



Afonso Machado Moreira Padrão

Aluno nº7604

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito na especialidade de Direito Internacional e Europeu

Orientador:

Doutor Francisco Pereira Coutinho, Professor da Faculdade de Direito da Universidade
Nova de Lisboa

outubro de 2022

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.



Afonso Machado Moreira Padrão

Aluno nº7604

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito na especialidade de Direito Internacional e Europeu

Orientador:

Doutor Francisco Pereira Coutinho, Professor da Faculdade de Direito da Universidade

Nova de Lisboa

outubro de 2022

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

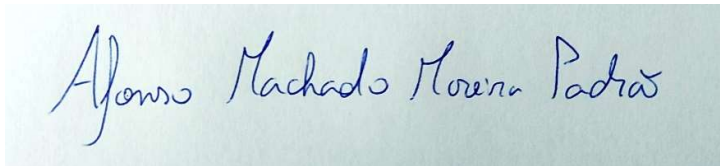
Declaração antiplágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar

Anti plagiarism statement

I hereby declare that the work I present is my own work and that all my citations are correctly acknowledged. I am aware that the use of unacknowledged extraneous materials and sources constitutes a serious ethical and disciplinary offence.

Porto, 17 de outubro de 2022

A handwritten signature in blue ink on a light blue background. The signature reads "Afonso Machado Moreira Padrão" in a cursive script.

Afonso Machado Moreira Padrão

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Agradecimentos

Gostaria de começar por agradecer ao meu orientador, o Professor Francisco Pereira Coutinho, sem o qual a realização desta tese não seria possível, e cuja ajuda foi inestimável.

À minha família, e em especialmente aos meus pais, por serem o meu porto seguro. Por todos os conselhos, pelo apoio e o pelo encorajamento que me têm dado ao longo da vida, para que eu siga o caminho que me faz feliz.

Aos meus amigos, quer do Porto quer de Lisboa, por todos os momentos que passamos juntos e por me terem acompanhado ao longo desta jornada.

A todos, um sincero obrigado.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Lista de abreviaturas, Siglas e Acrónimos

CNU – Carta das Nações Unidas

ONU – Organização das Nações Unidas

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

CSNU ou CS – Conselho de Segurança das Nações Unidas

EUA – Estado Unidos da América

RDC – República Democrática do Congo

OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte

TUE – Tratado da União Europeia

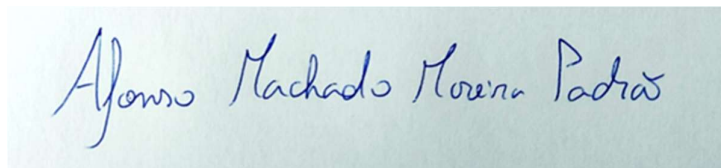
A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Declaração de Conformidade do Número de Carateres

Declaro que o corpo da tese, incluindo espaços e notas, utiliza um total de 96426 caracteres.

Declaro ainda que o resumo ocupa 1257 caracteres e o *Abstract* ocupa 1140 caracteres, incluindo os espaços.

Porto, 17 de outubro de 2022



Afonso Machado Moreira Padrão

Índice

Declaração antiplágio	3
Agradecimentos	4
Lista de abreviaturas, Siglas e Acrónimos.....	5
Declaração de Conformidade do Número de Carateres	6
Índice	7
Resumo:	8
Introdução	10
Capítulo I – Enquadramento Legal.....	13
1.1. – Princípio Geral da Proibição do Uso da Força	13
1.2. – A Legítima Defesa.....	14
1.3. – Necessidade de Clarificação e Reunião “ <i>Arria-formula</i> ”	18
Capítulo II – As diferentes interpretações teóricas e as perspetivas estaduais.....	20
1 – A interpretação restrita	20
1.1. – Jurisprudência.....	22
1.2 – Conselho de Segurança.....	24
1.3 – As posições estaduais em defesa da interpretação restrita	25
2 – Interpretação expansiva	28
2.1 – Jurisprudência	29
2.3 – A teoria do “ <i>unwilling and unable</i> ”	31
2.4 – As posições estaduais em defesa da interpretação expansiva.....	36
2.5 – Síntese conclusiva	45
Conclusões.....	47
Bibliografia	49

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Resumo:

Com o crescimento da ameaça terrorista desde o início do século XXI, e nomeadamente desde os ataques do 11 de setembro de 2001, cresceram também as dúvidas sobre como fazer frente a esta ameaça que é cada vez mais prevalente. O regime internacional da legítima defesa parece ser a forma mais célere para o fazer, no entanto, como e quando é possível invocar este regime não é consensual. O artigo 51.º da Carta das Nações Unidas tem vindo a ser interpretado de formas diferentes quer pela doutrina, pela jurisprudência e pelos Estados que o põem em prática. Numa tentativa de clarificar as posições adotadas pelos Estados Membros do Conselho de Segurança da ONU, surgiu uma reunião “*Arria-formula*” em que se discutiu a legítima defesa como forma lícita de usar a força contra atores não estaduais. A presente dissertação de mestrado pretende revisitar o regime do uso da força internacional, e em especial o da legítima defesa, analisando, por isso, as diferentes doutrinas que abordam esta problemática, e examinando as posições estaduais, assim como a doutrina, a jurisprudência e a atuação, ao longo dos anos, do conselho de Segurança, com o objetivo de solucionar o problema e para permitir uma melhor e mais uniforme aplicação do direito internacional.

Palavras-chave: uso da força; legítima defesa; atores não estaduais; “*Arria-formula*”; interpretação expansiva; interpretação restritiva, doutrina “*unwilling and unable*”

Abstract:

With the growth of threat of terrorism since the beginning of the XXI century, especially since the September 11th attacks, doubts concerning how to deal with these organisations also arouse. The international regime of self-defence seems to be the most suited way to deal with them, however, the way and the when is it possible to invoke it is not consensual. Article 51.^o of the UN Charter has been interpreted differently by the doctrine, the jurisprudence and the States that invoke it. In an attempt to clarify the positions of the UN Security Council Member States, an “*Arria-formula*” meeting took place, where self-defence and the way to use force when dealing with non-state actors was discussed. This master’s dissertation intends to revisit the regime of the international use of force, and in particular that of self-defence, analysing the different doctrines that address this issue, and examining State positions, as well as the different doctrines, the jurisprudence and the actions, throughout years, of the UN Security Council, to try to solve this problem and for a better and more uniform application of international law.

Keywords: use of force; self-defence; non-state actors; “*Aria-formula*”; expansive interpretation; restrictive interpretation; “*unwilling and unable*” doctrine

Introdução

O novo século trouxe grandes mudanças na sociedade internacional. Conceitos e definições que antes pareciam sólidas e consensuais a nível internacional foram abaladas pelos eventos que aconteceram no início do século. Quando a Carta das Nações Unidas foi redigida após a segunda guerra mundial, o intuito principal era o estabelecimento do sistema de segurança coletivo para salvaguardar as relações pacíficas entre Estados, garantindo assim uma solução política, no seio das Nações Unidas, para os conflitos que pudessem surgir. Este sistema pressupunha uma relação interestadual, uma vez que o uso da força era visto como um problema entre os Estados, já que estes é que, tradicionalmente, usavam a força nas suas relações internacionais. Atores não estaduais, apesar de já existirem, não eram tão prevalentes, e os criadores da Carta não previram, nem anteciparam, a existência, a força e o dano que as organizações terroristas modernas poderiam causar.

Desde a criação da Carta, no entanto, o paradigma tem vindo a mudar. Novos atores têm aparecido na sociedade internacional e, com eles, novas ameaças. Entre estas novas ameaças, o terrorismo internacional tem-se destacado. Desde o final do século XX que este tem sido mais preponderante. No entanto, tudo mudou no início do século XXI. Com os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, quando o Al-Qaeda atacou os EUA e matou mais de 3000 pessoas, o mundo mudou. Estes ataques demonstraram que os atores não estaduais, e em especial as organizações terroristas, têm capacidade para cometer ataques de larga escala, porventura maiores que muitos Estados. Desde então muitas organizações terroristas como o ISIL (ou Daesh) e o Boko Haram têm aparecido um pouco por todo o mundo, demonstrando que estas organizações são verdadeiramente internacionais, uma vez que atuam em todo o lado. Devido à ameaça que estas organizações terroristas podem causar à paz internacional, cada vez mais os Estados, nomeadamente aqueles que foram vítimas de ataques desta natureza, têm vindo a tentar legitimar as suas atuações na Carta das Nações Unidas, para que estas, que tem cariz militar, possam ser vistas como legais aos olhos da comunidade internacional. Os ataques do 11 de setembro foram encarados como um ato de guerra e como uma ação que punha seriamente em risco a paz e a segurança internacional. Este facto foi um ponto de viragem na premissa do direito internacional de que a proibição do uso da força no plano internacional era apenas aplicável aos Estados, uma vez que só estes podiam usar a força.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Como disse Jackson Maogoto, “*o terrorismo já não era uma mera ameaça séria à paz e estabilidade a ser combatida através de métodos penais estaduais ou internacionais; o uso da força agora era visto como uma contramedida atrativa e satisfatória para lidar com o terrorismo*”¹.

Tendo em conta o que foi dito anteriormente, esta dissertação de mestrado pretende explorar o regime do uso da força em legítima defesa contra atores não estaduais, no âmbito do direito internacional, analisando as opiniões doutrinárias, a jurisprudência e, particularmente, as posições estaduais para tentar solucionar o problema e para uma melhor e mais uniforme aplicação do direito internacional.

Em primeiro lugar, será apresenta-se, no Capítulo I, o regime do uso da força do direito internacional, com um enfoque especial na legítima defesa. Abordar-se-á, em geral, a legítima defesa aplicada aos atores não estaduais, assim como a sua origem e a sua evolução no plano internacional. Importa estudar, também, o aspeto controverso da questão e a necessidade de existir uma clarificação de qual é doutrina mais adequada para responder as ameaças terroristas. Atendendo a esta necessidade, falar-se-á da reunião “*Arria-formula*” dos membros do CSNU, que foi convocada para tentar perceber qual era a posição dos Estados Membros do CSNU sobre esta questão, explicando, assim, em que consiste uma reunião deste tipo.

No Capítulo II, por sua vez, pretende-se expor quais as diferentes posições adotadas pelos Estados, classificando-as de acordo com uma de duas interpretações (a expansiva e a restritiva). Para tal, ir-se-á, primeiramente, analisar ambas as interpretações, e, para isso, o capítulo será dividido em 2 secções, uma para cada. Dentro de cada secção explicar-se-á a respetiva teoria, com base nas opiniões doutrinárias e na jurisprudência, apresentando em que sentido a jurisprudência internacional tem decidido, assim como quais as Resoluções do CSNU nas quais ambas as interpretações se parecem apoiar. No final de cada secção, será feita uma análise para determinar qual a posição dos Estados Membros do Conselho de Segurança, tendo em conta as suas declarações na, previamente mencionada, reunião “*Arria-formula*”, inserindo-as numa das duas interpretações teóricas específicas, assim como declarações anteriores à reunião desses mesmos Estados,

¹ MAOGOTO, Jackson Nyamuya, “*Battling Terrorism Legal Perspectives on the Use of Force and the War on Terror*”, Ashgate Publishing Limited, 2005, Página 4.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

e declarações de Estados que não estavam na reunião, a fim de dar contexto e preencher lacunas no seu raciocínio.

Por fim, nas conclusões, terminar-se-á a dissertação, alertando para a necessidade de uma reinterpretação das normas que regem o uso da força internacional, sob pena de estas ficarem, na prática, obsoletas pois não evoluíram com a prática estadual.

Capítulo I – Enquadramento Legal

1.1. – Princípio Geral da Proibição do Uso da Força

Como o Professor Nico Schrijver indica, “*poucas disposições de tratados, se é que alguma, é tão importante para as relações internacionais como o artigo 2.º n.º 4 da CNU*”². O princípio geral proibição do uso da força, como está descrito no artigo 2.º n.º 4 da CNU, é um dos pilares do sistema internacional criado pela Organização das Nações Unidas no pós segunda guerra mundial. Este princípio consiste na proibição de todas as formas de uso da força, ou da ameaça deste, pelos Estados, nas suas relações internacionais³. Esta disposição têm uma importância acrescida devido ao facto de ser uma norma imperativa de direito internacional (*ius cogens*)⁴, o que significa que só pode ser derogada por uma norma com valor idêntico, como está disposto no artigo 53.º da CVDT. Apesar de estar discriminado no texto da CNU, este princípio não foi criado por esta. Era já uma norma consuetudinária, como o Tribunal Internacional de Justiça o veio a confirmar, mais tarde, no caso *Nicarágua*⁵. Com a Carta procurou-se restringir ao máximo o recurso ao uso da força unilateral, e para que tal acontecesse, reforçou-se a proibição da força no plano internacional, tipificando-a. Por outro lado, equilibrou-se esta exigência com o “sistema de segurança coletiva”, em que o Conselho de Segurança das Nações Unidas atuava como um “garante” da paz internacional, com a capacidade para enfrentar potenciais agressores. Qualquer espécie de uso da força, ou a mera ameaça de força, é proibida pela Carta, com a condição de que esta força seja, naturalmente, militar (restringindo assim o conceito de força, para não abranger outros conceitos como a força económica ou diplomática, por exemplo⁶).

² SCHRIJVER, Nico “*The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*” (editado por WELLER, Marc), Oxford University Press, UK, 2015, Página 465.

³ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Página 13 e seguintes; DINSTEIN, Yoram, “War, Aggression and Self-Defence”, 5ª Edição, 2011, Cambridge University Press, Cambridge, UK, Páginas 87 e seguintes.

⁴ *Armed Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicarágua v. Estados Unidos da América), Tribunal Internacional de Justiça, Julgamento, 1986, Parágrafo 190; Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, “Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries”, Anuário da Comissão de Direito Internacional, 1966, Vol. II, Parágrafo (1).

⁵ *Nicarágua*, Parágrafo 188.

⁶ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Página 32.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Esta proibição, no entanto, não é absoluta. O regime da Carta estabelece certas situações em que o uso da força pode ser considerado legal. Em primeiro lugar temos as situações em que existe uma resolução do CSNU, nos termos do capítulo VII da CNU, que autorize uma intervenção armada unilateral. De acordo com o artigo 39.º da Carta, “o Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, rutura da paz ou ato de agressão (...)”, e, se julgar necessário para “manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais”, poderá autorizar ações militares estaduais, nos termos do artigo 42.º da CNU. No entanto, esta não é a única exceção. Se uma ação militar de um Estado, em resposta a um ataque armado, decorrer de um exercício de legítima defesa individual ou coletiva, como está descrito no artigo 51.º da CNU, este ato é considerado internacionalmente lícito⁷. A última forma considerada legítima de uso da força, que não suscita, em princípio, qualquer controvérsia, é quando um Estado dá o seu consentimento a que outro Estado atue dentro do seu território, desde que este aja dentro dos termos e limites do consentimento. Nestes casos, um Estado não está a usar a força contra outro, mas sim a atuar com a sua permissão⁸. Não estamos, no entanto, perante uma situação de uso da força no plano internacional, logo, a Carta não regula estas situações. A legítima defesa, no entanto, é a exceção que gera mais controvérsia, e é aquela sobre a qual a esta análise se irá debruçar.

1.2. – A Legítima Defesa

A legítima defesa está consagrada no artigo 51.º da CNU, no entanto, não é exaustivamente regulada por esta. Este direito não foi instituído pela Carta, uma vez que estamos perante um direito inerente dos Estados⁹. Os pressupostos da legítima defesa são um desenvolvimento tanto da CNU, como também são uma construção consuetudinária, uma vez que há uma relação estreita entre os dois, tal como o TIJ mencionou no caso *Nicarágua*¹⁰.

⁷ COUTINHO, Francisco Pereira, “Roberto Correia da Silva Gomes Caldas et. al., “Guerra e Paz no Século XXI: políticas e direito internacional”, Almedina, Coimbra, 2018, Páginas 83 a 100.

⁸ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Página 134.

⁹ Idem, Página 81.

¹⁰ *Nicarágua*, Parágrafos 176, 193 e 194.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

É fundamental que estejam preenchidos certos pressupostos para que se possa arguir a legítima defesa.

Em primeiro lugar, é necessário que um Estado esteja a ser alvo, no momento que valide a legítima defesa, de um ataque armado, ou esteja na iminência de ser vítima de ataque da mesma gravidade (neste caso estamos perante legítima defesa preventiva). Não poderá ser um ataque que porventura se virá a realizar no futuro, quer este seja próximo ou mais longínquo (nesse caso estamos perante legítima defesa preemptiva, que não é aceite pela larga maioria da doutrina e da jurisprudência, assim como pelos Estados¹¹), mas sim estar perante um ataque que, objetivamente, irá acontecer num período de tempo curto, ou que já começou, mas ainda não se concretizou.

O ataque, por sua vez, não pode ser um qualquer ato de agressão. Para se poder invocar a legítima defesa, temos de estar perante um ataque armado, que é a forma mais séria e grave de agressão prevista na Carta. Nos últimos anos, temos visto uma aproximação destes dois conceitos¹², no entanto, há certas formas de averiguar se estamos perante um ataque armado. O nível do ataque, o grau e intensidade destes e os seus efeitos, são indícios para avaliar se estamos perante um ataque armado. Por exemplo, se os militares de um Estado atacarem e matarem um guarda fronteiro de outro Estado numa alteração, pode não ser causa suficiente para arguir legítima defesa, uma vez que, apesar de ser um ato ilícito e certamente uma agressão, não parece ser grave o suficiente para constituir um ataque armado. No entanto, se os militares de um Estado atacarem um posto fronteiro inteiro, com força militar substancial, matando vários militares, já parece ser um ataque mais grave, porventura ataque armado. Este é um conceito, tal como os restantes, com um certo grau de subjetividade, mas temperado por um padrão de razoabilidade, que tem de ser averiguado caso a caso. Na Resolução 3314 da AGNU de 1974 (apesar da problemática relativa à aproximação de definição de “agressão” e “ataque armado”) tem vários exemplos, não exaustivos, de situações que podem constituir um ataque armado¹³. O TIJ, no caso *Nicarágua*, já se pronunciou, dizendo que para invocar a legítima defesa, é necessário estarmos perante um ataque armado, onde exprime que é necessário “*distinguir as formas mais graves do uso da força (as que constituem um*

¹¹ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Páginas 109 a 117.

¹² Ver Capítulo II, 1.

¹³ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Páginas 83 a 90.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

ataque armado) de outras formas menos graves”, e qualifica como sendo “(...) uma operação que, por causa de sua escala e efeitos, teria sido classificado como um ataque armado e não como um mero incidente de fronteira (...)”¹⁴.

Por sua vez, a resposta a tal ataque, por parte do Estado vítima, tem de ser necessária, por já não possuir outros meios mais idóneos para repelir/parar o ataque; isto é, o Estado tem de demonstrar que já não tinha outras opções, nomeadamente diplomáticas, a seu dispor senão o uso da força armada¹⁵.

Em terceiro lugar, a resposta tem de ser proporcional. Isto significa que não pode ser desproporcional e tem de ser adequada a atingir o objetivo de parar o dito ataque. Proporcionalidade, no entanto, não significa uma exata reciprocidade do ataque. É um conceito flexível¹⁶. A resposta tem de ir ao encontro de um certo padrão de razoabilidade.

A resposta aos ataques, no âmbito da legítima defesa também tem de ser imediata, isto é, não protelada no tempo¹⁷. A resposta tem de ser exercida num intervalo de tempo razoável, quando ainda seja possível parar ou impedir o ataque, ou que os efeitos deste se concretizem.

Por último, a legítima defesa tem, por natureza, um caráter transitório, de acordo com a Carta, daí que a segunda parte artigo 51.º estabeleça a necessidade de comunicar o exercício de legítima defesa ao CSNU. Esta comunicação é indispensável por motivos de transparência e serve como método de prova para sustentar, aos olhos da comunidade internacional, a legalidade (ou não) do exercício de legítima defesa em causa. O facto da comunicação não ser observada não significa automaticamente que o Estado vítima fica impedido de alegar a legítima defesa, no entanto, pode servir como um indício desfavorável, nomeadamente em matérias probatórias¹⁸.

Como explica o Professor Azeredo Lopes, *“os autores da Carta desenharam um modelo que harmoniza a indiscutível legitimidade unilateral da reação em legítima defesa com a preferência, pelo decurso de tempo, da legitimidade institucional do Conselho”¹⁹.*

¹⁴ Nicarágua, Parágrafos 191 e 195.

¹⁵ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Páginas 94 a 97.

¹⁶ Idem, Páginas 102 e 103.

¹⁷ Idem, Página 98.

¹⁸ Idem, Páginas 103 e seguintes.

¹⁹ Idem, Página 104.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Existem dois tipos de legítima defesa. A legítima defesa individual e a coletiva. Ambas estão previstas no artigo 51.º da Carta das Nações Unidas. Estamos perante a legítima defesa individual quando um só Estado é vítima de um ataque armado (ou está na iminência de um), e defende-se contra o agressor. No caso da legítima defesa coletiva, a ação defensiva, em sede de legítima defesa, envolve não só o Estado vítima, mas outros Estados também. Todos os requisitos que se aplicam à legítima defesa individual, que abordamos anteriormente, como a proporcionalidade, a iminência ou a necessidade, etc., aplicam-se da mesma forma à legítima defesa coletiva. No entanto, esta tem certos requisitos especiais para que possa ser considerada lícita. Em primeiro lugar, é necessário que o Estado vítima declare que foi alvo de um ataque e identifique o agressor, e não outros Estados que venham a intervir em seu favor. Também é necessário que o Estado vítima requirite o auxílio a outros Estados, identificando-os claramente, sem deixar sombra de dúvidas, para que a atuação destes seja legítima. Por fim, é indispensável que o Estado vítima defina expressamente os limites e o tipo de auxílio que pretende dos Estados que o irão ajudar no âmbito legítima defesa coletiva. Estes requisitos servem para garantir que os Estados que participam na legítima defesa coletiva não aproveitem uma situação de debilidade do Estado vítima, para usar a força com outros propósitos senão o da defesa desse mesmo Estado, isto é, não relacionadas com a finalidade da legítima defesa. Esta modalidade de legítima defesa pode ser exercida espontaneamente após um pedido a outros Estados, para que estes auxiliem o Estado vítima após um ataque. No entanto, o mais comum é a existência de tratados de defesa coletiva. Estes podem ser tratados de assistência mútua, de aliança militar ou de garantia. Existem vários exemplos de tratados com cláusulas de legítima defesa coletiva. A OTAN e o seu famoso artigo 5.º ou a União Europeia, com a cláusula da solidariedade do artigo 42.º n.º 7 do TUE. Existem vários exemplos de ação em legítima defesa coletiva, sendo provavelmente a mais conhecida a intervenção dos membros da OTAN no Afeganistão, em 2001, após a invocação, por parte dos EUA, do artigo 5.º do Tratado da OTAN. Outro exemplo, e um de importância acrescida tendo em conta a natureza desta dissertação, é o uso da força em sede de legítima defesa coletiva em território sírio, por parte de vários países, como os EUA, a França, a Alemanha e o Reino Unido, em resposta ao pedido do Iraque, em 2014, quando sofreu ataques realizados por atores não estaduais, a partir da Síria²⁰.

²⁰ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Páginas 106 a 109; DINSTEIN, Yoram, “War, Aggression and Self-Defence”, 5ª Edição, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2011, Páginas 278 a 302.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

1.3. – Necessidade de Clarificação e Reunião “*Arria-formula*”

Só quando os requisitos referidos na secção anterior estiverem preenchidos é que a legítima defesa é lícita, de acordo com a CNU, e os Estados deixam de necessitar de uma Resolução do Conselho de Segurança que os autorize a atuar perante um ataque armado. Porém, esta autorização parece ser uma hipótese pouco viável quando um Estado está perante um ataque armado. Devido às alianças formadas no plano internacional e aos diferentes interesses políticos, económicos e militares associados a estas, e ao poder de veto no CS, será sempre complicado (se não impossível) aprovar uma Resolução sem que um dos membros permanentes utilize o seu poder de veto. Este cenário, por exemplo, é o que se tem vindo a observar no CS, uma vez que nunca se aprovou uma Resolução que caracterizasse um ataque terrorista como ataque armado. Membros permanentes como a China ou a Rússia, como se pode constatar no caso sírio, sempre foram contra a aprovação destas Resoluções por essas mesmas razões²¹. Tendo em conta estes condicionalismos, vários Estados vêm a possibilidade de agir, em legítima defesa, contra um ator não estadual, nomeadamente organizações terroristas, como a melhor e mais célere forma de combater este problema, à luz da Carta. No entanto, esta tese não é isenta de controvérsia. Várias questões, como o facto de classificar ataques terroristas como ataques armados (no âmbito do 51.º da CNU), ou autorizar ataques noutros Estados quando estes não consigam ou não estão dispostos a atuar contra os atores não estaduais no seu território (“*unwilling or unable*”), levantam objeções de uma larga parte da comunidade internacional e da doutrina, assim como da jurisprudência²². É precisamente por causa desta controvérsia que é necessário existir uma clarificação sobre quem defende o quê e que qual a melhor abordagem a seguir, para uma melhor e mais uniforme aplicação do direito internacional.

Desta necessidade surgiu uma reunião “*Arria-formula*” dos membros do Conselho de Segurança da ONU, onde se discutiu este tema. Estas são reuniões informais convocadas por um (ou mais) membro(s) do CSNU para ouvir as opiniões de indivíduos, organizações

²¹ Como exemplo ver, Reuters Staff, “China gives cautious response to Obama's Islamic State call”, Reuters, 11 de setembro de 2014, <https://www.reuters.com/article/us-iraq-crisis-china/china-gives-cautious-response-to-obamas-islamic-state-call-idUSKBN0H60P020140911>.

²² Ver Capítulo II, 1.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

ou instituições sobre assuntos da competência do Conselho de Segurança²³. A reunião foi convocada pelo México, a 24 de fevereiro de 2021, para discutir, entre outros assuntos, se, e em que casos, é que a Carta das Nações Unidas permite o uso de força armada por um Estado contra atores não estaduais no território de outro Estado. O tema da reunião era o seguinte: *“Defender o sistema de segurança coletiva da Carta das Nações Unidas: o uso da força no direito internacional, atores não estaduais e a legítima defesa lícita”*²⁴. Os diferentes Estado deram opiniões muito divergentes, sendo que muitas não foram particularmente esclarecedoras. No entanto, é um instrumento importante para perceber a atuação dos Estados sobre esta matéria.

²³ Ver <https://www.securitycouncilreport.org/un-security-council-working-methods/arria-formula-meetings.php>.

²⁴UN Doc A/75/993–S/2021/247*, Carta do Representante Permanente do México nas Nações Unidas dirigida ao Secretário-Geral e ao Presidente do Conselho de Segurança, 16 de março de 2021.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Capítulo II – As diferentes interpretações teóricas e as perspetivas estaduais

1 – A interpretação restrita

Existem duas interpretações sobre uma eventual possibilidade (ou não) de justificar uma intervenção sob a alçada da legítima defesa contra atores não estaduais, no caso de um ataque armado. A primeira que vamos abordar é tida como a posição “tradicional”, uma vez que era praticamente a única posição adotada pela maioria dos Estados, pela doutrina e pela jurisprudência (especialmente do TIJ), no plano internacional, antes de 2001. Esta é a interpretação restrita, ou “clássica”.

Aqueles que aderem a esta interpretação, defendem que a legítima defesa como está consagrada no artigo 51.º da CNU deve ser concebida no seu significado original: de que só se pode reagir em legítima defesa quando um Estado (vítima) está perante um ataque armado de outro Estado (agressor)²⁵. A legítima defesa, neste caso, pressupõe uma relação puramente interestadual, uma vez que este era o entendimento dos criadores da CNU, à data da sua redação, visto que esta foi criada para evitar uma nova guerra entre Estados, em que o problema do terrorismo por parte de atores não estaduais era menos prevalente. Ninguém contesta que ataques de atores não estaduais possam ser tão graves, ou piores, que ataques estaduais (como se verificou com os ataques terroristas do 11 de setembro), no entanto, como se pode constatar, os defensores desta teoria não aceitam que se esteja perante um ataque armado quando este não é proveniente de um Estado²⁶. Antes dos ataques em 2001, era consensual que os ataques armados tinham natureza puramente estadual²⁷. E, para agir legitimamente ao abrigo do artigo 51.º da CNU, temos de estar perante um ataque armado, como está explicitamente descrito no artigo. Apesar de, nos últimos anos, como refere o Professor Azeredo Lopes, tem-se observado uma “aproximação” de definições entre “uso da força”, “agressão” e “ataque armado”²⁸, tornando ténue a linha que os separa. Mesmo a definição de agressão presente na

²⁵ STEENBERGHE, Raphaël Van, “Self-Defence in Response to Attacks by Non-State Actors in the Light of Recent State Practice”, *Leiden Journal of International Law*, 2010, 23, Página 192.

²⁶ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Página 130 e 131.

²⁷ TERRY, Patrick C. R., “The Return of Gunboat Diplomacy: How the West has Undermined the Ban on the Use of Force”, *Harvard National Security Journal*, Vol. 10, 2019, Páginas 96 e 97.

²⁸ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Páginas 86 e seguintes.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Resolução 3314 da AGNU explicita que esta é caracterizada como “*o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado*”²⁹. Como se pode ver, mesmo neste caso e para esta interpretação, o “ataque armado” continua a pressupor uma natureza interestadual.

Porém, este regime tem uma exceção digna de nota. Nos casos em que os atores não estaduais estão sob direção ou controlo de um Estado, a sua conduta (diga-se, os seus ataques) pode ser imputada a esses Estados, tornando a legítima defesa um recurso aceitável, aos olhos da comunidade internacional e da CNU, se esses ataques tiverem gravidade e magnitude suficiente para ser classificados como um ataque armado³⁰. Na Resolução 3314 acima mencionada, no artigo 3.º alínea g), classifica como agressão, os atos de atores não estaduais, nos casos em que estes são “enviados por ou em nome de um Estado”, ou quando outro Estado está “substancialmente envolvido”. O conceito de “controlo” ou de “envolvimento substancial” é algo muito debatido na doutrina e é essencial para discernir que tipos de ataques é que são atribuídos a um Estado (e por consequência levar à aplicação do 51.º da CNU³¹). Neste assunto, remete-se para o debate sobre a responsabilidade do Estado por factos internacionalmente ilícitos (focado em especial no artigo 8.º do PARI³²) acerca da diferença entre os conceitos de “controlo efetivo” (perfilhado no acórdão *Armed Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* do TIJ, de 27 de junho de 1986 e pelo caso do Genocídio de 27 de fevereiro de 2007³³, que, mais tarde, veio, em geral, confirmar o conceito) e de “controlo global” (presente no acórdão *Tadic*, do Tribunal Penal Especial para a Ex-Jugoslávia, de 15 de julho de 1999³⁴). A primeira destas perspetivas defende que para que os atos sejam imputados a um Estado, os atores não estaduais tinham de agir como um órgão “*de facto*” do Estado que os supostamente dirigia. A relação é caracterizada por um vínculo com um

²⁹ Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução 3314 (XXIX), Definição de Agressão, de 14 de Dezembro de 1974.

³⁰ STEENBERGHE, Raphaël Van, “Self-Defence in Response to Attacks by Non-State Actors in the Light of Recent State Practice”, *Leiden Journal of International Law*, 2010, 23, Página 192.

³¹ Uma vez que, como já vimos, só se pode invocar o artigo 51.º da CNU quando estamos perante um ataque armado, a forma mais grave do uso da força, como está expresso no próprio artigo: “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”.

³² Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado, Anuário da Comissão de Direito Internacional, 2001.

³³ *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* (Bósnia-Herzegovina v. Sérvia e Montenegro), Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), Acórdão, 26 de fevereiro de 2007.

³⁴ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Tribunal Penal Especial para a Ex-Jugoslávia (TPEJ), IT-94-I-A, Câmara de Recursos, Julgamento, 15 de julho de 1999.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

certo grau de intensidade. Tem de existir uma dependência, por parte do ator não estadual, do Estado territorial, isto é, a sua sobrevivência e atividade dependem do Estado. Por sua vez, o Estado territorial tem de deter um certo controlo sobre o ator não estadual, dirigindo e organizando a atividade deste³⁵. A perspetiva do “controlo global”, contrariamente, refere que “*basta provar o apoio financeiro, logístico, e outro tipo de assistência, e, principalmente, os termos de direção, coordenação e supervisão global das atividades*”³⁶.

1.1. – Jurisprudência

A tese clássica tem amplo amparo jurisprudencial, nomeadamente no TIJ. Vários acórdãos foram redigidos onde esta interpretação do artigo 51.º da CNU está plasmada. Os mais importantes são o já mencionado acórdão *Armed Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* de 27 de junho de 1986, o acórdão *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* de 6 de novembro de 2003, o *Parecer Consultivo sobre as Consequências Jurídicas da Construção de um Muro em Território Palestino Ocupado* de junho de 2004, e, por fim, o acórdão do *Caso das Atividades Armadas no Território do Congo*, de dezembro de 2005³⁷.

No acórdão *Nicarágua*, o TIJ vem integrar unicamente o Estado no âmbito do artigo 51.º da CNU, excluindo assim a possibilidade de incluir outros atores no escopo do artigo³⁸. No acórdão *Oil Platforms*, o tribunal vem reforçar esta ideia, dizendo que, para que se possa invocar a legítima defesa, temos de estar perante um ataque armado, que este é uma condição necessária, mas que tem que estar necessariamente ligado a um Estado (neste caso o Irão): “(...) *a fim de estabelecer que estavam legalmente justificados a atacar as plataformas iranianas, em legítima defesa individual, os EUA tinham de demonstrar que os ataques que sofreram foram da responsabilidade do Irão* (...)”³⁹. No Parecer do Muro,

³⁵ *Nicarágua*, Parágrafo 109; TAVARES, Maria Isabel, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. II”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo IX, Página 649.

³⁶ *Tadic*, parágrafo 156; TAVARES, Maria Isabel, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. II”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo IX, Páginas 649 e 650.

³⁷ KAMMERHOFER, Jorg, “The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law” (editado por WELLER, Marc), 2015, Oxford University Press, UK, páginas 630 e 631.

³⁸ *Nicarágua*, Parágrafo 195.

³⁹ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Julgamento a 6 de novembro de 2003, ICJ Reports 2003, 161, página 186 e 187, parágrafo 51.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

o tribunal vem acrescentar a esta conceção, e, como diz Kammerhofer, indiscutivelmente foi mais longe, especificando que só se pode invocar a legítima defesa presente do artigo 51.º da CNU, quando o ataque armado é realizado por um Estado: “(...) o artigo 51.º da Carta reconhece a existência de um direito inerente à legítima defesa no caso de um ataque armado por um Estado contra outro Estado”⁴⁰. O caso mais relevante é, na minha opinião, o *Caso das Atividades Armadas no Território do Congo*. Este acórdão, para além de ser mais complexo, debruça-se principalmente sobre a questão controversa da legítima defesa (ao contrário dos restantes acórdãos onde esta questão era secundária ou incidental). Este acórdão também é um dos mais recentes (apesar de já ser de 2005), o que significa que, nesta altura, a interpretação expansiva, já estava enraizada na doutrina, logo o tribunal poderia alterar o paradigma “*conceptuológico*” deste quesito⁴¹. No entanto, o tribunal voltou a reafirmar especificamente o carácter restritivo do regime da legítima defesa presente no artigo 51.º da CNU, e ao mesmo tempo não alargando os requisitos do mesmo, expressando que “*o tribunal concluiu (...) que não há métodos de prova satisfatórios que comprovem o envolvimento, direto ou indireto, do Governo da República Democrática do Congo nestes ataques. Os ataques não emanaram de bandos armados ou de forças irregulares enviadas pela RDC ou em nome da RDC (...) O tribunal concluiu que as circunstâncias legais e factuais para o exercício do direito da legítima defesa pelo Uganda contra a RDC não estavam presentes*”⁴². Este caso realça a exceção presente nesta interpretação teórica, abordada anteriormente, que é comumente aceite. Nos casos em que o ataque é realizado por um ator não estadual, mas em que este é controlado por um Estado, já é admissível arguir legítima defesa, não só contra os atores não estaduais, mas contra o Estado que os controla, quando seja necessário.

⁴⁰ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Parecer Consultivo de 9 de junho de 2004, ICJ Reports 2004 136, página 194, parágrafo 139 (ênfase adicionado por mim).

⁴¹ Como, aliás defende Paulo Simões Ramos em RAMOS, Paulo Simões, “O artigo 51º da Carta das Nações Unidas e os agentes não-estatais: Reflexão conceptuológica à luz do caso das atividades armadas no território do Congo”, DUARTE, Maria Luísa e LANCEIRO, Rui Tavares (Coord.) “O Direito Internacional e o Uso da Força no Século XXI”, AAFDL Editora, Lisboa, setembro de 2018, Páginas 441 e seguintes.

⁴² *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Julgamento, I.C.J. Reports 2005, páginas 222 e 223, parágrafos 146 e 147.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

1.2 – Conselho de Segurança

Por sua vez, o Conselho de Segurança das Nações Unidas tem vindo, ao longo dos anos, a demonstrar o seu apoio à tese clássica. Este apoio existe, em larga escala, por haver um número consideráveis de Estados que aderem a esta interpretação, incluindo Membros Permanentes do CS (como a China, por exemplo), que exerceriam o poder do veto para impedir que a interpretação tradicional do artigo 51.º da CNU seja alterada. Existem várias Resoluções do CS que condenam ataques terroristas, por parte de atores não estaduais, chegando ao ponto de considerá-los como uma “ameaça à paz e segurança internacional”⁴³, como por exemplo a Resolução 2249 do CS de 20 de novembro de 2015, no parágrafo preambular 5, onde afirma que o CS está “*determinado a combater, com todos os meios à disposição, esta ameaça sem precedentes à paz e segurança internacionais*”, referindo-se à Al-Qaeda e ao ISIL (ou Daesh), ou a Resolução 1368 do CS de 12 de setembro de 2001, onde o Conselho explicitamente diz que “*o Conselho de Segurança (...) considera tais atos, assim como quaisquer atos de terrorismo internacional, como uma ameaça à paz e segurança internacionais (...)*”. Porém, com exceção desta Resolução, onde o CS mencionou o direito inerente à legítima defesa⁴⁴, em mais nenhuma Resolução em que foram abordados os ataques provenientes de atores não estaduais foi referenciado o capítulo VII da CNU, muito menos reconhecido e autorizado o direito à legítima defesa. O Conselho de Segurança tem, no entanto, referido nestas Resoluções que é um dever dos Estados fazerem tudo o quanto possível para combater o terrorismo, de acordo com as suas obrigações internacionais, nomeadamente a obrigação de se abster de “*(...) organizar e de encorajar (...) atos de terrorismo no território de outros Estados, de aí auxiliar ou participar, ou tolerar no seu território, atividades organizadas tendo em vista a perpetuação de tais atos (...)*” e de “*(...) organizar, ajudar, fomentar, financiar, encorajar, ou tolerar atividades armadas (...) terroristas*”⁴⁵. Um

⁴³ Esta linguagem não é inocente, uma vez que é um passo essencial para que o CS autorize, caso seja necessário, uma intervenção armada nos termos dos artigos 39.º e 41.º da CNU, como se pode constatar na linguagem do artigo 39.º da CNU quando diz que “o Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, rutura da paz ou ato de agressão e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artº.s 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais”.

⁴⁴ Atuação esta que tem um contexto e características especiais, como irei abordar no Capítulo II, 2.2.

⁴⁵ Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução 2625 (XXV), Princípios de Direito Internacional Referentes às Relações Amigáveis e Cooperação entre os Estados de Acordo com a Carta das Nações Unidas, de 24 de outubro de 1970; LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. II”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Página 31 e 32, Doc. 24.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

exemplo claro deste tipo de Resoluções é a Resolução 2462 do CS, de 28 de março de 2019, onde o Conselho reafirma, no parágrafo 6, que os “(...) *Estados Membros têm de assegurar que qualquer medida tomada para combater o terrorismo, cumpre com todas as obrigações de direito internacional, particularmente as de direitos humanos internacionais, as de direito internacional de refugiados e as de direito internacional humanitário (...)*”. A Resolução do CS 1373 de 28 de setembro de 2001⁴⁶ (note-se que foi adotada pouco depois dos ataques do 11 de setembro), vem reafirmar e acrescentar mais obrigações internacionais aos Estados, para prevenir ataques terroristas e o crescimento dessas organizações.

Este sentimento não pode ser interpretado, segundo esta teoria, como uma autorização do uso da força visto que isso requer o expresse consentimento do CS, algo que nunca foi dado (mesmo na Resolução 1368), até porque o CS nunca classificou um ataque terrorista como um ataque armado, que, como já vimos, é uma condição necessária para invocar a legítima defesa presente no 51.º da CNU.

1.3 – As posições estaduais em defesa da interpretação restrita

Relativamente às posições dos Estados, existem vários que demonstraram apoiar a interpretação clássica durante a reunião “*Arria-formula*” convocada pelo México, a 24 de fevereiro de 2021. Para Estados como o Brasil, a China, o México e o Irão, o uso da força contra atores não estaduais sem o consentimento ou sem uma autorização prévia do Conselho de Segurança, não é legítimo aos olhos da Carta, e, por essa razão, rejeitaram esta hipótese “*categoricamente*”⁴⁷. Em todos estes casos, as razões para aderirem a esta doutrina são semelhantes.

O Brasil diz explicitamente que “*as exceções ao artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas*”, (na qual se insere a legítima defesa), “*devem ser interpretadas restritivamente*”. Na carta enviada pela delegação do Brasil, também argumentam que o artigo 51.º deve ser interpretado em conjunto com o 2.º n.º 4 da CNU, para não minar o seu significado.

⁴⁶ Conselho de Segurança das Nações Unidas, Resolução 1373, S/RES/1373 (2001), de 28 de setembro de 2001.

⁴⁷ HAQUE, Adil Ahmad, “The use of force against non-state actors: all over the map”, *Journal on the Use of Force and International Law*, 26 de outubro de 2021, Volume 8, N.º 2, Páginas 279 e 280.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Como o 2.º n.º 4 menciona especificamente “Estados”, assim também deve ser interpretado o 51.º, e, por essa razão, diz que *“não é possível invocar legítima defesa como uma resposta a ataques realizados por atores não estaduais”*. Por fim, vem invocar jurisprudência do TIJ, para demonstrar que o tribunal já se pronunciou nesta matéria, e que os Estados territoriais teriam de estar *“substancialmente envolvidos”* ou de *“enviar”* os atores não estaduais para que a legítima defesa possa ser invocada⁴⁸. Não foi a primeira vez que o Brasil expressou esta opinião. Em 2018, na declaração do país na Reunião 8262 do CSNU, está descrito que *“alguns têm argumentado que a legítima defesa pode ser aplicada como uma resposta aos atores não estaduais, por vezes acrescentando como condição, o critério da relutância ou da incapacidade por parte do Estado territorial. O Brasil não concorda com tais interpretações”*⁴⁹.

A China, munindo-se dos mesmos argumentos do Brasil, volta a referir que o direito à legítima defesa deve estar em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas, implicitamente mencionado o 2.º n.º 4, e explicitamente rejeitando aquilo que chama de *“interferência nos assuntos internos de outros”* para supostas operações de contraterrorismo⁵⁰. Apesar desta declaração não ser tão abertamente contra a interpretação expansiva como a do Brasil, consegue-se inferir a cautela da China em aceitar reinterpretar ao regime da legítima defesa.

Por sua vez, o México veio dizer que o artigo 51.º foi redigido *“de uma forma restrita”* e rejeita categoricamente a doutrina do *“unwilling and unable”* (da qual iremos abordar no Capítulo II, 2.3)⁵¹.

Para além dos Estados que expressamente apoiam a Interpretação Restrita, temos também casos em que o apoio de certos Estados é ambíguo, no entanto, as suas declarações na reunião levam a querer que são mais favoráveis a esta teoria. Estes são os casos do Irão, do Principado do Lichtenstein e do Vietnã.

A declaração do Irão, apesar de não ser muito clara, leva a entender que também são apoiantes de uma interpretação mais restrita, uma vez que menciona uma tendência

⁴⁸ Todas as citações estão presentes em: UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração do Brasil na reunião *“Arria Formula”*, datado de 24 de fevereiro de 2021, Página 20.

⁴⁹ CHACHKO, Elena e DEEKS, Ashley, *“Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?”*, Lawfare, 10 de outubro 2016, Página 25; UN Doc S/PV.8262, Reunião 8262 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 17 de maio de 2018, Página 44.

⁵⁰ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração do Brasil na reunião *“Arria Formula”*, datado de 24 de fevereiro de 2021, Página 23.

⁵¹ Idem, Página 50.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

crescente de Estados que abusam do direito à legítima defesa, e que esta tem de ser revertida, pois este abuso leva que se *“instituem mais exceções ao princípio de proibição de ameaças e do uso da força”*⁵².

O Principado do Liechtenstein também segue a via do Irão, não sendo explícito na sua adoção da teoria restrita, no entanto mencionado na sua declaração, que o artigo 51.º tem sido cada vez mais invocado sem devida justificação e que *“interpretações desmarcadas e excessivamente expansivas do artigo 51.º, enfraquecem a ordem internacional baseada em regras prevista na Carta das Nações Unidas”*⁵³.

O Vietnã também adverte para as *“tentativas de reinterpretação ou abuso da Carta”*⁵⁴.

Ao longo dos anos, vários outros Estados, através dos seus Governos, fizeram declarações em que expressaram as suas opiniões sobre este assunto⁵⁵.

O Embaixador venezuelano, na Reunião 7504 do CSNU, em 2015, expressou que, no âmbito do conflito sírio, a Venezuela *“reitera o seu compromisso para com a soberania, a integridade territorial e a independência política da República Árabe Síria, de acordo com o direito internacional, incluindo a Carta das Nações Unidas”*⁵⁶, insinuando que o país não adere às tentativas de reinterpretação da Carta das Nações Unidas, nomeadamente no que conta à legítima defesa, que levem a um enfraquecimento dos princípios da soberania e da integridade territorial.

Cuba, por sua vez, já antes tinha referido algo parecido com o que a Venezuela defendeu, quando o Representante Cubano no Conselho dos Direitos Humanos da ONU, expressou que *“tendo em conta casos recentes nos quais temos visto uma manipulação da Carta da ONU, assim como uma dupla medida por parte dos EUA e de outros membros da NATO, nós rejeitamos qualquer tentativa de enfraquecer a soberania, independência e a integridade territorial da Síria”*⁵⁷.

⁵² Idem, Página 42.

⁵³ Idem, Página 47.

⁵⁴ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração da República Socialista do Vietnã na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Página 84.

⁵⁵ CHACHKO, Elena e DEEKS, Ashley, “Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?”, Lawfare, 10 de outubro 2016.

⁵⁶ Idem, Páginas 23 e 24; UN Doc S/PV.7504, Reunião 7504 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 17 de agosto de 2015, Página 4.

⁵⁷ CHACHKO, Elena e DEEKS, Ashley, “Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?”, Lawfare, 10 de outubro 2016, Página 25.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

O Equador, que na Reunião “*Arria-formula*” apresentou uma declaração ambígua, onde não se consegue discernir a posição relativa a este assunto⁵⁸, no passado apresentou-se como sendo apoiante da interpretação restrita. Em 2014, em resposta à ofensiva americana na Síria, o Ministro dos Negócios Estrangeiros do país disse, numa declaração, que, sem autorização do CSNU, e sem consentimento do Estado sírio, “*a ação militar que foi realizada esta manhã, constitui uma violação da soberania do Estado sírio e uma ameaça à sua integridade territorial*”⁵⁹.

2 – Interpretação expansiva

A segunda interpretação teórica que irá estudar é a expansiva. Os defensores desta interpretação acreditam que o artigo 51.º da CNU pode ser invocado quando um determinado Estado é vítima de ataques provenientes de atores não estaduais, e não só quando o ataque seja atribuível a um Estado. Esta é mais recente do que a chamada interpretação “clássica” ou “tradicional”, uma vez que só veio realmente a afirmar-se no plano internacional após os ataques do 11 de setembro em 2001, que ocorreram nos EUA. No entanto, não é nova, uma vez que já tinha sido invocada várias vezes durante o século XX, nomeadamente pelos EUA e por Israel⁶⁰.

No rescaldo dos ataques do 11 de setembro, ficou claro que a questão da legítima defesa contra atores não estaduais era controversa. Aqueles que aderem a esta interpretação, integram esta “nova legítima defesa” (como lhe chama o Professor Azeredo⁶¹) no artigo 51.º da Carta, estabelecendo uma comparação entre este artigo e o artigo 2.º n.º4 da CNU. Este artigo é a base da proibição do uso da força no plano internacional, onde claramente está dito que *qualquer Estado* se deve abster de “(...) recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de *um Estado* (...)”. Este artigo menciona o conceito de “Estado” duas vezes, referindo-se à proibição

⁵⁸ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração do Equador na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Página 27.

⁵⁹ CHACHKO, Elena e DEEKS, Ashley, “Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?”, Lawfare, 10 de outubro 2016, Página 24.

⁶⁰ GRAY, Christine, “International Law and the Use of Force”, 3ª Edição, Oxford University Press, 2008, Páginas 195 a 198.

⁶¹ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Página 128.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

do uso da força (que é aplicável a todos os Estados) e ao Estado cuja integridade territorial seja afetada com a violação desta proibição. Contrariamente, em relação à legítima defesa, o artigo 51.º só menciona que a vítima, isto é, quem invoca a legítima defesa, tem de ser um Estado, em nenhum momento referindo a natureza do potencial agressor, o autor do ataque armado⁶².

2.1 – Jurisprudência

Relativamente à jurisprudência, observa-se uma clara tendência a favor da doutrina “tradicional”. Não há acórdãos dos tribunais internacionais que defendam a interpretação da “nova” legítima defesa. No entanto, relativamente ao anteriormente mencionado *Parecer Consultivo sobre as Consequências Jurídicas da Construção de um Muro em Território Palestino Ocupado de 2004*, do TIJ, existem duas opiniões divergentes, que apresentam argumentos a favor desta interpretação e cuja análise é importante.

A juíza Rosalyn Higgins reconhece, em relação ao direito à legítima defesa em caso de ataque armado, o consensual, de que se for um Estado a atacar outro, este direito existe. No entanto, vai mais longe e acrescenta que nada no texto do artigo 51.º da CNU estipula que este direito só possa ser invocado quando estamos perante um ataque por parte de um Estado. Esta qualificação, que na opinião da juíza, está errada, é um produto da interpretação que o TIJ fez do artigo, no acórdão *Nicarágua*⁶³. Por fim, acrescenta que posição adotada pelo tribunal conta como direito positivo, admitindo, todavia, que o escopo do artigo 51.º podia vir a ser alterado para abranger outros tipos de ataques, nomeadamente aqueles oriundos de atores não estaduais.

No que lhe diz respeito, o juiz Kooijmans veio analisar as anteriormente mencionadas Resoluções do CS 1368 e 1373, que constituíram a base pela qual Israel se defendeu, relativamente à legítima defesa contra os palestinianos. Em ambos os casos, o CS reconheceu o direito à legítima defesa, sem nunca se referir à natureza estadual do ataque. O juiz conclui indicando que o Conselho, nas duas Resoluções, classifica o terrorismo internacional como “ameaça à paz e à segurança”, algo que, como já vimos, autoriza a

⁶² Idem, Página 128; DINSTEIN, Yoram, “War, Aggression and Self-Defence”, 5ª Edição, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2011, Página 224.

⁶³ Ver Capítulo II, 1.1.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

atuação ao abrigo do capítulo VII da CNU, e que a Resolução 1373 em específico, faz esta qualificação sem destacar em particular qualquer Estado, aderindo à teoria de uma “nova legítima defesa”⁶⁴.

2.2 – Conselho de Segurança

O mais importante em relação a esta discussão, tal como se referiu no Capítulo II, 1.1, é determinar se o conceito de ataque armado pode (ou não) ser atribuído a ataques cometidos por atores não estaduais. O Conselho de Segurança, historicamente, como aliás já vimos⁶⁵, nunca denominou ataques por parte de atores não estaduais como “ataques armados”. No entanto, nas Resoluções 405 e 419, de 1977⁶⁶, referenciou ataques realizados por mercenários contra o Estado do Benim como “agressão armada”, sem, em qualquer momento, mencionar o envolvimento de outro Estado. Note-se que a anteriormente mencionada Resolução 3314 da AGNU, que sublinha que “*a agressão é a forma mais grave e perigosa do uso ilícito da força*”, que veio a aproximar os conceitos de “agressão” com “ataque armado”⁶⁷, já tinha sido aprovada, e que, apesar das legítimas críticas a esta aproximação⁶⁸, não torna a linguagem destas duas Resoluções inocentes. As Resoluções mais relevantes e que deram mais folego a esta doutrina são, sem dúvida, a Resolução 1368 do Conselho de Segurança, de 12 de setembro de 2001 e a Resolução 1373, de 28 de setembro, do mesmo ano. As datas destas Resoluções são importantes, uma vez que a primeira foi adotada no dia a seguir aos ataques terroristas do 11 de setembro de 2001, que mataram mais de 3000 pessoas, e a segunda uns dias mais tarde. Esta tragédia levou a que o CS, para além de (mais uma vez) qualificar o ataque terrorista como uma “*ameaça à paz e à segurança internacional*”, reafirmasse o “*direito inerente de todos os Estados à legítima defesa individual ou coletiva, de acordo com a Carta das*

⁶⁴ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Página 129; DINSTEIN, Yoram, “War, Agression and Self-Defence”, 5ª Edição, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2011, Páginas 228 a 230.

⁶⁵ Ver Capítulo II, 1.2.

⁶⁶ Conselho de Segurança das Nações Unidas, Resolução 405 (1977) de 14 de abril de 1977 e Resolução 419 (1977) de 24 de novembro de 1977.

⁶⁷ Ver Capítulo II, 1.

⁶⁸ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Páginas 88 a 90.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Nações Unidas”⁶⁹. Reconhecer o direito à legítima defesa, em si, não é um ato controverso. O que torna esta Resolução importante é o contexto em que se reconhece este direito, uma vez que foi adotada no dia seguinte aos ataques e, pela primeira vez, no caso da Resolução 1368, o âmbito da Resolução é a condenação dos mesmos. Os Estados, ao associarem os ataques terroristas dos atores não estaduais à legítima defesa, implicitamente, deram o seu aval para a invocação da mesma. Isto faz com que este ponto seja uma das maiores críticas à tese da interpretação restrita, e um dos argumentos mais fortes a favor da teoria expansiva. Por sua vez, a Resolução 1373, vem, mais uma vez, reconhecer este direito, enquanto enuncia um conjunto de obrigações internacionais que os Estados devem tomar para combater o terrorismo. Esta conflagração de temas faz com que se associe a legítima defesa e ataques terroristas. Por esta razão, é utilizada pelos defensores desta tese como prova de que ataques terroristas podem levar a uma invocação do artigo 51.º da CNU⁷⁰.

2.3 – A teoria do “*unwilling and unable*”

Um dos maiores problemas que a resposta armada apresenta, em sede de legítima defesa contra atores não estaduais, é o facto de que estas organizações estarem a atuar num Estado terceiro, logo a força será exercida nesse Estado, apesar de não ser necessariamente contra ele. O Professor Azeredo Lopes refere que não se pode atuar, num género de “*dupla legítima defesa*”, contra o ator não estadual e contra o Estado territorial simultaneamente, ambos sustentados no artigo 51.⁷¹ A teoria do “*unwilling and unable*” vem, de certa forma, responder a esta problemática, uma vez que justifica, em casos específicos, o uso da força contra estas organizações, dentro de um Estado terceiro (o territorial), sem que se impute as ações do ator não estadual ao dito Estado.

Nos últimos anos, dentro da matéria mais alargada da legítima defesa contra atores não estaduais, a doutrina, baseada numa certa prática estadual, tem vindo a desenvolver a

⁶⁹ Conselho de Segurança das Nações Unidas, Resolução 1368, S/RES/1368 (2001), de 12 de setembro de 2001, parágrafo 4.

⁷⁰ DINSTEIN, Yoram, “War, Aggression and Self-Defence”, 5ª Edição, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2011, Páginas 227 e 228; GRAY, Christine, “International Law and the Use of Force”, 3ª Edição, Oxford University Press, 2008, Página 199.

⁷¹ LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Páginas 130 e 131.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

teoria do “*unwilling and unable*”. Esta tese sugere que os Estados vítima, no âmbito da legítima defesa, têm o direito de usar a força contra atores não estaduais que se encontrem no território de outro Estado, na medida em que o Estado territorial não está disposto (ou está relutante), ou é incapaz de prevenir ataques armados lançados sobre o território do primeiro Estado⁷².

Esta doutrina, no entanto, não é recente. É baseada numa interpretação da legítima defesa, que precede o sistema internacional criado pelas Nações Unidas, na “Lei da Neutralidade”, que foi mais tarde codificada nas várias Convenções de Haia de 1907. Segundo esta “Lei da Neutralidade”, Estados neutrais têm a obrigação de impedir que ataques armados sejam realizados, a partir do seu território, por parte daqueles que estão envolvidos num conflito armado, contra quem estão a lutar. Na eventualidade de os Estados neutrais não conseguirem ou estarem relutantes a impedir a concretização de tais ataques, o uso da força no seu território era legítimo, desde que fosse direcionada contra os outros beligerantes. Este princípio era aplicado aos Estados, isto é, pressupunha uma relação interestadual⁷³. No entanto, foi expandida para incorporar ataques provenientes de atores não estaduais. Um exemplo famoso de tal incidente é o caso *Caroline* de 1837, em que foi aplicado pela primeira vez a doutrina “*unwilling and unable*” a atores não estaduais. Neste caso, forças britânicas atacaram rebeldes canadianos que estavam a atuar a partir dos EUA, e destruíram o navio *Caroline* que servia para transportar tropas e armamento dos EUA para o Canadá. Os britânicos justificaram as suas ações dizendo que os EUA foram relutantes ou foram incapazes de prevenir esses ataques⁷⁴.

Esta teoria, no entanto, tal como a ideia de que a legítima defesa podia ser invocada contra atores não estaduais, só veio a ser verdadeiramente desenvolvida nos pós-11 de setembro. Várias propostas legais foram desenvolvidas, com o objetivo de codificar a doutrina, como o *Leiden Policy Recommendations on Counter-Terrorism and International Law*⁷⁵. Mas aquela que foi, definitivamente, a contribuição mais importante para o desenvolvimento da doutrina foram os “Princípios de Bethlehem”. Sir Daniel Bethlehem,

⁷² MARTIN, Craig, “Challenging and Refining the “Unwilling and Unable” Doctrine”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26 de março de 2019, Vol. 52, No. 2, Páginas 390 e 391.

⁷³ Idem, Página 402; DEEKS, Ashley S., “Unwilling or Unable”: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense”, *Virginia Journal of International Law*, Volume 52, nº3, Páginas 497 a 500.

⁷⁴ Idem, Páginas 502 e 503; MARTIN, Craig, “Challenging and Refining the “Unwilling and Unable” Doctrine”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26 de março de 2019, Vol. 52, No. 2, Páginas 402 a 404.

⁷⁵ “Leiden Policy Recommendations on Counter-Terrorism and International Law”, *Netherlands International Law Review*, dezembro de 2010, Volume 57, Nº. 3, Páginas 531 a 550.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

um advogado especialista em Direito Internacional que serviu como Conselheiro Jurídico Principal no *UK Foreign and Commonwealth Office*, escreveu um artigo, em 2012, com o intuito de aproximar as perspectivas académicas e práticas desta questão, assim como de dar um enquadramento normativo sólido à doutrina⁷⁶. No artigo, Bethlehem aponta 16 princípios que devem reger a atuação dos Estados quando estão a lidar contra os ataques de atores não estaduais. Muitos destes princípios não são novos. São requisitos gerais para a invocação da legítima defesa, quer se adote uma posição mais restrita ou mais ampla. Este é o caso dos princípios da necessidade, proporcionalidade e iminência (quando estamos a falar de um ataque iminente e invés de um que já foi, ou está a ser, realizado). Estes requisitos estão consagrados nos princípios de Bethlehem números 1 a 3 e estipulam que os Estados têm direito ao uso da força em legítima defesa quando sofrem ataques (iminentes ou atuais) de atores não estaduais, que este uso da força deve ser só exercido em última instância e deve ser limitado ao estritamente necessário para parar o ataque armado, respetivamente⁷⁷. No entanto, existem princípios que têm uma natureza mais controversa e menos consensual. Geralmente estes giram em torno de definições, como a daqueles que “agem em concertação” (presente nos princípios 5, 6 e 7), ou do termo “ataque armado” (presente nos princípios 4 e 5), ou mesmo relativo ao próprio conceito de iminência (presente no princípio 8). Em todos estes casos, as definições fornecidas no artigo são bastante mais abrangentes daquelas que a generalidade da doutrina aceita, alargando o escopo da legítima defesa para se aplicar a casos que a maioria dos Estados não se sentiriam confortáveis a aceitar.

Em relação à definição daqueles que “agem em concertação”, vemos um alargamento de quem pode ser alvo da resposta armada em sede de legítima defesa. Para Bethlehem, não só podem ser alvo da resposta armada aqueles que, de facto, realizaram o ataque armado, mas também aqueles que “(...) *planeiam, ameaçam e realizam os ataques, assim como aqueles que fornecem apoio material essencial a esses ataques, de modo que possa ser dito estão a tomar parte direta nesses ataques*”⁷⁸. Como está descrito na nota de rodapé relativa a este princípio, o conceito é diferente daquele utilizado no âmbito do Direito Internacional Humanitário, alargando assim o escopo de quem pode ser alvo da resposta

⁷⁶ BETHLEHEM, Daniel, “Self-Defense Against Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors”, *American Journal of International Law*, outubro de 2012, Volume 106, Nº. 4, Páginas 770 a 777.

⁷⁷ MARTIN, Craig, “Challenging and Refining the “Unwilling and Unable” Doctrine”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26 de março de 2019, Vol. 52, No. 2, Página 408.

⁷⁸ Idem, Página 775.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

armada. Como defende Craig Martin, esta questão deve ser tratada como um problema de *ius in bellum* e não de *ius ad bellum*.⁷⁹

No caso da definição de “ataque armado”, para Daniel Bethlehem, não está só inserido o conceito aceite pelo TIJ no caso *Nicarágua*⁸⁰, mas também “*ataques discretos e uma série de ataques que indiquem um padrão concertado de atividade armada continuada*”⁸¹. Como podemos ver, neste conceito estão inseridos também os ataques que se inserem na doutrina da acumulação de eventos. Esta doutrina é normalmente utilizada para justificar o uso da força em casos em que se avalia o ataque, não só num determinado momento, mas sim todos os comportamentos anteriores do agressor, avaliando o comportamento do agressor em vários momentos, como se acumulando as suas “pequenas” agressões (que não seriam consideradas ataque armado por si só) para formar um comportamento que, no geral, equivale a um ataque armado. Esta conceção de ataque armado não é pacificamente aceite na doutrina.⁸²

Por sua vez, o conceito de “iminência”, como defende Craig Martin, também é uma “*perversão*” do conceito aceite pela maioria da doutrina⁸³. Daniel Bethlehem define o conceito com recurso a quatro requisitos, que têm de estar preenchidos para estarmos perante um ataque iminente. Em primeiro lugar, tem de se avaliar a natureza e a imediação da ameaça, depois, a probabilidade de o ataque ocorrer. Em terceiro lugar, tem de se avaliar se o ataque antecipado cabe na definição de ataque armado apresentada pelo autor (nomeadamente em relação a uma série de ataques que indiquem um padrão concertado de atividade armada continuada). Também tem de se apurar os efeitos e a escala do ataque que irão acontecer caso não se responda ao mesmo. Por fim, tem de se avaliar a probabilidade da existirem outras oportunidades futuras para exercer a legítima defesa que causem menos danos⁸⁴. Estes requisitos, como defende Craig Martin, parecem indicar que a definição de iminência apresentada por Bethlehem se pareça mais com o conceito

⁷⁹ MARTIN, Craig, “Challenging and Refining the “Unwilling and Unable” Doctrine”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26 de março de 2019, Vol. 52, No. 2, Páginas 427 e 428.

⁸⁰ Ver Capítulo I, 1.2.

⁸¹ BETHLEHEM, Daniel, “Self-Defense Against Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors”, *American Journal of International Law*, outubro de 2012, Volume 106, Nº. 4, Página 775.

⁸² LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I, Páginas 90 e 91.

⁸³ MARTIN, Craig, “Challenging and Refining the “Unwilling and Unable” Doctrine”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26 de março de 2019, Vol. 52, No. 2, Página 415.

⁸⁴ BETHLEHEM, Daniel, “Self-Defense Against Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors”, *American Journal of International Law*, outubro de 2012, Volume 106, Nº. 4, Página 775 e 776.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

usado para justificar a legítima defesa preemptiva, ou a “doutrina Bush”⁸⁵, que, como já vimos, não é aceite pela maioria da doutrina, jurisprudência ou pela prática estadual⁸⁶. Este conceito desvirtua a essência da iminência, que deve ser encarada como algo que está prestes a ocorrer, ou que já ocorreu, mas cujos efeitos estão a meros momentos de se concretizarem, e não como um evento que pode, no futuro, acontecer.

Nos princípios 9 e 10 estão consagradas, respetivamente, as obrigações dos Estados em certificar-se que atores não estaduais usem o seu território para efetuar ataques noutros Estados, algo que já foi, por várias vezes, confirmado por Resoluções do CS, e a importante presunção de que, em princípio, não se pode usar a força contra os Estados territoriais, sem o seu consentimento, e que todos os esforços têm de ser feitos para obter o mesmo.

As exceções a esta presunção, previstas nos princípios 11 e 12, são o cerne desta doutrina. No princípio 11, que cobre o aspeto da relutância, está plasmado que não é necessário consentimento quando há um “*fundamento razoável e objetivo*” de que o Estado territorial está em conluio com os atores não estaduais, ou quando este é “*relutante (unwilling) em impedir eficazmente as atividades armadas dos atores não estaduais*”, aplicando-se tanto a Estados em conluio como a Estados que estão a acolher os atores não estaduais. O princípio 12, que aborda o tema da incapacidade, expressa que o consentimento também não é necessário se, mais uma vez, houver um “*fundamento razoável e objetivo*” de que o Estado territorial é “*incapaz (unable) de restringir eficazmente as atividades armadas dos atores não estaduais*”. Também diz que o consentimento não será necessário se houver um “*fundamento razoável, objetivo e forte*” de que a procura do mesmo iria “*enfraquecer a eficácia do exercício de legítima defesa*”. Por fim, expressa que, ao pedir o consentimento, o Estado vítima, tem de demonstrar um “*plano de ação razoável*”, e que a recusa por parte do Estado territorial deste plano será vista como relutância (*unwillingness*)⁸⁷. Como podemos constatar, esta definição de

⁸⁵ MARTIN, Craig, “Challenging and Refining the “Unwilling and Unable” Doctrine”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 26 de março de 2019, Vol. 52, No. 2, Páginas 415 a 423.

⁸⁶ Ver Capítulo I, 1.2.

⁸⁷ Todas as citações deste parágrafo são dos princípios que se encontram em BETHLEHEM, Daniel, “Self-Defense Against Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors”, American Journal of International Law, outubro de 2012, Volume 106, Nº. 4, Página 776; MARTIN, Craig, “Challenging and Refining the “Unwilling and Unable” Doctrine”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 26 de março de 2019, Vol. 52, No. 2, Páginas 406 a 412.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

relutância ou incapacidade são, assim como nas definições anteriormente abordadas, bastante abrangentes, e, também iriam alargar muito o âmbito do artigo 51.º da CNU.

O TIJ também interveio na discussão, para, *no Caso das Atividades Armadas no Território do Congo*, dizer explicitamente que o facto de um Estado ser incapaz de prevenir um ataque contra outro Estado, não justificava o uso da força, em legítima defesa contra o primeiro Estado⁸⁸. Não está em causa a capacidade de o Estado conseguir impedir que ataques sejam realizados através do seu território, mas sim se este faz tudo o possível para que estes não se efetuem. Para o tribunal, estamos perante uma obrigação de meios e não de resultados⁸⁹.

2.4 – As posições estaduais em defesa da interpretação expansiva

Existem vários Estados que, na reunião “*Arria-formula*”, expressaram o seu apoio à interpretação expansiva. Muitos não o afirmaram pela primeira vez. Tal como ocorre com o apoio da teoria restrita, muitos dos argumentos em defesa da interpretação expansiva são semelhantes entre os Estados. No entanto, nem todos apoiam esta teoria na mesma medida. Uns apoiam uma interpretação mais ampla, como os EUA e Israel, e outros uma interpretação mais limitada, como a Áustria. Estados como a Austrália, o Azerbaijão, a Bélgica, a Dinamarca, a Estónia, os Países Baixos, a Turquia, o Reino Unido e os Estados Unidos da América, nas suas declarações, demonstraram apoio a esta doutrina⁹⁰.

Os EUA são os que vão mais longe na sua conceção desta teoria. A sua posição é, em certos termos, bastante extrema. Na sua declaração dizem que o direito da legítima defesa contra atores não estaduais está bem estabelecido. Expressam também que, ameaças que emanam de um Estado que não está disposto ou é incapaz (*unwilling and unable*) de tomar medidas que impeçam o ator não estadual de usar o território desse Estado para efetuar ataques e “*operações relacionadas*”, coloca-se numa situação onde pode ser alvo de uso da força. Como diz Adil Haque, esta escolha de palavras sugere que “*força transfronteiriça pode ser usada quando membros ou ativos do grupo-alvo estejam*

⁸⁸ *Armed Activities on the Territory of the Congo*, páginas 222 e 223, parágrafo 301 e 303.

⁸⁹ CORTEN, Olivier, “The “Unwilling or Unable” Test: Has it Been, and Could it be, Accepted”, *Leiden Journal of International Law*, setembro de 2016, Volume 29, Nº. 3, Página 793.

⁹⁰ HAQUE, Adil Ahmad, “The use of force against non-state actors: all over the map”, *Journal on the Use of Force and International Law*, 26 de outubro de 2021, Volume 8, Nº 2, Páginas 281 a 283.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

*presentes, sempre que isso enfraqueça o grupo como um todo, mesmo que nenhum ataque armado que origine do Estado territorial esteja a decorrer ou seja iminente”*⁹¹. Este conceito, que não vai ao encontro do entendimento da maioria da doutrina ou da prática estadual, é reforçado quando tomamos em conta o que Brian Egan, um assessor jurídico do Departamento de Estado em 2016, defendeu, quando disse que, no entendimento dos EUA, após um Estado agir em legítima defesa contra os ataques, atuais ou iminentes, de um ator não estadual, *“não é necessário (...) reavaliar se um ataque armado está iminente antes de cada ação subsequente tomada contra um determinado grupo, desde que as hostilidades não tenham terminado”*⁹². Isto significa que se as hostilidades não tiverem cessado, não é necessário atender à iminência dos ataques. Esta posição pode levar a um conflito duradouro, uma vez que os Estados que aderem a esta interpretação, podem, em teoria, agir em legítima defesa até que o ator não estadual desapareça, o que não é razoável. Aliás, na declaração, os EUA só aludem à proporcionalidade e à necessidade como requisitos para agir em legítima defesa, não mencionando a iminência. No que conta ao momento em que cessa o direito à legítima defesa, Paul Ney, *General Council* do Departamento da Defesa dos EUA em 2020, na circunstância do assassinato do General iraniano Qassem Soleimani, num discurso disse que *“no direito internacional, um ataque iminente não é uma condição necessária para o recurso ao uso da força em legítima defesa nesta circunstância porque ataques armados iranianos já tinham ocorrido, no passado, e era espectável que ocorressem de novo”*⁹³, estando implícito que o direito à legítima defesa continua a poder ser invocado mesmo quando um ataque específico já não estiver a ocorrer, desde que se possa antecipar que irão acontecer ataques futuros. O conceito de iminência é minado no entendimento dos americanos, mas não é o único conceito essencial para arguir a legítima defesa que é fragilizado. Em relação ao conceito de “ataque armado”, o Manual da Lei da Guerra dos EUA refere que, *“os Estados Unidos já há muito tempo assumem a posição de que o direito inerente à legítima defesa se aplica, potencialmente, contra qualquer uso ilegal da força”*⁹⁴. Esta interpretação retira todo o significado da distinção entre “uso da força”, “agressão” e “ataque armado”, sendo claramente contrária as disposições da Carta, e indo contra a larga maioria da doutrina,

⁹¹ Idem, Página 282.

⁹² EGAN, Brian, “International Law, Legal Diplomacy, and the Counter-ISIL Campaign: Some Observations”, *International Law Studies*, US Naval War College, 2016, Volume 92, Página 239.

⁹³ NEY, Paul C., ““Legal Considerations Related to the U.S. Air Strike Against Qassem Soleimani”, *DOD General Counsel Remarks at BYU Law School (Discurso)*, 4 de março de 2020.

⁹⁴ Departamento da Defesa dos EUA, “Law of War Manual”, junho de 2015 (atualizado a maio de 2016), Página 47, parágrafo 1.11.5.2.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

da jurisprudência e dos Estados. Os EUA, já em várias ocasiões usaram a força invocando legítima defesa. O momento mais significativo em que os EUA invocaram a legítima defesa contra atores não estaduais é definitivamente a operação “*Enduring Freedom*”, no Afeganistão. Esta ocorreu, com apoio do Reino Unido, após os ataques do 11 de setembro, e foram direcionadas contra a Al-Qaeda. Esta operação militar não só agiu contra a organização terrorista, mas também contra o regime talibã que governava o Afeganistão na altura, uma vez que estes estavam, segundo os americanos, a albergar e a ajudar a Al-Qaeda⁹⁵. No entanto, esta não foi a primeira vez que esta doutrina foi invocada. Já em 1998, bombardearam posições do Al-Qaeda no Afeganistão e no Sudão, em resposta a ataques desta organização às embaixadas dos EUA no Quênia e na Tanzânia⁹⁶. Há vários exemplos de declarações, artigos, entrevistas, muitas delas, anteriores a 1998, de membros de antigas administrações americanas, onde estes demonstram apoio por esta doutrina e, em especial, pela teoria do “*unwilling and unable*”⁹⁷. Mais recentemente, os Estados Unidos estão envolvidos numa guerra de drones (ou “*targeted killings*”), em que têm vindo a realizar ataques contra alvos específicos, extrajudicialmente, em vários países, como no Paquistão, na Somália, e no Afeganistão⁹⁸. Apesar da sua legalidade dúbia, mesmo no contexto da teoria do “*unwilling and unable*”, estes são utilizados quase exclusivamente contra atores não estaduais.

A Áustria toma uma posição contrária à dos EUA. Apesar de aceitar que se invoque legítima defesa contra atores não estaduais, só aceita nos casos em que a organização terrorista estiver a ser substancialmente apoiado pelo Estado territorial, ou que esteja ao abrigo do Estado, demonstrando, assim, o apoio pela tese do controlo efetivo, abordada anteriormente⁹⁹. Para além disso, na opinião da Áustria, também será legítimo se o Estado territorial for incapaz de prevenir a atuação dos atores não estaduais, por circunstância de haver uma “*completa ausência da autoridade do Estado e controlo efetivo do respetivo território*”¹⁰⁰. Assim se constata que a posição austríaca é mais moderada. Adil Haque

⁹⁵ TERRY, Patrick C. R., “The Return of Gunboat Diplomacy: How the West has Undermined the Ban on the Use of Force”, Harvard National Security Journal, 2019, Vol. 10, Páginas 105 e 106.

⁹⁶ Idem, Página 103.

⁹⁷ CHACHKO, Elena e DEEKS, Ashley, “Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?”, Lawfare, 10 de outubro 2016, Páginas 2 a 5.

⁹⁸ TERRY, Patrick C. R., “The Return of Gunboat Diplomacy: How the West has Undermined the Ban on the Use of Force”, Harvard National Security Journal, 2019, Vol. 10, Página 108.

⁹⁹ Ver Capítulo II, 1.

¹⁰⁰ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração da Áustria na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Página 14.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

insere a Áustria numa categoria autónoma, que denomina do “*vanishing middle*”¹⁰¹, precisamente porque demonstra uma posição mais moderada. Porém, o facto deste Estado aceitar o uso da força, sob a alçada da legítima defesa, em casos em que o Estado territorial é incapaz (*unable*) de agir contra os atores não estaduais (mesmo que com as condicionantes que enumera), faz com que este esteja já inserido na interpretação expansiva, embora com uma posição mais prudente.

O Reino Unido invoca o incidente *Caroline* de 1837, assim como as Resoluções 1368 e 1373 do CS, para justificar o facto de que ataques armados podem ser cometidos por atores não estaduais¹⁰². O país tem uma longa história em invocar a legítima defesa contra atores não estaduais a atuar em territórios de um Estado terceiro, a começar no incidente *Caroline*, assim como, famosamente, nas ações militares tomadas no rescaldo dos ataques do 11 de setembro, onde o Reino Unido, assim como os EUA, agiram contra a Al-Qaeda e o governo Talibã do Afeganistão¹⁰³. Mais recentemente, agiram em legítima defesa, tanto a título individual como coletivo, contra o Daesh na Síria, a pedido do Iraque, assim como outros Estados¹⁰⁴. Apesar de não dizerem expressamente na declaração que apoiam a teoria do “*unwilling and unable*”, pode-se retirar da sua prática que o fazem.

Por sua vez, o Azerbaijão vem defender que o texto do artigo 51.º, ao contrário do que acontece no artigo 2.º n.º 4 da CNU, não menciona expressamente que o ataque armado tem de ser efetuado por um Estado, logo pode ser concretizado por um ator não estadual. Na questão do momento da cessação da legítima defesa, o Azerbaijão declara que a “*a duração do direito à legítima defesa é determinada pelo ataque armado, e pelos seus efeitos contínuos*”, o que leva a querer que, enquanto os efeitos do ataque se verificarem, isto é, enquanto o ataque não acabar, o uso da legítima defesa é permitido¹⁰⁵.

¹⁰¹ HAQUE, Adil Ahmad, “The use of force against non-state actors: all over the map”, *Journal on the Use of Force and International Law*, 26 de outubro de 2021, Volume 8, Nº 2, Página 283.

¹⁰² UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração do Reino Unido na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Página 63.

¹⁰³ Carta do Chargé d’Affaires da Missão Permanente do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2001/947, 8 de outubro de 2001.

¹⁰⁴ A título de exemplo, ver Carta do Representante Permanente do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2015/928, 3 de dezembro de 2015; e Carta do Representante Permanente do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2015/688, 8 de setembro de 2015.

¹⁰⁵ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração do Azerbaijão na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Página 16.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

No caso dos Países Baixos, este reconhece o direito de legítima defesa contra atores não estaduais, mencionando grupos terroristas como o ISIL, especialmente nos casos em que *“o Estado de onde os ataques dos atores não estaduais originam, é relutante ou incapaz de parar o ataque armado”*, apoiando assim explicitamente a teoria do *“unwilling and unable”*. Relativamente à questão de saber quando cessa a legítima defesa, os Países Baixos, assim como os EUA e como o Azerbaijão, é da opinião de que esta só acaba quando os ataques estiverem claramente acabados, e que nos casos onde isso não acontece, que segundo a declaração, cabe na “margem de apreciação” do Estado vítima, a legítima defesa continua a poder ser invocada¹⁰⁶. Esta posição, tal como foi dito anteriormente, é bastante extrema e enfraquece o conceito de iminência.

A Austrália reconhece explicitamente, na sua declaração, que o *“direito individual ou coletivo à legítima defesa está disponível contra atores não estaduais no território de outro Estado quando estes estão envolvidos em concretizar ataques armados atuais ou iminentes, e quando o Estado territorial está relutante ou é incapaz de prevenir que tais ataques originem do seu território”*, demonstrando assim, também, o seu apoio à doutrina do *“unwilling and unable”*. A Austrália apoia a sua defesa desta interpretação nas Resoluções 1368 e 1373 do Conselho de Segurança¹⁰⁷. Para além das declarações submetidas na reunião *“Arria-formula”*, o país já tinha defendido esta posição anteriormente. Em 2015, tal como outros Estados, veio agir, em legítima defesa coletiva, contra o ISIL na Síria, a pedido do Iraque. Já na Carta endossada ao Presidente do Conselho de Segurança, tinha invocado a teoria do *“unwilling and unable”*¹⁰⁸.

A Bélgica, tal como a Austrália, justifica o seu apoio a esta interpretação nas Resoluções anteriormente mencionadas¹⁰⁹. No passado, como nos diz Adil Haque, a Bélgica tinha tomado uma posição mais moderada, delimitando a legítima defesa contra atores não estaduais nos casos em que o Estado territorial não exerce controlo efetivo sobre uma

¹⁰⁶ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração dos Países Baixos na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Página 54.

¹⁰⁷ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração da Austrália na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Página 13.

¹⁰⁸ Carta do Representante Permanente da Austrália nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2015/693, 9 de setembro de 2015.

¹⁰⁹ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração da Bélgica na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Página 16.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

parcela do seu território, tal como a Áustria¹¹⁰. No entanto, parece ter mudado a sua posição.

A Estónia, no mesmo sentido do Azerbaijão, baseia o seu apoio pela interpretação expansiva no facto de não haver nada que diga que o ataque tenha de ser proveniente de um Estado. Porém, vai mais longe e afirma que, quando os Estados territoriais não conseguem prevenir que os atores não estaduais realizem ataques do seu território, existe direito à legítima defesa, fazendo uma referência à teoria do “*unwilling and unable*”. No entanto, não parece aceitar a tese desta teoria na sua totalidade. Na declaração, só referem a possibilidade de invocar a legítima defesa quando o Estado é incapaz (*unable*) de impedir tais ataques, não abordando a possibilidade de o Estado não estar disposto a impedi-los, mencionando que já é prática desde 2001, aludindo aos ataques do 11 de setembro¹¹¹.

Apesar de Adil Haque caracterizar a declaração da Índia como ambígua¹¹², crê-se que na declaração está explícito o apoio à interpretação expansiva, uma vez que aceita, claramente que “*o direito à legítima defesa aplica-se também a ataques de atores não estaduais*”, justificando esta declaração com as Resoluções 1368 e 1373, tal como o Reino Unido, a Bélgica e a Austrália. No entanto não se fica por aqui. Enumera três requisitos, para o uso da força nestas situações: o primeiro diz que é necessário que o ator não estadual tenha, repetidamente, realizado ataques contra o Estado; o segundo, que o Estado territorial está relutante em lidar com a ameaça deste grupo; e, por fim, o terceiro, que o Estado territorial está ativamente a apoiar e a suportar os ataques dos atores não estaduais. O primeiro requisito parece ser cumulativo com os restantes, no entanto o segundo e o terceiro parecem ser hipóteses alternativas, uma vez que, se o terceiro pressuposto já existe, o segundo não faria sentido existir, pois um Estado que está a suportar e a apoiar um ator não estadual, irá estar sempre relutante em agir contra ele¹¹³.

¹¹⁰ HAQUE, Adil Ahmad, “The use of force against non-state actors: all over the map”, Journal on the Use of Force and International Law, 26 de outubro de 2021, Volume 8, Nº 2, Páginas 283 e 284; Carta do Representante Permanente da Bélgica nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho, S/2016/523, 9 de junho de 2016.

¹¹¹ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração da Estónia na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Página 32.

¹¹² HAQUE, Adil Ahmad, “The use of force against non-state actors: all over the map”, Journal on the Use of Force and International Law, 26 de outubro de 2021, Volume 8, Nº 2, Página 286.

¹¹³ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração da Índia na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Páginas 38 e 39.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

A declaração por parte de França, por sua vez, não é tão clara. Esta não apoia expressamente a interpretação expansiva, ao mesmo tempo dizendo que *“enquanto a vítima de um ataque tem de ser um Estado, de acordo com o artigo 51.º, o estatuto do agressor não está delimitado ou definido”*, acrescentando que *“alguns grupos não estaduais, particularmente grupos terroristas, têm os meios para cometer ataques armados contra Estados”*¹¹⁴. Ora, como já foi referido, isto é suficiente para arguir a legítima defesa. Nestes termos, parece que, implicitamente, França está a demonstrar apoio à interpretação expansiva, apesar de não elaborar mais sobre o assunto. A prática de França também não ajuda a perceber se o país apoia ou não esta teoria, uma vez que, quando esta invocou a legítima defesa na luta contra o ISIL no Médio Oriente, foi como legítima defesa coletiva, e em nome do Iraque, que solicitou ajuda para lutar contra a organização terrorista¹¹⁵.

A Rússia, por fim, também tem uma posição ambígua. Começa por dizer que o artigo 51.º não foi redigido para o propósito de ataques de atores não estaduais, mas depois assinala que *“a linguagem deste artigo permite uma interpretação mais abrangente”*, interpretação esta que foi *“confirmada”*, segundo a Rússia, pela Resolução 1368. Parece que é um aval da interpretação expansiva. No entanto, aparenta ser uma aceitação a uma abordagem mais moderada desta teoria. A Rússia adverte que nem todos os ataques terroristas levam a uma aplicação da legítima defesa, sendo que, *“o critério aplicável à definição de ataque armado tem de estar preenchido, nomeadamente em relação à magnitude do ataque”*, e que *“a posição do Governo do Estado de onde originam os ataques terroristas deve ser cuidadosamente averiguada”*.¹¹⁶ Aqui parece que a Rússia está a limitar o uso da legítima defesa aos casos em que o Estado territorial apoia substancialmente ou dirige os atores não estaduais, nas suas atividades, uma vez que claramente nega a possibilidade desta doutrina nos casos onde o Estado territorial é incapaz (*unable*) de agir contra os atores não estaduais. Esta posição alude para a própria atuação da Rússia, na ajuda que tem fornecido ao regime de Bashar Al-Assad, na Síria. No entanto, não se consegue discernir a posição da Rússia quanto à possibilidade de agir em legítima defesa quando o Estado territorial está relutante em agir contra os atores não

¹¹⁴ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração da França na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Página 35.

¹¹⁵ Carta do Chargé d’Affaires da Missão Permanente da França nas Nações Unidas dirigida ao Secretário-Geral, S/2015/745, 8 de setembro de 2015.

¹¹⁶ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração da Federação Russa na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Páginas 66 e 67.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

estaduais. Historicamente, a Rússia já invocou legítima defesa no passado, sob o pressuposto de que a Geórgia estava relutante ou era incapaz de prevenir os ataques de rebeldes chechenos na Rússia¹¹⁷, apoiando assim a teoria do “*unwilling and unable*”.

Por fim, a Turquia também apoia expressamente a interpretação expansiva quando diz que “o ator (contra quem o direito à legítima defesa pode ser invocado) *pode, de facto ser - e cada vez mais é - uma organização terrorista*”, acrescentando que uma interpretação diferente seria contrária ao princípio da legítima defesa. A declaração estabelece uma ligação entre o direito inerente à soberania, e o seu efetivo exercício, para depois expressar que há “*instâncias em que o Estado não é capaz ou está relutante em prevenir organizações terroristas de controlar partes do seu território e os usar como abrigo seguro para efetuar ataques terroristas*”, insinuando que o direito à legítima defesa nestes casos é apoiado pela Turquia, demonstrando assim apoio pela teoria do “*unwilling and unable*”. No entanto, esta declaração faz entender que a Turquia defende que só será legítimo usar a força nos casos em que o Governo do Estado territorial não controla parte do território, e a força só poderá ser aplicada contra os atores não estaduais nesse território, aludindo aos casos dos “*Estados falhados*”. Esta defesa, aliás como acontece noutros casos, como já vimos, é apoiadas nas Resoluções 1368 e 1373, assim como nas 2170 e 2249, do CS. A defesa desta doutrina nestes casos específicos está intrinsecamente ligada, no caso turco, à sua atuação contra rebeldes curdos e o Daesh na Síria. Já foi arguida a legítima defesa, por parte da Turquia, em várias ocasiões contra ambos¹¹⁸, sendo invocada sempre a teoria do “*unwilling and unable*”. Em relação aos princípios que regem a legítima defesa (necessidade, proporcionalidade e imediação), a Turquia sublinha a importância destes, sem ter uma interpretação diferente da maioria da doutrina ou jurisprudência¹¹⁹.

Infelizmente, muitos dos Estados que se pronunciaram na reunião fizeram declarações vagas, em que não demonstraram o seu apoio por nenhuma das interpretações, mencionando apenas que o direito à legítima defesa existe, mas não especificando qual

¹¹⁷ Carta do Chargé d’Affaires da Missão Permanente da Federação Russa nas Nações Unidas dirigida ao Secretário-Geral, A/57/269-S/2002/854, 31 de julho de 2002.

¹¹⁸ A título de exemplo, ver Carta do Chargé d’Affaires da Missão Permanente da Turquia nas Nações Unidas dirigida ao Secretário-Geral, S/1995/605, 24 de julho de 1995; e Carta do Chargé d’Affaires da Missão Permanente da Turquia nas Nações Unidas dirigida ao Secretário-Geral, S/2015/563, 24 de julho de 2015.

¹¹⁹ UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração da Turquia na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021, Páginas 79 e 80.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

das teorias é que apoiam, e em que modo apoiam, isto é, se aceitam uma interpretação mais moderada ou extrema. Este é o caso das declarações da Finlândia, Geórgia, Irlanda, Quênia, Peru, entre outras.

No entanto, como foi mencionado anteriormente em relação à interpretação restrita, há Estados que, apesar de não se terem pronunciado na reunião “*Arria-formula*”, porque não estavam presentes, fizeram, anteriormente, declarações em apoio da interpretação expansiva¹²⁰.

Na carta do *Chargé d'affaires* do Canadá ao Presidente do Conselho de Segurança, no âmbito da luta contra o ISIL na Síria, está descrito que “*Estados devem poder agir em legítima defesa quando o Governo do Estado onde a ameaça está localizada não está disposto ou é incapaz de prevenir ataques que emanem do seu território*”¹²¹, uma vez que o ISIL não é só uma ameaça para os seus países vizinhos, mas para todos os Estados. Assim, nota-se claramente o apoio pelo uso da força em legítima defesa contra atores não estaduais, mas também pela teoria do “*unwilling and unable*”, por parte do Canadá.

Por sua vez, a Alemanha, no mesmo contexto da Canadá, também enviou uma carta ao Presidente do CSNU, a detalhar a sua posição em relação a esta questão. Na carta, o *Chargé d'affaires* do Alemanha diz que o “*ISIL tem ocupado certas partes do território sírio, sobre o qual o Governo da República Árabe Síria não exerce, neste momento, qualquer controlo efetivo*”¹²², e que devido a esta situação, o artigo 51.º podia ser invocado pelos Estados que sofreram ataques armados. Esta posição parece ser mais moderada, semelhante à posição adotada pela Áustria ou pela França, uma vez que especifica que a Síria não tem controlo efetivo sobre o território onde está a funcionar o ISIL, e que, por causa deste pormenor, pode, excecionalmente, ser invocada a legítima defesa contra um ator não estadual. No entanto, na proposta do Governo alemão ao Bundestag (Parlamento) para utilizar tropas no conflito sírio, no âmbito da legítima defesa coletiva pedida pelo Iraque, está descrito que “*ações militares no território Sírio são realizadas porque o Governo sírio é incapaz e/ou não está disposto a parar os ataques*

¹²⁰ CHACHKO, Elena e DEEKS, Ashley, “Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?”, Lawfare, 10 de outubro 2016, Páginas 1 e 2.

¹²¹ Carta do *Chargé d'Affaires* da Missão Permanente do Canadá nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2015/221, 31 de março de 2015; CHACHKO, Elena e DEEKS, Ashley, “Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?”, Lawfare, 10 de outubro 2016, Página 8.

¹²² Carta do *Chargé d'Affaires* da Missão Permanente da Alemanha nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2015/946, 10 de dezembro de 2015.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

do ISIL que estão a ser lançados do seu território”¹²³. Aqui já é claro o apoio pela teoria do “*unwilling and unable*”, afastando-se assim da posição mais moderada.

Israel é dos Estados que há mais tempo apoia, e põe em prática, a interpretação expansiva. Tal como os Estados Unidos, seguem uma interpretação mais extrema da teoria. Já desde 1981, o Estado de Israel, em resposta a ataques da Organização para a Libertação da Palestina, concretizou uma série de bombardeamentos e ataques no sul do Líbano. Como justificação, no Conselho de Segurança, o Embaixador israelita disse que “*no direito internacional, se um Estado não está disposto ou é incapaz de prevenir o uso do seu território para que ataques noutra Estado sejam realizados, o Estado vítima tem o direito a tomar todas as medidas que ache necessárias para assegurar a sua própria defesa*”¹²⁴. Como se pode verificar, já antes da difusão mais ampla desta teoria do “*unwilling and unable*”, após 2001, Israel apoiava esta teoria, sendo o Estado que mais cedo o começou a fazer. Em inúmeras ocasiões, Israel veio invocar esta interpretação da Carta como justificação para usar a força, em legítima defesa, contra atores não estaduais¹²⁵.

2.5 – Síntese conclusiva

Como se pode ver, há uma disparidade grande entre a relação de poderes relativamente aos Estados que apoiam a interpretação restrita e a interpretação expansiva. Com as notáveis exceções do Brasil e, especialmente, da China, a maioria dos Estados que apoia a teoria restrita, são Estados ditos “do terceiro mundo”, com menos poder militar e menos influência a nível internacional. São Estados cujos Governos centrais, em certos casos, não têm poder suficiente para controlar todo o seu território, ou porque são nações estabelecidas há pouco tempo, ou porque têm minorias expressivas em parte do seu território, sobre a qual não conseguem exercer grande controlo. Em alguns casos, há Estados que, certamente, receiam que a interpretação expansiva, e em particular, a doutrina do “*unwilling and unable*”, possa ser usada contra eles.

¹²³ CHACHKO, Elena e DEEKS, Ashley, “Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?”, Lawfare, 10 de outubro 2016, Páginas 6 e 7.

¹²⁴ UN Doc S/PV.2292, Reunião 2292 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 17 de julho de 1981, Página 5, Parágrafo 54 e 55; CHACHKO, Elena e DEEKS, Ashley, “Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?”, Lawfare, 10 de outubro 2016, Página 12.

¹²⁵ Ver os diferentes casos apresentados em: CHACHKO, Elena e DEEKS, Ashley, “Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?”, Lawfare, 10 de outubro 2016, Páginas 11 e 12.

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Por outro lado, os que apoiam a interpretação expansiva, de uma maneira ou de outra, são quase todos os membros permanentes do CS. São Estados mais desenvolvidos, tendencialmente ocidentais, que têm um poderio militar mais avançado, que podem utilizar a força para fazer vincar a sua vontade em países que não têm meios para os combater. Alguns, como os EUA, Israel, ou a Bélgica, foram alvos de ataques terroristas, e têm interesse, tanto a nível interno como externo, em controlar a situação caótica que se observa em alguns estados onde estes atores não estaduais atuam.

Conclusões

A questão da possibilidade de um Estado vítima usar a força em legítima defesa contra um ator não estadual, em resposta a um ataque deste, não é pacífica. A clarificação, por parte dos Estados Membros do Conselho de Segurança da ONU, na reunião “*Arria Formula*” convocada pelo México, a 24 de fevereiro de 2021, foi um contributo importante para conseguir discernir quem defende o quê. No entanto, isto não é suficiente. Com a crescente preocupação com atividades terroristas por parte de atores não estaduais, é necessário refletir sobre o conceito descrito no artigo 51.º da CNU. Ao manter uma interpretação restrita da legítima defesa, que é decididamente mais segura, uma vez que pretende a estabilização do sistema internacional como tem sido desde a criação da Carta, cai-se no erro de assumir que esse mesmo sistema irá aceitar que a legítima defesa não se adapte a estas novas formas de agressão armada, e assim, os Estados irão modelar a sua atuação de acordo com esta interpretação. Pelo contrário, manter o *status quo* como ele está só deteriora o estado de direito internacional e a própria Carta. Estados que se veem alvo de ataques armados realizados por atores não estaduais não irão deixar de responder, em sede de legítima defesa, só pelo facto de esta não ser a interpretação que o TIJ, o Conselho de Segurança e certos Estados têm. Quer seja estritamente por questões de segurança interna, ou por pressão pública, sentir-se-ão obrigados a agir. Dessa forma, irão atuar à margem da Carta (como aliás, segundo esta interpretação, já o têm feito), retirando, assim, força à mesma, tornando-a obsoleta neste assunto, algo que é extremamente grave, uma vez que enfraquece todo o sistema internacional construído no pós guerra.

Por outro lado, deixar os Estados terem “rédea solta” sobre a interpretação deste tipo de ataques, pode levar a resultados perigosos. Quer seja pela interpretação de conceitos-chaves, como o de ataque armado, imediação, proporcionalidade ou o momento quando cessa o uso da força em legítima defesa, ou pelo mero facto de se aceitar qualquer conceção da teoria expansiva, leva a que haja um grau elevado de arbitrariedade no uso da força que era precisamente o que a Carta pretendia regular. Podem surgir, hipoteticamente, situações de impunidade por parte dos Estados vítima, que poderão justificar a invasão de Estados em que estes atores não estaduais estão a atuar, não pelo seu controlo ou apoio ou a estas organizações, mas pelo de facto de não os conseguir

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

repelir do seu território, apesar de trabalharem para que tal aconteça. Situações como estas podem levar a uma destabilização da comunidade internacional.

A comunidade internacional terá, em conjunto, de encontrar a melhor solução para esta problemática, para que, no futuro, o número de soluções não seja tão dispersa e leve a resultados tão diferentes, e para uma aplicação melhor e mais uniforme do direito internacional.

Bibliografia

Artigos e Livros:

MAOGOTO, Jackson Nyamuya, “Battling Terrorism Legal Perspectives on the Use of Force and the War on Terror”, Ashgate Publishing Limited, 2005;

SCHRIJVER, Nico “The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law” (editado por WELLER, Marc), Oxford University Press, UK, 2015;

LOPES, José Alberto Azeredo, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. I”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo I;

DINSTEIN, Yoram, “War, Aggression and Self-Defence”, 5ª Edição, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2011;

Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, “Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries”, Anuário da Comissão de Direito Internacional, 1966, Vol. II, Parágrafo (1);

COUTINHO, Francisco Pereira, “Roberto Correia da Silva Gomes Caldas et. al., “Guerra e Paz no Século XXI: políticas e direito internacional”, Almedina, Coimbra, 2018;

STEENBERGHE, Raphaël Van, “Self-Defence in Response to Attacks by Non-State Actors in the Light of Recent State Practice”, Leiden Journal of International Law, 2010, 23;

TERRY, Patrick C. R., “The Return of Gunboat Diplomacy: How the West has Undermined the Ban on the Use of Force”, Harvard National Security Journal, 2019, Vol. 10;

TAVARES, Maria Isabel, “Regimes Jurídicos Internacionais Vol. II”, LOPES, José Alberto Azeredo (coord.), Católica Editora, Porto, 2020, Capítulo IX;

KAMMERHOFER, Jorg, “The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law” (editado por WELLER, Marc), Oxford University Press, UK, 2015;

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

RAMOS, Paulo Simões, “O artigo 51º da Carta das Nações Unidas e os agentes não-estatais: Reflexão conceptuológica à luz do caso das atividades armadas no território do Congo”, DUARTE, Maria Luísa e LANCEIRO, Rui Tavares (Coord.) “O Direito Internacional e o Uso da Força no Século XXI”, AAFDL Editora, Lisboa, setembro de 2018;

HAQUE, Adil Ahmad, “The use of force against non-state actors: all over the map”, Journal on the Use of Force and International Law, 26 de outubro de 2021, Volume 8, Nº 2, Páginas 279 e 280;

CHACHKO, Elena e DEEKS, Ashley, “Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?”, Lawfare, 10 de outubro 2016;

GRAY, Christine, “International Law and the Use of Force”, 3ª Edição, Oxford University Press, 2008;

MARTIN, Craig, “Challenging and Refining the “Unwilling and Unable” Doctrine”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 26 de março de 2019, Vol. 52, No. 2;

DEEKS, Ashley S., “Unwilling or Unable”: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense”, Virginia Journal of International Law, Volume 52, nº3;

“Leiden Policy Recommendations on Counter-Terrorism and International Law”, Netherlands International Law Review, dezembro de 2010, Volume 57, Nº. 3;

BETHLEHEM, Daniel, “Self-Defense Against Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors”, American Journal of International Law, outubro de 2012, Volume 106, Nº. 4;

CORTEN, Olivier, “The “Unwilling or Unable” Test: Has it Been, and Could it be, Accepted”, Leiden Journal of Interational Law, setembro de 2016, Volume 29, Nº. 3;

EGAN, Brian, “International Law, Legal Diplomacy, and the Counter-ISIL Campaign: Some Observations”, International Law Studies, US Naval War College, 2016, Volume 92;

NEY, Paul C., “"Legal Considerations Related to the U.S. Air Strike Against Qassem Soleimani", DOD General Counsel Remarks at BYU Law School (Discurso), 4 de março de 2020;

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Departamento da Defesa dos EUA, “Law of War Manual”, junho de 2015 (atualizado a maio de 2016);

Jurisprudência:

Armed Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicarágua v. Estados Unidos da América), Tribunal Internacional de Justiça, Julgamento, 1986;

Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Bósnia-Herzegovina v. Sérvia e Montenegro), Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), Acórdão, 26 de fevereiro de 2007;

Prosecutor v. Dusko Tadic, Tribunal Penal Especial para a Ex-Jugoslávia (TPEJ), IT-94-1-A, Câmara de Recursos, Julgamento, 15 de julho de 1999;

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Julgamento a 6 de novembro de 2003, ICJ Reports 2003, 161;

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Parecer Consultivo de 9 de junho de 2004, ICJ Reports 2004, 136;

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Julgamento, I.C.J. Reports 2005;

Documentos das Nações Unidas:

UN Doc A/75/993–S/2021/247*, Carta do Representante Permanente do México nas Nações Unidas dirigida ao Secretário-Geral e ao Presidente do Conselho de Segurança, 16 de março de 2021;

Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução 3314 (XXIX), Definição de Agressão, de 14 de Dezembro de 1974;

Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado, Anuário da Comissão de Direito Internacional, 2001;

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução 2625 (XXV), Princípios de Direito Internacional Referentes às Relações Amigáveis e Cooperação entre os Estados de Acordo com a Carta das Nações Unidas, de 24 de outubro de 1970;

UN Doc A/75/993 - S/2021/247, Declaração dos diferentes Estados Membros do Conselho de Segurança na reunião “Arria Formula”, datado de 24 de fevereiro de 2021;

UN Doc S/PV.8262, Reunião 8262 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 17 de maio de 2018;

UN Doc S/PV.7504, Reunião 7504 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 17 de agosto de 2015;

Conselho de Segurança das Nações Unidas, Resolução 405 (1977) de 14 de abril de 1977 e Resolução 419 (1977) de 24 de novembro de 1977;

Conselho de Segurança das Nações Unidas, Resolução 1368, S/RES/1368 (2001), de 12 de setembro de 2001;

Carta do Chargé d’Affaires da Missão Permanente do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2001/947, 8 de outubro de 2001;

Carta do Representante Permanente do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2015/928, 3 de dezembro de 2015;

Carta do Representante Permanente do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2015/688, 8 de setembro de 2015;

Carta do Representante Permanente da Austrália nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2015/693, 9 de setembro de 2015;

Carta do Representante Permanente da Bélgica nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho, S/2016/523, 9 de junho de 2016;

Carta do Chargé d’Affaires da Missão Permanente da França nas Nações Unidas dirigida ao Secretário-Geral, S/2015/745, 8 de setembro de 2015;

A legítima defesa contra ataques de atores não estaduais e a reação do Estado vítima à luz do Direito Internacional.

Carta do Chargé d’Affaires da Missão Permanente da Federação Russa nas Nações Unidas dirigida ao Secretário-Geral, A/57/269–S/2002/854, 31 de julho de 2002;

Carta do Chargé d’Affaires da Missão Permanente da Turquia nas Nações Unidas dirigida ao Secretário-Geral, S/1995/605, 24 de julho de 1995;

Carta do Chargé d’Affaires da Missão Permanente da Turquia nas Nações Unidas dirigida ao Secretário-Geral, S/2015/563, 24 de julho de 2015;

Carta do Chargé d’Affaires da Missão Permanente do Canadá nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2015/221, 31 de março de 2015;

Carta do Chargé d’Affaires da Missão Permanente da Alemanha nas Nações Unidas dirigida ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2015/946, 10 de dezembro de 2015;

UN Doc S/PV.2292, Reunião 2292 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 17 de julho de 1981;