

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção I

Direitos Humanos

Análise dialética da legítima defesa antecipatória: O contraste entre a Doutrina Bush e o Direito Internacional

Hidemberg Alves da Frota*

Sumário: 1 Introdução. 2 Os argumentos favoráveis. 2.1 Os atentados terroristas como espécies de “ataque armado”. 2.2 A teoria da autorização tácita. 2.3 A defasagem da Carta da ONU e da jurisprudência da CIJ. 2.4 A primazia do Direito Internacional Consuetudinário (incidente *The Caroline*). 3 Os pontos críticos. 3.1 A afronta à Doutrina Webster e às resoluções do CS/ONU. 3.2 O desrespeito ao Direito Internacional e o aumento da insegurança mundial. 3.3 A ausência de balizas jurídicas expressas. 4 A intervenção humanitária unilateral. 5 Os desafios do Direito Internacional Humanitário em face da Doutrina Bush. 6 Conclusão.

1 Introdução

A Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), de 26 de junho de 1945, preconiza, em regra, a solução pacífica das controvérsias internacionais e apenas excepcionalmente chancela o uso da força.

Em geral, devem os Estados-Membros da ONU 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 (art. 2.4).

Restringe-se o uso da força por Estado-Membro da ONU a duas hipóteses: (1) se houver expressa autorização do Conselho de Segurança (art. 42); (2) em razão de legítima defesa, em resposta a

* Hidemberg Alves da Frota é Bacharel em Direito pelo Curso de Direito do Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

ataque em seu território, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais (art. 51)¹.

Ao albergar a segunda exceção acima mencionada, o art. 51 da Carta de São Francisco reconheceu, em relação aos Estados-Membros da ONU, o direito individual e coletivo à legítima defesa ante a ocorrência de ataque armado². Trata-se de princípio provento no Direito Internacional, já tradicional nas relações internacionais mesmo antes do advento da Carta da ONU³.

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 invasão do Afeganistão (iniciada em 7/10/2001⁴) e do Iraque (a partir de 20/3/2003⁵), ambas capitaneadas pelos Estados Unidos da América, enseja a definição de qual seria a melhor exegese para o princípio da legítima defesa no contexto da nova ordem mundial surgida após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001.

¹ SOFAER, Abraham D. On the necessity of pre-emption. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 14, n. 2, p. 212, apr. 2003.

² Idem, ibidem.

³ BEARD, Jack M. America's new war on terror: the case for self-defense under International Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 559, mar. 2002.

⁴ GUERRA: EUA bombardeiam o Afeganistão. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 8 out. 2001. Mundo, p.A9.

⁵ DÁVILA, Sérgio. EUA invadem Iraque: Saddam lança mísseis Scuds contra o Kuwait. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 mar. 2003. Mundo, p.A3.

2. Os argumentos favoráveis

Depois dos atentados terroristas do 11 de setembro e ao longo do primeiro mandato do atual presidente dos EUA, George Walker Bush, juristas estadunidenses buscaram ponderar acerca do fundamento jurídico para a política externa belicista dos Estados Unidos emergida nesse período.

2.1 Os atentados terroristas como espécies de “ataque armado”

Para Jack M. Beard, da Universidade de Georgetown, Conselheiro do Departamento de Defesa dos EUA, a invasão do Afeganistão pelos Estados Unidos respeita o princípio da legítima defesa irradiado pelo art. 51 da Carta da ONU, o que se comprovaria pelo respaldo internacional ao entendimento do governo norte-americano, segundo o qual os atos terroristas em tela configuram ataque armado orquestrado com a anuência de outro Estado-Nação⁶.

Sobre a chancela internacional à ótica norte-americana, Beard assinala o posicionamento unânime tanto do Conselho do Atlântico Norte (órgão da Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN), em reunião de cúpula de 12 de setembro 2001, quanto dos membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) que ratificaram o Tratado Interamericano de Assistência Mútua (o “Tratado do Rio”), na conferência de 22 de setembro de 2001⁷.

Ao defender o uso da força pelos Estados Unidos contra a al-Qaeda e o Afeganistão, Beard recorda as Resoluções n. 1.368 e n. 1.373, ambas de 2001, por meio das quais o Conselho de Segurança da ONU verificou que os atentados terroristas do 11 de setembro acarretaram, nos termos do art. 51 da Carta da ONU, o direito ao exercício da legítima defesa individual ou coletiva⁸.

2.2 A teoria da autorização tácita

Abraham D. Sofaer, da Universidade de Stanford, ex-assessor do Departamento de Estado dos EUA, inclui como decorrência do

⁶ BEARD, op. cit., p. 568.

⁷ Idem, ibidem, p. 568-570.

⁸ Idem, ibidem, p. 565.

direito inerente de legítima defesa os ataques preventivos contra Estados que tendem a usar, no futuro próximo, armas de destruição massiva, caso tenham sido exauridos todos os “meios razoáveis”⁹ de solução pacífica para o litígio.

A exemplo da invasão do Iraque, o uso da força, ensina Sofaer, prescinde do explícito beneplácito do Conselho de Segurança da ONU preceituado de forma tácita pelo art. 42 da Carta da ONU, bastando que o Estado-alvo da futura ação militar esboce conduta contrária a resoluções anteriores do CS/ONU¹⁰.

2.3 A defasagem da Carta da ONU e da jurisprudência da CIJ

Michael J. Glennon, da Universidade da Califórnia, não apenas ecoa o descontentamento de juristas norte-americanos com a interpretação literal da Carta da ONU (em particular do art. 51), como também advoga, enquanto não se ajusta tal ato internacional à hodierna conjuntura internacional, fazer-se tábula rasa dele, em nome do juízo de conveniência e oportunidade de cada governo, ditado pelo combate ao terrorismo, providência, após o 11 de setembro, encarada como essencial à sobrevivência dos Estados nacionais¹¹.

O repúdio de Glennon ao sistema normativo da ONU se embasa na interpretação autêntica do art. 51 da Carta de São Francisco, proferida pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (CIJ), considerada por ele “irrealista”¹² e “autoritária”¹³, porquanto, fincado no dispositivo em testilha, o Tribunal de Haia assentou que (1) “não consubstancia ‘ataque armado’ o fornecimento de armas e suporte logístico a terroristas”¹⁴; (2) “é *per se* desproporcional e ilegal o uso defensivo de força para depor governo que proporciona um

⁹ SOFAER, op. cit., p. 226 [tradução nossa].

¹⁰ Idem, ibidem, p. 224.

¹¹ GLENNON, Michael J. The fog of Law: self-defence, inherence, and incoherence in article 51 of the United Nations Charter. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 539-558, mar. 2002.

¹² Idem, ibidem, p. 541 [tradução nossa].

¹³ Idem, ibidem, loc. cit. [tradução nossa].

¹⁴ Idem, ibidem, loc. cit. [tradução nossa].

porto-seguro a terroristas”¹⁵; (3) “legítima defesa antecipatória é proibida porque não ocorreu ‘ataque armado’”¹⁶.

Em *Nicarágua vs. Estados Unidos da América* (27/6/1986), a CIJ deparou com “o argumento de que a Nicarágua teria executado ataque armado contra El Salvador”¹⁷. De tal linha de raciocínio se valeu os EUA, almejando justificar ação armada contra a Nicarágua e em favor de El Salvador.

À época, os Estados Unidos alegaram perante a CIJ que o ataque armado da Nicarágua, em detrimento de El Salvador, teria se concretizado pelo provimento de armas e ajuda correlata aos rebeldes que tentavam depor o governo salvadoreño¹⁸. A CIJ discordou dos EUA, ao condicionar o ataque armado à existência de apoio ativo, ou seja, ao envio de tropas armadas e envolvimento substancial congênere¹⁹.

O julgado em comento se choca com a chamada *Doutrina Bush* (corporificada na Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos, de setembro de 2002²⁰), que “se nega a distinguir entre terroristas e aqueles que os abrigam”²¹. Em outras palavras, fosse a Corte Internacional de Justiça instada a se pronunciar sobre a invasão do Afeganistão pelos EUA, o precedente de *Nicarágua vs. EUA* levaria a CIJ a julgá-la ilícita, haja vista plasmar conduta passiva a do Estado que oferece a terroristas equipamentos, treinamento e recursos financeiros²².

Desde *Nicarágua vs. EUA*, a Corte Internacional de Justiça tem untado a aplicação do art. 51 da Carta da ONU ao princípio da proporcionalidade, isto é, a legítima defesa deve equivaler ao mal que enseja combater²³. Por isso, aos olhos da CIJ, soaria desarrazoado en-

¹⁵ Idem, ibidem, p. 545 [tradução nossa].

¹⁶ Idem, ibidem, p. 546 [tradução nossa].

¹⁷ Idem, ibidem, p. 542.

¹⁸ Idem, ibidem, loc. cit.

¹⁹ Idem, ibidem, loc. cit.

²⁰ NOLTE, Georg. Preventive use of force and preventive killings: moves into a different legal order. *Theoretical Inquiries in Law*: liberty, equality, security, Tel Aviv, v. 5, n. 1, p. 111, jan. 2004.

²¹ GLENNON, op. cit., p. 543 [tradução nossa].

²² Idem, ibidem, loc. cit.

²³ Idem, ibidem, p. 545.

xerger juridicidade na ocupação de um país por exércitos estrangeiros que, tal qual o Afeganistão teocrático do regime talibã, incentiva de maneira indireta atos terroristas em outras nações²⁴.

Ademais, a CIJ se curvaria à estrita observância do art. 51 da Carta da ONU, que, *a contrario sensu*, veda a legítima defesa preventiva, visto que somente vislumbra a legítima defesa em caso de prévio ataque armado²⁵. Em suma, a irrepreensível deferência ao comando em apreço impediria quaisquer ações armadas acautelatórias de vulto.

Conquanto ciente da ameaça terrorista oriunda de nação estrangeira, o Estado nacional teria de esperar os atentados terroristas se materializarem, para, aí sim, cogitar de atacar o país de onde provêm tais terroristas.

2.4 A primazia do Direito Internacional Consuetudinário (incidente *The Caroline*)

Jutta Brunnée, da Universidade de Toronto, e Stephen J. Toope, da Fundação Pierre Elliott Trudeau, à semelhança de Beard²⁶, enaltecem o Direito Internacional Costumeiro e, por conseguinte, assim como Sofaer²⁷, recomendam, em prol dos ataques armados acautelatórios, acolher-se o incidente *The Caroline* como paradigma consuetudinário a prevalecer sobre o contido no art. 51 da Carta da ONU²⁸.

Em 1837 eclodia no Canadá rebelião contra as autoridades britânicas, endossada por americanos que, em solidariedade aos emancipacionistas canadenses, armaram-se e adentraram ilegalmente no país vizinho, contando com a complacência extra-oficial do Governo Federal dos EUA, desinteressado em enrijecer a fiscalização de fronteira²⁹.

Em 13 de dezembro de 1837, destacamento rebelde liderado por estadunidense assume controle de Navy Island, território do Ca-

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 546.

²⁵ Idem, *ibidem*, loc. cit.

²⁶ BEARD, op. cit., p. 559.

²⁷ SOFAER, op. cit., p. 220.

²⁸ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. The use of force: International Law after Iraq. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 53, n. 4, p. 792, oct. 2004.

²⁹ Idem, *ibidem*, p. 214.

nadá situado às margens do rio Niágara, que passou a receber suprimentos e insurgentes provenientes dos Estados Unidos, transportados pelo vapor *The Caroline*³⁰.

Em 29 de dezembro de 1837³¹, os britânicos atravessaram o sobredito rio e chegaram no Estado de Nova York, onde capturaram o *The Caroline*, lançado “nas quedas no Niágara”³², matando “dois cidadãos americanos”³³.

No semestre seguinte veio à tona a peleja diplomática britânico-americana³⁴. O Reino Unido alegou a necessidade de se preservar e se defender³⁵ dos rebeldes que atuavam em solo canadense, vindos de Nova York³⁶ e beneficiados pela omissão (voluntária ou não) do Poder Público estadunidense³⁷. Contudo, na concepção dos Estados Unidos, naquela circunstância falecia aos britânicos o direito à legítima defesa e aos ataques preventivos. Para os EUA, o uso da força só se justificaria caso constituísse necessidade, nas palavras do então secretário de Estado Daniel Webster, “instantânea, avassaladora, sem deixar meios alternativos e tempo para deliberação”³⁸.

Transladando o pensamento de Webster para os dias atuais, a posição dos EUA no incidente *The Caroline* indicaria a possibilidade de se efetivar ação armada antecipatória (ainda que à revelia do art. 51 da Carta da ONU³⁹ e da jurisprudência da CIJ⁴⁰), desde que se

³⁰ Idem, ibidem, p. 215.

³¹ Idem, ibidem, loc. cit.

³² McHUGH, James J. Forcible self-help in International Law. In: LILLICH, R. B.; MOORE, J. N. (Org.). *U.S. Naval College International Law Studies*. Rhode Island: Naval War College, 1980. v. 62, p. 173. Apud VELLOSO, 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. *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 192 [tradução da autora].

³³ Idem, ibidem, loc. cit.

³⁴ SOFAER, op. cit., p. 215.

³⁵ Idem, ibidem, loc. cit.

³⁶ Idem, ibidem, p. 219.

³⁷ Idem, ibidem, p. 216.

³⁸ Idem, ibidem, p. 219 [tradução nossa].

³⁹ BRUNNÉE; TOOPE, op. cit., p. 792.

⁴⁰ Idem, ibidem, p. 796.

trate de Estado-Nação que haja propiciado, no mínimo, apoio tácito a terroristas⁴¹ e tenha se recusado a coibir tais atividades ilícitas, negando-se, por exemplo, a extraditá-los⁴².

3 Os pontos críticos

3.1 A afronta à Doutrina Webster e às resoluções do CS/ONU

Irene Gendzier, da Universidade de Boston, constata: mesmo ignorando o inscrito no art. 51 da Carta da ONU, e seguindo, em vez de tal dispositivo, a orientação de Daniel Webster, veiculada no incidente *The Caroline*, permanecem os Estados Unidos demonstrando excessivo belicismo, manifesto na invasão do Iraque⁴³, na qual restou nítida a falta de “evidências incontrovertidas de um ataque iminente”⁴⁴ aos EUA e a seu povo por parte do, à época, ditador iraquiano Saddam Hussein.

Como resultado da ausência de indícios plausíveis a abonarem essa ocupação acautelatória do território iraquiano, a guerra preventiva deflagrada pelos Estados Unidos contra o Iraque se tornou “indistinguível de uma autêntica agressão”⁴⁵.

Devika Hovell, da Universidade da Nova Gales do Sul, apregoa a interpretação extensiva da legítima defesa inserta no art. 51 da Carta da ONU, de modo que abarque em seu campo de incidência os ataques preventivos validados pela Doutrina Webster, norma consuetudinária com mais de 150 anos de tradição, a exceder em muito a legitimidade da exegese absolutamente fiel ao sentido de legítima defesa vislumbrado pelos elaboradores da Carta de São Francisco⁴⁶.

Porém, Hovell repele a tentativa de alicerçar a Doutrina Bush na Doutrina Webster, porque aquela, ao reverso desta, dispensa o re-

⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 795.

⁴² Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁴³ GENDZIER, Irene. Reflections on the U.S. invasion of Iraq: evidence, International Law, and Past Policy. *Nexus: a journal of opinion*, Orange, v. 9, p. 2-3, jan./dez. 2004.

⁴⁴ RECORD, Jeffrey. The Bush Doctrine and the war with Iraq. *Parameters*, v. 32, n. 1, p. 6-7, 2003, apud GENDZIER, op. cit., p. 3 [tradução nossa].

⁴⁵ Idem, *ibidem*, apud GENDZIER, op. cit., p. 6 [tradução nossa].

⁴⁶ HOVELL, Devika. Chinks in the armour: International Law, terrorism and the use of force. *University of New South Wales, Sydney*, v. 27, n. 2, p. 404, jul./dez. 2004.

quisito do ataque imediato: adota a legítima defesa preventiva mesmo se indeterminados o momento e o local do ataque armado e leva em conta tanto a ameaça a curto prazo quanto as de médio e longo prazos⁴⁷.

Enquanto a Doutrina Webster exigiria que se tratasse de iminente atentado terrorista, para a Doutrina Bush é suficiente a existência de meros indícios sobre possíveis atos terroristas virem a lume em evento futuro e incerto.

Alinhavando opinião pessoal, o diplomata Mahmoud Hmoud, primeiro-secretário da Missão Permanente da Jordânia na ONU, aprimora a reflexão desvelada por Gendzier e Hovell, ao censurar a invasão americana no Iraque não apenas sob o ângulo da “Fórmula Webster”⁴⁸, como também das Resoluções n. 678, n. 687 e n. 1.441⁴⁹, atos do Conselho de Segurança nos quais se ancorou os Estados Unidos ao cientificarem a ONU acerca do início das operações militares que redundariam na ocupação do Iraque e na queda de Saddam Hussein e de seu Partido Ba’ath⁵⁰.

O espeque jurídico da invasão do Iraque – salienta Hmoud – fixou-se nestas duas falsas premissas:

- (1) a execução de relevantes resoluções do Conselho de Segurança atinentes ao desarmamento do Iraque, com o fito de restaurar a paz e a segurança internacional, e
- (2) o direito de os Estados Unidos exercerem a legítima defesa contra a ameaça representada pelo Iraque⁵¹.

Consoante se asseverou alhures, com a finalidade de desencadear a Segunda Guerra do Golfo, o governo dos EUA se apoiou nas Resoluções CS/ONU n. 678, n. 687 e n. 1.441. A Resolução n. 678 permitira o uso da força contra o Iraque na Primeira Guerra

⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 417.

⁴⁸ HMOUD, Mahmoud. The use of force against Iraq: occupation and Security Council Resolution n. 1.483. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 36, n. 3, p. 444, set./dez. 2003 [tradução nossa].

⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 435.

⁵⁰ O’CONNELL, Mary Ellen. *The myth of preemptive self-defense*. Washington D.C.: ASIL, 2002. p. 2.

⁵¹ HMOUD, *op. cit.*, p. 438.

do Golfo⁵². A Resolução n. 687 decretara o cessar-fogo, ao impor ao Iraque diversas sanções, inclusive a de efetivar maciço desarmamento⁵³. Por fim, a Resolução n. 1.441 servira de ultimato para o Iraque se ajustar às prévias exigências desarmamentistas por completo e de uma vez por todas⁵⁴.

Como, segundo os EUA, o Iraque insistira em continuar aquém do inteiro cumprimento de tais determinações do CS/ONU, o governo norte-americano, ao encontro do antecitado magistério de Sofaer⁵⁵, viu-se tacitamente autorizado pelo Conselho de Segurança a efetuar nova intervenção armada em solo iraquiano, porque, ademais, o não-adimplemento das Resoluções n. 687 e n. 1.441 faria a Resolução n. 678 readquirir vigência e assim avalizar novel investida dos EUA contra o Iraque⁵⁶.

Entretanto, acentua Hmoud, refoge das três resoluções em debate conteúdo de onde se extraia o beneplácito para os ataques preventivos orquestrados pelos Estados Unidos em 2003, porquanto, em se tratando de decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas, não há falar em chancela tácita, nem se cogita moldar a interpretação de suas decisões (atos executórios) de acordo com critérios peculiares de dado Estado-Membro⁵⁷.

As resoluções do CS/ONU, por terem caráter obrigatório para todos os Estados-Membros das Nações Unidas, não se prestam a interpretações *a contrario sensu*. Quaisquer permissões emanadas do Conselho de Segurança para uso da força só ocorrem de forma expressa, sem ambigüidades ou margem para dúvida.

Cabe privativamente ao Conselho de Segurança – por explícita vontade sua e sem a intermediação de Estado-Membro ou qualquer outro ator internacional – estabelecer o fim de cessar-fogo decretado pelo próprio CS, a quem incumbe também a competência privativa de definir o campo de incidência de suas resoluções, o

⁵² Idem, *ibidem*, p. 436 [tradução nossa].

⁵³ Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 440.

⁵⁵ SOFAER, op. cit., p. 224.

⁵⁶ HMOUD, op. cit., p. 436.

⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 441-442.

método pelo qual serão materializadas e as sanções advindas de sua violação⁵⁸.

A Resolução n. 678, de 22 de novembro de 1990, dispunha sobre matéria diversa, concernente à autorização para ataques contra o Iraque, visando a coibir sua ocupação ilícita do Kuwait, em andamento naquele início de década⁵⁹. A Resolução n. 687, de 3 de abril de 1991, oficialmente finalizara aquele conflito e ordenara o desarmamento do Iraque⁶⁰. E a Resolução n. 1.441 reforçara os termos da Resolução n. 687, alertando o Iraque para as “sérias conseqüências”⁶¹ que surgiriam se persistisse em desprezar o processo de desarmamento⁶².

Na realidade, em nenhuma das três resoluções em testilha o Conselho de Segurança cancelara nova invasão e ocupação do Iraque⁶³.

À época da primeira resolução mal principiava a Primeira Guerra do Golfo. A segunda centrou-se em encerrar a contenda militar de então e desarmar o Iraque. E a terceira enfatizou a necessidade de o Iraque completar o desarmamento de uma vez por todas. Em nenhum de tais diplomas aventaram-se ataques armados como punição para eventual resistência do Iraque ao desarmamento com o qual o próprio país havia concordado⁶⁴.

Demais disso, careceram os Estados Unidos de direito de legítima defesa estribada na Doutrina Webster, uma vez que, nesse caso, teria de estar patente que o Iraque, em 2003, oferecia aos EUA e aos demais integrantes da Coalizão ameaça iminente e avassaladora⁶⁵.

Desde a adoção da Resolução n. 1.441, os inspetores internacionais não descobriram qualquer material em posse do governo Saddam Hussein que ensejasse risco de tamanha monta à soberania e integridade de tais nações⁶⁶.

⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 441.

⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 439.

⁶⁰ Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 441 [tradução nossa].

⁶² Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁶³ Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁶⁴ Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 444.

⁶⁶ Idem, *ibidem*, loc. cit.

No mais, os ensinamentos de Daniel Webster sinalizam a importância de as ofensivas armadas acautelatórias serem *ultima ratio*, expedientes derradeiros, após esgotadas todas as alternativas mais benignas.

Por último, olvidou-se outro requisito websteriano essencial, o princípio da proporcionalidade. Os Aliados, sob a liderança dos Estados Unidos, não se limitaram a destruir o já deficitário aparato militar do Iraque. Desmontaram-lhe o aparelho estatal, redesenharam a economia e o regime político, a ponto de ocupar e intervir drasticamente nos rumos do país por tempo, ao menos de início, indeterminado⁶⁷.

3.2 O desrespeito ao Direito Internacional e o aumento da insegurança mundial

Infensa às tendências de se conferir juridicidade à legítima defesa antecipatória bushiana por meio da relativização tanto do art. 51 da Carta da ONU quanto da Doutrina Webster, Mary Ellen O'Connell, da Universidade Estadual de Ohio, em relação à referida modalidade de ataque preventivo, sublinha estas deficiências:

1) A legítima defesa antecipatória não se identifica com estas duas hipóteses de emprego de força prescritas pela Carta da ONU: a) explícita autorização do Conselho de Segurança (art. 2.4); b) existência de anterior agressão armada (art. 51), em relação à qual o Estado a ser atacado possa ser “legalmente responsabilizado”⁶⁸, o que importa ter cedido agentes públicos seus para integrarem os grupos terroristas⁶⁹.

2) Para consubstanciar legítima defesa lícita, seria imprescindível atender aos princípios da necessidade e proporcionalidade, isto é, ater-se a alvos militares e se interromper a ação militar caso tenha acarretado “perda de vidas inocentes ou destruição de propriedade privada”⁷⁰.

3) Apesar de louvar a legítima defesa antecipada, o governo dos EUA oficialmente se mantém compromissado em respeitar a

⁶⁷ Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁶⁸ O'CONNELL, op. cit., p. 7 [tradução nossa].

⁶⁹ Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁷⁰ Idem, *ibidem*, loc. cit. [tradução nossa].

Carta da ONU e o Direito Internacional, os quais não se compadecem com tais expedientes belicistas⁷¹, historicamente condenados pelos Estados Unidos⁷².

4) Agrava os níveis mundiais de violência, ao incentivar, de maneira indireta, o emprego de ataques preventivos por outros Estados nacionais⁷³. Exemplo disso é a aplicação da política antiterror, nos moldes da Doutrina Bush, pela Nova Doutrina de Segurança Nacional da Federação Russa, reformulada em 2000 por força do recrudescimento do conflito na Tchecôquia⁷⁴. Apesar de preceder àquela, esta se consolidou em setembro de 2004, após o sangrento seqüestro coletivo promovido por insurgentes tchecos em escola de ensino fundamental no sul da Rússia, quando o governo russo passou a ver no combate aos rebeldes da Tchecôquia uma extensão da guerra global contra o terrorismo liderada pelos EUA⁷⁵.

Legítima defesa antecipada forneceria fundamento jurídico para o Paquistão atacar a Índia, o Irã atacar o Iraque, a Rússia atacar a Geórgia, o Azerbaijão atacar a Armênia, a Coreia do Norte atacar a Coreia do Sul, e assim sucessivamente. Qualquer estado que acredita que outro regime lhe oferece possível ameaça futura – independentemente de evidência – poderia citar a invasão do Iraque pelos Estados Unidos⁷⁶.

3.3 A ausência de balizas jurídicas expressas

Ao esquadriharem o dogma da legítima defesa antecipada, Brunnée e Toope notam a sua carestia de esteio legal ou jurídico, ao transferir para determinado Estado nacional o direito de estipular, a seu talante, se e quando deve exercitar a “justa guerra preventiva”⁷⁷.

⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 15.

⁷² Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁷³ Idem, *ibidem*, p. 19.

⁷⁴ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. Slouching towards new “just” wars: International Law and the use of force after September 11th. *Netherlands International Law Review*, Amsterdam, v. 6, n. 3, p. 374-375, oct./dec. 2004.

⁷⁵ HOVELL, op. cit., p. 418. Nesse sentido: NOLTE, op. cit., p. 127-128.

⁷⁶ O’CONNELL, op. cit., p. 19.

⁷⁷ BRUNNÉE; TOOPE, op. cit., p. 374.

Louvando a invasão e ocupação de Estados soberanos que patrocinam, ostensiva ou discretamente, organizações terroristas ou ambicionam usar armas de destruição massiva, a Doutrina Bush entende que assim homenageia a dignidade humana e a paz mundial.

À primeira vista, haveria, portanto, inegável fundamento técnico-jurídico a corroborar a política norte-americana de ações militares preventivas. Porém, a proteção dos direitos humanos e da segurança coletiva – ressaltam Brunnée e Toope – tem sido o pretexto usado desde o final da Segunda Guerra Mundial para legitimar as mais diversas propostas e intenções de uso da força⁷⁸.

Muitas intervenções de suposto cunho humanitário orquestradas pela Europa ao longo da história ocultaram, na realidade, interesses de caráter colonial ou imperialista⁷⁹.

4 A intervenção humanitária unilateral

No bojo da implementação da legítima defesa antecipada, a Doutrina Bush recendeu a preocupação do governo dos Estados Unidos em combater e evitar a ascensão de “regimes violadores dos direitos humanos de seus cidadãos”⁸⁰ como profilaxia contra a difusão do terrorismo, mormente nas nações islâmicas⁸¹.

Conquanto possua traços similares aos da Doutrina Bush, o dogma da intervenção humanitária se finca em requisitos mais rigorosos:

1) Existência de graves abusos de direitos humanos, sob o ângulo quantitativo e qualitativo, resultando em irreparáveis danos e perda de vida humana em larga escala (v.g., limpeza étnica, genocídio iminente ou em andamento e crimes contra a humanidade equivalentes)⁸².

2) Inércia desarrazoada do Conselho de Segurança das Nações Unidas e ausência de proibição expressa por parte desse à almejada intervenção humanitária⁸³.

⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 377.

⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 381.

⁸⁰ HOVELL, *op. cit.*, p. 418 [tradução nossa].

⁸¹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

⁸² Idem, *ibidem*, p. 423.

⁸³ Idem, *ibidem*, p. 424.

3) Risco iminente ou efetivo à integridade física de seres humanos e exaurimento de quaisquer opções não-militares para acabar com a crise humanitária⁸⁴.

4) A ação militar deve ter grande chance de sucesso e se abster de quaisquer excessos, durando apenas enquanto for absolutamente imprescindível para a salvaguarda das vidas humanas ameaçadas⁸⁵.

5) Consistir em intervenção que goze de respaldo da sociedade internacional, em particular dos povos da região do globo e do país onde se desnova tal operação militar⁸⁶.

6) Haver genuíno propósito humanitário a nortear a ocupação, sobrepondo-se a quaisquer outros interesses, inclusive econômicos⁸⁷.

A sobrevivência do Direito Internacional depende da minudente regulamentação da intervenção humanitária, uni ou multilateral, sob pena de os Estados nacionais se valerem amiúde e à exaustão de razões humanitárias para disseminar as mais diversas ações militares⁸⁸. A par disso, as ordens jurídicas internas e o ordenamento jurídico internacional precisam aperfeiçoar o controle da sociedade sobre as políticas de defesa e antiterror, criando mecanismos legais mais rigorosos no sentido de demandar não só consistentes fundamentos jurídicos à legítima defesa antecipatória, como também cristalina exposição de fatos idôneos que tornem inafastável o emprego de tais ações militares⁸⁹.

5 Os desafios do Direito Internacional Humanitário em face da Doutrina Bush

O Direito Internacional Humanitário destina-se a limitar os efeitos, meios e métodos de conflitos armados, em benefício dos indivíduos que não participam (ou já deixaram de participar) das hostilidades⁹⁰.

⁸⁴ Idem, ibidem, loc. cit.

⁸⁵ Idem, ibidem, loc. cit.

⁸⁶ Idem, ibidem, loc. cit.

⁸⁷ Idem, ibidem, loc. cit.

⁸⁸ BRUNNÉE; TOOPE, op. cit., p. 385.

⁸⁹ Idem, ibidem, p. 391.

⁹⁰ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *What is International Humanitarian Law?* Genève: ICRC, 2004. p. 1.

Descabe ao Direito Internacional Humanitário reger o uso da força pelos Estados nacionais⁹¹. Seu papel é posterior ao emprego da ação militar, ao tentar disciplinar a proteção da população fora do conflito, desarmada ou fora de combate.

Conforme dilucida Roberto de Almeida Luquini, da Universidade Federal de Viçosa, seis são as normas basilares do Direito Internacional Humanitário:

1. As pessoas que não participam, ou que tenham deixado de participar das hostilidades, devem ser respeitadas, protegidas e tratadas com humanidade. Devem receber a assistência apropriada sem nenhuma discriminação.

2. As pessoas civis devem ser tratadas com humanidade. Ficam proibidos os atentados contra a vida, qualquer tipo de maus-tratos e de tortura, a tomada de reféns, as condenações sem prévio julgamento equitativo.

3. Cabe às Forças Armadas distinguir entre as pessoas civis, por uma parte, e os combatentes e os objetivos militares, por outra. Proíbe-se o ataque às pessoas e aos bens civis e devem ser tomadas as medidas necessárias à proteção da população civil.

4. Proíbe-se o ataque ou a destruição dos bens indispensáveis para a sobrevivência da população civil (alimentos, criações de gado, instalações e reservas de água potável, etc.). Proíbe-se o uso da fome como método de guerra.

5. A assistência aos feridos e enfermos é obrigatória. Os hospitais, as ambulâncias e o pessoal sanitário e religioso serão respeitados e protegidos. O emblema da Cruz Vermelha ou da Meia-Lua Vermelha será respeitado em qualquer circunstância e todo abuso a esta norma será sancionado.

⁹¹ Idem, *ibidem*, loc. cit.

6. As partes em conflito têm o dever de aceitar as operações de socorro de índole humanitária, imparcial e não discriminatória em favor da população civil. O pessoal dos organismos de socorro será respeitado e protegido.⁹²

Embora a Doutrina Bush haja fomentado indireto incentivo à intervenção humanitária unilateral quando se afiguram inócuos ou insuficientes os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos disponibilizados pelas Nações Unidas, impende, por outro lado, atentar para três ponderosos desafios ao Direito Internacional Humanitário criados pela institucionalização, pelo governo dos Estados Unidos, da legítima defesa antecipatória⁹³:

1) Como transformar a ajuda humanitária em componente estratégico da “guerra ao terror”⁹⁴?

2) Como evitar o esgarçamento quer do Direito Internacional, quer do monopólio da ONU sobre o uso de força⁹⁵?

3) Como lidar com o aumento das ações armadas preventivas, sempre geradoras de consideráveis vítimas civis?⁹⁶

Na invasão do Afeganistão, na segunda metade de 2001, a Cruz Vermelha e seu equivalente islâmico, o Crescente Vermelho, sofreram com a ofensiva militar dos EUA. Em Cabul, de forma reiterada⁹⁷, bombardeios das Forças Armadas norte-americanas destruíram armazéns da Cruz Vermelha, prejudicando a distribuição de alimentos para a população civil⁹⁸. Em Candahar, houve a

⁹² LUQUINI, Roberto de Almeida. A aplicação do Direito Internacional Humanitário nos “conflitos novos”: conflitos desestruturados e conflitos “de identidade” ou étnicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 40, n. 158, p. 129, abr./jun. 2003.

⁹³ RUNGE, Peter (Org.). *Armed forces as humanitarian aid works? Scope and limits of cooperation between aid organizations and armed forces in humanitarian aid*. Bonn: Venro, 2003. p. 14.

⁹⁴ Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁹⁵ Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁹⁶ Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁹⁷ ABDUL Haq, que tentava organizar levante, foi acusado de espionagem; Cruz Vermelha é bombardeada pelos EUA. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 27 out. 2001. Nacional, p. A1.

⁹⁸ FOME ameaça 7,5 milhões de afeganistãos: órgão da ONU diz que situação é desesperadora; bombardeios dos EUA impedem Cruz Vermelha de distribuir comida. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 out. 2001. Nacional, p. A1. Nesse sentido: ATAQUE

destruição de hospital do Crescente Vermelho⁹⁹.

Na invasão do Iraque, em 8 de novembro de 2003, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) decidira fechar seus escritórios de Bagdá e Basra por falta de segurança, ilustrada pela explosão de carro-bomba na sede do CICV na capital iraquiana, em outubro daquele ano, quando morreram 12 pessoas¹⁰⁰.

6 Conclusão

No contexto da nova ordem mundial, surgida após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, floresceu, por meio da Doutrina Bush, a nova estratégia de segurança nacional dos Estados Unidos, amparada no entendimento de que o governo norte-americano, *sponte sua*, conforme critérios próprios de conveniência e oportunidade, deve exercer a legítima defesa antecipatória, executando ataques armados preventivos contra Estados nacionais que, por auxiliarem (expressa ou implicitamente) organizações terroristas ou possuam armas de destruição massiva, representam (no curto, médio ou longo prazos) ameaça à segurança dos EUA, os quais também, segundo a Doutrina Bush, devem praticar intervenções humanitárias unilaterais, almejando promover a defesa e o respeito dos direitos humanos e de valores democráticos como medidas inibitórias da difusão do terrorismo global.

A legítima defesa antecipatória apregoada pela Doutrina Bush exorbita a concepção de legítima defesa prescrita pela Carta das Nações Unidas (art. 51), pela Doutrina Webster e pelos tradicionais princípios norteadores das intervenções humanitárias. A primeira chancela a legítima defesa apenas se posterior à ocorrência de efetiva agressão armada. A segunda autoriza a legítima defesa acautelatória tão-somente quando se trata de ameaça iminente e incontornável e

paralisa Cruz Vermelha: após bombardeio dos EUA destruir depósitos em Cabul, organização não consegue operar. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 out. 2001. Mundo, p. A21.

⁹⁹ COMEÇAM bombardeios em larga escala. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 1^a nov. 2001. Nacional, p. A1.

¹⁰⁰ CRUZ Vermelha abandona Bagdá e Basra: EUA lançam ofensiva militar na região de Tikrit; mais 2 soldados americanos são mortos em emboscada. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 9 nov. 2003. Mundo, p. A28.

o meio de defesa se mostra proporcional e imprescindível, esgotadas as medidas estatais menos ofensivas e ausente tempo hábil para a adoção de providências alternativas. E os terceiros, além de incorporarem os requisitos do segundo, exigem o prévio respaldo dos povos localizados na região do globo e no país alvo da pretendida operação militar.

Ao mesmo tempo em que a Doutrina Bush afronta o ordenamento jurídico criado em torno das Nações Unidas e mesmo a centenária técnica de defesa preventiva vitoriosa no incidente *The Caroline*, ela se afigura como o novel modelo de política de defesa, na qual já se abebera a Federação Russa, pavimentando o caminho para outros Estados nacionais emularem tal paradigma, em detrimento da ordenação jurídica internacional, inclusive do Direito Internacional Humanitário, que não impediu os “efeitos colaterais” dos recentes ataques preventivos norte-americanos de alcançarem não apenas as populações civis, mas também a Cruz Vermelha e o Crescente Vermelho.

A sobrevivência da ONU depende da sua capacidade de se ajustar à nova ordem mundial, tornando-se apta a aplicar mecanismos de intervenção humanitária mais céleres e eficazes, que gozem de ampla credibilidade internacional e fomentem robusta prevenção do terrorismo global, sob pena de os povos perderem a importante mediação dos conflitos armados realizada por esse organismo internacional multilateral e pluralista, o que nos levaria de volta aos tempos anteriores à Carta de São Francisco, quando o sistema de proteção internacional dos direitos humanos e da segurança mundial, mais do que deficiente, era simplesmente oco.

Referências

ABDUL Haq, que tentava organizar levante, foi acusado de espionagem; Cruz Vermelha é bombardeada pelos EUA. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 27 out. 2001. Nacional, p. A1.

ATAQUE paralisa Cruz Vermelha: após bombardeio dos EUA destruir depósitos em Cabul, organização não consegue operar. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 out. 2001. Mundo, p. A21.

BEARD, Jack M. America's new war on terror: the case for self-defense

under International Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 559-590, mar. 2002.

BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. Slouching towards new “just” wars: International Law and the use of force after September 11th. *Netherlands International Law Review*, Amsterdam, v. 6, n. 3, p. 363-392, oct./dec. 2004.

———. The use of force: International Law after Iraq. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 53, n. 4, p. 785-806, oct. 2004.

COMEÇAM bombardeios em larga escala. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 1º nov. 2001. Nacional, p. A1.

CRUZ Vermelha abandona Bagdá e Basra: EUA lançam ofensiva militar na região de Tikrit; mais 2 soldados americanos são mortos em emboscada. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 9 nov. 2003. Mundo, p. A28.

DÁVILA, Sérgio. EUA invadem Iraque: Saddam lança mísseis Scuds contra o Kuwait. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 mar. 2003. Mundo, p. A3.

FOME ameaça 7,5 milhões de afegãos: órgão da ONU diz que situação é desesperadora; bombardeios dos EUA impedem Cruz Vermelha de distribuir comida. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 out. 2001. Nacional, p. A1.

GENDZIER, Irene. Reflections on the U.S. invasion of Iraq: evidence, International Law, and Past Policy. *Nexus: a journal of opinion*, Orange, v. 9, p. 1-7, jan./dez. 2004.

GLENNON, Michael J. The fog of Law: self-defense, inherence, and incoherence in article 51 of the United Nations Charter. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 539-558, mar. 2002.

GUERRA: EUA bombardeiam o Afeganistão. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 8 out. 2001. Mundo, p. A9.

HMOUD, Mahmoud. The use of force against Iraq: occupation and Security Council Resolution n. 1.483. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 36, n. 3, p. 435-453, set./dez. 2003.

HOVELL, Devika. Chinks in the armour: International Law, terrorism and the use of force. *University of New South Wales*, Sydney, v. 27, n. 2, p. 398-427, jul./dez. 2004.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *What is International Humanitarian Law?* Genève: ICRC, 2004.

LUQUINI, Roberto de Almeida. A aplicação do Direito Internacional Humanitário nos “conflitos novos”: conflitos desestruturados e conflitos “de identidade” ou étnicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 40, n. 158, p. 127-142, abr./jun. 2003.

NOLTE, Georg. Preventive use of force and preventive killings: moves into a different legal order. *Theoretical Inquiries in Law: liberty, equality, security*, Tel Aviv, v. 5, n. 1, p. 111-129, jan. 2004.

O’CONNELL, Mary Ellen. *The myth of preemptive self-defense*. Washington D.C.: ASIL, 2002.

RUNGE, Peter (Org.). *Armed forces as humanitarian aid works? Scope and limits of co-operation between aid organizations and armed forces in humanitarian aid*. Bonn: Venro, 2003.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. A proteção jurídica internacional contra o terrorismo e o Tribunal Penal Internacional. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 239-255.

SOFAER, Abraham D. On the necessity of pre-emption. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 14, n. 2, 2003, p. 209-226, apr. 2003.

VELLOSO, 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. *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 183-207.