DE 11 DE SETEMBRO À MORTE DE OSAMA BIN LADEN: UMA ANÁLISE DA "GUERRA AO TERROR" À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

redGV
ano 01
v.1 n.2
ago|2012

Pedro Guimarães Vieira[1]

FROM SEPTEMBER 11TH TO THE DEATH OF OSAMA BIN LADEN: AN ANALYSIS OF THE "WAR ON TERROR" IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW

RESUMO
O presente artigo pretende analisar os principais fundamentos da "Guerra ao Terror", tomando como marco inicial de análise os ataques de 11 de Setembro e como marco final a morte de Osama Bin Laden. Analisa-se, portanto, normas, decisões de Cortes Internacionais e entendimentos de doutrinadores acerca das principais áreas do Direito Internacional afetadas pela "Guerra ao Terror", como o *Jus ad Bellum* (conjunto normativo que regula o uso da força entre Estados), o Direito Internacional Humanitário, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional.

PALAVRAS-CHAVE
Guerra ao Terror. Morte de Bin Laden. Direito Internacional Humanitário. *Jus ad Bellum*. Direito Penal Internacional. Direitos Humanos.

ABSTRACT
The present article aims to analyze the main juridical bases for the "War on Terror", taking as initial point for the study the September 11th attacks and as final point the death of Osama Bin Laden. It analyses, therefore, the law, the decisions of International Courts and the understandings of scholars concerning the main areas of International Law which are affected by the "War on Terror", such as Jus ad Bellum *(rules regulating the use of force between States), International Humanitarian Law, International Human Rights Law and International Criminal Law.*

KEYWORDS
War on Terror. Death of Bin Laden. Humanitarian International Law. Jus ad Bellum. *International Criminal Law. Human Rights.*

1 Introdução

Em 11 de setembro de 2001, 19 (dezenove) extremistas islâmicos ligados à rede Al-Qaeda[2] sequestraram quatro aviões comerciais, os quais realizavam vôos internos nos Estados Unidos. Dois deles colidiram com as duas torres do World Trade Center em Nova York e outro avião colidiu com o Pentágono[3], em Arlington County, Virginia. O quarto avião, que supostamente atingiria um alvo em Washington D.C[4], caiu em Shanksville, no estado da Pennsylvania. Estima-se que cerca de 3.000 pessoas morreram nestes ataques[5].

Este evento foi o estopim para uma série de ações norte-americanas sob o nome genérico de "Guerra ao Terror", como a invasão do Afeganistão em 07 de Outubro de 2011 e a subsequente derrocada do Talibã, movimento fundamentalista islâmico nacionalista que governou de fato o Afeganistão de 1996 a 2001, apesar do parco reconhecimento internacional de seu governo[6].

Estas ações tinham como objetivo central[7] desestruturar a rede Al-Qaeda, prender as pessoas ligadas a este grupo e, em especial, encontrar seu líder e suposto responsável principal pelos ataques de 11 de Setembro, Osama Bin Laden[8].

A busca por este, que foi considerado o homem mais procurado do mundo mostrou-se por vezes infrutífera, acreditando-se durante muito tempo que ele estava se escondendo nas montanhas entre o Afeganistão e o Paquistão. Contudo, em 1º de Maio de 2011, o mistério acerca da localização do líder da Al-Qaeda foi resolvido, sendo ele assassinado em uma grande casa no subúrbio de Abbottabad, no Paquistão[9].

Os detalhes acerca da operação que levou à sua morte geraram diversas e controversas versões. Sabe-se que uma equipe de elite da marinha estadunidense foi responsável pela missão, mas poucas informações foram divulgadas sobre o número de mortos na operação e o destino das outras pessoas que se encontravam na mesma casa.[10] Resta duvidoso, outrossim, se Osama Bin Laden estava armado, trocou tiros com as forças americanas e, em razão disso, foi morto, ou se, apesar de estar desarmado e não oferecer resistência, ele foi morto porque este era o objetivo precípuo da operação. A primeira versão foi sustentada nos primeiros momentos após a ação, porém, após alguns dias, esta informação foi infirmada e as autoridades americanas se retrataram, afirmando que Bin Laden não estava armado no momento em que foi morto[11].

Outra discussão relevante refere-se à confusa relação entre Estados Unidos e Paquistão. Até a operação que culminou na morte de Osama Bin Laden, acreditava-se que as operações estadunidenses dentro do território paquistanês estariam amparadas na aceitação paquistanesa, mesmo não tendo havido publicação oficial ou discurso de autoridades deste país aceitando tais operações[12]. Todavia, manifestações posteriores à morte de Osama Bin Laden levam a crer que o Governo Paquistanês não havia aceitado de modo tão amplo a ocorrência destas operações dentro de seu território ou que, pelo menos, não havia consentido que essas operações ocorressem sem qualquer tipo de alerta ou fornecimento de informações às autoridades deste país[13].

Expostas as situações fáticas a serem analisadas, este artigo pretende promover um estudo dos fundamentos jurídicos das ações ocorridas dentro do contexto da "Guerra ao Terror", os quais levaram a diversas discussões e controvérsias, conduzindo o Direito Internacional a regiões limítrofes e embasando novas interpretações de institutos

consagrados. Destarte, para uma compreensão ampla de todos os desenvolvimentos e alterações jurídicas, impõe-se o exame de vários campos do Direito Internacional, como as regras de *Jus ad Bellum* (ordem normativa que regula o uso da força), de Direito Humanitário, de Direitos Humanos. Um estudo na seara do Direito Penal Internacional faz-se, outrossim, necessário para analisar a problemática definição jurídica de terrorismo e a possibilidade de um julgamento do líder da rede Al-Qaeda.

2 As regras de Direito Internacional regulando o uso da força entre Estados e o fundamento jurídico para a "Guerra ao Terror"

O primeiro campo a ser avaliado tem como principal regra o artigo 2º, §4º da Carta das Nações Unidas, que determina que os Estados devem se abster de recorrer à ameaça ou uso da força em suas relações internacionais[14].

Essa regra geral proibitiva admite três exceções: a legítima defesa; as resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança sob o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; e os casos em que o Estado que detém a soberania sobre o território no qual a força será usada consente em relação à sua utilização por parte de um terceiro Estado.

2.1 A Legítima Defesa

2.1.1 A análise tradicional do instituto da Legítima Defesa pela leitura do artigo 51 da Carta das Nações Unidas

A legítima defesa é reconhecida como a principal exceção à proibição ao recurso à força e está expressa no artigo 51 da Carta da ONU[15]. Pela leitura do presente texto normativo, percebe-se as principais características deste instituto fundamental na lógica internacional, quais sejam, o requisito de um ataque armado[16] prévio ou em curso, o dever de notificação ao Conselho de Segurança (CS) e a subsidiariedade em relação às ações deste órgão, podendo um Estado agir em legítima defesa enquanto o CS não tiver tomado as medidas necessárias para lidar com a questão.

A legítima defesa foi criada para regular a relação entre Estados e não para regular a relação entre Estados e organizações não-estatais, uma vez que, no momento da redação da Carta das Nações Unidas, não se previa que um grupo não-estatal pudesse ameaçar um Estado.

Todavia, os ataques de 11 de Setembro demonstraram uma nova realidade e intensificaram um dos maiores dilemas recentes do Direito Internacional: a legítima defesa é pressuposto jurídico válido para legitimar as ações de um Estado contra uma organização não-estatal que previamente o atacou? A jurisprudência e a doutrina têm tentado encontrar uma resposta para essa indagação[17].

2.1.2 O impacto dos ataques de 11 de Setembro no Direito Internacional e a tendência pela alegação da formação de uma nova norma costumeira de legítima defesa

Após os ataques de 11 de Setembro, o entendimento de que a legítima defesa pode ser alegada em ações contra grupos armados não-estatais ganhou força, e consequentemente, uma alteração na interpretação do instituto da legítima defesa passou a ser defendida.

Embora represente uma posição minoritária dentre os juízes da Corte Internacional de Justiça (CIJ), alguns deles, como Higgins, Kooijmans, Burgenthal e Simma, já tiveram a oportunidade de demonstrar o seu alinhamento com a nova perspectiva interpretativa do instituto da legítima defesa em duas situações trazidas para análise da Corte[18]. O argumento utilizado por eles refere-se ao fato do artigo 51 da Carta das Nações Unidas não expressamente mencionar que o ataque gerador do direito à legítima defesa deve ser originado de um Estado. Desse modo, sob o ponto de vista defendido por estes juízes, tendo o ataque o nível de violência necessário para ser considerado um ataque armado[19], o direito à legítima defesa está estabelecido, independentemente de qual tipo de entidade executou o ataque em questão.

Os defensores desta extensão do conceito de legítima defesa alegam também uma mudança na norma consuetudinária da legítima defesa[20]. Teria surgido, então, uma nova norma costumeira de legítima defesa que veio suplantar a antiga norma, estendendo sua possibilidade de aplicação para situações em que o ataque provém de grupos *a priori* sem conexão com o governo de um Estado. Portanto, o simples fato do Estado que tem autoridade sobre o território no qual o grupo se encontra e planeja suas atuações não combatê-lo, seja por falta de vontade, seja for falta de uma estrutura governamental de polícia capaz de confrontá-lo, já tornaria possível a violação da soberania territorial deste Estado para que se possa atacar o grupo em questão.

Essa teoria apresenta como principal empecilho à sua aceitação a dificuldade de se provar a existência dos dois elementos formadores

de uma norma costumeira: a prática estatal e a *opinio iuris*[21]. Para justificar a presença de tais elementos menção normalmente é feita às ações dos EUA no Afeganistão e às de Israel no Líbano, cumulada com a ausência de condenação por parte dos outros Estados em relação às ações destes dois países[22]. Usualmente também se recorre às resoluções do Conselho de Segurança, emitidas no período pós-atentado de 11 de Setembro [23].

Apesar de alguns países terem maior influência na formação de um costume[24], é inapropriado tomar somente os comportamentos de dois países, EUA e Israel, e dizer que refletem um entendimento uniforme dos países do sistema ONU. Sobretudo, é problemática a presunção de que a ausência de condenação pública por parte dos outros países à invasão do Afeganistão pelos EUA e aos ataques ao Líbano realizados por Israel represente a comprovação de uma *opinio iuris.*[25] Ora, muitos foram os interesses que motivaram a não condenação de tais ações pelos outros países e a maioria deles – para não dizer a sua totalidade – foram interesses econômicos e políticos, fugindo, portanto, de uma compressão subjetiva de que tais ações estariam amparadas no direito. Desse modo, seria incabível considerar que esta ausência de reprovação expressa constitua a *opinio iuris* necessária para embasar o surgimento de uma nova norma consuetudinária que amplia o direito à legítima defesa.

2.1.3 A Corte Internacional de Justiça e a manutenção do conceito tradicional de legítima defesa

No período posterior aos ataques de 11 de Setembro, a CIJ analisou a temática da legítima defesa contra atores não-estatais em duas oportunidades.

Na Opinião Consultiva sobre a Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado (2004), a CIJ disse que: "O artigo 51, portanto, reconhece a existência de um direito inerente de legítima defesa no caso de um ataque armado de um Estado contra outro Estado" [26] (tradução livre). Um ano depois, no caso sobre as Atividades Armadas no Território do Congo (2005), a CIJ julgou que as ações de um grupo armado só podem desencadear o direito à legítima defesa se ficar demonstrado o controle de um Estado sobre ele, hipótese em que as ações do grupo são atribuíveis ao Estado. Desse modo, a Corte entendeu pela inexistência do direito à legítima defesa no caso sob análise, porquanto não havia sido suficientemente provado o controle do Congo sobre o grupo em questão[27]. Por fim, a CIJ não apresentou quais eram os requisitos para que este

controle ficasse demonstrado, limitando-se a dizer que a análise desta matéria iria além dos pedidos formulados pelas partes[28].

Desse modo, percebe-se que a Corte adotou posicionamento mais tradicional e fiel à intenção inicial deste instituto na Carta da ONU. De acordo com este entendimento, a legítima defesa foi projetada para ser uma exceção à regra da proibição do uso da força e deve-se ressaltar, além de seu caráter de excepcionalidade, o qual impede interpretações extensivas do texto normativo, seu caráter subsidiário, somente sendo legal enquanto o Conselho de Segurança não tomar medidas em relação à situação que provocou o alegado direito de legítima defesa. Essa subsidiariedade inerente à legítima defesa decorre do fato deste instituto - apesar do necessário preenchimento dos requisitos de ataque armado, necessidade e proporcionalidade[29] - ser essencialmente fruto de uma avaliação unilateral de um Estado, estando, portanto, muito mais susceptível de abusos do que a avaliação realizada por um órgão colegiado como o Conselho de Segurança. Além disso, a ação em legítima defesa deve ocorrer imediatamente após o ataque que a gerou, sob risco de não constituir mais em uma resposta legal a tal ataque, mas sim em uma represália armada, claramente proibida pelo direito internacional[30].

Conclui-se, portanto, que o entendimento do principal órgão judicial do sistema ONU, a CIJ, é de que a legítima defesa não pode ser alegada como fundamento jurídico de ações contra um grupo armado, *a priori*, sem ligações com um Estado, como a Al-Qaeda. Entretanto, se consideramos que a conexão entre o governo talibã do Afeganistão e a Al-Qaeda esteja suficiente demonstrada, como entende respeitável doutrina[31], ou mesmo se aceitarmos a posição daqueles que entendem que a legítima defesa possa justificar ações contra um grupo não-estatal, ainda restam algumas questões que impedem que estas ações sejam consideradas legítimas.

A primeira delas diz respeito à proporcionalidade de tais ações em relação ao ataque que supostamente as gerou. Os números acerca da "Guerra ao Terror" são bastante incertos, mas acredita-se que cerca de 5.921 militares americanos morreram e 42.673 ficaram feridos[32]. Ademais, estima-se que mais de 1 milhão de pessoas morreram nos conflitos no Iraque[33] e que entre 10.960 e 49.600 pessoas tenham morrido no Afeganistão[34].

A segunda questão suscitada refere-se ao fato da ação em legítima defesa ter de acontecer logo em seguida ao ataque armado. Sendo assim, este direito não continuaria existindo após mais de dez anos do seu fato gerador, os ataques de 11 de Setembro[35].

Desse modo, não sendo juridicamente cabível fundamentar a "Guerra ao Terror" no instituto da legítima defesa, impõe-se investigar se as ações neste contexto foram embasadas nas outras exceções autorizativas do uso da força, de modo a não se constituírem em violações às regras do *Jus ad Bellum*, em especial à proibição ao uso da força expresso no artigo 2º, §4º da Carta das Nações Unidas.

2.2 As resoluções do Conselho de Segurança sob o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas

O Conselho de Segurança tem a atribuição de lidar com as ameaças à paz e à segurança internacional, podendo tomar inclusive, como expresso no artigo 42 da Carta das Nações Unidas, medidas que ordenam o uso da força[36].

No exercício da competência atribuída a ele pela Carta da ONU, o Conselho de Segurança publicou, no dia 28 de Setembro de 2001, a resolução 1373[37], que é apresentada como fundamento jurídico[38] para a legalidade das ações em legítima defesa contra a al-Quaeda e, portanto, poderia justificar também o assassinato de Osama Bin Laden.

O primeiro argumento, de que esta resolução serviria para justificar ações de legítima defesa contra um ator não-estatal, é bastante frágil uma vez que, em momento algum, ela identifica que os ataques de 11 de Setembro podem ser considerados como um ataque armado, nos termos do artigo 51 da Carta da ONU, de modo a autorizar os EUA a agir em legítima defesa. A resolução 1373 apenas reconhece que o terrorismo é uma ameaça à paz e à segurança internacional e que os Estados podem usar os meios previstos[39] na Carta da ONU para combatê-lo.

Assim sendo, esta resolução pode ser interpretada de duas maneiras. A primeira delas, que parece ser compartilhada por parte da doutrina[40], entende que a resolução 1373 reconheceu que os Estados podem agir em legítima defesa contra um grupo armado não-estatal. Contudo, o que este entendimento parece olvidar é que a resolução 1373 autorizou a utilização dos meios previstos na Carta da ONU e, assim sendo, para que a legítima defesa enquanto meio previsto na Carta da ONU possa ser utilizada, impõem-se, *ipso facto*, o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 51 deste diploma legal. Conclui-se, portanto, que uma resolução do Conselho de Segurança não tem o condão de alterar os requisitos de um artigo da Carta das ONU e, ademais, sendo reconhecido pelo principal órgão judicial da ONU, a CIJ, que este instituto só pode ser utilizado

quando o ataque armado é atribuível a um Estado, o Conselho de Segurança, enquanto órgão político, não pode alterar esse entendimento. Dessa forma, a resolução 1373 não poderia permitir a utilização de um instituto de modo não autorizado pela própria Carta da ONU.

O segundo entendimento acerca desta resolução seria de que ela em si, por ter sido produzida sob o capítulo VII da Carta da ONU, autoriza o uso da força contra a Al-Qaeda, independentemente de qualquer fundamentação em torno da legítima defesa. Essa argumentação é mais plausível, posto que a resolução do Conselho de Segurança produzida sob o Capítulo VII da Carta da ONU é uma das exceções à regra geral proibitiva do uso da força, estabelecida no artigo 2º, §4º da Carta da ONU.

A alegação de que a resolução 1373 pode ser considerada como justificativa para o assassinato de Osama Bin Laden é incabível, independentemente de se entender que esta resolução é fundamento para direito de legítima de defesa contra ator não-estatal ou é em si própria um fundamento para combater a Al-Qaeda. Apesar desta resolução ter autorizado a utilização dos meios previstos na Carta da ONU para combater o terrorismo internacional, é incabível afirmar que a execução extrajudicial seja um desses meios, ainda mais quando as informações levam a crer que era possível prendê-lo ao invés de matá-lo[41].

2.3 O consentimento como exceção à regra geral de proibição do uso da força

A proibição geral ao uso da força somente se aplica, como claramente expresso no texto do artigo 2º, §4º da Carta, às relações internacionais, devendo se evitar, portanto, a violação da integridade territorial de outro Estado. Assim, se o Estado que detém controle sobre o território no qual os ataques ocorrerão concordar com sua execução por parte de outro Estado, este não estará violando a integridade territorial daquele, porquanto haverá uma exclusão da ilicitude de tal ato. Nesse sentido, estabelece o artigo 20 do *Draft* de Responsabilidade Estatal por Atos Internacionalmente Ilícitos[42].

A relação entre EUA e Paquistão, como já mencionado na parte introdutória, traz diversas dúvidas no que tange ao consentimento deste em relação efetuadas por aquele no território paquistanês. Primeiramente, acreditou-se que as operações estadunidenses no Paquistão estariam amparadas na aceitação paquistanesa, ainda que as autoridades deste país nunca tenham publicado nota ou tenham

mencionado em seus discursos que aceitavam tais operações[43]. Assim sendo, as incursões militares realizadas neste território estariam de acordo com o *Jus ad Bellum*, não se constituindo em atos de agressão nos termos da recomendação 3314 da Assembléia Geral[44].

Todavia, as reações paquistanesas colocaram em dúvida se o governo deste país havia, de fato, aceitado de modo tão amplo a ocorrência destas operações dentro de seu território ou se, pelo menos, não havia consentido que essas operações ocorressem sem qualquer tipo de alerta ou informação ao Paquistão[45]. Se tal consentimento nunca ocorreu - o que parece ser improvável, pois o Paquistão nunca condenou publicamente as ações americanas em seu território - os EUA violaram as regras de *Jus ad Bellum*, em especial a proibição ao uso da força disposta no artigo 2º, §4º da Carta da ONU.

3 O Direito Humanitário, a "Guerra ao Terror" e a definição do *status* de combatente

O Direito Internacional Humanitário (DIH) regula as situações de conflitos armados e, para a definição de qual conjunto normativo se aplica a cada situação fática, faz-se necessário estabelecer primeiramente qual é o tipo de conflito em questão. Existem dois tipos básicos de conflitos armados: os internacionais (entres dois ou mais Estados); e os não-internacionais (entre um Estado e um grupo não-estatal ou entre dois grupos não-estatais).

Como decorrência da evolução dos conflitos armados surge um terceiro tipo de conflito que está diretamente ligado aos outros dois, qual seja, o conflito armado internacionalizado. Este ocorre quando um conflito inicialmente de caráter não internacional, por ter como partes um Estado e um grupo não-estatal, sofre participação de um terceiro Estado, que ou envia suas tropas para auxiliar o grupo não-estatal ou exerce sobre este grupo um nível de controle que possa caracterizar, pelo menos, o teste do "overall control"[46]. Provando-se a interferência de um terceiro Estado, o conflito passa a ser chamado internacionalizado e se aplica a ele o conjunto normativo que regula os conflitos internacionais.

3.1 A "Guerra ao Terror" e a classificação dos conflitos armados no Direito Internacional Humanitário

Analisando-se a "Guerra ao Terror" à luz do Direito Humanitário, depara-se com uma dificuldade de enquadramento deste conflito em uma das três hipóteses previstas pelo DIH[47].

A Guerra em questão não pode ser classificada como um conflito internacional porque o terrorismo e a Al-Qaeda não podem ser considerados como uma entidade soberana que se enquadra dentro dos requisitos para ser um Estado e, em razão disso, não podem ser partes em um conflito armado internacional.

Tal situação também não pode ser considerada como um conflito não-internacional, porquanto todos os textos normativos que procuram definir este tipo de conflito armado estabelecem sua existência como confinada a um único país[48]. O artigo comum 3º das Convenções de Genebra de 1948 define um conflito não-internacional como "(...) ocorrendo no território de uma das Altas Partes Contratantes"[49] (tradução livre). O artigo 1º do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra também traz uma definição idêntica no que se refere à limitação territorial dos conflitos não-internacionais[50]. Sendo a "Guerra ao Terror" um conflito que se estende sobre mais de um país, como Afeganistão e Paquistão, torna-se incabível classificá-lo como um conflito armado não-internacional.

A "Guerra ao Terror" também dificilmente poderia ser caracterizada como um conflito internacionalizado, porque esta categoria foi criada não para designar um conflito entre um Estado e um grupo não-estatal que ocorre em vários países, mas sim para fazer referência a um tipo de conflito em que um Estado - inicialmente alheio ao conflito entre outro Estado e um grupo não-estatal ou envia suas próprias tropas para lutar ao lado do grupo não-estatal, ou estabelece com este grupo uma ligação de modo a atingir o teste do "overall control"[51]. Tal situação parece ser de difícil comprovação no caso da "Guerra ao Terror", analisada enquanto conflito armado único, pela ausência de meios probatórios que atestem a ligação existente entre a Al-Qaeda e algum Estado do Oriente Médio ou da Ásia Central de modo a satisfazer o "overall control test", o qual exige, além do financiamento (seja em termos de armamento ou em termos de fornecimento de dinheiro propriamente dito), uma participação geral do Estado no planejamento das ações do grupo.

É mais adequado, dessa forma, ao invés de tentar classificar a "Guerra ao Terror" como um conflito único e global, o que dificulta a definição das regras a ele aplicadas, fragmentá-la em alguns conflitos menores e classificá-los de acordo com suas características segundo o Direito Humanitário[52]. Assim sendo, haveria um conflito internacionalizado (ou mesmo internacional, como querem alguns[53]), que ocorre no Afeganistão, e alguns conflitos não-internacionais, como no Paquistão, Iêmen e em qualquer outro país no qual os

Estados Unidos tenham realizado ataques contra supostos membros da Al-Qaeda e onde esta organização perfaça os requisitos mínimos para ser uma parte em um conflito não-internacional[54].

3.2 Quem pode ser alvo direto de ataques segundo o Direito Humanitário?

Desde o início do desenvolvimento do Direito Humanitário sempre se procurou delimitar quem poderia ser alvo direto de ataques realizados pela outra parte. Estabeleceu-se, inicialmente, que somente os combatentes[55] seriam alvos diretos de ataques, sendo que os civis só perderiam sua proteção pelo tempo em que participassem diretamente das hostilidades[56]. Devido a essa fácil possibilidade de suspensão e de restabelecimento do status de civil decorrente da participação ou não nas hostilidades, este *status* tem sido chamado pela doutrina de "porta giratória" (revolving door)[57].

Entretanto, essa teoria tradicional não se adequa aos conflitos armados modernos em razão do surgimento de uma terceira categoria de pessoas entre os civis e os combatentes tradicionalmente previstos. Esta categoria refere-se às pessoas que são membros de grupos armados não-estatais e, portanto, não podem ser considerados militares, no aspecto inicialmente previsto pelas Convenções de Genebra e pelos Protocolos Adicionais, nem civis, uma vez que este *status* daria a eles uma proteção maior que o dos corpos militares inicialmente previstos, porquanto bastava aos membros desses grupos não-estatais não estarem participando diretamente das hostilidades por um momento para readquirirem as proteções concedidas aos civis.

Para preencher esta e outras lacunas, foi feito um estudo mais profundo e adequado aos conflitos atuais para a definição de quem pode ser legalmente atacado durante um conflito armado. Segundo esses estudos publicados pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, para que um indivíduo possa ser alvo de ataques, é necessário que ele execute uma função que venha a afetar, diretamente, a capacidade militar de uma parte no conflito em benefício da outra parte[58].

Destarte, um membro de um grupo armado não-estatal que desempenha uma função em nome do grupo que acarreta sua direta participação nas hostilidades, tendo, assim, uma "função contínua de combate", perde a proteção de civil que tinha outrora e pode ser alvo direto de ataques a qualquer momento, pelo tempo em que mantiver essa função e sua condição de membro do grupo. Por poder ser alvo de ataques em caráter permanente, são garantidas a

ele, outrossim, todas as proteções estabelecidas para os combatentes tradicionalmente previstos.

Portanto, Bin Laden, por ter uma função envolvendo a preparação, execução ou comando de ações que vieram a trazer danos à outra parte no conflito com os EUA, podia ser alvo direto de ataques[59]. Todavia, o simples fato de que ele podia ser atacado não conferia aos Estados Unidos o direito de matá-lo tão logo surgisse uma oportunidade. O "fim da guerra" é enfraquecer o oponente para derrotá-lo, mas, para atingir esse objetivo, as partes não têm recursos ilimitados, devendo evitar meios e métodos de guerra que causem sofrimento desnecessário ou que aparentem ser desproporcionais em relação à vantagem militar esperada[60]. Deve-se buscar sempre os meios menos danosos de se alcançar a meta e não escolher o meio pela sua mera conveniência.

Dessa forma, se considerarmos que Bin Laden estava desarmado no momento em que foi morto, como indicam as informações mais recentes acerca das circunstâncias de sua morte[61], o que tornaria possível sua prisão, os agentes americanos não poderiam simplesmente optar por assassiná-lo por ser este o objetivo da operação.

Além disso, as pessoas que se encontravam na casa com Bin Laden, principalmente sua mulher e seu filho[62], não poderiam ter sua filiação à rede Al-Qaeda presumida pelo mero parentesco com seu líder ou pelo simples fato de estarem na mesma casa que ele, devendo sempre, em caso de dúvida sobre seu *status*, prevalecer a ideia de que eles eram civis e que não poderiam ser alvo de ataques diretos dos agentes americanos[63].

Conclui-se, assim, que no Direito Internacional Humanitário as categorias de civis e combatentes (sejam estes aqueles classicamente previstos pelas Convenções de Genebra ou aqueles membros de grupos não-estatais) são mutuamente excludentes, uma vez que, de acordo com o artigo 50 (1) do Protocolo Adicional I[64], um civil é qualquer pessoa que não pertence a uma das categorias de pessoas descritas no artigo 4º da III Convenção de Genebra[65] e no artigo 43 do Protocolo Adicional I, os quais definem quais pessoas são combatentes. Nota-se, portanto, que não existe uma categoria intermediária entre as categorias de civil e combatente (seja ele "legal" ou "ilegal")[66]. Esta conclusão jurídica inviabiliza a alegação de autoridades americanas, como o Presidente Bush[67], de que as pessoas presas na prisão de Guantánamo seriam "combatentes ilegais", os quais não teriam direito às garantias asseguradas aos "combatentes legais" pelas Convenções de Genebra.

4 Os Direitos Humanos e a sua aplicação na execução extrajudicial de Osama Bin Laden

O terceiro campo em questão, o dos Direitos Humanos, ganha bastante importância, uma vez que, pelo fato da "Guerra ao Terror" não se enquadrar em nenhum das categorias de conflito armado prescritas pelo Direito Humanitário, o Presidente Bush manifestou-se no sentido de que as proteções do Direito Humanitário não se aplicariam aos prisioneiros ligados à Al-Qaeda, restando, portanto, unicamente aplicável a eles as normas de Direitos Humanos[68].

Analisando a morte de Bin Laden sob a perspectiva deste conjunto normativo, percebe-se que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) estabelece que o direito à vida é inderrogável, mesmo em situações de emergência pública, sendo proibido que qualquer pessoa seja privada de sua vida de forma arbitrária[69]:

> "Artigo 6º - 1- Todo ser humano ter o direito inerente à vida. Este direito deve ser protegido pelo Direito. Ninguém deve ser arbitrariamente privado de sua vida.
> 2- Nos países que não aboliram a pena de morte, a sentença de morte pode ser imposta só para os mais sérios crimes, de acordo com lei vigente no momento da comissão do crime e não contrária às provisões deste Pacto e da Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. Esta penalidade pode somente ser executada de acordo com o julgamento final proferido por uma corte competente. [...]". (tradução livre)[70]

Cumpre ressaltar a redação quase idêntica do dispositivo referente a esta temática na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o qual menciona, inclusive, a proibição à privação arbitrária do direito à vida[71].

A Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH) não traz a palavra "arbitrariamente" em seu artigo 2º, que trata do direito à vida, mas apresenta importantes elementos que podem auxiliar na interpretação que deve ser dada ao termo em questão. Este artigo determina que:

> "Artigo 2º .1. O direito à vida de todas as pessoas deve ser protegido pelo Direito. Ninguém deve ser privado de sua vida intencionalmente salvo em execução de uma sentença de uma Corte seguindo sua condenação por um crime cuja penalidade é prevista em lei.

2- Privação do direito à vida não deve ser vista como infligida em contravenção deste artigo quando resulte do uso da força que não é maior do que o absolutamente necessário:
(a) na defesa de qualquer pessoa de uma violência ilegal
(b) para efetuar uma prisão legal ou prevenir a fuga de uma pessoa legalmente detida
(c) em ações legalmente tomadas com o objetivo de parar protestos violentos e insurreições". (tradução livre)[72]

A redação dos três artigos supramencionados (o do PIDCP, o da CEDH e o da CADH) induz à existência de uma relação entre os termos "arbitrariamente" e "absolutamente necessário". Pode-se, inclusive, concluir que, para que uma privação do direito à vida não seja arbitrária, ela deve: (I) respeitar o princípio da necessidade absoluta, refletido no artigo 2º, §2º da CEDH; ou (II) originar-se de uma decisão final e irrecorrível que tenha sido proferida por um tribunal competente e que seja fruto de um devido processo judicial[73].

A necessidade absoluta estabelece que o uso legal de força letal não pode exceder o que é estritamente necessário para manter, restaurar ou impor o Direito e a ordem nas circunstâncias concretas[74]. O uso de força potencialmente letal só pode ocorrer nas hipóteses em que outros meios menos danosos se mostrarem ineficientes ou não trouxerem garantias de que o objetivo da operação será alcançado. Além disso, a força potencialmente letal deve ser usada de maneira que atinja a meta da operação e que seja o menos danosa possível às vidas humanas. Dessa forma, o assassinato de um indivíduo só pode ocorrer quando for insuficiente meramente incapacitá-lo. O aspecto temporal também é relevante, ou seja, o uso da força deve ser adequado ao momento em que ocorre. Portanto, se as circunstâncias da operação evoluem de modo a permitir que o objetivo seja alcançado sem necessariamente matar o alvo, sua morte não poderá mais ser legalmente tida como objetivo. Assim, mesmo que a partir do plano inicial da operação fosse percebido que seu objetivo só seria alcançado se o alvo fosse assassinado, uma vez alteradas as circunstâncias fáticas e sendo possível atingir o objetivo da missão sem matar o alvo, este não poderia mais ser assassinado.

Entretanto, há quem defenda que o respeito exclusivo ao princípio da necessidade absoluta não seria suficiente, devendo a ação também levar em consideração os princípios da proporcionalidade e da precaução[75].

A proporcionalidade determina que, mesmo que o uso da força letal atenda a todos os aspectos da necessidade absoluta, ele não poderia ocorrer se o perigo esperado pelo seu uso fosse considerado desproporcional comparado com a gravidade da ameaça ou ofensa removida. A proporcionalidade promove, então, um balanço entre o objetivo que a operação pretende alcançar e o dano que ela pode gerar. A precaução, por sua vez, estabelece que as operações devem ser planejadas, organizadas e controladas de modo a minimizar, na máxima escala possível, o recurso à força letal.

Destarte, como já mencionado, considerando a primeira hipótese de privação não-arbitrária do direito à vida, seria necessário provar a existência de uma necessidade absoluta para que fosse legítimo matar Osama Bin Laden. Desse modo, se considerarmos que ele estava armado no momento de sua morte, como se alegou em uma primeiro momento[76], esta hipótese de privação não-arbitrária do direito à vida teria se concretizado. Entretanto, se considerarmos a revelação posterior de que Bin Laden não estava armado[77], esta hipótese não teria ocorrido, uma vez que requisito da necessidade absoluta não estaria presente, sendo possível prendê-lo ou incapacitá-lo ao invés de matá-lo.

Analisando a segunda hipótese de privação não-arbitrária do direito à vida, percebe-se que a morte de Bin Laden não foi fruto de uma sentença dada por uma Corte, portanto não foram respeitados princípios básicos de Direito Processual, como o Princípio do Contraditório, Princípio da Ampla Defesa e Princípio da Presunção de Inocência, comuns a maioria dos países no mundo e positivados nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos[78]. Não lhe foi permitido, dessa forma, defender-se das acusações que existiam contra ele e lhe foi negado o direito de ser considerado inocente, se as provas em relação às alegações feitas não convencessem a Corte imparcial, independente e competente para julgar tal demanda. Portanto, nota-se que a segunda hipótese de privação não-arbitrária do direito à vida não aconteceu na situação sob análise.

5 Possíveis alternativas à Execução Extrajudicial

Se considerarmos que Bin Laden não estava armado no momento de sua morte, o que tornaria possível que ele fosse preso e levado à julgamento, um problema bastante significativo surge: onde efetuar esse julgamento? Duas soluções, igualmente problemáticas, existiriam, sendo a primeira delas a constituição de um tribunal *ad hoc* e

a segunda um julgamento realizado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI).

A primeira opção seria bastante semelhante à adotada no caso de Saddam Hussein[79] e teria como principal crítica a impressão marcante de ter sido um "tribunal dos vencedores", perdendo a decisão um pouco de sua legitimidade. Ademais, esta decisão poderia ser vista como uma violação ao princípio processual do Juízo Natural, segundo o qual para cada demanda deve haver um tribunal constituído previamente ao fato julgado e que tenha jurisdição única sobre a questão.

A segunda opção passaria a ideia de um julgamento mais imparcial na medida em que o TPI já é um tribunal regularmente constituído e em atividade. Porém, o tribunal provavelmente não reconheceria sua jurisdição em relação ao caso de Bin Laden porque os requisitos para sua jurisdição não estariam presentes, porquanto, para que o TPI possa julgar uma demanda, é preciso provar a presença de jurisdição em razão da matéria, do tempo e, alternativamente, ou da pessoa ou do local.

5.1 A jurisdição em razão da matéria e a ausência de uma definição de terrorismo

A jurisdição em razão da matéria diz respeito às condutas praticadas. O TPI é competente para julgar três tipos de conduta: crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio[80]. Portanto, o TPI não apresenta jurisdição em relação ao terrorismo enquanto crime autônomo, mas só pode julgar tais práticas quando elas forem consideradas formas de crime de guerra ou crime contra a humanidade, devendo, portanto, apresentar os requisitos de cada um desses crimes.

Apesar de ser muito utilizado, o termo terrorismo não apresenta uma definição clara no plano internacional, o que dificulta que esta prática esteja sob a jurisdição da maioria dos tribunais internacionais[81]. O Tribunal Especial para o Líbano (TEL) é o único tribunal hoje estabelecido com jurisdição sobre o crime de terrorismo. Criado por um acordo entre as Nações Unidas e o Líbano devido à resolução 1664 (2006) do Conselho de Segurança[82], ele objetiva processar os responsáveis pelos ataques ocorridos no dia 14 de Fevereiro de 2005, que levaram à morte do Ex-Primeiro Ministro libanês Rafiq Hariri, bem como à morte de várias outras pessoas.

Em recente decisão interlocutória sobre o direito aplicável, publicada em 11 de Fevereiro de 2011, este Tribunal apresenta o

entendimento de que, apesar de muitos doutrinadores se posicionarem acerca da inexistência de uma definição consuetudinária de terrorismo, tal definição de fato emergiu no Direito Internacional[83].

Segundo este Tribunal, a definição de terrorismo:

> "(...) requer os seguintes três elementos chave (i) o cometimento de um ato criminal (como homicídio, seqüestro, tomada de reféns, incêndios etc.), ou ameaçar o cometimento de tal ato; (ii) a intenção de espalhar o medo entre a população (que geralmente exigiria a criação de perigo público) ou direta ou indiretamente coagir uma autoridade nacional ou internacional a tomar certa atitude, ou abster-se de tomá-la; (iii) quando o ato envolve um elemento transnacional"[84].

A posição tomada pelo Tribunal Especial para o Líbano (TEL) não impressiona se consideramos que o presidente da Câmara de Apelação é Antonio Cassese, Ex-Presidente da Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para Ex-Yugoslávia, que em seus livros já havia demonstrado sua opinião acerca da existência de uma definição de terrorismo no plano internacional. Em sua obra sobre o Direito Penal Internacional, Cassese já defendia ser uma definição costumeira de terrorismo composta por três elementos chave, similares aos apresentados pela decisão do TEL, quais sejam:

> "(a) Ser uma prática composta por atos que são considerados criminosos pelos principais sistemas penais mundiais; (b) ter como objetivo espalhar o terror entre a população; (c) e ter como elemento motivador algum aspecto político, religioso etc"[85].

Entretanto, apesar da importância da opinião de Antonio Cassese, a maioria dos doutrinadores entende que não existe uma definição consuetudinária de terrorismo no Direito Internacional contemporâneo[86].

5.2 A jurisdição em razão do tempo e os ataques às embaixadas estadunidenses na Tanzânia, no Quênia e os de 11 de Setembro

A jurisdição em razão do tempo, por sua vez, lida com a necessidade de se provar que os fatos, dos quais o réu é acusado, ocorreram posteriormente ao dia 1ª de Julho de 2002, data da entrada em vigor do Estatuto do TIP, na medida em que seu artigo 11(1) menciona

que: "A Corte só tem jurisdição em relação aos crimes cometidos depois da entrada em vigor deste Estatuto"[87] (tradução livre).

O Estatuto de Roma, que constituiu o TPI, entrou em vigor no dia 1º de Julho de 2002, pois, no dia 11 de Abril do mesmo ano, 10 (dez) Estados simultaneamente depositaram seus instrumentos de ratificação, perfazendo o número necessário de 60 (sessenta) Estados-membros[88]. Dessa forma, o TPI não poderia julgar os ataques às embaixadas estadunidenses na Tanzânia e no Quênia[89], nem os ataques de 11 de Setembro, principais acusações que recaem sobre Bin Laden, porque tais eventos ocorreram anteriormente à entrada em vigor do Estatuto de Roma.

5.3 A jurisdição em razão da pessoa e a jurisdição em razão do local

Alternativamente, deve-se provar também a existência de jurisdição em razão da pessoa ou jurisdição em razão do local. A primeira diz respeito a se o país de nacionalidade do autor do alegado crime é parte do Estatuto de Roma e, portanto, aceita a competência do TPI para julgar as demandas em que seus nacionais são réus. A segunda refere-se a se o país onde o alegado ato ocorreu é parte do Estatuto e, consequentemente, aceita a competência do TPI para analisar fatos ocorridos dentro do seu território.

No presente caso, a jurisdição em razão da pessoa estaria prejudicada porque Bin Laden perdeu sua nacionalidade saudita em 1994, devido a desentendimentos com a família real deste País. Por isso, Bin Laden é, desde então, apátrida, não podendo a jurisdição pessoal ser-lhe aplicada. Por fim, a jurisdição local, pelo menos no que tange aos ataques de 11 de Setembro, é inexistente, porque o país em que eles ocorreram, os Estados Unidos, não é parte do Estatuto de Roma[90].

6 Conclusão

O fato da "Guerra ao Terror" não se enquadrar perfeitamente em nenhum dos três tipos de conflito armado previsto pelo Direito Internacional Humanitário (DIH) não torna inaplicável seus dispositivos. A "Guerra ao Terror" é um termo político que, do ponto de vista jurídico, não faz referência a um conflito único de caráter global, mas sim a um conjunto de conflitos armados singulares que, ocorrendo em lugares diferentes e de modos distintos, são regulamentados por conjuntos normativos específicos do DIH. Ademais,

o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), apesar de ser *lex generalis* em situações de conflito armado, estabelece várias proteções que não podem ser negligenciadas nas ações executadas no contexto da "Guerra ao Terror".

Por fim, o julgamento de Bin Laden pelo Tribunal Penal Internacional mostra-se inviável em razão dos limites de competência deste órgão. Seu julgamento por uma Corte *ad hoc* também apresentaria dificuldades, em especial pela inexistência de uma definição consuetudinária de terrorismo e pelas alegações de violação ao Princípio do Juízo Natural. Entretanto, apesar das dificuldades, esta última opção seria muito mais adequada do que executá-lo extrajudicialmente, violando diversas normas de *Jus ad Bellum*, de *Jus in Bello*, de DIDH e de Direito Penal Internacional.

redGV
ano 01
v.1 n.2
ago|2012

NOTAS

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

2 Organização militante islâmica de caráter global criada em 1988 por Bin Laden, Zawahiri e Dr. Fadl. Este grupo opera como uma rede que abarca seguidores multinacionais que defendem uma Jihad mundial e uma interpretação estrita da Sharia. Ver: WANDER, Andrew. *A history of terror: Al-Qaeda 1988-2008*. The Observer. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2008/jul/13/history.alqaida>. Acesso em: 16/05/2012.

3 Centro principal do Departamento de Defesa dos EUA, localizado em Arlington County, Virginia, região metropolitana de Washington D.C.

4 SHUSTER, David. *9/11 mistery: What was flight 93's target?* Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/14778963/>. Acessado em: 14/05/2012.

5 *America's day of terror: the four hijacks*. BBC News. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/hi/english/static/in_depth/americas/2001/day_of_terror/the_four_hijacks/flight_11.stm>. Acessado em: 16/05/2012

6 BAKER, Aryn; KOLAY, Loi. *The U.S in Afghanistan: The Longest War*. Time Meganize World. Disponível em: <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1890410,00.html>. Acessado em: 16/05/2012.

7 BRZEZINSKI, Zbigniew. *Terrorized by 'War on Terror'*. The Washington Post. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/03/23/AR2007032301613.html>. Acessado em 16/05/2012.

8 Filho de uma rica família saudita. Foi um dos fundadores e o principal líder da rede Al-Qaeda. Considerado o principal responsável pelos ataques de 11 de Setembro. Ver: *Who is Osama Bin Laden?*. BBC News. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/1551100.stm>. Acessado em: 28/05/2012.

9 MACASKILL, Ewen. *Osama Bin Laden: it took years to find him but just minutes to kill him*. The Guardian. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2011/may/02/how-osama-bin-laden-found>. Acessado em: 16/05/2012.

10 LECLERC, Aline. *La fin de Ben Laden (2/4): L'assaut*. Le Monde. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/mort-de-ben-laden/article/2011/05/03/mort-de-ben-laden-2-3-l-assaut_1516349_1515627.html>. Acessado em: 14/06/2011.

11 *De nouveaux detáils sur le raid contre Ben Laden apparaissent*. Le Monde. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/mort-de-ben-laden/article/2011/05/06/de-nouveaux-details-sur-le-raid-contre-ben-laden-apparaissent_1517738_1515627.html>. Acessado em: 14/06/2011.; WALSH, Declan. *Osama Bin Laden's guns found 'only after' US Navy Seals killed him*. The Guardian. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2011/may/17/osama-bin-laden-guns-found-after-killing>. Acessado em: 17/05/2012.

12 ESPINOSA, Ángeles. *EEUU y Pakistán renuevan su alianza antiterrorista,* El País, Disponível em: <http://www.elpais.com/articulo/internacional/EE/UU/

Pakistan/renuevan/alianza/antiterrorista/elpepiint/20110517elpepiint_10/Tes>. Acessado em: 14/06/2011.

13 ESPINOSA, Ángeles. Pakistán y OTAN intercambian disparos en la Afganistán, El País, Disponível em:<http://www.elpais.com/articulo/internacional/Pakistan/OTAN/intercambian/disparos/frontera/Afganistan/elpepuint/20110517elpepuint_10/Tes>. Acessado em: 14/06/2011.

14 Charter of United Nations, 26 de Junho de 1945. Can.T.S.1945 No.7, [doravante, UN Charter], Art.2(4).

15 *Ibid*, Art. 51.

16 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Judgment, ICJ Report 1986, 14, p. 101, para. 191 [doravante, *Nicaragua Case*]. A definição de ataque armado é bastante imprecisa no Direito Internacional sendo que a melhor definição foi dada pela CIJ no caso Nicaragua supracitado. Neste caso, ataque armado foi definido como forma mais grave do uso da força.

17 United Nations, Statute of the International Court of Justice, 18 April 1946, Art. 38. Este artigo do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, anexo à Carta das Nações Unidas, elenca as fontes do Direito Internacional. São três as fontes principais, que criam efetivamente o direito: os tratados, os costumes internacionais e os princípios gerais de direito. Existem também dois meios subsidiários, os quais servem para clarificar e elucidar o direito produzido pelas fontes principais, que são a doutrina e a jurisprudência. O artigo 38 não é exaustivo, de modo que existem outras fontes do Direito Internacional que não foram listadas neste dispositivo. Este entendimento já foi reconhecido pela CIJ no caso *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France),* Judgment, ICJ Report 1974, p. 457.

18 *Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, 136, [doravante, *Wall Advisory Opinion*], pp. 215; 229-230 e 242-243; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ICJ Report 2005, 168, [doravante, *Armed Activities Case*], pp.314-315 e 336-338.

19 Ver nota 15 supra.

20 DINSTEIN, Yoram. *War, Aggression and Self-Defense*, 4º ed. (Nova York: Cambridge University Press, 2005), pp. 204-208 e 244-251.

21 A prática estatal corresponde ao elemento objetivo, que pode ser mensurada por atos dos representantes legais do Estado no plano internacional, bem como por decisões das cortes internas do país. Ressalte-se que esta prática estatal não precisa ser unânime, bastando que seja uma prática homogênea compartilhada pela comunidade internacional. A opinio iuris, por sua vez, refere-se ao aspecto subjetivo, diz respeito, portanto, à noção íntima que os representantes do Estado têm de que eles agem de determinada forma em virtude de uma norma que os obriga a agir daquela maneira. Neste sentido, ver: SHAW, Malcolm N. *International Law*, 6ª ed (New York: Cambridge University Press, 2008), [doravante, SHAW], pp.72-93; *Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriyu v. Malta), Merits,* ICJ Reports 1985,13, pp. 29-30, para. 27; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/ Federal Republic of Germany/Netherlands),* Merits, ICJ Reports, 1969, 3, pp. 41/43.

22 SCHARF, Michael P. *Seizing the "Grotian Moment": Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change*, 43 Cornell International Law Journal (2010), p. 458.

23 UNSCOR, 56º Ano, 4370º Encontro, S/RES/1368 (2001); UNSCOR, 56º Ano, 4385º Encontro, S/RES/1373 (2001), [doravante, Resolução 1373]; UNSCOR, 56º Ano, 4413º Encontro, S/RES/1377 (2001). Ver ponto 2.2 na página 9 *infra*.

24 Pode-se dizer, por exemplo, que um país com longa tradição na navegação marítima e cujo território é uma ilha tem uma capacidade maior de influir na criação de uma norma consuetudinária de direito do mar do que um país sem qualquer tradição nesta área e sem saída para o mar. Nesse sentido, ver SHAW, nota *supra* 20, p. 79-80.

25 *Ibid*, p. 86-91.

26 *Wall Advisory Opinion*, nota *supra* 17, p.194, para.139.

27 *Armed Activities Case*, nota *supra* 17, pp. 222-223, paras.146-147.

28 Muito se discute sobre qual seria o nível de controle necessário para que o Estado possa ser imputado pelas ações de grupos militares que agem em seu nome ou em seu benefício. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia (TPIY) acredita ser o que eles chamam de "overall control" (*Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Judgment on the Appeals Chamber – July 15th 1999 – pp. 49-51 paras. 120-123) e a Corte Internacional de Justiça acredita ser o teste nomeado "effective control" (*Nicaragua Case,* nota *supra* 15*,* pp.64-65 paras. 115-116). Para uma análise comparativa desses dois testes, ver CASSESE, Antonio. *The Nicaragua and Tadi Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, European Journal of International Law, vol.18, nº4, 2007.

29 Embora não constantes do artigo 51 da Carta das Nações Unidas, estes requisitos, fundamentais para o exercício legal da legítima defesa, já foram reconhecidos pela CIJ em duas oportunidades. Ver*: Nicaragua Case*, nota *supra* 15, p. 94, para. 176; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226, [doravante, *Nuclear Weapons Advisory Opinion*], p. 245, para.41.

30 A resposta será legal quando preenchidos os requisitos para o exercício da legítima defesa, deverá, portanto, ser uma ação necessária, proporcional e imediata em resposta a um ataque armado, devendo o Conselho de Segurança ser notificado de imediato e podendo esta ação durar somente enquanto o Conselho de Segurança não tomar medidas. De modo contrário, a ação será uma represália caso não haja o preenchimento de todos os requisitos para o exercício da legítima defesa. Ressalte-se que, mesmo que todos os requisitos do artigo 51 sejam cumprimentos, se a ação em legítima defesa ocorrer após um tempo demasiadamente extenso do ato que a gerou, esta não será lícita, pois se encontra ausente o requisito do caráter imediato da ação, tornando-se, destarte, uma represália. Neste sentido, a CIJ já se manifestou. Ver: *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Judgment of April 9th, 1949, Merits, ICJ Report 1949, 4, p.35. Ademais, cumpre mencionar, em sentido convergente, respeitável doutrina: DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2ª ed. (Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003) p. 967.

31 SASSÒLI, Marco. *The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law*, Journal of International Criminal Justice, vol. 2, 2004, Oxford University Press, [doravante, SASSÒLI, *Guantánamo*], pp. 98-100.

32 Casualities by Military Service Compnent. *Data, Analysis and Programs Division*. Defense Manpower Data Center. 14 March 2011. Disponível em: <http://siadapp.dmdc.osd.mil/personnel/CASUALTY/gwot_component.pdf>. Acessado em: 30/05/2012.

33 SUSMAN, Tina. *Poll: Civilian Death Toll in Iraq May Top 1 Million*. The Los Angeles Times. Disponível em: <http://www.commondreams.org/archive/2007/09/14/3839>. Acessado em: 30/05/2012.

34 ROGERS, Simon; SEDGHI, Ami. *Afghanistan civilian casualties: year by year, month by month*. The Guardian. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/news/datablog/2010/aug/10/afghanistan-civilian-casualties-statistics>. Acessado em: 28/05/2012.

35 Ver nota *supra* 29.

36 UN Charter, nota *supra* 13, Arts. 42.

37 Resolução 1373, nota *supra* 22.

38 *Armed Activities Case*, nota *supra* 17, pp. 314-315 e 336-338; *Wall Advisory Opinion*, nota *supra* 17, pp. 229-230; FRANCK, Thomas M. *Terrorism and the Right of Self-Defense*, American Journal of International Law, vol.95, nº4, 2001, 839, 842-843.

39 Existem três meios de uso da força, os quais são entendidos como exceções autorizativas à regra geral proibitiva estabelecida no artigo 2, §4º, da Carta da ONU. Estas exceções são: a legítima defesa, estabelecida no artigo 51 da Carta da ONU, e as resoluções do Conselho de Segurança sob o Capítulo VII deste diploma legal.

40 Ver nota *supra* 37.

41 Adota-se aqui, mais uma vez, a idéia de que Bin Laden estava desarmado no momento em que foi morto, sendo, em razão disso, possível às forças americanas incapacitá-lo temporariamente e prendê-lo ao invés de assassiná-lo. Ver notas *supra* 9 e 10.

42 Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) U.N.Doc.A/56/10 in ILC Yearbook vol.II, Part Two, Art. 20.

43 MURPHY, Sean D. The *International Legality of U.S. Military Cross-Border Operations from Afghanistan into Pakistan*, 84 Int'l L. Studies, U.S. Naval War College, p.18. Ver também: ESPINOSA, Ángeles. *EEUU y Pakistán renuevan su alianza antiterrorista,* El País, Disponível em: <http://www.elpais.com/articulo/ internacional/EE/UU/Pakistan/renuevan/alianza/antiterrorista/elpepiint/20110517elpepiint_10/Tes>. Acessado em: 14/06/2011.

44 Definition of Aggression, GA Res 3314 (XXIX),29th Sess, Supp Nº19, UN Doc A/9619, (1974) p. 142.

45 ESPINOSA, Ángeles. Pakistán y OTAN intercambian disparos en la Afganistán, El País, Disponível em:<http://www.elpais.com/articulo/internacional/Pakistan/OTAN/intercambian/disparos/frontera/Afganistan/elpepuint/20110517elpepuint_10/Tes>. Acessado em: 14/06/2011.

46 Teste de controle que reflete uma norma consuetudinária segundo o entendimento do Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia (TPIY). De acordo com este teste, haveria um conflito internacionalizado se um terceiro Estado apoiasse um grupo armado em conflito com um Estado. Este apoio deve englobar um controle genérico sobre o conjunto das operações do grupo e também um suporte financeiro e/ou de armamentos para o grupo. Para maiores detalhes sobre este teste, ver: *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Judgment (15 July 1999), (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber) pp. 35-62, paras. 88-145.

47 SASSÒLI, Marco. *Use and Abuse of the Laws of War in the "War on Terrorism"*, 22 Law & Ineq. p.195; SASSÒLI, Marco. *Terrorism and War*, Journal of International Criminal Justice, vol. 4, 2006, Oxford University Press, [doravante, SASSÒLI, *Terrorism and War*], pp. 963-966.

48 MELZER, Nils. *Targeted Killing in International Law* (New York: Oxford University Press, 2009), [doravante, MELZER], p. 257-258.

49 International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (First Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 287, [doravante, First Geneva Convention], Art. 3.

50 International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, 1125 UNTS 609, Art.1(1).

51 Ver nota *supra* 45. O que está em discussão nesse momento não é qual teste é necessário para que as ações de um grupo *a priori* não-estatal possam ser consideradas como cometidas por um Estado (para essa situação existe a divergência entre "overall control" e "effective control" que foi tratado na nota *supra* 27). A presente discussão diz respeito a qual grau de interferência de um terceiro Estado em um conflito não-internacional é necessário para torná-lo internacionalizado, sem que isso implique na imputação dos atos do grupo ao terceiro Estado (para essa situação o teste do "overall control" é, sem dúvida, o mais apropriado).

52 SASSÒLI, *Guatánamo*, nota *supra* 30, pp. 98-100.

53 *Ibid*.

54 Para que um grupo armado possa ser parte em um conflito não-internacional, ele deve ter um nível de organização semelhante ao de um Estado, o qual compreende um controle efetivo sobre um território, uma hierarquia de comando bem estruturada e a capacidade de organizar operações e ataques bem planejados, os quais exigem o uso de força militar pelo Estado. Nesse sentido, ver PICTET, Jean S. (ed.). *Commentary I Geneva Convention for the Amelioration of the conduct of the wounded*

and sick in armed forces in the field (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1952), pp. 49-50.

55 First Geneva Convention, nota *supra* 48, Art. 13; International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, 1125 UNTS 3, [doravante, Protocol Additional I], Art. 43.

56 *Ibid,* Art. 51(2) e (3). Estes dispositivos, pelo âmbito do Protocolo I, só se aplicam aos conflitos internacionais, entretanto, a aplicação deles a conflitos não-internacionais também acontece porque eles fazem parte do corpo normativo costumeiro de Direito Humanitário aplicável a este tipo de conflito, ver HENCKAERTS, Jean- Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law*, 1ª ed, vol.1 (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), regras 1 e 6.

57 Guidance on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law (2008) 90:872 International Review of the Red Cross, 991, [doravante, Guidance], p. 1035.

58 *Ibid*, pp. 1013-1031.

59 *Ibid*, pp. 1006-1009.

60 Protocol Additional I, nota *supra* 54, Art. 35(1) e (2).

61 Ver nota *supra* 10.

62 Ver nota *supra* 9.

63 Guidance, nota *supra* 34, pp. 1007 e 1039.

64 Protocol Additional I, nota *supra* 56, Art. 50(1).

65 International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 135, Art. 4º. A redação deste artigo é idêntica a dos artigos 13 da Primeira e da Segunda Convenção de Genebra.

66 SASSÒLI, *Guantánamo*, nota *supra* 30, pp. 100-105. Neste sentido ver também a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*; June 26, 2009; No. 05–184.

67 *US detainees to get Geneva rights*. BBC News. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5169600.stm>. Acessado em: 27/05/2012.

68 Esta discussão foi superada pela decisão da Suprema Corte Americana no caso *Hamdan v. Rumsfeld,* nota *supra* 65. Nesta decisão, a Suprema Corte Americana julgou que os prisioneiros da "Guerra ao Terror" estão sujeitos às proteções das Convenções de Genebra, sobretudo do seu artigo comum 3º. Ainda assim, considerando o entendimento da Corte Internacional de Justiça no *Nicaragua Case*, nota *supra* 15, e na *Nuclear Weapons Advisory Opinion*, nota *supra* 28, de que os Direitos Humanos são *lex generalis* enquanto o Direito Humanitário é *lex specialis*, é aconselhável um estudo mais

detido das proteções conferidas por esta esfera do direito, sobretudo em relação aquelas que possuem relação direta com o evento que levou à morte de Osama Bin Laden.

69 UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, [doravante, ICCPR], Art. 4.

70 *Ibid*, Art.6.

71 Organization of American States, American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969, Art. 4(1).

72 Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, ETS 5, Art. 2.

73 ICCPR, nota *supra* 68, Arts. 6(2) e 14(1).

74 MELZER, nota *supra* 47, p. 228

75 *Ibid*, pp. 100 e 116.

76 Ver nota *supra* 9.

77 Ver nota *supra* 10.

78 ICCPR, nota *supra* 68, Arts. 14, 15,16 e 17.

79 O julgamento de Saddam Hussein, Ex-Presidente do Iraque, aconteceu em um Tribunal Especial Iraquiano. Ele foi acusado de violações dos Direitos Humanos durante o seu governo e foi condenado à pena de morte (por enforcamento) pelo assassinato de 148 homens, predominantemente xiitas, na cidade iraquiana de Dujail em 1982. A defesa de Hussein pediu várias vezes por um adiamento dos procedimentos, insistindo que não lhe havia sido dado tempo suficiente para revisar todos os documentos da promotoria como eles haviam sido providos sob as regras do tribunal, mas esses pedidos foram negados. Enquanto isso, organizações internacionais de direitos humanos, incluindo a Human Rights Watch e a Anistia Internacional, sugeriram que o Tribunal Especial do Iraque e seu processo jurídico podia não cumprir padrões internacionais para um julgamento justo. As Nações Unidas também negaram ajuda aos procedimentos, expressando preocupações similares sobre a justiça, além da possibilidade de uma pena de morte no caso. Para maiores informações ver: *Iraq: Saddam Hussein put to the death*. Human Rights Watch. Disponível em: <http://www.hrw.org/news/2006/12/29/iraq-saddam-hussein-put-death>. Acessado em: 28/05/2012.

80 Rome Statute for the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9, [doravante, Rome Statute], Arts. 5, 6, 7 e 8. Segundo o art. 5(2), a jurisdição sobre o crime de agressão está condicionada a uma definição do crime e o estabelecimento das condições sob as quais essa jurisdição ocorrerá. Uma definição para o crime de agressão foi adotada na Conferência de Kampala em 2010, entretanto, a aceitação dessa definição e a decisão se o TPI terá jurisdição sobre esse crime foram postergados para uma próxima conferência a realizar-se em 2017.

81 SASSÒLI, *Terrorism and War*, nota *supra* 46, pp. 960-961.

82 UNSCOR, 61º Ano, 5401º Encontro, S/RES/1664 (2006).

83 *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, Case No. STL-11-01/I (Feb. 16, 2011), paras. 83-84 e 102-103.

84 *Ibid*, para. 85.

85 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, 1ª ed. (New York: Oxford University Press, 2003), pp. 120-131.

86 LAMBERT, J., *Terrorism and Hostages in International Law* (Cambridge: Grotius Publications, 1990), p. 13; WILLIAMSON, Myra. *Terrorism, War and International Law: The Legality of the Use of Force against Afghanistan in 2001* (Burlington: Ashgate Publishing Company, 2009), pp. 38-40.

87 Rome Statute, nota *supra* 79, Art. 11.

88 *Ibid*, Art. 126.

89 Os praticamente simultâneos ataques às Embaixadas dos EUA em Nairóbi, no Quênia, e em Dar es Salaam, na Tanzânia, ocorreram em 7 de Agosto de 1998. No primeiro ataque, devido ao fato da embaixada localizar-se em uma área movimentada do centro da cidade, houve 291 mortos e cerca de 5.000 feridos. No segundo, 10 pessoas foram mortas e cerca de 70 ficaram feridas. Para maiores informações ver: Attacks on US Embassies in Kenya and Tanzania. Disponível em: <http://www.globalsecurity.org/security/ops/98emb.htm>. Acessado em: 28/05/2012.

90 <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/>. Acessado em 11/06/2011.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TRATADOS, CONVENÇÕES E OUTROS TEXTOS LEGAIS:
Charter of United Nations, June 26th 1945, Can.T.S.1945 No.7.
Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, ETS 5.
International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (First Geneva Convention), August 12th 1949, 75 UNTS 287.
International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention), August 12th 1949, 75 UNTS 135.
International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12th 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, 1125 UNTS 3.
International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12th 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, 1125 UNTS 609.
Organization of American States, American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, November 22nd 1969.
Rome Statute for the International Criminal Court, July 17th 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9.
UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, December 16th 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999.
United Nations, Statute of the International Court of Justice, April 18th 1946.

JURISPRUDÊNCIA:
Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), ICJ Report 2005, 168.
Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriyu v. Malta), Merits, ICJ Reports 1985, 13.
Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Judgment of Judgment of April 9th, 1949, Merits, ICJ Report 1949, 4.
Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.; June 26, 2009; No. 05–184.
Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, Case No. STL-11-01/I (Feb. 16, 2011), (Special Tribunal for Lebanon, Appeals Chamber).
Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, 136.
Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, 226.
Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Judgment, ICJ Report 1986, 14.
North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/ Federal Republic of Germany/Netherlands), Merits, ICJ Reports, 1969, 3.
Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, ICJ Report 1974, 457.
Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-A, Judgment on the Appeals Chamber (15 July 1999), (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber).
Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (2 October 1995), (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber).

DOUTRINA:
CASSESE, Antonio. *The Nicaragua and Tadi Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, European Journal of International Law, vol.18, nº4, 2007.
CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, 1ª ed. (New York: Oxford University Press, 2003).
DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick;PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2ª ed. (Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003).
DINSTEIN, Yoram. *War, Aggression and Self-Defense*, 4º ed. (Nova York: Cambridge University Press, 2005).
Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) U.N.Doc.A/56/10 in ILC Yearbook vol.II, Part Two.
FRANCK, Thomas M. *Terrorism and the Right of Self-Defense*, American Journal of International Law, vol.95, nº4, 2001.
Guidance on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, vol.90, nº872, 2008.
HENCKAERTS, Jean- Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law*, 1ª ed, vol.1 (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).
LAMBERT, J., *Terrorism and Hostages in International Law* (Cambridge: Grotius Publications, 1990).
PICTET, Jean S.(ed.), *Commentary I Geneva Convention for the Amelioration of the conduct of the wounded and sick in armed forces in the field* (Geneva: International Comitee of the Red Cross, 1952).
MELZER, Nils. *Targeted Killing in International Law* (New York: Oxford University Press, 2009).
MURPHY, Sean D. *The International Legality of U.S. Military Cross-Border Operations from Afghanistan into Pakistan*, 84 Int'l L. Studies, U.S. Naval War College
SASSÒLI, Marco. *Use and Abuse of the Laws of War in the "War on Terrorism"*, 22 Law & Ineq.
SASSÒLI, Marco. *Terrorism and War*, Journal of International Criminal Justice, vol. 4, 2006, Oxford University Press.
SASSÒLI, Marco. *The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law*, Journal of International Criminal Justice, vol. 2, 2004, Oxford University Press.
SCHARF, Michael P. *Seizing the "Grotian Moment": Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change*, 43 Cornell International Law Journal (2010).
SHAW, Malcolm N. *International Law*, 6ª ed (New York: Cambridge University Press, 2008).
WILLIAMSON, Myra. *Terrorism, War and International Law: The Legality of the Use of Force against Afghanistan in 2001* (Burlington: Ashgate Publishing Company, 2009).

RESOLUÇÕES E RECOMENDAÇÕES:
Definition of Aggression, GA Res 3314 (XXIX),29th Sess, Supp Nº19, UN Doc A/9619, (1974) p. 142.
UNSCOR, 56º Ano, 4370º Encontro, S/RES/1368 (2001).
UNSCOR, 56º Ano, 4385º Encontro, S/RES/1373 (2001).
UNSCOR, 56º Ano, 4413º Encontro, S/RES/1377 (2001).
UNSCOR, 61º Ano, 5401º Encontro, S/RES/1664 (2006).