

DA APLICABILIDADE DO DIREITO DE LEGÍTIMA DEFESA PREVENTIVA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Ana Luiza Terumi Koga FUJIKI¹

RESUMO: O presente trabalho busca demonstrar os requisitos para o exercício do direito de legítima defesa no âmbito internacional, através do estudo do artigo 51 da Carta da ONU e do Caso Caroline. Haverá, também, um foco nas divergências doutrinárias quanto à existência ou não das modalidades de legítima defesa preventiva e preemptiva (esta última, trazida à tona pela Doutrina Bush em 2002), baseando-se na análise de casos concretos da Corte Internacional da Justiça e resoluções da Assembleia Geral e Conselho de Segurança.

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Organização das Nações Unidas. Legítima Defesa Preventiva. Doutrina Bush. Legítima Defesa Preemptiva.

1 INTRODUÇÃO

É notório que as atrocidades da Segunda Guerra Mundial comprovaram o fracasso da Liga das Nações e, conseqüentemente, evidenciaram a imprescindibilidade da criação de um novo órgão que garantisse, de modo efetivo, a paz e a segurança internacionais. Foi com este objetivo que a Carta das Nações Unidas foi elaborada e inicialmente assinada, em 1945, por 51 Estados.

O tratado deixa claro, especialmente através do preâmbulo e de seus primeiros artigos, que visa a tolerância entre Estados e que atos de agressão ou qualquer ruptura da paz serão reprimidos. O artigo 2(4) proíbe, expressamente, a ameaça ou uso de força entre Estados. A doutrina majoritária considera esta norma como a mais importante do século XX, uma vez que, a partir de então, a conduta de guerra foi tipificada, tornando-se um ato internacionalmente ilícito. O uso da força passa a ser admitido, assim, apenas em situações específicas ressalvadas pela Carta, como a legítima defesa.

A Organização das Nações Unidas conta hoje com 193 Estados-membros, que, supostamente, visam trabalhar em conjunto para o alcance de um

¹ Discente do 4º termo do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. analufujiki@outlook.com. Integrante dos Grupos de Direito Internacional Público e Privado da Toledo Prudente.

mundo em completa paz e harmonia. Entretanto, os conflitos políticos e econômicos entre Estados, naturalmente, continuam existindo, e é inegável que as relações internacionais se encontram incessantemente estremecidas.

Desde 1945, inúmeros confrontos armados foram objetos de discussões dentro da ONU; ressalta-se o ataque de 11 de setembro, que iniciou a guerra dos Estados Unidos contra o terrorismo. A partir deste episódio, intensificaram-se os debates quanto à viabilidade da ampliação do direito de legítima defesa, que possibilitaria a defesa antecipada dos Estados, tendo em vista tamanha potencialidade de destruição dos ataques armados.

2 DO DIREITO DE LEGÍTIMA DEFESA PROPRIAMENTE DITO

O direito de agir em legítima defesa propriamente dito, ou seja, o direito de poder atacar um Estado como reação a uma agressão sofrida, é uma hipótese excepcional em que a utilização da força é permitida pela Carta da ONU, que assim dispõe:

Artigo 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais (grifo nosso).

A Corte Internacional da Justiça (CIJ) também reconhece esta excludente, tendo admitido o uso de força em casos emblemáticos².

Além disso, o direito de valer-se de legítima defesa é considerado um costume internacional³. Ou seja, consiste em uma prática internacional reiterada e aceita como lei, já que os requisitos para o seu exercício foram definidos no famoso Caso Caroline (*"The Caroline Affair"*) há quase 200 anos e têm sido admitidos sem

² **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 136, para. 237.

³ SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 1131.

contestação pelos Estados. A análise da presença destes elementos nos casos concretos é comumente referida como *Caroline Test* ou *Caroline Doctrine*⁴, e será abordada no tópico seguinte.

Como se pode observar, há entendimento pacífico de que esse direito, conforme sua previsão literal no artigo 51, é inerente e fundamental. O Conselho de Segurança, por exemplo, na Resolução 1368, reconheceu, logo de início, o direito de legítima defesa dos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro⁵, indicando que a retaliação armada por parte do Estado seria justificada. Contudo, o direito de utilizar-se de legítima defesa contra ataques que ainda não ocorrem permanece em discussão internacionalmente.

2.1 Dos requisitos da legítima defesa no Direito Internacional

Como já foi mencionado previamente, a função da Organização das Nações Unidas é manter a paz e segurança internacionais e a relação amigável entre os Estados; por isso, o artigo 2(4) proíbe veemente qualquer tipo de ataque armado.

Neste diapasão, é obvio que as hipóteses em que o uso de força é permitido sejam, além de excepcionalíssimas, limitadas. Logo, para que seja reconhecida a legítima defesa, é necessário que estejam presentes determinados requisitos.

2.1.1 Origem histórica – o Caso Caroline (“*The Caroline Affair*”)

Durante uma rebelião que ocorria no Canadá, em 1837, um grupo de americanos armados invadiram uma ilha no Alto Canadá, chamada *Navy Island*,

⁴ DUHEM, Natasja. **The legitimacy of anticipatory self-defence in combating transnational terrorism**. 2013. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculteit Rechtsgelcerdheid Universiteit Gent, 2013, p. 16. Disponível em: <<https://lib.ugent.be/en/catalog/rug01:002060862>>. Acesso em 02 set. 18.

⁵ CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU (CS). **Resolução 1368**. Index: S/RES/1368, 12 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://unscr.com/en/resolutions/1368>>. Acesso em 02 set. 18

visando apoiar os rebeldes canadenses contra a soberania do governo britânico no local. Os dias seguiram com uma série de ataques e contra-ataques entre os aliados e as tropas britânicas.

No final de dezembro, o navio *Caroline* chegou à *Navy Island*, levando novos insurgentes e armamentos. Os britânicos se organizaram para realizar um ataque à embarcação, que acabou ocorrendo apenas quando ela já se encontrava de volta ao território americano e atingindo fatalmente os estadunidenses que estavam a bordo. Mais tarde, justificando-se aos Estados Unidos, as forças britânicas argumentaram que haviam agido sob a excludente de legítima defesa contra um ato supostamente iminente por parte do navio *Caroline*.

Em 1842, o Secretário do Estado americano, Daniel Webster, respondeu à alegação através de uma carta ao Ministro Especial britânico, Lord Ashburton, cujo conteúdo deu origem à Doutrina *Caroline* e deu base ao Princípio da Legítima Defesa no Direito Internacional. A carta declarava que:

“It will be for ... [Her Majesty's] Government to show a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation. It will be for it to show, also, that local authorities of Canada ...did nothing unreasonable or excessive; since the act justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it...”⁶

Desde então, consideram-se requisitos cumulativos da legítima defesa a proporcionalidade e necessidade, extraídos deste trecho da carta de Webster, que devem ser observados para constatar a legalidade do uso de força nas situações fáticas através do *Caroline Test*. Além do direito de legítima defesa em si, o próprio teste *Caroline* é reconhecido como costume internacional e, inclusive, foi validado pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁷.

⁶ “Será dever do governo [de Sua Excelência] demonstrar a necessidade de legítima defesa, iminente, inevitável, não sendo possível a escolha de outro meio, e não havendo tempo para deliberação. Será necessário também demonstrar que as autoridades locais do Canadá não agiram de maneira irracional ou excessiva; já que o ato justificado pela necessidade de legítima defesa deve ser limitado a essa necessidade e mantido claramente dentro deste limite (tradução nossa).”

⁷ MILIAUSKAS, Vaidas. **Whether international law allows preemptive use of military force?** 2011. 55 f. Tese (Mestrado em Direito) – Vytautas Magnus University – Kaunas, Lituânia, 2011, p. 20. Disponível em: <http://vddb.library.lt/fedora/get/LT-eLABa-0001:E.02~2011~D_20110622_172449-22004/DS.005.1.01.ETD>. Acesso em 02 set. 18. Ver também: **The Caroline case at The Avalon Project at Yale Law School**. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp>. Acesso em 02 set. 18

2.1.2 Necessidade

A princípio, para que o requisito esteja presente, é necessário que não haja outros meios de defesa, uma vez que a força deve ser utilizada apenas em *ultima ratio*. Caso houver o emprego de força quando ainda existirem outros meios menos extremos a serem esgotados, a excludente não poderá ser admitida e o ato será considerado ilícito.

Além disso, deve haver um alto nível de confiabilidade em relação à iminência da respectiva agressão e, por fim, é imprescindível que o propósito seja objetivo e vise apenas a neutralização da ameaça, devendo a ação ser interrompida assim que o inimigo for dominado e não tiver mais condições de continuar o conflito.⁸

2.1.2.1 Efeitos jurídicos dos atos unilaterais de Estados

Os atos unilaterais de Estados podem conter natureza vinculante, devido ao princípio da boa-fé. Em 1974, a CIJ considerou que as declarações realizadas pela França sobre a suspensão de seus testes nucleares no Oceano Pacífico produziam efeitos vinculantes, criando obrigações internacionais baseadas em confiança⁹.

Para a Corte, “[j]ust as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declarations”¹⁰.

No mesmo sentido, a CIJ se pronunciou em 1961: “as is generally the case in international law, places the principal emphasis on the intention of the parties, the

⁸ MILIAUSKAS, op cit, p. 21.

⁹ **Nuclear Tests Case (Australia v. France)**, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, para. 44-46. Ver também: **Nuclear Tests Case (New Zealand v. France)**, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457, para. 46-49.

¹⁰ “Assim como a própria norma do *pacta sunt servanda* no direito dos tratados é baseada em boa-fé, também será o caráter de uma obrigação internacional presumida por declarações internacionais. (tradução nossa)” (**Nuclear Tests (New Zealand v. France)**, loc. cit, p. 253, para. 49.)

law prescribes no particular form [to make declarations], parties are free to choose what form they please provided their intention clearly results from it."¹¹.

O efeito legal de qualquer declaração pública e oficial deve ser observado através do conteúdo, contexto e circunstâncias em que foi realizada¹². Assim apontou a Corte, também em 1974: *"It is from the actual substance of these statements and from the circumstances attending their making, that the legal implications of the unilateral act must be deduced"*.

Portanto, as declarações de um Estado ameaçando outro podem provar, para todos os efeitos, a iminência de um ataque, evidenciando, conseqüentemente, o preenchimento do requisito de *necessidade* da *Caroline Doctrine* para legitimar o uso de força preventivo.

2.1.3 Proporcionalidade

Este requisito possui dois aspectos¹³: o primeiro é o critério quantitativo, que mede a simetria entre o possível ataque e a defesa através das características da agressão, das armas utilizadas e da extensão dos danos causados; o segundo, por sua vez, é o critério qualitativo da ação, que impede a prolongação do ato por mais tempo e intensidade que o preciso, causando prejuízos desnecessários.

3 DA DIVERGÊNCIA QUANTO À EXISTÊNCIA DA LEGÍTIMA DEFESA PREVENTIVA

¹¹ "como ocorre geralmente no Direito Internacional, a ênfase principal é direcionada na intenção das partes, a lei não prevê uma forma específica [para realizar a declaração], partes são livres para escolher qual forma preferem, desde que através dela sua intenção fique clara (tradução nossa)". (**Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)**), Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1961, I.C.J. Reports 1961, p. 17.)

¹² "É a partir da verdadeira substância destas declarações e das circunstâncias que levam a sua realização, que as implicações legais do ato unilateral serão deduzidas (tradução nossa)". (**Nuclear Tests (New Zealand v. France)**), op. cit., p. 78, para. 53).

¹³ MILIAUSKAS, op. cit., p. 21

A possibilidade de justificar o uso de força sem a preexistência de um ataque armado através da legítima defesa preventiva ou antecipatória sempre foi um assunto muito controverso e, até o momento, a doutrina ainda não chegou a um consenso.

Os que se opõem a esta modalidade da excludente interpretam o artigo 51 de modo gramatical, distinguindo requisitos cumulativos para que o uso da força seja autorizado, além daqueles definidos pela *Caroline Doctrine*. São estes: ocorrência de um ataque armado contra um Estado-membro da ONU; comunicação imediata dos atos de defesa ao Conselho de Segurança; respeito à autoridade do Conselho de Segurança no tocante às medidas necessárias para estabelecer a paz e segurança internacional.

Esta corrente atribui importância especial ao primeiro requisito. A expressão “ataque armado”, consoante ao entendimento da CIJ nos casos *Oil Platforms* e *Military and Paramilitary Activities in Nicaragua*, seria definida pelo uso intencional de força militar em um determinado grau de intensidade contra o território, forças armadas ou embaixadas de um Estado, desde que, sem o consentimento deste¹⁴.

Portanto, segundo esta posição, a legítima defesa antecipatória não seria possível, visto que a Carta só permitiria o uso da força se – e apenas se – já houver ocorrido um ataque armado¹⁵, devendo ser uma medida retaliativa e nunca preventiva. Por este ponto de vista, é possível argumentar que a existência desta discriminante de grande abrangência nas situações fáticas criaria precedentes extremamente perigosos para o cenário internacional, impulsionando a invocação desenfreada deste direito. Assim, os Estados agiriam com menos precaução, não hesitando tanto para realizar o primeiro ataque, visto que poderiam contar com a alegação do direito de legítima defesa antecipatória.

Em contrapartida, os defensores da ampliação deste direito interpretam o artigo supramencionado de maneira extensiva, divergindo quanto ao primeiro requisito do artigo 51. A justificativa é que a interpretação literal da primeira parte – “(...) no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas” – seria inadmissível, uma vez que resultaria em duas conclusões absurdas: Estados-

¹⁴ ARMSTRONG, David. **Routledge Handbook of International Law**. 1. ed. New York: Routledge, 2009, p. 202.

¹⁵ MALANCZUK, Peter. **Akehurst's Modern Introduction to International Law**. 2. ed. New York: Routledge, 1997, p. 311.

membros não poderiam se defender se os ataques não fossem armados, enquanto os não-membros não teriam o direito de se defender ou serem defendidos em hipótese alguma.

Assim sendo, esta corrente doutrinária amplia o sentido deste requisito, partindo da lógica de que um Estado, sendo este membro da ONU ou não, não pode ser obrigado a permanecer inerte, esperando por um ataque que atingiria e, potencialmente, destruiria seu território e população.¹⁶ Logo, reconhece a legítima defesa antecipatória, contanto que a situação fática esteja conforme a *Caroline Doctrine* e que preencha os requisitos da Carta que versam sobre a comunicação e respeito ao Conselho de Segurança.

3.1 Da legítima defesa preventiva em casos concretos

Em 1967, o Estado de Israel executou um ataque contra o Egito, alegando que havia evidências claras de uma futura agressão por parte deste. Os fatos foram analisados na respectiva reunião da Assembleia Geral, e a proposta de resolução para condenar Israel foi negada (71 votos contra, 27 abstenções e apenas 21 a favor)¹⁷.

Os membros entenderam que o ataque de Israel era, de fato, iminente, tornando a reação de Israel *necessária*¹⁸, e que a defesa havia sido realizada *proporcionalmente*, configurando, assim, legítima defesa antecipatória, de acordo com o *Caroline Test*.

Diversamente, o Conselho de Segurança, em sua 2288ª reunião, decidiu que o ataque de Israel contra o *Osirak*, um reator do Iraque, não preencheu os critérios do *Caroline Test* pois, apesar de se tratar de força nuclear, não havia ataque iminente.

Os membros do CS reconhecem o direito alienável dos Estados, principalmente daqueles emergentes, de desenvolverem programas nucleares

¹⁶ MILIAUSKAS, op. cit., p. 24.

¹⁷ GAZZINI, Tarcisio. TSAGOURIAS, Nicholas. **The use of force in International Law**. 1 ed. New York: Routledge, 2016, p. 14.

¹⁸ GREENWOOD, C. **International law and pre-emptive use of force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq**. San Diego International Law Journal, no 4, 2003, p. 14.

tecnológicos para impulsionarem sua economia, com fins pacíficos e de acordo com a Carta da ONU. Foi constatado que o *Osirak* visava apenas a obtenção de energia e outros recursos, sendo compatível com este direito; portanto, o uso de força por parte de Israel foi condenado unanimemente através da Resolução 487¹⁹, com base no artigo 2(4) da Carta da ONU, e foram conferidos direitos de reparação ao Iraque pela destruição sofrida.

4 DA LEGÍTIMA DEFESA PREEMPTIVA NA DOCTRINA BUSH

Em decorrência do ataque de 11 de setembro de 2001, o Presidente George Bush articulou, no ano seguinte, o Conceito Estratégico de Segurança Nacional dos Estados Unidos (*“US National Security Strategy”*), que ficou conhecido como a *“Doutrina Bush”*²⁰. Nesta, o Presidente arguiu que os Estados Unidos possuíam direito de legítima defesa *preemptiva* contra as ameaças terroristas, gerando grandes controvérsias.

Isso porque, apesar de ser uma modalidade de legítima defesa em que a reação ocorre antes da ação assim como na preventiva, o Presidente ampliou demasiadamente o requisito de necessidade. A legítima defesa *preemptiva* justificaria o uso de força mesmo quando não houvesse certeza sobre o momento e o local do ataque²¹.

Logicamente, a doutrina Bush foi muito criticada, sendo considerada uma política puramente agressiva²² e nada defensiva que vai de encontro com o Artigo 2(4) da Carta da ONU.

Além disso, a interpretação de legítima defesa *preemptiva* como uma modalidade da legítima defesa do artigo 51 é completamente inadmissível. Isso

¹⁹ CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU (CS). **Resolução 487**. Index: S/RES/487, 19 de junho de 1981. Disponível em: <<http://unscr.com/en/resolutions/487>>. Acesso em: 02 set. 18

²⁰ **The National Security Strategy of the United States of America (September 2002)**. Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>>. Acesso em 02 set. 18.

²¹ SILVA, José Roberto Eguchi da. **O uso da força nas relações internacionais e a intervenção no Iraque de 2003**. 2015. 45 f. Dissertação (Mestrado em Direito Geral) – Universidade Católica Portuguesa, 2015, p. 41. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.14/20440>>. Acesso em 02 set. 18.

²² GIDEON, Boas. **Public International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 335.

tornaria a perempção um direito inerente a todos os Estados, permitindo que todos pudessem atacar quase sem limitações, o que desestabilizaria gravemente o sistema internacional²³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao cenário internacional atual, o cuidado com os ataques armados deve ser redobrado, tendo em vista o rápido avanço científico e tecnológico dos arsenais, principalmente das potências mundiais.

Entretanto, em que pese à necessidade de observância rígida destas relações interestatais, há de se levar em conta também que, justamente devido ao potencial destrutivo das armas modernas, aos Estados devem ser concedidos o direito de evitar que seu território e população sejam totalmente devastados; portanto, nas situações excepcionalíssimas em que os requisitos forem preenchidos, a legítima defesa preventiva deve ser considerada como aplicável.

Por isso, é preciso haver a devida punição dos Estados que não cumprirem com as regras de utilização da legítima defesa. O Conselho de Segurança deve ser extremamente minucioso quando da análise do preenchimento dos requisitos determinados tanto pelo Caso Caroline quanto pelo artigo 51 da Carta da ONU. A Corte Internacional da Justiça, por sua vez, também deve ser inflexível no julgamento daqueles que não os preencherem, para assim, criarem precedentes que colaborem com o surgimento de um *opinio iuris* entre os Estados, que agirão de maneira mais consciente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMSTRONG, David. **Routledge Handbook of International Law**. 1 ed. New York: Routledge, 2009.

²³ ORFORD, Anne. **International law and its others**. New York: Cambridge University press, 2006, p. 390

Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1961, I.C.J. Reports 1961.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU, 1945.

CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU (CS). **Resolução 487**. Index: S/RES/487, 19 de junho de 1981. Disponível em: <<http://unscr.com/en/resolutions/487>>.

CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU (CS). **Resolução 1368**. Index: S/RES/1368, 12 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://unscr.com/en/resolutions/1368>>.

DUHEM, Natasja. **The legitimacy of anticipatory self-defence in combating transnational terrorism**. 2013. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculteit Rechtsgeleerdheid Universiteit Gent, 2013. Disponível em: <<https://lib.ugent.be/en/catalog/rug01:002060862>>.

GAZZINI, Tarcisio. TSAGOURIAS, Nicholas. **The use of force in International Law**. 1 ed. New York: Routledge, 2016.

GIDEON, Boas. **Public International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012.

GREENWOOD, C. **International law and pre-emptive use of force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq**. San Diego International Law Journal, no 4, 2003, p. 14.

MALANCZUK, Peter. **Akehurst's Modern Introduction to International Law**. 2 ed. New York: Routledge, 1997.

MILIAUSKAS, Vaidas. **Whether international law allows preemptive use of military force?** 2011. Tese (Mestrado em Direito) – Vytautas Magnus University – Kaunas, Lituânia, 2011, p. 20. Disponível em: <http://vddb.library.lt/fedora/get/LT-eLABa-0001:E.02~2011~D_20110622_172449-2004/DS.005.1.01.ETD>.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986.

Nuclear Tests Case (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974.

Nuclear Tests Case (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974.

ORFORD, Anne. **International law and its others**. New York: Cambridge University press, 2006.

SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

SILVA, José Roberto Eguchi da. **O uso da força nas relações internacionais e a intervenção no Iraque de 2003**. 2015. 45 f. Dissertação (Mestrado em Direito Geral) – Universidade Católica Portuguesa, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.14/20440>>.

The Caroline case at The Avalon Project at Yale Law School. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp>.

The National Security Strategy of the United States of America (September 2002). Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>>.