

O CONCEITO DE “ATAQUE ARMADO”, ATORES NÃO-ESTATAIS, E O USO DA FORÇA NO DIREITO INTERNACIONAL: RUPTURA OU CONTINUIDADE?*

THE CONCEPT OF “ARMED ATTACK”, NON-STATE ACTORS, AND THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW: RUPTURE OR CONTINUITY?

LUÍZA LEÃO SOARES PEREIRA **

RESUMO

O direito internacional que regulamenta o uso da força se funda na sua proibição geral pelo esquema da Carta das Nações Unidas, Artigo 2(4). Uma das únicas exceções à proibição está no Artigo 51 da Carta, que prevê que o uso da força em legítima defesa é legal em resposta a um ataque armado. Um dos debates que surge é sobre *quem* poderia cometer ataque armado para fins de aplicação do artigo 51. Para a Corte Internacional de Justiça em *Nicarágua*¹, um ataque armado somente pode ser cometido por um *Estado* contra outro Estado – a CIJ exige o “envolvimento substancial” de um Estado para que o ataque armado se configure. Após o 11 de Setembro de 2001, ganhou força o entendimento de que ataques armados podem ser cometidos por atores não-estatais, especificamente grupos terroristas, ampliando as possibilidades de emprego da força em legítima defesa. Surge também neste contexto a doutrina do Estado “indisposto ou incapaz” de suprimir a ameaça terrorista, que segundo alguns abriria terceiros Estados inocentes à intervenção armada externa. Este artigo se debruça sobre as diferentes perspectivas em relação ao tema, apontando divergências na prática estatal e de organizações internacionais, doutrina, e jurisprudência sobre o *ratione personae* do ataque armado. As conclusões

ABSTRACT

The international law on the use of force is founded on the general prohibition to employ force enshrined in the UN Charter, Article 2(4). Article 51 of the Charter contains one of the only exceptions to the general prohibition, the legality of use of force in self-defence if an armed attack occurs. One of the debates is about who can commit an armed attack so that the Article 51 exception applies. To the International Court of Justice in *Nicaragua*¹, an armed attack can only be committed by a state against another state – the Court requires “substantial state involvement” for there to be an armed attack. After September 11th 2001, there is an increased understanding that non-state actors in general, and terrorists in particular, can undertake armed attacks, expanding the possibilities that to use force legally in self-defence. The doctrine of the state “unwilling or unable” to tackle terrorist threats also comes to the fore, opening innocent third States to foreign armed intervention. This article tackles the main perspectives in state practice, doctrine, and judicial decisions about armed attacks’ *ratione personae*. The conclusions reached are that this is currently a point being negotiated in international law, even within the ICJ itself as evidenced by separate and dissenting opinions.

* O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – Brasil.

** Doutora e Mestre pela University of Cambridge. Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
E-mail: luizaleaop@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-4326-5729>.

1 CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment of 27 June 1986 (*Nicarágua*).

da pesquisa são de que esse é um ponto “em negociação” dentro da prática estatal, doutrina, e mesmo dentro da jurisprudência da CIJ, como evidenciado pelas opiniões individuais de seus juízes, mas que uma interpretação restritiva ao uso da força é a mais apropriada e desejável.

PALAVRAS-CHAVE: *Jus ad bellum*. Ataque armado. Uso da força. Terrorismo. Direito Internacional. Atores não-estatais.

However, this article defends that a restrictive interpretation is more appropriate and more desirable.

KEYWORDS: *Jus ad bellum*. Use of force. Terrorism. International Law. Armed Attack. Non-state actors.

I. INTRODUÇÃO

Se o direito internacional é considerado um direito rarefeito, em sua extremidade ainda mais rarefeita jaz o direito que regulamenta a guerra, na famosa frase de Hersch Lauterpacht.² Este artigo lida com uma das áreas mais controversas e politizadas do *jus ad bellum*: o uso da força contra atores não-estatais no direito internacional contemporâneo.³

A repressão ao terrorismo tensiona o direito internacional em inúmeras áreas: em direitos humanos, com a submissão de suspeitos de terrorismo à tortura e tratamento cruel, desumano e degradante; em direito humanitário, com a classificação do conflito entre interno ou internacional para fins de verificação da lei aplicável; em direito penal internacional, com os julgamentos de terrorismo como crime internacional; em direito regulamentador do uso da força, com a possibilidade de se invocar legítima defesa contra atores não estatais.⁴ Este trabalho se dedica especificamente a esta última controvérsia, mais especificamente a questão preliminar fundamental: a definição de “ataque armado” em direito internacional, especificamente quem pode cometê-lo. A existência de um ataque armado é *conditio sine qua non* para o uso da força unilateral legal em legítima defesa. Apesar de seu caráter aparentemente estreito,⁵ a definição de “ataque armado” é uma discussão central no direito internacional do uso da força, e “um dos locais mais proeminentes na disciplina para contestação”.⁶

Este trabalho se dividirá nas seguintes seções: um breve panorama histórico sobre a regulação do uso da força; uma explicação do regime jurídico atual; a introdução do tema da legítima defesa contra atores não-estatais; e uma discussão aprofundada sobre *quem* pode cometer um ataque armado no direito

2 “If international law is, in some ways, at the vanishing point of law, the law of war is, perhaps even more conspicuously, at the vanishing point of international law”. In. LAUTERPACHT, 1952, p. 382.

3 TAMS, 2005, p. 964.

4 LUBELL, 2010.

5 TAMS, 2019, p. 91.

6 TAMS, 2019, p. 151.

internacional, traçando uma linha do tempo da prática de Estados e outros atores relevantes até os dias atuais. Será concluído que, apesar de contestada, do ponto de vista normativo, a melhor interpretação continua sendo a que exige o envolvimento substantivo do Estado para a configuração de ataque armado.

II. A REGULAÇÃO DO USO DA FORÇA NO DIREITO INTERNACIONAL

A. Breve panorama histórico

Anteriormente aos Séculos XVIII e XIX, a doutrina de autores católicos, como Tomás de Aquino, revivida por Hugo Grócio, classificava guerras como justas ou injustas; as segundas eram consideradas ilegais pelo direito internacional.⁷ Essa classificação foi abandonada no Século XIX, e a guerra passou a ser considerada uma faculdade inerente à condição de Estado, não regulada pelo direito.⁸ Práticas hoje claramente ilegais, como a anexação legal de território pelo uso da força, eram parte do direito internacional vigente, explicando por que anexações de território, como a das regiões de Alsácia e Lorena pela França, não eram consideradas ilegais.⁹

A regulamentação do uso da força no pós-I Guerra Mundial pelo direito internacional inicia-se com o Tratado de Versalhes, que além de firmar a paz entre Alemanha e os aliados, funda a Liga das Nações. O Pacto da Liga das Nações cristalizou alguma regulação da guerra: durante o século XIX, a guerra ainda era legal, desde que exauridas medidas pacíficas de solução das controvérsias.¹⁰ Isto foi um progresso em relação ao regime anterior, mas um passo ainda mais significativo foi dado fora do esquema da Liga, com o Tratado Geral de Renúncia à Guerra de 1928, mais conhecido como Pacto Kellogg-Briand.¹¹ Pela primeira vez, um instrumento de direito internacional com ratificação geral previa a ilegalidade da resolução de controvérsias por meios violentos, e prescrevia que os Estados não deveriam empregar a força em sua política externa.¹² Apesar de ser considerado bastante compreensivo e realista,¹³ e de ter sido invocado em alguns conflitos na década de 30¹⁴, a II Guerra Mundial irrompe na vigência do

7 ORAKHELASHVILI; AKEHURST, 2022, p. 219.

8 ORAKHELASHVILI; AKEHURST, 2022, p. 219.

9 CRAWFORD, 2012, p. 744.

10 CRAWFORD, 2012, p. 744; LAUTERPACHT, 1952, p. 180.

11 OPPENHEIM, 1952, p. 181.

12 HATHAWAY; SHAPIRO, 2017; HIGGINS, 1992, p. 269.

13 BROWNLIE, 2008, p. 731.

14 Foi invocado pelos EUA no conflito entre a China e a União Soviética em 1929, entre a China e o Japão em 1931, e na disputa entre Peru e Equador em 1933. Em 1939 foi citado pela Assembleia da Liga das Nações para condenar a atividade da União Soviética contra a Finlândia (CRAWFORD, 2012, p. 745).

Pacto Kellogg-Briand. Lauterpacht, em sua edição de Oppenheim, incumbe a falha das obrigações no Pacto à falta de uma instituição judicial a que os países pudessem recorrer a fim de resolver suas controvérsias pacificamente.¹⁵

A moldura legal já prevista no Pacto Kellogg-Briand foi adaptada no pós-II Guerra à Carta da Organização das Nações Unidas (a Carta). Os princípios da renúncia à guerra foram preservados na Carta: a guerra é ilegal a não ser em casos de legítima defesa. A mudança fundamental que diferencia o sistema da Carta do Pacto Kellogg-Briand são os poderes do Conselho de Segurança da ONU. Este, com poderes mais extensos do que os do seu correspondente na Liga das Nações, pode editar resoluções vinculantes a fim de garantir a paz e a segurança internacionais. Os cinco países vencedores da II Guerra (Estados Unidos, Rússia (ex-URSS), China, Reino Unido e França) possuem não só assento permanente, mas poder de veto em decisões substantivas no Conselho. Este poder, formulado a partir de visões realistas das Relações Internacionais, apesar de controverso, constitui uma das razões apontadas para o sucesso desta Organização em comparação com sua predecessora.¹⁶ Durante a Guerra Fria, devido ao processo de bipolarização em que Estados Unidos e União Soviética, ambos com assento permanente e poder de veto no Conselho de Segurança¹⁷, houve um engessamento do Conselho de Segurança, levando alguns autores a considerar que o sistema de defesa coletivo dentro da Carta teria falhado totalmente.¹⁸

Após a queda do muro de Berlim até os dias de hoje, o Conselho de Segurança da ONU tem aceitado e ordenado o uso da força mais do que nunca, e suas atividades tem se adaptado ao que era previsto pela Carta.¹⁹ Há inúmeras missões de paz sendo conduzidas a mando do Conselho de Segurança,²⁰ além do uso de sanções econômicas a Estados, grupos, e até indivíduos,²¹ e a criação de Tribunais Penais como o da Ex-Iugoslávia e Ruanda, o que demonstra a expansão da atuação deste órgão em relação a seus poderes codificados na Carta.²² Alguns afirmam que casos de uso ilegal da força continuam acontecendo, porém em

15 OPPENHEIM, 1952, p. 184.

16 JESSUP, 1946, p. 95.

17 Muito raramente durante a Guerra Fria o Conselho de Segurança conseguiu emitir resoluções vinculantes pelo Capítulo VII da Carta, e só autorizou o uso da força em uma situação: a guerra entre Coréia do Sul e do Norte (UNSC Res 82/1950), o que levou inclusive à utilização da Assembleia Geral da Nações Unidas (Assembleia Geral) para fins de manutenção da paz e da segurança internacionais com a Resolução *Uniting for Peace* de 1950. (Organização das Nações Unidas, 1950)

18 HIGGINS, 1992, p. 270–271.

19 GRAY, 2008, p. 264.

20 GRAY, 2008, p. 272.

21 GRAY, 2008, p. 266.

22 GRAY, 2008, p. 326.

escala menor do que nas eras anteriores às Nações Unidas.²³ As invasões dos EUA ao Afeganistão (2001) e ao Iraque (2003)²⁴ bem como as mais recentes intervenções armadas da Rússia na Ucrânia e de Israel na Faixa de Gaza, contudo, tem tensionado esta visão otimista do esquema da Carta.²⁵

B. Regime jurídico atual – regra geral e exceções

Como mencionado anteriormente, a Carta da ONU é o ponto de partida na regulação contemporânea do uso da força. O Artigo 2(4) da Carta está no centro desta regulação. Ele proíbe, como regra geral, o uso da força nas relações internacionais:

Todos os Membros **deverão evitar** em suas relações internacionais a **ameaça ou o uso da força** contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas (grifo meu).

Este artigo foi considerado pela Corte Internacional de Justiça como a “pedra de toque”²⁶ da Carta,²⁷ com status de norma de *jus cogens*.²⁸ Este status da proibição do uso da força impõe um pesado fardo aos Estados que desejassem empregá-la.²⁹ Contudo, a doutrina e prática estatal estão divididas em relação a como esta previsão deve ser interpretada. Autores como Christine Gray,³⁰ Ian Brownlie,³¹ e Olivier Corten,³² entendem que o Art. 2(4) deve ser construído de forma a restringir ao máximo o uso da força entre os Estados. Outros autores entendem que o Art. 2(4) deve ser interpretado de forma a permitir o uso da força em um maior número de casos, que vão de legítima defesa antecipatória à legítima defesa contra atores não estatais, passando por intervenção humanitária e proteção de nacionais no exterior; exemplos destes incluem Thomas Franck,³³ Stephen Schwebel³⁴ e Michael Reisman.³⁵

23 CRAWFORD, 2012, p. 746.

24 GRAY, 2015, p. 115.

25 Como amostra da discussão, posts sobre as implicações das intervenções armadas na Ucrânia e Gaza no EJIL Talk! Blog (BETHLEHEM, 2022; KRISCH, 2022; ULFSTEIN, 2024).

26 “Cornerstone” (tradução livre).

27 CIJ, Armed Activities in the Territory of the Congo, Judgment of 19 December 2005, para. 148 (a partir daqui, *Atividades Armadas*).

28 CIJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment of 27 June 1986, para. 190 (a partir daqui, *Nicarágua*), citando a Comissão de Direito Internacional e a doutrina que consideram a proibição do uso da força como *jus cogens*.

29 TAMS, 2005, p. 373.

30 GRAY, 2015, b.

31 BROWNLIE, 1963.

32 CORTEN, 2021.

33 FRANCK, 2002.

34 SCHWEBEL, 1989.

35 REISMAN, 2015.

A proibição geral do uso da força do Artigo 2(4) não é absoluta. A própria carta lista exceções à proibição³⁶. A primeira das exceções expressamente articuladas na Carta é o uso da força autorizado pelo Conselho de Segurança da ONU. O Conselho, como órgão central no sistema da Carta para a manutenção da paz e da segurança internacionais, tem uma série de poderes. Dentre suas prerrogativas, cita-se o seu poder de ordenar medidas pacíficas para assegurar a paz; a Carta lhe garante, através do artigo 41, a possibilidade de utilizar medidas de coerção econômicas, medidas relativas a meios de comunicação e medidas diplomáticas para assegurar a paz e a segurança internacionais. O artigo 42 da Carta, ademais, garante ao Conselho de Segurança a possibilidade de utilizar medidas coercitivas contra ameaças de paz e segurança internacionais. Os artigos 25 e 48 dão às decisões do Conselho caráter vinculante, e o artigo 103 prevê que as obrigações advindas da Carta – e, conseqüentemente, as obrigações criadas pelo em Resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança dentro do Capítulo VII da Carta – têm precedência sobre quaisquer outras obrigações internacionais dos Estados.

O monopólio de declaração do que é uma ameaça ou ofensa à paz e à segurança internacionais e de ordenar os Estados a cumprirem com medidas cabíveis é do Conselho. O que constitui uma ameaça à paz e à segurança é, no entanto, discricionário³⁷ e não precisa se ater a casos de legítima defesa ou de consentimento.³⁸ Portanto, em caso de entendimento pelo Conselho que certa conduta constitui uma ameaça à paz e à segurança internacionais – independentemente da classificação jurídica que tenha a ameaça em questão³⁹ –, este pode autorizar ou ordenar o uso da força em exceção à proibição geral prevista no Art. 2(4).⁴⁰

A segunda exceção à proibição geral do Artigo 2(4) prevista expressamente pela Carta é o direito à legítima defesa, contido em seu Artigo 51.⁴¹ Ele lê:

Nada na presente Carta prejudicará o **direito inerente de legítima defesa** individual ou coletiva **no caso de ocorrer um ataque armado** contra um Membro das Nações Unidas até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que

36 O consentimento do Estado contra o qual se está exercendo força também pode ser considerado como uma exceção amplamente aceita, ver, neste sentido, Cassese (CASSESE, 2005, p. 371). Ver também TAMS, 2005, p. 371.

37 CRAWFORD, 2014, para. 561.

38 BOTHE, 2003, p. 229.

39 TAMS, 2005, p. 375.

40 BOTHE, 2003, p. 229.

41 GRAY, 2008, p. 625; SCHWEBEL, 1989.

julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais. (grifo meu)⁴²

A interpretação do artigo e seus desdobramentos são alvo de extensos debates. A única interpretação **incontroversa** deste artigo é que o uso da força em legítima defesa é legal quando **aconteceu um ataque armado** (uso de força militar que passe um certo grau de violência) **por parte de outro Estado**. Há inúmeras discussões e incertezas sobre o escopo da legítima defesa fora desta hipótese, inclusive sobre se há direito ao uso da força em legítima defesa em relação a ataques terroristas, ou ameaças de ataques terroristas. Este artigo analisará as diferentes interpretações sobre a legítima defesa nesse contexto, mais especificamente a questão sobre o *ratione personae* de ataques armados – quem pode cometê-los, de acordo com o direito internacional, para que se engatilhe o direito ao uso da força legal em legítima defesa.

C. A legítima defesa contra o terrorismo – quais são os debates⁴³

Como mencionado, a possibilidade de usar força em legítima defesa para responder a ataques – ou ameaças de ataques – terroristas é alvo de discussões extensas no campo. A doutrina se divide, grosseiramente, em dois campos: autores “expansionistas”, que defendem a expansão da legítima defesa de forma a melhor responder a ameaças terroristas, se opõe os autores “restritivistas”, que defendem que o direito a usar a força deve ser visto sob o prisma de sua restrição.⁴⁴

No campo da legítima defesa contra o terrorismo, estas divergências entre “expansionistas” e “restritivistas” se dão principalmente na definição do termo “ataque armado” no Artigo 51. A interpretação do que constitui um “ataque armado” está no coração do problema, pois a existência de um “ataque armado” é o que engatilha a possibilidade legal de uso da força em legítima defesa. Como afirma Tams, esta não é uma questão que pode ser perpassada,

42 “Article 51. Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security” (tradução livre).

43 Há inúmeros outros debates na doutrina, jurisprudência, e prática estatal em relação à legalidade do uso da força no direito internacional, para além do debate sobre legítima defesa contra atores não-estatais. Para uma visão geral do tema, ver Christine Gray (GRAY, 2018, pp. 200 e seguintes).

44 Os termos “restritivistas” e “expansionistas” vem da obra de Olivier Corten (CORTEN, 2021, 2005, 2009), mas são incorporados extensivamente no debate sobre o uso da força. Para uma crítica a essa divisão: “[scholarship] needs to move beyond the binary logic that draws the line between ‘two main camps’ of ‘expansionists’ and ‘restrictivists’...” (TAMS, 2019, p. 173).

pois tem caráter preliminar em relação a todas as outras quando determinando a legalidade do uso da força em legítima defesa em geral, e a legítima defesa contra atores não-estatais em particular.⁴⁵

Há divergências sobre se, do ponto de vista das fontes do direito internacional, deve-se olhar para o direito costumeiro internacional, ou para a “prática subsequente” através da qual se interpretam os termos de um tratado internacional. Neste artigo, me filio à visão de Christian Tams, que defende que o significado de “ataque armado” é uma questão de interpretação de tratados, e não de modificação de costume internacional,⁴⁶ já que a terminologia está presente em uma previsão de um tratado: o Artigo 51 da Carta da ONU.

A interpretação de tratados é regida pelas regras (também costumeiras) codificadas nos Artigos 31, 32 e 33 da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. As regras da VCLT prescrevem que se inicie pelo sentido literal das palavras do texto dos Artigos 2(4) e 51 da Carta (Artigo 31 da Convenção de Viena), mas que também se leve em consideração o “objeto e propósito” da Carta, bem como a “prática subsequente” de Estados e de órgãos relevantes – neste caso o Conselho de Segurança da ONU e a CIJ – para construir o significado do termo “ataque armado”.⁴⁷

As principais controvérsias sobre a definição de “ataque armado” no contexto do uso da força contra o terrorismo são: (i) quem pode cometer um ataque armado, ou se algum ente que não um Estado (como uma célula terrorista independente) pode cometê-lo; (ii) o que constituiu um ataque armado, ou qual a extensão do uso da força necessário para que uma ação violenta atinja o patamar de ataque armado; (iii) se pode haver um conflito armado permanente contra grupos terroristas que se estende por todo o globo, e não um país ou região específicos; (iv) quando se considera que ocorreu um ataque armado, ou se a sua iminente ocorrência é suficiente.⁴⁸

Este trabalho se debruça somente sobre a primeira questão, que exige uma análise detalhada sobre quem está por trás de uma operação militar: qual o grau de envolvimento de um Estado nas ações de um grupo armado privado exigido pelo direito internacional para que as ações desse grupo configurem um “ataque armado”.

D. Quem pode cometer um ataque armado?

O esquema da Carta, mais especificamente o artigo 51, prevê que a legítima defesa pode ser exercida quando houver um ataque armado contra

45 TAMS, 2019, p. 91.

46 TAMS, 2019, p. 108.

47 TAMS, 2019, p. 109.

48 Para uma análise compreensiva de todos os demais elementos, ver o excelente livro de RUY, 2010.

um Estado. A Carta, contudo, omite menção expressa sobre **qual entidade é capaz de cometer este ataque armado** para que esse engatilhe o direito à legítima defesa. É incontroverso que ele pode ter sido cometido por **outro Estado**, mas há divergências na prática estatal, entre as opiniões de juízes da CIJ, e na doutrina, sobre se um ator não-estatal também pode cometer ataques armados. A pergunta é, então, se um ataque armado (ao qual pode-se responder legalmente com o uso da força em legítima defesa) **exige um grau de envolvimento de outro Estado**, e, se sim, qual este grau de envolvimento.

i. Ponto de partida: o caso *Nicarágua* e a exigência de “controle efetivo”/ envolvimento substantivo

Como na maioria das questões envolvendo o uso da força, parte-se da discussão pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Nicarágua*. Naquele caso, descrito como “o *leading case*” sobre o uso da força já decidido pela Corte,⁴⁹ a Nicarágua alegava que os Estados Unidos estavam violando a proibição ao uso da força por financiar, armar e coordenar os ataques de grupos paramilitares contra o governo Sandinista no poder, entre eles os *Contras*. Os Estados Unidos, de outra parte, alegavam que seu apoio aos grupos paramilitares era uma resposta legal de legítima defesa coletiva, em nome de El Salvador, Honduras e Costa Rica, por atividades violentas cometidas por forças irregulares financiadas e armadas pela Nicarágua nestes países. Esta defesa dos Estados Unidos foi rejeitada pela Corte. Segundo a Corte, o financiamento e armamento de grupos militares pela Nicarágua não constituía ataque armado ao qual os EUA poderiam responder em legítima defesa coletiva em prol daqueles países – “[t]al assistência [da Nicarágua] poderá ser vista como uma ameaça ou uso da força, ou configurar intervenção nos assuntos internos ou externos de outros Estados”⁵⁰, mas não ataque armado para fins de legítima defesa. Em suma, em *Nicarágua* a Corte considerou que é possível que atores não-estatais cometam um ataque armado, mas que um grau substantivo de envolvimento do Estado contra o qual se estará agindo em legítima defesa é exigido. Este grau de envolvimento, nos fatos do caso, deve ser maior do que o mero financiamento ou suprimento de armas. O fornecimento de armas e de apoio logístico a grupos paraestatais não configuraria, portanto, na opinião da Corte Internacional de Justiça, ataque armado – e, conseqüentemente, a resposta a tais atos não se encaixaria na definição de legítima defesa que permite o uso da força do Artigo 51. Esta interpretação Estado-cêntrica deriva da “Resolução da Assembleia Geral sobre a Definição de Agressão”⁵¹, que admite somente uma forma de

49 BORDIN, p. 77.

50 “Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the interna1 or external affairs of other States”, para. 195 (tradução livre).

51 Resolução da Assembleia Geral 3314 (1974), Art. 3(g).

“agressão indireta” – aquela em que há “envolvimento substantivo” de um Estado no uso da força por atores não-estatais.⁵²

Ao invés de desenvolver um teste específico para estabelecer se o envolvimento estatal configura “envolvimento substantivo” nas atividades de um grupo paramilitar para configurar “ataque armado”, a Corte em *Nicarágua* aplicou o teste de atribuição de responsabilidade dos Estados por atos ilícitos.⁵³ Este teste, conhecido como teste do “controle efetivo”⁵⁴, considera que, para que um Estado possa ser responsabilizado por um ato de violência de paramilitares – e, portanto, enseje a aplicação do artigo 51 da Carta que permite a legítima defesa –, o grau de envolvimento do Estado deve ser suficientemente forte para que os atores não-estatais sejam considerados seus “órgãos *de facto*”. Não basta que haja financiamento, fornecimento de armas ou treinamento, mas deve haver uma relação de completa dependência⁵⁵ por parte dos atores não-estatais para que suas ações sejam “atribuíveis a um Estado”, e, portanto, constituírem ataque armado ao qual se possa responder a eles legalmente dentro do regime de legítima defesa do Artigo 51. Isso não significa que o Estado que está apoiando os atores não-estatais em questão não seja responsável pela interferência em assuntos internos de outro Estado, mas os atos dos grupos armados em questão não serão diretamente atribuíveis a ele.

A implicação dessa asserção da Corte em *Nicarágua* no caso da legítima defesa contra o terrorismo é fundamental. Aplicando o entendimento da Corte, seria possível que um ator não-estatal (grupo paramilitar, grupo terrorista) cometesse um “ataque armado” contra o qual um Estado pode legalmente reagir em legítima defesa, mas **somente se houver provas suficientes de um envolvimento estatal substantivo** (maior do que o mero suprimento de armas e apoio logístico), o **controle efetivo** deste grupo paramilitar por parte do Estado. Caso um Estado esteja sofrendo incursões armadas de um grupo terrorista que não possua este grau de envolvimento estatal, o Estado-vítima não teria direito a responder unilateralmente com uso da força em legítima defesa no território do Estado no qual esse grupo paramilitar está localizado.

52 RATNER, 2013, p. 132. Além do envio de grupos armados *por* ou *através* de um Estado.

53 TAMS, 2019, p. 134.

54 Artigo 8, Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais, 2001.

55 *Nicarágua*, para. 110 (“the evidence available to the Court indicates that the various forms of assistance provided to the contras by the United States have been crucial to the pursuit of their activities, but is insufficient to demonstrate their complete dependence on United States aid” (grifo meu)).

ii. Uma virada paradigmática? O 11 de Setembro de 2001 em contexto

Após a discussão acima em *Nicarágua*, apesar de divisões na doutrina e algumas opiniões individuais de juízes no próprio caso,⁵⁶ aceitava-se de forma geral o requisito de envolvimento substantivo/controlado geral de um Estado para que um grupo não-estatal cometesse um ataque armado, engatilhando o direito de resposta legal em legítima defesa.⁵⁷ Após os ataques de 11 de setembro de 2001, organizados e executados pelo grupo terrorista *Al Qaeda*, surge uma onda não só de doutrina, mas de prática estatal e de organizações internacionais, defendendo uma mudança paradigmática nessa interpretação.⁵⁸ De Hoog afirma que alguns declararam o 11 de Setembro como o início de uma “mudança nas marés”⁵⁹ no campo do uso da força contra atores não estatais, enquanto Michael Scharf notoriamente cunha o termo “momento Grociano”⁶⁰ para se referir à mudança instantânea do direito internacional costumeiro sobre o tema.

Aqueles que defendem a mudança paradigmática após o 11 de Setembro da definição de ataque armado começam pela reação aos ataques do 11 de Setembro em si, analisando tanto a prática de Estados quanto de Organizações Internacionais sobre o assunto. Se destacam as Resoluções do Conselho de Segurança 1368 e 1373 de 2001, adotadas logo após os ataques. Estas Resoluções mencionam expressamente o “direito inerente à legítima defesa” em relação ao grupo terrorista *Al Qaeda*. Concomitantemente, a OTAN invocou sua permissão de usar a força coletivamente de acordo com o Artigo 5º do Tratado do Atlântico Norte, e a Organização dos Estados Americanos invocou a legítima defesa coletiva.⁶¹

A prática estatal relativa ao 11 de Setembro citada por aqueles que defendem o movimento do direito internacional em direção à legítima defesa contra atores não-estatais é, primeiramente, a da coalisão de Estados que promoveu a Operação Liberdade Duradoura⁶² no Afeganistão em 2001, liderada pelos Estados Unidos e composta por tropas de diversos países. Cita-se também o apoio generalizado de outros países membros das Nações Unidas à operação como prática estatal favorável a essa nova interpretação de “ataque armado”.⁶³

56 *Nicarágua*, Dissenting Opinion Judge Schwebel, Separate Opinion Judge Jennings, CIJ 1986.

57 TAMS, 2009, p. 363.

58 Ou o início de uma mudança nesse sentido (GREEN, 2009, p. 157).

59 «[T]idal change» (DE HOOGH, 2016, p. 20)

60 SCHARF, 2016, p. 52, mudança esta que, segundo Scharf, somente se “cristalizou” de forma permanente com a resposta aos ataques do grupo Estado Islâmico, a partir de 2014.

61 GRAY, 2008, p. 193.

62 *Operation Enduring Freedom*, tradução livre. Ver, neste sentido, SCHARF, 2016; TAMS, 2021; TRAPP, 2007; BETHLEHEM 2012.

63 GRAY, a, p. 201.

Do outro lado do campo, autores “restritivistas” apoiam que a interpretação Estado-cêntrica de *Nicarágua* perdura até hoje, e interpretam o 11 de Setembro de 2001 e prática subsequente de outra forma. Corten considera que, aplicando-se uma metodologia rigorosa à análise da prática estatal sobre o tema,⁶⁴ se verifica que o direito internacional exige o envolvimento do Estado em “ataques armados”.⁶⁵ Avaliando a prática do 11 de Setembro em si, ele observa não somente a prática dos Estados interventores em isolamento – se houve ou não houve instâncias de uso da força contra atores não-estatais –, mas considera sistematicamente as justificativas públicas dadas pelos países interventores, bem como reações de terceiros países a essas afirmações.⁶⁶ Corten constata a partir desta análise que, em primeiro lugar, os Estados interventores buscaram fazer a conexão entre os ataques e o Estado em cujo território estavam intervindo, e não alegar legítima defesa diretamente contra a *Al Qaeda* em si. Ele lê as comunicações dos EUA ao Conselho de Segurança depois dos ataques e afirma que a organização *Al Qaeda* era apoiada pelo governo Taliban do Afeganistão, e que as medidas seriam tomadas tanto em relação à *Al Qaeda* quanto ao próprio Taliban⁶⁷. Ele interpreta as Resoluções 1368 e 1373 do Conselho de Segurança de forma semelhante; em primeiro lugar, entende que as Resoluções em si não poderiam modificar o texto da Carta. Em segundo lugar ele afirma que, apesar de mencionarem o direito à legítima defesa, as Resoluções também mencionam a obrigação de todos os Estados de não apoiar atos terroristas.⁶⁸ Além disso, Corten defende que o apoio indisputável da maioria dos Estados à *Operação Liberdade Duradoura* deve ser visto em um contexto em que o governo Taliban era considerado parcialmente responsável pelos ataques pelos EUA, pelo Conselho de Segurança, e por grande parte dos Estados.⁶⁹

Christine Gray, também um expoente da tradição “restritivista”,⁷⁰ utiliza o método semelhante ao de Corten⁷¹ ao analisar a situação do 11 de Setembro, mas chega a conclusões menos taxativas. Antes do 11 de Setembro de 2001, ela defende que a legítima defesa contra atores não-estatais era uma doutrina claramente “muito controversa”.⁷² Ao analisar as respostas ao 11 de Setembro

64 CORTEN, 2005; TALMON, 2015.

65 CORTEN, 2021, p. 472.

66 CORTEN, 2021, p. 179–183.

67 Carta de 7 de Outubro de 2001, S/2001/946, 7 October 2001 (CORTEN, 2021, p. 183).

68 CORTEN, 2021, p. 185–186.

69 CORTEN, 2021, p. 187.

70 CORTEN, 2021, p. 4, 2005, p. 820.

71 Que olha em detalhes para as justificativas jurídicas do Estado interventor, e as reações de terceiros Estados, e não somente as instâncias de prática de Estados interventores em isolamento. Para a discussão profunda sobre as particularidades de uma abordagem restritiva, ver (CORTEN, 2005, p. 816).

72 GRAY, 2008, p. 206.

de 2001 em si, Gray chega à conclusão que as justificativas dadas pelos Estados Unidos e Reino Unido em particular fazem alusão à participação do regime Taliban que governava o Estado do Afeganistão, e não à *Al Qaeda* isoladamente.⁷³ Ela também defende que a condenação do Taliban por Resoluções do Conselho de Segurança, e não a legítima defesa contra atores não-estatais em si, podem ter justificado a aceitação generalizada do uso da força unilateral naquela instância.⁷⁴ Ao contrário de Corten, contudo, ela não é categórica, e diz que é possível interpretar o efeito da prática do 11 de Setembro de diferentes formas, sem demonstrar claramente apoio a um ou outro campo.⁷⁵

iii. A prática subsequente ao 11 de Setembro de 2001 – quem pode cometer “ataques armados” e a questão do país hospedeiro “indisposto ou incapaz” de lidar com grupos armados no seu território

A literatura também examina em ora mais, ora menos detalhes, a prática estatal e do Conselho de Segurança após o 11 de Setembro de 2001 para determinar se estes provocaram uma mudança no direito internacional para expandir a definição de ataque armado além dos parâmetros inter-estatais do caso *Nicarágua*. Duas questões especialmente relevantes se destacam. Além da própria definição de “ataque armado” para abarcar violência cometida sem apoio estatal, ganha tração uma nova doutrina, a “doutrina do Estado indisposto ou incapaz”, para justificar o uso da força contra atores não-estatais. A doutrina do terceiro país “indisposto ou incapaz” é definida por Ashley Deeks como:

[É] legal que o Estado X, que tenha sofrido um ataque armado por um grupo insurgente ou terrorista, usar a força no Estado Y contra aquele grupo se o Estado Y estiver indisposto ou for incapaz de suprimir a ameaça.⁷⁶

Em outras palavras, um Estado que seja “indisposto ou incapaz” de controlar um grupo armado dentro de seu território, se abriria para que outros Estados utilizem a força contra ele legalmente, mesmo que o Estado hospedeiro não esteja diretamente e ativamente envolvido com esse grupo.⁷⁷ A justificativa para que a doutrina do Estado “indisposto ou incapaz” seja adotada, segundo seus proponentes, é simples: um Estado vítima de um ataque terrorista não deve ter suas mãos atadas caso o país hospedeiro seja indisposto ou incapaz a lidar com ameaças se desenvolvendo em seu território que cruzem suas fronteiras.

73 GRAY, a.

74 GRAY, a.

75 GRAY, a, p. 202.

76 DEEKS, [S.d.], p. 486, tradução livre.

77 Ver o Princípio 5 dos “Princípios de Bethlehem”, e a discussão subsequente de seus críticos, como Dire Tladi e Mahmoud Hmoud (BETHLEHEM, 2012; HMOUD, 2013; TLADI, 2013).

Kimberley Trapp⁷⁸ afirma que a doutrina se tornou parte do direito internacional por duas razões. Em primeiro lugar, pelo aumento da importância de atores não-estatais no direito internacional (no caso, grupos armados). Em segundo lugar, Trapp entende que a doutrina do “indisposto ou incapaz” acompanha uma nova onda no direito internacional que entende a soberania estatal não como um direito do Estado à não-intervenção, mas também uma responsabilidade de proteção de seus próprios cidadãos e daqueles de outros Estados, neste caso, indivíduos afetados por ataques terroristas⁷⁹.

A doutrina do “indisposto ou incapaz” é controversa⁸⁰ por uma série de razões. Em primeiro lugar, pois ignora como o direito à legítima defesa não existe em isolamento, mas deve ser construído à luz de outros princípios fundamentais do direito internacional, como a integridade territorial, a soberania, e a proibição geral ao uso da força.⁸¹ Um direito à intervenção armada contra um país inocente sem seu consentimento ou autorização pelo sistema da Carta é claramente em contravenção a estes outros princípios. Em segundo lugar, sua própria ascensão é controversa, já que esta doutrina foi pouco respaldada pela prática estatal - há poucas instâncias em que Estados empregam literalmente os termos “indisposto ou incapaz” para justificar intervenções armadas.⁸² Em terceiro lugar, surge a questão sobre quem seria competente para decidir se as atitudes, ou *falta de atitudes*, do Estado hospedeiro alcançariam o nível necessário de negligência para justificar a intervenção armada.⁸³ Se for uma competência unilateral do Estado interventor, há pouca diferença entre esta doutrina e o completo esvaziamento da proibição do uso unilateral da força criado no esquema da Carta.⁸⁴ Finalmente, o *pedigree* jurídico da doutrina do “indisposto ou incapaz” é, no mínimo, controverso: não é claro se o teste do “indisposto ou incapaz” operaria no plano da necessidade e proporcionalidade⁸⁵,

78 TRAPP, 2015, p. 200.

79 O movimento de soberania como responsabilidade pode ser visto na obra de autores como Eyal Benvenisti e Anne Peters (BENVENISTI, 2013; PETERS, 2009). TRAPP, 2015, p. 200.

80 Classificada como controversa por Gray (GRAY, a, p. 236). Até mesmo apoiadores da doutrina, como Kimberley Trapp, admitem seu caráter controverso (citando Kevin John Heller em particular, TRAPP, 2015, p. 221).

81 TLADI, 2013, p. 574.

82 Para uma análise aprofundada do uso da terminologia por Estados no caso da Síria, ver (CORTEN, 2016)

83 GRAY, 2015, p. 138.

84 CORTEN, 2016, p. 797.

85 A necessidade e proporcionalidade são elementos integrais e parte da regra costumeira relativa ao uso da força. Mesmo em casos claros de legítima defesa, a resposta armada de um Estado deve ser (1) necessária para repelir o ataque armado que este está sofrendo, e (2) proporcionalmente suficiente, mas não excessiva para repelir este ataque. Ver *Nicarágua*, para. 194. A “necessidade” é geralmente interpretada um teste de “última opção possível” – há outras opções que não o uso da força para repelir o ataque? O segundo braço do teste é a “proporcionalidade”, em que se avalia se a resposta foi suficiente para repelir o ataque e,

ou se operaria internamente como parte do conceito de “legítima defesa” do Artigo 51, proveniente da interpretação deste à luz da prática estatal.⁸⁶

A prática de intervenções contra grupos armados não-estatais depois do 11 de Setembro analisada pela doutrina é variada. Se destacam intervenções de Israel no Líbano e na Síria, além de intervenções na faixa de Gaza, contra os grupos terroristas Hezbollah e Hamas; incursões da Colômbia no Equador em combate às FARC; intervenções da Etiópia na Somália para combater grupos armados que cruzavam suas fronteiras; e intervenções da Turquia na Síria e Iraque contra o grupo separatista Curdo, o PKK.⁸⁷

A série de intervenções pontuais no território da Síria e do Iraque a partir de 2014 ocupado pelo Estado Islâmico, entidade também conhecida como ISIS, ISIL, ou Da'esh,⁸⁸ é talvez a instância mais relevante para os fins deste artigo. Em 2014, o Iraque pede auxílio para lidar com o avanço do Estado Islâmico em sua vizinha Síria. Mesmo não mencionando “ataque armado” ou o artigo 51 da Carta, o Iraque alegou que o grupo ameaçava a segurança e paz da região fora das fronteiras do próprio Iraque.⁸⁹ Ao responder ao pedido do Iraque, os Estados Unidos enviam uma carta ao Conselho de Segurança, justificando o uso da força na Síria contra o avanço do Estado Islâmico com base em legítima defesa e na doutrina dos “indispostos ou incapazes”: já que a Síria era “indisposta ou incapaz” de suprimir o avanço do Estado Islâmico, os EUA e outros países poderiam agir para suprimir o grupo no território Sírio, mesmo sem o seu consentimento, através do uso da força.⁹⁰ Após os ataques de 2015 na França atribuídos ao Estado Islâmico, outros países se juntaram à coalizão, e tiveram diferentes abordagens sobre o fundamento jurídico da intervenção⁹¹.

A doutrina interpreta de diferentes formas a prática estatal de uso da força contra atores não-estatais pós-11 de setembro mencionada acima, e chega a conclusões diversas sobre como esta prática informa o atual status da definição de “ataque armado”, e uma eventual ascensão da doutrina do “Estado indisposto ou incapaz”.

Corten defende que a prática após o 11 de Setembro não demonstra que houve uma mudança radical na definição de ataque armado, por pelo menos duas razões. Primeiro, olhando em detalhes as justificativas dos Estados

potencialmente evitar novos ataques, ou se foi excessiva. Ver GRAY, p. 157 et seq.

86 GRAY, a, p. 246.

87 Para uma análise detalhada dessas instâncias, ver CORTEN, 2021, p. 187–194; GRAY, a, p. 209–227. Também analisam uma combinação dessas instâncias em maior ou menor detalhe RUY, 2010; SCHARE, 2016; TAMS, 2019.

88 CORTEN, , p. 873.

89 GRAY, a, p. 237.

90 GRAY, a, p. 237.

91 Para uma análise detalhada dos diferentes campos de discussão, ver CORTEN, 2021, p. 881–884; GRAY, a, p. 237–24, 239–240.

interventores, se observa que eles, de maneira geral, não invocam a legítima defesa contra o *ator não-estatal em si*⁹², mas sim buscam demonstrar que o Estado hospedeiro tem suficiente grau de envolvimento com o grupo armado em questão para justificar a ação tomada em legítima defesa. Em segundo lugar, Corten afirma que a reação de terceiros Estados é contrária à essas instâncias de intervenção de maneira geral,⁹³ e que esta objeção impediria a cristalização da mudança na definição de “ataque armado”.

Na sua análise aprofundada de outras instâncias de uso da força contra grupos armados não-estatais, Gray é menos taxativa do que Corten sobre ao *status* atual da definição de ataque armado pós-11 de setembro. Ela levanta questionamentos sobre o direito de usar a força em legítima defesa contra atores não-estatais na ausência de envolvimento do Estado hospedeiro,⁹⁴ e afirma que análise da prática Estatal pós-11 de setembro sobre o assunto é “inconclusiva”.⁹⁵ A intervenção na Síria para combater o Estado Islâmico, especialmente após os atentados terroristas na França em 2015, parece pesar na análise de Gray.⁹⁶ Em seu Curso de Haia de 2015, anterior à edição de seu manual, Gray parece adotar uma visão mais categórica e contrária a teorias expansionistas, inclusive em relação à questão do ataque armado e atores não estatais.⁹⁷

Quanto à doutrina do Estado “indisposto ou incapaz”, tanto Corten quanto Gray tem uma visão claramente contrária.⁹⁸ Segundo Gray, “esta é uma doutrina unidirecional, e seria inimaginável que ela fosse invocada contra os EUA, ou até mesmo contra países Europeus que tenham demonstrado ser incapazes de agir contra ameaças terroristas em seu próprio território”.⁹⁹

Já Michael Scharf lê a prática pós-11 de setembro em geral, mas a ofensiva contra o Estado Islâmico em particular, como uma mudança radical no requisito de envolvimento estatal previsto em *Nicarágua*. Apesar do Conselho de Segurança na Resolução 2249 (2015) não mencionar justificativas legais para sua autorização do uso de “todos os meios necessários” para deter o Estado Islâmico¹⁰⁰, ele afirma que a autorização auxiliou na cristalização de uma norma

92 “[T]he exercise of [the use of force] against a State logically remains subordinate to the implication of its own responsibility”, CORTEN, 2021, p. 203.

93 Sobre a necessidade de observar não só a prática estatal em si, mas as reações dos demais Estados ao uso da força, ver por exemplo (CORTEN, 2021, p. 150, 182, 193).

94 GRAY, a, p. 241.

95 GRAY, a, p. 242.

96 GRAY, a, p. 242.

97 GRAY, 2015, p. 194.

98 E.g. CORTEN, 2016; Gray usa a terminologia “very problematic” para falar da doutrina, em GRAY, a, p. 244.

99 GRAY, a, p. 245, tradução livre.

100 “Calls upon Member States that have the capacity to do so to take all necessary measures, in compliance with international law, [...] on the territory under the control of ISIL also known as Da’esh, in Syria and Iraq, to redouble and coordinate their efforts to prevent and suppress

de direito internacional costumeiro que nasceu com o 11 de Setembro de 2001 permitindo o uso da força em legítima defesa contra atores não-estatais em territórios de terceiros Estados, inclusive aqueles “indispostos ou incapazes” a combater ameaças terroristas.¹⁰¹

Tams, analisando a mesma prática, atinge resultados mais permissivos do que Corten e Gray, mas ligeiramente mais restritivos do que Scharf. Ele aponta uma “gradual [...] mas palpável” mudança nas atitudes dos Estados nesta área.¹⁰² Apesar de argumentar que a prática Estatal e pronunciamentos dos Estados, inclusive na intervenção contra o Estado Islâmico a partir de 2015, flexibilizou a exigência de controle estatal para que ataques armados sejam configurados,¹⁰³ ele não defende veementemente que a doutrina dos “indispostos ou incapazes” seja parte do direito internacional hoje.¹⁰⁴

Tom Ruys, mesmo aplicando uma metodologia semelhante à de Gray e Corten em sua análise da prática pós-11 de setembro, também tem uma posição menos restritiva do que Gray e Corten. Ele afirma que *de lege lata* o direito internacional é ambíguo sobre o *ratione personae* dos ataques armados, citando a prática estatal observada por Gray e Corten e as reações de terceiros Estados.¹⁰⁵ Contudo, sua posição é que *de lege ferenda* o direito internacional deve, sob determinadas circunstâncias,¹⁰⁶ permitir que a definição de “ataque armado” se estenda a atores não-estatais, como grupos terroristas.¹⁰⁷ Quanto à doutrina do “indisposto ou incapaz”, Ruys acredita que esta não opera como parte do conceito de “ataque armado”, mas faz parte do teste de necessidade para estabelecer a legalidade do uso da força em legítima defesa.¹⁰⁸

iv. O dito e o não-dito: o que a CIJ diz sobre a legítima defesa contra atores não-estatais depois do 11 de Setembro de 2001

Posteriormente ao 11 de Setembro de 2001, a Corte Internacional de Justiça lidou com questões de legítima defesa envolvendo atores não-estatais (direta ou indiretamente) em dois casos¹⁰⁹: na *Opinião Consultiva sobre o Muro*

terrorist acts committed specifically by ISIL [...]and to eradicate the safe haven they have established over significant parts of Iraq and Syria”. O termo “to take all necessary measures”, ou “tomar todas as medidas necessárias”, se tornou um *term d’art* no Conselho de Segurança a autorizar o uso da força.

101 SCHARF, 2016, p. 66.

102 TAMS, 2019, p. 149.

103 TAMS, 2019, p. 157.

104 TAMS, 2019, p. 159.

105 RUYS, 2010, p. 531.

106 RUYS, 2010, p. 531–532.

107 RUYS, 2010, p. 531.

108 RUYS, 2015.

109 RUYS, 2010, p. 472.

no Território Ocupado Palestino, de 2004 (*Muro*)¹¹⁰, e em *Atividades Armadas no Território do Congo entre A República Democrática do Congo e Uganda (Atividades Armadas)*, de 2005¹¹¹.

No caso da Opinião Consultiva sobre o *Muro*, a Corte Internacional de Justiça, a pedido da Assembleia Geral, se pronunciou sobre a (i)legalidade da construção de um muro por Israel no Território Palestino Ocupado. Além de se pronunciar sobre questões de direitos humanos e direito humanitário relativos à construção do muro, Israel alegou, como parte da sua submissão, que a construção do muro seria um ato de legítima defesa contra-ataques terroristas, legal à luz das Resoluções 1368 e 1373 (2001) do Conselho de Segurança. A Corte rejeitou (de maneira extremamente breve¹¹²) o argumento de Israel no parágrafo 139 da decisão, dando duas razões. Primeiro, pois o Artigo 51 prevê o direito à legítima defesa em casos de ataque armado *de um Estado contra outro Estado*; em segundo lugar, pois a construção do muro se deu em território ocupado, e, portanto, não se encaixaria nas Resoluções 1368 e 1373 (2001) que lidam com ameaças advindas de terceiros Estados.

Em *Atividades Armadas*, uma das questões perante a Corte era se o uso da força pelas forças armadas da Uganda no território do Congo era legal no direito internacional¹¹³. Enquanto o Congo alegava uso ilegal da força por Uganda, Uganda alegava que suas incursões no território do Congo eram executadas em legítima defesa para se defender de ataques de grupos armados independentes que cruzavam a fronteira, entre eles o *Lord's Resistance Army (LRA)*.¹¹⁴ A Corte adotou uma posição ambígua. Por um lado, considerou que (1) Uganda estava sofrendo incursões por grupos irregulares vindos do Congo¹¹⁵, e (2) afirmou que Uganda não poderia alegar legítima defesa para justificar seus ataques ao Congo¹¹⁶, pelo menos em parte por que (3) os atos dos irregulares não podem ser atribuídos ao próprio Congo.¹¹⁷ Estas afirmações parecem confirmar a abordagem da Corte em *Nicarágua*, que exigem controle

110 CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004 (a partir daqui, *Muro*).

111 CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005 (a partir daqui, *Atividades Armadas*). Houve também um caso concomitante entre a República Democrática do Congo e Ruanda, em que o Congo alegava violação da proibição do uso da força por forças Ruandesas, e Ruanda alegava legítima defesa contra atores não-estatais vindos do Congo. A Corte dispensou esse caso por falta de jurisdição.

112 RUYS, 2010, p. 472; TAMS, 2005.

113 Para uma discussão detalhada dos complexos fatos deste caso, ver RUYS 2010, p. 480 et seq.

114 RUYS, 2010, p. 468

115 *Atividades Armadas*, paras. 132, 135, 302-303.

116 *Atividades Armadas*, para. 147.

117 *Atividades Armadas*, para. 132,146. Mas também por outras razões, como a Uganda não ter reportado suas reações ao Conselho de Segurança.

substantivo de um Estado para que atos de grupos armados configurem ataques armados aos quais se pode responder legalmente em legítima defesa. Logo em seguida, contudo, a Corte expressamente afirma que “não precisa responder aos argumentos das Partes sobre e em quais condições o direito internacional contemporâneo prevê um direito de legítima defesa contra-ataques em larga escala por forças irregulares”¹¹⁸.

Por um lado, ambas essas decisões parecem rejeitar *ipsis literis* que um ataque armado possa ser cometido por um ator não-estatal para fins de legítima defesa; na Opinião Consultiva do *Muro*, a Corte expressamente menciona “a existência de um direito inerente à legítima defesa no caso de um ataque armado **de um Estado contra outro Estado**” (grifo meu).¹¹⁹ No caso das *Atividades Armadas*, menciona a não-atribuição dos ataques dos paramilitares ao Congo como uma razão pela qual Uganda não poderia alegar legítima defesa.¹²⁰ Por outro lado, em ambos os casos a Corte também **expressamente** nega que suas conclusões tenham implicações na discussão sobre a legítima defesa contra atores não-estatais – “o Artigo 51 ... não tem relevância neste caso”¹²¹, e a Corte “não precisa responder aos argumentos das Partes sobre e em quais condições o direito internacional contemporâneo prevê um direito de legítima defesa contra-ataques em larga escala por forças irregulares”¹²².

Justamente por sua construção confusa, há diferentes interpretações sobre se a Corte manteve sua interpretação Estado-cêntrica do conceito de ataque armado firmada no caso *Nicarágua* após o 11 de Setembro, ou se de fato evitou o assunto. A leitura de Gray¹²³ é de que a Corte não se pronunciou claramente e evitou a questão da legítima defesa contra atores não-estatais.¹²⁴ Já Corten¹²⁵ e Scharf¹²⁶, apesar de se encontrarem em lados opostos do espectro sobre a desejabilidade desta posição, defendem que a Corte manteve seu entendimento em *Nicarágua* nestes dois casos. Ruys, de outra parte, diseca as idiosincrasias nas posições da Corte, e conclui que “a visão da Corte se mantém envolta em mistério”.¹²⁷

As opiniões dissidentes e separadas dos juízes nestes casos, apesar de não esclarecerem os pormenores da discussão, revelam uma preocupação em

118 *Atividades Armadas*, para. 147 (tradução livre).

119 *Muro*, para. 139, grifo meu.

120 *Atividades Armadas*, para. 132, 146.

121 *Muro*, para. 139.

122 *Atividades Armadas*, para. 147.

123 a, p. 209

124 GRAY, a, p. 209.

125 2021, p. Muro, 198; *Atividades Armadas*, 200.

126 2016, p. 36-37.

127 2010, p. 475, tradução livre.

discutir o tema. Isso parece indicativo que, apesar de suas expressas negações de estar lidando com o assunto, a Corte estava de fato indiretamente mantendo sua abordagem em *Nicarágua*.¹²⁸ Na Opinião Consultiva sobre o *Muro*, há um total de oito opiniões dissidentes/separadas pensadas, e destas três afirmam que há legítima defesa contra atores não-estatais: Higgins, Kooijmans e Buergenthal. Buergenthal afirma que as Resoluções do Conselho de Segurança 1368 e 1373 (2001) não exigem que ataques armados sejam conectados a outros Estados para engatilhar o direito à legítima defesa.¹²⁹ Higgins defende que o Artigo 51 da Carta não impõe que ataques armados advenham *de Estados*, e que este critério teria sido introduzido pela própria Corte em *Nicarágua*; contudo, ela considera que o direito internacional atual (mesmo que contrário à sua preferência pessoal) exige certo grau de envolvimento Estatal para a constituição de ataque armado.¹³⁰ Já Kooijmans defende que a exigência de envolvimento estatal era a regra por cinquenta anos, mas que isto foi modificado radicalmente pelas Resoluções do Conselho de Segurança 1368 e 1373 (2001).¹³¹

Em *Atividades Armadas*, o número total de dissidências/opiniões separadas foi sete, e, destas, três afirmam que há direito à legítima defesa contra atores não estatais: Kooijmans, Simma e o juiz *ad hoc* Kateka. Kooijmans, desta vez, defende que nada no Artigo 51 prevê que ataques armados têm de advir de outros Estados¹³². Simma afirma que a interpretação atual do Artigo 51 comporta ataques armados por atores não-estatais, e destaca as Resoluções do Conselho de Segurança 1368 e 1373 (2001) neste sentido¹³³. O Juiz *ad hoc* Kateka argumenta que a exigência da Corte de “envolvimento substantivo” de um Estado para a comissão de ataque armado engatilhando legítima defesa estimula a impunidade.¹³⁴

Desde *Atividades Armadas*, a Corte recebeu alguns casos que envolvem, de maneira central¹³⁵ e periférica¹³⁶, o uso da força; contudo, desde então não se pronunciou sobre o critério *ratione personae* de ataques armados.

128 Juízes da Corte tem o direito, de acordo com o Artigo 57 do Estatuto, de apensar opiniões individuais à decisão se o julgamento não representar, em parte ou totalmente, sua opinião pessoal. Apesar de não vincularem as partes e não gerarem obrigações, elas muitas vezes revelam quais foram as discussões internas entre juízes, e desvelam pontos nevrálgicos da decisão (HOFMANN; LAUBNER, 2012, p. 1397; SHAHABUDDEEN, 1996, p. 192).

129 *Muro*, Declaração Judge Buergenthal, para. 4-6.

130 *Muro*, Opinião Separada Judge Higgins, para. 33.

131 *Muro*, Opinião Separada Judge Kooijmans, para. 35.

132 *Atividades Armadas*, Opinião Separada Judge Kooijmans, para. 24.

133 *Atividades Armadas*, Opinião Separada Judge Simma, para. 11.

134 *Atividades Armadas*, Opinião Dissidente Judge *ad hoc* Kateka, para. 34.

135 CIJ, Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area, Judgment of 2 February 2018.

136 CIJ, Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial

III. CONCLUSÕES

O conceito de “ataque armado” é central para a definição do uso da força legal em legítima defesa, já que seu acontecimento é um pré-requisito para o uso legal da força em legítima defesa de acordo com o Artigo 51 da Carta da ONU. A Corte Internacional de Justiça em *Nicarágua* afirma que para que se configure “ataque armado”, é necessário o “envolvimento substantivo” de um Estado, que coincide com o teste do “controle efetivo” no direito da Responsabilidade dos Estados (Artigo 8, Comissão de Direito Internacional, Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos de 2001).

A partir dos ataques do 11 de Setembro de 2001 aos Estados Unidos organizados pelo grupo terrorista *Al Qaeda*, ganha força a visão de que atores não-estatais também podem cometer “ataques armados” que encadeiem o direito ao uso da força legal em legítima defesa. A prática de Estados e as reações de órgãos relevantes desde então, comparativamente, pode ser vista como “em fluxo” – o caso da intervenção na Síria em 2015 para evitar o avanço do Estado Islâmico em particular é particularmente significativo. Também surge após o 11 de Setembro o argumento de que países “indispostos ou incapazes” de lidar com uma ameaça terrorista em seu território se abrem para intervenção armada estrangeira, batizado de “doutrina dos indispostos ou incapazes”.

Contudo, aplicando-se uma metodologia rigorosa que leva em consideração não somente a prática do uso da força em si, mas também as justificativas expressas dadas pelos Estados interventores, e a reação de terceiros países, é defendido aqui que a definição de “ataque armado” continua próxima de *Nicarágua*. Estados interventores ainda buscam conectar o grupo armado não-estatal ao Estado hospedeiro de alguma forma, e terceiros Estados na grande maioria das vezes reafirmam a interpretação original da CIJ em 1986. O Movimento dos Não-Alinhados em particular se opõe a interpretações “expansionistas”¹³⁷ do critério *ratione personae* da definição de “ataque armado”. Quanto à “doutrina dos indispostos ou incapazes”, este quadro é ainda mais claro: apesar de algumas instâncias de prática estatal, esta tem pedigree jurídico dúbio e é amplamente rechaçada.¹³⁸

Além de doutrinariamente verificável, defende-se aqui que uma versão “restritivista” do conceito de “ataque armado” é desejável. Interpretações “expansionistas” do direito internacional neste campo são contrárias ao objeto

Discrimination, Judgment of 31 January 2024; CIJ, Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, Advisory Opinion of 19 July 2024; CIJ, Arbitral Award of 3 October 1899 (Judgment on the Merits pending); CIJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (Judgment on the Merits pending).

137 CORTEN, 2005.

138 CORTEN, 2016, p. 299.

e propósito da Carta das Nações Unidas; o sistema de segurança coletiva da ONU está predicado na redução da liberdade dos Estados de usar a força unilateralmente. Além disso, o aumento do escopo para o uso unilateral legal da força afeta desproporcionalmente Estados do Terceiro Mundo.¹³⁹

Por estas razões, conclui-se que se mantém uma interpretação Estado-cêntrica de “ataque armado” à lá *Nicarágua*, que não permite o uso unilateral da força em legítima defesa na ausência de “envolvimento substantivo” de um Estado.

REFERÊNCIAS

BENVENISTI, Eyal. Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders. *American Journal of International Law*, v. 107, n. 2, p. 295–333, 2013.

BETHLEHEM, Daniel. *Project 2100 — Is the International Legal Order Fit for Purpose?* Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org/project-2100-is-the-international-legal-order-fit-for-purpose/>>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BETHLEHEM, Daniel. Self-Defense against Imminent Attack or Actual Attack by Non-state Actors. *AJIL*, v. 106, n. 4, p. 769–777, 2012.

BORDIN, Fernando Lusa. The Nicaragua v. United States Case: An Overview of the Epochal Judgments. In: OBREGON, EDGARDO SOBENES; SAMSON, BENJAMIN (Org.). *Nicarágua Before the International Court of Justice: Impacts on International Law*. [2018]: Springer.

BOTHE, Michael. Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force. *European Journal of International Law*, v. 14, n. 2, 2003.

BROWNLIE, Ian. Conclusions. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford; New York: OUP, 1963. p. 424–436.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law / by Ian Brownlie*. 7th ed. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

CASSESE, Antonio. *International Law*. 2nd. ed. Oxford ; New York: OUP, 2005.

CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law - A Manifesto. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 1, 2018.

139 Apesar da diversidade de países que compõe o mítico “Terceiro Mundo”, e de caráter possivelmente anacrônico do termo, esse continua sendo um termo de arte utilizado na crítica do direito internacional para “dar vida” aos pleitos dos países que compartilham uma história de colonialismo, imperialismo, e subjugação econômica, ver (CHIMNI, , p. 5).

CORTEN, Olivier. *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*. Oxford: Hart, 2021. v. 1.

CORTEN, Olivier. *Méthodologie du droit international publique*. Brussels: Editions de L'Université de Bruxelles, 2009.

CORTEN, Olivier. Operations against the 'Islamic State' (ISIL or Da'esh) — 2014. In: RUYTS, TOM; CORTEN, OLIVIER; HOFER, ALEXANDRA (Org.). *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*. Oxford: Oxford University Press, Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL].

CORTEN, Olivier. The controversies over the customary prohibition on the use of force : a methodological debate. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, p. 1–15, 2005.

CORTEN, Olivier. The “unwilling or unable” test: has it been, and could it be, accepted? *Leiden Journal of International Law*, v. 29, n. 3, p. 777–799, 2016.

CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*. 8th ed. Oxford: OUP, 2012.

CRAWFORD, James. Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law, *Recueil des Cours*, v. 365, 2014.

DE HOOGH, André. Restrictivist Reasoning on the Ratione Personae Dimension of Armed Attacks in the Post 9/11 World. *Leiden Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 19–42, 2016.

DEEKS, Ashley S. “Unwilling or Unable”: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense. *Virginia Journal of International Law*, v. 52, p. 483–550, [2012].

FRANCK, Thomas M. *Recourse to force : state action against threats and armed attacks*. Cambridge: CUP, 2002.

GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, OUP, 2008.

GRAY, Christine. The Limits of Force. *Recueil des Cours*, v. 376, 2015.

GREEN, James A. *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*. London: Hart Publishing, 2009.

HATHAWAY, Oona Anne; SHAPIRO, Scott J. *The internationalists : how a radical plan to outlaw war remade the world*. New York: Simon & Schuster, 2017.

HIGGINS, Rosalyn. Grotius and the Development of International Law in the United Nations Period. In: BULL, HEDLEY; KINGSBURY, BENEDICT; ROB-

ERTS, ADAM (Org.). . *Hugo Grotius and international relations*. New York: Clarendon Press, Oxford University Press, 1992.

HMOUD, Mahmoud. Are New Principles Really Needed? The Potential of the Established Distinction Between Responsibility for Attacks by Non-state Actors and the Law of Self-Defense. *American Journal of International Law*, v. 107, n. 3, p. 576–579, 2013.

HOFMANN, Rainer; LAUBNER, Tilmann. Article 57 - Separate and Dissenting Opinions. In: ZIMMERMANN, ANDREAS *et al.* (Org.). *Statute of the International Court of Justice: A commentary*. 2nd ed. Oxford: OUP, 2012. p. 1383–1400.

JESSUP, Philip C. Force under a Modern Law of Nations. *Foreign Affairs*, v. 25, n. 1, p. 90–105, 1946.

KRISCH, Nico. *After Hegemony: The Law on the Use of Force and the Ukraine Crisis*. Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org/after-hegemony-the-law-on-the-use-of-force-and-the-ukraine-crisis/>>. Acesso em: 2 jul. 2024.

LAUTERPACHT, Hersch. The Problem of the Revision of the Law of War. *British Yearbook of International Law*, v. 29, p. 360–382, 1952.

LUBELL, Noam. *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*. Oxford; New York: OUP, 2010.

OPPENHEIM, Lassa. *International Law: a Treatise*. v. II, 1952.

ORAKHELASHVILI, Alexander; AKEHURST, Michael. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 9th ed. Oxford; New York: Routledge, 2022.

PETERS, Anne. Humanity as the Λ and Ω of sovereignty. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 3, p. 513–544, 2009.

RATNER, Steven R. Self-Defense against Terrorists: The Meaning of Armed Attack. In: SCHRIJVER, NICO; VAN DEN HERIK, LARISSA (Org.). *Counterterrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order: Meeting the Challenges*. Cambridge University Press, 2013. p. 334–355.

REISMAN, Michael. Editorial Comments: Coercion and Self-determination: Construing Charter Article 2(4). *American Journal of International Law*, v. 78, p. 642–645, 2015.

RUYS, T. ‘Armed attack’ and article 51 of the UN charter: Evolutions in customary law and practice. [S.l.]: CUP, 2010.

RUYS, T., ‘Self-Defence and Non-State Actors in the Cold War Era’ (*Opinio Juris*, 2015) <<https://biblio.ugent.be/publication/5914873>> Acessado em 19 Agosto 2024

SCHARF, Michael. How the War against ISIS Changed International Law. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 48, n. 1–2, p. 15–67, 2016. Disponível em: <<http://theconversation.com/isis-has-changed-international-law-56781>>.

SCHWEBEL, S M. Aggression, intervention and self-defence in modern international law. *Recueil des Cours*, p. 413–498, 1989.

SHAHABUDEEN, Mohammed. *Precedent in the World Court*. Cambridge: CUP, 1996.

TALMON, Stefan. Determining customary international law: The ICJ's methodology between induction, deduction and assertion. *European Journal of International Law*, v. 26, n. 2, p. 417–443, 2015.

TAMS, Christian J. Light treatment of a complex problem: The law of self-defence in the wall case. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, p. 963–978, 2005.

TAMS, Christian J. The use of force against terrorists. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 2, p. 359–397, 2009.

TAMS, Christian J. Self-Defence against Non-State Actors: Making Sense of the 'Armed Attack' Requirement. In: TLADI, DIRE; TAMS, CHRISTIAN J.; O'CONNELL, MARY ELLEN (Org.). *Self-Defence against Non-State Actors*. Max Planck Trialogues. Cambridge University Press, 2019. p. 90–173.

TLADI, Dire. The Nonconsenting Innocent State: The Problem with Bethlehem's Principle 12. *The American Journal of International Law*, v. 107, n. 3, p. 570–576, 2013.

TRAPP, Kimberley N. Actor-pluralism, the 'turn to responsibility' and the jus ad bellum: 'unwilling or unable' in context. *Journal on the Use of Force and International Law*, v. 2, n. 2, p. 199–222, 2015.

ULFSTEIN, Geir. Does Israel have the right to self-defence – and what are the restrictions? – EJIL: Talk! *European Journal of International Law*, p. 1–10, 2024. Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org/does-israel-have-the-right-to-self-defence-and-what-are-the-restrictions/>>.

Recebido em: 22/08/2024

Aprovado em: 10/09/2024

