

O USO DA LEGÍTIMA DEFESA PREVENTIVA NO PÓS 11 DE SETEMBRO DE 2001

*Edgard Marcelo Rocha Torres,
Procurador da Fazenda Nacional
Bacharel em Direito pela UFMG
especialista em Direito Público pelo CAD/UGF
Pós-graduando em Direito Internacional pelo CEDIN/FMC*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Legítima Defesa Preventiva e o art. 51 da Carta das Nações Unidas; 2 A Aplicação Da Teoria Da Legítima Defesa Preventiva; 2.1 Justificativas para o uso preventivo da força – Riscos e possíveis abusos; 2.2 Casos práticos e o uso antecipado da força – Ilustração da dificuldade da prova da ameaça hostil; 2.2.1 Crise dos Mísseis de Cuba (1962-1963); 2.2.2 Ataque de Israel ao Sul do Líbano (1975); 2.2.3 Ataque de Israel ao reator nuclear do Iraque (1981); 2.2.4 Intervenções dos Estados Unidos no Afeganistão (2002) e no Iraque (2003); 3 Nova visão cosmopolita do uso preventivo da força – possível solução?; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A ameaça terrorista depois do 11 de setembro de 2001 mudou todas as relações internacionais, do comércio internacional aos direitos humanos, mas principalmente a segurança coletiva internacional. O presente artigo tem como objetivo principal analisar a teoria da legítima defesa preventiva que voltou com toda a força à cena internacional e que é, muito embora não oficialmente, a justificativa dos dois maiores conflitos armados da atualidade, as intervenções no Afeganistão e no Iraque. Para tanto será analisado o art. 51 da Carta da ONU que trata do direito à legítima defesa dos estados, e no seu aspecto preventivo os seus fundamentos, riscos e abusos. Ainda, demonstrará através de casos práticos a dificuldade das Nações Unidas em definir o que seria uma ameaça hostil capaz de justificar o uso preventivo da força. Por fim, analisará criticamente a chamada nova visão cosmopolita da legítima defesa preventiva, onde são propostos mecanismos ex ante e ex post de responsabilidade, conhecidos como mecanismos de salvaguarda do uso preventivo da força.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima defesa preventiva. Terrorismo. Carta da ONU.

ABSTRACT: The terrorist threat after September 11, 2001 changed all international relations, international trade to human rights, but mainly the international collective security. This article aims at analyzing the theory of preventive self-defense that returned with full force to the international scene and that, although not officially, the justification of the two major armed conflicts of today, the interventions in Afghanistan and Iraq. To do so will be considered art. 51 of the UN Charter that deals with the right to legitimate defense of the states, and the preventive and the rationale, risks and abuses. Still, demonstrate through practical cases the difficulty of the UN to define what would be a hostile threat to justify the preventive use of force. Finally, examine critically the so-called new cosmopolitan vision of preventive self-defense, which are proposed mechanisms ex ante and ex post liability, known as mechanisms of upholding the preventive use of force.

KEYWORDS: Preventive self-defense. Terrorism. the UN Charter.

INTRODUÇÃO

A brutalidade dos atentados de 11 de setembro de 2001 em Nova York balançou de forma inegável as estruturas do Direito Internacional e do Sistema de Segurança Coletiva previsto na Carta das Nações Unidas. O mundo convive hoje com dois conflitos armados mundiais travados no Afeganistão e no Iraque que foram e ainda são justificados pela “luta contra o terror”. Literalmente a margem do Conselho de Segurança, mas utilizando-se de interpretações unilaterais de suas Resoluções, estes conflitos se iniciaram e ainda perduram, embora não oficialmente, baseados na teoria da legítima defesa preventiva¹.

Nesta nova ordem mundial, ou melhor, na nova era das armas de destruição em massa marcada pelas ameaças terroristas e pelo, ainda crescente, desenvolvimento de armas tecnológicas e nucleares, não é de todo estranho que os Estados se mobilizem antecipadamente diante de um movimento de intenção hostil de um grupo terrorista ou de um Estado direcionada contra os seus cidadãos. Naturalmente, o ser humano diante de uma ameaça cada vez mais próxima tem a tendência de evitá-la antes que ela se concretize antecipando todos os seus resultados, muita das vezes utilizando-se da força. A teoria da legítima defesa preventiva, plenamente aceita no direito penal interno, há muito é estudada no Direito Internacional e agora ela retoma a vida revigorada por tantas ameaças e irracionalidades que marcam o início do Século XXI, cuja expressão maior são os conflitos no Iraque e no Afeganistão.

Todavia, a teoria da legítima defesa preventiva levada ao âmbito da Segurança Coletiva Internacional é marcada por sua patente ambigüidade e pelo risco de ser tomada para mascarar o mal em nome do bem comum. Esta teoria, cujas bases possuem um apelo popular inegável, se utilizada de forma irresponsável e unilateral se torna um

1 Quanto à questão terminológica do conceito de legítima defesa preventiva, existe muita controvérsia entre os doutrinadores e analistas internacionais sobre a sua correta definição. O conceito de ação preventiva pode ser desmembrado em dois conceitos distintos entre si: *Preemptive Self-defense* (Legítima Defesa Preemptiva) e *Preventive Self-defense* (Legítima Defesa Preventiva). O primeiro baseado no princípio da precaução se aplica em caso de ameaça iminente ou próxima, o segundo, que seria a intervenção militar *stricto sensu* é aplicável quando a ameaça não é iminente ou próxima. Todavia, esta conceituação não é pacífica na doutrina do direito internacional e muitas vezes são usadas, confundidas e traduzidas para definir todos os tipos de ação preventiva, seja ela militar ou não. Assim, o presente estudo adota o conceito de Legítima Defesa Preventiva como único para definir a ação preventiva de um estado frente a ameaças não iminentes ou não próximas provocadas por outros Estado ou por grupos terroristas.

ótimo instrumento de dominação “legítima” dos Estados mais poderosos do mundo, além de gerar mais terror na suposta “luta contra o terror”.

O presente estudo pretende analisar se seria possível conciliar a teoria da legítima defesa preventiva com o artigo 51 da Carta das Nações Unidas, que traz uma das três exceções da proibição do uso da força presente na Carta, diante das ameaças terrorista e nucleares, no que Thomas M. Frank² chama de “Era of Weapons of Mass Destruction”³.

Para tanto, será exposto de forma breve o princípio obrigatório da paz previsto na Carta da ONU e sua exceção que é a legítima defesa unilateral dos estados. Como tema central o estudo tratará a teoria da legítima defesa preventiva tomada agora no novo contexto mundial pós-ataque de 11 de setembro de 2001, seu pros e contras, sua ambigüidade, periculosidade e riscos inerentes a sua utilização. Ainda, a dificuldade do Conselho de Segurança da ONU e dos Estados em definir o que seria uma ameaça hostil capaz de justificar o uso da legítima defesa preventiva, bem como em que momento pode-se valer dela. E por fim, apresentará a chamada visão cosmopolita do instituto da legítima defesa preventiva que defende uma nova proposta do uso preventivo da força baseada na responsabilidade anterior e posterior dos estados proponentes e discordantes, e na tomada coletiva de decisão com amplo estudo de justificação e verificação da ameaça hostil e das condições que a rodeiam.

1 A LEGÍTIMA DEFESA PREVENTIVA E O ART. 51 DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Após uma lenta evolução do direito da guerra, *jus in bello*, tendo como verdadeiro marco no direito humanitário a Convenção de Genebra, de 1864, e as Convenções de Haia de 1899 e 1907 (que cuidam necessariamente do direito da guerra), ainda, com o advento do Pacto da Liga das Nações de 1919, que começou a repudiar o direito de guerra, *jus ad bello*, e do Pacto Briand-kellog que em 1928 condenou o direito à guerra como solução de controvérsias entre nações, o artigo 2º, parágrafo 4º da Carta das Nações Unidas proibiu de forma categórica e definitiva o uso da força como regra para solucionar conflitos internacionais.

2 FRANK, Thomas M., Legitimacy After Kosovo And Iraq. In: CRNIC-GROTIC, Vesna, MATULOVIC, Miomir. (org.). International Law and The Use of Force at The Turn of Centuries. Essays in honour of V.D. Degan. Rijeka: Faculty of Law, University of Rijeka, 2005. p. 80

3 Era de destruição em massa (tradução nossa).

Segundo este dispositivo, todos os seus membros “deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.”

Sobre os propósitos das Nações Unidas, ficou definido na Carta que a manutenção da paz e da segurança internacionais seriam garantidas pelas ações do seu Conselho de Segurança, que com base no seu Capítulo VII, poderiam excepcionalmente utilizar do uso força.

Portanto, três exceções ao imperativo da Paz foram aceitos como imprescindíveis: “I) aquelas em que as Nações Unidas, por meio do Conselho de Segurança, empreenderem o recurso à força em casos específicos, por considerá-lo compatível com os propósitos da Organização (art. 2º (4) da CDU); II) aquelas referentes à luta pela autodeterminação dos povos (declaração anexa à Resolução 2625 (XXV)); III) As de exercício de legítima defesa (art. 51 da CDU)”⁴

Assim dispõe o art. 51 sobre o direito à legítima defesa:

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.

A legítima defesa tomada na sua forma pura é uma reação subsidiária, imediata, temporária, efêmera, controlada, necessária, proporcional e iminente, prevista para suprir a carência temporária da autoridade pública, no caso o Conselho de Segurança, onde o Estado agredido pode utilizar a força para afastar a agressão que está sofrendo. Tão logo esta acabe seus atos têm que ser imediatamente comunicados

4 VELOSO, Ana Flávia, Comentário ao Artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Comentário à Carta das Nações Unidas*. Belo Horizonte: CEDIN, 2008. p. 777-778

ao Conselho de Segurança, sendo este o responsável por manter a paz e a segurança internacional abaladas, dentro dos propósitos da Organização.

A controvérsia da teoria da legítima defesa preventiva começa pelo entendimento de que ela estaria presente dentro do direito natural, ou inerente, de legítima defesa previsto no texto do aludido art. 51. Em contrapartida, a sua aplicação, do jeito que é feita hoje, se distancia em muito dos requisitos procedimentais exigidos pelo artigo, e também das características de ação necessariamente iminente desta.

Trata-se a legítima defesa de uma resposta a um risco grave iminente e atual, onde se combate a agressão armada efetivamente ocorrida, em um período mais breve possível segundo a Doutrina do direito internacional. Já a legítima defesa preventiva prega o uso preventivo da força contra uma intenção hostil, ou seja, antes da agressão armada se concretizar. A discussão sobre o momento em que o uso da força é autorizado pelo Direito Internacional é o que permeia todo este estudo.

“Os que defendem a possibilidade preventiva argumentam que obrigar os Estados a esperar sem agir o ataque do adversário seria ‘transformar em uma farsa o objetivo principal da carta, que é o de reduzir ao mínimo as hipóteses de emprego ilícito da força e da violência entre os Estados’.”⁵ Já os que são contrários à versão preventiva da legítima defesa defendem que o art. 51 consiste em uma exceção à regra do artigo 2º, (4), da Carta das Nações Unidas, e como tal deve ser interpretada restritivamente, sob pena de esvaziar o próprio princípio da obrigatoriedade da paz que a complementa.

De fato o art. 51 com sua redação atual não consegue abarcar estas duas teses no seu texto legal, muito menos diante da, *de lege ferenda*, evolução imposta ao Sistema de Segurança Coletivo pós-atacado de 11 de setembro de 2001. Embora este autorize aos estados o uso da força de forma excepcional para se defenderem de um ataque armado ou agressão, o mesmo artigo não define qual seria o conceito de agressão. A Assembléia Geral através da Resolução 3314 (XXIX), de 14 de dezembro de 1974, formulou um conceito de Agressão através de seu artigo 1º⁶, mas

5 VELOSO, 2008, p. 782.

6 “Artigo 1º: A agressão é o emprego da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com a

advertiu em seu texto a sua natureza de simples recomendação e atribuiu ao Conselho de Segurança “o poder discricionário de dar à definição do seu artigo 1º uma interpretação mais ou menos restritiva, “tendo em conta as outras circunstâncias pertinentes” (artigo 2º). O Conselho pode, ainda, qualificar outros atos de agressão em conformidade com as disposições da Carta (artigo 4º).⁷ Percebe-se, portanto, que cabe ao Conselho de Segurança discricionariamente definir caso a caso um ato como ataque armado. Vale ainda ressaltar que a Corte Internacional de Justiça, não colaborou para o assentamento da noção geral de ataque armado, restando apenas em dar um exemplo para ilustrar o conceito e por definir as limitações do exercício da legítima defesas pura, por exemplo, no *caso das atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua*, e no caso das *plataforma petrolíferas*.

A definição de ataque armado é essencial para o uso legal da legítima defesa preventiva. O uso da força antecipada com o objetivo único e maior de salvar vidas humanas depende da caracterização transparente e irrefutável pelos estados de que aquele movimento de intenção hostil pode antes mesmo de se efetivar ser encarado como um ato de agressão. Daí porque a falta precisa de uma fórmula universal de ato agressor dá ensejo a tantas controvérsias e aos abusos gerados pelos estados que invocam a legítima defesa preventiva para justificar seus atos de força antecipados.

O problema de se confiar na discricionariedade do Conselho de Segurança para se definir caso a caso o que é um ataque armado pode ser visto na adoção da Resolução 1368/2001. Em 12 de setembro de 2001, os 15 Países-membros do Conselho de Segurança, ainda atordoados com a proximidade do atentado, se reúnem extraordinariamente para votar a Resolução 1368 que, diante dos “terríveis ataques terroristas ocorrido no dia 11 de setembro de 2001 em Nova York, Washington, e Pensilvânia”, verdadeira “ameaça à paz e à segurança internacionais”, “reconhece o direito natural a legítima defesa individual ou coletiva”, e dão um cheque em branco para a resposta armada dos Estados Unidos que iniciou o combate no Afeganistão. Ainda, o Conselho no seu §5º da dita Resolução, se declarou “pronto a tomar todas as medidas necessárias para responder aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 e a combater o terrorismo sob todas as suas formas, conforme as suas responsabilidades em virtude da carta”. Todavia, o

Carta das Nações Unidas...”

7 Ibid, p. 782.

mundo ainda espera uma atitude concreta do Conselho para cumprir a primeira parte deste §5º.⁸

Percebe-se, portanto, a grande dificuldade que tem as Nações Unidas, e o Conselho de Segurança em definir o que seria ataque armado a autorizar a legítima defesa pura do art. 51 da sua Carta. Mais dificuldade ainda existe para definir este conceito para se autorizar o uso da legítima defesa preventiva.

Até hoje não foi tomada nenhuma medida concreta pela ONU para tentar solucionar “o principal risco que cinge o instituto da legítima defesa: o da interpretação abusiva por parte do Estado alegadamente agredido. Ao versar sobre o conceito de legítima defesa em direito internacional, o clássico dicionário jurídico *The Oxford Companion to Law* ressalta: ‘o direito é vago e em grande parte medido aberto a abusos’. De fato, há registros históricos de abuso por parte dos Estados, de atos de represália travestidos de legítima defesa, vitimando quase sempre nações militarmente desfavorecidas.”⁹

Evidentemente o art. 51 diante do novo cenário mundial se tornou obsoleto e precisa de urgente reforma a ser comandada pelos membros da ONU. Ele deve ser adaptado as novas ameaças mundiais, principalmente a ameaça terrorista. A sua concepção inicial se deu basicamente para dirimir problemas entre estados, e não para combater um inimigo sem rosto e sem bandeira que é o terrorismo internacional. Daí porque não pode mais um estado justificar sua conduta unicamente no obsoleto art. 51 da Carta de São Francisco.

Dentre estas mudanças se encontra a necessidade de se regular a legítima defesa em seu aspecto preventivo. Não mais se atende aos anseios da Comunidade Internacional falar que esta modalidade de legítima defesa é contrária ao direito internacional, que a Corte Internacional não a aceita, que os atos tomados com base nesta teoria não são legítimos e legais, sem apontar soluções para o problema. A ameaça terrorista existe efetivamente, assim como a ameaça nuclear e das armas de destruição em massa. Ficarão todos os Estados e seus

8 PELLET, Alain. Terrorismo e Guerra. O que fazer das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Terrorismo e Direito. Os impactos do terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil: Perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 173-179.

9 VELOSO, 2008, p. 797.

cidadãos esperando que as ameaças se efetivem acabando com milhares de vidas para somente depois tomar uma atitude?

Da mesma forma, também não pode se aceitar que em nome da legítima defesa preventiva estados unilateralmente e a par do Sistema Internacional de Segurança coletiva perpetrem abusos e mascarem os seus reais interesses através da luta pelo bem comum, restando por matar também milhares de vidas sem justificativa, como está ocorrendo no Iraque e no Afeganistão. Será preciso que o pior cenário se concretize que é o acesso de terroristas a armas nucleares para se tomar alguma atitude? Não seria tarde demais? Esta é a proposta do presente estudo apontar os possíveis abusos da teoria, suas vantagens, e apresentar possíveis soluções.

2 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA LEGITIMA DEFESA PREVENTIVA

2.1 JUSTIFICATIVAS PARA O USO PREVENTIVO DA FORÇA – RISCOS E POSSÍVEIS ABUSOS

A controvérsia sobre o uso da legítima defesa preventiva tem uma longa história no Direito Internacional. Desde o caso *Caroline* em 1837 se discute esta possibilidade, quando o Secretário de Defesa dos Estados Unidos da América, Daniel Webster, concluiu que: “a necessidade da legítima defesa deve ser instantânea, avassaladora, não deixando nenhuma outra escolha quanto aos possíveis meios de repulsar a agressão e nenhum momento de deliberação, e a ação deve ser razoável, não excessiva, limitada àquela necessidade e se manter claramente dentro deste limite”.¹⁰

Desde a criação da ONU a mesma controvérsia foi diversas vezes debatida e cinco casos práticos ilustram bem esta disputa. Três antes da virada deste século com grande tendência a sua rejeição: i) Crise dos mísseis de Cuba de 1962-1963; ii) Ataque de Israel ao Líbano em 1975; iii) Ataque de Israel ao reator nuclear do Iraque em 1981; e dois pós 11 de setembro de 2001, que são os conflitos no Afeganistão em 2001 e Iraque em 2003, onde a tese voltou com novo fôlego às discussões internacionais com a presença constante da ameaça terrorista.¹¹

10 FRANK, Thomas M. *Recourse to Force. State Action Against Threats and Armed Attacks*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 97-98.

11 Para mais detalhes sobre estes conflitos e como a ONU tem dificuldade em lidar com a legítima defesa preventiva nos casos práticos, favor ver o item 3.2.

Segundo Allen Buchanan e Robert O. Keohane a decisão pela legítima defesa preventiva sempre envolve uma grande número de riscos que para serem diminuídos precisa-se criar uma série de medidas de responsabilidade e de salva-guardas que serão expostas mais adiante. Dentre todos estes riscos dois podem ser destacados como mais importantes: i) o primeiro é mascarar o interesse próprio dos estados no intuito de realizar o bem comum na hora da tomada das decisões, o que é injustificável; ii) o segundo é enfraquecer normas institucionais de objetivos pacíficos que constroem e proíbem o uso da força no cenário internacional. Estes riscos são potencialmente muito maiores, uma vez que o uso antecipado da força está bem mais sujeito a erros o que já vem sendo observado no cenário internacional.¹²

Estes mesmos doutrinadores afirmam que o uso preventivo da força tem como objetivo único e maior, e somente assim pode ser moralmente justificável, se a decisão for tomada para proteger direitos humanos contra ataques de destruição em massa. Destacam, ainda, quatro visões que podem clarificar o estudo sobre a possibilidade do uso da legítima defesa preventiva enfatizando as circunstâncias de utilização e não-utilização de forma abusiva, quais sejam: *The National Interest*, *The Expanded Right of Self-Defense*, *The Just War Blanket Prohibition*, *The Legal Status Quo*.¹³

The National Interest, ou “Interesse Nacional”, é a visão que sustenta que o estado pode fazer tudo o que os seus líderes entendem necessário para servir aos seus melhores interesses. Segundo esta visão os líderes de estado não estariam vinculados a uma ordem moral universal e por isto podem usar de todos os métodos inclusive o uso militar preventivo para defender os interesses do seu estado. Logicamente esta posição é inaceitável e não mais se sustenta dentro do Sistema Coletivo de Segurança Internacional. Na verdade esta teoria anda na contra-mão de toda a evolução da proibição do uso da força para resolver conflitos internacionais, *Jus ad bello*, e enfraquece até mesmo a tese de que sobre algumas circunstâncias o uso preventivo da força pode ser justificável para preservar os direitos humanos.¹⁴

12 BUCHANAN, Allen, KEOHANE, Robert O. The Preventive Use of Force: A Cosmopolitan Institutional Proposal. *Ethics & International*. Winter 2004: v. 18.1, p. 9. Disponível em: <http://www.cceia.org/resources/journal/18_1/articles/5027.html>.

13 Ibid., p. 10.

14 Ibid., p. 3.

The Expand Right of Self-Defense, ou a “Interpretação Extensiva do Direito a Legítima Defesa” previsto no art. 51 da Carta das Nações Unidas, foi a visão defendida pelo governo Bush através da “National Security Strategy of United States of America” em 2002 para justificar a sua ação de força no Afeganistão logo após o atentado de 11 de setembro, também escorada na Resolução 1368/2001 do Conselho de Segurança. Segundo este entendimento os estados possuem um direito inerente e natural da legítima defesa o que lhes permite agir sozinhos se necessário for, até mesmo de forma preventiva. Todavia, esta justificativa deve ser totalmente rejeitada, uma vez que não se pode permitir que o uso preventivo da força pelos estados seja baseado unicamente na sua própria convicção de que serão atacados no futuro sem nenhuma prova justificável ou medidas de salva-guarda confiando somente na sua sinceridade. Este é um posicionamento que facilmente pode ser levado ao subjetivismo passível de gerar erros e abusos, que é o maior risco que existe do uso equivocado da legítima defesa preventiva.¹⁵

The Just War Balnket Prohibition, ou a “Proibição Total do Uso Preventivo da Força”, é a visão dominante que no conceito tradicional de guerra justa o uso preventivo da força é estritamente proibido. A força somente é autorizada nos casos em que um ataque mesmo que ainda não tenha ocorrido, está na iminência irrefutável de ocorrer, por exemplo quando as forças inimigas estão de fato mobilizadas com intenção agressiva clara, ou quando mísseis e aviões já foram lançados contra o território atacado, mas ainda não chegaram aos seus alvos. Somente nestas hipóteses seria autorizado o uso da força.

O ponto central desta visão que proíbe o uso preventivo da força em qualquer circunstância é que não se teria justificativa para se usar a força contra alguém que ainda não fez nada de errado. Somente após o ataque ter realmente acontecido é que se poderá justificar o uso da força. O problema desta visão é que ela ignora que em algumas circunstâncias não é preciso esperar ocorrer o ataque para se saber que a ameaça é real e está a promover uma série de riscos para os direitos humanos que podem ser evitados com ações antecipadas. O ponto crucial é que quando alguém, grupos de pessoas ou estados, erradamente expõe um outro estado em risco para satisfazer seus interesses terroristas por exemplo, uma ação preventiva plenamente justificada, responsável e com apoio multilateral, pode ser moralmente e beneficentemente aceita. Não é necessário esperar que o risco identificado previamente de uma

¹⁵ BUCHANAN; KEOHANE, 2004. p. 3.

destruição em massa seja efetivado para se tomar providências para diminuir estes riscos com uma ação também preventiva. Na verdade tomada por esta perspectiva, a proibição irrestrita do uso preventivo da força sem se atentar para as circunstâncias do caso concreto em nome da preservação radical do princípio da obrigatoriedade da paz pode gerar mais malefícios e destruição em vão de vidas humanas do que os supostos benefícios que sustentam esta idéia.¹⁶

The legal Status Quo, ou “Princípio da manutenção do *Status Quo* dos Estados”, defende a tese que o uso preventivo da força é proibido no direito internacional contemporâneo a menos que tenha recebido uma autorização do Conselho de Segurança da ONU com base nos artigos 2 (4), 39, 42, 48, da Carta de São Francisco. Assim, o uso preventivo da força somente pode ser utilizado com base na autorização previa do Conselho de Segurança. Esta justificativa é sem dúvida a melhor das três até agora expostas neste estudo, e sem dúvida na falta de uma quinta justificativa está a que deve sempre prevalecer. Contudo, a efetivação desta proposta se mostra inadequada nesta nova era das armas de destruição em massa pós 11 de setembro de 2001, porque depende exclusivamente da ação do Conselho de Segurança que sabidamente não está preparado e não foi arquitetado para combater o terrorismo mundial. O poder de veto dos membros permanentes e todas as nuances políticas que permeiam a sua atuação impedem o Conselho de agir mesmo quando efetivamente há a comprovação de uma ameaça a paz, que através de uma ação preventiva coordenada e responsável, poderia ser afastada antes de causar os seus prejuízos reais. Muitas das vezes a própria dificuldade de entendimento dos seus próprios países-membros não irão permitir a ação preventiva de maneira eficaz em um espaço de tempo relativamente curto.¹⁷

Percebe-se assim a dificuldade que existe para justificar tanto a utilização da ação preventiva da força como a sua não utilização e como ela pode gerar abusos e irresponsabilidades por parte dos estados. No próximo item os casos práticos descritos ilustram ainda melhor esta dificuldade.

¹⁶ BUCHANAN; KEOHANE, op. cit., p. 5-8

¹⁷ Ibid., p. 9

2.2 CASOS PRÁTICOS E O USO ANTECIPADO DA FORÇA – ILUSTRAÇÃO DA DIFICULDADE DA PROVA DA AMEAÇA HOSTIL

2.2.1 CRISE DOS MÍSSEIS DE CUBA (1962-1963)¹⁸

Em outubro de 1962, o presidente dos Estados Unidos, John F. Kennedy anunciou sua intenção de impor uma quarentena a Cuba e aos navios Russos que ali aportavam para compelir um ataque iminente que os Estados Unidos poderiam vir a sofrer em decorrência de mísseis nucleares russos que foram instalados em território cubano nos últimos dias daquela data. No dia seguinte a Organização dos Estados Americanos através de seu Conselho “recomendou” que todos os seus membros poderiam tomar todas as medidas, individual ou coletivamente, incluindo aí o uso da força se for necessário para prevenir que os mísseis russos em cuba não se tornem uma ameaça à paz e segurança do continente.¹⁹

Os Estados Unidos, contudo, se precaveram em declarar que a quarentena aos navios russos embora tenha sido uma ação militar, não constituía uso ilegal da força violando o art. 51 da Carta da ONU, uma vez nenhum navio de fato furou o bloqueio. Além do mais a quarentena foi legitimamente aprovada pela Organização dos Estados Americanos.

Todavia, o conflito continuou e o embaixador dos Estados Unidos na ONU, Adlai Stevenson, buscou apoio no Conselho de Segurança defendendo a tese de que a URSS queria transformar a ilha de Cuba em uma base ofensiva de destruição em massa montada clandestinamente em uma política violadora da obrigatoriedade da paz, o que caracterizava uma ameaça não só para os Estados Unidos como para todo o hemisfério. A URSS defenderam-se, depois de provado no Conselho a existência dos mísseis em Cuba, que estes foram instalados com o caráter de defesa e não de ataque, e baseou seu argumento em dois fatos: i) um ano antes os Estados Unidos patrocinaram uma tentativa frustrada de invasão a Cuba pela Bahia dos Porcos, sendo que a colocação dos mísseis tinha somente a intenção de proteger o regime de Fidel Castro; ii) que a carta das Nações Unidas garantia o direito de todos estados se armarem com o propósito de se defender de ameaças, no caso a ameaça dos Estados Unidos sobre Cuba.²⁰

18 Recomenda-se o filme “Os sete dias que abalaram o mundo” com o ator Kevin Costner que ilustra com muita veracidade e detalhes este caso.

19 FRANK, 2002, p. 99.

20 Ibid. p. 99-100.

Este caso exemplifica de maneira magistral a ambiguidade e o perigo em se adotar a tese da legítima defesa preventiva para justificar atos de força. EUA e URSS com a intenção de se precaverem de possíveis ameaças que unilateralmente entenderam existentes, acabaram por ameaçar de fato um ao outro e quase provocaram a terceira guerra mundial. A legítima defesa preventiva é perigosa porque serviu para justificar os dois atos de força da mesma forma.

Como provar que de fato os mísseis em Cuba foram ali montados com o propósito somente de defesa? A quarentena dos EUA era justificável? Seria ato de agressão, ou ameaça iminente, que autorizaria a URSS de se antecipar e abater os navios dos EUA antes da efetivação da quarentena? Percebe-se a sutileza e o grande perigo da aplicação da legítima defesa preventiva.

Neste caso, após várias tentativas de se buscar uma solução no Conselho de Segurança, onde foram propostas a retirada supervisionada dos mísseis, e a mediação do conflito por Guana, a solução veio através da via diplomática. EUA e URSS costuraram um acordo diplomático em que a URSS retiraria os mísseis em troca de um compromisso assinado dos EUA de que estes não mais tentariam invadir Cuba e que eles iriam rever o seu posicionamento com relação à retirada dos mísseis americanos na Turquia, o que aconteceu alguns anos mais tarde.

2.2.2 ATAQUE DE ISRAEL AO SUL DO LÍBANO (1975)

No dia 3 de dezembro de 1975, dia seguinte ao ataque Israelense a certo acampamento clandestino no sul do Líbano, o ministro da defesa desse Estado declarou que a referida ação seria preventiva, visando repelir ataques contra Israel. Todo os membros do Conselho a condenaram, incluindo países ocidentais como os EUA, o Japão, a Suécia, a França, a Itália, e o Reino Unido. Nenhuma Resolução de condenação no entanto foi aprovada em razão do veto americano. Alguns votos entre eles o da França foram explícitos ao declarar antijurídico o caráter preventivo da legítima defesa. A maioria condenou a ação sem, no entanto, condenar diretamente a doutrina da legítima defesa preventiva, apenas sob o argumento de que a reação israelense havia sido, no caso concreto, desmotivada.²¹

Dentre os debates daquela época o mais interessante foi sobre a dúvida de quem teria os meios para decidir sobre a existência de um risco

²¹ VELOSO, 2008, p. 784-785

real e iminente autorizador de um ataque preventivo, de forma que o instituto não acabasse servindo a intenções de represália e punições. Ilustrativa, nesse sentido, a intervenção do representante libanês para contrapor este ataque:

Israel declarou que sua agressão não foi punitiva, mas uma ação preventiva. Essa é uma metodologia perigosa a seguir na vida internacional. Será que os Estados serão autorizados a determinar eles próprios o que pode ser qualificado de preventivo? Proceder desta maneira conduziria o mundo à lei da selva, o que está longe da idéia de uma ordem internacional fundada nos princípios da Carta das Nações Unidas.²²

Este caso serve para ilustrar como a decisão da legítima defesa preventiva tomada unilateralmente por um país sem qualquer discussão, provas, e medidas de salva-guarda podem servir a propósitos escusos e abusivos de um estado mais forte contra outro mais fraco. Legítima defesa preventiva de forma alguma pode ser utilizada como instrumento de punição e represálias e muito menos se excessiva e desproporcional à ameaça.

2.2.3 ATAQUE DE ISRAEL AO REATOR NUCLEAR DO IRAQUE (1981)

Em 07 de junho de 1981, nove aviões da força aérea de Israel bombardeou o centro de pesquisas de Tuwaitha perto de Bagdad. Em nota para o Secretário-Geral da ONU, o governo de Israel declarou que destruiu o reator nuclear Tamuz-1, cujo qual estava desenvolvendo bombas atômicas que seriam usadas contra Israel em 1985. O Iraque pediu uma reunião junto ao Conselho de Segurança e descreveu o ato como de grave agressão, e afirmou que, ao contrário de Israel que não assinou o Tratado de não proliferação de armas nucleares de 1968 (NPT), ele fazia parte deste Tratado, e que o reator destruído estava registrado e era objeto de inspeção da Agência Internacional de Energia Atômica (IAEA), e que este era mantido somente para fins pacíficos. Israel desmentiu esta alegação e afirmou categoricamente que o beneficiamento de urânio tinha como objetivo o desenvolvimento de armas nucleares e que ação preventiva era a única solução ao caso.²³

Desta vez, em 19 de junho de 1981, o Conselho de Segurança expressiu sua condenação ao ataque israelense, entendendo que houve violação da

²² VELOSO, 2008, p. 785.

²³ FRANK, 2002, p. 105.

Carta das Nações Unidas e das normas de conduta internacional, e chamou Israel para abrir seu próprio reator nuclear para os inspetores da Agência Internacional de Energia Atômica. Em novembro a Assembléia Geral proferiu uma resolução ainda mais forte contendo um solene alerta contra atos desta natureza. Esta resolução recebeu 109 votos a favor e dois contra dos Estados Unidos e de Israel, e 34 abstenções.²⁴

O que é interessante neste caso é que nunca foi e nunca será provado que o Iraque estava utilizando o reator nuclear para fins pacíficos. Em meio à ditadura de Sadam Husein, com a política de perseguições aos curdos e a invasão do Kwait em 1990 os que defendem a legítima defesa preventiva podem afirmar que o tempo provou que a ação foi legítima e benéfica a humanidade diante de todos estes indícios. De fato, nunca se saberá se a reversão da invasão do kwait seria tão fácil se o Iraque possuísse armas nucleares. Todavia, aí é que está a grande questão, não dá para se tomar uma atitude concreta de força com base somente em indícios sob pena de real ameaça a paz e a segurança internacional. Os estados antes de tomar qualquer atitude de força devem se preocupar em provar perante toda a comunidade internacional que de fato as ameaças existem, que o atos de força são justificáveis para salvar vidas humanas, e que medidas de responsabilidade serão adotadas antes e depois da intervenção. Foi justamente o que os EUA não fizeram na invasão do Afeganistão e do Iraque em 2003.

2.2.4 INTERVENÇÕES DOS ESTADOS UNIDOS NO AFEGANISTÃO (2002) E NO IRAQUE (2003)

Depois dos atentados de 11 de setembro de 2001, justificando a sua ação militar na “luta da humanidade contra o terror”, os Estados Unidos ainda promove duas intervenções no Afeganistão (2002) e no Iraque (2003). Muito embora formalmente as justifique com base nas Resoluções 1368 e 1373 (Afeganistão) e 660, 678, 687 e 1441 (Iraque) do Conselho de Segurança da ONU, não resta dúvida que as decisões para invadir estes dois países tem como fundamento principal a extensão da interpretação do direito a legítima defesa tomada na sua forma preventiva.

Mesmo tendo a Resolução 1368, tomada no dia seguinte aos atentados, reconhecido “o direito a legítima defesa individual ou coletiva conforme previsto na carta”, os Estados Unidos interpretaram

²⁴ FRANK, 2002, p. 106.

unilateralmente todas estas resoluções de modo a legitimar seus atos baseados na legítima defesa preventiva, cujas ameaças até o presente momento não foram comprovadas.

Baseando na “National Security Strategy” em 2002 onde claramente se pregava o direito inerente e extensivo da legítima defesa preventiva, mesmo com a mudança para o governo Obama, os Estados Unidos ainda se mantêm nestes dois países e a cada dia fica mais difícil sustentar os conflitos com base neste argumento, até mesmo porque o art. 51 e toda carta da ONU não foram preparados para enfrentar a ameaça terrorista de forma eficiente.

Alain Pellet já em 2003 criticava duramente a posição dos Estados Unidos, de todos os membros da ONU, e principalmente do Conselho de Segurança, diante da ausência de justificativas e provas concretas para a Intervenção no Afeganistão e destacou naquela época que quanto mais tempo passa mais difícil de justificar a situação:

A Resolução 1.368 reconheceu aos Estados Unidos e seus aliados um direito de legítima defesa, mas ela não define com relação a quem ele pode ser exercido. Depois de sua adoção o Executivo americano designou Osama Bin Laden como um homem procurado ‘vivo ou morto’, e sua organização Al-Qaida como objeto de sua ‘cruzada’ contra o mal. Com efeito, um e outro apareceram, cada vez mais certos, como os organizadores dos atentados (mas gostaríamos de mais provas). Rapidamente, eles alargaram a resposta aos talibãs. Não lastimaremos o destino prometido a esta fração obscura e tirânica. Mas da mesma maneira, podemos depor um governo unicamente por se este ditatorial? E mesmo porque ele abriga um terrorista incontestável? Por que ele e não outros? E se há outros, quem decidirá se o recuso à força armada é justo? Abdicando de seus poderes de controle e de enquadramento, o Conselho de Segurança deu carta branca aos Estados Unidos, que não fazem mistério de sua intenção de não se deter o Afeganistão. Quanto mais tempo passa, mais difícil fica a situação.²⁵

Como bem previu Alain Pellet a intenção dos Estados Unidos não ficou apenas no Afeganistão. A intervenção ao Iraque se deu no ano seguinte em 2003, e os EUA defenderam mais uma vez a idéia de não

²⁵ PELLET, 2003, p. 180.

ser necessário a existência de um ataque armado para que se justifique a legítima defesa.

John Yoo, professor norte-americano de Direito e conselheiro do Departamento de Justiça dos EUA no período 2001-2003, chegou a afirmar que “o direito de legítima defesa reconhecido no artigo 51 da Carta das Nações Unidas autorizava o uso da força no Iraque”, pois “os requisitos tradicionais da legítima defesa deveriam ser reinterpretados no contexto moderno das armas de destruição em massa e do terrorismo internacional.”²⁶

Logo, o fato de o Iraque financiar, direta ou indiretamente, o terrorismo e de produzir armas de destruição maciça já seria motivo suficientemente “iminente” para justificar o uso da força. Seguindo essa linha de raciocínio, John Yoo conclui que o uso da força promovido no Iraque teria sido proporcional à ameaça que esse país representava, já que as ações militares americanas estariam limitadas apenas à eliminação das armas de destruição em massa e para a destituição daquele que seria a fonte das ações hostis do governo iraquiano: Saddam Hussein.²⁷

William Taft IV e Todd Buchwald argumentaram que:

No fim, cada uso de força precisa encontrar legitimidade nos fatos e circunstâncias que o Estado acredita serem necessários. Cada caso não deveria ser julgado com base em conceitos abstratos, mas sim, com base nos eventos particulares que lhe deram causa. Embora as nações não devam usar a defesa preventiva como pretexto para agressão, ser a favor ou contra a defesa preventiva, em termos abstratos, é um erro. O uso da força preventivamente é, algumas vezes, legítimo, e outras, não.

A operação Liberdade Iraquiana foi criticada como ilegal, por ser preventiva. Essa crítica é infundada. A Operação Liberdade Iraquiana foi e é legítima.²⁸

26 YOO apud MCGOLDRICK, 2004, p. 70

27 PINHEIRO, Leonardo Guerreiro C. *Guerra do Iraque: Análise de sua legalidade frente ao Direito Internacional contemporâneo*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32101/31338>>

28 TAFT IV, William H.; BUCHWALD, Todd F. Preemption, Iraq, and International Law. *American Journal of International Law*, v. 97. n. 3, p. 557, 2003. Disponível em: <[http://links.jstor.org/sici?sici=0002-9300\(200307\)97%3A3%3C557%3APIAIL%3E2.0.CO%3B2-1](http://links.jstor.org/sici?sici=0002-9300(200307)97%3A3%3C557%3APIAIL%3E2.0.CO%3B2-1)>.

Todavia, os críticos da Guerra do Iraque argumentaram que as ações dos EUA não poderiam ser justificadas com base na noção de legítima defesa contida no artigo 51 da Carta das Nações Unidas. Richard Falk, Professor Emérito de Direito Internacional e Prática na Universidade de Princeton (EUA), assinala:

Os fatos não deram suporte ao caso de preempção, pois não existiu nem *iminência* nem *necessidade*. Como resultado, a Guerra no Iraque pareceu, no máximo, qualificar-se como um exemplo de *guerra preventiva*, mas existem fortes razões legais, morais e políticas para negar tanto a legalidade quanto a legitimidade de tal uso da força. Não é aceitável exceção ao sistema da Carta, e nenhum esforço foi feito pelo governo dos EUA para reivindicar o direito de guerra preventiva, embora o fraseado altamente abstrato e vago da doutrina de ação preemptiva [de antecipação] na Estratégia de Segurança Nacional dos EUA fosse mais precisamente formulada como “uma doutrina de guerra preventiva”.²⁹

Miriam Sapiro³⁰ chama a atenção para o fato de que a adoção de uma doutrina de guerra preventiva geraria grandes riscos à comunidade internacional. Isso porque faria com que aumentasse significativamente o número de conflitos entre Estados. Ironicamente, até o próprio Iraque poderia ter invocado a idéia de legítima defesa preventiva para justificar um ataque contra os Estados Unidos.³¹

Richard Gardner, Professor de Direito e Organização Internacional na Universidade de Columbia (EUA), chegou a afirmar que “a Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América vai muito longe e não representa boa lei nem boa política”, e que os Estados Unidos “podem proteger-se nesta nova era de terrorismo suicida e de proliferação nuclear sem recorrer à Doutrina Bush.”³²

Sete e seis anos se passaram deste o início dos conflitos no Afeganistão e no Iraque. O regime talibã caiu, Osama Bin Laden não foi encontrado, a Al Qaida ficou enfraquecida mas, infelizmente, ainda existe e atua. Sadam Husein caiu e com ele seu regime, as armas de destruição em massa não foram

29 FALK in PINHEIRO, 2009.

30 SAPIRO, Miriam. Iraq: The Shifting Sands of Preemptive Self-Defense. *American Journal of International Law*, Vol. 97, n. 3, p. 600, July 2003.

31 PINHEIRO, op. cit.

32 GARDNER, 2003, apud McGOLDRICK, 2004, p. 71.

encontradas, assim como indícios de cooperação com os terroristas da Al Qaida. Tenta-se a muito tempo instalar democracia com eleições nestes países sem sucesso, milhares de vidas humanas foram perdidas, atentados terroristas principalmente nestes países são uma constante, sem esquecer de mencionar a quantidade de presos que estão aguardando julgamento em Guantánamo sem qualquer observância do devido processo legal e do direito a ampla defesa. Todavia, os Estados Unidos ainda se mantém nos conflitos sob a tutela do Conselho de Segurança da ONU que se mantém inerte e complacente.

Seriam estes conflitos ainda possíveis de serem justificados com base na legítima defesa preventiva e no artigo 51 da Carta da ONU? Quando o Conselho de Segurança vai se manifestar novamente sobre os conflitos, o que é a sua obrigação nos termos do art. 51? O que fazer agora com este fardo do pós-talibã e do pós-Sadam? O Sr. Lakdar Brahimi, representante especial para o Afeganistão, já no ano de 2003 “deixou claro suas inquietações: para fazer o quê? Com que meios? Por quanto tempo eles serão garantidos?”³³

Para Alain Pellet os Estados Unidos tem uma visão utilitarista da ONU e destaca que não foi encontrado um equilíbrio satisfatório entre as ordens da superpotência e o respeito à regra de direito, “nem para a condução da guerra contra o Afeganistão, nem para futura e indispensável reconstrução deste país, nem mesmo para a luta contra o terrorismo. O impasse criado pela Resolução 1.368, adotada na precipitação de uma inquietação compreensível de solidariedade, é a ilustração mais gritante, e não é a única.”³⁴ A persistência dos conflitos e a completa falta de perspectiva de uma solução demonstram, infelizmente, que o autor parece ter inteira razão.

3 NOVA VISÃO COSMOPOLITA DO USO PREVENTIVO DA FORÇA – POSSÍVEL SOLUÇÃO?

O fato é que depois dos atentados de 11 de setembro a teoria da legítima defesa preventiva voltou com grande vigor ao debate no cenário internacional e muito embora a doutrina majoritária seja veemente contra esta prática e a Corte Internacional tenha se insinuado contrária a tese preventiva³⁵, o Conselho de Segurança não afastou por completo

33 PELLET, op. cit., p. 181

34 Ibid., p. 182.

35 “A CIJ, no celebre processo relativo às atividades militares e paramilitares na Nicarágua deixou claro seu entendimento ao estatuir que a ‘legítima defesa, quer seja individual ou coletiva, só pode ocorrer na

essa idéia, tendo apenas criticado situações em que entendera que as circunstâncias justificadoras do uso da força estavam presentes.³⁶

Ana Flavia Veloso citando Antonio Cassesse, destaca que para este autor embora a legítima defesa preventiva seja proibida pela Carta da ONU ela encontra aceitação crescente entre os Estados. “O autor acredita que a proibição pode não se sustentar diante dos riscos de uma era marcada por ameaças terroristas e pelo desenvolvimento de armas tecnológicas, nucleares e de destruição em massa. Por esta razão, observa, seria conveniente vislumbrar uma evolução do direito internacional que levasse em conta as novas exigências de segurança, mas que, ao mesmo tempo, reduzisse os riscos de abuso pelas grandes e médias potências”.³⁷

Cassesse, todavia, se mostra especialmente preocupado com a possibilidade do uso abusivo desta teoria pelos estados “na medida em que não se sabe ao certo a quem caberia decidir sobre o caráter iminente da ameaça” e por tais razões propõe uma mudança no art. 51 da carta da ONU, onde a “legítima defesa preventiva poderia, assim, ser autorizada pela própria Carta, sob estritas condições, a serem aprovadas por unanimidade em resoluções do Conselho de Segurança e da Assembléia Geral das Nações Unidas”. Tal mudança deveria ser condizente com o novo tempo marcado por atentados terroristas e avanços nucleares, “limitando ao máximo a liberdade de interpretação dos Estados e prevenindo, tanto quanto possível, mediante alteração no direito convencional, as possibilidades de inobservância de seus preceitos.”³⁸

Mesmo sem indicar quais seriam estas mudanças no artigo 51 da Carta, Cassesse toca em dois pontos cruciais para a evolução do uso da legítima defesa preventiva: i) a decisão do uso antecipado da força de forma alguma pode ser feito com base em interpretações unilaterais dos estados; ii) devem estar previstas sanções efetivas e eficazes a exigir dos estados responsabilidade para a tomada da decisão de se usar a força afim de se evitar abusos.

Baseada na necessidade urgente de se buscar uma solução para conciliar o uso da legítima defesa preventiva e o combate as ameaças terroristas, e na crença de que o uso preventivo da força sobre certas circunstâncias pode e deve ser justificado, Allen Buchanan e Robert O. Keohane propõem um modelo

seqüência de uma agressão armada” (VELOSO, 2008, p. 787)

36 CASSESSE, 1986, p. 9-38

37 VELOSO, 2008, p. 787.

38 *Ibid.*, p. 788.

Cosmopolita da legítima defesa preventiva baseado na Responsabilidade, ou Accountability. Seria uma combinação de mecanismos *ex ante* e *ex post* de responsabilidade como condição *sine qua non* para aprovação das ações preventivas. Pode-se traduzir esta concepção como uma Nova Visão Cosmopolita do Uso Preventivo da Força.³⁹

Para estes autores é essencial, primeiramente, enfatizar que o uso preventivo da força não se aplica a qualquer caso e somente se justifica se o seu objetivo “prima face” for buscar acabar ou diminuir o risco de uma ameaça séria de destruição de direitos humanos em larga escala, como é, por exemplo, o caso da ameaça das armas de destruição em massa na mão de terroristas.⁴⁰

Segundo esta nova visão, nenhum estado sozinho poderá decidir por usar preventivamente a sua força militar sem a consulta a outros estados e sem o devido processo de autorização. Neste processo o estado proponente teria que formalizar uma espécie de contrato onde declararia e provaria para os demais estados quais seriam os seus atos e o porque destes, e ainda haveria uma previsão de punições para este estado caso a ação se mostrasse posteriormente inadequada e/ou desnecessária. Seriam os chamados mecanismos *ex ante* e *ex post* de responsabilidade, ou mecanismo de salva-guarda. Com base nos princípios cosmopolitas da “efetividade”, do “respeito mútuo” e da “inclusão”, os estados proponentes devem consultar os outros estados com o fim de demonstrar para a sociedade internacional suas reais intenções antes do efetivo uso da força preventiva. Estes teriam que prestar todo o tipo de informação sobre a ameaça, responder as questões dos outros estados, e aceitar as sanções estabelecidas previamente no acordo.⁴¹

A troca de informações sobre os riscos de violação dos direitos humanos e o resultado que a ação iria provocar para diminuir este risco, incluindo aí os que irão recair sobre pessoas inocentes, seria condição *sine qua non* para a autorização do uso da força. A análise dos custos e benefícios da ação caberia aos vários estados imparciais previamente determinados e organizados através de uma Coalizão Democrática. Esta exigência, baseada no princípio do respeito mútuo, diminui a

39 BUCHANAN, Allen, KEOHANE, Robert O. The Preventive Use of Force: A Cosmopolitan Institutional Proposal. *Etichs & International*. Winter 2004: v. 18.1, p. 1-22. Disponível em: <http://www.cceia.org/resources/journal/18_1/articles/5027.html>.

40 BUCHANAN; KEOHANE, 2004, p. 5.

41 *Ibid.*, p. 11.

possibilidade do uso abusivo da legítima defesa preventiva, uma vez que uma ação não seria autorizada sem uma real justificativa. Este seria, sinteticamente, o mecanismo *ex ante* de responsabilidade.⁴²

Todavia, é possível, mesmo com todas as justificativas e salvaguardas anteriores, que uma ação militar considerada de sucesso possa ainda não ser justificável posteriormente. Daí a necessidade de previsões de responsabilidades e sanções *ex post*. Após o ataque, o estado responsável terá que reportar todas as ações tomadas e permitirá que os outros estados verifiquem, com amplo acesso ao território e a todas as informações disponíveis, se as medidas tomadas realmente foram necessárias e justificáveis. A avaliação dos resultados é essencial para se provar se o uso preventivo da força, bem como os métodos utilizados, corresponderam com as justificativas estabelecidas no processo *ex ante* de responsabilidade.⁴³

Desta avaliação dois resultados extremos podem ocorrer: i) as investigações posteriores ao ataque atestam que a ação preventiva era de fato justificável e se adequou a todas as informações prestadas anteriormente; ii) ou ao contrário, a ação se mostrou desnecessária e passou ao largo das justificativas anteriores. Propõem os autores interessantes conseqüências para as duas hipóteses, quais sejam:

1) Caso seja confirmada a primeira alternativa, é claro que este estado prestou um grande serviço à humanidade e por isto deve receber ajudas financeiras para reconstruir o alvo, principalmente dos estados que decidiram não apoiar o ataque preventivo. Este mecanismo, portanto, previne que estados por motivos exclusivamente políticos não apóiem o ataque mesmo diante das irrefutáveis evidências da necessidade desta ação preventiva que ao final restou de fato provada. A decisão não apoiar uma força de ataque passaria a ser tomada com mais responsabilidade por terceiros estados que se veriam compelidos a prestar ajuda financeira posterior, caso se demonstrasse a real necessidade da ação militar. As decisões neste contexto deixariam de ser arbitrárias e melindrosas e seriam tomadas a partir da análise real da situação. 2) Caso configurado o segundo cenário, restou provado que ação preventiva não era justificável e foi tomada de forma abusiva. O estado que atacou não poderá manter o controle político do alvo, serão aplicadas todas as sanções previstas no mecanismo *ex ante*, inclusive

⁴² BUCHANAN; KEOHANE, op. cit., p.13.

⁴³ Ibid., p.13.

indenizações pesadas aos inocentes, e este terá que dar, sem ajuda de nenhum outro estado, todo o suporte financeiro de reconstrução da infra-estrutura do país atacado. Se o estado souber de todas estas conseqüências anteriormente reguladas, pensará duas vezes antes de arquitetar uma intervenção por motivos de pura dominação e não de preservação dos direitos humanos, evitando-se assim abusos.⁴⁴

Todavia, esta nova visão cosmopolita, apesar de propor este excelente mecanismo de responsabilidade para a legítima defesa preventiva, possui uma falha muito grave no componente que os próprios autores entendem como crucial para o sucesso da sua implementação efetiva, qual seja, a existência de um organismo imparcial e democrático, nos moldes do atual Conselho de Segurança da ONU, encarregado de fazer todas estas avaliações e de fazer cumprir as sanções.

Nos três modelos propostos pelos autores de aplicação desta nova visão: i) propõe-se primeiro que este organismo seja o próprio Conselho de Segurança, mas que seja retirado o poder de veto dos membros-permanentes (hipótese praticamente impossível no atual cenário); ii) no segundo que seja mantido o poder de veto, mas as deliberações do Conselho de Segurança especificamente sobre a legítima defesa preventiva seriam tomadas por maioria de votos independente do veto, o que no final significaria o mesmo modelo do primeiro (também inviável pelo mesmo motivo do primeiro modelo); iii) Seria criado um organismo composto por estados sabidamente democráticos e imparciais para deliberar sobre o uso preventivo da força, pautada pelos princípios cosmopolistas, o que chamaram de Coalizão Democrática, que atuaria conjuntamente com o Conselho de Segurança. Esta coalizão teria o seu próprio processo de responsabilização anterior e posterior da ação preventiva, e quando o Conselho de Segurança não conseguisse resolver um impasse sobre o tema, esta Coalizão poderia atuar em seu lugar.⁴⁵

Logicamente a implementação de qualquer destes modelos será barrada pelos próprios membros-permanentes do Conselho de Segurança, nos termos do art. 108 da Carta de São Francisco. Nenhum deles até o presente mostra qualquer intenção em desistir de parcela do seu poder nas Nações Unidas, principalmente no que diz respeito ao poder de veto. Além disto, esta proposta enfraquece ainda mais o já abalado Conselho de Segurança que por enquanto é o único modelo

⁴⁴ BUCHANAN; KEOHANE, op. cit., p. 14.

⁴⁵ Ibid., p. 16-20.

garantidor da paz e da segurança internacional que detêm a sociedade internacional.

A nova visão Cosmopolita do uso preventivo da força baseada na responsabilidade tem seus méritos por ser uma primeira tentativa de se adequar ao art. 51 da Carta da ONU aos novos tempos das ameaças terroristas, e por propor mecanismos que podem ser muito bem utilizados pelo Conselho de Segurança quando se deparar com propostas de uso da legítima defesa preventiva. Ainda, tirou das mãos dos estados qualquer possibilidade de unilateralmente, com base nos interesses nacionais, decidir sobre a possibilidade do uso preventivo da força, o que corrobora com os princípios da Segurança Coletiva Internacional, ao contrário da interpretação extensiva que vários estados fizeram após o atentado de 11 de setembro de 2001. A solução ainda não veio, mas o importante é caminhar em sua direção, e a tese aqui apresentada deu os seus primeiros passos.

4 CONCLUSÃO

Não há dissenso entre os analistas e doutrinadores internacionais que o direito a legítima defesa precisa ser adaptado às novas circunstâncias após o advento dos atentados de 11 de setembro de 2001. A regra do art. 51 da Carta das Nações Unidas se mostra obsoleta e precisa ser acomodada à chamada era das armas de destruição em massa. Mais necessidade ainda existe no que diz respeito à regulação do uso preventivo da força como medida de combate às ameaças nucleares e terroristas.

Deve-se acabar com o equívoco de se manter na Ordem jurídica Internacional normas imprecisas que favorecem interpretações convenientes aos interesses próprios dos Estados, adotadas principalmente em tempos de crise, como é o caso da legítima defesa preventiva. Michael Akehurst destaca que

o grande defeito nas regras modernas é que geralmente elas são imprecisas. A prática tem feito muito pouco para reduzir esta imprecisão. Muitos Estados querem reter a possibilidade de usar a força em certas circunstâncias, mas sabem que tal interpretação que lhes permitiria fazê-lo, também permitiria que outros Estados usassem da força contra eles. Então, eles mantêm as opções abertas para evitar adotar uma atitude clara em relação ao problema da interpretação. Num momento de crise

o Estado será tentado a explorar certas incertezas no direito; e seu senso de objetividade será perdido, podendo-se genuinamente chegar a acreditar na duvidosa interpretação de que cabe a seus interesses ser bem fundada. (Grifos do autor e tradução nossa.)⁴⁶

Sobre a conveniência da mudança, Alain Pellet afirma que “os juristas são como as forças armadas – sempre atrasados frente a uma guerra. [...] Mesmo em situações de crise como esta, algo de bom pode surgir. Os grandes avanços do direito internacional sempre foram fruto de grandes crises. Neste sentido, o doloroso desabamento das Torres Gêmeas poderia oferecer a dramática oportunidade de se começar a construir o direito internacional do século XXI.”⁴⁷

A teoria da legítima defesa preventiva voltou com muita força nesta virada de século. Seu grande poder apelativo frente ao público é inegável, assim como a sua lógica. Diante de tantas ameaças que podem significar milhões de vidas humanas perdidas em um só ato de agressão, tais como um único vírus letal espalhado em uma grande cidade, ou uma bomba nuclear detonada em um centro urbano, a proibição simples e pura de se utilizar a legítima defesa preventiva não se sustentará por muito mais tempo. Esta teoria tende a ser bem aceita por chefes de estado pressionados pela opinião pública de seu país eivada pelo medo do terror. Se este mecanismo for o único possível para se salvar tais vidas a sua tendência é de plena aceitação.

O problema do recurso à teoria da legítima defesa preventiva é a sua ambigüidade. Sob as circunstâncias corretas, ela pode ser uma medida eficaz e de baixos custos e riscos, capaz de acabar previamente com uma ameaça real de agressão. Sob as circunstâncias erradas pode gerar uma calamidade antecipada e desnecessária, ferindo os direitos humanos que a princípio visava defender. A nova regra a ser cunhada deve sempre ter estas premissas como balizadoras.

É necessário que os membros da ONU se antecipem a este problema de falta de regulação e assim o façam. Não basta mais negar a legalidade da legítima defesa preventiva perante o direito internacional. Mas ao contrário, é preciso tornar este mecanismo legal e preciso, de modo que o uso preventivo da força possa ser

⁴⁶ AKEHURST, Michael. *A modern introduction to international law*. 7. ed. London & New York: Routledge, 1997. p. 341.

⁴⁷ PELLET, 2003, p. 178.

utilizado com responsabilidade, proporcionalidade, efemeridade, excepcionalidade e necessidade, e que nunca seja baseado somente na interpretação da ameaça hostil por um único estado, mas que seja por um conjunto significativo destes.

O Sistema da Carta das Nações Unidas, afirma Thomas M. Frank, é baseado em dois estandartes: um substantivo e um processual. As circunstâncias, prioridades e até mesmo os valores universais mudam. As normas substantivas devem se adaptar. Todavia, sob um aspecto a norma processual não deve se adaptar. A noção básica de processo prevista na Carta da ONU é que toda a nação, antes de tomar uma ação militar precisa demonstrar para seus pares uma avassaladora e iminente necessidade. Sem esta central salva-guarda processual as relações internacionais não foram tomadas de acordo com as regras do direito.⁴⁸

A premissa do multilateralismo é tão importante no direito internacional que até o mesmo os Estados Unidos quando do início dos conflitos do Afeganistão e do Iraque, mudou o seu posicionamento e não mais justificou formalmente as intervenções com base na sua própria interpretação extensiva do direito à legítima defesa preventiva do art. 51 da Carta. Entendeu que politicamente seria mais benéfico se basear nas resoluções do Conselho de Segurança da ONU, mesmo que de forma equivocada.

Portanto, muito embora até o momento não seja possível vislumbrar uma norma substitutiva ou complementar ao art. 51 da Carta de São Francisco, as Nações Unidas não podem renunciar ao seu papel fundamental de mantenedora da paz e da segurança internacional e não podem mais ignorar o problema existente sobre a aplicação da legítima defesa preventiva. Por mais difícil que seja determinar um conceito de ameaça hostil capaz de autorizar o uso antecipado da força no seu combate, não se pode mais aceitar que um estado sozinho assim o faça e utilize da sua força ao alvedrio do Conselho de Segurança, sem qualquer processo de justificativa e ações de responsabilidade.

⁴⁸ FRANK, 2005, p. 183.

REFERÊNCIAS

- AKEHURST, Michael. *A modern introduction to international law*. 7. ed. London & New York: Routledge, 1997.
- BUCHANAN, Allen, KEOHANE, Robert O. *The Preventive Use of Force: A Cosmopolitan Institutional Proposal*. *Etichs & International*. Winter 2004: v. 18.1, p. 1-22. Disponível em: <http://www.cceia.org/resources/journal/18_1/articles/5027.html>.
- DAWOOD, Layla; DINIZ, Eugênio; JÚNIOR, Domício Proença. Comentário ao Artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Comentário à Carta das Nações Unidas*. Belo Horizonte: CEDIN, 2008.
- DIH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- FALK, Richard. *What future for the UN charter system of war prevention?* TFF, June 23, 2003. Disponível em: <http://www.transnational.org/SAJT/forum/meet/2003/Falk_UNCharter.html>.
- FRANK, Thomas M., Legitimacy After Kosovo And Iraq. In: CRNIC-GROTIC, Vesna, MATULOVIC, Miomir. (org.). *International Law and The Use of Force at The Turn of Centuries. Essays in honour of V.D. Degan*. Rijeka: Faculty of Law, University of Rijeka, 2005.
- FRANK, Thomas M. Recourse to Force. *State Action Against Threats and Armed Attacks*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- GARDNER, Richard N. Neither Bush nor the “Jurisprudes”. *AJIL*, Vol. 97, n. 3, Jul. 2003, pp. 585-590. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0002-9300%28200307%29%3A3%3C585%3ANBNT%22%3E20.CO%3B2-X>>.
- McGOLDBRICK, Dominic. *From ‘9-11’ to the ‘Iraq War 2003’*: International law in an age of complexity. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2004.
- PELLET, Alain. Terrorismo e Guerra. O que fazer das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Terrorismo e Direito. Os impactos*

do terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil: Perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PINHEIRO, Leonardo Guerreiro C. *Guerra do Iraque: Análise de sua legalidade frente ao Direito Internacional contemporâneo*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32101/31338>>.

SAPIRO, Miriam. Iraq: The Shifting Sands of Preemptive Self-Defense. *American Journal of International Law*, Vol. 97, n. 3, July 2003.

VELOSO, Ana Flávia, Comentário ao Artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Comentário à Carta das Nações Unidas*. Belo Horizonte: CEDIN, 2008.

VELOSO, Ana Flávia. *O Terrorismo Internacional e a Legítima Defesa no Direito Internacional: O Artigo 51 da Carta das Nações Unidas*. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Terrorismo e Direito. Os impactos do terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil: Perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAFT IV, William H.; BUCHWALD, Todd F. Preemption, Iraq, and International Law. *American Journal of International Law*, v. 97, n. 3, 2003. Disponível em: <[http://links.jstor.org/sici?sici=0002-9300\(200307\)97%3A3%3C557%3APIAIL%3E2.0.CO%3B2-1](http://links.jstor.org/sici?sici=0002-9300(200307)97%3A3%3C557%3APIAIL%3E2.0.CO%3B2-1)>.

TALMON, Stefan. The Security Council as World Legislature. *American Journal of International Law*, Vol. 99, n. 1 (January 2005).

