cumulada com a ilegitimidade de se “defender” de ataques *pontenciais*, tem-se que as operações realizadas pelos *drones* vitimam indiscriminadamente civis inocentes.

Também como meio de combate a um *crime internacional*, a utilização dos *drones* se apresenta como ilegal, haja vista que o Direito Internacional não autoriza a execução sumária e extrajudicial de indivíduos suspeitos de terem cometido uma conduta criminosa, ao revés, o que se arroga quando se estão em causa crimes internacionais é o dever potencialmente incumbido a cada membro da comunidade internacional de exercer, ou ao menos permitir que se exerça, *v.g.* através da extradição ou da entrega, o *ius puniedi* sobre os indivíduos suspeitos de terem cometido crimes de tal gravidade.

E ainda que existisse um conflito interno entre o Estado “hospedeiro” e a organização terroristas que lá esteja alocada, a participação do Estado norte-americano, mesmo que consentida por aquele, não estaria autorizada a promover execuções sumárias dos civis (terroristas) que participem diretamente dos combates, a menos que essas execuções sejam *necessárias* sob o ponto de vista do Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos. E mais, esses civis que participem diretamente das hostilidades não são alvos legítimos quando estejam fora de combate, regra essa calcada no princípio basilar da distinção. Assim, se o Estado “hospedeiro” tem de respeitar as regras contidas nos arcabouços normativos supramencionados, com maior razão, o Estado norte-americano também deverá fazê-lo.

Respondemos, portanto, afirmativamente a indagação acerca da natureza criminal dos ataques promovidos pelos *drones* frente as normas de Direito Internacional Penal e de Direito Internacional Humanitário, quando ao contexto se aplique este último arcabouço normativo. Por fim, também entendemos como possível a responsabilização tanto do Estado norte-americano como de seu Presidente.

Se é certo que a superioridade bélica de um país não é, por si só, fundamento suficiente para controlar a utilização de tais tecnologias, as normas que gravitam tanto no âmbito interno como internacional deveriam ser. E, muito provavelmente, a grande

periculosidade do terrorismo é “levar” o Estado de Direito à ruptura de normas que o caracterizam como tal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS<sup>461</sup>

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Tradução de Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ALMEIDA, Francisco A.M. L. Ferreira de. *Direito Internacional Público*. 2<sup>a</sup> ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2003.

AMBOS, Kai; ALKATOUT, Josef. A justiça foi feita? A legalidade da morte de Bin Laden sob o Direito Internacional. *RL*, São Paulo, n. 8, p. 17-34, Set./Dez. 2008.

AMBOS, Kai; POSCHADEL, Annika M. Terrorists and Fair Trial: The Right to a fair trial for alleged terrorists Detained in Guantánamo Bay. *ULR*, Utrecht, v. 9, n. 4, p. 109-126, Setembro 2013.

AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional: Bases para una elaboración dogmática*. Tradução de Ezequiel Malarino. 1 ed. castelhana. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

———. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. *InDret*, Barcelona, v. 3, p. 1-26, Julho 2011.

———. Defences in International Criminal Law. In: BROWN, Bartram S. (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*. Cheltenham et al: Elgar, 2011. p. 299-329.

———. ¿Los VANT contra el terror o el terror de los VANT?. *SEMANA*. 16 de Outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.semana.com/opinion/articulo/los-vant-contra-terror-terror-vant/266442-3>>. Acesso em 06 de Junho de 2014.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *O poder público bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial*. Coimbra: Almedina, 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif; WISE, Edward M. *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

BASSIOUNI, M. Cherif. *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*. *L&CP*, Durham, v. 59, n.5, p. 63-74, Set./Dez. 1996.

———. *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*. Leiden ; Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2013. 1v.

BATISTA, Nilo. Aspectos Jurídico-Penais da Anistia. *RDP*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 26, p. 33-42, Jul./Dez. 1979.

---

<sup>461</sup> Todas as obras constantes nesta referência bibliográfica foram citadas no corpo do texto e aquelas que estão disponíveis em formato eletrônico de livre acesso têm o respectivo endereço eletrônico citado apenas aqui.

BECKER, Jo e SHANE, Scott. Secret 'Kill List' Proves a Test of Obama's Principles and Will. *The New York Times*. 29 de Maio de 2012. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2012/05/29/world/obamas-leadership-in-war-on-al-qaeda.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2012/05/29/world/obamas-leadership-in-war-on-al-qaeda.html?pagewanted=all&_r=0)>. Acesso em 02 de Junho de 2014.

BÉLGICA. Actes de la Conférence ( 26-30 Juin 1930): *III<sup>e</sup> Conférence Internationale Pour L'Unification du Droit Pénal*. Bruxelles: Office de Publicité, Anc. Etabliss. J. Lebègue & Cie Editeurs, 1931.

BOWETT, D. W. *Self-defense in International Law*. Reimpressão. Clark: The Lawbook Exchange, 2009.

BREAU, Susan; ARONSSON, Marie; JOYCE, Rachel. *Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict*. Oxford: Oxford research Group, Junho 2011.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CAEIRO, Pedro e LEMOS, Miguel Ângelo. Content and impact of approximation: The Case of terrorist offences. In: GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne. (ed.). *Approximation of substantive criminal law in the EU: The way forward*. Bruxelles : Institut d'études européennes, 2013. p. 153-167, (Series: Etudes Europeennes).

CAEIRO, Pedro. Legalidade e Oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *RMP*, Lisboa, Ano 21, n. 84, p. 31-47, Out./Dez. 2000.

———. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O caso Português*. 1<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

———. Concluding Remarks. In: GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne. (ed.). *EU Counter-Terrorism Offences: What impact on national legislation and case-law?* Brussels : Editions de l'Université de Bruxelles, 2012. p. 305-312, (Series: Etudes Europeennes).

CANNIZZARO, Enzo. The role of proportionality in the Law of International Countermeasures. *EJIL*, Florence, v. 12, n.5, p.889-916, 2001.

———. Contextualizing proportionality: jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese war. *IRRC*, Cambridge, v.88, n. 864, p. 779-792, Dez. 2006.

CASSESE, Antonio. Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of International Law. *EJIL*, Florence, v. 12, n. 5, p. 993-1001, 2001.

———. *International Law*. 1<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

———. When May Senior State officials be Tried for International Crimes? Some comments on the Congo v. Belgium Case. *EJIL*, Florence, v. 13, n. 4, p. 853-875, 2002.

- . *International Criminal Law*. 1ª ed. reimp. Oxford : Oxford University Press, 2003.
- . Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction. *JICJ*, Oxford, v. 1, n. 3, p. 589-595, Dezembro 2003.
- . *International Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford: Oxford University Press, 2005.
- . The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law. *JICJ*, Oxford, v. 4, n. 5, p. 933-958, Novembro 2006.
- . *International Criminal Law*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- COADY, C.A.J. Terrorism and Innocence. *TJE*, Dordrecht, v. 8, n. 1, p. 37-58, Março 2004.
- COMITE INTERNACIONAL DE GENEVRA. *Repressão penal - Punir os crimes de Guerra*. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5tndez.htm>>. Acesso em 01 de Fevereiro de 2014.
- CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal: Tomo I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.
- . *Direito Criminal: Tomo II*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.
- CORTEN, Oliver. *The Law against War: the prohibition on the use of force in contemporary International Law*. Tradução de Christopher Sutcliffe. Oxford ; Portland: Hart Pub., 2010
- CRAWFORD, James. *International law as an open system: selected essays*. London : Cameron May, 2002.
- CRYER, Robert; et al. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 2ª ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2010.
- DEGAN, V.D. *Sources of International Law*. The Hague; Boston; London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997. 27 v. (Series: Developments in International Law).
- DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro. A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto). *RLJ*, Coimbra, Ano 135, n. 3935, p. 70-89, Nov./Dez. 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINAMARCA. *Actes de la Conférence ( 31 Août -3 Sep. 1935): VI<sup>e</sup> Conférence Internationale Pour L'Unification du Droit Pénal*. Paris: Editions A. Pedone, 1938
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 4º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

DINSTEIN, Yoram. *War, Aggression and Self-Defence*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

———. Terrorism and Afghanistan. *ILS*, Newport, v. 85, p. 43-57, 2009.

DÖRMANN, Knut. The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”. *IRRC*, Cambridge, v. 85, n. 849, p. 45-74, Março 2003.

DOZIER, Kimberly. Who will Drones target? Who in the US will decide? *Associated Press*. 21 de Maio de 2012. Disponível em: < <http://bigstory.ap.org/content/who-will-drones-target-who-us-will-decide>>. Acesso em 20 de Junho de 2014.

DRUCK, Judah. Droning on: The War Power Resolution and the numbing effect of Technology-driven Warfare. *CLR*, New York, v. 98, p. 209-237, 2012.

EAGLETON, Clyde. The attempt to define war. *IC*, New York, v.15, n. 237, p. 237- 291, 1933.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms: As Amended Through 31 August 2005*. Joint Publication 1-02, 12 de Abril de 2001.

———. Congress: Joint Resolution: *To authorize the use of United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States*. (Public Law n. 107-40), 18 de Setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ40/pdf/PLAW-107publ40.pdf>>. Acesso em 12 de Junho de 2014.

———. *The White House* – Washington DC: Bush’s Directive on Treatment of Detainees. 07 de Fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.02.07.pdf>>. Acesso em 02 de Junho de 2014.

———. *Subcommittee on Terrorism and Homeland Security*, Julho 2002. Disponível em: <[http://fas.org/irp/congress/2002\\_rpt/hpisci\\_ths0702.html](http://fas.org/irp/congress/2002_rpt/hpisci_ths0702.html)>. Acesso em 13 de Maio de 2014.

———. *Case Hamdan v. Rumsfeld* (2006). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=05-184>>. Acesso em 02 de Junho de 2014.

———. U.S. Department of State: Chapter 7. (Legislative Requirements and Key Terms), *Country Reports on Terrorism 2011*. Disponível em: <<http://www.state.gov/j/ct/rls/crt/2011/195554.htm>>. Acesso em 10 de Abril de 2014.

———. *United States Activities in Libya*. Disponível em: <[http://www.foreignpolicy.com/files/fp\\_uploaded\\_documents/110615\\_United\\_States\\_Activities\\_in\\_Libya\\_-\\_6\\_15\\_11.pdf](http://www.foreignpolicy.com/files/fp_uploaded_documents/110615_United_States_Activities_in_Libya_-_6_15_11.pdf)>. Acesso em 10 de Junho de 2014.

———. *War Powers Resolutions*. 50 U.S. Code Chapter 33. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/50/chapter-33>>. Acesso em 02 de Junho de 2014.

———. *U.S. Code*, Title 18, Part I, Chapter 113B, § 2331 – Definitions. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2331>>. Acesso em 08 de Fevereiro de 2014.

FERNANDES, Bernardo. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FOUTO, Ana Isabel Barceló Caldeira. Terrorismo e conceito de legítima defesa preventiva: Legitimidade do conceito de legítima defesa preventiva no quadro dos mecanismos de combate ao terrorismo. *RFDUL*, Coimbra, v. 50, n. 1-2, p. 133-197, Novembro 2010.

FRANÇA. *Pacto de Briand-Kellog*, 27 de Agosto de 1928. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/Tratado\\_renuncia\\_guerra\\_paris.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/Tratado_renuncia_guerra_paris.pdf)>. Acesso em 15 de Março de 2014.

———. *Actes de la Conférence ( 27-30 Décembre 1931): IV<sup>e</sup> Conférence Internationale Pour L'Unification du Droit Pénal*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933.

GIBBS, JACK. Conceptualization of Terrorism. *ASR*, Washington, v. 54, p. 329-340, Junho 1989.

GRAY, Christine. *International Law and the use of force*. 3ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2008.

GRECO, Luís. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”. *RBCC*, São Paulo, n. 78, p. 7- 35, 2009.

GUILLAUME, Gilbert. Terrorism and International Law. *ICLQ*, Cambridge, v. 53, p. 537-548, Julho 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Communication and the Evolution of Society*. Tradução de Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1979.

HAIA. *Regras de Haia sobre a Guerra aérea, 1922 (1923)*. Disponível em: <[http://lawofwar.org/hague\\_rules\\_of\\_air\\_warfare.htm](http://lawofwar.org/hague_rules_of_air_warfare.htm)>. Acesso em 02 de Fevereiro de 2014.

HIGGINS, Rosalyn. The General International Law of Terrorism. In: HIGGINS, Rosalyn Higgins; FLORY, Maurice. (eds.). *Terrorism and International Law*. London: Routledge, 1997. Parte I, p. 13-29.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nicaragua v. United States of América: Summaries of Judgment and Orders*. 27 de Junho de 1986. Disponível em:

<<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>>.  
Acesso em 19 de Fevereiro de 2014.

———. *Nicaragua v. United States of América*: Dissenting opinion of Judge Schwebel, 1986. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6501.pdf>>. Acesso em 14 de Fevereiro de 2014.

———. *República Democrática do Congo v. Bélgica*. Julgamento: 14 de Fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>>. Acesso em 19 de Fevereiro de 2014

———. *Camarão v. Nigéria*. Julgamento: 10 de Outubro de 2002. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/94/7453.pdf>>. Acesso em 19 de Junho 2014.

———. *Islamic Republic of Iran v. United States of America*. Julgamento: 06 de Novembro de 2003. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/?p1=3&p2=3&case=90&code=op&p3=4>>. Acesso em 19 de Fevereiro de 2014.

———. *Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Advisory Opinion, 09 de Julho de 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>>. Acesso em 12 de Julho de 2014.

———. *Congo v. Uganda*, 19 de Dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=co&case=116&k=51/>>. Acesso em 12 de Julho de 2014.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *The Hague Conference: Use of force: Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law* (2010). Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/2176DC63-D268-4133-8989A664754F9F87>>. Acesso em 10 de Junho de 2014.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Problems Arising from a Succession of Codification Conventions on a Particular Subject*, 1995. Disponível em <[http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/1995\\_lis\\_01\\_en.pdf](http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/1995_lis_01_en.pdf)>. Acesso em 31 de Março de 2014.

ISRAEL. Suprema Corte. *Targeted Killings* (Public Committee v. Government of Israel): Judgement (HCJ 769/02), 13 de Dezembro de 2001.

———. The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice: *The Public Committee against Torture in Israel et al v. Government of Israel et al* – Judgement, (HCJ 769/02). 11 de Dezembro de 2005. Disponível em <<https://www.law.upenn.edu/institutes/cerl/conferences/targetedkilling/papers/IsraeliTargetedKillingCase.pdf>>. Acesso em 12 de Julho de 2014.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del enemigo*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 2003. p. 19-56.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KNOOPS, Geert-Jan Alexander. Legal, Political and Ethical Dimensions of Drone Warfare under International Law: a preliminary Survey. *ICLR*, Boston, v. 12, p. 697-720, 2012.

KRETZMER, David. The inherent right to self-defence and proportionality in Jus ad Bellum. *EJIL*, Florence, v. 24, n.1, p. 235-282, 2013.

KUNZ, J. Individual and Collective Self-Defence in Article 51 of the Charter of the United Nations. *AJIL*, Washington, v. 41, n. 4, p. 872-879, Outubro 1947.

LIGA DAS NAÇÕES. *Convention for the prevention and punishment of terrorism*, 16 de Novembro de 1937. Disponível em: <<http://www.wdl.org/pt/item/11579/>>. Acesso em 20 de Fevereiro de 2014.

MACASKILL, Ewen. US drone strikes in Yemen crucial to prevent terrorist threat, Panetta says. *The Guardian*. Disponível em:<<http://www.theguardian.com/world/2012/apr/19/us-drone-strikes-yemen-panetta>>. Acesso em 10 de Julho de 2014.

MAYER, Jane. The Predator War, What are the Risks of the C.I.A.'s Covert Drone Program?, *THE NEW YORKER*, 26 de Outubro de 2009. Disponível em: <[http://www.newyorker.com/reporting/2009/10/26/091026fa\\_fact\\_mayer](http://www.newyorker.com/reporting/2009/10/26/091026fa_fact_mayer)>. Acesso em 23 de Novembro de 2013.

MCKELVEY, Tara. Drones kill rescuers in 'double tap', say activists. *BBC News Magazine*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-us-canada-24557333>>. Acesso em 11 de Julho de 2014.

MELIÁ, Manuel Cancio. El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español. *REJ*, Santiago, n.12, p. 149-167, 2010.

MOSES, Jeremy. Sovereignty as irresponsibility? A realist critique of the Responsibility to Protect. *RIS*, Londres, v. 39, n. 1, p. 113-135, Jan. 2013.

NOLLKAEMPER, André. State responsibility for International crimes: A review of Principles of reparation. In: CONSTANTINIDES, Aristotle; ZAIKOS, Nikos. *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 487-518.

O'CONNELL, Mary. Lawful Self-defense to Terrorism. *UPLR*, v.63, p. 889-908, 2002.

———. The International Law of Drones. *ASIL*, Washington, v. 14, n. 37, Nov. 2010. Disponível em: <<http://www.asil.org/insights/volume/14/issue/37/international-law-drones>>. Acesso em 04 de Outubro de 2013.

———. The Choice of Law against Terrorism. *JNSLP*, Washington n. 2, v. 4, n. 2, p. 342-368, Dezembro 2010.

———. Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009. In: BRONITT, Simon (ed.). *Shooting to Kill: The law governing lethal force in context. No prelo.* p. 1- 26. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1501144](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501144)>. Acesso em 20 de Setembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resolução 3314 (XXIX): *Definition of Aggression*, 14 de Dezembro de 1974.

———. *International Law Commission: The Internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. Addendum - Eighth report on State responsibility.* Roberto Ago (A/CN.4/318/ADD.5-7), 1980.

———. Assembleia Geral. Resolução 40/61: *Measures to prevent international terrorism which endangers or takes innocent human lives or jeopardizes fundamental freedoms and study of the underlying causes of those forms of terrorism and acts of violence which lie in misery, frustration, grievance and despair and which cause some people to sacrifice human lives, including their own, in an attempt to effect radical changes.* (A/RES/40/61). 09 de Dezembro de 1985.

———. Assembleia Geral. Resolução 49/60: *Measures to eliminate international terrorism.* (A/RES/49/60). 09 de Dezembro de 1994.

———. Assembleia Geral. Resolução 51/210: *Measures to eliminate international terrorism.* (A/RES/51/210), 17 de Dezembro de 1996.

———. Conselho de Segurança. Resolução 1189 (S/RES/1189), 13 de Agosto de 1998.

———. Tribunal Internacional para a antiga Yugoslávia: *Prosecutor v. Tadic*, 15 de Julho de 1999. (IT-94-1-A). Disponível em <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em 12 de Junho de 2014.

———. Conselho de Segurança. Resolução 1373 (S/RES/1373), 28 de Setembro de 2001.

———. *International Law Commission: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, (A/RES/56/83), 12 de Dezembro de 2001.

———. *International Law Commission: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, (A/RES/56/10), 2001. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em 14 de Junho de 2014.

———. Assembleia Geral. Resolução 68/37: *Relationship between disarmament and development.* (A/RES/68/37), 05 de Dezembro de 2003.

———. *Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change*, (A/59/565), Dezembro 2004.

———. 5489º Encontro do Conselho de Segurança em 14 de Julho de 2006 (SC/8776). Disponível em <<http://www.un.org/News/Press/docs/2006/sc8776.doc.htm>>. Acesso em 12 de Maio de 2014.

———. International Tribunal for the former Yugoslavia: Caso: *Prosecutor v. Stanislav Galic* (IT-98-29-A). 30 de Novembro de 2006. Disponível em <<http://www.icty.org/x/cases/galic/acjug/en/gal-acjud061130.pdf>>. Acesso em 02 de Fevereiro de 2014.

———. Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Philip Alston (A/HRC/14/24/2010), 20 de Maio de 2010.

———. Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Philip Alston – addendum – Study on targeted killings. (A/HRC/14/24/add.6), 28 de Maio de 2010.

PELLET, Alain. Can a State commit a Crime? Definitely, Yes! *EJIL*, Florence, v. 10, n.2, p. 425-434, 1999.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Eritrea-Ethiopia Claims Commission: Partial AWARD – jus ad bellum Ethiopia's Claims 1–8*. Disponível em: <[http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1151](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1151)>. Acesso em 19 de Março de 2014.

PRINCETON UNIVERSITY. Program in Law and Public Affairs: *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. New Jersey: Office of University Printing and Mailing (Princeton University), 2001.

PRITTWITZ, Cornelius. Guerra en tiempos de paz? Fundamentos y Límites de la distinción entre Derecho Penal y Guerra. *RP*, Barcelona, n 14, p. 174-181, Jul./Dez. 2004.

RAMBAUD, Patrick. La définition de L'agression par L'O.N.U. *RGDIP*, Paris, v. 80, n. 3, p. 836-881, 1976.

RANDELZHOFFER, Albrecht. Art. 2 (4). In: SIMMA, Bruno (ed.). *The Charter of the United Nations*, 2ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2002. p. 112-135

———. Art. 51. In: SIMMA, Bruno (ed.). *The Charter of the United Nations*, 2ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2002. p. 788-806.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso elementar*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROBINSON, Patrick. The Missing Crimes. In: CASSESE, A., Gaeta, P.; JONES, J., (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*. Oxford : Oxford University Press, 2002. Chapter 11.7, p. 497-524.

ROXIN, Claus. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal. In: BAUMANN, Jürgen, et al. *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho: en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970. p. 55-70.

———. *Derecho Penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1ª ed. Castelhana. Madrid: Civitas, 1997.

———. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediate. *REJ*, Santiago, n. 7, p. 11-22, 2006.

SALETAN, Willian. Koh Is My God Pilot. *SLAT*. 30 de Junho de 2011. Disponível em: <[http://www.slate.com/articles/health\\_and\\_science/human\\_nature/2011/06/koh\\_is\\_my\\_god\\_pilot.html](http://www.slate.com/articles/health_and_science/human_nature/2011/06/koh_is_my_god_pilot.html)>. Acesso em 02 de Junho de 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os crimes políticos e a pena de morte. *RDP*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 45-66, Jan./Mar. 1971.

SAUL, Ben. Attempts to Define 'Terrorism' in International Law. *NILR*, Dordrecht, v.52, n. 1, p. 57-83, 2005.

———. The Legal Response of the League of Nations to Terrorism. *JICJ*, Oxford, v. 4, n. 1, p. 78-102, Março 2006.

SCHACHTER, Oscar. The Right of States to use Armed Force. *MLR*, Michigan, v. 82, n. 5-6, p. 1620-1646, Abr./Maio 1984.

———. The Extraterritorial use of Force against Terrorist Bases. *HJIL*, Houston, v. 11, p. 309-316, 1988-9.

SCHMITT, Michael N. State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law. *YJIL*, New Haven v.17, p. 609-685, 1992.

SERRANO, Mário. Extradicação: Regime e Praxis. In: SERRANO, Mário. et al. *Cooperação Internacional Penal*. 1ª ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000. 1 v., p. 13-112.

SILVA, Gustavo. *Terrorismo, Crimes Políticos e Extradicação: nos passos de Hannah Arendt*. 2009. 178f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

STANFORD LAW SCHOOL; NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. *Living Under Drones: death, Injury, and trauma to civilians from US drone practices in Pakistan*. Setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.livingunderdrones.org/report/>>. Acesso em 30 de Setembro de 2013.

SUCHARITKUL, Sompong. Terrorism As an International Crime: Questions of Responsibility and Complicity. In: *Colóquio Jurídico Internacional sobre o terrorismo como um crime internacional*, 1988, Telavive, Universidade de Telavive Fundo de Pesquisa em Direito Internacional Paula Goldberg. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/pubs/528/>>. Acesso em 12 de Maio de 2014.

SULLIVAN, Sean. Panetta defends drone strikes. *Washington Post*. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/the-fix/wp/2013/02/03/panetta-defends-drone-strikes/>>. Acesso em 10 de Julho de 2012.

TAMS, Christian J. Do serious Breaches give rise to any specific obligations of the responsible State? *EJIL*, Florence, v. 13, n.5, p. 1161-1180, 2002.

———. Note analytique: Swimming with the Tide or Seeking to stem it? Recent ICJ Rulings on the law of Self-Defence. *RQDI*, Montreal, v.18, n. 2, p. 275-290, 2005.

———. The use of force against Terrorists. *EJIL*, Florence, v. 20, n.2, p. 359-397, 2009.

THE BUREAU OF INVESTIGATIVE JOURNALISM. Get the data: Drone wars. *The Bureau Investigative Journalism*. Disponível em: <<http://www.thebureauinvestigates.com/category/projects/drones/drones-graphs/>>. Acesso em 10 de Julho de 2014.

———. Obama 2009 Pakistan strikes. *The Bureau Investigative Journalism*. Disponível em: <<http://www.thebureauinvestigates.com/2011/08/10/obama-2009-strikes/>>. Acesso em Julho de 2014.

TOSINI, Domenico. The autonomy of law in the war on terror: A contribution from social systems Theory. *IJLCJ*, Amsterdam, v. 40, n.2, p. 115-131, Abril 2012.

ZAFFARONI, Eugênio; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZANARDI, Pierluigi. Indirect Military Aggression. In: CASSESE, Antonio. (ed). *The Current Legal Regulation of the Use of Force*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986. Cap. 6, p. 111-120

ZENKO, Micah; FELLOW, Douglas Dillon. Transferring CIA Drone Strikes to the Pentagon. *Council on Foreign Relations Press*, Abril de 2013. Disponível em <<http://www.cfr.org/drones/transferring-cia-drone-strikes-pentagon/p30434#>>. Acesso em 13 de Novembro de 2013.

ZIMMERMANN, Andreas. Crimes within the jurisdiction of the Court. In: TRIFFTERER, Otto (ed). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Note, Article by Article*. Baden-Baden : Nomos, 1999. Parte 2, p. 98-120.

WALTER, Christian. Defining Terrorism in National and International Law. In: WALTER, C.; VÖNEKY, S.; RÖBEN, V.; SCHORKOPF, F. (eds.) *Terrorism as a*

*Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?* 1<sup>a</sup> ed. Berlin: Springer, 2004. Parte I, p. 23-44.

WEISS, Peter. Terrorism, Counterterrorism and International Law. *RFDUL*, Coimbra, v. 44, n. 1-2, p. 611-625, 2003.

WOLFKE, Karol. *Custom in present International Law*. 2<sup>a</sup> ed. Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1993. 14 v. (Series: Developments in International Law).

WONG, Kam C. The USA PATRIOT Act: Some unanswered questions. *IJSL*, London; New York, v. 34, n. 1, p. 1-41, Março 2006.

WYLER, Eric. From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations Under Peremptory Norms of General International Law'. *EJIL*, Florence, v. 13, n.5, p. 1147-1160, 2002.

## ANEXOS

### ANEXO A – *Actes de la Conférence ( 26-30 Juin 1930)*

“Article premier. –L’emploi intentionnel de moyens capables de produire un danger commun sera établi chaque fois qu’un accusé aura commis un acte mettant en peril la vie, l’intégrité corporelle, la santé humaine ou menaçant de détruire des biens importants, et notamment: (...) Art. 2. – Sera puni l’emploi intentionnel de moyens capables de produire un danger commun, qui constituera un acte de terrorisme à charge de quiconque se sert de crimes contre la vie, la liberté ou l’intégrité corporelle des personnes ou contre les biens de l’Etat ou des particuliers en vue de manifester ou de réaliser des idées politiques ou sociales.” BÉLGICA. *Actes de la Conférence ( 26-30 Juin 1930)*, 1931. (p. 194)

### ANEXO B – *Actes de la Conférence ( 27-30 Décembre 1931)*

“ARTICLE PREMIER. – Quiconque aura, en vue de terroriser la population, fait usage, contre les personnes ou les biens, de bombes, mines, machines ou produits explosifs ou incendiaires, armes à feu ou autres engins meurtriers ou destructeurs, ou aura provoqué ou tenté de provoquer, propagé ou tenté de propager une épidémie, une épizootie ou une autre calamité, interrompu ou tenté d’interrompre un service public ou d’utilité publique, sera puni de...sans préjudice de peines plus graves, s’il y échet.”  
FRANÇA. *Actes de la Conférence ( 27-30 Décembre 1931)*, 1933, p. 302-303.

### ANEXO C – *Actes de la Conférence (1933)*

“Article 1. Celui qui, en vue de détruire toute organisation sociale. Aura employé un moyen quelconque de nature à terroriser la population, sera puni de ...”  
Texto reproduzido em: DINAMARCA. *Actes de la Conférence ( 31 Août -3 Sep. 1935)*: VI<sup>e</sup> Conférence Internationale Pour L’Unification du Droit Pénal. Paris: Editions A. Pedone, 1938. (p. 179).

### ANEXO D – *Actes de la Conférence (31 Août -3 Sep. 1935)*

“ ARTICLE 1-. – Sera puni de ... (une peine aggravée)  
Celle qui, par des actes intentionnels dirigés contre la vie, l’intégrité corporelle, la santé ou la liberté d’un chef d’État ou de son conjoint, ou d’une personne exerçant les prérogatives de chef d’État, ainsi que de princes héritiers, des membres d’un gouvernement, de personnes ayant l’immunité diplomatique, de membres de corps constitutionnels, législatifs ou judiciaires, aura créé un danger commun, ou un état de terreur, de nature à provoquer soit un changement ou une entrave dans le fonctionnement des pouvoirs publics, soit un trouble dans les relations internationales.”  
DINAMARCA. *Actes de la Conférence ( 31 Août -3 Sep. 1935)*: VI<sup>e</sup> Conférence Internationale Pour L’Unification du Droit Pénal. Paris: Editions A. Pedone, 1938. (p.420).

ANEXO E – *Convention for the prevention and punishment of terrorism*, 16 de Novembro de 1937

“Article I. [...] 2. In the present Convention, the expression ‘acts of terrorism’ means criminal acts directed against a State and intended or calculated to create a state of terror in the minds of particular persons, or a group of persons or the general public.”

LIGA DAS NAÇÕES. *Convention for the prevention and punishment of terrorism*, 16 de Novembro de 1937.

ANEXO F – *Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo*, 1999

“ Artigo 2

1 [...] b) Qualquer outro ato com intenção de causar a morte de ou lesões corporais graves a um civil, ou a qualquer outra pessoa que não participe ativamente das hostilidades em situação de conflito armado, quando o propósito do referido ato, por sua natureza e contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir.”

ANEXO G – Anexo da A/RES/49/60, para. 1

“The States Members of the United Nations solemnly reaffirm their unequivocal condemnation of all acts, methods and practices of terrorism, as criminal and unjustifiable, wherever and by whomever committed, including those which jeopardize the friendly relations among States and peoples and threaten the territorial integrity and security of States.”

ANEXO H – *Repressão de Atentados Terroristas à Bomba*, 1997.

“Artigo 19º [...] 2. As atividades das forças armadas durante um conflito armado, tal como tais termos são entendidos pelo direito internacional humanitário, que sejam regidas por esse direito, não serão regidas pela presente Convenção; do mesmo modo, as atividades empreendidas por forças militares de um Estado no cumprimento das suas funções oficiais, na medida em que sejam regidas por outras regras do direito internacional, não serão regidas pela presente Convenção.”

ANEXO I – 18 U.S. Code § 2331 - Definitions

“As used in this chapter—

(1) the term “international terrorism” means activities that—

(A) involve violent acts or acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or of any State;

(B) appear to be intended—

(i) to intimidate or coerce a civilian population;

(ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or

(iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and

(C) occur primarily outside the territorial jurisdiction of the United States, or transcend national boundaries in terms of the means by which they are accomplished, the persons they appear intended to intimidate or coerce, or the locale in which their perpetrators operate or seek asylum.”