



Dois pesos, duas medidas: a aplicação da necessidade e da proporcionalidade no *jus ad bellum*.

Double standards: the applicability of necessity and proportionality to the jus ad bellum.

Julia Macedo^{*}

Marinês Assmann^{**}

REFERÊNCIA

MACEDO, Julia; ASSMANN, Marinês. Dois pesos, duas medidas: a aplicação da necessidade e da proporcionalidade no ius ad bellum. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 41, p. 165-192, dez. 2019. DOI: < <https://doi.org/10.22456/0104-6594.84617>>.

RESUMO

Estabelecido no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, o direito à legítima defesa não é absoluto, devendo o Estado-vítima de ataque armado respeitar os requisitos pré-determinados pela estrutura legal internacional. Os princípios da necessidade e proporcionalidade da defesa exercem função primordial nesse sentido, uma vez que, segundo o direito costumeiro internacional, o Estado deve conformar sua conduta a eles. O presente trabalho tem por objetivo estabelecer o atual estado da arte no que respeita à necessidade e à proporcionalidade, como limitadoras do direito à legítima defesa no direito internacional público. Os mencionados princípios, apesar de bem consolidados e de fazerem parte do direito consuetudinário internacional, não têm seus contornos bem delimitados, causando discordâncias entre a prática estatal e a doutrina.

PALAVRAS-CHAVE

Direito internacional público. Legítima defesa. Necessidade. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The right to self-defense, established in the article 51 of the Charter of the United Nations, is not absolute, and the State victimized by an armed attack must comply with the requirements determined by the international legal framework. In this sense, the principles of necessity and proportionality of the defense play a primary role since, according to customary international law, the State must shape its conduct to these principles. The present work aims to outline the current state of the art of necessity and proportionality as limits to the right to self-defense in public international law. These principles, although well-established and part of international customary law, do not have their boundaries well-defined, causing disagreements between State practices and doctrine.

KEYWORDS

Public international law. Self-defense. Necessity. Proportionality.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O uso da força. 2.1. A legítima defesa. 2.2 O ataque armado. 3. Necessidade e proporcionalidade. 3.1. Acumulação de eventos 3.2 Aspectos temporais. 3.3. Legítima defesa como último recurso. 3.4 Aspecto geográfico. 4. Conclusão. Referências. Dados da publicação.

^{*} Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestranda em Direito Humanitário e Direitos Humanos pela Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights.

^{**} Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direitos Humanos pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre.





1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a lançar um olhar sobre os pressupostos da proporcionalidade e necessidade no tocante à legítima defesa na seara do direito internacional público. A temática é especialmente relevante diante dos múltiplos incidentes transfronteiriços e conflitos internacionais verificados desde 1945, ano em que a Carta das Nações Unidas (ONU) estabeleceu a atual conformação legal proibitiva do uso da força no direito internacional.

Muito se questiona a efetividade do direito internacional no que diz respeito à contenção de conflitos internacionais. “O problema da paz é o ponto em que o direito internacional é colocado à prova, tanto em suas instituições quanto em sua capacidade de apresentar meios para a solução do conflito” (TEIXEIRA, 2011, p. 164).

Isso posto, este trabalho também se debruça, incidentalmente, sob o tema dos conflitos armados¹. O uso da força e a legítima defesa no direito internacional têm sido temas recorrentes em discursos de estadistas e a temática se torna crucial à medida que tensões políticas se acentuam em diversos locais do globo.

Quando um Estado sofre um ataque armado, o direito de legítima defesa lhe é garantido pelo direito internacional. Contudo, esse direito não é absoluto ou irrestrito. Para que seja legítima, a reação do Estado-vítima deve estar de acordo com os princípios da necessidade e da proporcionalidade, requisitos pré-estabelecidos pelo direito costumeiro internacional.

Ademais, é importante notar que os conceitos mencionados são interdependentes, de modo que se determinada ação não é necessária, ela também não será proporcional. Do mesmo modo, se a ação for desproporcional, dificilmente poderá ser reputada necessária (GRAY, 2008).

A primeira seção deste artigo tem como objetivo traçar um panorama geral sobre a proibição do uso da força e suas tradicionais exceções², a saber, a autorização pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas e a legítima defesa propriamente dita. Versa também sobre

¹ O presente artigo, contudo, não se aprofundará em discussões referentes ao direito internacional humanitário em geral, nem na legalidade de ataques durante um conflito armado, visto que é um tema específico desse ramo do direito.

² Importante ressaltar a relevante discussão sobre a legalidade de intervenções humanitárias, para proteção de nacionais no exterior e com o consentimento do outro Estado.





questões essenciais em se tratando de legítima defesa, tais como a atual sistemática do uso da força e o pressuposto de ataque armado para suscitar o mencionado direito.

A segunda seção aborda os princípios da necessidade e da proporcionalidade, conceitos irmãos e que visam conferir limites à defesa que, assim, mantêm-se dentro do agir legítimo; são componentes da membrana balizadora da reação do Estado atacado. Apesar de estarem intimamente conectados, a Corte Internacional de Justiça (ICJ) os aplica separadamente. Serão examinados casos julgados pela Corte Internacional de Justiça, doutrina nacional e internacional, além da *opinio iuris* e da prática estatal. Essa última tem especial importância no estudo em tela, pois a casuística demonstra que situações semelhantes geram interpretações muito diversas pelos Estados.

Assim, o que é considerado necessário e proporcional em uma dada situação, pode não o ser em outra. Por serem critérios essenciais para a análise da legalidade de ações armadas, o delinear acadêmico da necessidade e da proporcionalidade torna-se relevante. Além disso, atualmente, no ordenamento jurídico internacional, há apenas esboços de seus significados, em vez de conceitos bem determinados e utilizados de modo uniforme pelos agentes estatais.

2 O USO DA FORÇA

O *jus ad bellum* moderno – estrutura legal que governa o recurso à força no direito internacional – é um milagre diplomático, fruto de um esforço conjunto entre as nações em 1945, numa atmosfera de receio de que as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial se repetissem. A expressão faz referência às condições que devem ser observadas pelos Estados, quando do seu recurso à força, e foi utilizada pela primeira vez durante a Liga das Nações; seu uso, todavia, tornou-se recorrente pela doutrina apenas após os anos 1940 (KOLB, 1997).

Consagrado atualmente pela Carta das Nações Unidas, o *jus ad bellum* busca limitar o direito dos Estados de iniciarem conflitos armados³. A Carta, nesse sentido, é o ponto de partida para todo e qualquer debate sobre o uso da força (KALSHOVEN; ZEGVELD, 2011;

³ Na época em que a Carta foi escrita, ataques armados de um Estado contra o outro eram a maior ameaça à paz e à segurança internacional (CHINKIN, KALDOR, 2017). Atualmente, no entanto, outras formas de ameaça se colocam no âmbito internacional. Dentre elas, pode-se destacar, a expansão de atores não-estatais armados, como milícias, grupos terroristas e movimentos de libertação nacional. Trazidos para a arena internacional principalmente pelo 11 de Setembro de 2001, grupos paramilitares desvinculados de um território específico são uma nova ameaça a ser estudada sob o olhar do *jus ad bellum*. O presente artigo, contudo, não se estenderá nessa seara.





SIMMA *et al.*, 2012). Não obstante, a proibição do uso da força não se limita à Carta. O direito internacional, seja por meio de tratados, seja costumeiramente, seja em seus princípios, é, por excelência, um construto que visa impedir a guerra (O'CONNELL, 2012).

O artigo 2(4) da Carta da ONU é o cerne da proibição do recurso à força, e merece transcrição: “Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Essa disposição é reputada atualmente como parte do direito consuetudinário e vincula todos os membros da comunidade internacional, sendo eles signatários ou não da Carta das Nações Unidas (SHAW, 2010). A Carta da ONU determina que todos os países se abstenham de ameaça ou uso da força e que o objetivo de empregar a expressão genérica “uso da força” é de ampliar a proibição da guerra, passando a incluir os conflitos armados não declarados (BYERS, 2007).

2.1 A legítima defesa

A própria Carta permite a utilização da força, excepcionalmente, em duas situações: quando autorizada pelo Conselho de Segurança ou em legítima defesa. Importante referir que o Conselho de Segurança é o órgão das Nações Unidas responsável pela manutenção da paz e da segurança internacional, e suas atribuições, quanto à autorização do uso da força, estão dispostas no capítulo VII da Carta (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Os redatores da Carta não eram ingênuos e que, sabedores de que o Conselho de Segurança jamais poderia reagir prontamente a todo ato de agressão, previram uma exceção no caso de força utilizada em legítima defesa (BYERS, 2007). A legítima defesa, segunda hipótese de possibilidade de uso legal da força, está prevista no artigo 51, ao final do capítulo VII da Carta das Nações Unidas:

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 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Desse dispositivo podem-se extrair três requisitos para suscitar o direito de legítima defesa: reputam-se necessárias, a saber, a existência de um ataque armado, o informe imediato do Estado-vítima ao Conselho de Segurança e a interrupção da legítima defesa assim que o Conselho de Segurança agir. Contudo, como se analisará posteriormente, esses não são os únicos pressupostos a serem preenchidos para que o argumento da legítima defesa seja válido.

2.2 O ataque armado

Como mencionado, o artigo 51 da Carta da ONU dispõe que um ataque armado precedente à defesa é requisito para suscitar a legalidade e a legitimidade da mesma. Apesar de atualmente a doutrina discutir a emergência de uma norma costumeira no que tange ao direito à legítima defesa preventiva, (ou seja, anterior à ocorrência de ataque) o texto da Carta ainda é considerado predominante e fundamental para a determinação da exigência ou não de ataque armado⁴.

Importante salientar que o artigo 51 não define o que seja ataque armado, advertindo Gray sobre a imperatividade de estabelecer rigorosamente os limites de tal conceito, para que políticos e chefes de governo não o subvertam a seu bel-prazer, transformando a legítima defesa em instrumento fomentador de conflitos e guerras de interesses (GRAY, 2007). Para outros autores, contudo, o referido artigo não é conciliável com a vida real, pois não se poderia esperar que um Estado aguardasse ser atacado para então se defender. Estados de pequena extensão territorial poderiam ser destruídos com um só ataque, principalmente em se tratando de armamento nuclear, cujas consequências seriam tão nefastas que o Estado não

⁴ Em relação ao direito internacional contemporâneo e vigente, notadamente positivo, como apresentado na Carta das Nações Unidas, as ações preventivas podem ser consideradas legais ou ilegais. Não se verifica consenso para responder essa questão, e pode-se dizer que há três opiniões principais: (i) pela carta da ONU as ações preventivas são ilegais, (ii) pela carta da ONU as ações preventivas são legais, (iii) as ações preventivas são ilegais, salvo se aprovadas pelo Conselho de Segurança da ONU. Em relação ao debate, a doutrina tem entendimentos antagônicos quando se fala na “pedra de toque” entre a guerra preventiva e a legítima defesa no enquadramento da segurança da ONU. As possíveis respostas, mesmo que divergentes, decorrem da interpretação do artigo 51 da Carta da ONU. Para aqueles que negam que a guerra preventiva seja legal, o argumento é que o artigo 51 explicita que a legítima defesa só pode ocorrer após um Estado sofrer um ataque armado. Portanto, a legítima defesa representaria um contra-ataque. Já os que defendem a legalidade do uso preventivo da força, por ser uma modalidade de legítima defesa, argumentam que um Estado não precisa sofrer um ataque armado para poder agir antecipadamente em legítima defesa, porque se assim fosse, o exercício desse direito seria condicionado ao *timing* do agressor. Outro argumento também é de que em se tratando de armas de destruição em massa, a vítima poderá ser tão severamente agredida que talvez seja impossível realizar sua legítima defesa por um contra-ataque (GRAY, 2007).





teria sequer a chance de se defender. Se interpretada restritivamente, a Carta, então, estaria negando o direito de legítima defesa a esses Estados (FRANK, 1990).

A dificuldade é que nada na Carta das Nações Unidas ou nos seus trabalhos preparatórios indica o que os Estados entendiam por ataque armado em 1945. A indefinição conceitual resulta em diversos problemas no que diz respeito, por exemplo, a eventuais incursões esporádicas transfronteiriças de um Estado, ou ainda à possibilidade de cumulação de eventos na configuração do que se entende por ataque armado, entre outros. O que é internacionalmente aceito nessa seara é que ataque armado é um ataque cometido por um Estado contra o outro, de certa gravidade e magnitude (GARDAM, 2004). Naturalmente, tal definição não é suficiente para que se tenha uma certeza jurídica em relação aos atos de violência cometidos pelos Estados no âmbito internacional.

A Corte Internacional de Justiça (1986) tampouco se manifestou claramente sobre a questão. No Caso das Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, julgado em 1986, a Corte Internacional de Justiça declarou haver concordância da comunidade internacional sobre a definição de ataque armado. A Corte não esclareceu o que estaria contido nessa definição ou qual o significado desse conceito, perdendo a oportunidade de se posicionar sobre o debate, situação que perdura desde a promulgação da Carta.

Além disso, atualmente se questiona sobre a ocorrência de ataque armado em situações de irrefutável presença militar no território do Estado-vítima, sem o emprego direto do uso da força. Um exemplo de situação dessa natureza ocorreu na Criméia em 2014. No final dos anos 1990, quando do Tratado de Repartição sobre o Status e Condições da Frota do Mar Negro, assinado pela Rússia e pela Ucrânia, a última concordou com a legalidade da presença de tropas russas no território ucraniano. Para isso, contudo, alguns requisitos deveriam ser cumpridos pela Rússia, dentre os quais se destaca a proibição de grande movimentação das tropas e de aumento do número de soldados sem consulta prévia ao governo ucraniano. A Rússia, todavia, não cumpriu com as condições impostas pelo tratado (CHINKIN, KALDOR, 2017; PHIPPS, QUINN, 2014).

Nesse caso, se a permanência russa em território ucraniano não constituísse ataque armado, a Ucrânia não poderia utilizar a força para proteger seu território. Poder-se-ia argumentar que a situação violaria o artigo 2(4) da Carta da ONU, uma vez que se interpretasse a presença russa como uso da força. Contudo, apesar de contrária à Carta, nem toda manifestação de força permite que o Estado atacado sustente seu direito à legítima defesa, porque, segundo a Corte Internacional de Justiça (1986, p. 101), “formas menos





graves de uso da força podem não ser consideradas como ataque armado”⁵. A questão permanece incerta e a doutrina se divide quanto à situação na Criméia (GRANT, 2015).

O direito costumeiro internacional preconiza que, quando da legítima defesa, os atos exercidos pelo Estado devem ser necessários e proporcionais. Uma vez invocada a legítima defesa por parte de um Estado, faz-se imperativo, perante o direito internacional, que este respeite os princípios de necessidade e de proporcionalidade, quando da resposta ao alegado ataque armado (REDSSELL, 2007; GARDAM, 2004). Apesar de não estarem expressos na Carta das Nações Unidas, estes princípios são tidos como componentes essenciais para a legalidade da defesa, independentemente da doutrina seguida.

3 NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE

Os princípios da necessidade e da proporcionalidade foram expressos pela primeira vez durante as negociações relacionadas ao Incidente *Caroline*, em 1837. Tripulado por atores privados canadenses e americanos, o navio *Caroline* foi alvo de ataque britânico em território americano, no contexto de movimentações pela independência do Canadá, e tinha como objetivo assistir aos rebeldes canadenses. Após o ataque e o sucedâneo naufrágio, o secretário de Estado americano da época, Daniel Webster, exigiu do governo britânico que mostrasse que suas ações foram inspiradas pela necessidade de legítima defesa, ou seja, iminente e irresistível, deixando nenhuma escolha de meios e nenhum momento para deliberação (ROGOFF; COLLINS JR., 1990).

Os mencionados princípios, suscitados no Incidente *Caroline*, devem ser analisados sob o prisma do século XIX, pois na época não havia limites para o uso da força pelos Estados. Ao serem examinados atualmente, deve-se vislumbrá-los sob a ótica do sistema de proteção da Carta das Nações Unidas, cujo objetivo é a manutenção da paz na ordem mundial via proibição ao recurso à força (GARDAM, 2004; DINSTEIN, 2001).

As diversas referências às noções de irresistibilidade, iminência e necessidade durante as negociações entre o governo americano e britânico evidenciam a emergência, em meados do século XIX, de requisitos para a legalidade de uma defesa. Aprimoradas pelos internacionalistas durante décadas e, transportadas para o século XXI, as formulações de Webster atualmente fazem parte do direito consuetudinário internacional, sendo imperativas para todos os Estados que compõem a ordem mundial contemporânea. Alguns doutrinadores

⁵ “[...] *less grave forms of the use of force may not be considered as an armed attack.*” (tradução nossa).





entendem o *Caso Caroline* como mero antecedente à moderna doutrina sobre o uso da força, e sem relevância maior, contudo pode-se dizer que Webster foi precursor em tentar dar significado à ideia de necessidade (SOFAER, 2003).

Esse debate é importante, visto que o direito internacional é um ramo do direito em que a política tem papel proeminente. Nesse sentido, é oportuno estabelecer consensos mínimos sobre os critérios envolvidos na aplicação da necessidade e da proporcionalidade, para que a comunidade internacional tenha um norte quando da aferição de uma alegada legítima defesa.

Partindo da fórmula usada por Webster no Incidente *Caroline*, de que a legítima defesa deve ser irresistível (*overwhelming*), poder-se-ia supor que o ataque devesse colocar em jogo a sobrevivência do Estado, ou ao menos seus interesses vitais. A Corte Internacional de Justiça se pronunciou, na opinião consultiva *Nuclear Tests*, no sentido de que os Estados têm o direito de sobrevivência e que, para assegurá-lo, poderiam recorrer à legítima defesa – vale dizer que um ataque danoso ao Estado, mas que não ameace sua sobrevivência, não seria passível de defesa (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1974).

Green (2009), contudo, entende que não se deve analisar a posição da Corte em relação ao assunto examinando somente o caso *Nuclear Tests*. Ele afirma que em outros momentos, como quando do julgamento dos casos Plataformas de Óleo (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2003) e Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1986), nada sugere que o posicionamento da Corte seja tão restrito.

Em relação à prática estatal e à *opinio iuris*, pode-se trazer à baila a Guerra das Malvinas, conflito ocorrido no início dos anos 1980 entre Reino Unido e Argentina, pelo controle das Ilhas Malvinas, colonizadas pelo Reino Unido desde o século XIX e cuja posição estratégica interessava aos ingleses. Sob o governo do presidente Leopoldo Galtieri, a Argentina tomou a capital do arquipélago, reivindicando seu direito de legítima defesa, postulando como seu território, devido ao antigo domínio espanhol nas ilhas. O contra-ataque britânico igualmente se baseou em argumentos de legítima defesa, pois a Argentina teria invadido território que lhe pertencia. Durante o conflito, por exemplo, a resposta britânica foi largamente apoiada pela comunidade internacional, tendo sido considerada como um exercício de legítima defesa. Não obstante, não se pode afirmar com convicção que a ocupação argentina atentasse contra a sobrevivência do Estado inglês (GREEN, 2009).





Os requisitos de necessidade e proporcionalidade na legítima defesa já foram mencionados, mesmo que de forma vaga, pela Corte Internacional de Justiça no Caso das Plataformas de Óleo (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2003), na Opinião Consultiva sobre a Ameaça e Uso de Armas Nucleares (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1996) e nos casos das Atividades Armadas no Território do Congo (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2005) e nas Atividades Militares e Paramilitares em e contra a Nicarágua (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1986). No caso Nicarágua, a Corte se pronunciou no sentido de que “existe uma regra específica segundo a qual a legítima defesa autoriza apenas medidas que são proporcionais ao ataque armado e necessárias para respondê-lo, uma regra do direito costumeiro internacional”⁶ (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1986, p. 94).

O último caso refere-se à legalidade da ação estadunidense no território da República da Nicarágua, que em 1984 iniciou um procedimento perante a Corte Internacional para solucionar a questão. A requerente alegou que os Estados Unidos haviam violado sua soberania, pois teriam intervindo direta e indiretamente no território nicaraguense, usando da força contra seu território, minando os portos nicaraguenses e promovendo incursões aéreas sobre o país, além de financiarem os *Contra*, milícias opositoras ao governo. Em defesa, os Estados Unidos afirmaram que suas ações se enquadravam como legítima defesa coletiva, sendo respostas, de modo indireto, ao uso da força por parte da Nicarágua em El Salvador e, diretamente, em Honduras e na Costa Rica⁷ (DIXON; MACCORQUODALE; WILLIAMS, 2016).

Nessa oportunidade, a Corte Internacional de Justiça (1986) examinou as temáticas da necessidade e proporcionalidade perifericamente, pois concluiu que a defesa norte-americana era ilegítima por outras razões. Os princípios da necessidade e proporcionalidade foram utilizados apenas para confirmar a conclusão anterior, ou seja, a Corte adotou um motivo adicional para declarar a ilegalidade da reação estadunidense (GREEN, 2009).

⁶ “[...] *there is a specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law* [...]” (tradução nossa).

⁷ A situação que deu causa à lide iniciou-se em 1979, no contexto da Guerra Fria, quando o governo sandinista derrubou o presidente Anastasio Somoza e assumiu o poder na Nicarágua. Constituído pela antiga Guarda Nacional e apoiadores do antigo governo, os *Contras* eram um grupo militar irregular que se insurgiu contra o regime sandinista. A partir do início dos anos 1980, as relações entre Estados Unidos e o novo governo sandinista, agora mais de esquerda, foram sendo abaladas, período em que os Estados Unidos começaram a financiar os *Contras*, intervindo na região.





Da mesma forma, a Corte enfrentou subsidiariamente a temática no Caso das Plataformas de Óleo⁸ e, no mérito, condenou a alegada defesa americana, baseando-se no argumento de que os Estados Unidos não conseguiram provar que o Irã havia sido responsável por um ataque armado. Em seguida, e de forma suplementar, responsabilizou os Estados Unidos por haverem ultrapassado os limites impostos pela necessidade e pela proporcionalidade. Assim, decidiu a Corte que as medidas reativas não eram essenciais para a proteção dos interesses e das garantias em termos de segurança americana (GRAY, 2008; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2003).

Apesar de a questão já ter sido abordada nesses e em outros casos na Corte, em nenhum deles ela se pronunciou de maneira precisa em relação aos elementos que compõem esses princípios (GREEN, 2009). Segundo Gray (2008), é bastante lógica essa abordagem marginal da temática dos referidos princípios, utilizada pela Corte Internacional de Justiça, pois, segundo o colegiado, o requisito essencial para a legítima defesa, antes de tudo, é a ocorrência de ataque armado, consagrado pelo artigo 51 da Carta das Nações Unidas.

Apesar da reticência da Corte, necessidade e proporcionalidade são cotidianamente suscitadas na esfera política internacional, e, segundo a referida autora, em termos de prática estatal e de *opinio iuris*, são os únicos fatores a serem considerados para a decisão avaliadora de uma defesa como legítima ou não. Nesse sentido, a concordância dos Estados para com as exigências de necessidade e proporcionalidade lhes traz benefícios, pois, quando há reivindicações de legítima defesa na esfera internacional, eles podem se posicionar apenas considerando se a ação foi necessária e proporcional. A vantagem é que os governos não precisam entrar em discussões sobre assuntos controversos relativos ao uso da força, como sobre a legalidade da defesa preventiva ou da intervenção humanitária. Da mesma forma, o Conselho de Segurança vem evitando esses assuntos, limitando os debates aos mencionados requisitos de uma defesa alegadamente legítima (GRAY, 2008).

Esses princípios podem ser manipulados para atribuírem suposta legalidade a ataques armados. Nesses casos, o objetivo não é o de defesa, mas sim o de represália ou o de concretização de interesses políticos e econômicos em região tida como estratégica. Todavia, a distinção pela Carta entre represália e legítima defesa se mostra difícil, e uma grande discrepância existe entre a teoria e a prática de fato. Essa discrepância ocorre principalmente

⁸ O Irã iniciou procedimento contencioso contra os Estados Unidos perante a Corte Internacional de Justiça, alegando que estes haviam ilegalmente destruído plataformas de óleo iranianas. Os Estados Unidos alegaram que suas ações foram em legítima defesa, pois o Irã supostamente teria atacado um navio comercial americano.





no que diz respeito a respostas de países atacados por ações terroristas patrocinadas por outros Estados (GARDAM, 2004).

Cabe esclarecer que a doutrina é uníssona a respeito de que, relativamente à necessidade e à proporcionalidade, a legítima defesa não se coaduna com a ação punitiva ou retaliatória. Pelo contrário, seu objetivo deve ser o de apenas conter e repelir o ataque sofrido. (GRAY, 2008). Atos de retaliação já foram condenados em diversos momentos, não só por doutrinadores do direito internacional, mas também, pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança, como a Resolução 2625/1970⁹ e a Resolução 188/1964¹⁰, documentos emitidos respectivamente pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (1964, 1970).

Apesar da unanimidade doutrinária sobre a temática acima, em outros aspectos percebe-se um maior dissenso entre os internacionalistas, e uma das principais questões que divide a doutrina é a de saber a que exatamente o ataque deve ser proporcional, em outras palavras, quais são os fatores envolvidos na equação da proporcionalidade.

Autores que utilizam a abordagem quantitativa, ou “olho por olho”, entendem que a defesa deve ser proporcional à gravidade do ataque sofrido. Fatores a serem considerados nesse *approach* são o número de perdas humanas, o dano causado e o armamento utilizado. Rejeita-se, todavia, uma interpretação rígida no sentido de permitir a defesa somente com a utilização do mesmo tipo de armamento usado no ataque (RUYS, 2010). Para os autores que defendem essa abordagem, a força utilizada por um determinado Estado como contramedida deve ser proporcional àquela usada contra ele (KRETZMER, 2013).

Em 1970, o Comitê sobre a Questão da Definição de Agressão da Assembleia Geral das Nações Unidas discutiu o princípio da proporcionalidade no que tange à legítima defesa. A maioria dos Estados se opôs à abordagem quantitativa por entender que esta restringiria demasiadamente as possibilidades de defesa, resultando em um favorecimento ao Estado que promoveu o ataque (RUYS, 2010). Essa abordagem não só reduz o espaço de manobra do Estado atacado, mas também aplica na ordem jurídica internacional a ideia de justiça retributiva.

⁹ *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*. A proposição do documento é de que os Estados têm o dever de se abster de atos de represália envolvendo o uso da força.

¹⁰ Trata-se de resolução relativa aos ataques britânicos no território do Iêmen, que por sua vez teria atacado a Federação da Arábia do Sul. A Federação da Arábia do Sul fazia parte do protetorado britânico na época, e hoje pertence à região sul do Iêmen.





Durante o Caso Plataformas de Óleo, o Irã afirmou que, uma vez que os ataques já haviam cessado, a defesa americana seria uma ferramenta para “ensinar uma lição” ao governo iraniano. Não se trataria de legítima defesa, mas de represália. Os Estados Unidos se posicionaram contrariamente ao argumento iraniano, afirmando que a legítima defesa não poderia se limitar ao momento de ocorrência do ataque, ou seja, enquanto este estivesse em progresso. Nesse sentido, o governo americano alegou que não se tratava de represália, mas de defesa para impedir a continuação da ameaça à segurança do país (RUYS, 2010).

De maneira diversa, a abordagem funcional considera que a proporcionalidade deve ser avaliada em relação ao objetivo da defesa, ou seja, ela deve existir não entre o ataque armado e a conduta defensiva, mas sim entre a ação em legítima defesa e o objetivo de deter e repelir o ataque armado. Assim, em tese, a ação necessária para deter e repelir o ataque sofrido pode vir a assumir dimensões desproporcionais às do referido ataque (RUYS, 2010).

Para Cassese (2005), o Estado-vítima deve usar a força estritamente necessária para repelir o Estado agressor. O que importa, para a teoria funcional, é o objetivo da defesa (SHAW, 2010). De maneira símile, Brownlie (1963) considera que a defesa deve possibilitar a eliminação do perigo, o que, contudo, é um conceito indeterminado e, por vezes, subjetivo. Dinstein (2001), finalmente, considera que esse *approach* deve interpretar proporcionalidade como razoabilidade entre “medida” e “contramedida”.

No caso Atividades Armadas no Território do Congo, julgado pela Corte Internacional de Justiça, a República Democrática do Congo alegou que as ações em suposta legítima defesa de Uganda ultrapassaram o objetivo de reprimir a agressão. Esta, em contrapartida, manifestou que seus atos haviam se limitado ao objetivo de conter as ações congolezas. Nesse sentido, observa-se que tanto o requerente quanto o requerido concordaram com a teoria funcional de proporcionalidade, divergindo apenas quanto aos aspectos factuais do caso (RUYS, 2010; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2005).

No referido caso, ambas as partes alegaram estarem agindo em legítima defesa. Mesmo assim, a Corte praticamente não se pronunciou sobre os requisitos da necessidade e da proporcionalidade, afirmando, todavia, que:

Uma vez que as condições prévias para o exercício da legítima defesa não existem no presente caso, a Corte não precisa decidir se o exercício do direito de legítima defesa foi de forma necessária e proporcional. A Corte não pode deixar de observar, contudo, que a tomada de aeroportos e cidades a milhares de quilômetros da fronteira com Uganda não pareceria proporcional nem necessária à série de ataques





transfronteiriços que Uganda afirma ter lhe dado o direito à legítima defesa.¹¹ (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2005, p. 223).

Importante mencionar que alguns Estados já sugeriram que uma defesa proporcional pode também incluir a utilização da força suficiente para a prevenção de futuros ataques. Por exemplo, em 1985, quando do ataque de Israel ao quartel-general da Organização para Libertação da Palestina (OLP), em Túnis, na Tunísia, suscitou-se no Conselho de Segurança o tópico da desproporcionalidade da prática israelense. Israel afirmou perante o Conselho que não se deveria tomar em consideração somente as milhares de vítimas atingidas pela Organização para Libertação da Palestina, mas também as que ainda estariam por vir. Argumentos similares foram utilizados na intervenção americana na República Dominicana em 1965 (NANDA, 1967) e nas intervenções israelenses no Líbano tanto em 1972, quanto em 1982 e 2006 (RUYS, 2010).

3.1 Acumulação de eventos

Por vezes, o Estado não sofre um ataque armado, mas uma série de eventos de menor intensidade contra as suas fronteiras. Nesses casos de repetidas incursões transfronteiriças, parte da doutrina defende a chamada “teoria da acumulação de eventos”, segundo a qual a resposta não deve ser dada isoladamente, mas levando em consideração toda a série de eventos, já que atos de menor potencial lesivo não são considerados como ataque armado no direito internacional. Assim, escolhe-se reputar diversos eventos como se um único ataque armado fosse. No que concerne à necessidade e à proporcionalidade da legítima defesa em relação à acumulação de eventos, deve-se ter prudência na aplicação dessa teoria para que represálias e retaliações não sejam mascaradas por ela (BOWETT, 1972; TAMS, 2009).

Gray (2008) lembra que alguns doutrinadores chegaram a afirmar que o Conselho de Segurança desaprovou essa teoria em resoluções relativas às respostas israelenses, portuguesas e sul-africanas. A autora, contudo, acredita que o Conselho de Segurança apenas rejeitou a legalidade das ações baseando-se na desproporcionalidade destas no caso concreto. A teoria da acumulação não foi abordada diretamente pelo Conselho em nenhuma de suas

¹¹ “Equally, since the preconditions for the exercise of self-defence do not exist in the circumstances of the present case, the Court has no need to enquire whether such an entitlement to self-defence was in fact exercised in circumstances of necessity and in a manner that was proportionate. The Court cannot fail to observe, however, that the taking of airports and towns many hundreds of kilometres from Uganda’s border would not seem proportionate to the series of transborder attacks it claimed had given rise to the right of self-defence, nor to be necessary to that end.” (tradução nossa).





resoluções. A autora ainda argumenta que a Corte Internacional de Justiça, no Caso Nicarágua, não rechaçou a possibilidade de aplicação da referida teoria. Apesar de não ser totalmente aceita pela doutrina, os Estados têm se mostrado cada vez mais interessados na aplicação da teoria da acumulação de eventos (KRETZMER, 2013).

No Caso Camarões *versus* Nigéria, a referida Corte teve chance de se pronunciar especificamente sobre o tema da acumulação de eventos. A alegação de Camarões era a de que o requerido era responsável por diversos incidentes transfronteiriços e que estes deveriam ser interpretados como um só ataque. Em contrapartida, a Nigéria argumentou que os incidentes deveriam ser analisados individualmente. Todavia, o colegiado entendeu que Camarões não havia produzido provas suficientes sobre a imputabilidade nigeriana (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2002; GRAY, 2008). Também, no Caso Plataformas de Óleo, a Corte teve a oportunidade de deliberar sobre a questão e não o fez, pois entendeu que não havia provas suficientes para imputar a responsabilidade dos atos ocorridos ao Irã (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2003).

3.2 Aspectos temporais

Segundo Gardam (2004), o aspecto temporal é o ponto de encontro entre necessidade e proporcionalidade, pois quanto mais tempo se passa do ataque sofrido, mais complicado se torna o argumento de que a defesa foi necessária e proporcional. Ela entende que a exaustão dos meios pacíficos e os aspectos temporais da defesa, ou seja, sua instantaneidade (*immediacy*), estão interconectadas. Para a autora, quanto mais tempo decorrer do momento do ataque armado, mais pressão internacional é colocada sobre o Estado para que este resolva a questão pacificamente. Contudo, tanto Gardam (2004) quanto Dinstein (2001) consideram a instantaneidade um terceiro requisito da legítima defesa, ao lado da necessidade e da proporcionalidade, e o analisam de forma independente.

Ruys (2010) considera que a instantaneidade é um requisito indispensável da necessidade e que a legítima defesa deve ocorrer durante o ataque, ou com lapso temporal muito próximo. Ainda segundo ele, contudo, não existe limite de tempo pré-estabelecido e certo grau de flexibilidade pode ocorrer. Segundo o mesmo autor (2010), todavia, caso a defesa seja obra de planejamento anterior, não há que se falar em necessidade, eis que, havendo premeditação, trata-se, em verdade, de represália, ilegal aos olhos do direito internacional.





A premeditação da defesa foi arguida pelo Irã no Caso Plataformas de Óleo. O Estado iraniano alegou que apesar de existir o direito dos Estados de se prepararem para a defesa, são ilegais o seu pré-planejamento e a sua premeditação. Isso porque, se pré-planejada, a defesa não será resposta ao ataque ocorrido e será inapropriada para o caso, pois pensada em abstrato, antes da ocorrência do uso da força pelo Estado agressor (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2003).

Dinstein (2001) afirma que a legítima defesa não pode ocorrer muito tempo após o ataque armado e que, inobstante, isso não significa dizer que a defesa deverá ocorrer em questão de horas ou dias depois do ataque. Não é razoável exigir que se saia de um estado de paz para um estado de guerra imediatamente. No que tange à expressão usada por Webster – “não há momento para deliberação” –, esta caberia para a ação humana, de um indivíduo em particular. Entretanto, no tocante a ações de um Estado, essa frase deve ser interpretada como recurso à hipérbole, não se podendo interpretar estritamente o critério. A *raison d'être* dessa ponderação é que a defesa de um Estado exige uma série de passos a serem tomados. Para se ter uma ideia da complexidade da cadeia de eventos que podem ocorrer, Dinstein explica que o oficial do Estado vítima de ataque armado deve avisar seu quartel-general, que lhe dará instruções, as quais terão que passar por algum tipo de deliberação política e militar. Em se tratando de um Estado democrático, essas decisões podem levar ainda mais tempo, pois há uma série de questões a serem discutidas e decididas, o que torna o processo de decisão política no âmbito doméstico mais demorado.

Ademais, se uma determinada região ocupada for distante do centro de tomada de decisões governamentais, como no caso da Argentina e Grã-Bretanha em relação às Ilhas Malvinas, preparações mais demoradas são necessárias. *In casu*, o governo inglês demorou aproximadamente um mês para iniciar a defesa, o que foi aceito pela comunidade internacional. (GRAVELLE, 1985)

No Caso das Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, a Corte Internacional de Justiça compreendeu que não houve necessidade na resposta americana, a qual se baseou na assistência dada pela Nicarágua à oposição armada em El Salvador. O fundamento usado pela Corte foi o de que a resposta americana ocorreu meses depois, quando, então, os rebeldes já haviam sido substancialmente repelidos. Era possível, portanto, ter-se eliminado o perigo ao governo de El Salvador sem que os Estados Unidos tivessem iniciado uma ação armada contra a Nicarágua. Importante ressaltar, contudo, a Corte utilizou





a argumentação acima como *obter dictum* e não como *ratio decidendi*. (RUYS, 2010; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1986).

Ruys (2010) considera que o critério de instantaneidade se encontra presente na prática estatal. O autor menciona debates ocorridos no Conselho de Segurança das Nações Unidas em 1964, quando discutia-se a legalidade do ataque britânico ao Forte Harib iemenita. Afirmou-se perante o mencionado órgão das Nações Unidas que o ataque ocorreu após o término das incursões aéreas em território da Federação da Arábia do Sul por parte do Iêmen. Em resposta às críticas do Conselho, a Grã-Bretanha respondeu que o tempo de aprovação e de preparação para a defesa havia sido necessário, de forma a assegurar que apenas os responsáveis pelo ato fossem objeto de contra-ataque (SZABÓ, 2011).

Já em 1993, o lapso temporal entre a tentativa de assassinato do presidente George H. W. Bush no Kuwait e a o ataque americano ao Iraque foi de dois meses. Madeleine Albright, secretária de Estado dos Estados Unidos na época, argumentou que nesses dois meses intensas investigações sobre o plano de assassinato e os seus responsáveis foram realizadas. Segundo Albright, uma investigação meticulosa foi conduzida pelo governo americano em parceria com as autoridades do Kuwait, processo no qual diversos suspeitos foram interrogados, não havendo motivo para apressar o julgamento (TEPLITZ, 1995). Na esfera internacional, não se argumentou que o tempo decorrido havia tornado a defesa ilegal, mas ao contrário, países, dentre eles a Rússia, o Japão e a Grã-Bretanha, elogiaram a ação americana como em conformidade com o artigo 51 da Carta das Nações Unidas. Apesar da justificativa utilizada, é difícil não reconhecer a ação americana como punitiva (RUYS, 2010).

Além disso, segundo Dinstein (2001), dependendo das circunstâncias, o recurso à força como forma de defesa pode ainda ser legítima tempos depois. Ocorre quando o Estado sofre um ataque e se engaja em negociações pacíficas. Se estas não forem bem-sucedidas, ele pode, mesmo passado algum tempo, fazer uso da força legitimamente. O autor, contudo, é parte minoritária da doutrina.

Ainda em relação ao aspecto temporal, necessidade e proporcionalidade também são elementos importantes para determinar a legalidade de ocupações prolongadas em determinados territórios. Independentemente da situação, a ocupação de um Estado deve sempre ser temporária, e somente poderá ocorrer se não houver outra forma de conter ou prevenir a continuação dos ataques. Além disso, o Estado deve desocupar o território assim que a fonte dos ataques for neutralizada, proibindo o direito internacional ocupações prolongadas ou anexação de um território (RUYS, 2010).





No caso da intervenção americana no Afeganistão, apesar do apoio da maioria da comunidade internacional e do Conselho de Segurança das Nações Unidas, a excessiva duração da Operação *Enduring Freedom* deixa dúvidas quanto à proporcionalidade desta (WALKER, 2003). Para Gray (2008), com o passar do tempo a operação se distanciou do objetivo inicial, a legítima defesa.

Outras situações podem ser consideradas de forma similar, dentre elas, a ocupação israelense no Líbano entre 1978 e 2000, a ocupação da “zona tampão”¹² da Angola pela África do Sul de 1981 a 1988 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1985; 1987) e o uso da força pelo governo americano em Granada (GRAY, 2008).

Em relação ao último caso, Maurice Bishop se tornou primeiro-ministro de Granada antes da invasão americana, estabelecendo conexões com Cuba e com a União Soviética. Em 1983, após desacordos dentro do partido, fragilizado na época, Bishop foi assassinado, vítima de um golpe de Estado, por um grupo de esquerda mais radical. Dias depois, as tropas americanas, sob o comando de Ronald Reagan, invadiram Granada sob o pretexto de preservar as vidas dos cidadãos norte-americanos na ilha. Na época, aproximadamente mil norte-americanos viviam em Granada. Nada demonstra, contudo, que eles estavam em risco. Reagan alegou que a ocupação, que durou meses, teve como objetivo restaurar a ordem e a democracia na ilha (QUIGLEY, 1987; HARRIS; SIVAKUMARAN, 2015).

Segundo Gardam (2004, p. 167),

No caso de Granada, mesmo assumindo que as ações dos Estados Unidos tenham cumprido outros critérios de legitimidade perante o sistema da Carta das Nações Unidas como exercício de proteção aos seus nacionais, o fato de as forças terem permanecido na ilha por um período depois da invasão inicial foi visto como desproporcional [...] ¹³

O projeto de resolução preparado pelo Conselho de Segurança da ONU condenando a invasão dos Estados Unidos foi vetado pela representação americana no Conselho. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (1983), inobstante, adotou ainda em 1983 a Resolução 38/7, denunciando a ação americana.

¹² *Buffer zone*, em inglês.

¹³ “*In the case of Grenada, even assuming that the United States’ action could meet the other criteria for legitimacy under the Charter system as an exercise to protect its nationals, the fact that the forces remained in place some period after the initial invasion was regarded as disproportionate [...]*” (tradução nossa).





3.3 Legítima defesa como último recurso

Um exame mais amplo do critério da necessidade analisará se há perspectivas de acordos pacíficos eficazes entre as partes envolvidas no conflito. A prática estatal coaduna-se com a ideia de perseguir meios pacíficos de resolver disputas, uma vez findo o ataque armado (GARDAM, 2004).

O conceito de necessidade está, primeiramente, centrado na ideia de indisponibilidade de outros meios para reparar o ataque sofrido. Todas as vias diplomáticas, portanto, devem ter sido esgotadas ou devem ter resultado infrutíferas. Tal entendimento teve grande expressão dentre as teorias de guerra justa e, até os dias atuais, é aceita pela doutrina (RUYS, 2010).

Na prática tem-se verificado que os Estados tendem a afirmar que as vias pacíficas já foram exauridas. Quando dos ataques contra o Iraque, em 1993 e 1998, os Estados Unidos insistiram que as negociações não haviam sido bem-sucedidas. Da mesma forma, o Estado americano alegou perante a Corte Internacional de Justiça, no Caso Plataformas de Óleo, já ter exaurido os meios pacíficos para a resolução da questão (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2003). O país também foi criticado frente ao Conselho de Segurança no tocante à intervenção militar na Líbia, pela falta de empenho e preocupação em relação a tentativas de negociação (BILEFSKY, 2011; CARTALUCCI, 2017; HONDA, 2011;).

Em 1981, quando do ataque israelense ao reator nuclear de Osiraq, no território iraquiano, Israel alegou que havia tentado interromper a ameaça nuclear por meios diplomáticos. Apesar dos alegados esforços, esses teriam sido infrutíferos, o que o levou a destruir o referido reator em suposto exercício de legítima defesa.¹⁴ O Conselho de Segurança condenou a ação israelense como sendo contrária à Carta da ONU. Serra Leoa e Paquistão, durante os debates, afirmaram que Israel deveria ter trazido suas preocupações quanto à possível produção de bombas nucleares pelo reator ao próprio Conselho de Segurança. De forma símile, os Estados Unidos afirmaram que a questão deveria ter sido resolvida por meios pacíficos (LOWE *et al.*, 2008; RUYS, 2010).

Apesar da tentativa de resolução da disputa por meios pacíficos ter sido arguida no Conselho de Segurança e ter tido impacto considerável nas situações acima, pode-se afirmar que os casos mencionados são exceção. Em geral, a ideia de legítima defesa como último

¹⁴ Deve-se atentar que neste caso, Israel não havia sofrido um ataque armado. A alegação de legítima defesa se basearia, nessa situação, em possível legítima defesa preventiva.





recurso não tem grande importância na prática estatal. Não obstante, rotineiramente os Estados reputam ilegal a defesa quando um determinado país manifesta relutância e indisposição à via diplomática para a resolução do conflito (RUYS, 2010).

A receptividade ou não de um Estado quanto à adoção de soluções pacíficas deve ser analisada objetivamente no caso concreto, sendo oportuno considerar a observância das resoluções do Conselho de Segurança e iniciativas de acordos bilaterais sobre o tópico, as quais são indicadores relevantes da abertura do Estado para negociações. Além do mais, considera-se bastante razoável a exigência de utilização da ação defensiva como último recurso, uma vez que o Estado de boa-fé não abre mão da sua soberania quando se dispõe ao diálogo conciliatório, recorrendo primariamente a seus canais diplomáticos para a resolução de desavenças internacionais (RUYS, 2010).

Schachter (1984) afirma que o Estado tem o direito de reagir em legítima defesa quando não houver outros meios disponíveis para solucionar a controvérsia ou repelir o ataque. As obrigações do Estado atacado não se restringem, contudo, a uma mera tentativa de negociação. No decorrer das hostilidades é dever do Estado se esforçar para tentar conduzir a situação pacificamente. A falha em reconhecer a possibilidade de negociações e de resolução pacífica do conflito pode transformar uma situação legal de legítima defesa em um ilegal uso da força (GARDAM, 2004).

3.4 Aspecto geográfico

Finalmente, a última questão que merece ser destacada é a da localização geográfica dos ataques. Segundo Ruys (2010), a maioria da doutrina entende que as ações defensivas devem ser delimitadas geograficamente em relação ao ataque que elas repelem; mais uma vez a prática estatal diverge nesse aspecto.

Duas situações merecem ser analisadas, uma vez que em termos de *jus ad bellum* seus resultados se contrapõem notavelmente. O primeiro caso é o das Ilhas Malvinas, no qual os britânicos limitaram sua defesa à própria ilha, não atacando a Argentina no continente. Ademais, as batalhas marítimas se restringiram às redondezas das Ilhas Malvinas (GARDAM, 2004; GRAVELLE, 1985). Higgins (1994) e a doutrina majoritária afirma que qualquer ataque à Argentina teria sido desproporcional. Dinstein (2001), contudo, faz parte de uma porção minoritária da doutrina que discorda desse entendimento, arguindo que não existem limitações geográficas. Greenwood (1993), de forma semelhante, afirma que a Grã-Bretanha





estaria agindo de forma legítima caso houvesse atacado a Argentina em seu continente, uma vez que estaria preservando a segurança da ilha em relação a um ataque futuro. Apesar da posição de importantes doutrinadores como Dinstein e Greenwood, a grande maioria dos internacionalistas da época acreditavam na desproporcionalidade de qualquer ataque britânico à Argentina.

Em contrapartida, durante a Guerra do Golfo (1990–1991), a resposta dada à situação foi distinta. A coalizão de 35 aliados, liderados pelos Estados Unidos durante o mandato do presidente George H. W. Bush, defrontou-se com a questão de se, para expulsar as forças iraquianas do Kuwait, o uso da força deveria se restringir ao território do último (GARDAM, 2004).

A coalizão afirmou que seu objetivo era apenas o de retirar as tropas iraquianas do Kuwait, considerando, entretanto, que em função do poderio militar do Iraque a resposta não deveria se limitar apenas à região do Kuwait. Nessa lógica, David Hannay, então representante da Grã-Bretanha no Conselho de Segurança, afirmou que as ações militares da coalizão deveriam considerar as capacidades do Estado agressor, que se recusava a remover suas tropas do Kuwait (RAMÍREZ, 2003). Os alvos militares dos aliados compreenderam o Iraque e o Kuwait, na operação que foi denominada Tempestade no Deserto (GARDAM, 2004). A atuação do Conselho de Segurança nesses casos não foi relevante para aclarar a situação. Com esses exemplos, tenta-se demonstrar que a opinião da comunidade internacional se utiliza de “dois pesos e duas medidas” no tocante ao *jus ad bellum*.

Naturalmente, a ação defensiva deve estar de acordo com as regras de direito humanitário internacional, regulado principalmente pelas Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais. Para além das regras de direito humanitário, a fim de que a legítima defesa seja considerada necessária, é essencial que o Estado tome precauções para minimizar danos incidentais aos civis (CASSESE, 2001). Após o exame da legitimidade do alvo militar, é preciso verificar se o alvo escolhido é adequado para repelir o ataque sofrido, ou seja, ele deve ter íntima conexão com a fonte da força utilizada pelo Estado agressor (RUYS, 2010).

A Grã-Bretanha, no incidente do forte Harib, afirmou que o forte era uma instalação militar com papel fundamental nas atividades iemenitas contra a Federação do Sul da Arábia. Como todos os ataques ao protetorado inglês foram aéreos, e o forte era um alvo terrestre, esse descompasso foi apontado pela Iugoslávia durante as discussões no Conselho de Segurança, contudo a questão não foi levada adiante e não houve maiores consequências para a Grã-Bretanha (RUYS, 2010; SZABÓ, 2011).





Outro caso pertinente ao tema foi o da intervenção israelense no Líbano em 2006 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006), quando, em julho, o Hezbollah lançou uma série de mísseis contra a Força de Defesa de Israel. A ação cruzou a Linha Azul¹⁵ e atingiu patrulhas israelenses, e três soldados foram mortos. A reação de Israel foi imediata: o país iniciou uma operação aérea no sul do Líbano, ação que posteriormente se expandiu para todo o território libanês (GUÉHENNO, 2015). Israel alegou que suas ações estavam sendo conduzidas de forma a direcionar a intervenção apenas contra a infraestrutura do Hezbollah. O conflito expandiu-se rapidamente e transformou-se numa guerra de 34 dias de duração: 43 civis israelenses e mais 1000 civis libaneses foram mortos.

Durante o conflito, a Força de Defesa Israelense visou durante o conflito alvos que não constituíam infraestruturas ligadas ao Hezbollah, ou seja, que não eram reputadas como alvo legítimo. Um número bastante elevado de infraestruturas civis foi destruído (hospitais, a maior estação de energia do país, Jiyeh, além de aproximadamente 110 pontes e 140 rodovias). Ademais, o aeroporto de Beirute foi bombardeado, a costa libanesa foi bloqueada e, em razão do ataque à Jiyeh, toneladas de óleo foram derramadas na costa libanesa (REDSSELL, 2007).

Em agosto de 2006, o Conselho de Segurança expediu a Resolução 1701, pedindo a cessação total das hostilidades (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006). O cessar fogo ocorreu alguns dias depois. Interessante notar que, conquanto a maioria dos Estados tenha condenado a referida intervenção israelense, ela foi reputada “desproporcional” e não “desnecessária” (RUYS, 2010). Isso mostra como os dois conceitos estão intimamente correlacionados, principalmente no que concerne à temática do alvo da legítima defesa.

4 CONCLUSÃO

Necessidade e proporcionalidade são conceitos irmãos. Apesar da Corte Internacional de Justiça afirmar que ambos são dotados de objetividade e que não dão margem para apreciação, a prática estatal revela uma grande flexibilidade em relação à sua aplicação.

Essa flexibilidade na aplicação dos princípios da necessidade e da proporcionalidade quando do recurso à força ocorre porque o julgamento acerca da sua extensão é altamente influenciável pela política. O conteúdo dos referidos princípios se mostra especialmente

¹⁵ Linha de demarcação entre Israel e o Líbano, demarcada pelas Nações Unidas em 2000. A Linha Azul, ou *Blue Line*, foi consequência da retirada das forças israelenses do Líbano, em consonância com a Resolução 425 (1978) do Conselho de Segurança da ONU.





sensível às perturbações dos assuntos internacionais e às diretivas dos governos, podendo ser influenciado em vista de acontecimentos marcantes, notoriamente como aconteceu após o 11 de Setembro.

Essencial recordar que a Corte Internacional de Justiça, nos casos envolvendo legítima defesa, julgou da não ocorrência de ataque armado. Nesse sentido, considerando que um ataque armado é condição necessária para que a legítima defesa seja invocada, os princípios da necessidade e da proporcionalidade não foram decisivos em nenhum dos casos, tendo sido apenas mencionados subsidiariamente.

O viés político, tanto das organizações intergovernamentais e supragovernamentais, quanto dos Estados, cria dificuldades adicionais para o trabalho da doutrina. Da mesma forma, a discórdia e a confusão existentes na doutrina permitem que os atores internacionais se posicionem de forma flutuante com relação aos mencionados fatores limitadores da legítima defesa.

Além disso, e por causa disso, a doutrina é suscetível a ser seletiva quanto à aplicação dos princípios da proporcionalidade e da necessidade. Quando se trata de um Estado-vítima para com quem o observador tem simpatia, tende-se a justificar a legítima defesa utilizada por ele como necessária e proporcional. Em contrapartida, o oposto também ocorre. Essa seletividade está presente para quem está e para quem não está envolvido de alguma maneira no conflito. Em um assunto altamente politizado como este, a meta da imparcialidade torna-se árdua.

Dito isso, os ensinamentos de Koskenniemi são assertivos:

Uma lei que carecesse de distância do comportamento, vontade ou interesse do Estado equivaleria a uma apologia não normativa, uma mera descrição sociológica. Uma lei que se baseasse em princípios não relacionados ao comportamento, à vontade ou ao interesse do Estado pareceria utópica, incapaz de demonstrar seu próprio conteúdo de maneira confiável. Para mostrar que existe um direito internacional, com um certo grau de realidade, o internacionalista moderno precisa mostrar que a lei é simultaneamente normativa e concreta – que vincula um Estado independentemente do comportamento, vontade ou interesse daquele Estado, mas que seu conteúdo pode ser verificado por referência ao comportamento real do Estado, vontade ou interesse¹⁶ (KOSKENNIEMI, 2006, p. 17).

¹⁶ “A law which would lack distance from State behavior, will or interest would amount to a non-normative apology, a mere sociological description. A law which would base itself on principles which are unrelated to State behavior, will or interest would seem utopian, incapable of demonstrating its own content in any reliable way. To show that international law exists, with some degree of reality, the modern lawyer needs to show that the law is simultaneously normative and concrete – that it binds a State regardless of that State’s behaviour, will or interest but that its content can nevertheless be verified by reference to actual State behaviour, will or interest [...]” (tradução nossa).





Nesse sentido, a normativa internacional no que tange o uso da força ainda tem muito que evoluir. Apesar da comunidade internacional se referir aos princípios da necessidade e da proporcionalidade quando do enfrentamento de casos concretos referentes à legítima defesa, o posicionamento dos agentes ainda tem base predominantemente política. Desse modo, o moderno advogado do direito internacional tem o papel de trazer o debate para o âmbito jurídico, estimulando a aplicação das normas consuetudinárias internacionais e fazendo valer os ensinamentos da Carta das Nações Unidas.

REFERÊNCIAS

BILEFSKY, D.; LANDLER, M. As U.N. Backs Military Action in Libya, U.S. Role Is Unclear. *The New York Times*, New York, 18 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2011/03/18/world/africa/18nations.html?pagewanted=all>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

BOWETT, D. Reprisals Involving Recourse to Armed Force. *American Journal of International Law*, Cambridge, vol. 66, no. 1, p. 1-36, jan.-mar. 1972.

BROWNLIE, I. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford: Oxford University Press, 1963.

BYERS, M. *A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

CARTALUCCI, T. US-NATO Invade Libya to Fight Terrorists of Own Creation. *Neo Western Outlook*, Moscow, 27 jan. 2016. Disponível em: <<https://journal-neo.org/2016/01/27/us-nato-invade-libya-to-fight-terrorists-of-own-creation/>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

CASSESE, A. *International Law*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

CHINKIN, C., KALDOR, M. *International Law and New Wars*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Advisory Opinion Concerning the Use and Threat of Use of Nuclear Weapons. ICJ Reports. 1996. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Case concerning Armed Activities in the Territory of the Congo. Judgement of 19 December 2005 (Democratic Republic of Congo v. Uganda). 2005. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017.





CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening). Merits. Judgment. ICJ Reports. 2002. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/94/13803.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Nuclear Tests (New Zealand v. France). Merits. Judgment. ICJ Reports. 1974. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/59/6161.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits. Judgment. ICJ Reports. 1986. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Merits. Judgment. ICJ Reports. 2003. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

DINSTEIN, Y. *War, Aggression and Self-Defense*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

DIXON, M.; MCCORQUODALE; WILLIAMS, S. *Cases & Materials on International Law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

FRANK, T. M. *The Power of Legitimacy among Nations*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 1990.

GARDAM, J. *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

GRANT, T. D. *Aggression against Ukraine*. 1. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2015.

GRAVELLE, J. F. The Falkland (Malvinas) Islands: An International Law Analysis of the Dispute Between Argentina and Great Britain. *Military Law Review*, Charlottesville, vol. 107, n. 5, p. 5-70, 1985.

GRAY, C. A Crisis of Legitimacy for the UN Collective Security System? *The International and Comparative Law Quarterly*, [s.l.], vol. 56, no. 1, p. 157-170, jan. 2007.

GRAY, C. A. *International Law and the Use of Force*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GREEN, J. *The International Court of Justice and Self-Defense in International Law*. 1. ed. Portland: Hart Publishing, 2009.

GREENWOOD, C. Command and the Laws of Armed Conflict. *Strategic and Combat Studies Institute Occasional Paper*, Camberley, vol. 4, p. 12-29, 1993.





GUÉHENNO, J. *The Fog of Peace: A Memoir of International Peacekeeping in the 21st Century*. 1. ed. Washington: Brookings Institution Press, 2015.

HARRIS, D.; SIVAKUMARAN, S. *Cases and Materials on International Law*. 8. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2015.

HIGGINS, R. *Problems and Process: International Law and How to Use it*. 1. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HONDA, S. Libya Resolution: UN Security Council Air Strikes Vote – As It Happened. *The Guardian*, London, 17 mar. 2011. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2011/mar/17/libya-united-nations-air-strikes-live>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

KALSHOVEN, F.; ZEGVELD, L. *Constraints on The Waging of War*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

KOLB, R. Origin of the twin terms jus ad bellum/jus in bello. *International Review of the Red Cross*, [s.l.], vol. 37, no. 320, p. 553-562, oct. 1997.

KOSKENNIEMI, M. *From Apology to Utopia*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KRETZMER, D. The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum. *European Journal of International Law*, Florence, vol. 24, no. 1, p. 235-282, 2013.

LOWE, V. (ed.) *et al. The United Nations Security Council and War*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

NANDA, V. P. The United States Action in the 1965 Dominican Crisis: Impact on World Order. *Denver Law Journal*, Denver, vol. 44, p. 439-479, 1967.

O'CONNELL, M. E. The myth of preemptive self-defense. *The American Society of International Law (ASIL) Task Force on Terrorism Papers*, Washington D.C., p. 1-21, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. 1945. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Resolução 2625 (XXV) – Declaração dos Princípios de Direito Internacional relativos a Relações Amigáveis e Cooperação entre Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas*. 1970. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Resolução 38/7 – A Situação em Granada*. 1983. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/38/a38r007.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *Resolução 188 – Reclamação do Iêmen*. 1964. Disponível em:





<http://dag.un.org/bitstream/handle/11176/79940/S_RES_188%281964%29EN.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 26 dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *Resolução 567 – Angola – África do Sul*. 1985. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/3b00f1737c.html>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *Resolução 602 – Angola-África do Sul*. 1987. Disponível em: <[https://undocs.org/S/RES/602\(1987\)](https://undocs.org/S/RES/602(1987))>. Acesso em: 20 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *Resolução 1701 – Oriente Médio*. 2006. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/465/03/PDF/N0646503.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

PHIPPS, C., QUINN, B. Ukraine pulls forces out of Crimea as Russia takes over military bases. *The Guardian*, Londres, 24 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2014/mar/24/ukraine-crimea-russia-military-bases-live>>. Acesso em: 7 maio 2017.

QUIGLEY, J. The United States Invasion of Grenada: Stranger than Fiction. *University of Miami Inter-American Law Review*, Miami, vol. 18, no. 2, p. 271-352, 1987.

RAMÍREZ, J. A. Iraq War: Anticipatory Self-Defense or Unlawful Unilateralism? *California Western International Law Journal*, San Diego, vol. 34, no. 1, p. 1-27, 2003.

REDESELL, G. Illegitimate, Unnecessary and Disproportionate: Israel's Use of Force in Lebanon. *Cambridge Student Law Review*, Cambridge, vol. 70, no. 3, p. 70-85, 2007.

ROGOFF, M. A.; COLLINS JR., E. The Caroline Incident and the Development of International Law. *Brooklyn Journal of International Law*, New York, vol. 16, p. 81-107, 1990.

RUYS, T. *'Armed Attack' and the Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SCHACHTER, O. The Right of States to Use Armed Force. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, vol. 82, no. 5/6, p. 1620-1646, Apr.-May 1984.

SHAW, M. N. *Direito Internacional*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SIMMA, B (ed.) *et al. The Charter of the United Nations: a Commentary*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SOFAER, A. D. On the Necessity of Pre-Emption. *European Journal of International Law*, vol. 14, no. 2, p. 209-226, apr. 2003.

SZABÓ, K. J. *Anticipatory Action in Self-Defense*. 1. ed. Amsterdam: Springer, 2011.





TAMS, C. J. Use of Force against Terrorists. *European Journal of International Law*, Florence, vol. 20, no. 2, p. 359-397, 2009.

TEIXEIRA, A. V. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TEPLITZ, R. F. Taking Assassination Attempts Seriously: Did the United States Violate International Law in Forcefully Responding to the Iraq Plot to Kill George Bush. *Cornell International Law Journal*, Cornell, vol. 28, no. 3, p. 569-617, 1995.

WALKER, G. K. The Lawfulness of Operation Enduring Freedom's Self-Defense Responses. *Valparaiso University Law Review*, Valparaiso, vol. 37, no. 2, p. 489-540, 2003.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo submetido ao *double-blind review*.

Recebido em: 08/07/2018.

Aceito em: 09/09/2019.



