

A “GUERRA AO TERROR” E A MORTE DE OSAMA BIN LADEN: REGRAS, CONTROVÉRSIAS E NOVAS TENDÊNCIAS NO DIREITO INTERNACIONAL

THE “WAR ON TERROR” AND THE DEATH OF OSAMA BIN LADEN: RULES, CONTROVERSIES AND NEW TENDENCIES IN INTERNATIONAL LAW

PEDRO GUIMARÃES VIEIRA

Resumo: O presente artigo procura tratar das principais áreas do Direito Internacional que são afetadas pela “Guerra ao Terror”. Analisa-se, portanto, as regras gerais, as controvérsias e as novas tendências concernindo o Uso da Força, o Direito Internacional Humanitário, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Penal Internacional. A execução de Osama Bin Laden, o maior evento recente relacionado com a “Guerra ao Terror”, é analisada também.

Palavras Chave: Guerra ao Terror, Morte de Bin Laden, Direito Internacional

Abstract: The present article aims to address the main areas of International Law which has been affected by the “War on Terror”. Thus, it analyses the general rules, controversies and new tendencies regarding the Use of Force, the International Humanitarian Law, the International Law of Human Rights and the International Criminal Law. The execution of Osama Bin Laden, the biggest recent event related to the “War on Terror”, is analysed as well.

Keywords: War on Terror, Death of Bin Laden, International Law

I. Introdução

A “Guerra ao Terror” levou certos aspectos do Direito Internacional a regiões limítrofes, gerando discussões e controvérsias nunca antes

imaginadas. Tentou-se justificar claras violações das regras de Direito Internacional por meio de novas interpretações e ampliações de sentido em institutos consagrados principalmente de *Jus ad Bellum*, regras concernindo o uso da força, e *Jus in Bello* (Direito Internacional Humanitário).

Com a morte recente do líder da rede “terrorista” Al-Qaeda, Osama Bin Laden, mais incertezas que garantias vêm à tona. Ainda não se sabe se a morte de Bin Laden foi o golpe fatal para uma total desestruturação dessa organização ou se ela somente servirá para um maior fortalecimento do grupo e um aumento no número de ataques. A primeira hipótese parece ser bastante improvável na medida em que, mesmo anteriormente a morte do criador e líder maior da Al-Qaeda, já havia células da organização espalhadas em diversas partes do mundo, como, por exemplo, no Norte da África, e com uma grande independência no que tange o planejamento de ataques e a escolha de alvos, uma vez que a comunicação com líder nem sempre era fácil e possível.

A segunda hipótese parece bem mais plausível uma vez que, logo após a morte de Osama Bin Laden, novos ataques e ameaças de ataques realizados por parte da Al-Qaeda ocorreram em diversas partes do mundo, mas, sobretudo, no Paquistão.

Outra incerteza refere-se à postura dos Estados Unidos diante da “Guerra ao Terror” já que seu objetivo maior, que era a vingança corporificada na morte de Bin Laden, já foi alcançado. Questiona-se, portanto, se haverá uma diminuição nas intervenções estadunidenses na Ásia Central e no Oriente Médio, ou se sua morte servirá de estímulo para mais mortes e violações do Direito Internacional pela nobre bandeira da paz mundial.

A segunda hipótese parece ser a mais provável se considerarmos que interesses - muito mais relevantes que o vil desejo de vingança e a magnânima busca pela paz mundial – estavam e continuam em jogo, desde o início das incursões estadunidenses em nome da “Guerra ao Terror”. Apesar disso, sob o prisma do Direito Internacional, questões bastante importantes emergem principalmente em quatro campos: o *Jus ad Bellum* – regras que regulam o uso da força -, o *Jus in Bello* – conhecido modernamente como Direito Internacional Humanitário, ou seja, o direito que regula as situações de conflito armado –, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional.

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 tem como principal regra o artigo 2º, §4º da Carta das Nações Unidas, que determina que seja proibida a utilização da força pelos Estados nas suas relações internacionais, mencionando que:

“Artigo 2, §4º. Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objetivos das Nações Unidas.”(tradução livre)¹

Essa regra geral proibitiva admite três exceções: a legítima defesa, as resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança sob o Capítulo VII e os casos em que o Estado que detém a soberania sobre o território no qual a força será usada consente em relação a 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 o qual determina que:

“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 internacional. 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 momento, a ação que julgar necessária à manutenção

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

ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacional.” (tradução livre)²

Pela leitura do presente texto normativo percebe-se as principais características deste instituto fundamental na lógica internacional, quais sejam, o requisito de um ataque armado³ prévio ou em curso, o dever de notificação ao Conselho de Segurança (CS) e a subsidiariedade em relação às ações deste órgão, podendo ser tomadas enquanto o CS não tiver tomado as medidas necessárias para lidar com a questão.

Respeitável doutrina entende também que a ação em legítima defesa deve ocorrer imediatamente após o ataque que a gerou, sob risco de não constituir mais uma resposta a tal ataque, mas sim uma represália armada, claramente proibida pelo direito internacional.⁴ Dessa forma, ainda que se considere juridicamente possível a existência da legítima defesa contra um ator *prima facie* não estatal como a Al-Qaeda, é absolutamente inconcebível considerar que este direito continue existindo após quase 10 anos do alegado ataque armado que o gerou, o ataque ao World Trade Center.

Outra interpretação extensiva feita em relação ao texto do artigo 51 diz respeito à necessidade do ataque armado já ter ocorrido ou estar ocorrendo. Países e doutrinadores que defendem essa expansão de sentido do texto do artigo dizem que, se tal ataque for eminente, o Estado que seria o alvo do ataque já poderia lançar uma contra-ofensiva visando impedir que o ataque ocorra, surge então a teoria da legítima defesa antecipatória.⁵

Essa teoria utiliza como principal argumento o fato de que o desenvolvimento cada vez maior dos armamentos e de sua capacidade destrutiva faz com que o Estado não possa mais esperar o ataque armado acontecer - colocando todos seus cidadãos e interesses em risco - para só depois agir em resposta. Seria, segundo essa análise, uma obrigação do Estado agir antes da ocorrência do ataque para minimizar os riscos para

2 *Ibid*, Art. 51.

3 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Judgment, ICJ Report 1986, 14, p. 101, para. 191 [*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 de uso da força.

4 DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2ª ed. (Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003) p. 967; *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Judgment of April 9th, 1949, Merits, [1949] ICJ Rep 4, p.35.

5 DINSTEN, Yoram. *War, Aggression and Self-Defense*, 4ª ed. (Nova York: Cambridge University Press, 2005), [DINSTEN], pp.182-187.

os bens jurídicos que o Estado tem o dever de proteger.

Por mais tentadoras que possam ser essas flexibilizações sob a ótica dos Estados, é preciso deixar claro que tais elaborações teóricas pertencem a uma minoria de doutrinadores e que em nenhum caso até hoje a Corte Internacional de Justiça acatou tal possibilidade, mantendo-se fiel ao texto original do artigo que menciona “se um ataque armado ocorrer”.⁶

É importante ressaltar que no momento da redação deste artigo, no imediato pós-Segunda Guerra, era inimaginável que pudesse existir uma organização não-estatal capaz de realizar contra um ou vários Estados ataques de magnitude tal a poderem ser considerados ataques armados no sentido deste artigo. Sendo assim, o instituto da legítima defesa foi, sem dúvida alguma, criado para regular a relação entre Estados e não para regular a relação entre Estados e organização não-estatais.

No entanto, o século XX acabou, iniciou-se o século XXI e, com ele, ocorreu o ataque armado de maiores proporções em solo estadunidense deste a Guerra de Secessão, o qual foi executado, por mais surpreendente que pudesse parecer, exatamente por um grupo a priori não-estatal, a Al-Qaeda.

Este ataque veio intensificar 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 mera leitura do artigo 51 não pode responder a pergunta acima mencionada porque, como já explicado, no momento de elaboração do texto da norma tal realidade não era nem se quer cogitada, portanto, faz-se necessário recorrer à jurisprudência e à doutrina para tentar-se obter um posicionamento sobre a questão.⁷

6 *Nicaragua Case*, nota *supra* 3, p. 103, para. 195.

7 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.

2.1.2. O impacto do ataque de 11 de Setembro de 2001 no Direito Internacional e a tendência pela alegação da formação de uma nova norma costumeira de legítima defesa

O ataque ao World Trade Center e ao Pentágono provocou uma grande comoção em todo o ocidente e se tornou um argumento bastante pertinente para a proposição de uma alteração na interpretação do instituto da legítima defesa - seja em sua expressão convencional no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, seja em sua expressão consuetudinária⁸.

Deste momento em diante, parte da jurisprudência e da doutrina passou a defender que, pelo fato do artigo 51 não expressamente mencionar que o ataque armado desencadeador do direito a legítima defesa deve ser realizado por outro Estado, deve-se entender que este texto normativo abarca a possibilidade de uma resposta a um ataque por parte de um ator não-estatal.⁹

Alguns juízes da CIJ tiveram a oportunidade de demonstrarem o seu alinhamento com esta perspectiva em suas opiniões dissidentes na Opinião Consultiva sobre a Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado e suas opiniões separadas no caso das Atividades Armadas no território do Congo.

O juiz Bruno Simma defendeu esse posicionamento em sua opinião separada no caso do Congo dizendo que:

“Se o ataque armado é executado por forças irregulares provenientes de um território contra um território vizinho, estas atividades são ainda ataques armados mesmo se elas não podem ser atribuídas ao Estado do qual elas provém.”¹⁰(tradução livre)

Os defensores desta extensão do conceito de legítima defesa alegam também uma mudança na norma consuetudinária da legítima defesa, norma esta que a CIJ já teve oportunidade de afirmar a existência e o

8 *Nicaragua Case*, nota *supra* 3, p. 121, para. 235.

9 DINSTEN, nota *supra* 5, pp. 204-208 e 244-251;

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

conteúdo em vários casos.¹¹ 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 a partir do qual ele age, não combatê-lo, seja por falta de vontade, seja por falta de uma estrutura governamental de polícia capaz de combatê-lo, já torna possível a violação de sua soberania territorial para que se possa atacar o grupo não-estatal.

Outro problema que impede aceitação dessa teoria é a dificuldade de se provar a existência de tal costume. Utiliza-se usualmente como prova de prática estatal as ações dos Estados Unidos e de Israel cumuladas com a aquiescência dos outros Estados - sendo esta também muito usada como meio de prova para a existência de uma *opinio juris sive necessitatis*.¹² Outra comprovação de *opinio juris* é, alegadamente, encontrada nas resoluções do Conselho de Segurança no pós-11 de Setembro¹³, principalmente, na 1373, emitida sob o capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

Em relação à prática estatal, festejados doutrinadores reconhecem que alguns países têm uma capacidade maior de interferir na formação de regras consuetudinárias em certas temáticas. Por razões óbvias, por exemplo, no que tange a elaboração de normas de navegação, um país que é uma ilha tende a participar mais sensivelmente na formação destas normas do que um país sem saída para o mar.¹⁴ Dessa forma, pode-se até aceitar a premissa de que EUA e Israel têm uma capacidade maior de influência na formação de um costume concernindo o uso da força, todavia é impossível tomar somente o comportamento dos dois países e dizer que o comportamento deles reflete um entendimento uniforme dos países do sistema ONU.

Mais problemático ainda parece ser 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 re-

11 *Nicaragua Case*, nota *supra* 3, p. 121, para. 235.

12 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.

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

14 SHAW, Malcolm N. *International Law*, 6^o ed. (New York: Cambridge University Press, 2008), p. 79-80.

presente a comprovação de uma *opinio juris* no que tange a conformidade de tais ações com o instituto da legítima defesa.¹⁵ 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 e não podendo constituir, assim, a *opinio juris* necessária para que esta ampliação da legítima defesa seja possível.

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

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), enquanto principal órgão jurídico do sistema ONU, já se deparou com a questão da legítima defesa contra ator não-estatal em duas oportunidades no período posterior ao ataque de 11 de Setembro de 2001. Em ambos os julgamentos, o posicionamento manteve-se inalterado, sustentando a CIJ que a legítima defesa só existe quando um Estado ataca outro Estado e quando um grupo agindo sob o controle de um Estado ataca outro Estado.¹⁶

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.”¹⁷ (tradução livre)

No ano seguinte, a CIJ manteve sua posição no Caso sobre as Atividades Armadas no Território do Congo (2005), no qual mencionou:

“A Corte julgou acima (parágrafos 131-135) que não há prova satisfatória do envolvimento, direto ou indireto, do governo da República Democrática do Congo nos ataques. Esses ataques não emanaram de bandos armados ou tropas irregulares enviados pelo Congo ou em nome do Congo,(...). A Corte é da opinião de que, em relação às evidências apresentadas

15 *Ibid*, p. 86-91.

16 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-Yugoslavia 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* 3, 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, n^o4, 2007.

17 *Wall Case*, nota *supra* 10, p.194, para.139.

diante dela, mesmo que essas séries de ataques deploráveis pudessem ser vistas como cumulativas em caráter, elas ainda permaneceriam não atribuíveis ao Congo. Por todas essas razões, a Corte achou que as circunstâncias legais e factuais para o exercício do direito de legítima defesa por Uganda em relação ao Congo não estavam presentes.”¹⁸ (tradução livre)

A legítima defesa foi projetada para ser uma exceção à regra da proibição do uso da força, mas, além de seu caráter de excepcionalidade, que impede interpretações extensivas do texto normativo, fica claro 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 dos requisitos de ataque armado, necessidade e proporcionalidade¹⁹, ser essencialmente fruto de uma avaliação unilateral de um Estado sendo, portanto, muito mais susceptível de abusos do que a avaliação realizada por um órgão colegiado como o Conselho de Segurança.

Dessa forma, parece ser bastante temeroso dar a prerrogativa para um Estado de unilateralmente decidir se, por meio da legítima defesa, realizará ou não ataques dentro do território de outro Estado pelo simples fato de existir um grupo que realizou ataques armados em outros Estados, independente de prova sobre a vinculação entre o grupo e o Estado que o “abriga”. Parece-me mais adequado, assim, para a manutenção do ténue equilíbrio do mundo no que concerne as questões mais extremas, as quais normalmente são resolvidas pelo uso da força, limitar a legítima defesa às respostas a ataques armados realizados por outro Estado e nos quais sejam provadas a necessidade e a proporcionalidade destas ações e atribuir ao Conselho de Segurança às deliberações em relações aos outros usos da força, incluindo os ataques realizados por atores não-estatais. Tal solução não é, definitivamente, perfeita na medida em que a maneira de lidar com a questão ficará submetida à discricionariedade política do Conselho de Segurança, mas ela me parece mais viável do que a análise unilateral por parte do Estado que pretende utilizar-se da legítima defesa contra um ator não-estatal.

Diante do exposto acima, é inconcebível acreditar que as ações estadunidenses motivadas pela “Guerra ao Terror” possam estar respalda-

18 *Armed Activities*, nota *supra* 10, pp. 222-223, paras.146-147.

19 *Nicaragua Case*, nota *supra* 3, p. 94, para. 176; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226, p. 245, para.41.

das no direito à legítima defesa. Por conseguinte, a operação que culminou com a morte do líder da Al-Qaeda também não pode ser justificada por meio desse instituto e constitui, se nenhuma das outras duas exceções estiver presente, uma violação às regras do Jus ad Bellum, em especial à proibição ao uso da força expresso no artigo 2,§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 sendo que pode tomar inclusive medidas que ordenam o uso da força e que são obrigatórias para todos os países membros da ONU, como expresso na Carta das Nações Unidas:

“Artigo 42. Se o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no artigo 41 seriam ou demonstraram ser inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacional. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos membros das Nações Unidas.

Artigo 48 (1). A ação necessária ao cumprimento das decisões do Conselho de Segurança para a manutenção da paz e da segurança internacionais será levada a efeito por todos os membros das Nações Unidas ou por alguns deles, conforme seja determinado pelo Conselho de Segurança.”
(tradução livre) ²⁰

No dia 28 de Setembro de 2001, o Conselho de Segurança publicou a resolução 1373²¹ que, como já foi mencionado, serve como fundamento jurídico para que festejados doutrinadores e juízes da CIJ²² considerem legais supostas ações em legítima defesa contra a Al-Qaeda e, portanto, poderiam justificar também o assassinato de Osama Bin Laden. O primeiro argumento, de que a resolução serviria para justificar ações de legítima defesa contra ator não-estatal, é bastante frágil uma vez que, em

20 UN Charter, nota *supra* 1, Arts. 42 e 48(1).

21 Resolução 1373, nota *supra* 13.

22 *Armed Activities*, nota *supra* 10, pp. 314-315 e 336-338; *Wall Case*, nota *supra* 10, 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.

momento algum, esta resolução identifica que o ataque ao World Trade Center pode ser considerado um ataque armado no sentido do artigo 51 e concede o direito para sua vítima, no caso os EUA, de agir em legítima defesa. Ela apenas diz que o terrorismo internacional é uma ameaça à paz e à segurança internacional e que os Estados podem usar quaisquer meios previstos na Carta para combatê-lo, evidentemente desde que os requisitos para cada uma das ações previstas na Carta estejam presentes. Não se podendo, portanto, atacar alegando legítima defesa simplesmente porque uma resolução do CS autorizou e independentemente da observância dos requisitos estipulados na Carta para que esse tipo de ação possa ocorrer. Dessa forma, não se poderia agir em legítima defesa se a ação não fosse necessária e proporcional e, em uma análise de acordo com o entendimento da CIJ, se tal ação não fosse em decorrência de um ataque realizado por outro Estado.

A alegação de que esta Resolução justificaria o assassinato de Osama Bin Laden, é inconcebível, pois, em nenhum momento, a Carta estabelece a execução extrajudicial – ou sem o devido processo legal - como um desses meios, o que seria notoriamente contrário aos fundamentos básicos da ONU.

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 2, §4º da Carta, às relações internacionais, devendo 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 na medida em que haverá uma exclusão de ilicitude. Nesse sentido posiciona-se o artigo 20 do *Draft* de Responsabilidade Estatal por Atos Internacionalmente Ilícitos, o qual determina que:

“Artigo 20. Consentimento válido por um Estado para a comissão de um dado ato por outro Estado preclui a ilicitude daquele ato em relação a este Estado até a extensão em que o ato permaneça dentro dos limites daquele consentimento” (tradução livre).”²³

23 Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) U.N.Doc.A/56/10 in

No presente caso, até a operação que culminou na morte de Osama Bin Laden, acreditava-se que as operações estadunidenses no Paquistão estariam amparadas na aceitação paquistanesa, mesmo que de forma tácita uma vez que o Governo deste país nunca publicou nota ou fez saber por discurso de qualquer de suas autoridades que aceitava tais operações.²⁴ Dessa forma, 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 Geral²⁵.

Todavia, manifestações posteriores à morte de Osama Bin Laden levam a crer que o Governo Paquistão 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 informação ao Paquistão.²⁶ Se tal aceitação de fato nunca aconteceu – o que é realmente difícil de acreditar – estariam sim os Estados Unidos violando as regras de *Jus ad Bellum*.

3. O Direito Humanitário, a “Guerra ao Terror” e a definição do status de combatente

3.1. A “Guerra ao Terror” e a classificação dos conflitos armados no Direito Humanitário

O Direito Humanitário regula as situações de conflitos armados e, para a definição de qual conjunto normativo se aplica, faz-se necessário estabelecer primeiramente qual é o tipo de conflito em questão. Existem dois tipos básicos de conflitos armados: os conflitos internacionais (entres dois ou mais Estados), os conflitos não-internacionais (entre um Estado e um grupo não estatal ou entre dois grupos não estatais entre si). Em relação a esse ponto, é sempre importante ressaltar o julgamento do Tri-

ILC Yearbook vol.II, Part Two, Art. 20.

24 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 de Junho de 2011.

25 Definition of Aggression, GA Res 3314 (XXIX), 29th Sess, Supp N°19, UN Doc A/9619, (1974) p. 142.

26 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/elpepiint/20110517elpepiint_10/Tes. Acessado em: 14 de Junho de 2011.

bunal Penal Internacional para a ex-Yugoslavia (ICTY) no caso Tadic, no qual foi dito que: “(...) um conflito armado existe sempre que há recurso à força armada entre Estados ou violência armada prolongada entre autoridade governamental e grupos armados ou entre tais grupos dentro de um Estado.”²⁷ (tradução livre)

Como decorrência da evolução dos conflitos armados surge um terceiro tipo de conflito armado que está diretamente ligado aos outros dois, qual seja, o conflito armado internacionalizado. Este tipo de conflito 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 um nível de controle que possa caracterizar, pelo menos, o teste do “overall control”.²⁸ 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.

Analizando-se a “Guerra ao Terror” à luz do Direito Humanitário, depara-se com uma questão bastante complexa: este “conflito armado” não se enquadra em nenhuma dos três tipos de conflito existentes.²⁹ Não se trata de um conflito internacional porque o Mal, o Terrorismo, a Al-Quaeda ou qualquer que seja o inimigo alegado pelos EUA, nenhum deles pode ser considerado como uma entidade soberana que se enquadra dentro dos requisitos para ser um Estado e, dessa forma, não podem ser parte em um conflito armado internacional. Tal situação também não pode ser considerada como um conflito não-internacional pois todos os textos normativos que procuram defini-lo estabelecem sua existência como confinada a um único país.³⁰

O artigo comum 3 das Convenções de Genebra de 1948 define um conflito não-internacional como “(...) ocorrendo no território de uma

27 *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), [Tadic, Interlocutory Appeal], para.70.

28 *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.

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

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

das Altas Partes Contratantes.”³¹ (tradução livre). O artigo 1º do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra também traz uma definição bastante similar no que se refere à limitação territorial dos conflitos não-internacionais. Segundo este artigo, os conflitos não-internacionais:

“(…) Ocorrem no território de uma Alta Parte Contratante entre suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou outro grupo armado organizado que, sob um comando responsável, exerce controle sobre uma parte de seu território de modo a permitir a eles a execução sustentada e combinada de operações militares e o implemento deste Protocolo.”³² (tradução livre)

Da leitura dos trechos acima, percebe-se uma diferença no âmbito de aplicação dos dois textos normativos na medida em que o Protocolo Adicional II aplica-se somente aos conflitos ocorrendo dentro de um Estado entre as tropas deste Estado e outro grupo armado. O artigo 3º das Convenções de Genebra, por sua vez, aplica-se nos casos de conflito armado ocorrendo dentro de um Estado entre as tropas de qualquer Estado (podendo mesmo ser as tropas de um Estado que não detém controle sobre o território no qual o conflito ocorre) e um grupo armado ou entre dois grupos armados entre si. Apesar das diferenças apresentadas, um elemento comum está presente nos dois textos, a ocorrência do conflito deve estar limitada ao território de um Estado.

A “Guerra ao Terror” também dificilmente poderia ser caracterizado como internacionalizado porque essa 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 ele uma ligação de modo a atingir o “overall control test”.³³ Tal situação parece ser de difícil comprovação no

31 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, [First Geneva Convention], Art. 3.

32 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).

33 Ver nota 28 *supra*. 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 16 *supra*). A presente

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. Entretanto, se dividirmos a “Guerra ao Terror” em conflitos menores, é bastante plausível que em alguns países, principalmente no Afeganistão, esse conflito tenha tido o caráter de internacionalizado.

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.³⁴ Dessa forma, haveria um conflito internacionalizado (ou mesmo internacional, como querem alguns³⁵), 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.³⁶

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. Essa preocupação mostra-se clara na redação do artigo 51(2) e (3) do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949³⁷:

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).

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

35 *Ibid*, p. 99.

36 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.

37 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

“Artigo 51 - 2. A população civil como tal, bem como indivíduos civis, não deve ser objeto de ataque. Atos ou ameaças de violência cujo objetivo primário é espalhar o terror entre a população civil são proibidos.

3. Civis devem aproveitar a proteção concedida nessa Seção, a menos que e pelo tempo que eles participarem diretamente das hostilidades.” (tradução livre)

Ficou evidente, a partir dessas provisões, que somente os combatentes³⁸ poderiam ser alvo direto de ataques, permanecendo os civis protegidos, se não participassem das hostilidades. Devido a essa fácil possibilidade de suspensão e de restabelecimento do status de civil decorrente da participação ou não nas hostilidades, ele tem sido chamado pela doutrina de “porta giratória” (revolving door).³⁹

Entretanto, essa teoria tradicional não se adequa completamente aos conflitos armados modernos, principalmente os de caráter não-internacional, 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 a dos corpos militares inicialmente previstos porque bastava aos membros desses grupos não-estatais não estar participando diretamente das hostilidades por um momento para readquirirem as proteções concedidas aos civis.

Para preencher esta e outras lacunas, foi feito, então, 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

1977, 1125 UNTS 3, [Protocol Additional I], 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*, 1º ed, vol.1 (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), regras 1 e 6.

38 Protocol Additional I, nota supra 37, Art. 43; First Geneva Convention, nota supra 31, Art. 13.

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

parte no conflito em benefício da outra parte.⁴⁰ Portanto, uma pessoa que tenha uma função envolvendo a preparação, execução ou comando de ações que venham a trazer dano à outra parte no conflito, como era o caso de Osama Bin Laden, pode ser alvo direto de ataques.⁴¹

Ainda segundo esses estudos, os membros de grupos armados não-estatais que desempenham uma função em nome do grupo que acarreta sua direta participação nas hostilidades - tendo, portanto, uma “função contínua de combate” – perdem a proteção de civis que tinham outrora e podem ser alvo direto de ataques a qualquer momento pelo tempo em que mantiverem essa função e sua condição de membro do grupo. Por poderem ser alvo de ataques em caráter permanente, são garantidos também a esses indivíduos todas as proteções estabelecidas para os combatentes tradicionalmente previstos.

Portanto, Bin Laden era sim um alvo legítimo de ataques por ter como função contínua o comando de ações que causaram danos a outra parte no conflito, entretanto, 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.⁴² Deve-se buscar sempre os meios menos danosos de se alcançar a meta e não escolher o meio pela sua mera conveniência, dessa forma, estando Osama Bin Laden desarmado e, consequentemente, podendo os agentes americanos prendê-lo ao invés de matá-lo, não poderiam eles simplesmente optar por matá-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, 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 idéia de que eles eram civis e que não poderiam ser alvo de ataques diretos dos agentes americanos.⁴³

40 *Ibid*, pp. 1013-1031.

41 *Ibid*, pp. 1006-1009.

42 Protocol Additional I, nota *supra* 37, Art. 35(1) e (2).

43 Guidance, nota *supra* 39, pp. 1007 e 1039.

No Direito Internacional Humanitário as categorias de civis e combatentes (sejam eles aqueles classicamente previstos pelas Convenções de Genebra ou aqueles membros de grupos não-estatais) são mutuamente exclusivas uma vez que, de acordo com a artigo 50 (1) do Protocolo Adicional I⁴⁴, um civil é qualquer pessoa que não pertence a uma das categorias de pessoas descritas no artigo 4 da III Convenção de Genebra⁴⁵ e no artigo 43 do Protocolo Adicional I, os quais definem quais pessoas são combatentes. Assim, a intenção dos EUA de definirem as pessoas presas em Guantánamo como “combatentes ilegais”, os quais não teriam direito às garantias asseguradas aos “combatentes legais”, é totalmente infundada, uma vez que não existe uma categoria intermediária entre as categorias de civil e combatente (seja ele “legal” ou “ilegal”).⁴⁶

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, porquanto já houve quem defendesse que, pelo fato da “Guerra ao Terror” não se enquadrar em nenhuma das categorias de conflito armado prescritas pelo Direito Humanitário, este não se aplicaria. Se aceitarmos essa assertiva estadunidense como verdadeira – por mais absurda que ela seja-, os Direitos Humanos tornam-se as únicas regras aplicáveis para proteção das pessoas que se encontram nas áreas afetadas pelas operações dos Estados Unidos.

Analisando a morte de Bin Laden sob a perspectiva desse conjunto normativo, percebe-se que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) manifesta em seu artigo 4º que o direito a vida (expresso no artigo 6º do mesmo pacto) é inderrogável - mesmo em situações de emergência pública:

“Artigo 4º - 1. Em tempos de emergência pública que ameace a vida da nação e a existência da qual é oficialmente proclamada, os Estados Partes da presente Convenção podem tomar medidas derogando de suas obrigações sob a presente Convenção na extensão estritamente requerida

44 Protocol Additional I, nota *supra* 37, Art. 50(1).

45 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. 4^a. A redação deste artigo é idêntica a dos artigos 13 da Primeira e da Segunda Convenção de Genebra.

46 SASS LI, *Guantánamo*, nota *supra* 34, pp. 100-105.

pelas exigências da situação, desde que tal medida não seja inconsistente com suas obrigações sob o direito internacional e não envolva discriminação exclusivamente pela raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

2. Derrogação dos artigos 6, 7, 8 (parágrafo I e II), 11, 15,16 e 18 não pode ser feita sob esta provisão.” (tradução livre) ⁴⁷

O Pacto determina que: “Artigo 6º - 1. Todo ser humano tem o direito inerente à vida. Esse direito deve ser protegido pela lei. Ninguém deve ser arbitrariamente privado de sua vida.” ⁴⁸ (tradução livre)

O termo arbitrariamente está também presente na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) em seu artigo 4(1), o qual menciona que: “Toda pessoa tem o direito de ter sua vida respeitada. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento de sua concepção. Ninguém deve ser arbitrariamente privado de sua vida.” ⁴⁹ (tradução livre)

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) não traz a palavra arbitrariamente em seu artigo 2º, que trata do direito à vida, entretanto traz importantes elementos que podem auxiliar na interpretação que deve ser dada a este termo. 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 contra-venção 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)⁵⁰

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

48 *Ibid*, Art. 6.

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

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

As redações dos artigos supramencionados transmitem a impressão de que deve haver alguma 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 ou originar-se de uma decisão final e irreversível que tenha sido proferida por um tribunal competente e que seja fruto de um devido processo judicial, como expresso nos artigos 6(2) e 14(1) da PIDCP⁵¹ e no artigo 2(1) da CEDH; ou deve respeitar o princípio da necessidade absoluta.

Entretanto, existem doutrinadores que defendem que a segunda hipótese de privação não-arbitrária do direito à vida não deve simplesmente se adequar ao princípio da necessidade absoluta, mas também aos princípios da proporcionalidade e ao princípio da precaução.⁵²

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.⁵³ Para se concluir que o princípio da necessidade absoluta foi respeitado em determinada situação fática, deve-se analisá-lo em seu aspecto qualitativo, quantitativo e temporal.

O aspecto qualitativo determina que 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.

O aspecto quantitativo, por sua vez, diz que o uso de força potencialmente letal deve ocorrer de modo a minimizar os danos às vidas humanas, devendo-se usá-la 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 de acordo com esse aspecto da necessidade absoluta quando for insuficiente meramente incapacitar o alvo.

O aspecto temporal refere-se ao fato de que o uso da força no seu aspecto quantitativo e qualitativo deve ser adequado ao momento em que ocorrem. 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

51 ICCPR, nota *supra* 47, Arts. 6(2) e 14(1).

52 MELZER, nota *supra* 30, pp. 100 e 116.

53 *Ibid.*, p. 228

que o objetivo dela 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.

A proporcionalidade determina que, mesmo que o uso da força letal atendesse a todos os aspectos da necessidade absoluta, ele não poderia ocorrer se o perigo esperado desse uso pudesse ser 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 estabelece que as operações devem ser planejadas, organizadas e controladas de modo a minimizar, na máxima escala possível, o recurso à força letal.

A morte de Bin Laden não foi fruto de uma sentença dada por nenhuma 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.⁵⁴ 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, percebe-se uma clara violação dos dispositivos internacionais no que tange a primeira hipótese de privação não-arbitrária do direito à vida, qual seja, aquela fruto de um julgamento feito por uma corte imparcial e que comine a privação do direito à vida como uma pena prescrita na lei para a conduta em análise.

Considerando a segunda 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. Em um primeiro momento, tal hipótese até pareceu estar presente quando foi alegado pelas autoridades estadunidenses que ele estava armado no momento de sua morte.⁵⁵ Entretanto, posteriormente, reconheceu-se que ele estava desarmado e que foi executado assim mesmo porque este era o objetivo da

54 ICCPR, nota *supra* 47, Arts. 14, 15, 16 e 17.

55 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 de Junho de 2011.

operação.⁵⁶ Assim, o princípio da necessidade absoluta não estava presente, sendo possível prendê-lo e levá-lo a julgamento ao invés de executá-lo extrajudicialmente.

5. Possíveis Alternativas à Execução Extrajudicial

Com a idéia de levar Osama Bin Laden a julgamento, um problema bastante significativo surgiria: 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 e teria como principal crítica a impressão marcante de ter sido um “tribunal dos vencedores”, perdendo a decisão um pouco de sua legitimidade, e também 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 idéia de um julgamento mais imparcial na medida em que o TPI já é um tribunal regularmente constituído e em atividade, todavia, o tribunal provavelmente não reconheceria sua jurisdição em relação ao caso de Bin Laden porque os requisitos para sua jurisdição não estariam presentes, uma vez que 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, as quais podem ter diversas formas de cometimento, são elas: crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio.⁵⁷ Portanto, o TPI não apresenta

56 *De nouveaux détails 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-detais-sur-le-raid-contre-ben-laden-apparaissent_1517738_1515627.html. Acessado em: 14 de Junho de 2011.

57 Rome Statute for the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9, [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

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.⁵⁸ Devido a essa ausência de definição precisa, e também em virtude do princípio da legalidade, a maioria dos Tribunais Internacionais não apresenta jurisdição sobre essa prática.

O Tribunal Especial para o Líbano (TES) é o único tribunal hoje estabelecido com jurisdição sobre o crime de terrorismo e foi estabelecido por um acordo entre as Nações Unidas e o Líbano devido à resolução 1664 (2006) do Conselho de Segurança⁵⁹ visando a processar todos responsáveis pelos ataques ocorridos no dia 14 de Fevereiro de 2005 e que levaram à morte do ex-Primeiro Ministro libanês Rafiq Hariri.

Em recente decisão interlocutória sobre o direito aplicável, publicada em 11 de Fevereiro de 2011, esse Tribunal apresenta a opinião 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.⁶⁰

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.”⁶¹

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.

58 SASS LI, *Terrorism and War*, nota *supra* 29, pp. 960-961.

59 UNSCOR, 61^a Ano, 5401^a Encontro, S/RES/1664 (2006).

60 *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, Disponível em: http://www.stl-tsl.org/x/file/TheRegistry/Library/CaseFiles/chambers/20110216_STL-11-01_'6bis_F0010_AC_Interlocutory_Decision_Filed_EN.pdf, Acessado em: 14 de Junho de 2011.

61 *Ibid*, para. 85.

A posição tomada pelo Tribunal Especial para o Líbano (TEL) não impressiona se consideramos que o presidente da Câmara de Apelação, a qual publicou essa decisão interlocutória, é Antonio Cassese, ex-presidente da Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para ex-Yugoslávia e um juiz com grandes contribuições para o desenvolvimento do Direito Penal Internacional e do Direito Humanitário por meio das decisões emitidas durante seu período nesse tribunal.

Antonio Cassese já teve diversas oportunidades de demonstrar em sua vasta coleção de obras publicadas a sua opinião a favor da existência de uma definição de terrorismo no plano internacional. Em sua obra sobre o Direito Penal Internacional, Cassese já defendia ser a definição costumeira de terrorismo composta por três elementos chave, bastante próximos dos apresentados pela decisão do TEL. São eles:

“(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.”⁶²

Entretanto, apesar da importância da opinião de Antonio Cassese, a grande maioria dos doutrinadores entende que não existe uma definição consuetudinária de terrorismo no Direito Internacional contemporâneo.⁶³

5.2. A jurisdição em razão do tempo e os ataques às embaixadas estadunidenses na Tanzânia, no Quênia e o ataque ao World Trade Center

O Estatuto de Roma, que criou o TPI, estabeleceu em seu artigo 126 que ele entraria em vigor no primeiro dia do mês posterior ao prazo de 60 dias do depósito, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ao Estatuto pelo 60º Estado.⁶⁴ Sendo assim, o Estatuto de Roma entrou em vigor dia 1º de Julho de 2002 pois, no dia 11 de Abril do mesmo ano, 10 Estados simultaneamente de-

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

63 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.

64 Rome Statute, nota *supra* 56, Art. 126.

positaram seus instrumentos de ratificação, perfazendo o número necessário de 60 Estados-membros.

A jurisdição em razão do tempo, portanto, 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, 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.”⁶⁵ (tradução livre)

Dessa forma, o TPI não poderia julgar os ataques às embaixadas estadunidenses na Tanzânia e no Quênia nem o ataque ao World Trade Center, 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, conseqüentemente, 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 saudita. Por isso, Bin Laden é, desde então, apátrida não podendo a jurisdição pessoal ser-lhe aplicada.

Por fim, a jurisdição local é inexistente no que concerne o ataque ao World Trade Center porque o país em que ele ocorreu, os Estados Unidos, não é parte no Estatuto de Roma. Quênia, Tanzânia e Afeganistão são partes do Estatuto de Roma, mas para que Bin Laden pudesse ser julgado pelas ações da Al-Qaeda nesses países seria necessário provar também cumulativamente a jurisdição material e temporal acima mencionados, o que não é possível.⁶⁶

65 *Ibid*, Art. 11.

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

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.

Referências Bibliográficas

Tratados, Convenções e outros Textos Legais

Charter of United Nations, 26th June 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), 12 August 1949, 75 UNTS 287

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

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

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

Organization of American States, American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”, Costa Rica, 22 November 1969

Rome Statute for the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9

UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999

United Nations, Statute of the International Court of Justice, 18 April 1946

Jurisprudência

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), ICJ Report 2005, 168

Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Judgment of Judgment of April 9th, 1949, Merits, ICJ Report 1949, 4

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

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 Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ*

Judgment on Genocide in Bosnia, European Journal of International Law, vol.18, n°4, 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, n°4, 2001

Guidance on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, vol.90, n°872, 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 Committee 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*, 6^a 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 N°19, UN Doc A/9619, (1974) p. 142

UNSCOR, 56° Ano, 4370° Encontro, S/RES/1368 (2001)

UNSCOR, 56° Ano, 4385° Encontro, S/RES/1373 (2001)

UNSCOR, 56° Ano, 4413° Encontro, S/RES/1377 (2001)

UNSCOR, 61° Ano, 5401° Encontro, S/RES/1664 (2006)

