

ARTIGO

1

A JUSTIÇA FOI FEITA? A LEGALIDADE DA MORTE DE BIN LADEN SOB O DIREITO INTERNACIONAL¹

Kai Ambos²

Josef Alkatout³

“E em noites como essa, podemos dizer a todas aquelas famílias que perderam entes amados pelo terror da al Qaeda: Justiça foi feita.”⁴

“Obama aumentou as apostas na política de “targeted assassination”⁵ da era Bush como parte da política externa dos EUA.”⁶

“Os Estados devem assegurar que toda medida adotada para combater o terrorismo esteja sujeita às obrigações assumidas mediante o direito internacional, e devem adotar tais medidas de acordo com o direito internacional, particularmente os direitos humanos internacionais, direitos dos refugiados e direito humanitário.”⁷

1 Tradução do artigo *Has justice been done? The legality of bin Laden’s killing under international law*, com autorização do autor, por João Paulo Orsini Martinelli, com a revisão de Armando Gallo Yahn Filho.

2 Professor Titular de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Penal Internacional e Comparado na Georg-August Universität Göttingen (Alemanha); Juiz no Tribunal Regional de Göttingen [kambos@gwdg.de].

3 Doutorando na Georg-August Universität Göttingen (Alemanha).

4 Discurso do presidente Barak Obama, proferido em 02 de maio de 2011, na Casa Branca, disponível em <http://www.whitehouse.gov/blog/2011/05/02/osama-bin-laden-dead> (acesso em 29 de maio de 2011).

5 N. do T.: As definições de “targeted killing” e “targeted assassination” são de difícil síntese em língua portuguesa, ou seja, tentar traduzir as expressões com outras equivalentes não alcança o real conteúdo pretendido. “Targeted killing” é a execução planejada de alguém, de pessoa considerada alvo, que não foi morta aleatoriamente em um ataque. Aderimos à sugestão de Eduardo Saad Diniz, que conceituou os *targeted killings* como “recomendações de assassinato dirigidas a determinadas pessoas que expõem a perigo a integridade da sociedade. Trata-se de uma autorização de morte com a finalidade específica de combate e eliminação de pessoa envolvida em contexto situacional de guerra ou análogo, de extrema gravidade para a segurança da sociedade” (*TARGETED KILLING e os Limites de Legitimação no Direito Penal Internacional*, publicado em <http://www.fiscolex.com.br>, acesso em 13/08/2011). Por isso, deixaremos as expressões, ao longo do texto, em sua escrita original na língua inglesa.

6 Jeremy Scahill, ‘Osama’s Assassins’, *The Nation*, 04 de maio de 2011, disponível em <http://www.thenation.com/article/160447/osamas-assassins> (acesso em 29 de maio de 2011). Cf. também *Neue Zürcher Zeitung*, 20/21 de novembro de 2010, 17 de dezembro de 2010 e 28 de dezembro de 2010, em dois apontamentos respectivos que, durante 2010, as forças militares americanas atacaram mais de 110 vezes alvos por meio de aviões sem pilotos humanos no Paquistão; esse número dobrou se comparado ao ano anterior. Cf. também Thiessen, ‘Obama’s Inheritance’, 172 *World Affairs* (2009) 74, p. 81.

7 Resolução do Conselho de Segurança da ONU 1456 (2003), para. 6, e Res. Cos. Seg.

Resumo

A morte de Osama bin Laden pelas Forças Especiais dos EUA, em 02 de maio de 2011, traz diversas questões de direito internacional no que se refere à legalidade dessa operação, em particular, e a permissibilidade de targeted killings de terroristas internacionais em geral. Neste trabalho afirmaremos, com base em rigorosa análise legal, que a morte de bin Laden não pode ser justificada pelo direito internacional humanitário (DIH) porque não há conflito armado entre os EUA e a Al-Qaeda. Mesmo que se assumisse a existência de um conflito armado, a execução de bin Laden somente poderia ser legitimada se a Al-Qaeda fosse considerada uma organização, no contexto do direito internacional humanitário, e o executado pudesse ser considerado seu membro. Por outro lado, sua morte poderia ser legítima apenas se ele tivesse (também) participado de ataques. Em qualquer caso, sob o regime legal aplicável em tempos de paz, a execução apenas poderia ser justificada em situação de auto-defesa ou em perigo imediato para outros. Como essa situação aparentemente não existiu, a morte de bin Laden equivale a uma execução extra-legal. Em outro aspecto, este menos importante, a operação também violou a lei internacional por desrespeitar a soberania territorial do Paquistão.

Palavras-chave:

Al-Qaeda; Osama bin Laden; targeted killing; guerra ao terror; participação direta em ataques.

1. Legalidade perante o direito humanitário internacional

Enquanto targeted killings⁸ podem ser admissíveis sob certas circunstâncias no direito internacional,⁹ há praticamente um consenso entre os especialistas que isso pressupõe, primeiramente, a existência de um conflito armado em

ONU 1624 (2005), para. 4.

8 Para outros termos usados (“precision warfare”, “surgical strikes”, “focused prevention”, “focused assassinations”, “pin-point assassinations”, “smart bombs”, “pin-point accuracy”, “distant punishment” and “distant firepower”) cf. Ben-Ari, ‘Between Violence and Restraint: Human Rights, Humanitarian Considerations, and the Israeli Military in the Al-Aqsa Intifada’, in Th. A. Baarda/D.E.M. van Verweij (coords.), *The Moral Dimension of Asymmetrical Warfare, Counter-terrorism, Democratic Values and Military Ethics* (2009) 231, pp. 241-242.

9 *O Comitê Público contra a Tortura de Israel e outros. v. Governo de Israel e outros*, HCJ 769/02, 11 de dezembro de 2005, para. 61 *et seq.*

progresso e, por isso, a aplicação do DIH como o regime legal apropriado.¹⁰ Apesar da retórica oficial da “guerra ao terror”¹¹, tal conflito armado entre Al-Qaeda e EUA não existe.

A legislação aplicável, quer dizer, a lei que prevê os significados e métodos admissíveis de atuação militar (Convenção de Haia¹²) e a lei mais recente que dispõe sobre a proteção das vítimas de conflitos armados (Convenções de Genebra¹³), não define explicitamente a noção de conflito armado.¹⁴

Uma concepção comumente aceita é a dada pelo Tribunal Penal para a antiga Iugoslávia, de 1995, a qual é baseada no art. 1 (1) do Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra (PA II)¹⁵. Segundo o dispositivo, “um conflito armado existe sempre que haja recurso à força armada entre Estados ou violência armada prolongada entre autoridades governamentais e grupos armados organizados

10 Kretzmer, ‘Targeted killing of suspected terrorists: extra-judicial executions or legitimate means of defense?’, 16 *European Journal of International Law* [‘EJIL’] (2005) 171, p. 186; Solis, ‘Targeted killing and the law of armed conflict’, 60 *Naval War College Review* (2007) 127, p. 129; a favor de uma avaliação *sui generis* sobre a legalidade de “targeted killings” independentemente de um regime legal específico: F. Djamalova, ‘Targeted killing under international sui generis framework’ (tese do arquivo da University of Toronto), p. 30. No mesmo sentido, mas, ao contrário, a favor da aplicação do IHL: Jensen, ‘Targeting Persons and Property’, in M. Lewis/E. Jensen/G. S. Corn (eds.), *The War on Terror and the Laws of War: A Military Perspective* (2009) 37, p. 66.

11 O termo foi usado primeiramente pelo anterior presidente dos EUA, George W. Bush, em 21 de setembro de 2001, durante discurso sessão conjunta do Congresso, disponível em http://articles.cnn.com/2001-09-20/us/gen.bush.transcript_1_joint-session-national-anthem-citizens/4?_s=PM:US (acesso em 29 de maio de 2011).

12 Declaração de St Petersburg para a Renúncia ao Uso, em Tempo de Guerra, de Projéteis Explosivos Acima de 400 Gramas, 1868; Projeto de uma Declaração Internacional a respeito das Leis e Comportamentos de Guerra, Bruxelas, 1874; Convenção de Haia de 1899 e 1907 (cf. Michael Bothe, ‘Friedenssicherung und Kriegsrecht’, em W. Vitzthum (ed.), *Völkerrecht* [5ª. edição 2010], p. 642).

13 I Convenção de Genebra de 22 de agosto de 1864/11 de junho de 1906 ‘Para o aprimoramento da Condição de Ferido e Doente nas Forças Armadas em Batalha’ U.N. Doc. 75 U.N.T.S. 31 [‘GC I’]; II Convenção de Genebra de 06 de julho de 1906 ‘Para o aprimoramento da Condição de Ferido, Doente e Náufragos das Forças Armadas Marítimas’ U.N. Doc. 75 U.N.T.S. 85 [‘GC II’]; III Convenção de Genebra de 27 de julho de 1929/19 de junho de 1931 ‘Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra’ U.N. Doc. 75 U.N.T.S. 135 [‘GC III’]; IV Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 ‘Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra’ U.N. Doc. 75 U.N.T.S. 287 [‘GC IV’]; Protocolo Adicional de 18 de junho de 1977/23 de janeiro de 1979 (I Protocolo Adicional U.N. Doc. 1125 U.N.T.S. 3 [‘AP I’] e II Protocolo Adicional [‘AP II’] U.N. Doc. 1125 U.N.T.S. 609) de 8 de dezembro de 2005/14 de janeiro de 2007 (III Protocolo I U.N. Doc. 2404 U.N.T.S. 261 [‘AP III’]). – Sobre a distinção entre a legislação de Haia e Genebra, cf., por exemplo, Kolb, ‘La Distinction entre le “Droit de Genève” et le “Droit de la Haye”’, em R. Kolb (ed.), *Droit International Pénal* (2008) 1, p. 134 *et seq.*

14 K. Ambos, *Internationales Strafrecht* [3.ª edição 2011], para. 7, item 235; Greenwood, ‘Scope of application of Humanitarian law’, em D. Fleck (ed.), *Handbook of International Humanitarian Law* [2.ª edição 2008] 45, p. 47.

15 A parte relevante do Art. 1 (1) PA II (nota *supra* 11) afirma: “... conflitos armados ... entre suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou outros *grupos armados organizados* ...” (grifo nosso).

ou entre estes grupos nos limites de um Estado”¹⁶. Se for seguida essa definição, a questão crucial sobre um possível conflito armado entre EUA e Al-Qaeda é se esse grupo qualifica-se como “grupo armado organizado” nos termos do DIH e, portanto, poderia ser parte de um possível conflito.

A. Al-Qaeda como um grupo armado organizado conforme o DIH?

Se um grupo armado é qualificado como um “grupo organizado armado” conforme o significado do DIH, a mera associação implica a perda da condição de civil protegido e converte seus membros em alvos militares legítimos (Art. 43 (1) e (2) do Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra (PA I)¹⁷).¹⁸ A partir dessas consequências, é fácil compreender que as exigências para converter um grupo de criminosos terroristas em parte de um conflito regido pelo DIH devem ser estritas. Por isso, as feições do grupo respectivo devem assemelhar-se àquelas de um Estado como exemplo paradigmático de parte de um conflito¹⁹.

O grupo deve atingir um grau mínimo de coletividade e organização central. Deve ser organizado de uma forma hierárquica (Art. 4 (A) (2) (a) da Convenção de Genebra III)^{20, 21} Deve exercer o controle sobre parte do território de um Estado e ter capacidade de “conduzir operações militares sustentadas e planejadas” (Art. 1 (1) PA II)²². Enquanto, confessadamente, o critério do controle

16 *Acusação vs. Dusko Tadić*, 02 de outubro de 1995, Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, IT-94-1, Decisão sobre a moção da defesa para a apelação interlocutória sobre a jurisdição, para. 70.

17 *Supra* nota 13.

18 Watkin, ‘Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC Direct Participation in Hostilities Interpretive Guidance’, 42 *New York University Journal of International Law and Politics [‘NYU JILP’]* (2009-2010) 641, pp. 690 *et seq.*; para um ponto de vista diferente: Melzer, ‘Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critics of the ICRC’s Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities’, 42 *NYU JILP* (2009-2010) 831, p. 846, argumentando que somente os membros em função de contínuo controle sobre o combate podem ser legitimamente atingidos.

19 Verificar, para uma abordagem estrita sobre o conceito de ‘organização’ contido em ‘política organizacional’, no art. 7 (2) (a) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional [‘ICC Statute’] (U.N. Doc. 2187 U.N.T.S. 90), a opinião divergente do juiz Kaul em *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, 31 de março 2010, ICC, ICC-01/09, no para. 51.

20 *Supra* nota 13.

21 J. Wiczeorek, *Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht* (2005), pp. 75 *et seq.*

22 Verificar, também, em consideração ao Art. 7 (2) do Estatuto do Tribunal Penal

territorial perdeu importância à luz dos novos conflitos “assimétricos” e altamente dinâmicos²³, ele ainda serve como um indicador²⁴ útil para a existência de uma “política organizacional”²⁵. Em qualquer caso, em termos de organização interna, requerem um efetivo e centralizado comando militar e uma clara cadeia de comando, de cima para baixo²⁶.

Esses critérios não são encontrados em uma rede terrorista perdida e descentralizada como a Al-Qaeda. Faltam ao grupo a hierarquia exigida, uma estrutura de comando centralizada e um local central de controle; ele funciona – a partir do que sabemos – mais como uma rede interconectada universalmente num formato descentralizado, em diferentes continentes e países, por meio de células deficitariamente interconectadas²⁷. Os ataques por todo o mundo, que são atribuídos ou reivindicados pela Al-Qaeda, podem ter ocorrido para a satisfação de bin Laden, mas não sob seu controle²⁸. Ele não dispunha, como comandante de uma organização, segundo definição do DIH, de autoridade direta sobre indivíduos subordinados. A situação geográfica obscura na área de fronteira entre Afeganistão e Paquistão²⁹ não permite determinar precisamente quem,

Internacional, *supra* nota 19.

23 O. Triffterer/A. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (2008), Art. 8, item 351; Werle, ‘Individual criminal responsibility in Art. 25 ICC Statute’, 5 *Journal of International Criminal Justice* [JICJ] (2007), item 953; Tahzib-Lie/Swaak-Goldman, ‘Determining the Threshold for the Application of International Humanitarian Law’, em L. Lijnzaad/J. van Sambeek/B. Tahzib-Lie (eds.), *Making the Voice of Humanity Heard* (2004) 239, p. 246; K.-M. König, *Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz* (2003), pp. 380 *et seq.*, G. Mettraux, *International crimes and the Ad Hoc Tribunals* (2005), pp. 36 *et seq.*

24 Decisão nos termos do art. 15 do Estatuto de Roma sobre autorização para uma investigação sobre a situação na República do Quênia, 31 de março de 2010, TPI, ICC-01/09, para. 93.

25 Embora essa exigência seja extraída do Art. 7 (2) (a) do Estatuto do TPI, remete-se aos “grupos armados organizados” na acepção do Art. 1 (1) PA II (conferir Kreß, ‘On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement. Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision’, 23 *Leiden Journal of International Law* (2010) 855, p. 862) e, portanto, pode ser aplicado em nosso contexto.

26 Ipsen, ‘Combatants and Non-Combatants’, em D. Fleck (ed.), *Handbook of International Humanitarian Law* [2.ª edição 2008] 79, p. 84 *et seq.*

27 J. Burke, *Al-Qaida, La véritable histoire de l’islam radical* (2005), p. 19 e 25 *et seq.*; Farrall, ‘How al Qaeda Works’, 90 *Foreign Affairs* (2011) 128, p. 133. No mesmo sentido: J. Wiczorek, *supra* nota 21, p. 189.

28 Farrall, *supra* nota 27, p. 135.

29 Schmitt/Shanker, ‘In Long Pursuit of Bin Laden, The ’07 Raid, and Frustration’, *New York Times*, 6 de Maio de 2011, em A1.

efetivamente, controla a região. Em qualquer caso, é altamente questionável se a Al-Qaeda exerce algum controle territorial que se aproxime do conceito limiar do Art. 1 (1) do PA II.

B. Extensão territorial do conflito no Afeganistão (“excesso de consequência”)?

Enquanto está além da questão se um conflito armado entre o governo de Karzai³⁰ e o Taleban ocorre no Afeganistão³¹, a natureza internacional ou não-internacional desse conflito é menos clara. Poder-se-ia considerar a Força de Segurança Internacional (ISAF)³², liderada pela OTAN, como extensão do governo Karzai e, por isso, como parte de um lado do governo em um conflito não-internacional contra o Taleban³³; ou alguém poderia alegar que essa aliança seja um fator que internacionalize o conflito.³⁴ Seja como for, o que há de relevante aqui é que o Taleban, ou pelo menos parte dele, é aliado da Al-Qaeda.³⁵ Como deve ser recordado, a guerra da OTAN contra o governo Taleban no Afeganistão, autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU após o 11 de Setembro,³⁶ desenrolou-se porque o governo Taleban daquele período ofereceu um refúgio seguro ao grupo Al-Qaeda e, por isso, fez do Afeganistão cúmplice do

.....

30 N. do T.: Hamid Karsai é o presidente do Afeganistão, eleito pela primeira vez em 2004 e reeleito em 2009.

31 Roberts, ‘Afghanistan and International Security’, em M. N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis* (2009) 3, p. 9.

32 Para uma descrição detalhada da coalisão militar do oeste no Afeganistão, incluindo a Operação Liberdade Duradoura (OEF-A), dominada pelos EUA, conferir Cole, ‘Legal Issues in Forming the Coalition’, em M. N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis* (2009) 141.

33 Cf. Generalbundesanwaltschaft (Procuradoria Geral da Alemanha), Informativo 8/2010, 19 de abril de 2010 (caso do General Klein sobre bombardeio a tanques em Kunduz), para. 1, disponível em: <http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=12&newsid=360> (acesso em 6 de junho de 2011); Ambos, ‘Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker(straf)recht’, *24 Neue Juristische Wochenschrift* (2010) 1725, p. 1726.

34 Conferir: Dinstein, ‘Terrorism and Afghanistan’, em M. N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis* (2009) 43, p. 51 e 53; em geral, para um conflito armado internacional se o território do Estado é assistido por forças externas: R. Abi-Saab, *Droit humanitaire et conflits internes* (1986), p. 109 et seq.

35 Riedel, ‘Pakistan: The Critical Battlefield’, *Current History* (November 2008) 355, p. 355; Gregory, ‘The ISI and the War on Terrorism’, *30 Studies in Conflict & Terrorism* (2007) 1013, p. 1019; Dinstein, *supra* nota 34, p. 52 (“relação íntima”).

36 Res. Conselho de Segurança 1368 (2001).

terrorismo internacional, incorrendo em responsabilidade do Estado. Portanto, àquela época alguém poderia alegar com plausibilidade que a guerra contra o Afeganistão foi, de fato, a guerra contra o Taleban, como governo afegão daquele período, e a Al-Qaeda, como seu aliado. Entretanto, essa situação mudou com a queda do governo Taleban e a retirada de suas forças e, acima de tudo, o movimento da Al-Qaeda para o Paquistão e outros países.³⁷ Na atual situação, poder-se-ia qualificar, na melhor das hipóteses, o conflito entre Paquistão e Taleban, ocorrendo em território paquistanês, como um conflito armado não-internacional,³⁸ apesar de o Paquistão apenas referir-se a uma luta contra terroristas.³⁹

Para situar os EUA em posição legítima, teríamos que alegar que o conflito no Afeganistão “transborda” para o Paquistão e, por isso, “carrega” a luta contra o Taleban (e Al-Qaeda) do Afeganistão para o Paquistão, enfrentando-se lá as mesmas partes do conflito.⁴⁰ Ainda, poder-se-ia interpretar mal o argumento do excesso e ignorar os fatos por essa razão. Sem dúvida, enquanto um conflito armado pode implicar “efeitos do excesso”, tal como por meio da retirada de uma das partes do conflito no interior do território de um país vizinho, o alcance extraterritorial de tal conflito sempre reverte de volta ao território original.⁴¹ No caso em discussão, o lugar onde ocorreu a execução (Abbotabad) não está

.....

37 Sobre o Taleban no Paquistão cf. Gregory, *supra* nota 35, p. 1024; Riedel, ‘Pakistan and Terror: The Eye of the Storm’, 618 *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* (2008) 31, p. 32; Thiessen, *supra* nota 6, p. 78 *et seq.*; A. Mir, *Talibanization of Pakistan* (2009), p. 1; Akhtar, ‘Pakistan, Afghanistan, and the Taliban’, *XXV International Journal on World Peace* (2008) 49, p. 50. Sobre a presença da Al-Qaida no Paquistão cf. I. Gul, *The Al Qaeda Connection, The Taliban and Terror in Pakistan’s Tribal Areas* (2009), p. 26 *et seq.*; Riedel, *supra* nota 35, p. 355; para uma descrição de uma cooperação crescent entre o Taleban no Paquistão e Al-Qaida, cf. A. Mir, *supra* nesta nota, p. 13 e 15.

38 Cf. Comissão Internacional da Cruz Vermelha (ICRC), *Annual Report* (2010), p. 260.

39 De acordo com a missão permanente para o Paquistão do escritório da ONU e outras organizações internacionais em Genebra (e-mail enviado aos autores em 31 de maio de 2011) isso é apenas uma “operação de imposição da lei”.

40 Nesse sentido, para a cobertura das operações em terras tribais no Paquistão pelo conflito único armado não-internacional no Afeganistão: Dinstein, *supra* nota 34, p. 52; semelhante, ressaltando que os EUA enxergam o Afeganistão e o Paquistão como “um simples teatro de operações”: Fair/Jones, ‘Pakistan’s War Within’, 51 *Survival* (2009-2010) 161, p. 161. Para um conflito separado entre os EUA e a Al-Qaeda: Corn, ‘Making the Case for Conflict Bifurcation in Afghanistan: Transnational Armed Conflict, al Qaida and the Limits of the Associated Militia Concept’, em M. N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis* (2009) 181, p. 190 *et seq.*

41 Nesse sentido, contra um conflito armado entre um Estado e uma rede terrorista internacional por causa da impossibilidade de determinar os limites do território de conflito: M.J. Machon, ‘Targeted Killing as an Element of U.S. Foreign Policy in the War on Terror’, p. 52. Conferir, genericamente, para a dimensão geográfica de um conflito armado: *Fulgence Niyonteze*, Jugement d’appel, Tribunal Militaire d’Appel Suisse, 1A, B, III, cap. 3, B; *Acusação v. Jean-Paul Akayesu*, 2 de setembro de 1998, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ICTR-96-4-T, A, para. 635-636.

apenas situado fora de uma possível zona “de excesso” (cerca de 160 km distante da fronteira do Afeganistão), mas também fora da efetiva zona de batalha paquistanesa.⁴² Por isso, não estamos, de fato, preocupados com a possível extensão do conflito afegão envolvendo o Taleban nas proximidades do Paquistão, mas com a pretensão dos EUA de uma guerra global contra a Al-Qaeda, independente de qualquer vínculo territorial.⁴³ Seguir esse ponto de vista significa proclamar uma guerra global contra o terror⁴⁴ envolvendo todos os Estados onde os terroristas residem, mesmo que eles nunca tenham iniciado um conflito formal com o Estado que incite essa guerra, no caso, os EUA. Nosso planeta como um todo, portanto, poderia tornar-se um campo de batalha sem limites e a clássica concepção de conflito armado relacionado ao território de um Estado, envolvendo um confronto militar limitado, perderia toda sua força restrigente e humanista.

C. Status civil e status de combatente

Por questão de argumentação, vamos assumir que exista um conflito armado entre os EUA e a Al-Qaeda. Poderia então a morte de bin Laden ser legitimada? Aqui deve-se começar assumindo que apenas indivíduos que tenham o status de combatente (de fato)⁴⁵ podem ser mortos legitimamente durante um conflito armado. Serem combatentes (de fato) significa considerar “integrantes guerreiros”⁴⁶ das Forças Armadas de um Estado (Art. 43 (2) do PA I), bem como os membros de grupos organizados armados conforme estabelecido no DIH.⁴⁷ Eles perdem a imunidade contra ataques em sua base permanente por

42 Abbotabad está fora das áreas tribais administradas federalmente pelo Paquistão, onde o conflito ocorre: cf. Murphy, ‘The International Legality of US Military Cross-Border Operations from Afghanistan into Pakistan’, em M. N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis* (2009) 109, p. 111.

43 Contra um “efeito do excesso” a partir do Afeganistão: Dinstein, *supra* nota 34, p. 53 *et seq.* (“ações ... nas mais vastas áreas do globo... não constituem uma parte integral da guerra entre Estados que assola o Afeganistão”).

44 Nesse sentido, realmente a Suprema Corte dos EUA, em *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld* et al., 29 de junho de 2006, No. 05–184, particularmente a opinião diversa do Juiz Thomas, p. 43, alegando que o conflito ocorre no território de mais de uma parte, precisamente em “várias nações do globo”.

45 Devido à falta de *status* formal dos combatentes em conflitos armados não-internacionais, o termo combatente (de fato) é usado para denotar esse *status* de fato em ambos os tipos de conflito.

46 Art. 43 (2) PA I e Art. 33 (1) CG III excluem o pessoal médico e religioso das forças armadas do *status* de combatentes, cf. *supra* nota 26, p. 101.

47 Participantes de um levante em massa adquirem *status* semelhante aos combatentes (Art. 4 (A) (6) CG III). Eles são, entretanto, de pouca relevância na prática atual; cf. Rogers, ‘Combatant status’, em E. Wilmshurst/S. Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* (2007) 101, p. 113; Ipsen, *supra* nota 26, p. 93.

possuírem seu status, sem precisar participar diretamente de ataques para tal.⁴⁸ O status não está limitado a guerreiros armados ou estrategistas militares. Por isso, alguns estudiosos alegam que, por exemplo, especialistas em comunicação e logística que sejam integrantes de grupos ou forças armados, e sob a mesma ordem hierárquica, são também combatentes (de fato).⁴⁹ “Targeted killings” desses combatentes (de fato) são até mesmo permitidos quando eles não estejam em guarda, por exemplo, se estiverem dormindo ou jogando com seus companheiros,⁵⁰ contanto que nenhum dano colateral seja causado em violação ao princípio da proporcionalidade (Art. 51 (5) (b) e Art. 57 (2) do PA I).⁵¹

Se seguirmos a definição organizacional de combatente (de fato), ou seja, a que deriva do status pela conexão com as forças armadas de um Estado ou um grupo armado organizado conforme o conceito do DIH, os membros da Al-Qaeda poderiam ser apenas considerados como combatentes (de fato) pela associação e, por isso, serem atacados de acordo com o DIH se a Al-Qaeda fosse considerada – em contraste à posição defendida acima no item A – como um grupo armado organizado. Ao mesmo tempo em que a situação pode ser de interesse do Estado que combate tal grupo (permitindo-lhe “targeted killing” de seus membros), o outro lado da moeda é que o status dos combatentes (de fato) implica certos direitos, particularmente o direito a “participar diretamente de ataques” (Art. 43 (2) do PA I) e o status de prisioneiro de guerra (Art. 4 (A) (2) da Convenção de Genebra III). É por essa razão que os EUA qualificam essas pessoas, desde o governo de George W. Bush,⁵² como “combatentes

.....
48 Enquanto eles são combatentes, cf. Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (2010), p. 146.

49 Watkin, *supra* nota 18, p. 691. Embora isso seja altamente controverso. Para uma visão mais restritiva, por exemplo Melzer, *supra* nota 18, p. 846 que alega que apenas a “ala militar” de um grupo perde a imunidade permanentemente. Claramente, juízes, oficiais do governo e os operários não são combatentes, cf. Ipsen, *supra* nota 26, p. 99.

50 Isso também vale para membros de grupos armados organizados que perdem seu status de combatente por desrespeito ao DIH, cf. M. Lewis/E. Jensen/G. Corn, *supra* nota 10, p. 49.

51 A esperada vantagem militar deve ser maior que a perda inevitável das vantagens dos civis não envolvidos, cf. Cohen/Shany, ‘A Development of Modest Proportions, The Application of the Principle of Proportionality in the *Targeted Killings* Case’, 5 *JICJ* (2007) 310, p. 312; N. Melzer, *Targeted Killing in International Law* (2008), p. 303.

52 Escritório da Secretaria de Imprensa dos EUA, White House Fact Sheet, 7 de fevereiro de 2002, “Status of Detainees at Guantánamo”, disponível em www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020207-13.html (acesso em 29 de maio de 2011); Resposta dos EUA em 21 de outubro de 2005 à investigação da Agência de Refugiados da ONU em 8 de agosto de 2005 referente aos detentos de Guantanamo, p. 5, disponível em www.asil.org/pdfs/ilib0603211.pdf (acesso em 29 de maio de 2011).

ilegais”⁵³ – a fim de não lhes garantir direito algum. Ainda, isso significa que uma terceira categoria – junto com os civis e os combatentes (de fato) – foi criada para converter estes indivíduos em seres sem quaisquer direitos.

Indivíduos pertencentes a outros grupos ou entidades coletivas não equivalem a grupos armados organizados no contexto do DIH, quer dizer, membros de quadrilhas criminosas, incluindo terroristas, são considerados civis sob o DIH.⁵⁴ Isso vem da definição negativa do Art. 50 (1) do PA I. Claramente, seguidores ao redor do mundo compartilham a ideologia da Al-Qaeda e podem até mesmo ter contato com a rede e entre si, mas tais seguidores não podem arrogar nada dos autores dessa ideologia, nem pode a Al-Qaeda fazê-los agir em seu favor. A mera associação em um grupo não-organizado não faz o integrante perder seu status de civil.⁵⁵ Os civis gozam de ampla proteção (Art. 13 do PA II), particularmente contra a morte (deliberada), que pode configurar crime de guerra (Art. 8 (2) (b) (i) e Art. 8 (2) (e) (i) do Estatuto de Roma). Somente se os civis “participarem diretamente de ataques” (Art. 51 (3) do PA I; Art. 13 (3) do PA II)⁵⁶ perderão sua proteção e poderão ser alvos militares legítimos enquanto participantes.⁵⁷ De fato, a proteção permanente contra “targeted killings” apenas beneficia aqueles civis

.....

53 Para um estudo crítico aprofundado desta terceira categoria, J. Wiczkorek, *supra* nota 21, p. 125. Para o status civil também Suprema Corte de Israel, *supra*, nota 9, para. 26 (“um combatente ilegal não é um combatente, uma vez civil”). A favor dessa categoria por razões puramente semânticas, K. Parameswaran, *Besatzungsrecht im Wandel: Zur heutigen Bedeutung des Besatzungsrechts* (2008), p. 95; Švarc, ‘The use of military force in the fight against terrorism: international legal framework’, 6 *The ISIL yearbook of international humanitarian law and refugee law* (2006) 142, p. 162; Bothe, ‘Töten und getötet werden – Kombattanten, Kämpfer und Zivilisten im bewaffneten Konflikt’, in K. Dicke *et al.* (eds.), *Weltinnenrecht* (2005) 67, p. 69. Para Gross, ‘Assassination and targeted killing: law-enforcement, execution or self-defense?’, em D. Rodin (ed.), *War, torture and terrorism* (2007) 83, p. 84, essas pessoas são “certamente não civis”.

54 Civis são todas as pessoas não combatentes, ou seja, além de cidadãos comuns, membros da polícia, espíões, boinas azuis da ONU, *franc-tireurs*, mercenários, funcionários de companhias de segurança privada e insurgentes desorganizados. A respeito do aspecto de legitimidade que o termo *civil*: K.W. Watkin, ‘Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle Over Legitimacy’, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research (2005), p. 6.

55 Em sentido contrário: Watkin, *supra* nota 18, p. 666.

56 O Art. 51 (3) PA I não é objeto de qualquer reserva pelas partes; cf. Momtaz, ‘La participation directe des personnes civiles aux hostilités’, em Fischer-Lescano *et al.* (eds.), *Frieden in Freiheit - Peace in liberty - Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag* (2008) 493, p. 496; Gaudreau, ‘Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre’, 849 *International Review of the Red Cross* (2003) 143.

57 Cf. Oeter, ‘Das militärische Vorgehen gegenüber bewaffneten Widerstandskämpfern in besetzten Gebieten und internen Konflikten: “direct participation in hostilities” und der Schutz der Zivilbevölkerung’, em A. Fischer-Lescano *et al.* (eds.), *Frieden in Freiheit - Peace in liberty - Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag* (2008) 503, p. 503; Keller/Forowicz, ‘A tightrope walk between legality and legitimacy: an analysis of the Israeli Supreme Court’s judgment on targeted killing’, 21 *LJIL* (2008) 185, p. 210.

que não participam diretamente dos ataques.⁵⁸ Em outras palavras, enquanto grupos armados organizados, no sentido do DIH, por definição participam, como entidades coletivas, diretamente de alguns ataques,⁵⁹ diferente é o caso de outros grupos que, a propósito do DIH, são apenas associações de indivíduos cuja imunidade a ataques deve ser decidida individualmente, caso a caso.

Em relação à execução de bin Laden, significa que mesmo com a suposição de um conflito armado entre os EUA e a Al-Qaeda, e por isso a aplicabilidade do DIH, sua morte não poderia ser considerada legítima por causa da associação a um grupo armado organizado no sentido do DIH se a Al-Qaeda fosse qualificada como um grupo desse tipo. Pelas razões dadas acima (item A), entendemos que não se pode chegar a uma conclusão razoável considerando-se a Al-Qaeda ou qualquer outro grupo terrorista. Isso significa que bin Laden (ou qualquer outro membro de um grupo terrorista) deve ser tratado como um indivíduo que pode apenas ser alvejado se participar diretamente de ataques. Essa questão não pode ser confundida com a questão da responsabilidade de bin Laden sob o direito penal nacional e internacional. Não há dúvidas de que a mera associação a grupos terroristas como a Al-Qaeda pode ser criminalizada e, de fato, há crime na maioria das jurisdições nacionais.⁶⁰ Além do mais, há uma pequena dúvida se a responsabilidade penal individual de bin Laden, considerando o número de atos terroristas da Al-Qaeda, poderia ser determinada por um julgamento criminal. Entretanto, tudo isso não é tão relevante quanto à sua execução perante o DIH. Aqui, a única questão relevante é se ele estava ainda participando diretamente dos ataques.

.....

58 No mesmo sentido: A.P.V. Rogers/P. Malherbe/D. Doppler (eds.), *Fight it right: model manual on the law of armed conflict for armed forces* (1999), p. 171; M.N. Schmitt/C. Garrawaym/Y. Dinstein, *The manual on the law of non-international armed conflict* (2006), p. 4; *Circulaire du Secrétaire général, Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies*, ST/SGB/1999/13, 6 de agosto de 1999, Art. 5 (2); bem como em vários manuais militares, por exemplo *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* (2005), para. 805; *Zentrale Dienstvorschrift 15/2 der Deutschen Bundeswehr* (1992), para. 501; *New Zealand Defence Manual 112*, Attack rule n° 517 (3); *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations of the U.S. Navy/Marine Corps/Coast Guard*, NWP 1-14M, MCWP P5800.7, para. 11.3 (1995).

59 Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (2009), p. 103; cf. também Akande, 'Clearing the Fog of War? The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities', 59 *International and Comparative Law Quarterly* (2010) 180, p. 190.

60 Por exemplo, a seção 129a do Código Penal alemão (StGB) prevê pena de prisão de até 10 anos para a formação, participação ou associação de "organização terrorista". A seção 129b aplica-se às organizações estrangeiras. Para um estudo mais aprofundado desse tipo de responsabilidade organizacional, cf. Morozinis, *Dogmatik der Organisationsdelikte* (2010), *passim*.

D. Participação direta em ataques

Enquanto as questões que rodeiam a participação direta nos ataques ainda são muito divergentes,⁶¹ há um entendimento geral de que se exige uma função contínua de combate.⁶² Essa função refere-se a atos que, por sua natureza ou proposta, podem provocar lesões⁶³ às pessoas e danos aos equipamentos da parte adversária.⁶⁴ Atacar ou tentar capturar membros ou armas das forças armadas inimigas, implantar minas, alocar ou detonar bombas, ou sabotar linhas de comunicação militar são exemplos bem conhecidos.⁶⁵ Também incluem-se preparação ou a recuperação de locais onde as atividades mencionadas são praticadas.⁶⁶ Se o dano é provocado de maneira diferente (não ao adversário), matando civis, por exemplo, a participação direta é considerada,⁶⁷ contudo, na medida em que a violência estiver relacionada com o conflito.⁶⁸ Por outro lado, a imunidade contra ataques pode ser renovada pela renúncia definitiva e verossímil da atividade militar, por exemplo, pela entrega de armas⁶⁹ ou pela ausência de participação no conflito por um longo período.⁷⁰ A abstenção temporária de

61 Pejic, ‘“Unlawful/Enemy Combatants”: Interpretations and Consequences’, em M. Schmitt/J. Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honor of Yoram Dinstein* (2007) 335, p. 337.

62 Este termo foi cunhado durante as discussões dos grupos de especialistas no processo de esclarecimento do Comitê Internacional da Cruz Vermelha sobre a noção de participação direta em hostilidades: cf. Watkin, *supra* nota 18, p. 655. Na orientação interpretativa o conceito é usado para descrever um requerimento para a perda de imunidade dos membros de grupos armados organizados. Seguindo essa opinião, o pessoal que integra esses grupos armados somente poderiam ser alvejados no exercício contínuo de uma função de combate: cf. N. Melzer, *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law* (2009), p. 16. Mais informação sobre esse processo consultivo disponível em <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/direct-participation-article-020709.htm> (acesso em 29 de maio de 2011).

63 J.-F. Quéguiner, ‘Le principe de distinction dans la conduit des hostilités’ (Tese do arquivo da University of Geneva), p. 326-327 (“ameaça direta”).

64 *Acusação v. Baglishema*, 7 de junho de 2001, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ICTR-95-1A, para. 104; É. David, *Principes de droit des conflits armés* [4.^a ed. 2008], p. 286.

65 Vestir um uniforme e um distintivo e usar armas é suficiente, de acordo com J. Roemer, *Killing in a Gray Area between Humanitarian Law and Human Rights* (2010), p. 50.

66 A.P.V. Rogers, *Law on the battlefield* (2004), p. 11-12.

67 J. Roemer, *supra* nota 65, p. 55; Kretzmer, ‘Civilian Immunity in War: Legal Aspects’, em I. Primoratz (ed.), *Civilian Immunity in War* (2007) 84, p. 91; Schmitt, ‘The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis’, 1 *Harvard National Security Journal* (2010) 5, p. 28.

68 Para uma análise detalhada do nexos beligerante, cf. L.F. Strømme, ‘Incompetent Resistance?: Core Aspects of Civilian Direct Participation in Hostilities’ (Tese do arquivo da University of Oslo), p. 26.

69 H. Olásolo, *Unlawful Attacks in Combat Situations: From the ICTY’s Case Law to the Rome Statute* (2008), p. 115.

70 Em detalhes: Schmitt, ‘Targeting and International Humanitarian Law in Afghanistan’, em M. N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis* (2009) 307, p. 317.

batalhas, ou por um curto período, não pode ser qualificada como uma renúncia definitiva. O agente não pode andar através de uma “porta giratória”,⁷¹ para assim perder e readquirir proteção conforme seu gosto;⁷² em outras palavras, “um camponês durante o dia e um combatente à noite” toma parte diretamente nos ataques, isto é, ele é um “combatente” para os fins do DIH.⁷³

Aplicando-se esses princípios a bin Laden, tudo vai depender de sua função e atividade nos últimos meses anteriores à sua morte. Claramente, há algum espaço para especulação pela falta de informação precisa e confiável. Em qualquer caso, enquanto bin Laden costumava participar diretamente nos ataques quando ele ainda era um combatente ativo no campo de batalha ou como um estrategista importante, atuando dentro e a partir do Afeganistão,⁷⁴ mais recentemente o mesmo aparecia como um mero líder espiritual da Al-Qaeda, sem qualquer influência maior em operações militares concretas.⁷⁵ Isolado e escondido em seu refúgio no Paquistão, bin Laden não parecia mais capaz de ocupar a posição de um líder militar. Sua resignação das atividades militares pode não ter sido voluntária, entretanto, foi definitiva. Mesmo que alguém, apesar de indícios contrários, quisesse qualificar bin Laden como um alvo militar legítimo, sua morte poderia ter sido ilegal se ele voluntariamente tivesse se rendido ou, ao contrário, estivesse fora de combate (hors de combat) (Art. 41 do PA I),⁷⁶

71 Termo utilizado pela primeira vez por: Parks, ‘Air War and the Law of War’, 32 *Air Force Law Review* (1990) 1, p. 118. Em detalhes: Shany, ‘Israeli Counter – Terrorism Measures: Are They ‘Kosher’ Under International Law?’, em M.N. Schmitt/G. Beruto (eds.), *Terrorism and international law: challenges and responses* (2002) 96, p. 104.

72 N. Melzer, *supra* nota 51, p. 353.

73 Em detalhes: D. Williams, ‘http://www.worldcat.org/title/tata-sto-si-ti-radio-u-velikom-ratu-izravno-ucesce-u-neprijateljstvima-i-moguće-rjesenje-za-slozenu-pravnu-poziciju-daddy-what-did-you-do-in-the-great-war-direct-participation-in-hostilities-a-possible-solution-to-a-fraught-legal-position/oclc/449208764&referer=brief_results’ (Tese do arquivo da University of Split), p. 830.

74 Para ilustrar, cf. A. Robinson, *Bin Laden* (2001), p. 266.

75 J. Burke, *supra* nota 27, p. 28 *et seq.* e 293 *et seq.*; I. Hamel, *L’énigme Oussama Ben Laden* (2008), p. 299; A. Rodier, *Al-Qaida, les connexions mondiales du terrorisme* (2006), p. 190; V. Korewa, *La lutte contre le terrorisme d’Al-Qaida: Perspectives stratégiques* (2008), p. 109 (“Al-Qaeda não depende de bin Laden para ser considerada legitimamente uma organização”); Neue Zürcher Zeitung, *Bin Laden wird überschätzt*, 25 de maio de 2011, p. 9; em sentido contrário: Bergen, ‘Al-Qaeda, the Organization: A Five-Year Forecast’, 618 *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* (2008) 14, p. 16; Lesnes, ‘Saisi à Abbottabad, le journal d’Oussama Ben Laden est un « trésor » pour la CIA’, 20623 *Le Monde*, 13 de maio de 2011, p. 8. De acordo com Kretzmer, *supra* nota 67, p. 93, a análise estratégica geral não equivale à participação direta em ataques.

76 Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (IACHR Report) 55/97, 30 de outubro de 1997, Caso 11.137, Argentina, OEA/Ser/L/V/II.97, Doc. 38 (“La Tablada”), para. 189. De acordo com Proulx, ‘If the Hat Fits Wear It, If the Turban Fits Run for Your Life: Reflection on the Indefinite Detention and Targeted Killings of Suspected Terrorists’, 56 *Hastings Law Journal* (2005) 801, p. 884, “targeted killings”

também Art. 3 das Convenções de Genebra I e IV). Além disso, a morte deve ser realmente direcionada, quer dizer, perigos colaterais devem ser evitados.⁷⁷

2. Legalidade durante o tempo de paz

Se os EUA não estão em guerra com a Al-Qaeda, como defendemos nesse estudo, o regime legal aplicável é aquele dos tempos de paz. Por isso, a força letal contra qualquer pessoa, seja um cidadão comum ou um suspeito de terrorismo, é, de acordo com a regra, proibida tanto pelo direito penal quanto pelo direito internacional dos direitos humanos (Art. 6 (1) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCC)).⁷⁸ O direito internacional dos direitos humanos não faz distinção se a execução foi direcionada, ou não, ou praticada por um avião sem piloto ou outros meios.⁷⁹ Obviamente, a proibição de usar força letal não é absoluta. Reconhecem-se duas exceções. Primeiro, o direito internacional não proíbe a - ainda amplamente praticada⁸⁰ - pena de morte, desde que esta seja imposta após o julgamento justo por um juízo competente (Art. 6 (2) PIDCC).⁸¹ Qualquer outra execução, antes de um julgamento, ou resultante de um julgamento injusto e sumário, é ilegal. Isso constitui execução extrajudicial ou extralegal.⁸² A segunda exceção é extraída de uma interpretação em sentido contrário do Art. 6 (1) do PIDCC. O dispositivo proíbe a “privação arbitrária” da vida de uma pessoa. Isso é geralmente compreendido como a permissão ao uso da força letal em caso de legítima defesa própria ou de outrem e em perigo

negam à vítima o direito de rendição.

77 *Supra* nota 51 e corpo do texto.

78 Doc. 999 das Nações Unidas (Coletânea de Tratados das Nações Unidas - U.N.T.S. 171); Art. 6 (1) diz o seguinte: “Todo ser humano tem o direito inerente à vida. Esse direito deve ser protegido por lei. Ninguém pode ser privado arbitrariamente da vida”

79 Tigroudja, ‘Assassinats ciblés et droit à la vie dans la jurisprudence de la Cour suprême israélienne, em C. Tomuschat/E. Lagrange/S. Oeter (eds.), *The Right to Life* (2010) 267, p. 274.

80 A Anistia Internacional aponta que 60% da população mundial vive em algum país que adota a pena de morte, em um terço dos países do mundo. Dados disponíveis em <http://www.amnesty.name/en/death-penalty/numbers> (acesso em 29 de maio de 2011).

81 Art. 6 (2) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (*supra* nota 78) diz o seguinte: “Em países que não aboliram a pena de morte, esta só poderá ser imposta aos crimes considerados mais graves de acordo com a lei vigente no tempo em que o fato foi cometido e não contrariamente às provisões do presente Pacto e da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. Essa pena somente poderá ser aplicada após decisão final de tribunal competente.”

82 Conselho de Direitos Humanos da ONU, Relatório provisório sobre a situação mundial em relação às execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, submetido por Philip Alston, relator especial, 5 de setembro de 2006, A/61/311, para. 33-45.

iminente a si próprio ou a terceiro.⁸³ Os princípios gerais subjacentes do direito penal foram codificados no Art. 31 (1) (c) – legítima defesa própria ou de terceiro – e no Art. 31 (1) (d) – necessidade e coação – do Estatuto de Roma. Ainda, ambas as “defesas” da execução deliberada requerem, independentemente de certas condições, como as do uso da força (proporcionalidade), tanto o iminente uso da força quanto o perigo iminente à pessoa que recorre ao uso da força letal.⁸⁴ Se é verdade que Osama bin Laden estava desarmado quando foi alvejado,⁸⁵ qualquer ameaça iminente à equipe Navy Seals⁸⁶, no momento de seu ingresso, deve ser afastada. Mesmo que tal ameaça existisse, alguém perguntaria, considerando a perícia empregada pelas Forças Especiais,⁸⁷ se bin Laden não poderia ter sido ferido em vez de morto com dois tiros certos (um na cabeça e outro no peito).⁸⁸ Se, finalmente, as Forças Especiais acreditassem que havia um ataque iminente, isto é, se tivessem incorrido em erro sobre os requisitos de fato de uma situação de legítima defesa (legítima defesa putativa), esse erro não teria tornado a execução legítima, mas somente, no máximo, excluiria a reprovabilidade da conduta e, por isso, a culpabilidade dos combatentes.⁸⁹

3. Legalidade sob o direito internacional público geral

Qualquer operação policial ou militar em território estrangeiro requer a aprovação do Estado em questão;⁹⁰ do contrário, a operação implica violação à soberania territorial deste Estado,⁹¹ protegida pelo Art. 2 (4) da Carta das Nações

83 Cf. Ambos, ‘Defences in international criminal law’, em B.S. Brown (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law* (2011) 299, p. 307 *et seq.* com outras referências.

84 Cf. Art. 31 (1) (c) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional: “contra iminente e injusto uso da força”; 31 (1) (d): “ameaça de morte iminente ou contínuas ameaças de lesões corporais...”

85 Altman *et al.*, ‘The End of bin Laden’, *Time Magazine*, 20 de maio de 2011, 14, p. 21.

86 N. do T.: A equipe *Navy Seals* é a principal força da Marinha dos EUA (combatentes de elite), responsável pela operação no Paquistão que resultou a morte de Osama bin Laden.

87 O “*Team 6*” da equipe *Navy Seals* é chamado de “*elite da elite*”, cf. Mazzetti, ‘*In Bin Laden’s Compound, Seals’ All-Star Team*’, *New York Times*, 5 de maio de 2011, p. A14.

88 Carter, ‘Taliban: Bin Laden’s death reinvigorates war against U.S.’, *CNN World*, 7 de maio de 2011, disponível em http://articles.cnn.com/2011-05-07/world/afghanistan.taliban.bin.laden_1_bin-laden-osama-bin-sheikh-osama?_s=PM:WORLD (acesso em 29 de maio de 2011).

89 Para uma boa discussão em inglês: G. Fletcher, *Basic concepts of criminal law* (1998), p. 158 *et seq.*

90 A favor de exceção na “perseguição” (não aplicável *in casu*) em caso de fuga dos insurgentes pela fronteira: Murphy, *supra* nota 42, p. 116.

91 Presidente Obama reconheceu esse ditado: cf. entrevista de 4 de maio de 2011, disponível em http://www.cbsnews.com/8301-504803_162-20060530-10391709.html?tag=contentBody;listingLeadStori

Unidas.⁹² Essa proteção não é cancelada nos casos de combate transnacional contra o terrorismo internacional. Bem ao contrário, as resoluções pertinentes do Conselho de Segurança confirmam o respeito à integridade do território do Estado envolvido.⁹³ Pois que, para nosso melhor conhecimento, o Paquistão não foi informado sobre a operação;⁹⁴ sua soberania foi violada.⁹⁵

Alguém pode contestar esse ponto de vista, considerando-o muito favorável à soberania de um Estado que, conscientemente, tolera a presença de terroristas (internacionais) em seu território ou até mesmo apóia suas atividades. Poderia, então, um Estado ameaçado por esses terroristas não ter a possibilidade de invocar o direito de auto-defesa do Art. 51 da Carta das Nações Unidas e levar adiante operações militares contra os respectivos grupos terroristas fixados em território estrangeiro? A questão foi respondida negativamente pelo Conselho de Segurança da ONU. As resoluções anti-terrorismo relevantes⁹⁶ não autorizam a efetivação de operações militares em território estrangeiro;⁹⁷ elas só preceituam a retirada de suspeitos terroristas pelo clássico princípio *aut dedere aut iudicare*.⁹⁸

es (acesso em 29 de maio de 2011).

92 O Art. 2 (4) da Carta das Nações Unidas diz o seguinte: “Todos os membros devem abster-se em suas relações internacionais da ameaça ou do uso da força contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com os propósitos da ONU.”

93 Cf. Observações preliminares da Resolução do Conselho de Segurança da ONU (SC Res.) 1917 (2010), para. 2; SC Res. 1974 (2011), para. 2 e SC Res. 1943 (2010), para. 4 (confirmando a soberania territorial dos Estados).

94 Conferência de um oficial sênior da Casa Branca após a execução de bin Laden: “Não dividimos nossa inteligência sobre bin Laden com nenhum outro país, inclusive o Paquistão”, disponível em <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/05/02/press-briefing-senior-administration-officials-killing-osama-bin-laden> (acesso em 29 de maio de 2011). Cf. Também entrevista do Presidente Barak Obama, *supra* nota 91.

95 Sobre o consentimento prévio do Paquistão a respeito das operações militares dos EUA em seu território, cf. Murphy, *supra* nota 42, p. 118 *et seq.*

96 Resoluções do Conselho de Segurança da ONU: SC Res. 1267 (1999), SC Res. 1333 (2000), SC Res. 1390 (2002), SC Res. 1455 (2003), SC Res. 1526 (2004), SC Res. 1617 (2005), SC Res. 1735 (2006), SC Res. 1822 (2008) e SC Res. 1904 (2009). Cf. também SC Res. 1363 (2001), SC Res. 1388 (2002), SC Res. 1452 (2002), SC Res. 1456 (2003), SC Res. 1699 (2006), SC Res. 1730 (2006) e SC Res. 1732 (2006).

97 Murphy, *supra* nota 42, p. 121.

98 Cf. Art. 6 (4) da Convenção Internacional para a Supressão dos Atentados Terroristas, A/RES/52/164 de 15 de dezembro de 1997, 2149 U.N.T.S. 256; Art. 7 (4) da Convenção Internacional de Supressão do Financiamento ao Terrorismo, A/RES/54/109 de 9 de dezembro de 1999, U.N. Doc. 2178 U.N.T.S. 197; Art. 9 (4) of the Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear, A/RES/59/290 de 13 de abril de 2005, U.N. Doc. 2445 U.N.T.S. 89, que diz o seguinte: “Cada Estado tomará igualmente medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os delitos previstos no art. 2º em casos em que o presumível autor esteja em seu território e não houver a extradição para qualquer dos Estados partes que tenham estabelecido sua jurisdição de acordo com os parágrafos 1º ou 2º.”

A Resolução 1456 (2003)⁹⁹ exige, em seu parágrafo 3.º, que “sejam levados a julgamento aqueles que financiam, planejam, apóiam ou comprometem-se com atos terroristas ou permitam o refúgio seguro, de acordo com o direito internacional, particularmente com fundamento nas regras para extraditar ou processar”.¹⁰⁰ Além disso, antes da intervenção do Conselho de Segurança, um Estado somente pode invocar o art. 51 se houver uma ameaça imediata de ataque terrorista o qual deva ser combatido pelo uso extraterritorial da força e não permita que se espere pela ação do Conselho de Segurança; ao contrário, se falta o imediatismo e/ou o Conselho de Segurança tenha agido, o art. 51 não pode ser invocado (“até que o Conselho de Segurança tenha tomado medidas...”).¹⁰¹ Essa é a situação em relação à ameaça geral de terrorismo desde o 11 de setembro, a partir de quando o Conselho de Segurança vem tendo o controle da situação e agindo adequadamente.

Conclusão

A execução de Osama bin Laden pelas Forças Especiais dos EUA não está livre de uma acurada análise legal. Em relação ao DIH como o regime legal mais importante, se alguém, contrariamente ao ponto de vista destes autores, assumir que existe um conflito armado entre os EUA e a Al-Qaeda, a operação norte-americana, provavelmente, causou a morte de um civil que não estava mais participando de ataques diretos. Se ele ainda fosse um “combatente”, estaria, no momento da execução, fora de combate. Somente se alguém qualificar, novamente, contra nosso ponto de vista, a Al-Qaeda como um grupo armado organizado, de acordo com o significado do DIH, bin Laden poderia ter sido morto como seu integrante.

.....

99 N. do T.: Adotada pelo Conselho de Segurança da ONU em 20 de janeiro de 2003.

100 Também Resolução do Conselho de Segurança da ONU (SC Res.) 1566 (2004), para. 2, assim como SC Res. 1624 (2005) em suas considerações preliminares. Já anteriormente ao atentado de 11 de setembro de 2001 o Conselho de Segurança exigiu a prisão e a persecução criminal da Osama bin Laden, cf. SC Res. 1267 (1999), para. 2. Para uma regra de direito internacional que impõe aos Estados a obrigação de processar e julgar os acusados de terrorismo e de países alheios a absterem-se de contestar a acusação e a repressão contra seus cidadãos, cf. *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 de fevereiro de 2011, STL, STL-11-01/II/AC/R176bis, para. 102. Para uma discussão crítica, cf. Ambos, ‘Judicial creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is there a crime of terrorism under international law?’, 24 *LJIL* (2011), questão 3 (no prelo).

101 Sobre o princípio da imediação e do caráter subsidiário das medidas de autodefesa à luz da ação do Conselho de Segurança da ONU, cf. Cassese, ‘Art. 51’, em J.-P. Cot/A. Pellet/M. Forteau (eds.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article* [3ª edição 2005] 1329, p. 1333; Randelzofer, ‘Art. 51’, em B. Simma *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations, A Commentary* [2ª edição 2002] 788, p. 790, nm. 4 e p. 792, nm. 8; Murphy, *supra* nota 42, p. 130 *et seq.*

Sob o direito internacional dos direitos humanos e o direito penal interno, ambos aplicáveis em tempos de paz, a situação é ainda mais clara: a morte de Osama bin Laden significa uma execução extrajurídica proibida sob os direitos humanos em geral; os fatos até agora conhecidos não sugerem que as Forças Especiais tenham atuado em legítima defesa. Por derradeiro, a operação dos EUA, realizada sem o conhecimento das autoridades do Paquistão, violou a soberania territorial deste país. Aqui novamente, a justificativa, desta vez fundada na legítima defesa coletiva (Art. 51 da Carta das Nações Unidas), não existe.

Além dessas questões legais complexas e, de fato, contenciosas, encontra-se a questão fundamental se o mundo ocidental pode privar seus inimigos terroristas de seu direito à vida e de seus outros direitos fundamentais, declarando-os objetos militares desprezíveis. A questão deve ser respondida negativamente. A superioridade política e moral de uma sociedade livre e democrática impõe que seus inimigos sejam tratados como pessoas titulares de direitos mínimos e que não repita o que seus opositores fazem – agir com barbaridade e desprezo pela humanidade.

Não se deve travar uma “guerra” contra os terroristas; deve-se combatê-los com direito penal justo e proporcional. Isso coaduna, como corretamente estatuído na Resolução 1456, de 2003, do Conselho de Segurança da ONU, já citada no começo deste trabalho, “com o direito internacional, particularmente os direitos humanos internacionais, o direito dos refugiados e o direito humanitário”¹⁰² na luta contra o terrorismo. Não se exclui o uso da força e até mesmo a execução de terroristas como ultima ratio, no entanto, somente se forem respeitadas as regras e as condições até aqui expostas. Apenas isso pode evitar o tipo de justiça que vem sendo promovida, particularmente pelos EUA, desde Nurembergue. E esse é o único alicerce a partir do qual podemos triunfar sobre a injustiça terrorista.

.....
102 Resolução do Conselho de Segurança da ONU (SC Res.) 1456 (2003), para. 6 e SC Res. 1624 (2005), para. 4. A formulação do Presidente do Conselho de Segurança da ONU, em 02 de maio de 2011, após a morte de Osama bin Laden (S/PRST/2011/9) é questionável: “o Conselho de Segurança acolhe, com agrado, a notícia de que, após 01 de maio de 2011, Osama bin Laden não será capaz de praticar mais atos de terrorismo...”