UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Caio Gracco Pinheiro Dias

**CONTRA A DOUTRINA “BUSH”:
PREEMPÇÃO, PREVENÇÃO E DIREITO
INTERNACIONAL**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Alberto do Amaral Junior

São Paulo/SP
Janeiro de 2007

Caio Gracco Pinheiro Dias

**CONTRA A DOCTRINA “BUSH”:
PREEMPÇÃO, PREVENÇÃO E DIREITO
INTERNACIONAL**

Tese apresentada à Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Internacional.

Orientador: Prof. Alberto do Amaral Jr.

**São Paulo/SP
Janeiro de 2007**

AGRADECIMENTOS⁺

O término desta tese só foi possível porque contei, durante todo o período do curso de Doutorado, com o apoio e encorajamento de algumas pessoas às quais não posso deixar de prestar tributo.

Em primeiro lugar, agradeço ao Professor Alberto do Amaral Jr, que me aceitou como seu orientando e sempre demonstrou confiança em minhas capacidades, mesmo quando eu delas duvidava.

Aos professores que me guiaram nessa jornada pelo Doutorado também quero agradecer, em especial aos Professores Rolf Nelson Kuntz e Fábio Konder Comparato, de cujas aulas saíram algumas das idéias que tentei expor nesta tese. Além do agradecimento, fica também a saudade do Prof. Guido Fernando da Silva Soares, cujo curso tive a honra de freqüentar no segundo semestre de 2004.

Sou grato também aos professores do curso de Direito da Universidade São Judas Tadeu, em especial aos amigos Camilo Onoda Luiz Caldas, Lucyla Telles Merino e Silvio Luiz de Almeida, dos quais sempre recebi estímulo e ajuda. Às conversas com Annie Dymetman devo a primeira sugestão do tema da tese e a eterna provocação à reflexão original e conseqüente. Nunca conseguirei retribuir suficientemente o que vocês fizeram por mim nestes últimos meses.

Nos Professores Fernando Herren Fernandez Aguillar, Diretor do Curso de Direito da Universidade São Judas Tadeu, e Thiago Rodrigues, Coordenador do Curso de Relações Internacionais da Faculdade Santa Marcelina, encontrei exemplos de seriedade e de

⁺ O autor contou, desde outubro de 2005, na qualidade de Professor em Tempo Integral (40 horas) da Universidade São Judas Tadeu, com 10 horas-aula semanais remuneradas destinadas exclusivamente à pesquisa de doutorado, apoio sem o qual dificilmente o trabalho teria sido concluído.

compromisso com o ensino inovador e de qualidade que renovam as minhas esperanças na carreira docente.

Pelo abrigo, apoio, incentivo e carinho constante, agradeço às funcionárias do Departamento de Direito Internacional Edna Setsuko Tsutsui, Aiko Endo e Claudia Regina Koga.

Mesmo com a distância imposta pela reclusão do período de redação, a amizade de Alexandre Cardoso, Elaini Cristina Silva, Gerson Mella Filho, Liliana Jubilut, Oswaldo Castro, Pako Ary, Ricardo Christe, Ricardo Grego e Valéria Baraldi foi sempre uma constante nesse período. Vamos nos ver com mais frequência, agora, prometo!

Por me ajudar a escapar de um provável futuro de isolamento, e sempre me lembrar de quão necessário é ter consciência de si e dos outros, sou grato à Dra. Enilde de Togni Muniz.

Minha mãe, como sempre, desdobrou-se em duas para permitir que eu pudesse me dedicar integralmente à redação desta tese. Jamais teria dado conta de tudo o que aconteceu neste ano sem a sua ajuda. Meus pais Marcos e Nilo, a *Tia* Rubia, meus irmãos Camila e Cássio e meus irmãos-novos Priscila e Cláudio também me ajudaram e incentivaram a ir até o final do trabalho.

Por fim, sem a compreensão, o amparo e a cumplicidade que encontro todos os dias em minha esposa, eu não teria chegado aqui. A você, Viviane, que agora me dá o maior motivo que eu poderia ter para fazer sempre o melhor, nosso filho, dedico este trabalho.

RESUMO

Esta tese tem por objetivo criticar a “Doutrina Bush”, cujos termos foram lançados na Estratégia de Segurança Nacional dos EUA de 2002 e têm orientado a política externa da atual Administração daquele país no sentido de uma maior assertividade do poder militar estadunidense contra as ameaças, atuais ou futuras, que ponham em risco a sua posição de dominância no plano internacional, em particular no seu pleito de legalidade da legítima defesa chamada *preemptiva*. A este respeito, esta tese faz duas afirmações centrais: 1) que, ao contrário do que os termos em que está formulada nos querem fazer crer, não se trata de uma política de ataques preemptivos, mas sim de ataques preventivos, que não podem ser subsumidos ao instituto jurídico da legítima defesa; 2) que qualquer política de ataques preventivos decididos de maneira unilateral é incompatível com a manutenção da ordem no atual sistema em que se estruturam as relações internacionais na atualidade. Para tanto, na primeira parte da tese, é analisada a justificação político-filosófica da legítima defesa, cujo reconhecimento nos sistemas jurídicos positivos se revela uma condição racional de sua legitimidade, bem como, a partir dos limites marcados pelos princípios justificantes – *agressão atual e necessidade dos meios empregados na defesa* –, é apresentado um conceito ideal de legítima defesa; na segunda parte, expõe-se a regulação do instituto da legítima defesa no direito internacional, especialmente na Carta da ONU, contra a qual é, em seguida, comparada a proposta de “legítima defesa preemptiva” feita pela “Doutrina Bush”. Desta se conclui que, nos termos em que é formulada, não pode ser considerada como legítima defesa, porque dispensa o requisito do ataque atual, em curso ou iminente, revelando-se verdadeira ação preventiva, cuja atribuição somente deve caber a um órgão que represente a comunidade internacional, no caso, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, sob pena de fragilizar a proibição do uso da força nas relações internacionais. Por outro lado, entendida a preempção nos estreitos limites da resposta antecipada a um ataque iminente, defende-se que seja abrangida pela permissão do uso da força em legítima defesa, desde que sujeita a alguma forma de controle posterior.

ABSTRACT

This thesis intends to refute the so-called “Bush Doctrine”, whose terms have been laid down in the National Security Strategy of the United States of America in 2002, and have since then oriented the present Administration’s foreign policy towards a greater assertiveness of military power against either present or future threats to its dominant position in international relations, in particular its proposition of a right to preemptive self-defense. In this respect, this thesis advance two central claims: 1) that, contrary to what the actual terms in which this doctrine is formulated might want to suggest, it is not a policy of preemptive strikes that is being proposed, but one of prevention, which is beyond the reach of the legal right of self-defense; 2) that any policy of unilateral preventive strikes is contrary to the maintenance of order in the present international system. In order to support this claims, in the first part of the thesis, the philosophical and political justification of the right to self-defense is examined, the recognition of such a right in actual normative systems emerging as a rational condition of their legitimacy, and an ideal concept of self-defense is advanced that results from the application to the claim to individual self-preservation of the requirements deriving from this justification: an actual aggression and the concrete necessity of the means employed in the defense; in the second part of the thesis, the regulation of self-defense by international law, specially through the Charter of the United Nations, is explained, in the terms of which the legality of the Bush Doctrine’s claim of preemptive self-defense is verified. Of this claim it is concluded that, at least in the way it is described by the National Security Strategy, it cannot be regarded as self-defense, because it does away with the necessary element of an actual aggression, either in progress or imminent, being in fact a variety of preventive use of force, the recourse to which should be restricted to an organ representing the community, in this case the Security Council of the United Nations, lest the prohibition of the recourse to force in international relations is relaxed. That notwithstanding, it is advanced that, as long as one understands preemption only as an early response to an imminent attack, it can be reconciled with the authorization to use force in self-defense, if subjected to some form of *ex post* control.

RÉSUMÉ

Cette thèse prétend critiquer/rejeter la “Doctrine Bush”, présentée à la Stratégie pour la Sécurité Nationale des États Unis de 2002, qui dès lors oriente la politique extérieure de l’ actuelle Administration américaine, dans le sens d’une attitude plus assertive de son pouvoir militaire contre les menaces, actuelles ou futures, qui mettent en risque sa position dominante dans l’ arène internationale, particulièrement sa revendication de légalité de la défense légitime, dénommée *préemptive*. A ce sujet la thèse présente deux affirmations centrales : 1) au contraire de ce que sa formulation veut nous faire croire, la “doctrine Bush” n’est pas une politique d’attaques préemptives, mais d’attaques préventifs, qui ne peuvent pas être considérés soumis à l’institut juridique de la défense légitime; 2) toute politique d’attaques préventifs décidée de façon unilatéral est tout-a-fait incompatible avec la manutention de l’ordre dans le système actuel où sont structurées les relations internationales. Pour cela, la première partie de la thèse analyse la justification politico-philosophique de la défense légitime, dont la reconnaissance par les systèmes juridiques positifs est une condition rationnelle de sa légitimité et présente, aussi, un concept idéal de défense légitime, tout en considérant les limites indiqués par les principes justifiants - *agression actuelle et la nécessité des moyens employés par la défense*; la deuxième partie expose la régulation de l’ institut de la défense légitime dans le droit international, spécialement la Carte de l’ ONU, contre laquelle, par suite, est faite sa comparaison avec la proposition de “la défense préemptive légitime » de la “Doctrine Bush”. Par là se conclue que, de la façon dont elle est formulée, elle ne peut pas être considérée comme défense légitime, parce qu’elle dispense la nécessité de l’ attaque actuel, soit-il en train d’ arriver, soit-il imminent et, par conséquent, elle se révèle comme une vraie action préventive, dont la juridiction appartient qu’à un organisme qui représente la communauté internationale, dans ce cas, le Conseil de Sécurité des Nations Unies, puisque sinon, l’ interdiction de l’ usage de la force dans les relations internationales s’ affaiblirait. Par outre, la préemption comprise dans les limites étroits de la réponse anticipée à un attaque imminent, défend qu’elle soit contenue par la permission de l’usage de la force en défense légitime, à condition qu’elle se soumise à une forme de contrôle postérieur.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO GERAL	9
I PARTE. DEFESA E DEFESA LEGÍTIMA.....	19
INTRODUÇÃO	20
1. A JUSTIFICAÇÃO DA VIOLÊNCIA PELA LEGÍTIMA DEFESA	23
A - <i>Existem Defesas Legítimas?</i>	23
(i) O Conceito de Violência	24
(ii) A Violência como Mal Absoluto.....	28
(iii) A Violência como Meio Inidôneo	37
(iv) A Violência como Meio Substituível	44
B - <i>O Fundamento da Legítima Defesa</i>	48
(i) Autodefesa e legítima defesa.....	49
(ii) A Autopreservação como fundamento da legítima defesa	54
(iii) A Proteção do Direito como fundamento da legítima defesa	61
(iv) Direito e Ordem Social.....	67
(v) A Legítima Defesa como condição racional para a submissão do indivíduo a uma ordem jurídica.....	75
2. DOGMÁTICA DA LEGÍTIMA DEFESA.....	85
A - <i>Elementos da Legítima Defesa / Limites ao Uso da Força para Autopreservação</i>	89
(i) Limites quanto ao Exercício da Legítima Defesa.....	91
(a) Agressão.....	93
(b) Iminência e Atualidade da Agressão	104
(c) Bens Protegíveis.....	115
(ii) Limites quanto à extensão da legítima defesa	118
(a) Necessidade.....	119
(b) Proporcionalidade	129
B - <i>Controle do exercício da legítima defesa</i>	137
II PARTE. PREVENÇÃO E PREEMPÇÃO.....	143
1. O PROBLEMA DA DENOMINAÇÃO.....	144
A - <i>Newspeak e a Estratégia de Segurança Nacional dos EUA</i>	148
B - <i>Modalidades de Preempção e de Prevenção</i>	152
2. PREEMPÇÃO, PREVENÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL	159
A - <i>Preempção e a Ordem Internacional</i>	161
B - <i>Prevenção e a Ordem Internacional</i>	177
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	199
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	204

INTRODUÇÃO GERAL

Os pouco mais de dez anos que intermediaram a queda de dois símbolos de seu tempo – *o muro de Berlim e as Torres Gêmeas* – formam um período que se prestou a diversas leituras conflitantes. Para alguns analistas, constatada a comprovação da vitória da mundivisão ocidental, liberal-capitalista, que demonstrara sua superioridade frente ao sistema planificado e estatizado adotado pelos países da *Cortina de Ferro* e, por falta de concorrentes, estabelecera-se como a forma correta de organizar e gerir a política e a economia, ter-se-ia eliminado o pomo da discórdia que impedira por mais de quatro décadas que os Estados pudessem colaborar para resolver problemas comuns; a primeira Guerra do Golfo, autorizada por um Conselho de Segurança que saía de uma paralisia de quase meio século causada pela oposição entre as superpotências, o estabelecimento dos primeiros tribunais penais internacionais desde Tóquio e Nuremberg, para julgar as violações de direito humanitário praticadas na guerra civil iugoslava e o genocídio em Ruanda, a criação da Organização Mundial do Comércio, que veio a completar, com quase cinquenta anos de atraso, o sistema institucional idealizado em Bretton Woods, entre outros eventos ocorridos no período, comprovariam a correção dessa leitura do panorama internacional de então.

Outros autores, todavia, faziam uma leitura menos rósea e triunfalista desse mesmo material: para eles, a eliminação do conflito Leste-Oeste abriria caminho para que pudessem se desenvolver ao máximo de suas capacidades os conflitos que a lógica da Guerra Fria, marcada pela necessidade de evitar o confronto direto entre as superpotências, havia sublimado; a multiplicação de conflitos armados locais, internos e internacionais, desde 1989 seria evidência desse fato, com Ruanda e Iugoslávia servindo de paradigma para uma nova forma de conflito, as guerras *incivis*. Por outro lado, à fundação da OMC,

contrastavam tanto a multiplicação de acordos regionais de comércio, inspirados por uma lógica diferente do multilateralismo que orienta a organização sediada em Genebra, quanto a resiliência do protecionismo dos países desenvolvidos frente às demandas por acesso a mercados feitas pelos países em desenvolvimento. A criação dos Tribunais Internacionais para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda, por outro lado, foi interpretada como uma tentativa de corrigir o desastre causado pela incapacidade da ONU de intervir para evitar que as tragédias ocorressem; menos de cinco anos depois, quando um Conselho de Segurança novamente paralisado pelo poder de veto não pôde agir para evitar a limpeza étnica no Kosovo e foi obrigado a ver as tropas da OTAN bombardearem a Sérvia sem terem sido autorizadas a tanto, alguns analistas mais pessimistas chegaram a constatar que o sistema de segurança coletiva previsto na Carta de São Francisco já não mais tinha validade. Ao invés de uma era de paz e segurança, o mundo do Pós-Guerra Fria seria muito mais inseguro e conflituoso do que o período que o precedeu, com os conflitos se delineando não ao redor de opções políticas e econômicas, mas sim em função do modo de vida e da cosmovisão das diferentes civilizações.

Sem que se entre no mérito de qual dessas diversas interpretações é a correta, até porque qualquer tentativa de fazer uma apreciação global de um período histórico será inevitavelmente viciada por maior ou menor grau de reducionismo e de simplificação, elas revelam a natureza de transição daquele período. Em 1989 ficou patente que haviam mudado os fundamentos da ordem internacional como eram conhecidos desde 1945; o que resultaria dessa mudança, todavia, não era claro: à queda do bipolarismo, seguir-se-ia um mundo unipolar capitaneado pelos EUA, ou um mundo multipolar no qual o poder estaria distribuído entre vários atores? Também não estava clara, à época, a dimensão dessa mudança, *i.e.*, quais fundamentos dessa ordem foram alterados e de que forma o foram: rearranjara-se apenas o *ranking* das potências internacionais, ou algo mais profundo e

estrutural havia mudado na chamada sociedade internacional? Muitos autores tentaram mapear essas mudanças, e as diversas conclusões a que chegaram atestam a complexidade do período.

Nesse sentido, os atentados de 11 de setembro de 2001 surgem como um divisor de águas, evidenciando, de maneira trágica e drástica, que muito mais do que a simples posição relativa das Potências no *tabuleiro de xadrez* internacional mudou desde 1989. A constatação de que um grupo privado pôde lançar o primeiro ataque em larga escala contra o território continental estadunidense desde a Guerra de Secessão revelou que um dos pilares em que se apóia a ordem internacional fora irrevogavelmente modificado: o monopólio estatal da força armada.

Esse pilar, decorrente do processo de concentração do poder político interno que levou à formação dos Estados na Europa dos Sécs. XV-XVII, no qual a manutenção de forças armadas foi conferida ao poder central, é fundamental para a contenção da violência nas relações internacionais na medida em que coloca a decisão de usar a força nas mãos de grupos que se vêem como beneficiários da forma como se estrutura o sistema internacional: a partir do momento em que são reconhecidos como representantes de um Estado soberano, o sistema internacional lhes permite rejeitar e reprimir quaisquer questionamentos à sua autoridade quer como exemplos de rebelião, quando estes partem do âmbito doméstico, quer como intervenção indevida, quando originados do plano externo. Tal benefício, contudo, está condicionado ao respeito a regras mínimas de convivência que estruturam a ordem internacional, cuja não observância, pela lógica de reciprocidade e retaliação que preside as relações internacionais, colocaria tais grupos fora do âmbito de proteção do sistema. Assim, ainda que não concordem com as regras ou nelas não reconheçam força obrigatória, os grupos que controlam o Estado são compelidos a se conformar às regras sobre o uso da força nas relações internacionais.

O sistema de segurança coletiva estabelecido pela Carta das Nações Unidas para lidar com as ameaças à paz e à segurança internacionais segue essa lógica. Nele, o respeito à integridade territorial e à independência política do Estado – *e, por tabela, a continuidade no poder do grupo que o controla* – só sofre duas restrições: no caso de ação coletiva determinada pelo Conselho de Segurança em caso de ruptura ou ameaça à paz e à segurança internacionais e no caso de legítima defesa, hipóteses em que o Estado em questão deixou de observar a norma que estabelece o respeito à integridade territorial e à independência política dos outros Estados.

A quebra do monopólio estatal sobre a força armada coloca todo esse sistema em questão, pois grupos privados possuidores de arsenais capazes de serem usados, com enorme poder destrutivo, contra Estados não são beneficiários, e, por conseguinte, também não são reféns da ordem internacional. Em face deles, não tem efeito dissuasório a ameaça de retaliação, a qual, até mesmo em função da clandestinidade e descentralização de tais grupos, pouco produz de resultados.

Se não há expectativa de cumprimento, por parte desses atores, das normas internacionais sobre o uso da força armada, a lógica da reciprocidade desobrigaria os demais Estados de respeitá-las. Ocorre que tais grupos se organizam precipuamente *fora* do território dos países que atacam e, por isso, o seu combate implica na violação da soberania do Estado hospedeiro, o qual se beneficia das prerrogativas conferidas aos Estados pelo sistema internacional, prerrogativas essas que somente seriam afastadas caso fosse possível demonstrar que ele, direta ou indiretamente, participou das ações do grupo privado. Isso, todavia, a princípio, exigiria que o ataque já tivesse ocorrido ou estivesse na iminência de se concretizar.

Ocorre que o desenvolvimento científico – *especialmente a química e a biologia* – ampliou e barateou o acesso a uma série de tecnologias que se prestam ao uso bélico,

ampliando o poder destrutivo da ação desses grupos privados; em paralelo, a proliferação da tecnologia nuclear e a existência de grandes arsenais nucleares insuficientemente protegidos, herança do colapso da União Soviética, abrem a possibilidade de que tais grupos venham a obter ogivas nucleares ou, o que é mais provável, material radiativo que possa ser utilizado numa “bomba suja”. Nesse contexto, diante das graves consequências do uso desse tipo de armas, ter de esperar que o ataque se realize para que possam se defender aparece como uma exigência inaceitável para os Estados visados por esses grupos; mesmo esperar que o ataque se torne iminente, pelo risco de não ser mais possível impedir a sua concretização, torna-se odioso.

Explicam-se, assim, a acusação de anacronismo do atual sistema de controle do uso da força e as demandas por sua alteração. A principal dessas investidas, a mais articulada e, até mesmo pelo peso político de seu proponente, mais polêmica, foi, sem dúvida, a chamada *Doutrina Bush*, na qual se propõe a introdução, no direito internacional, de uma nova exceção à proibição de uso da força nas relações internacionais: a *legítima defesa preemptiva*.

Que, em certas situações, um Estado não precise esperar ser atacado para poder usar a força para se defender é um ponto que tem obtido certo apoio no meio doutrinário já há alguns anos. No campo dos estudos sobre estratégia, essa situação em que um agente, que percebe que será atacado no curto prazo, antecipa-se ao agressor atacando em primeiro lugar é denominada *preempção*. Não obstante, a descrição das hipóteses que, segundo a Doutrina Bush, incluem-se na extensão do conceito de *legítima defesa preemptiva* mostra que o seu elemento essencial não é a preempção, mas sim a *prevenção*. Entre os dois termos existem grandes diferenças, a mais relevante das quais é a distância, no tempo, em que se encontra a situação de perigo que se busca evitar com esse tipo de ação defensiva: enquanto a preempção se refere a um ataque iminente, a prevenção se refere a ameaças

mais distantes no futuro, ainda não determinadas, mas comumente derivadas de alterações previstas na relação de poder entre dois competidores. Ao se referir a ameaças futuras, das quais não se sabe nem o lugar nem o momento em que se concretizarão, como pressuposto para a legítima defesa, a Doutrina Bush, na prática, defende a aceitação de uma nova modalidade de legítima defesa: a *legítima defesa preventiva*. Isso caracteriza uma radical mudança de rumo na política externa dos EUA – *que até então tinham evitado qualquer reconhecimento da legalidade de uma tal situação de defesa* –, assim como a inserção de um elemento que se mostra, à primeira vista, incompatível com alguns princípios basilares que estruturam a relação de entidades soberanas no plano internacional.

O exame da compatibilidade do atual direito internacional com essas duas modalidades de ação defensiva, a preempção e a prevenção, e a verificação de em que medida elas podem ser subsumidas à norma autorizadora da legítima defesa, foi o objetivo que se propôs a esta tese. Para alcançá-lo, dividiu-se o trabalho em duas partes, a primeira dedicada ao estudo do conceito da legítima defesa e a segunda, ao exame da possibilidade e da conveniência da subsunção da preempção e da prevenção às normas internacionais que regulam o instituto.

Na primeira parte, dividida em dois capítulos, buscou-se esboçar uma teoria geral da legítima defesa, tanto do ponto de vista político-filosófico (Cap. 1) quanto, na medida do possível – *vez que as normas que regulam o instituto variam de ordenamento para ordenamento* –, do ponto de vista dogmático (Cap. 2). O ponto de partida foi a análise dos fundamentos da justificação do uso da força em legítima defesa, iniciando-se pela exposição e crítica das teorias que negam de todo essa justificação. Em seguida, foram estudadas as duas principais justificações para a aceitação do princípio *vim vi repellere licet*, a autopreservação e a proteção do direito; verificou-se que, como justificações da violência defensiva, ambas são respostas apenas parciais ao problema, sendo necessária a

combinação das duas para a correta justificação da aceitação do instituto, para evitar que a legítima defesa, de um lado, torne-se a porta de entrada para a instauração de um estado de *guerra de todos contra todos* e, de outro, crie situações em que o indivíduo seja exposto a um risco maior do que o criado pela agressão contra a qual se defende. Da combinação dessas duas justificações, a legítima defesa surge como uma condição de legitimidade *ex parte populi* de qualquer sistema jurídico, conclusão que encerra o primeiro capítulo.

No segundo capítulo, a análise da legítima defesa se fez com um enfoque dogmático. A partir da conclusão do primeiro capítulo, verificou-se que a inserção da defesa unilateral num ordenamento jurídico, condição de sua legitimidade, cria o risco de a exceção à proibição geral de recurso à força tornar-se a regra, desestabilizando as relações sociais. Esse risco é controlado mediante a sujeição da defesa a limites que estabelecem as situações que podem ser consideradas, juridicamente, como abrangidas pela legítima defesa, limites que podem ser identificados em duas dimensões diferentes: a primeira relacionada ao *pressuposto* da defesa, *i.e.*, a agressão contra a qual se defende, e a segunda, à *extensão* da ação defensiva, delimitada pelos critérios de necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade e provisoriedade. A definição precisa desses limites varia de ordenamento para ordenamento, sendo mais estritos em alguns, mais permissivos em outros, o que torna impossível uma definição categórica e precisa das situações abrangidas pela autorização da legítima defesa – *fronteira intransponível de qualquer análise dogmática do instituto*. Não obstante, como, de uma forma ou de outra, todo ordenamento jurídico sujeita a legitimidade da defesa ao atendimento desses critérios, de seu conjunto pode-se extrair um conceito que, embora genérico e incapaz de resolver todas as situações problemáticas, ainda assim permite diferenciar o instituto da legítima defesa de outras figuras que com ela costumam ser confundidas: a autopreservação, o estado de necessidade e a autotutela ou justiça e mão-própria. Esse conceito, no decorrer do trabalho, serviu para que se verificasse

a correção do uso da expressão *legítima defesa* a certas hipóteses de uso da força nas relações internacionais, em especial as circunstâncias de preempção e de prevenção.

Além disso, constatou-se que a existência desses limites, na medida em que indicam que *nem toda defesa é legítima*, exige o controle do exercício da defesa unilateral, a ser feito *ex post facto* e por uma instância autorizada a verificar a infração da norma cuja antijuridicidade se pretende excluir com a constatação da aplicação ao caso da norma autorizadora da legítima defesa. Esse controle, embora a rigor não possa ser considerado um *limite* ao exercício da defesa unilateral, é parte inseparável do conceito de legítima defesa.

Na segunda parte do trabalho, também dividida em dois capítulos, buscou-se analisar a compatibilidade da legítima defesa preemptiva e da legítima defesa preventiva com o direito internacional contemporâneo, assim como a adequação política de sua introdução no ordenamento jurídico internacional. Para tanto, buscou-se, num primeiro momento, precisar o significados dos termos preempção e prevenção, assim como das expressões ação preventiva/preemptiva, ataque preventivo/preemptivo e guerra preventiva/preemptiva, cujo emprego nos trabalhos doutrinários frequentemente se revela equivocado. A origem da confusão dos dois termos foi encontrada na Estratégia de Segurança Nacional dos EUA, publicada em 2002 e mantida, em linhas gerais, na sua edição de 2006, que lançou as bases para uma doutrina de legítima defesa preemptiva; essa denominação foi questionada, demonstrando-se que, na verdade, o documento propõe a legalização da defesa *preventiva*, i.e., da defesa contra uma ameaça futura, ainda nem iminente.

A questão da compatibilidade de ataques preemptivos e de ataques preventivos com o regime internacional sobre o uso da força foi, em seguida, enfrentada. Cada hipótese foi analisada, respectivamente, levando-se em conta (1) os fatores que fundamentam a

necessidade de sua aceitação, (2) os problemas que criam para a manutenção da ordem internacional e (3) os limites que se devem impor a elas para compatibilizá-las com o atual sistema internacional.

No que toca à preempção, defendeu-se que, embora à primeira vista seja incompatível com os termos em que está redigida a Carta de São Francisco, justifica-se que, dentro de certos limites, seja alcançada pela exceção de legítima defesa. No que se refere ao uso de força preventivo – *em antecipação a uma ameaça futura ainda não iminente* –, contudo, chegou-se à conclusão de que ele somente é compatível com uma ordem jurídica quando determinado por um órgão central encarregado de manter a segurança, o qual, no sistema da Carta, será o Conselho de Segurança; o uso unilateral da força com fins preventivos, por sua vez, revelou-se incompatível com uma ordem normativa que regule a violência, e mais ainda numa ordem descentralizada, desprovida de uma instância central de revisão dos casos de emprego de força; a aceitação de tal modalidade de uso da força como legítima defesa somente seria possível em duas hipóteses: com uma volta ao direito internacional clássico, de *jus ad bellum* ilimitado, ou num sistema hegemônico, no qual um Estado tivesse um direito de defesa que não estivesse disponível para os outros Estados. Como nenhuma das duas hipóteses parece capaz de prover um sistema internacional mais estável e pacífico a longo prazo, ambas foram rejeitadas.

Vivemos um momento de transição. Embora a magnitude da mudança ainda não esteja clara, as condições em que se dá a convivência internacional mudaram nos últimos quinze anos. Negar-se a reconhecer a necessidade de alteração do sistema para fazer frente aos novos tempos é condená-lo à obsolescência. Um autor já clássico, Edward Hallett Carr, escrevendo durante um período de mudança não menos drástica, as duas décadas que separaram as duas Guerras Mundiais do Séc. XX, percebeu o enorme erro de se tentar

manter um sistema cujos fundamentos já não mais existem. Contudo, por mais revolucionária que seja a mudança, nem tudo é descartado quando se instaura uma nova ordem em substituição à antiga. O nome da própria obra de Carr, “Vinte Anos de Crise”, já indica isso: crise, no grego, deriva de *crínon*, que significa peneirar; um momento de crise, como o é todo momento de transição, é, pois, um momento em que se seleciona o que deve ser mantido e o que deve ser descartado e substituído. Embora não lhe caiba, via de regra, decidir tais assuntos de maneira definitiva, contribuir para essa seleção é o dever do estudioso. Cumprir esse papel foi a intenção do autor.

I PARTE. DEFESA E DEFESA LEGÍTIMA

INTRODUÇÃO

Jiménez de Asúa, em seu tratado, (1983: 27), citando Karl Gustav Geib, afirma que a Legítima Defesa “não tem história”. Dizê-lo não significa que esse instituto tenha aparecido recentemente, eis que desde as primeiras manifestações do fenômeno jurídico nas sociedades humanas ele se fez presente¹, mas sim que ele não tem contingência histórica (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 27): sua inserção num sistema jurídico não seria a decorrência de uma circunstância histórica particular a uma determinada cultura num dado período histórico, mas uma exigência natural a qualquer ordenamento jurídico. De fato, a análise histórica demonstra que salvo raríssimos exemplos de pacifismo radical, como a regra do “dar a outra face” do Evangelho ou a não-violência de Gandhi, nunca se colocou seriamente em xeque a correção do adágio latino *vim vi repellere licet*, i.e., a licitude da repulsa da força pela força.

Essa onipresença, todavia, mascara as profundas diferenças na regulação específica que cada direito faz do instituto, no que toca aos seus pressupostos, aos seus limites, ou aos efeitos de sua verificação. Assim, enquanto alguns ordenamentos reconhecem como legítima apenas a defesa da vida e da integridade corporal, outros permitem a defesa de quaisquer direitos que o agredido veja injustamente postos em risco; da mesma forma, em alguns ordenamentos a Legítima Defesa é uma excusa aceita apenas para o crime de homicídio e lesões corporais, ao passo que, em outros, trata-se de uma causa de justificação genérica, aplicável a qualquer ilícito; finalmente, para ficar apenas nestes três

¹ Esse era o caso com os antigos direitos hindu, egípcio e hebraico. As Leis de Manu já continham referências à legítima defesa como circunstância que exclui o crime de homicídio, fundadas em princípios bastante semelhantes aos que hoje informam a regulação da matéria. No Egito, o direito impunha a todos os cidadãos o dever de prestar auxílio a um homem agredido, punindo com a morte o descumprimento desse dever. Por fim, o direito hebraico declarava legítima a morte dada ao ladrão que invadissem uma residência no período noturno, uma disposição que se antecipa em séculos à feita em ordenamentos jurídicos modernos que presumem a legítima defesa numa tal situação (cf. JIMÉNEZ DE ASUA, 1983: 28).

aspectos, há direitos nos quais a Legítima Defesa é considerada uma situação na qual a pessoa não está em condições normais de determinar seu comportamento de acordo com as normas, com o que se mantém a ilicitude da conduta, mas se reconhece a não culpabilidade do agente, enquanto em outros ela se configura como excludente da própria ilicitude da conduta². Vista por este prisma, a Legítima Defesa readquire contingência histórica.

Na verdade, está-se diante de dois enfoques distintos acerca da legítima defesa que desde logo convém individualizar: uma coisa é a idéia genérica de legitimidade do uso da força para repelir uma agressão, que pode ser identificada em praticamente todos os ordenamentos jurídicos do mundo, outra é a definição mais ou menos precisa das hipóteses em que se reconhece a legitimidade da defesa. A primeira é uma questão filosófica e política, que se funda na concepção da violência como um meio neutro cujo valor específico é atribuído em função dos fins a que se destina e busca as razões da legitimidade do uso defensivo da força; a segunda, por outro lado, é um problema especificamente jurídico, cuja resposta reside no conteúdo das normas de um dado ordenamento jurídico que regulam a possibilidade de se usar a força de forma lícita³. Em todos os casos, mas ainda mais justificadamente na análise desse instituto no direito internacional, deve-se não confundir os dois níveis de análise, sob pena de se tomar aspectos particulares da regulação feita por um ordenamento jurídico interno como integrantes de uma definição genérica de legítima defesa em face da qual se faz a crítica de sua regulação jurídica num outro ordenamento.

Essa distinção orienta a divisão deste capítulo em duas partes, a primeira versando sobre o problema político-filosófico da legítima defesa, onde se analisa o fundamento da

² Para uma descrição da evolução histórica e do estado atual – *nos anos 80* – de diversos ordenamentos jurídicos, cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 34-56.

³ Ressalte-se que, embora devam ser tratados como problemas separados, esses dois enfoques se relacionam, na medida em que a definição normativa das hipóteses em que se reconhece o uso da força em legítima defesa pressupõe uma prévia aceitação do princípio político-filosófico de legitimidade da defesa violenta.

aceitabilidade do uso da força em resposta a uma agressão, e a segunda dedicada a uma análise dogmática da regulação jurídica do instituto. Todavia, como tal análise só pode ser feita dentro dos limites de um dado ordenamento jurídico, revela-se difícil, e quiçá impossível, elaborar uma teoria geral desse instituto que vá além de alguns princípios genéricos, comuns a todos ou a quase todos os direitos nacionais, que moldam o próprio conceito de legítima defesa e servem para distingui-la de conceitos análogos, como a autotutela, a justiça de mão-própria e o estado de necessidade. Ainda que bastante genérica, tal análise se revela imprescindível num estudo desse instituto no direito internacional, na medida em que fornece uma concepção de legítima defesa em face da qual se pode avaliar as especificidades ditadas pela realidade das relações internacionais, inclusive de maneira a verificar se tais especificidades são compatíveis com a idéia de legítima defesa ou se a modificam de tal forma que o uso da expressão passa a ser um simples caso de homonímia, que a honestidade científica impõe denunciar.

1. A JUSTIFICAÇÃO DA VIOLÊNCIA PELA LEGÍTIMA DEFESA

Começemos com uma distinção terminológica: falar em legítima defesa implica dizer que há defesas que não são legítimas. O uso do adjetivo denota a separação das *defesas* em duas classes: as *legítimas* e as *ilegítimas*. Essa distinção exige que se analise o fundamento em razão do qual uma defesa pode ser ou não considerada legítima.

Antes, todavia, de se analisar as teorias que buscam fundamentar a legítima defesa, é necessário ressaltar que, por trás delas, temos uma aceitação tácita da idéia de que a violência pode ser, em determinados casos, justificada e, portanto, legítima. Conquanto seja de rigor reconhecer que essa idéia é geralmente aceita, ainda que com modulações quanto às hipóteses e modos em que a força pode ser usada, ela não está, nem nunca esteve, imune a críticas. Examinar essas críticas, assim como as respostas que os defensores da legitimidade do uso da força em determinadas situações deram a tais desafios, é o primeiro passo deste capítulo.

A - Existem Defesas Legítimas?

Como já se disse, embasando toda teoria que busca um fundamento para a legítima defesa, tem-se a idéia de que a violência, em determinadas situações, pode ser considerada um meio legítimo para a consecução de certos objetivos. Desse ponto de vista, a violência é encarada como um instrumento axiologicamente neutro, seu valor específico sendo atribuído em razão dos fins pelos quais a violência é empregada. A crítica à violência, assim, pode ser feita de três maneiras: a primeira, negando a neutralidade valorativa da violência e afirmando o seu desvalor intrínseco⁴; a segunda, negando que a violência possa

⁴ Note-se que a negativa da neutralidade axiológica da violência pode ser feita também no sentido oposto, i.e., da afirmação de que seu valor sempre é positivo, como o fazem as teorias que glorificam a violência e

ser um meio idôneo para a consecução de fins, quaisquer que sejam eles; a terceira, afirmando que a violência sempre pode ser substituída, como meio para a consecução de fins, por formas de luta não-violentas, razão pela qual ela nunca se justificaria. Ainda que nenhuma dessas críticas tenha conseguido alterar a percepção do senso comum de que a violência, em determinados casos, pode ser justificada, é necessário fazer um breve exame de suas linhas principais e dos reparos que, por sua vez, lhes foram feitos.

Essa análise, contudo, exige uma explicação terminológica preliminar, bem como a justificação de uma escolha feita pelo autor.

(i) O Conceito de Violência

Deve-se esclarecer que, nesta seção, não nos atemos apenas ao fenômeno da violência entre Estados, mas à violência tomada em sentido amplo, a guerra sendo entendida apenas como uma sua instância, ainda que a “mais ampliada, duradoura, mortífera” (BOBBIO, 2003: 168). Isso se justifica, posto que não se desconheçam as especificidades marcantes que a guerra guarda em relação a outras manifestações de violência, especialmente a que eclode entre indivíduos – *a mais evidente, com certeza, sendo o diferencial de mortalidade entre homens e Estados* –, por uma assunção de que o conceito de violência, com base no qual qualificamos um dado evento como sendo ou não violento, é o mesmo em todas as situações. Essa assunção, contudo, obriga a enfrentar o espinhoso problema da definição de violência, problema esse prévio à própria questão da sua justificação. Nesse sentido, é pertinente a observação de Yves Michaud, segundo o qual:

que, no plano internacional, defendem a guerra seja como um meio de melhoria e purificação dos povos, seja como um fator que impulsiona seu desenvolvimento técnico ou civil (para uma enumeração dessas teorias e de seus defensores, cf. BOBBIO, 2003: 90-93; para uma análise dos fundamentos filosóficos dessas teorias, cf. MICHAUD, 1989: 102-110). Contudo, em qualquer dos dois sentidos que seja negada a neutralidade axiológica da violência, a consequência para a possibilidade de fundamentação teórica da legítima defesa é a mesma; em ambos os casos desaparece a distinção entre usos legítimos e usos ilegítimos da força, que é o pressuposto para que se possa falar em legítima defesa, eis que, para uma, todos os usos da força são ilegítimos e, para a outra, todos são legítimos.

[a] violência são os fatos tanto quanto nossas maneiras de apreendê-los, de julgá-los, de vê-los – ou de não vê-los. (...) A relatividade e o caráter indefinível do conceito de violência não são de modo algum acidentais, mas inerentes a um tipo de noção que polariza a diversidade conflitiva das avaliações sociais: os mesmo fatos não são apreendidos nem julgados segundo os mesmos critérios. O emprego de tal conceito supõe a referência a normas que podem não ser partilhadas por todos. Essa situação de relatividade das normas ou dos pontos de vista supõe, por sua vez, um campo social dividido que podemos caracterizar, segundo os casos, como pluralista ou atravessado por antagonismos. Quando são abalados ou desaparecem os pontos fixos – em particular jurídicos – a partir dos quais são julgados os acontecimentos e ações, quando os discursos dominantes que ordenavam sem discussão a classificação das condutas legítimas e ilegítimas dão lugar a pontos de vista rivais, os conceitos políticos são alvo de definições divergentes, amiúde irreconciliáveis. (...) A noção polimórfica e incapturável de violência faz parte desses conceitos que mais polarizam os antagonismos sociais e políticos. É até mesmo o conceito que mais polariza esses antagonismos. Em muitos aspectos, ela serve menos para apreender fatos do que para manifestar os julgamentos que se faz sobre eles. Na falta de categorias inquestionáveis, cada grupo, às vezes até cada indivíduo, apreende e denuncia sob esse conceito tudo o que ele próprio considera inadmissível em função de suas normas próprias. (MICHAUD, 1989: 111)

O que Michaud nos revela é que o étimo *violência*, assim como *direito* (cf. FERRAZ JR., 2003: 37-38), é um termo vago, ambíguo e dotado de forte carga emotiva, de tal sorte que qualquer tentativa de definição do mesmo sempre pecará ou por ser muito restritiva ou por ser excessivamente ampla – *veja-se, a respeito, a relativamente recente ampliação do conceito de violência para incluir situações de desigualdade social, sob a denominação “violência estrutural”*⁵. No plano internacional, onde por vezes não se conseguem vislumbrar “pontos fixos (...) a partir dos quais são julgados os acontecimentos e ações”, suas observações são ainda mais válidas, como indica a discussão interminável, que mais adiante se analisa, acerca do conceito de agressão, e se tal conceito abarca também hipóteses em que a força militar não é utilizada – *como nos conceitos, propostos por alguns países, de agressão econômica e cultural*.

⁵ Segundo Giuliano Pontara (1978: 19), o termo foi cunhado por Johan Galtung, que o define como tipo de violência em que não há um ator violento identificável, mas que “está inserida na estrutura [da sociedade] e se mostra como desigualdade de poder e, conseqüentemente, como oportunidades de vida desiguais” (GALTUNG, 1969: 170-171). Tal definição, todavia, recebeu críticas inclusive de alguns *peace researchers* – o próprio Pontara é um de seus críticos (cf. PONTARA, 1978: 20) –, para os quais o termo prestou um desserviço mais do que um serviço à *Peace Research*.

Ainda assim, se se quer evitar mal-entendidos acerca da violência que as teorias abaixo expostas buscam ou não justificar, deve-se fazer um esforço para fornecer, ainda que de maneira não totalmente precisa, uma idéia de o que se quer denotar com o termo *violência*, reconhecendo-se que tal definição será, sempre, estipulativa⁶.

A palavra violência deriva do latim *violentia*, cuja raiz é a mesma do verbo *violare*, que significa tratar com violência, transgredir, profanar. O radical comum aos dois vocábulos remete a *vis*, que significa força, vigor, potência, emprego de força física, bem como abundância, essência ou caráter essencial de uma coisa e, também, força em ação, potência, valor e força vital. Em grego, a palavra correspondente é *is* (ἰς), que significa músculo, mas também força, vigor, e que está vinculada a *bia* (βία) que indica a força vital, a força do corpo, e, por conseqüência, o emprego da força, a violência, o que coage (MICHAUD, 1989: 08).

Na origem do termo, pois, temos a idéia de força física, muscular, mas não qualquer manifestação de força: *violare* é transgredir, profanar, logo, a força “se torna violência quando passa da medida ou perturba uma ordem” (MICHAUD, 1989: 08); a força permitida, ou livremente consentida, não se caracteriza como violência. A força modifica a

⁶ Essa característica estipulativa da definição de violência fica patente quando se atenta às inúmeras definições que foram propostas por autores dos mais variados campos das Ciências Sociais, definições essas que variam de acordo com o interesse científico do autor e, de certa forma, com os resultados que ele visa atingir. Veja-se, a título de exemplo, a discussão sobre a possibilidade de um conceito avalorativo de violência, travada *The Journal of Politics* entre Gerald Runkle (1976) e Galen K. Pletcher (1977). A definição de violência também se revela uma dificuldade para os estudos estatísticos do fenômeno; Gurr e Bishop (1976), para comparar os níveis relativos de violência de 86 Estados, elaboram uma classificação de nove tipos de violência – *organizados por tipo de violência (física ou estrutural), nível de análise (violência física decorrente de atos privados ou de atos oficiais; violência estrutural decorrente de estruturas de coerção ou de padrões de exclusão) e abrangência (individual, coletiva e transnacional)* – cuja interrelação revela oito dimensões em que se manifesta a violência: protestos, repressão, guerra interna e guerra externa no que toca à violência física; violência social, intervenção, discriminação e militarismo, no que toca à violência estrutural (cf. GURR e BISHOP, 1976: 80-86, 93-101). Uma alternativa, semelhante à que se adota neste trabalho, é limitar o conceito a uma de suas formas características, como o fazem Denton e Phillips (1968), que restringem o alcance do conceito de violência apenas ao fenômeno da guerra interestatal, ainda que o justifiquem com base no fato de que o registro das guerras é um dos poucos que “não apenas cobrem grandes períodos de tempo, mas que são coletados de maneira sistemática” (DENTON e PHILLIPS, 1968: 182).

realidade, e em excesso, essa modificação pode passar dos limites e levar mesmo à destruição: é a idéia de *dano*, assim, outra nota do conceito de violência.

A *voluntariedade*, por outro lado, não parece compor esse conceito, eis que se pode classificar *violento* um fenômeno natural, como uma tempestade, assim como a reação impulsiva, motivada por raiva ou medo. Contudo, há, aqui, que se distinguir entre a *materialização* da violência e o seu *emprego*: quando, nas teorias abaixo, discute-se a justificação da violência, não se pensa em violência não-intencional, já que não faria sentido questionar a justificação de um evento cuja produção não foi determinada por uma vontade; a justificação, pois, somente é necessária para a violência *voluntariamente empregada* numa dada situação. Por uma questão de precisão lingüística, seria melhor falar em justificação *do uso* de violência do que de justificação *da* violência propriamente dita; não obstante, a tradição nos mostra que a violência que é objeto da análise político-filosófica não é a violência como aspecto de uma materialização de força física ou natural, mas sim como meio para a obtenção de um fim. Um conceito de violência que corresponda a essa tradição, portanto, incluirá a nota da intencionalidade.

Como resumo desse breve excursão, pode-se tomar emprestada a definição de violência dada por Giuliano Pontara, assim formulada:

Uma ação, *a*, praticada por um agente *P* (pessoa ou grupo) como parte de um método de disputa *M* numa situação *S*, é um ato de violência quando: 1) há ao menos um ser humano *Q*, tal que (i) a realização de *a* por *P*, em *S* como parte de *M*, causa ou morte, ou sofrimento, ou lesões a *Q*, e (ii) é, em *S*, contra a vontade de *Q* ser morto ou sofrer; e 2) *P*, em *S*, acredita ser o caso de 1) (PONTARA, 1978: 27).

É, pois, essa definição que se tem em vista na discussão sobre a justificação da violência que se faz a seguir. Trata-se, como desde logo se vê, de uma definição que exclui do campo de análise a chamada *violência estrutural*, entendida como padrão de distribuição desigual dos bens sociais, restringindo-se apenas à violência intencional, utilizada como estratégia de confronto político. Tal escolha se explica na medida em que

os discursos justificadores da violência estrutural se fundam em argumentos bastante distintos daqueles que justificam a violência caracterizada pelo uso da força física; de fato, a análise da justificação ou não da violência estrutural é tarefa das diversas teorias da justiça, conceito que apenas incidentalmente, e em relação a casos específicos – *a pena de morte, por exemplo* –, se insere na justificação da violência física.

(ii) A Violência como Mal Absoluto

A primeira corrente que nega que exista justificação para o uso da força parte de uma negação absoluta da violência, vista como *mala in se*, e tem sua expressão paradigmática no pacifismo do cristianismo primitivo, fundado na regra do *dar a outra face*⁷. Segundo tal vertente, toda e qualquer manifestação de violência é reprovável, ainda que em resposta a, ou para evitar, outra violência; não se questiona a instrumentalidade do uso da força, mas reprova-se-o moralmente, dessa reprovação surgindo sua proibição absoluta. Segundo Bobbio (2003: 100), tais teorias:

...caracterizam-se por uma atitude passiva em relação à violência, portanto em definitivo por uma atitude de total renúncia diante de toda conquista mundana (o reino de Deus não é deste mundo).

A fé num outro plano de existência, no qual as tribulações do mundo terreno serão recompensadas aos justos, e um por vezes mal-disfarçado desprezo pela vida terrena, vista como transitória e não importante diante da outra vida que virá, são características desse modo de pensar a violência. São, também, uma de suas fraquezas, uma vez que não crer nesse além-vida edênico retira toda a força do argumento que justificaria suportar mansamente a violência alheia. Tanto ceticismo, todavia, não foi uma exigência para a refutação dessa teoria, eis que seus principais negadores foram justamente os teólogos

⁷ No evangelho de Mateus (5:38-41), encontramos a famosa passagem:

Ouvistes o que foi dito: Olho por olho, e dente por dente.
Eu, porém, vos digo que não resistais ao mal; mas, se qualquer te bater na face direita, oferece-lhe também a outra;
E, ao que quiser pleitear contigo, e tirar-te a túnica, larga-lhe também a capa;
E, se qualquer te obrigar a caminhar uma milha, vai com ele duas.

cristãos do Medievo, a começar por Agostinho de Hipona⁸ – *o fundador da teoria medieval da guerra justa* (cf. DINSTEIN, 2004: 89) –, passando por Tomás de Aquino⁹ e chegando até os tomistas do Séc. XVI, para os quais o terror causado pela perspectiva de uma Europa governada por califas muçulmanos foi razão suficiente para advogar a licitude da guerra contra os mouros: “*Dieu le volt*”, como a Igreja fez crer aos cruzados¹⁰.

A exposição de Francisco de Vitória, na segunda *Relectio* sobre os índios americanos (1539), pode ser citada como representativa desse modo de negar que Cristo tivesse proibido de modo absoluto o recurso à violência. O *prima professor* de Salamanca afirma, com base na obra de Tomás de Aquino, que a lei do Evangelho não proíbe nada do que é permitido pelo Direito Natural; como a defesa é considerada permitida pelo direito natural – Vitória, nesse ponto, cita a famosa passagem “*vim vi repellere licet*” contida no *Digesto*¹¹ –, o Evangelho não a teria proibido (VITORIA, 2001: 297); a guerra defensiva, assim, estaria permitida. A permissão da defesa, além disso, é para Vitória um fator a justificar até mesmo a guerra ofensiva, pois:

[M]esmo uma guerra defensiva não pode ser convenientemente conduzida a menos que também uma vingança seja aplicada ao inimigo

⁸ No Livro XIX, Cap. VII, Agostinho discorre sobre o problema das guerras, afirmando serem elas eventos lastimáveis, com os quais “o gênero humano é calamitosamente sacudido, quer quando se combate para que elas acabem de vez, quer quando se receia que elas surjam mais uma vez” (AGOSTINHO, 2000: 1898). Apesar disso, continua:

Mas o sábio, dirão, só empreenderá guerras justas. Como se tivesse de deplorar, caso se recorde que é homem, muito mais o facto de ter que reconhecer a existência da guerra mesmo justa – porque, se não fossem justas, ele não teria de as empreender e, desta forma, para o sábio, jamais guerra alguma haveria. *É, na verdade, a iniquidade da parte adversa que impõe ao sábio que empreenda a guerra justa*. Mas essa iniquidade, porque é dos homens, ao homem tem de ser dolorosa, mesmo que dela nenhuma necessidade de empreender a guerra nasça. Portanto, estes males tamanhos, tão horrendos, tão cruéis, todo aquele que com dor neles reflecte tem que confessar que são uma desgraça; mas todo aquele que os suporta ou neles pensa sem dor na alma e continua a julgar-se feliz, esse caiu numa desgraça muito mais profunda, porque perdeu o próprio sentimento humano. (AGOSTINHO, 2000: 1899 – grifos nossos)

⁹ A análise da justiça da guerra é feita por Tomás de Aquino na *Summa Theologica*, II-II, Q.40, 1, e seu argumento é apoiado principalmente na obra de Agostinho.

¹⁰ DINSTEIN (2004: 88-89), apoiado em VON ELBE, sugere que o pacifismo do cristianismo primitivo visava impedir que os cristãos se alistassem como soldados do Império Romano. A adoção do Cristianismo como religião oficial do Império, todavia, obrigou à mudança radical de posição, da qual o principal articulador em termos teológicos foi Agostinho.

¹¹ BUSCAR REFERENCIA AO DIGESTO.

pelo dano que ele causou, ou tentou causar. De outra forma, sem o medo da punição a desencorajá-lo de praticar injustiças, o inimigo tornar-se-ia simplesmente mais decidido a repetir a invasão (VITORIA, 2001: 298).

Posteriormente, os jusnaturalistas do Séc. XVII, ao desenvolver a teoria da Guerra Justa, ainda num momento de grande influência da religião nos assuntos políticos, tiveram novamente que refutar a tese de que Cristo teria proibido a violência – e, *consequentemente, a guerra* – de modo absoluto. No *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres* (1625), de Hugo Grotius, encontra-se uma outra forma de ver o problema, desta feita mais adequada ao pensamento do jurista: diferentemente de Vitoria, não se trata de afirmar que o Evangelho não proibiu o que o direito natural permitia até aquele momento¹², mas sim de interpretar restritivamente o mandamento cristão, entendendo-se que a proibição de violência só se aplica nos casos em que a integridade física ou a sobrevivência do agredido não se encontram em risco. É o que se entende do Cap. II do Livro I, item VIII, onde se lê:

3. O entendimento contrário [de que a guerra conflita com o direito do Evangelho], [...] se reforça com essas palavras: ‘Ouvistes o que foi dito: Olho por olho, e dente por dente; Eu, porém, vos digo que não resistais ao mal’ [...]; ‘mas, se qualquer te bater na face direita, oferece-lhe também a outra’. Desse trecho alguns concluem que nenhum dano deve ser repellido, ou tornado objeto de uma demanda por indenização, seja pública ou privadamente. E, todavia, esse não é o significado das palavras. Cristo, aqui, não se dirige aos magistrados¹³, mas àqueles que são atacados; e ele não está tratando dos danos em geral, mas de um tipo específico de dano, tal qual um tapa no rosto; isso porque a última parte da afirmação restringe a generalidade da primeira parte.

4. De forma similar, no preceito que se segue, ‘E, ao que quiser pleitear contigo, e tirar-te a túnica, larga-lhe também a capa’, nem todo apelo a um juiz ou árbitro está proibido. [...] Aqui Cristo, visando nos treinar a tolerância, deseja que não recorramos à lei em razão de coisas que são

¹² Seguindo a distinção aristotélica entre *Ius Naturale* e *Ius Voluntarium*, Grotius entende que o Evangelho (expressão do Direito criado pela vontade de Deus) pode ser mais restritivo com algumas condutas do que o Direito Natural; a defesa, pois, ainda que permitida pelo *Ius Naturale*, poderia perfeitamente ter sido proibida por Cristo (GROTIUS, 1925: 61).

¹³ A referência aos magistrados, aqui, é justificada pelo fato de que na proibição da violência feita no Evangelho, além da interdição da guerra, incluir-se-ia também a pena de morte, expressão máxima do poder de punir do Estado, através da rejeição por Cristo da pena de Talião. A possibilidade de uso da violência pelo Estado para a manutenção da ordem interna é, assim, uma das situações para as quais Grotius busca uma justificação que a exclua da proibição do Evangelho. Essa tarefa, todavia, torna-se mais importante quando se recorda que, para Grotius, a guerra é uma forma de execução do direito, algo assemelhado a um processo judicial; se o castigo de acordo a regra do *olho por olho, dente por dente* não é permitido pelo Evangelho, então a guerra, com a mortandade que inevitavelmente causa, estaria igualmente proibida. Daí a importância, para Grotius, de se esclarecer que Cristo não se dirige aos magistrados, mas ao agredido.

facilmente substituíveis, como uma túnica, ou uma capa além da túnica, se necessário for; ainda que nossos direitos legais sejam perfeitos, ele deseja que nos abstenhamos de exigir seu cumprimento. [...] Disso, todavia, não seria correto concluir que erraria o pai ou guardião que, em caso de necessidade, defendesse perante um juiz aquilo que é necessário para a subsistência dos filhos ou pupilos. Pois uma túnica e uma capa são uma coisa; os meios de subsistência são outra completamente diferente. (GROTIUS, 1925: 71-72)

Para Grotius, assim, Cristo não teria ordenado ao cristão um pacifismo radical, uma total abstenção da violência, mas apenas que suportasse agressões pequenas, que não representem risco para a sua sobrevivência. Quando esta é posta em xeque, a violência seria permitida.

Como se vê, tanto Vitória quanto Grotius refutam a tese da proibição total da guerra pela mesma razão, embora formulada de maneiras diversas: a legitimar a violência defensiva temos o espectro da necessidade, simbolizado seja no reconhecimento de um direito natural de defesa (Vitória), seja na diferença de grau entre a agressão que deve ser suportada pelo cristão e aquela da qual ele pode se defender porque põe em risco sua vida e integridade física (Grotius). O dilema, inescapável para ambos, é que se for exigida ao homem uma abstenção total da violência, o cumprimento dessa obrigação pode, em certos casos, representar a morte do homem; além disso, há que se reconhecer que nem todos os homens são bons, havendo aqueles que não cumpririam espontaneamente o mandamento do Evangelho: não poder usar a violência, nesse caso, significaria colocar a sociedade à mercê dos malfeitores¹⁴. Dito de outra forma, o dilema é que a violência é vista, em determinados casos, como um meio para a consecução de fins – *a segurança e a ordem social, nos exemplos acima* – e, a menos que outro meio seja proposto que substitua o uso da força e atinja os mesmos objetivos, não se conseguirá convencer ninguém do desvalor

¹⁴ “A sétima prova [de que cristãos podem fazer a guerra] é baseada no propósito e bem de todo o mundo [*totus orbis*]. Certamente seria impossível que o mundo fosse feliz – de fato, seria o pior dos mundos – se tiranos e ladrões pudessem prejudicar e oprimir os bons e inocentes sem punição, não sendo permitido ao inocentes ensinar ao culpado uma lição em retribuição” (VITÓRIA, 2001: 298)

absoluto da violência e da guerra. Como diz Bobbio: “toda condenação da violência é estéril se não for acompanhada da busca de meios alternativos” (2003: 175).

Uma condenação da violência nesses termos, “acompanhada da busca de meios alternativos”, é o que podemos identificar na filosofia da *satyagraha* (resistência não-violenta) gandhiana. Trata-se, também, de uma condenação absoluta da violência, embora, a rigor, não se possa a ela aplicar a crítica de Bobbio, por duas razões: em primeiro lugar porque, como o próprio *Mahatma* escreveu, a *ahimsa* (não-violência) nada tem a ver com passividade ou, o que é ainda pior, com covardia¹⁵; de fato, a *ahimsa* é, por definição, uma forma de luta, um agir positivo em busca de uma dada finalidade política, mas uma que se coaduna com um dever moral de matriz religiosa¹⁶. É, pois, o cumprimento desse dever, e não a mera adequação formal da conduta a um padrão de exclusão de violência, que caracteriza o *satyagrahi* (seguidor da não-violência); trata-se, pois, de uma concepção fundamentalmente deontológica da não-violência, ainda que o próprio Gandhi, por diversas vezes, tenha justificado sua rejeição da violência de forma teleológica, i.é, com base nas consequências de seu uso (cf. PONTARA, 1965: 210).

Em segundo lugar, conquanto seja um dever universal, nem todos têm a capacidade ou a disposição para a *ahimsa*: “a verdade só aparece, em todo o esplendor de sua força espiritual, para as pessoas íntegras, ou seja, aquelas nas quais pensamento, palavra e ação formam um todo indissociável” (COMPARATO, 2006: 395). Por isso, Gandhi afirmava que aquele que, não tendo alcançado esse estado de pureza interior, essa liberdade em relação à escravidão do medo e da violência, quando se recusava a agir de forma violenta manifestava ou covardia ou uma submissão à impotência. Em tais casos, a ação violenta

¹⁵ O próprio Gandhi, citado por Fábio K. Comparato (2006: 399), afirmava que “Nada jamais foi feito nesse mundo sem ação. Rejeito a expressão *resistência passiva*: ela não traduz integralmente a realidade, e poder-se-ia ver nela a arma dos fracos”.

¹⁶ É esse dever que, segundo Pontara (1965: 203), seria denotado pela palavra *ahimsa*.

seria preferível à não-violenta, não em razão das conseqüências, mas, sim, por não serem os motivos íntimos do indivíduo compatíveis com a *ahimsa*.

Toda covardia e até mesma a mínima fraqueza devem ser absolutamente afastadas. Enquanto não há esperança alguma de ver um covarde tornar-se um não-violento, essa esperança não é excluída em relação a um homem violento. Eis por que – eu nunca me cansarei de dizer – se não soubermos defender, por nós mesmos, nossas esposas e nossos templos pelo recurso à força que vem da renúncia, ou seja, se não formos capazes da não-violência, devemos ao menos, se ainda somos homens, ser capazes de nos defender pela luta (GANDHI *apud* COMPARATO, 2006: 399).

Alem disso, se a não-violência é um dever, uma obrigação moral, ela não é o único, podendo mesmo ser sobrepujado por outras obrigações mais fortes, no caso concreto, do que a de não-violência. Segundo Pontara (1965: 209), Gandhi reconhecia uma “*pluralidade irreduzível de obrigações morais*”, cabendo ao indivíduo escolher, no caso concreto, qual o curso de ação, o violento ou o não-violento, que melhor atende a suas obrigações. É, pois, a motivação da conduta que determinará o seu caráter moral¹⁷, sendo essa a justificativa dada pelo próprio Gandhi para as situações em que tomou ativamente parte em guerras ou instou seus compatriotas a fazê-lo¹⁸.

A não-violência gandhiana, pois, não se caracteriza nem pela renúncia ao mundano, nem pela passividade, mas pressupõe uma clara opção ética de um sujeito responsável, que, numa situação concreta, escolhe conscientemente cumprir ou não a *ahimsa*, e age de acordo. Contudo, o que justifica a opção pela violência, com o conseqüente descumprimento do dever de não ser violento, jamais serão os resultados obtidos com o

¹⁷ Para Gandhi, “a mesma conduta pode, externamente, ser praticada tanto pelo seguidor [da *ahimsa*] quanto pelo não-seguidor. Em tais circunstâncias, é apenas a motivação que determina sua qualidade [moral]” (*apud* PONTARA, 1965: 210).

¹⁸ Gandhi participou de ou defendeu a guerra em quatro ocasiões: a Guerra dos Bôeres de 1899, a Rebelião Zulu de 1906 e, por duas vezes, em 1914 e em 1918, a Primeira Guerra Mundial. Quando instado a explicar a aparente contradição desses episódios com a sua filosofia de vida, Gandhi se explicava afirmando ter cumprido seu dever para com o Império Britânico, do qual era súdito, e para com a Índia, além do que suas ações, ainda que participando de um conflito violento, sempre visaram a cessação mais rápida do conflito e o restabelecimento da paz (PONTARA, 1965: 206ss).

recurso à força, mas apenas o reconhecimento, no caso, de um dever maior cujo cumprimento exige a prática da violência.

Todavia, jamais a *ahimsa* seria aceita e cumprida pelos indianos ou por qualquer outro povo se fosse incapaz de proporcionar a vitória, ainda que de maneira mais lenta e trabalhosa do que seria o caso com o uso da violência. Desenvolver formas de luta não-violenta e demonstrar sua eficácia foi, talvez, a maior contribuição de Gandhi para a superação do uso da força na solução dos conflitos humanos. É justamente na proposição de formas alternativas de lutar por um objetivo que a doutrina da *satyagraha* se distingue das demais teses pacifistas¹⁹.

Num século em que o número de mortos em conflitos violentos superou em muito todos os tristes recordes de mortandade anteriormente alcançados pela humanidade – *que tom usaria Henri Dunant se tivesse escrito “Lembrança de Solferino” após o bombardeio de Guernica, de Dresden ou, ainda, de Hiroshima e Nagasaki?* –, a filosofia gandhiana parece ser a solução para o enigma da violência que, desde a invenção das armas atômicas, colocou em risco a própria possibilidade da continuação da vida no planeta²⁰. Ao rejeitar a violência como violação de um dever ético e, ao mesmo tempo, propor um catálogo de técnicas de luta não-violenta testadas em campo com grande sucesso, Gandhi teria não apenas elaborado uma virulenta condenação da violência em si, mas também criado condições para superar os argumentos de *mal necessário* ou *mal menor* que fundam as justificações utilitaristas da violência. É correto pensar-se assim?

¹⁹ Gandhi foi a inspiração maior de um outro grande pensador e ativista da não-violência: Martin Luther King Jr. A campanha pelos Direitos Civis nos EUA, por ele liderada na década de 1960, foi, juntamente com o movimento de independência da Índia, uma um exercício em larga escala dos métodos de luta política não-violenta e uma demonstração da sua eficácia. Para uma análise do pensamento do Dr. King, bem como de suas bases filosóficas e da influência de Gandhi em seu pensamento, cf. STEINKRAUS, 1973, esp. pp. 99 e 109-110.

²⁰ Essa, em última análise, é a razão principal para que Bobbio considere a guerra uma *via bloqueada*, pressuposto filosófico do pacifismo ativo que defende (BOBBIO, 2003: 58).

Infelizmente, a resposta parece ser negativa. Como afirma Bobbio, o problema com as técnicas da não-violência está no fato de que o resultado que elas conseguem obter, na melhor das hipóteses, é “o de paralisar, de pôr em dificuldade o adversário; mas não o de reduzi-lo totalmente à impotência, e muito menos destruí-lo” (BOBBIO, 2003: 178). Embora não sejam manifestação de passividade, as técnicas de não-violência, pelo menos as hoje conhecidas – *jejuns, boicotes, desobediência civil* – caracterizam uma atitude de *resistência* a um poder econômico ou político, que pode servir para modificá-lo, para alterá-lo, mas não se presta para eliminá-lo, especialmente quanto se está diante de um conflito em que a vitória de um significa a destruição do outro.

O exemplo da Índia nos mostra que o fim do regime colonial britânico não foi uma consequência direta da campanha de desobediência civil de Gandhi, como teria sido no caso de uma revolução militar que expulsasse à força o estrangeiro colonizador, mas foi, sim, uma decisão do próprio Império Britânico, “motivado” ou “convencido” da inviabilidade da continuidade do regime colonial pelas dificuldades impostas pelo ativismo gandhiano. A relação entre os dois fatos, pois, dá-se de maneira mediata. A não-violência busca não o aniquilamento, mas o convencimento, e é justamente aí que surge sua principal deficiência, pois a resposta que gera por parte do adversário pode não ser a aquiescência originalmente buscada, mas uma escalada de violência que pode levar, em ultimo caso, ao aniquilamento dos próprios manifestantes.

O problema, aqui, se situa na crença errônea de que o poder, por si só, é capaz de suplantar a violência. Entendidos como conceitos distintos, um movimento de resistência não-violenta contra um adversário disposto a usar da força para manter sua posição representa um conflito entre poder e violência em estados puros; num tal caso, a violência tende a sair vencedora, especialmente se quem a usa tiver acesso a armas e instrumentos

suficientes para multiplicar a força dos que o apóiam além do número dos que se lhe opõem²¹. Como afirma, secamente, Hannah Arendt:

Num conflito direto entre violência e poder, o resultado é pouco duvidoso. Se a estratégia enormemente poderosa e bem sucedida de resistência não-violenta de Gandhi tivesse se deparado com outro inimigo – a Rússia de Stalin, a Alemanha de Hitler, e mesmo o Japão de antes da Guerra, ao invés da Inglaterra – o resultado não teria sido a descolonização, mas massacre e submissão (ARENDT, 1970: 53).

O que explicaria, então, o sucesso do movimento de independência da Índia? Para Arendt, ele seria o resultado do medo de um “efeito bumerangue”, i.é, “que o jugo pela violência em territórios remotos acabaria por afetar o governo da Inglaterra, que a última ‘raça subjugada’ seriam os próprios ingleses” (ARENDT, 1970: 54). Assim, a convicção do governo britânico de que o uso da violência, embora pudesse garantir a continuidade da dominação sobre a Índia, traria consequências nefastas para a própria Inglaterra foi a razão última do sucesso do movimento de independência hindu. Contra um adversário para o qual essas consequências são irrelevantes, geralmente porque seu domínio já é fundado na violência, um movimento não-violento é incapaz de produzir resultados; a aniquilação da Primavera de Praga pelos tanques russos é um dos muitos exemplos dessa realidade. Com isso, volta-se ao problema original: a não-violência gandhiana pode ser uma alternativa à violência, mas apenas em casos específicos; para os demais, o recurso à força, nem que como forma de garantir a sobrevivência dos manifestantes, continua sendo um curso de ação justificável pela falta de meios não-violentos que possam substituí-lo. A condenação da violência, em casos concretos, sucumbe à falta de alternativas de luta não-violenta.

²¹ Como afirma, de forma algo lúgubre, Hannah Arendt:

Aqueles que opõem à violência apenas poder logo se dão conta de que são confrontados não por homens mas por artefatos criados pelo homem, cuja inumanidade e efetividade destrutiva aumentam na direta proporção da distância que separa os oponentes. Violência sempre pode destruir o poder; do cano do fuzil nasce o comando mais eficaz, resultando na mais imediata e perfeita obediência. O que nunca dele poderá nascer é poder (ARENDT, 1970: 53).

(iii) A Violência como Meio Inidôneo

Se a violência não pode ser condenada de maneira absoluta, eis que por vezes é o meio necessário para que se alcancem determinados objetivos, uma segunda maneira de negar a justificação a todo e qualquer uso da força pode se fundar na negativa da relação de instrumentalidade entre ela e os fins que por meio dela se visa alcançar; trata-se, assim, não de condenar moralmente o uso da força, mas demonstrar que ele não é um meio idôneo à consecução dos objetivos que com ele se busca atingir ou, o que é o mesmo, evidenciar sua inutilidade: citando as palavras de um célebre pacifista, o Dr. Martin Luther King Jr, “*guerras são cinzéis inadequados para esculpir amanhã pacíficos*”.

Um exemplo pioneiro dessa linha de pensamento pode ser encontrado na obra “A Grande Ilusão”, de Norman Angell, que buscava demonstrar que a guerra moderna traz conseqüências que, de tão desastrosas para as partes beligerantes, tornam impossível distinguir vencedores de perdedores; a escolha do meio violento para a solução de controvérsias entre Estados, assim, não se justificaria em face das conseqüências que esse curso de ação necessariamente implica, revelando-se, pois, contrária aos interesses das partes, independentemente de quem “vencesse”. Com isso, como instrumento de realização das políticas do Estado, o uso da força se mostra como um meio inidôneo à consecução das finalidades para as quais é empregado, devendo ser preterido por meios não-violentos mais adequados²².

²² A tese de Angell, é de se notar, retoma uma das vertentes do que Bobbio denomina *Pacifismo Passivo*, i.e., teorias segundo as quais “a guerra estava destinada a desaparecer (...) na evolução da sociedade” (BOBBIO, 2003: 131), especificamente aquelas para as quais:

[O] evento determinante que deveria pôr as condições necessárias e suficientes para a passagem da era da guerra para a era da paz (...) era constituído pelo advento da sociedade industrial, que teria degradado as virtudes militares, exaltado as do cientista e do técnico, transformado a sociedade de maneira a abrir os Estados para a comunicação recíproca do comércio. (BOBBIO, 2003: 131)

Deve-se ressaltar, todavia, que para Angell, o fim da guerra não era um acontecimento inevitável; sua tese não foi a de que a guerra tinha se tornado impossível, mas sim que ela não mais se justificava como meio para atingir fins políticos. Como afirma José Paradiso, no prefácio da edição brasileira d’“A Grande Ilusão”, a Primeira Guerra Mundial não foi vista por Angell como um desmentido, mas sim como uma confirmação

Também se pode identificar essa forma de pensamento no que se convencionou chamar *Peace Research*²³, cujos estudiosos formularam e buscaram demonstrar uma série de hipóteses empíricas relacionadas ao uso da violência na solução de controvérsias – *tanto entre grupos quanto entre indivíduos* –, buscando fundamentar a tese de que o uso da violência não conduz à solução do conflito, que permanece, na melhor das hipóteses, sublimado e, na pior, vê-se agravado²⁴.

Finalmente, essa também parece ser a linha seguida por Hannah Arendt em sua análise da violência²⁵, quando afirma que “a prática da violência, como toda ação, muda o mundo, mas a mudança mais provável é na direção de um mundo mais violento” (ARENDT, 1970: 80). Como todo instrumento,

a própria substância da ação violenta é regida pela categoria meios-fim, cuja característica, se aplicada aos assuntos humanos, sempre tem sido a de que o fim corre o risco de ser suplantado pelos meios que justifica e que são necessários para alcançá-lo. (ARENDT, 1970: 04)

de suas idéias, embora admitisse que algumas previsões de seu livro não se tivessem concretizado (cf. PARADISO, 2002: XXXII-XXXIII).

²³ Embora o estudo da paz seja bastante antigo, a expressão *Pesquisa sobre a Paz (Peace Research)* identifica uma linha de pesquisa científica inaugurada por Johan Galtung com a fundação, na Noruega, do Instituto Internacional de Pesquisa sobre a Paz (IPRI, sigla em inglês), em 1959. O Instituto, durante os anos, serviu de ponto focal de discussão de assuntos relacionados à Paz, buscando sempre uma perspectiva interdisciplinar do problema, algo evidente na sua publicação oficial, o *Journal of Peace Research*. Para uma análise da história, bem como dos resultados e desafios enfrentados pelos *peace researchers* nos primeiros 25 anos de funcionamento do Instituto, cf. GALTUNG, 1985.

²⁴ Entre tais hipóteses, pode-se apontar: 1) o emprego de violência diminui as chances de compromisso ou de reconciliação, não sendo capaz de levar a acordos estáveis; 2) o emprego de métodos violentos por uma das partes no conflito tende a justificar, da outra parte, a adoção de métodos também violentos, que tendem a reforçar a posição da primeira e levá-la a um grau mais elevado de violência, criando um círculo vicioso de escalada do conflito; 3) a violência tende a brutalizar e desumanizar aqueles que a empregam, e por isso tende a gerar mais violência; 4) O emprego de meios violentos para a solução de conflitos coletivos tende a instaurar e/ou consolidar instituições de repressão, o que permite que indivíduos com inclinações autoritárias e com poucas restrições no tocante ao uso da força tenham acesso ao poder (cf. PONTARA, 1978: 21).

²⁵ É de se notar, não sem espanto, que, num livro dedicado à violência, pensando o tema com uma profundidade ímpar na literatura, Arendt deixe de fornecer a definição do que entende por violência. Em dois momentos ela chega perto de fazê-lo (BUSCAR PAGINAS), mas um leitor que busque nessa obra uma definição do termo sairá frustrado. Uma explicação pode ser buscada no fato de que o livro foi escrito com um evento específico em mente – *as manifestações de violência pelo movimento estudantil no final dos anos 1960* –, certamente achando a autora que o caráter violento de tais atitudes era evidente, dispensando uma definição mais precisa; o que se fazia necessário para a crítica dessa forma de luta, por sua vez, era não a definição de violência, mas a de outros termos cuja confusão, para Arendt, impedia a aceitação de estratégias de luta não-violentas: *poder (power)*, *força humana (strength)*, *força natural (force)* e *autoridade (authority)*.

Somente a existência de um poder (*power*), apoiando e controlando o uso da violência, pode impedir que os meios sobrepujem os fins (ARENDT, 1970: 54), i.e., que a violência, como meio, desligue-se dos fins para os quais é empregada e se torne um fim em si mesma. O problema, todavia, reside no fato de que “poder e violência são opostos; quando um reina absoluto, o outro está ausente. Violência surge quando o poder está em perigo, mas deixada livre ela resulta no desaparecimento do poder” (ARENDT, 1970: 56); entendido o poder como “a habilidade humana não apenas de agir, mas de agir em concerto” (ARENDT, 1970: 44), o fim do poder significa ou o caos, o retorno a um estado de natureza hobbesiano, ou a instauração do terror, i.e., “a forma de governo que surge quando a violência, tendo destruído todo poder, não abdica, mas, ao contrário, permanece no comando” (ARENDT, 1970: 55).

Embora essa análise da violência seja dirigida, aos conflitos coletivos dentro do Estado²⁶, ela também pode ser aplicada às relações internacionais, mas com um agravante decisivo: a evolução da tecnologia bélica, culminada com a criação das armas nucleares,

chegou agora a um ponto onde nenhum fim político poderia concebivelmente corresponder ao seu potencial destrutivo ou justificar o seu uso concreto num conflito armado. Com isso, a guerra (...), [o] apocalíptico jogo de xadrez entre as superpotências (...), está sendo jogado de acordo com a regra ‘se alguém ganhar será o fim de ambos’ (ARENDT, 1970: 03)

Assim, ainda que, como se vê abaixo, seja possível justificar o uso da violência inter-individual como meio para a obtenção de fins políticos, no que toca especificamente à violência interestatal, à guerra, o advento das armas nucleares, com seu potencial destrutivo incomensurável, nega a relação meio-fins eliminando a distinção entre vencedores e perdedores e, dada a escala dos efeitos ambientais de um eventual conflito nuclear, apagando até mesmo a linha que divide os beligerantes dos terceiros neutros em

²⁶ Essa era, mesmo, a intenção da autora com o texto, pois seu objetivo era questionar o “ganho de reputação e o apelo [da violência] nos assuntos domésticos” (ARENDT, 1970: 11), evidenciado pelos atos violentos praticados por estudantes no final da década de 1960, amplamente justificados por uma parcela dos intelectuais de esquerda, especialmente Jean Paul Sartre.

relação ao embate. Bobbio também espousa esse entendimento, ao afirmar que a introdução das armas atômicas marca uma virada histórica, a partir da qual as guerras de hoje já não mais se podem comparar às do passado. Com efeito, a terceira das três razões que Bobbio usa para fundamentar sua opinião de que se está diante de uma virada histórica:

...é utilitária (...): a guerra termonuclear não convém ao objetivo. O primeiro objetivo da guerra é a vitória (...). Mas, à medida que a potência das armas aumenta, no caso de a guerra eclodir com toda a sua virulência, torna-se cada vez mais difícil distinguir o vencedor do vencido: os únicos vencedores poderiam ser os não-beligerantes, os neutros, ou mais simplesmente os fortuitamente salvos da matança²⁷. (BOBBIO, 2003: 61-62)

Contudo, que a violência seja um meio idôneo para alcançar objetivos políticos é uma crença que a história não se cansa de desmentir. Para explicá-lo, todavia, parece conveniente diferenciar os dois níveis de violência que, até agora, tem sido tratados indistintamente: a violência interna e a violência interestatal. No primeiro, há que se reconhecer que a violência, em estado puro, é algo ainda inexistente²⁸; sempre que ela se manifesta, há um poder que a organiza e permite que ela seja utilizada de maneira eficaz; mesmo o mais violento e brutal dos ditadores precisa de um grupo de pessoas em quem confie para executar suas ordens, ao menos enquanto a violência não venha a ser totalmente automatizada, capaz de ser controlada ao toque de botões (cf. ARENDT, 1970: 50-51) – *nesse dia, a violência terá se autonomizado totalmente frente ao homem, podendo então manifestar-se de maneira pura*. Analisados os registros históricos, ver-se-á que a violência nem sempre trouxe consigo a débâcle do poder; por vezes, ela foi um eficiente instrumento a seu serviço, seja do ponto de vista do governo estabelecido, para sua conservação, seja do de rebeldes revolucionários, para o sucesso da revolução. Que a violência é necessária, ainda que seja um *mal*, é uma convicção generalizada; basta que se

²⁷ Pensar no nível de interdependência da economia global, e em de que forma desastrosa ela seria afetada por um conflito nuclear generalizado, torna muito difícil considerar que mesmo quem sobrevivesse à hecatombe possa ser considerado *vencedor*. A rigor, não haveria vencedores num tal cenário.

²⁸ Como acima afirmado, nossa definição de violência exclui os atos, inegavelmente violentos, praticados por indivíduos contra outros indivíduos ou seus bens, movidos por raiva ou frustração, ou mesmo por motivo algum; apenas a violência praticada como estratégia num conflito político é por nos aqui considerada.

repare na extrema resistência que qualquer idéia abolicionista enfrenta no âmbito do direito penal e da segurança pública; sem a ameaça ou o uso concreto da força, desmorona, na percepção do comum dos cidadãos, a capacidade de um sistema jurídico lhes prover segurança²⁹. Ainda que se possa afirmar que a resposta violenta do Estado ao desafio da criminalidade tem como efeito um recrudescimento da própria violência criminosa, parece evidente que não é a resposta violenta *de per se*, mas sim a sua extrapolação além daquilo permitido em lei, bem como sua não complementação por outras medidas de caráter social e econômico, os fatores que explicam esse incremento de conflituosidade³⁰. A violência, assim, justifica-se nem que seja como forma de evitar uma violência ainda maior. Por fim, como visto na seção anterior, não é a violência que, na prática, revela-se inidônea para a consecução de fins políticos, mas sim, por vezes, a *não-violência*. Portanto, ao se constatar a idoneidade da violência como meio para a obtenção de fins, cai por terra a crítica que se funda na negação dessa idoneidade.

No nível interestatal, a situação não é diferente. O próprio Bobbio reconhece que em todas as guerras, sempre houve ao menos um vencedor e um perdedor (BOBBIO, 2003: 62). É fato, reconhece-se, que algumas foram vitórias de Pirro, nas quais o vencedor sai tão debilitado que se torna presa fácil para seus outros adversários, mas a pesquisa histórica nos mostra que, em regra, o vencedor de um conflito bélico obtém, no todo ou em parte, aquilo que buscava em primeiro lugar com a subjugação do inimigo, o qual, vencido, acaba tendo de concordar com as condições impostas pelo vitorioso. Além disso, as providências

²⁹ Para uma visão crítica dessa convicção, negando que da necessidade se possa deduzir a legitimidade da violência estatal, embora esta continue sendo necessária, cf. ALFIERI, 1998.

³⁰ O caso brasileiro, onde uma organização nascida dentro dos presídios paulistas com o objetivo de defender condições mais humanas de encarceramento para os presidiários do Estado se torna uma organização criminosa capaz de paralisar o Estado por duas vezes em um ano, é paradigmático. Nesse caso, a violência estatal além do legalmente autorizado gera um movimento que, diante da inabilidade do Estado em lidar com o problema internamente, aproveitando-se de condições sócio-econômicas que inviabilizam de modo quase absoluto a reinserção social do condenado, leva suas demandas, de maneira violenta, para o lado de fora dos presídios. Não se pode, assim, dizer que é a pena de prisão – *que é inegavelmente uma forma de violência, ainda que juridicamente legitimada* – que gerou o fenômeno do PCC, mas sim a forma ilegal como ela é executada no Brasil, não sem a aquiescência silenciosa da maioria da população.

pós-conflito podem inclusive tornar o que era uma inimizade figadal numa parceria proveitosa para ambos, como demonstra o caso das relações entre Japão e Estados Unidos após a II Grande Guerra, colocando em questão o argumento pacifista segundo o qual o recurso à força somente agrava o conflito entre as partes. O uso da força, encarado não como único meio de solução de disputas, mas como parte de um repertório de medidas destinadas a encaminhar conflitos políticos entre Estados, e cujo uso, embora necessário, não é nunca suficiente para a solução de conflitos – *quando esta é de fato possível* –, constitui-se, pois, em instrumento idôneo para a obtenção de fins políticos.

Resta, contudo, examinar a objeção que a invenção das armas nucleares teriam alterado o quadro e tornado o recurso à guerra inútil. Ao que parece, uma guerra atômica seria desastrosa tanto para os beligerantes, quanto para os terceiros neutros. Os efeitos da detonação em massa de artefatos nucleares seriam tão catastróficos para todo o globo³¹ que, mesmo que o primeiro ataque fosse capaz de eliminar a capacidade de retaliação do adversário – *o que é bastante improvável* – ou que houvesse um sistema de defesa antimísseis impenetrável – *o que ainda é um projeto longe de ser realizado* – garantindo, de uma maneira ou de outra, a integridade daquele que lançou mão de tal armamento, os efeitos ambientais provocados pela contaminação radioativa em larga escala, com grandes possibilidades de difusão planetária, descrevem um quadro intolerável mesmo para o mais ardoroso defensor da possibilidade do uso da energia nuclear com fins bélicos. E isso sem que se leve em conta os efeitos políticos a médio e longo prazo dessa decisão, capazes de fazer retroceder as relações internacionais a um quadro semelhante ao verificado durante o desfazimento do Império Romano do Ocidente.

³¹ Um exemplo do potencial destrutivo das atuais bombas atômicas é o cenário de uma bomba atômica de 150 Kilotons – *cerca de 10 vezes a potência da bomba detonada em Hiroshima* – detonada ao nível do solo em Nova York, que causaria 800.000 mortes e igual número de feridos, excluídos os mortos e feridos em decorrência de incêndios e do envenenamento radiativo que se seguiriam. O cenário pode ser encontrado online no URL < <http://www.atomicarchive.com/Example/Example1.shtml> >. Acesso em 20.01.2007.

Ocorre, todavia, que é um erro achar que a invenção das armas atômicas tornou a guerra contraproducente, eis que nem todos os Estados delas dispõem em seus arsenais e, mesmo aqueles que as possuem, não as utilizaram em conflitos bélicos – *mesmo, no caso dos EUA, quando vislumbravam uma derrota certa no Vietnam* – e definem políticas de utilização apenas em último caso. A guerra atômica, ninguém negaria, é totalmente contraproducente, “não convém ao objetivo” (BOBBIO, 2003: 61), mas não são atômicas todas as guerras: a guerra nuclear, felizmente, nunca ocorreu a não ser nas simulações computadorizadas dos departamentos de defesa espalhados pelo mundo. As guerras travadas com armas convencionais, todavia, não só persistem, como se multiplicaram no Pós-guerra (cf. UNITED NATIONS, 2004: 11, 31), mantendo-se, em relação a elas, a possibilidade, acima discutida, de justificação, já que pela força das armas nações se tornaram independentes do jugo colonial, regimes opressivos se instalaram e se mantiveram por longos anos, assim como outros foram derrubados, agressões foram repelidas, massacres de minorias foram interrompidos; ainda que se possa criticar as razões que levaram ao uso da força em tais casos, e se ele se justificava ou não, não se pode negar que ele foi um meio idôneo para alcançar o objetivo proposto.

A inidoneidade da guerra como meio, ao final das contas, é um argumento que se cinge à hipótese da guerra nuclear, e deve-se reconhecer que foi um fator importante para assegurar que as duas superpotências não entrassem em conflito direto durante a Guerra Fria, mas não alcança as situações nas quais a guerra é feita com armas convencionais, ainda que seu poder destrutivo tenha alcançado atualmente níveis inimagináveis há cinquenta ou sessenta anos.

(iv) A Violência como Meio Substituível

Se, como visto, não parece possível afirmar o desvalor absoluto da violência, nem a sua inidoneidade como meio para a obtenção de fins políticos, resta analisar a terceira e última maneira de negar justificação a qualquer hipótese de uso de força: a afirmação de que a violência, como meio, sempre pode ser substituída, sem prejuízo da obtenção dos objetivos, por meios não-violentos. Não se nega, assim, à diferença da segunda vertente, que a violência seja um meio idôneo para a consecução de um fim, mas que seja necessário recorrer à violência, eis que meios não-violentos há que são tão idôneos quanto, e menos custosos.

Pressuposto desta vertente é que a necessidade pode justificar e tornar lícito um dano causado a outrem; a violência, implicando necessariamente na causação de um dano ou sofrimento, somente se justifica como meio se não houver um outro modo menos custoso de alcançar a finalidade proposta, i.e., se ela for necessária para atingir o objetivo proposto – *admitindo-se, obviamente, que tal objetivo seja previamente considerado legítimo*. A questão, para os proponentes dessa visão, é que sempre haverá um meio de se substituir a violência por outros meios não-violentos, com o que ele nunca estaria justificada. Como logo se percebe, o argumento, aqui, não se funda num juízo de [des]valor, como a primeira vertente, nem numa crítica de natureza técnica, como a segunda, mas sim na desnecessidade do emprego da violência. Enfocando a questão a partir dos conceitos de custo e benefício – *que informam toda análise de necessidade de um determinado instrumento* –, essa vertente se caracteriza, por assim dizer, como uma abordagem *econômica* do problema.

Essa abordagem em relação à legitimidade da violência pode ser identificada, por exemplo, na sustentação que os *abolicionistas*, no Direito Penal, fazem de sua proposta de eliminação das penas restritivas de liberdade por outras de caráter educativo, quando não

da eliminação por completo do conceito de pena, a ser substituído por mecanismos de recomposição entre autor e vítima (FERRAJOLI, 2001: 247-252). Seu argumento se funda no menor custo – *em todos os sentidos: social, econômico, individual, político* – das medidas alternativas à prisão como forma de retirar a esta última sua justificação. Trata-se, pois, de negar a já mencionada crença de que a pena, ainda que um *mal*, seja *necessária*.

No plano das relações entre Estados, o projeto *wilsoniano* de construção de uma organização internacional que, fornecendo mecanismos pacíficos para a solução das controvérsias entre as potências, permitisse alcançar o sonho da eliminação da guerra das relações internacionais também se baseava nessa concepção: a guerra, com todo o seu enorme custo – *sobejamente demonstrado nas trincheiras em que foi travada a I Guerra Mundial* – não se justificaria caso fosse possível solucionar a disputa com um meio pacífico, como a arbitragem ou o recurso a um tribunal internacional. Na visão de seus proponentes, a criação de um sistema onde os Estados pudessem encaminhar suas demandas recíprocas de maneira pacífica, quer por meios diplomáticos, quer políticos, quer jurisdicionais, retiraria toda e qualquer justificação ao uso da força por parte dos Estados, abrindo caminho para sua eliminação das relações internacionais³².

Ocorre que há um problema sutil por trás desse raciocínio, que o torna falacioso e exige que se lhe dê relevo: como o sujeito que suporta os custos da violência nem sempre coincide com o que colhe os benefícios de seu uso, a simples comparação entre custos e benefícios torna-se impossível (cf. FERRAJOLI, 2001: 326-327). De fato, exceção feita aos efeitos reflexos do uso da violência – *p.ex., o potencial embrutecimento de quem a emprega* – o custo da violência é todo ele suportado por aquele a quem ela se dirige; da

³² O fato de, mesmo dispondo de tais mecanismos pacíficos, continuarem os Estados a fazer a guerra, pode-se afirmar, explica que, menos de uma década após a criação da Liga das Nações, em 1928, fosse celebrado o Pacto Geral de Renúncia à Guerra, ou Pacto Kellogg-Briand. Tendo falhado o apelo à racionalidade dos Estados – *que insistiam no equívoco, no entender dos defensores desse pensamento, de ver vantagens no recurso à força* –, a proibição jurídica da guerra foi a maneira encontrada pelos estadistas do período para conseguir garantir a paz nas relações internacionais. Essa tentativa, que também se revelou infrutífera, é o alvo da crítica devastadora de E.H.CARR no seu *Vinte Anos de Crise* (CARR, 2001)

mesma maneira, os benefícios criados pelo uso da força aproveitam a quem a utiliza – *desde que com sucesso, obviamente*. Assim, uma vez que benefícios e custos são direcionados a sujeitos diversos, a comparação entre ambos é impossível, e isso inviabiliza qualquer hipótese de negar justificação à violência afirmando que outros meios seriam menos custosos. A justificação – *ou não* – da violência com base nesse raciocínio de cunho econômico somente se pode fazer quando se compara os custos e benefícios para cada uma das partes de maneira separada, sendo válido o raciocínio que afirma a possibilidade de substituição do meio violento por outro não-violento apenas quando a relação custo-benefício para ambas as partes for mais vantajosa com este do que com aquele³³. Tal operação, contudo, não pode ser feita de forma apriorística, exigindo uma análise caso a caso; não obstante, numa situação limite, na qual a violência ponha em risco a sobrevivência do seu destinatário, ao mesmo tempo em que o seu não uso põe em risco a sobrevivência de quem dela poderia se utilizar, torna-se evidente o paradoxo criado por essa tentativa de justificação: a relação custo-benefício justifica a violência para quem dela se utiliza, mas não para aquele contra quem ela se dirige.

Nesse ponto, é importante ressaltar que, ainda que indiretamente, até as técnicas de não-violência acarretam danos e prejuízos para os adversários daqueles que delas lançam mão; a campanha de boicote aos produtos britânicos liderada por Gandhi trouxe desemprego e enormes dificuldades para as famílias dos operários das fábricas inglesas, pessoas cuja conexão com a insistência na dominação britânica da Índia era, na melhor das hipóteses, remota. Esses sacrifícios, ainda que decorrentes do uso de meios não-violentos de luta política, exigem justificação tanto quanto os causados pelo uso da força. Como afirma WOLFF:

Quando se ocupam os assentos de uma lanchonete por horas a fio, privando com isso o proprietário dos lucros que ele teria auferido com as

³³ Para uma análise mais detalhada do problema, cf. FERRAJOLI (2001: 331ss.).

vendas regulares durante aquele período, está-se tirando o dinheiro de seu bolso tanto quanto se lhe arrombassem a caixa registradora ou destruíssem seu estoque. Se se persiste no protesto até que ele fique endividado, perca sua lanchonete e acabe arrumando um emprego como eventual, então se causou a ele um dano muito maior do que seria causado por um espancamento num beco escuro. Ele pode merecer ir à falência, é claro, mas, se esse é o caso, então ele provavelmente também mereceria uma surra. (WOLFF, 1969: 610)

Vista desse prisma, a violência poderia ser considerada, ainda que apenas em determinadas ocasiões, como *menos* custosa – *também para quem a sofre* – do que a não-violência³⁴.

Assim, a real questão, que é obviada por essa forma de pensar a violência, situa-se não na relação entre o custo dos modos violentos e o dos modos não-violentos. Para a justificação da violência, antes de mais nada, é necessário que se demonstre a razoabilidade do fato de que, para o benefício daquele que usa a força, aquele contra quem ela é usada tenha de arcar com os seus custos. Não se trata, pois, de sopesar custos e benefícios do uso da força com os do emprego de formas de não-violência, mas sim de justificar a carga do sacrifício imposto a um sujeito em benefício de outro. A visão da violência como meio substituível, ao sublimar esse problema, inverte o raciocínio utilitarista que justifica a violência a partir dos fins que ela busca obter, justificando os fins visados a partir do caráter não-violento dos meios que se utilizam para obtê-los; nesse sentido, trata-se simplesmente de um recurso retórico para a justificação de uma determinada plataforma política aos olhos de terceiros.

³⁴ Em seu artigo, WOLFF critica os defensores da não-violência afirmando que a escolha de métodos não violentos de luta política consiste numa “repulsa subjetiva sem fundamento moral”, sujeita a um questionamento moral por – *no caso do protesto na lanchonete* – “meramente deixar o serviço sujo para o banco que executa a hipoteca ou para o policial que cumpre a ordem de despejo” (WOLFF, 1969: 610). Embora não seja razoável generalizar esse raciocínio para todas as manifestações de não-violência, há que se reconhecer que em algumas ocasiões o emprego de tais métodos simplesmente desloca a autoria da violência para um terceiro que age amparado pelo Direito, como o banco credor ou o oficial de justiça. De qualquer forma, ao menos no que se refere à filosofia gandhiana, o objetivo principal da *satyagraha* é convencer o adversário a aceitar as demandas não por submissão forçada, mas pelo reconhecimento de seu mérito; nesse sentido, o *jejum* como forma pacífica de manifestação representaria, talvez, a única forma de luta que não é passível da crítica formulada por WOLFF.

Com isso, refutam-se as três formas de negar justificação a qualquer manifestação de violência. Isso, todavia, não significa pender para o extremo oposto da escala e afirmar que *toda* manifestação da violência é justificada, mas sim que essa justificação é possível, ao menos em algumas situações. Abre-se, com isso, a possibilidade de uma análise político-filosófica da legítima defesa, eis que nem se considera injustificável toda e qualquer manifestação de violência, o que incluiria também a violência defensiva, nem se afirma o contrário, i.e., que seja justificável toda manifestação de violência, o que tornaria supérflua a distinção entre violência agressiva e defensiva. Essa análise, por sua vez, deve buscar as razões pelas quais a circunstância em que um sujeito recorre à força para repelir ou evitar um ato de violência praticado por terceiro, grosso modo denotada pela expressão *legítima defesa*³⁵, é aceita – e o é de forma praticamente universal – como sendo uma dessas situações. A identificação e a análise crítica dessas razões são nossos próximos passos.

B - O Fundamento da Legítima Defesa

Feito esse breve excursus sobre as teorias que negam a possibilidade de justificação a qualquer tipo de violência, e tendo sido rejeitadas todas as três, conclui-se que, ao menos em hipótese, a violência *pode* ser justificada. Todavia, afirmar que a violência pode ser justificada não é esclarecer as razões a justificam, cabendo a verificação, em cada caso, dos fundamentos particulares de sua justificação.

A legítima defesa é, talvez, das hipóteses em que se considera justificado o emprego de violência, aquela que goza da mais unânime aceitação. Sua presença ubíqua

³⁵ É possível, embora não seja a regra, que a legítima defesa justifique um ato que não envolva violência. De fato, como muitos ordenamentos jurídicos, como é o caso do brasileiro, não vinculam a legítima defesa a determinadas condutas típicas, mas inserem o instituto na parte geral dos códigos penais, pode-se imaginar uma situação em que, para se defender de uma agressão injusta, um indivíduo falsifique e utilize um documento público, um ato típico que não contém nenhuma nota de violência; a legítima defesa, nesse caso, estaria justificando a infração a uma norma, algo que apenas em sentido figurado poder-se-ia caracterizar como violência: como *violação* de uma norma.

em praticamente todos os sistemas jurídicos do mundo, contudo, termina por mascarar profundas divergências existentes entre as razões de sua aceitação num e noutro sistema, diferenças que vêm à tona quando se observa o tratamento diverso que cada ordenamento dá a alguns casos problemáticos de legítima defesa, tais como a defesa excessiva, a defesa inconsciente e a defesa putativa.

Não se pode, contudo, fazer a análise e a crítica dessas possíveis fundamentações para a legítima defesa se, antes, não se estabelece uma distinção entre legítima defesa e um outro conceito que, por ser-lhe muito assemelhado, acaba, freqüentemente, sendo com ela confundido: a *autodefesa*. A confusão entre os dois é especialmente perniciosa porque leva, em certos casos-limite, a esfumar a linha divisória entre legítima defesa e estado de necessidade, dois institutos jurídicos com fundamentações e conseqüências jurídicas distintas³⁶. Além disso, tal confusão se agrava quando se enfoca o problema da legítima defesa em direito internacional público, eis que em inglês – *o idioma oficial da quase totalidade dos mais importantes tratados internacionais sobre a matéria, e especialmente da Carta de São Francisco* – a expressão *self-defense* pode denotar tanto um como o outro conceito, gerando dúvidas sobre o significado específico da locução no momento da interpretação de tais textos.

(i) Autodefesa e legítima defesa

Toda forma de organização social, para garantir sua sobrevivência, precisa regular de alguma forma a manifestação de violência entre seus integrantes (cf. BULL, 1995: 04-05); não parece possível – *e nisso provavelmente reside a tremenda força persuasiva de*

³⁶ Exemplo paradigmático desse risco é o tremendo esforço teórico e argumentativo que despende Jeff McMAHAN em seu artigo sobre o problema do Atacante Inocente (*Innocent Attacker*), no final do qual conclui não haver resposta possível para o problema, ao menos de um ponto de vista – *com o qual ele afirma concordar* – que negue o convencionalismo moral (cf. McMAHAN, 1994: 289-290). Sua dificuldade, ao que parece, deriva do fato de que, igualando autodefesa e legítima defesa, ele tende a tratar casos de estado de necessidade – *que também podem ocorrer em situações de autodefesa* – como casos de legítima defesa, justamente o risco para o qual alertamos.

que goza até nossos dias o argumento hobbesiano – que exista sociedade se os indivíduos que a compõem não tiverem um mínimo de segurança de que seu semelhante não representa uma ameaça para a sua conservação³⁷. Disso deriva uma convicção generalizada de que seja errado causar dano³⁸ a outrem, convicção que acaba por se refletir em normas que proibem, de forma genérica, a manifestação da violência na sociedade.

Reprovar e, num segundo momento, proibir a causação de danos, é obvio, não implica torná-la impossível; circunstâncias em que um indivíduo será lesionado são praticamente inevitáveis, e decorrem tanto de eventos da natureza – *uma inundação, a “queda” de um raio etc.* – quanto da ação de outros indivíduos. Pode ocorrer, todavia, que o indivíduo alvo do dano possa evitá-lo – *ou diminuí-lo* – deslocando-o para outra pessoa, o que pode ser feito de duas formas: *redirecionando* o dano de forma que venha a atingir outra pessoa ou *criando* um novo dano cuja realização impeça o primeiro de se concretizar. Em sentido amplo, pode-se denominar tal situação *preservação*. Por uma questão de precisão, motivada pela assimetria axiológica existente entre as diferentes situações de preservação *lato sensu*, é necessário classificá-las de maneira mais detalhada, levando-se em conta a) quem desloca o dano e b) contra quem este é deslocado: quando o alvo do dano redirecionado ou criado é a pessoa responsável pela criação do dano evitando – *i.e., o agressor* –, denomina-se a hipótese *autodefesa*, quando quem desloca o dano for o seu destinatário original – *i.e., a vítima* –, ou *heterodefesa*, quando for um terceiro quem o desloca. Sendo o referido alvo pessoa que não o agressor, denomina-se a situação

³⁷ Não se trata, aqui, de afirmar, como os jusnaturalistas, a existência de uma norma de direito natural, quer de origem divina, quer origem puramente racional, que proíba certas manifestações de violência como o homicídio, mas simplesmente de encarar a regulação da violência como uma exigência lógica que decorre do objetivo de viver em sociedade. A afirmação da existência de uma tal norma pressupõe, para além da constatação da relação de necessidade entre meios e fins, um juízo de valor sobre os fins, juízo esse que é fundamentalmente pessoal.

³⁸ Quando falamos em dano, podemos incluir na categoria tanto o dano corporal, que afeta a vida e a integridade física do indivíduo, quanto o dano patrimonial, que se dirige aos seus bens.

autopreservação, quando quem desloca o dano for a própria vítima, ou *heteropreservação*, quando for um terceiro quem o desloca³⁹ (cf. MCMAHAN, 1994: 253).

Note-se que quando se fala em deslocamento de dano, qualquer que seja a modalidade em que ocorra – *autodefesa*, *heterodefesa*, *autopreservação* e *heteropreservação* –, não se vai além da mera descrição de uma hipótese de fato, não estando implicado qualquer juízo de valor acerca de sua licitude ou ilicitude. Em regra, sendo proibida a causação de danos, também o será o seu deslocamento, na medida em que deslocar é, de certa maneira, causar um dano (MCMAHAN, 1994: 252). Ocorre, contudo, que alguns casos de deslocamento de dano são aceitos como lícitos, o que excepciona a proibição geral; pode-se mesmo dizer que esta é a única exceção possível, pois, a se analisarem as hipóteses em que a causação de danos é considerada permitida nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, ver-se-á que em todas elas se está diante de uma situação de preservação em sentido amplo⁴⁰. Ao que parece, é este um dos raros pontos sobre os quais existe um consenso generalizado – *unânime*, *poder-se-ia até mesmo dizer* – nos diferentes sistemas valorativos existentes no mundo: não se reprova – *ou se reprova menos* – o dano causado a outrem para a proteção de si ou de terceiro.

Esse consenso, todavia, pode dar a impressão de que *toda* situação de preservação autoriza a causação de danos, o que se revela equivocado. Pode ocorrer – *e, de fato, ocorre* – que certas situações de deslocamento de dano sejam previstas como hipóteses de incidência de normas que autorizem o indivíduo a causar um dano que, de outra forma,

³⁹ Em regra, a defesa – *de si próprio ou de terceiro* – implica a criação de um novo dano – *p.ex., o tiro desferido pela vítima contra seu agressor*. Não obstante, não se descarta a possibilidade de assumir a forma de redirecionamento do dano, como na hipótese em que a vítima atira de volta ao atacante a granada que este lhe lançara. De maneira similar, a preservação – *em sentido* estrito – tanto pode ser dar com o redirecionamento do dano original – *p.ex., um trem desgovernado que é desviado de um trilho onde atingiria um grupo de pessoas para outro trilho onde vitimarão pessoas diferentes* –, quanto com a criação de um novo dano – *p.ex., no caso do trem desgovernado, se fossem destruídos os trilhos por onde ele passará para fazê-lo descarrilar e não atingir o grupo de pessoas que se encontra mais à frente*.

⁴⁰ Mesmo as manifestações de violência estatal permitidas pelo direito podem ser reconduzidas à necessidade de preservação. Para uma análise crítica dessas hipóteses, cf. ALFIERI, 1998.

seria considerado ilícito. A não-ilicitude da causação de um dano, em tais casos, deriva não da caracterização da situação concreta em que ela ocorre como *defesa* ou *preservação*, mas sim de sua previsão na norma autorizadora; por isso, como nem toda hipótese em que um dano é deslocado para defesa ou para preservação da vítima encontra amparo numa norma jurídica, situações há em que um dano, ainda que causado em tais circunstâncias, será considerado ilícito. A proibição ou permissão da causação de dano a outrem decorre, pois, de normas que regulam tais hipóteses, e não simplesmente de sua caracterização como *preservadora*⁴¹. Observada, pois, a questão do ponto de vista normativo, vê-se que os ordenamentos jurídicos nacionais, especialmente os de origem românica, incorporam as situações nas quais é permitido o deslocamento do dano por intermédio de dois institutos: a *legítima defesa* e o *estado de necessidade*. Em ambos os casos, normas jurídicas definem as situações que são abrangidas pelos dois institutos; situações que não se amoldem às descrições normativas, ainda que possam ser caracterizadas como hipóteses de defesa em sentido amplo, são consideradas desprovidas de autorização e, a menos que justificadas por alguma outra razão⁴², ilícitas. Isso explica porque não deixa de ser ilícita a conduta do assaltante que fere um policial para evitar a prisão, vez que não há norma que autorize a causação de dano num tal caso, ainda que, de um ângulo meramente descritivo, o ladrão se encontrasse em situação de autodefesa. Isso, de fato, não é grande novidade, mas simplesmente confirma o que sugerem os próprios termos que compõem a expressão “legítima defesa”: como já foi dito, falar em *legítima* defesa implica dizer que há, também,

⁴¹ Isso não significa que a situação de defesa seja totalmente neutra do ponto de vista axiológico, só adquirindo sentido específico quando subsumida a uma norma jurídica. É geralmente aceito que, ainda que um dano causado em defesa própria ou de terceiro seja considerado ilícito, certamente a sua reprovação será menor do que a de um dano similar causado em situação diversa. Isso se deve ao reconhecimento de que a situação de defesa, quando não elimina a ilicitude do ato, atenua, de maneira significativa, a culpabilidade de quem o pratica, implicando numa sanção diminuída.

⁴² Também é comum a previsão das figuras do *estrito cumprimento do dever legal* e do *exercício regular de direito* como circunstâncias que tornam lícita a causação de dano a terceiro, como é o caso do direito penal brasileiro (cf. art. 23, CP)

defesas que *não são* legítimas; a confusão entre autodefesa e legítima defesa inviabiliza essa distinção⁴³.

Ainda que não se faça a equivalência entre os conceitos de *autodefesa* e de *legítima defesa*, e que se mantenha aquela como descrição empírica de uma situação de fato e esta como denominação jurídica de certas situações nas quais o deslocamento do dano é juridicamente permitido, há o risco, que também deve ser evitado, de se estabelecer uma correspondência necessária entre os dois conceitos. Numa análise superficial, o instituto jurídico da legítima defesa corresponderia às situações de fato que classificamos como de *autodefesa* e *heterodefesa*, ao passo que o do estado de necessidade estaria relacionado às hipóteses de *autopreservação* e de *heteropreservação*, entendidos, nos dois casos, os segundos como hipóteses de incidência dos primeiros.

Na prática, contudo, a divisão não é tão estanque, havendo a possibilidade de uma situação de *autodefesa* ou de *heterodefesa* ser interpretada normativamente como estado de necessidade e não como legítima defesa: pela classificação esboçada das diversas hipóteses de defesa em sentido amplo, uma pessoa que, atacada por um cão, defendesse-se matando o animal, estaria numa situação de *autodefesa*. Juridicamente, porém, não se tem configurada a legítima defesa, mas, sim, estado de necessidade, eis que a agressão da qual se defende a vítima não é “injusta” (cf. os termos do art. 25 do Código Penal Brasileiro), uma vez que o animal não tem como ordenar seu comportamento conforme as normas jurídicas. Mesmo a autodefesa que se dirija contra um ser humano pode ser captada normativamente como estado de necessidade quando, p.ex., o agressor não se encontrar no controle de suas ações em razão de doença mental. Isso se explica porque a diferença entre os dois institutos reside não na pessoa contra quem a violência defensiva se dirige – *se o*

⁴³ Desnecessário dizer que as mesmas razões pelas quais é equivocado estabelecer uma equivalência entre *legítima defesa* e *autodefesa* impedem que se identifiquem os conceitos de *autopreservação* e de *heteropreservação* com o de *estado de necessidade*.

próprio agressor ou um terceiro inocente –, mas sim na natureza do ataque que ameaça a vítima, se injusto – *legítima defesa* – ou não – *estado de necessidade*. Tanto quanto a confusão entre autodefesa e heterodefesa, de um lado, com legítima defesa, de outro, a correlação entre os referidos institutos e uma ou outra situação concreta é, pois, equivocada, revelando-se especialmente problemática na medida em que tanto as consequências jurídicas quanto as exigências éticas decorrentes da legítima defesa diferem daquelas que resultam do estado de necessidade.

A autodefesa deve ser considerada, pois, como categoria autônoma frente à legítima defesa, ainda que a situação concreta de *defesa* esteja na base do instituto jurídico da legítima defesa. Com efeito, como se vê a seguir, a tese segundo a qual o fundamento da legítima defesa é, acima de tudo, o direito de autopreservação – *em que medida se trata de um “direito” é assunto a ser tratado de maneira mais detalhada* – que se reconhece ao indivíduo que sofre um ataque, parte de uma indevida identificação entre autodefesa e legítima defesa, e por isso não consegue explicar os casos em que a defesa, mesmo sendo necessária, não é legítima. A legítima defesa, como se pretende demonstrar, somente pode existir no quadro de um sistema jurídico no qual o uso da força seja regulado e, de forma mais ou menos rígida, limitado; por isso, seu fundamento não pode ser dado apenas por um fator metajurídico, como o “direito” de autopreservação, mas deve antes ser buscado no interior do próprio ordenamento, e nas funções que este desempenha.

(ii) A Autopreservação como fundamento da legítima defesa

A mais antiga e comum fundamentação da legítima defesa justifica a licitude da ação que causa dano para repelir ou evitar um ataque com base num direito de autopreservação que se reconhece a todo indivíduo em virtude de sua própria condição de ser humano. Segundo essa vertente, toda pessoa tem direito a proteger sua vida e sua

integridade física contra ataques, e o dano que ele causar no exercício de tal direito não pode ser considerado ilícito. Exemplo típico dessa posição, e também prova de sua antigüidade, é a defesa formulada por Cícero em favor de Titus Annius Milo, acusado do homicídio de Publius Clodius:

Mas se há uma ocasião em que é lícito matar um homem – e são muitas – certamente o é a hipótese não apenas justa, mas até mesmo necessária, na qual violência é feita que só com violência pode ser repelida. (...) Para que servem nossos séqüitos, nossas espadas? Certamente nunca nos seria lícito tê-los se não nos fosse permitido usá-los. Portanto, juízes, *é uma lei não escrita, mas nascida conosco; uma lei que não aprendemos, nem recebemos pela tradição, nem a lemos em lugar algum, mas uma que absorvemos e bebemos da própria natureza; uma lei que não nos foi ensinada, mas para a qual fomos feitos, não instituída, mas inata*, – que, caso nossa vida esteja em perigo em razão ou de ardis, ou de franca violência, ou das armas de ladrões e inimigos, quaisquer meios de garantir nossa segurança são louváveis. *Em tempo de guerra, as leis se calam; e não esperam ser obedecidas quando quem as obedecer tiver de sofrer um castigo injusto antes que possam aplicar a merecida punição.* Sabiamente, e de maneira tácita, o direito concede ao homem o direito de defender a si próprio...⁴⁴ [grifos nossos]

O “silêncio da lei” ao qual se refere Cícero pode ser entendido de duas maneiras: como o reconhecimento de uma permissão oriunda de um sistema jurídico superior ao ordenamento positivo, que derroga a proibição positivada de causar dano a outrem, ou como o reconhecimento de uma impossibilidade concreta de, no caso, a norma influir no comportamento do sujeito que se vê atacado. No primeiro caso, a defesa surge como uma permissão oriunda do Direito Natural, à qual deve se conformar o sistema jurídico positivo; no segundo, como manifestação de um instinto natural de autopreservação: se as leis se calam é porque não se pode esperar que um homem que veja sua vida em perigo respeite a proibição quando lesionar o atacante for um meio de se proteger. Não obstante, em ambos

⁴⁴ “*Atqui si tempus est ullum iure hominis necandi, quae multa sunt, certe illud est non modo iustum, verum etiam necessarium, cum vi vis inlata defenditur. (...) Quid comitatus nostri, quid gladii volunt? quos habere certe non liceret, si uti illis nullo pacto liceret. Est igitur haec, iudices, non scripta, sed nata lex; quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa adripuimus, hausimus, expressimus; ad quam non docti sed facti, non instituti sed imbuti sumus, —ut, si vita nostra in aliquas insidias, si in vim et in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendae salutis. Silent enim leges inter arma; nec se exspectari iubent, cum ei qui exspectare velit, ante iniusta poena luenda sit, quam iusta repetenda. Etsi persapienter et quodam modo tacite dat ipsa lex potestatem defendendi...*” (Pro Milone, Cap. IV)

os casos, o fundamento da legítima defesa é encontrado *fora* do sistema jurídico positivo, na necessidade da ação lesiva para a preservação da vida e da integridade do sujeito que a pratica, diante da impossibilidade, no caso, de intervenção do Poder Público para proteger o indivíduo atacado.

Esse enfoque da legítima defesa, que parece ter sido o predominante no direito romano⁴⁵, levou à limitação da legítima defesa apenas aos casos em que havia perigo para a pessoa, ainda que se tratasse de defesa do patrimônio (cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 29-30), o que excluía da justificativa de legítima defesa condutas que tentassem repelir ou evitar lesões a direitos outros que não o direito à vida e à integridade corporal. Longe de ter ficado restrita à antiguidade clássica, essa forma de explicar a legitimidade da defesa atravessou os séculos. Pode-se identificá-la, por exemplo, na obra de Pufendorf (cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 60), assim como na frase *Not kennt kein Gebot* (a necessidade não conhece lei) imortalizada por Kant (cf. ZAFFARONI, 1981: 585) e que serviu de base para a antiga doutrina alemã da legítima defesa – onde o instituto denomina-se *Notwehr*, i.e., *defesa necessária* (TOLEDO, 1991: 192; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 219). Foi, ainda, a idéia por trás das legislações penais – *praticamente todas já reformadas* (cf. ZAFFARONI, 1981: 585-6) – em que a legítima defesa funcionava como *excusa*, excluindo a culpabilidade, mas não a ilicitude do ato, i.e., mantendo a caracterização da conduta como crime, mas isentando o agente da respectiva punição.

A justificação da defesa pela necessidade, todavia, é um critério insatisfatório para que se possa manter a diferença entre defesas legítimas e ilegítimas. Quer seja vista como um direito natural, quer como um impulso de certa forma alheio à influência diretiva ou coativa da norma jurídica, a afirmação da necessidade de preservação, por si só, como

⁴⁵ Cf. os fragmentos de Ulpiano (“*Vim vi repellere licet id que ius natura comparatur*” – D.XLIII, 16) e Gaio (“*adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*” – D.IX, 2), citados em JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 29.

fundamento da legítima defesa obriga a reconhecer que o mesmo argumento se aplica ao agressor que repele o revide, pois também ele está numa situação de risco para sua vida ou integridade física, e, portanto, sua defesa também seria legítima. Por outro lado, tal fundamentação não explica porque algumas condutas defensivas – *como a do ladrão que se defende da violência praticada pelo policial que tenta efetuar a sua prisão* – não são alcançadas pela justificação da legítima defesa; o que se tem aqui, como logo se percebe, é a confusão indevida da *legítima defesa* com a *autodefesa*. Assim, sem a referência a algum fator outro que não a mera necessidade, torna-se difícil justificar a discriminante – *ou excusa* – de legítima defesa⁴⁶.

Para evitar a conclusão inaceitável de reconhecer ao atacante o direito de se defender do revide ao qual ele mesmo deu causa com o ataque original, alguns buscam no conceito de *inocência* uma distinção entre as defesas permitidas e as não permitidas; assim, embora seja errado atacar de maneira intencional um inocente, atacar quem é não-inocente não o é (McMAHAN, 1994: 256). Ocorre que há uma deficiência nesse argumento: a se entender a figura da inocência apenas no sentido causal, empírico – *inocente como aquele cuja conduta não é nocentes, i.e., não é lesiva* –, volta-se ao ponto de partida, eis que quem se defende também causa dano, sendo, portanto, *nocentes*; a figura da inocência deve ser, pois, apreendida na sua dimensão normativa, se se quer diferenciar a situação de quem se defende de um ataque não-provocado daquela de quem se defende de um revide ao qual deu causa.

⁴⁶ A necessidade, conquanto não seja suficiente para justificar a violência praticada com o fim de defesa própria, pode fundamentar outra importante hipótese de exclusão de ilicitude (ou de culpabilidade, dependendo do sistema jurídico) consagrada em praticamente todos os ordenamentos: o estado de necessidade. Porém, justamente por se fundar na necessidade premente da prática do ato proibido para evitar um dano ao agente, na medida em que essa necessidade pode se fazer presente para ambas as partes numa situação concreta – pense-se numa situação em que duas pessoas lutem pelo único salva-vidas disponível num navio que está a afundar – o dano, inclusive a morte intencional, que uma, não importa qual, causar à outra estará justificado (ou escusado) pelo estado de necessidade; tal solução não seria possível num caso de legítima defesa, não sendo possível, ao menos segundo a doutrina praticamente unânime, legítima defesa contra legítima defesa, pelas razões que se vê na seqüência.

Vista a questão do ponto de vista normativo, *inocente* é aquele cuja conduta, ainda que lesiva a terceiros, não é proibida. *Não-inocente*, por sua vez, é aquele cuja conduta viola uma norma proibitiva. Apreendida normativamente a situação de inocência, pode-se distinguir entre defesas legítimas e ilegítimas: quando o atacante é não-inocente, isto é, quando a sua conduta lesiva viola uma proibição – *o que caracteriza o ataque como uma agressão* – a defesa que lesione o atacante é legítima; quando, todavia, o atacante é inocente, quer dizer, quando sua conduta lesiva é permitida ou mesmo obrigatória, a defesa que o lesione não é legítima. É, pois, uma apreciação normativa da conduta lesiva criadora da necessidade da defesa o teste que definirá se a defesa é ou não legítima. Somente se tem legítima defesa quando a conduta defensiva serve para impedir ou repelir uma *agressão*. Tal conclusão, é fato, não resolve o problema do fundamento da legítima defesa, vez que a *agressão* é uma condição, não o fundamento do exercício da legítima defesa; ela tão somente indica a insuficiência do direito de autopreservação como fundamento, que deverá ser buscado em algum outro fator.

Contudo, ao se estabelecer a existência de uma *agressão* como condição para a legítima defesa, chega-se a uma conclusão importante sobre a natureza desse instituto: na medida em que se a define como sendo uma conduta lesiva proibida, só se pode falar em *agressão* no quadro de um sistema de normas que regulem o uso da força, estabelecendo as situações em que ele é proibido, bem como as situações em que é permitido. Se falar em legítima defesa exige, como condição para a distinção entre defesas lícitas e ilícitas, que se possa caracterizar a ação que motiva a defesa como sendo uma *agressão*, também só faz sentido falar em legítima defesa no quadro de um sistema de normas que regulem o uso da força.

A transcendência dessa conclusão para o direito internacional não pode ser menosprezada: a se traduzir a expressão *self-defense* contida no art. 51 da Carta das

Nações Unidas por legítima defesa, como o faz a versão em língua francesa do mesmo tratado, está-se afirmando tanto que há um direito internacional cujas normas regulam tal instituto, quanto que o direito de os Estados usarem a força não é absoluto, mas se sujeita a um teste de legalidade. Contudo, traduzir a mesma expressão por autodefesa, fundada num direito absoluto – *ou natural, ou ainda inerente* – de autopreservação dos Estados, como se pode depreender de alguns textos e discursos oficiais⁴⁷, termina, no limite, por inviabilizar qualquer regulação do uso da força, na medida em que tudo o que for necessário para a preservação do Estado será permitido. Mais do que uma opção lingüística ou estilística, portanto, é uma opção política entre duas formas de organização da vida internacional, uma fundada na regulação do uso da força, ainda que mínima, e outra fundada no princípio realista do *might makes right*. E tal opção, como bem ressaltava Kelsen (1961: 341), situa-se além dos limites da Ciência do Direito, que pode apenas afirmar a possibilidade de ambas as respostas, mas não demonstrar cientificamente qual é a correta. Voltar-se-á a esse tema mais adiante.

Por ora, todavia, deve-se aprofundar no exame da autopreservação como fundamento da legítima defesa. Viu-se que, como *único* fundamento, a autopreservação é insuficiente para justificar a legítima defesa. Isso não significa, contudo, que a proteção do indivíduo não seja *parte* da sua justificação. Ainda que seja essencial o exame normativo

⁴⁷ Nesse sentido, é paradigmático o pronunciamento do Presidente dos EUA, George W. Bush, no discurso sobre o Estado da União de 2004, segundo o qual “a América nunca pedirá permissão para defender a segurança de nosso povo” (*apud* FRANCK, 2004: 428, que cita outras declarações de altos funcionários do governo estadunidense no mesmo sentido). Outro exemplo marcante foi a declaração do então Subsecretário de Estado para Controle de Armamentos e Segurança Internacional e atual Embaixador dos EUA perante a ONU, John Bolton, segundo o qual:

Nossas ações, tomadas em conformidade com princípios constitucionais, não exigem uma validação externa e separada para serem legítimas. Seja para remover um regime renegado no Iraque e substituí-lo, evitar a proliferação de armas de destruição em massa ou proteger cidadãos americanos contra um Tribunal que não se reporta a ninguém [o Tribunal Penal Internacional], os Estados Unidos utilizarão suas instituições de governo representativo, respeitarão os rigores constitucionais e seguirão seus valores ao medir a legitimidade de suas ações. *É assim que deve ser, na contínua luta internacional para proteger nosso interesse nacional e preservar nossas liberdades.* (...) Em resumo, os Estados Unidos decidirão o que é e o que não é legítimo e pode fazê-lo em virtude de seu poder de coerção. É uma filosofia baseada, ao menos em parte, no “*might makes right*” (*apud* BLIX, 2004: 06 – grifos nossos).

da conduta que dá causa à defesa para que esta possa ser considerada legítima, parece inegável que o fato de estarem em jogo a vida ou a integridade física do sujeito que se defende – *ou do sujeito que é defendido, nos casos de defesa de terceiro* – tem grande peso no juízo que se faz de sua conduta. Mesmo quando não se exclui de todo a ilicitude do dano causado para afastar um risco para a vida ou integridade física, esse fator geralmente influi na medida da sanção penal correspondente; por isso mesmo, não é difícil sustentar que um criminoso que mate um policial num tiroteio em que este último, nos limites do cumprimento de dever legal, esteja atirando em sua direção, mereça receber uma pena inferior à daquele que, de maneira fria e premeditada, alveja e mate um policial durante sua ronda, pelas costas e sem chances de defesa. A ação do criminoso, em ambos os casos, é proibida juridicamente, mas a sanção correspondente à violação, ao menos num sistema que, como o brasileiro, estabeleça o dever de dosar a pena de modo que a reprimenda seja “necessári[a] e suficiente para a justa reprovação e prevenção do delito”⁴⁸, deve se diferenciar em atenção às circunstâncias da ação delitiva, dentre elas a referente à situação concreta de defesa. Se tal circunstância, ainda que não elimine a ilicitude da conduta lesiva, atenua a pena é porque valoramos diferentemente a conduta de quem causa dano para se defender – *ainda que não seja reconhecida a legítima defesa* – e a de quem causa dano fora dessa hipótese.

Se o fato de se estar numa situação de preservação influi de maneira assim tão decisiva no juízo que se faz das condutas humanas, não se poderia negar que esteja na raiz da aceitação generalizada da legítima defesa como excludente da ilicitude de determinadas ações que, de outro modo, seriam consideradas ilícitas. Não obstante, a se considerar a preservação como o único fator justificador da legítima defesa, ter-se-ia que reconhecer que *toda* lesão causada com esse fim seria lícita, o que, como visto, é inaceitável. À

⁴⁸ Cf. Código Penal Brasileiro, art. 59.

necessidade da lesão para a preservação de si ou de terceiro, pois, deve ser somado um outro critério, qual seja, o da ilicitude do ataque contra o qual se defende.

Pode-se vislumbrar, aqui, uma inconsistência lógica: ao fundar-se a justificação político-filosófica da legítima defesa também num elemento normativo, i.e., na ilicitude do ataque, estar-se-ia buscando o interior do próprio sistema normativo um fundamento de sua justificação *externa*; isso implicaria em reduzir a análise a uma apologia do direito posto, eis que é a definição por ele feita do que constitui um “ataque ilícito” que determinaria a justificação ou não da licitude do dano causado para repeli-lo ou evitá-lo; a questão, portanto, é bastante complexa e exige uma análise mais detalhada se não se quer correr o risco de abrir mão do potencial de crítica do direito positivo que tem a Ciência do Direito (cf. FERRAJOLI, 2001: 852-854).

A ilicitude do ataque, a sua caracterização como uma *agressão*, assim, não pode ser utilizada como *fundamento* da legítima defesa; contudo, a partir da consideração das consequências políticas da agressão, pode-se construir o segundo fundamento, este sim totalmente externo ao próprio sistema jurídico, em que se funda a justificação da legítima defesa: *a proteção do direito*.

(iii) A Proteção do Direito como fundamento da legítima defesa

Viu-se que a ilicitude do ataque contra o qual se defende não pode, por se localizar no plano interno do sistema jurídico, servir de fundamento para a justificação externa da legítima defesa, i.e., para fundamentar a aceitabilidade político-filosófica da previsão normativa da legítima defesa. Todavia, a exigência, como condição para a verificação da legítima defesa, de que o ataque contra o qual se defende possa ser caracterizado como *agressão* serve de indicativo do que se busca com tal permissão. Mais do que garantir a proteção individual do sujeito que se defende, a exigência da ilicitude do ataque como

condição para a verificação da legítima defesa indica que se busca garantir a obediência ao próprio ordenamento jurídico. Caso contrário, o direito deveria excluir a possibilidade de legítima defesa quando fosse possível a fuga ou o recurso à proteção das autoridades, uma vez que ambas as alternativas são mais adequadas à preservação da vítima da agressão do que a sua exposição ao risco de a defesa ser malsucedida e o dano vir a se concretizar. Se a defesa é legítima mesmo quando a fuga ou o recurso à proteção oficial são possíveis, i.e., se a defesa não se apresenta como *ultima ratio*, isso significa que para o direito, mais importante até do que evitar o dano à vítima, é impedir a violação do próprio direito representada pela agressão contra a qual se defende. Como afirma ROXIN:

[Q]uem repele uma agressão ilícita prevista no §32 do StGB [Código Penal Alemão] não está apenas a proteger o bem concreto afectado pela agressão; impede simultaneamente que seja lesado o ordenamento jurídico suprapessoal enquanto tal. Se apenas se tratasse de assegurar os bens ou pessoas individuais ameaçadas, então o legislador teria que exigir dos agredidos que evitassem, por princípio, a defesa, ou que se socorressem da ajuda da autoridade, se ela fosse possível no caso concreto, pois ambas as opções são menos perigosas para o agredido, isto é, protegem-no melhor do que a tentativa de se repelir violentamente a agressão por sua própria conta. Porém, se a lei [...] não exige no §32 um “perigo não evitável de outro modo”, e se [...] renuncia ao pressuposto de que “não se possa obter a tempo a proteção da autoridade”, e antes, em vez disso, o § 32 do StGB permite o exercício da defesa a quem está sendo agredido ilicitamente – ou aos que vierem em seu auxílio – mesmo que o perigo pudesse ser evitado de outra maneira, sempre que tal seja “necessário para evitar uma agressão ilícita actual a si ou a outrem”, [...] então isso só pode basear-se na ideia de que deve conceder-se ao particular a oportunidade de defender – como forma de poder suprapessoal – o ordenamento jurídico face a violações. (ROXIN, 1993: 200)

Para muitos autores, principalmente de origem germânica, é esta a real justificação da legítima defesa, descartando-se mesmo a que se funda na autopreservação: o direito entende lícita a ação que causa dano ao agressor porque não aceita que quem age corretamente deva ceder perante o injusto; quem reage à agressão, pois, defende a si e ao ordenamento jurídico, garantindo a confiança no direito que, mesmo na impossibilidade de intervenção do Poder Público, impõe-se, por intermédio da legítima defesa, à tentativa de violação praticada pelo agressor. Todavia, pode decorrer logicamente desse argumento a

equiparação da legítima defesa à pena criminal, tanto no sentido de meio de *retribuição* do delito⁴⁹, quanto no de meio de *prevenção*, na medida em que a perspectiva de ser legalmente ferido ou morto pela vítima pode dissuadir o agressor de levar a cabo seu intento. Dois problemas, contudo, surgem com essa abordagem do problema: em primeiro lugar, ao equiparar a defesa à pena, o limite da ação defensiva não mais será o de evitar ou repelir a agressão, mas sim o de punir o agressor, o que põe em xeque o monopólio estatal da coerção, na medida em que todo cidadão, se atacado, pode licitamente se colocar no papel de juiz e executor de seu atacante, resultado que, para dizer o mínimo, parece politicamente inadequado⁵⁰; em segundo lugar, essa concepção da legítima defesa como defesa *do direito* mais do que *de direitos*, dá à defesa uma natureza pública, donde se pode chegar até mesmo ao extremo de torná-la um *dever* do agredido de, com a sua ação defensiva, impedir a violação do direito⁵¹; tal conclusão se revela de todo inaceitável, pois com isso o direito estaria a compelir o indivíduo a pôr sua integridade em risco contra um agressor mais forte, apenas para evitar a sanção legal pela *omissão de defesa*.

Deve-se, pois, evitar considerar a proteção do direito como fundamento único da legítima defesa; como *parte* de sua justificação político-filosófica, contudo, ela se revela adequada e, em conjunto com a proteção do indivíduo, nos fornece uma base sólida para defender a inserção, no ordenamento jurídico, de uma norma autorizadora do uso da força para evitar ou repelir uma agressão. Como fundamento da legítima defesa, a defesa do direito põe limites à preservação, estabelecendo que nem toda defesa será legítima; por

⁴⁹ O pensamento de Hegel é, nesse sentido, exemplar, pois afirma que a legítima defesa é a negação da negação do direito representada pela agressão; segundo o princípio de que a negação da negação é uma afirmação, assim se caracteriza a legítima defesa. Como a pena criminal também é a negação da negação do direito, a legítima defesa se apresenta como “sucedâneo da pena quando a ordem jurídica não pode acudir em defesa de si mesma” (ZAFFARONI, 1981: 586).

⁵⁰ Além disso, poder-se-ia afirmar que, sendo a legítima defesa um sucedâneo da pena criminal, a proibição do *bis in idem* impossibilitaria a punição do atacante pela tentativa de agressão quando este tiver sido ferido pelo agredido em legítima defesa.

⁵¹ Segundo ZAFFARONI (1981: 587), parte da antiga doutrina espanhola, situada no extremo dessa linha de pensamento, defendia que quem se deixava matar sem defender-se cometia pecado mortal, na medida em que implicava a renúncia à dádiva divina.

outro lado, a proteção do indivíduo exige que a defesa seja uma escolha do atacado, e não uma imposição que o obrigaria a se defender mesmo quando esse curso de ação o colocasse num risco maior do que a mera fuga ou submissão à vontade do atacante.

Resta, contudo, esclarecer em que medida a legítima defesa protege *o direito*, se, conforme as razões acima aduzidas, ela não pode ser equiparada à pena criminal. Para responder a essa questão, deve-se observar, com ROXIN (1993: 26-27) e FERRAJOLI (2001: 209-212), que a pena não é a única forma de intervenção do Estado por meio do direito penal. A simples proibição de uma conduta, mediante a sua tipificação normativa, já restringe a liberdade dos indivíduos sem necessariamente aplicar-lhes uma pena; da mesma forma, submeter um cidadão a um processo criminal, ainda que este venha a ser, ao final, absolvido, já representa uma intervenção penal do Estado na esfera de liberdades do indivíduo. É, pois, uma visão distorcida, provavelmente criada pela denominação *Direito Penal*, a que enxerga na pena a *única* forma de intervenção penal estatal; proibição e processo também o são. A legítima defesa, consistindo na *não-proibição* de um dano que, de outra forma, seria ilícito, também é, pois, uma forma de intervenção penal.

Como forma de intervenção penal, a legítima defesa implica custos sociais que demandam justificação, a qual pode ser buscada no fim de prevenção geral tanto de delitos quanto de penas arbitrárias, único capaz de fazer justificação da violência penal estatal tanto do ponto de vista da sociedade e da vítima, quanto do criminoso⁵². Se por *proteger o direito* entendemos colaborar para que este cumpra os fins cujo atendimento fundamenta sua aceitabilidade política, a legítima defesa o fará na medida em que cumpra essa função de prevenção geral.

⁵² Essa é a tese de Luigi Ferrajoli, com a qual concorda o autor, tendo-a mesmo defendido em sua dissertação de mestrado (cf. DIAS, 2002: 51-57). Não desconsiderando a importância da questão, que é o grande dilema político e filosófico do direito penal, deixa-se de fazer, neste trabalho, um exame detalhado do problema, remetendo-se à obra “Direito e Razão”, de Ferrajoli (2001: 321-345) para a discussão e apresentação pormenorizada do problema.

No que tange à prevenção de delitos, parece indiscutível que a previsão legal da legítima defesa como hipótese autorizadora do uso da força pelo indivíduo cumpre essa função. Como diz ROXIN, citando trechos da exposição de motivos do Projeto de Código Penal Alemão de 1962:

“O direito de legítima defesa [...] também intimida eficazmente com caráter geral frente à possibilidade de realizar um injusto”. Por isso, no § 32 I, a lei permite em princípio a ação lesiva de bens jurídicos necessária para uma defesa ativa inclusive quando fugir ou se esquivar garantiriam de forma igual, ou melhor, a segurança do agredido. *Pois toda agressão repelida em legítima defesa deixa evidente que não é sem risco que se viola o ordenamento jurídico, e estabiliza a ordem jurídica.* (ROXIN, 2001: 608-609 – grifos nossos)

Sendo assim, ao estabelecer que a ação lesiva praticada para evitar ou repelir uma agressão, na medida em que se confina ao necessário para tal fim, não é pressuposto de aplicação de uma sanção penal, o ordenamento jurídico ameaça potenciais agressores com um mal destinado a dissuadi-los da prática da ação criminosa tanto quanto o faz por meio da cominação de uma pena. A verificação da legítima defesa num caso concreto em que o dano causado ao agressor restou impune confirma essa ameaça e, portanto, contribui para a prevenção geral de delitos.

Poder-se-ia vislumbrar nessa opinião uma contradição com a justificação garantista do direito penal, um dos pilares da qual é exatamente a sua justificação não só do ponto de vista da sociedade ameaçada pelo delito, mas também do ponto de vista do criminoso que se vê confrontado com um poder infinitamente superior ao seu⁵³. Para o garantismo, somente a prevenção geral tanto de delitos quanto de penas arbitrárias cumpre essa função, sendo essa a única finalidade que, num estado democrático de direito, pode-se perseguir com a intervenção penal do Estado. Ocorre que a legítima defesa, por definição, não admite uma determinação precisa do que pode ser feito para repelir ou evitar uma agressão, sendo admitido qualquer dano que seja *necessário* para fazê-lo; isso abriria a oportunidade

⁵³ Daí a definição garantista do direito penal como “Lei do Mais Fraco”, proposta por Ferrajoli (2001: 335-336).

para uma reação penal fundamentalmente *arbitrária* se inserir no sistema penal. Na realidade, contudo, isso não se verifica, na medida em que é deixado ao próprio agressor, na medida em que este pode desistir de tentar a agressão, ou de ir até o seu fim, a determinação de até onde se pode ir em legítima defesa. Caso ele desista da agressão, a defesa já não mais se justifica e deve parar sob pena de que o dano causado seja considerado ilícito. Assim, não se pode dizer que a legítima defesa, justificada, em parte, por cumprir a função de prevenção geral de delitos, contrarie uma perspectiva garantista do direito penal, criando uma hipótese de pena arbitrária: o critério da necessidade, que a informa, evita esse problema, justificando-a também do ponto de vista da prevenção geral de penas ilegais. Tanto de um como de outro ponto de vista, assim, pode-se dizer que a legítima defesa *protege o direito*.

Resta, contudo, uma última pergunta a responder: por que razão a proteção do direito justifica a inserção da norma autorizadora da legítima defesa? Parece claro que, a menos que se considere o direito como um fim em si mesmo, a sua proteção só serve de justificativa externa dessa norma na medida em que o próprio direito mereça tal proteção. Negar esse fato é reduzir a teoria jurídica a uma apologia do *status quo*, das relações de poder estabelecidas. O direito há, então, que ser visto como um instrumento cuja legitimação depende da sua idoneidade para atingir os fins que lhe foram assinalados. Dentre tais fins – *a enumeração e análise de todos escapam ao objeto deste trabalho* – o mais importante é, sem dúvida, a estruturação e a manutenção da ordem que possibilita a vida em sociedade, que não é possível sem a definição de normas de conduta, parte importante das quais são normas *jurídicas*.

(iv) **Direito e Ordem Social**

Ordem é um conceito cuja origem se encontra na matemática, exprimindo uma particular *relação* entre objetos distintos, segundo um determinado critério organizador. Assim, os números naturais, dispostos em seqüência do maior para o menor, formam uma ordem (OLIVER, 1951: 21-24), na medida em que existe um critério organizador – *por exemplo, na ordem (a, b, c, d, e, ...n), a subtração de um número por seu predecessor sempre produz resto um* – que determina o lugar preciso de cada ente na seqüência – *assim, os números 3, 2, 5, 6, 1 e 4, submetidos a tal critério organizador, resultariam na seqüência ordenada 1, 2, 3, 4, 5, 6, vez que “2-1=1”, “3-2=1”, “4-3=1” e assim por diante*. Objetos distintos entre si, o seu arranjo e um critério que estabeleça e permita saber/prever o lugar de cada ente numa seqüência são, pois, elementos do conceito de ordem⁵⁴.

Quando se deixa o campo das ciências exatas, no qual a ordem não é propriamente criada, mas sim *descoberta* pelo pesquisador, abre-se a possibilidade de ordens artificiais, ordens que não são dadas pela natureza, mas que são criadas, instauradas por intervenção humana. Em se tratando de ordens artificiais, há a possibilidade de que os mesmos entes sejam arranjados de múltiplas maneiras – *a ordem dos números inteiros é uma só, mas a ordem dos livros numa estante pode se basear no assunto da obra, no seu autor ou na data de sua publicação*; o que vai definir qual das possíveis ordens será instaurada é justamente a finalidade buscada com a sua instauração – *assim, no exemplo dos livros, pode-se arranjá-los em estantes agrupando-os seja por assunto, seja por autor, conforme se busque facilitar a pesquisa temática ou onomástica*. Destarte, quando a ordem se torna o produto da ação humana, seu conceito precisa ser enriquecido com um novo elemento, característico dessa ação: a *finalidade*. Daí a definição de ordem dada por Santo

⁵⁴ Para uma análise profunda do conceito de ordem, cf. OLIVER, 1951, obra que, até onde o autor pode descobrir, é a única que busca elaborar uma teoria compreensiva do conceito.

Agostinho, que Hedley Bull adota em sua obra: “a *boa* disposição de partes discordantes, cada qual no seu lugar mais *adequado*” (BULL, 1995: 04 – grifos nossos).

Com isso, abre-se a possibilidade de a ordem ser submetida a dois tipos de juízo, um descritivo, que verifica a existência de ordem – *há ou não um arranjo de objetos distintos conforme um critério organizador?* – e outro normativo – *esse arranjo atende a determinados objetivos que se quer alcançar?* Note-se que são dois juízos distintos, pois o fato de uma dada ordem não atender a certos objetivos não a descaracteriza como uma “ordem” no sentido descritivo (Cf. ROSENAU, 2000: 22-25).

Se a *ordem* dita social não for simplesmente um homônimo do conceito de ordem até aqui exposto, então falar em ordem social significa, pois, falar na existência de um determinado arranjo de objetos distintos segundo um dado critério que atenda a uma finalidade. Isso coloca, num primeiro momento, a questão de quais são os *objetos* que estão *arranjados*. A resposta lógica seria: são os indivíduos que compõem a sociedade. Contudo, parece óbvio que a ordem social não é a disposição física, segundo um dado critério, desses indivíduos: ordem *social* é algo diferente da ordem de formação dos soldados num batalhão. Então em que sentido se pode dizer que há um arranjo?

A resposta satisfatória a essa pergunta há de começar pela indicação de que nem todo arranjo se dá no espaço – *como a disposição de livros numa estante* – ou no tempo – *como a seqüência de oradores numa solenidade*; a ordem, sendo uma característica da *relação* entre entes, pode ser identificada ou instaurada em qualquer modalidade em que mais de dois entes se relacionem. *Arranjar* nada mais é do que estabelecer uma dada relação entre entes⁵⁵. Pode-se, pois, falar que a ordem social é um dado arranjo dos

⁵⁵ É o que afirmava Bertrand Russell, na sua Introdução à Filosofia da Matemática:

Ao buscar uma definição de ordem, a primeira coisa a considerar é que nenhum conjunto de termos tem apenas *uma* ordem à exclusão de outras. Um conjunto de termos tem todas as ordens de que é capaz. Por vezes uma ordem é tão mais familiar e natural aos nossos pensamentos que somos propensos a considerá-la a *própria* ordem daquele conjunto de

indivíduos que compõem a dita sociedade, é um atributo da forma como eles se relacionam.

Por outro lado, para o espectador, mesmo nas relações espaciais ou temporais, mais importante do que a *colocação* de objetos em determinadas posições é *verificar* que os objetos se encontram nas posições que lhes são assinaladas pelo critério ordenador; instaurar uma ordem é uma coisa, mas experimentar essa ordem, verificar empiricamente sua existência significa confirmar na prática as expectativas geradas pelo conhecimento do critério organizador: se se sabe que uma biblioteca está organizada por assunto, não é de se esperar achar livros de medicina no meio de livros de direito; a comprovação de que a biblioteca *está em ordem*, ou, dito de outra forma, a experiência da ordem na biblioteca depende dessa expectativa ser confirmada. Da mesma forma, a experiência da ordem social depende da confirmação das expectativas geradas pelo conhecimento dos critérios de ordenação em relação ao comportamento das outras pessoas.

Ocorre que o comportamento humano é intrinsecamente imprevisível. A variedade de fatores que influi na definição da conduta concreta de um indivíduo é tão grande que, na ausência de qualquer esquema redutor dessas possibilidades, torna-se praticamente impossível ter qualquer expectativa a respeito do modo como outra pessoa irá se comportar numa dada situação. Essa complexidade das relações comportamentais nos impele a

têrmos; isso é um erro. Os números naturais – ou os números indutivos, como também os chamaremos – nos ocorrem mais prontamente na ordem de grandeza; mas são capazes de um número infinito de outros arranjos. Podemos, por exemplo, considerar todos os números ímpares e depois todos os números pares; ou primeiro 1 e depois todos os números pares, a seguir todos os múltiplos ímpares de 3, então todos os múltiplos de 5, mas não de 2 ou 3, então todos os múltiplos de 7, mas não os de 2 ou 3 ou 5 e assim por diante, através de toda a série de dos primos. Quando dizemos que “arranjamos” os números nessas várias ordens, formulamos uma declaração imprecisa: o que realmente fazemos é voltar a nossa atenção para certas relações entre os números naturais, os quais geram, eles próprios, êstes ou aquêles arranjos. A nós é tão impossível “arranjar” os números quanto os céus estrelados; mas assim como podemos notar entre as estrelas fixas sua ordem de luminosidade ou sua distribuição no céu, assim também podemos observar as várias relações entre os números, as quais dão surgimento a várias ordens diferentes entre êles, tôdas igualmente legítimas. (RUSSELL, 1966: 35-36 – grifos nossos)

selecionar algumas possibilidades de conduta como atualizáveis e outras como não-atualizáveis – *embora a escolha de vestuário seja praticamente infinita na sociedade moderna, não se espera que alguém saia de bermuda e camiseta no dia mais frio do inverno* –, o que não significa necessariamente que uma possibilidade selecionada venha a se concretizar. A desilusão, isto é, a verificação de uma conduta contrária às expectativas, é também uma possibilidade nas relações humanas, e revela sua *contingência*. Essa contingência é fator de insegurança, na medida em que a incerteza sobre o comportamento do outro cria a dúvida se ele representa ou não uma ameaça, ainda que se reduza a complexidade das relações comportamentais por meio da seletividade. Em razão disso, para permitir a convivência, os grupos humanos desenvolvem *mecanismos* que estabilizam essas expectativas, reforçando, por assim dizer, a seletividade e compondo uma estrutura que dá uma certa estabilidade às relações interpessoais, controlando a contingência (cf. FERRAZ JR., 2003: 102-3). Dentre esses mecanismos temos a figura das *normas*.

Normas estruturam as relações humanas, dando-lhes estabilidade, na medida em que efetuam uma seleção prévia das possibilidades de ação, excluindo aquelas que, pela observação, se revelam problemáticas do ponto de vista da convivência. O exemplo da refeição conjunta (FERRAZ JR., 2003: 103) é ilustrativo: caso todos os convivas se lançassem ao mesmo tempo em direção ao alimento, as expectativas – *pegar a melhor porção* – de todos serão mutuamente frustradas⁵⁶; a existência de normas de etiqueta à mesa, assim, na medida em que determinam como e quando cada comensal deve se servir da comida, selecionam as condutas aceitáveis nesse contexto, excluindo outras como

⁵⁶ É o que ocorre, por exemplo, com o tradicional bolo de aniversário da cidade de São Paulo, cujos mais de 450 metros são repartidos, ou melhor, dilacerados, em poucos segundos pelos presentes. A vontade de pegar a maior quantidade possível faz com que as pessoas, ao invés de pedaços de bolo, levem para casa punhados disformes de massa lançados em sacolas plásticas. A substância do bolo, é certo, está lá, mas sem qualquer forma, logo se pode dizer que ninguém consegue comer *o bolo*, apenas punhados de massa misturada com recheio. Se não esta, mas aquela era a vontade de todos os presentes, pode-se afirmar que todos tiveram suas expectativas mutuamente desconfirmadas.

proibidas, e por isso permitem que a refeição se dê de forma que todos consigam se alimentar.

Outro exemplo pode ser visto com relação às normas referentes ao uso da força: a observação nos mostra que, em geral, quem é agredido tende a reagir com o uso da força; ainda que essa assertiva não se confirme na totalidade dos casos, outros fatores determinando que não se produza uma reação violenta, a frequência percebida das reações violentas a uma agressão, por generalização, estabiliza as expectativas sobre o comportamento de quem é agredido⁵⁷. Dessa constatação, na medida em que se entenda que a violência na sociedade há que ser controlada, estabelece-se uma norma proibindo o uso da força por parte dos indivíduos. Essa regra não descreve como os indivíduos se comportam, mas, ao contrário, *prescreve* como eles devem se comportar, de tal forma que, ainda que fulano de fato venha a agir de maneira violenta, mantém-se estabilizada a expectativa de que não *deveria* ter agido assim⁵⁸ (FERRAZ JR., 2003: 103-104).

Pode-se ver, então, o que denota a expressão *ordem social*, bem como a sua correspondência com o conceito matemático de ordem. A ordem social é um determinado arranjo dos indivíduos de um grupo social, uma característica de suas relações mútuas, que são ordenadas de acordo com critérios – *normas* – teleologicamente orientados: diz-se que há ordem na sociedade quando as relações entre os indivíduos se dão conforme expectativas normativamente selecionadas.

Note-se, ademais, que quando se fala em *normas*, não se refere apenas a normas *jurídicas*; normas que selecionam condutas e estabilizam expectativas têm naturezas

⁵⁷ Essa estabilização das expectativas por meio da generalização das possibilidades é também um mecanismo de estruturação das relações interpessoais, denominado por Tércio Sampaio Ferraz Jr. de *atitude cognitiva* (FERRAZ JR., 2003, 103).

⁵⁸ As normas, assim, estabilizam expectativas de modo *contrafático*, diferentemente das atitudes cognitivas, que se adaptam aos fatos, na medida em que nosso conhecimento a seu respeito se aprofunda. Essa natureza contrafática das normas, todavia, não é absoluta, pois o seu desrespeito sistemático pode acabar fazendo com que elas não sejam mais reconhecidas como normas, deixando de estabilizar quaisquer expectativas, situação denominada *anomia* (FERRAZ JR., 2003, 105)

bastante diversas, podendo ser religiosas, morais, costumeiras, de trato social etc., além de jurídicas (FERRAZ JR., 2003: 104-105). Essa multiplicidade dos sistemas normativos pode se constituir num fator de conflito, na medida em que normas de origens diferentes podem regular a mesma situação de maneira diversa, criando expectativas normativas contraditórias; em virtude desse fato, se se quer preservar a função estabilizadora das normas, surge a necessidade de se estabelecer uma hierarquia entre essas ordens, i.e., estabelecer quais devem preponderar em caso de conflitos. Nas sociedades contemporâneas, como resultado da progressiva monopolização da produção do direito pelo Estado soberano – *fator que leva FERRAJOLI (2001) a afirmar que a nota característica da modernidade é, de um lado, a experiência jurídica do Estado e, de outro, a experiência estatal do Direito*⁵⁹ –, essa necessidade se resolveu com a superioridade do sistema jurídico sobre as demais ordens jurídicas. Às expectativas criadas pelas normas jurídicas, assim, reconhece-se uma preeminência sobre as demais (FERRAZ JR., 2003: 111). Essa maior institucionalização das normas jurídicas, todavia, tem o efeito de fazer recair sobre elas a responsabilidade primeira pela manutenção da ordem social; sua ineficácia generalizada é vista como um sinal de *desordem*, de desagregação da sociedade.

Além disso, a ordem social tem uma característica que a distingue das outras ordens: enquanto os livros não têm consciência da ordem de sua disposição, pois são meros sujeitos dessa ordem, na ordem *social* os próprios entes ordenados, os homens, “experimentam” a ordem a que estão sujeitos. Se os livros não podem alterar a sua disposição numa estante, os homens, com sua ação, podem modificar as relações que têm uns com os outros, alterando ou mesmo destruindo a ordem; são, nesse sentido, simultaneamente *ordenados* e *ordenadores*. Daí a importância da confiança que os

⁵⁹ No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr. escreve que “[m]odernamente, a institucionalização de normas, isto é, a configuração do caráter jurídico de sua relação de autoridade, depende da inserção delas em grandes sistemas disciplinares, em termos dessa poderosa instituição chamada de *Estado*” (FERRAZ JR., 2003: 109 – grifo no original)

indivíduos depositam na capacidade estabilizadora dos mecanismos de estruturação da rede de relações sociais; uma crise de confiança gera comportamentos desviantes que visam proteger o sujeito contra eventuais decepções, o que, a se generalizar, elimina por completo a eficácia estabilizadora de expectativas desses mecanismos⁶⁰. A ordem social é, pois, tanto mais sólida quanto mais for percebida como tal pelos que a ela estão sujeitos.

Pressuposto de toda essa reflexão, como deve já ter ficado claro, é a negação de qualquer concepção naturalista da sociedade ou da sociabilidade do homem, o que não significa adotar a tese oposta, e também radical, da insociabilidade natural do homem e da incompatibilidade da natureza humana com a vida em sociedade; há que se partir da constatação de que, não sendo *natural*, a sociedade pode desagregar-se e deixar de existir. Que se deva evitar esse evento é conclusão a que só se chega após a demonstração de que preservar a sociedade é algo valioso, por que a vida num estado não-social seria pior para o homem do que a vida em sociedade. Em resumo, trata-se de adotar, ao menos nas suas duas idéias basilares – *a sociedade como criação humana e o valor positivo da vida em sociedade em relação a um estado não-social* –, uma perspectiva *contratualista* acerca da natureza do homem e de sua relação com a sociedade.

O ponto de partida contratualista, fundado na oposição entre um estado de natureza e um estado social, é importante. Ressalte-se, antes de mais nada, que não se concebe o contratualismo como uma descrição histórica da origem das sociedades, no sentido de que, num dado momento histórico, os indivíduos resolveram se unir em sociedade, que antes não existia, celebrando para tanto o pacto social, o contrato fundador; essa é uma interpretação equivocada dos textos contratualistas clássicos, segundo a qual o estado de natureza seria a descrição da situação em que viviam os homens *antes* da criação da sociedade. É provavelmente impossível demonstrar que, em algum momento, o homem

⁶⁰ A resultante dessa expansão da contingência das relações interpessoais tem um nome bastante conhecido na teoria política clássica: estado de natureza.

tenha vivido num estado não-social: a própria biologia nos impulsiona a viver em sociedade, vez que sem a família, organização social mais básica existente, não seria possível a sobrevivência da raça humana, em decorrência da inaptidão dos *filhotes* humanos para a vida independente, forçados que são a nascerem prematuros, com apenas, aproximadamente, um quarto da massa cerebral adulta já formada no momento do nascimento. Isso, entretanto, não significa que o homem seja sociável por natureza, pois seus impulsos podem ser contrários à vida social. A escassez de recursos pode fazer surgir conflitos, que derivam não de uma natural sociabilidade ou insociabilidade do homem, mas sim do fato de que quando se precisa de algo que esteja com outra pessoa, ou se estabelecem limites para essa pretensão ou a pretensão pode levar à violência, a disseminação da qual, em última instância, pode levar à total desagregação da sociedade. O direito e os demais sistemas normativos, como se viu, podem colaborar, por exemplo, estabelecendo regras que permitam aos indivíduos terem expectativas acerca do comportamento do próximo, o que sustenta a convivência pacífica, pois permite que o outro não seja visto como ameaça. Contudo, quando os sistemas normativos não conseguem cumprir essa função, a existência da sociedade, não apenas na forma como ela é conhecida, mas como *sociedade*, é colocada em risco. Se não se entende a sociedade como sendo *necessária*, no sentido de que existe independentemente da vontade e da ação humanas, então há que se admitir a possibilidade de seu desaparecimento, de sua destruição pelos próprios homens.

Nesse sentido, que é o adotado nessa reflexão, o Estado de Natureza é a descrição desse estado pós-social, no qual a sociedade foi completamente destruída pela ineficácia, principalmente, das normas jurídicas: é a imagem de um mundo onde o direito não é mais respeitado. E é justamente porque a vida em sociedade não é natural para o homem, porque ele tem potencial para a sociabilidade, mas também para a insociabilidade, que esse estado

de natureza é possível, sendo essa possibilidade o fator a justificar a existência do direito, na medida em que se reconhece a tragédia que é a vida nesse estado⁶¹.

Com isso chegamos à justificação da afirmação que concluiu a seção anterior: como sistema normativo predominante, a percepção da ineficácia do direito tem um efeito sistêmico importante na conservação da ordem social. Como recurso de garantia dessa eficácia, reforçando-a, seja por meio da prevenção, seja por meio da repressão efetiva, a legítima defesa *protege o direito* e, conseqüentemente, justifica-se como um instrumento de manutenção da ordem social e de afastamento da possibilidade de instauração de um estado de natureza.

(v) A Legítima Defesa como condição racional para a submissão do indivíduo a uma ordem jurídica

A perspectiva contratualista, porém, além da afirmação de que, não sendo “natural”, uma sociedade pode ser modificada e, pior, destruída, degenerando num estado de natureza, tem uma outra importância fundamental na nossa discussão: ao afirmar que a vida em sociedade não é a única possível para o homem, está-se a afirmar que a participação dos indivíduos na sociedade se dá por *adesão*; como não se faz parte *naturalmente* de uma sociedade, é necessário que se *concorde* em fazer e em continuar fazendo parte dela. Embora o tamanho e a massificação das sociedades contemporâneas, somados ao triste avanço do processo de alienação política de grande parte da população mundial, resultem na generalização da certeza fatalista da inevitabilidade da vida como ela é, não se deve perder de vista que foi esse o argumento justificador da derrubada do *Ancien*

⁶¹ É importante notar que, quando se fala em vida em sociedade e em estado de natureza, não se estão imaginando duas situações mutuamente excludentes. Ambos são tipos ideais, não verificáveis na prática. Neste trabalho, são concebidos como os dois extremos de uma escala na qual os exemplos concretos de convivência humana podem ser situados, um o extremo da convivência totalmente pacífica e da ausência de conflito e o outro o extremo da onipresença do conflito. Essa noção será mais bem trabalhada adiante, quando se examinar a questão da existência ou não de um estado de natureza nas relações internacionais.

Régime nos Sécs. XVIII-XIX, como bem evidencia a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04.07.1776:

Nós consideramos essas verdades como sendo evidentes por si mesmas: que todos os homens são criados iguais, que eles são dotados pelo Criador com certos Direitos inalienáveis, entre os quais estão o direito à Vida, à Liberdade e à busca da Felicidade. Que, para garantir esses direitos, Governos são instituídos entre os Homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados. *Que em qualquer ocasião em que uma forma de Governo se torne destrutiva desses fins, é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la, e instituir um novo Governo, assentando suas fundações em tais princípios e organizando seus poderes da forma que a ele pareça mais conveniente para realizar sua Segurança e Felicidade* (tradução e grifos do autor)

A sociedade, assim, deve se justificar *ex parte populi*. A ordem social não se justifica por si só, mas somente na medida em que obtenha a adesão dos seus integrantes. A que não se justifica, a que não obtém a adesão de seus integrantes, porque *pode* ser modificada ou extinta, acaba mesmo sendo ao final modificada ou extinta. O mesmo se diga acerca do direito, cujas normas estruturam idealmente as relações sociais, determinando como elas devem se dar; toda norma jurídica, pois, submete-se a esse crivo político que, se não afeta diretamente sua validade – *uma vez que não se trata de um juízo interno, mas externo* –, influencia as suas condições de eficácia e pode estimular a revisão ou mesmo revogação de uma norma que não seja aprovada deste ponto de vista; no limite, um ordenamento jurídico que não seja aprovado nesse juízo pode perfeitamente ser revogado por inteiro, substituído por outro mais adequado aos valores dos que alcançaram o poder, sendo esse mesmo o efeito de toda revolução digna do nome.

A necessidade da justificação *ex parte populi* da sociedade nos remete a um elemento do conceito de ordem que não foi analisado na seção anterior: a *finalidade* buscada com instauração da ordem social. Ainda que, num sentido descritivo, uma ordem que não atenda determinados fins que o observador considere importantes nem por isso deixe de ser uma *ordem*, uma tal ordem, no sentido normativo, não é a ordem *que se quer*

e, portanto, pode ser substituída por outra que o faça. Essa finalidade que orienta teleologicamente a ordem é o critério utilizado para o juízo de justificação externa da sociedade e do direito.

A justificativa da existência do Estado e de sua supremacia sobre os cidadãos, os contratualistas sempre a buscaram na criação de condições para a convivência pacífica, na qual os homens pudessem se desenvolver segundo suas inclinações e habilidades, sem que toda a sua força tivesse de ser direcionada para garantir sua mera sobrevivência. Seja porque é impossível a existência de um direito sem o Estado – *Hobbes* –, seja porque, sem o Estado, o direito não consegue se impor aos interesses egoístas dos indivíduos – *Locke* –, é o espectro do estado de natureza, do estado de guerra de todos contra todos⁶², o fator a justificar a sujeição do indivíduo a uma ordem social.

Tentando se afastar da polêmica naturalismo/contratualismo, Hedley Bull enfoca a questão do ponto de vista da constatação empírica, afirmando que toda sociedade humana, no passado como no presente, procura alcançar ao menos três objetivos, sem a consecução dos quais não faz sentido falar-se em sociedade: garantir a vida e a integridade dos indivíduos, garantir um mínimo de estabilidade na posse de bens materiais e, por fim, garantir o cumprimento dos compromissos assumidos mutuamente (BULL, 1995: 04-05). Bull concebe esses três objetivos como pressupostos lógicos da existência de qualquer sociedade, como condições para a convivência pacífica, na medida em que, respectivamente: a) permitem que o outro não seja visto de saída como uma ameaça cuja eliminação ou neutralização é garantia de segurança; b) evitam a generalização da violência que pode decorrer de disputas por bens escassos e; c) possibilitam a cooperação entre os indivíduos para a obtenção de resultados que sozinhos eles não seriam capazes de

⁶² Note-se que, enquanto para Hobbes o estado de natureza coincidia com o estado de guerra de todos contra todos, para Locke a guerra de todos contra todos era o estado para o qual a sociedade no estado de natureza *podia* degenerar em virtude de a decisão das disputas sociais caber em última instância às partes em conflito.

produzir. Isso, todavia, não significa que esses sejam os únicos objetivos que as sociedades humanas buscam, nem que todas as sociedades têm as mesmas finalidades: cada sociedade define para si objetivos próprios, como a eliminação das desigualdades entre seus integrantes, a conservação do meio ambiente que a circunda etc., e a eles orienta as normas que a ordenam. Contudo, todas, sem exceção, buscam, em maior ou menor grau, atender esses três objetivos básicos (cf. BULL, 1995, 05-06), de tal sorte que, em qualquer grupo humano em que esses três objetivos sejam atendidos, pode-se identificar um mínimo de ordem que permite falar na existência de uma sociedade – *e negar a existência de um estado de natureza*.

Ocorre que a garantia da vida, da posse de bens materiais e do cumprimento dos compromissos, na prática, não deixam de ser *atitudes normativas* que estabilizam expectativas por meio de normas que selecionam possibilidades de interação e, com isso, limitam a contingência das relações humanas. Enquanto prescrições, expressam uma relação não de necessidade ou de causalidade, mas sim de obrigação, nada havendo que garanta, de modo absoluto, que a descrição da realidade seja conforme o prescrito pela norma. Que, num caso concreto, a vida ou integridade de um indivíduo não seja respeitada por outro, que os bens que possua lhe sejam tomados por subterfúgio ou à força, ou que não sejam cumpridas promessas que eventualmente lhe tenham sido feitas, portanto, permanece como uma possibilidade onipresente. A ocorrência de tais eventos, desde que não seja generalizada, não afeta a experiência da ordem social, na medida em que o mecanismo das atitudes normativas permite etiquetar tais eventos como *anormais*, mantendo-se contrafaticamente a expectativa de que não ocorram.

Todavia, se deixarmos o nível da análise sistêmica e se observarmos a questão do ponto de vista do sujeito cuja expectativa de que se lhe respeite a vida, os bens ou a boa fé é frustrada pela ação de um terceiro que não se comporte conforme o esperado,

verificaremos que, para ele, a situação não se mostra tão corriqueira e aceitável – *eis aí a diferença, que a distância e o cinismo ocultam, entre a estatística e a experiência*. A simples possibilidade de que seja lesado por um terceiro justifica medidas preventivas, as quais, contudo, tendem, no limite, a afastá-lo do convívio social e, caso sejam generalizadas, podem determinar a desagregação da sociedade como um todo.

Para evitar esse resultado – *que nada mais é do que o “retorno” ao estado de natureza* –, desenvolvem-se sistemas destinados a garantir o cumprimento das normas, seja por meio da fiscalização e vigilância, seja por meio a punição dos que violam as prescrições normativas, com o que se cumprem dois objetivos: de um lado, reforça-se a confiança no direito que lhe permite cumprir seu papel de conservação da ordem social, de outro, desarmam-se as relações entre os indivíduos, deslocando-se a possibilidade de uso da força para uma instância central.

Contudo, há que se reconhecer que nem sempre esses mecanismos cumprirão seu papel – *as autoridades humanas não são nem onipresentes nem onipotentes*; consequentemente, o indivíduo continua exposto ao risco, por menor que seja a possibilidade, de ser vítima de ataques vindos de terceiros. Nesses casos, caberá a ele, se for possível, defender-se do ataque, evitando ou diminuindo o dano correspondente. Todavia, a menos que se abra uma exceção para o uso da força com fim de defesa, as normas que proíbem o emprego da violência nas relações sociais o obrigam a suportar mansamente a agressão alheia, sob pena de ser considerado como tendo violado essas normas tanto quanto seu atacante.

Um tal sistema jurídico, um que proibisse o indivíduo de se defender de uma agressão, exigindo-lhe, sob ameaça de punição, que espere a intervenção das autoridades, mesmo quando tais autoridades simplesmente não estão presentes e não podem estar presentes, não seria aceitável do ponto de vista do sujeito, uma vez que criaria uma

situação inaceitável de vulnerabilidade do indivíduo e, por isso mesmo, não comandaria sua adesão. Exemplo disso foi o peso dado, na discussão ocorrida por ocasião do referendo sobre a proibição do comércio de armas de fogo no Brasil, ao argumento de que tal proibição inviabilizaria a capacidade do cidadão de se defender; a importância que se deu, em todas as classes sociais, às implicações da proibição para a possibilidade de defesa é indicativa da rejeição experimentada por qualquer hipótese que obrigue juridicamente um indivíduo a suportar uma agressão antijurídica. Exemplo semelhante pode ser identificado na reação amplamente negativa que teve na Alemanha o acórdão do *Bundesgerichtshof* (BGH – Tribunal Federal de Justiça alemão) no qual se decidiu que:

[t]ambém se pode evitar uma agressão ilícita mediante uma conduta absolutamente inatacável e, como consequência, haveria que esperar que o dócil agressor da nossa casa a abandonasse voluntariamente depois de ter entrado nela. (ROXIN, 1993:203)⁶³

Assim encarada, a legítima defesa, isto é, a permissão jurídica de usar a violência para repelir ou evitar um ataque ilícito vindo de terceiro, adquire uma dimensão política decisiva, sendo esta a explicação de sua ubiquidade: sua inserção num determinado sistema jurídico consiste numa condição racional para que o indivíduo aceite se submeter a uma ordem na qual seja limitada sua possibilidade de ação na busca de seus interesses; um sistema jurídico que não a permitisse simplesmente não seria aceitável politicamente. Trata-se, assim, de uma condição da legitimidade do sistema jurídico *ex parte populi*.

No plano internacional, isso é indicado pelo fato de que somente se começou a discutir seriamente a questão da legítima defesa quando o uso da força passou a ser regulado e as suas hipóteses limitadas (GIRAUD, 1934: 692; DELIVANIS, 1971: 08-09; DINSTEIN, 2004: 245-6)⁶⁴. Se, no direito internacional clássico que perdurou até o final

⁶³ A orientação jurisprudencial da decisão do BGH, proferida em 1962, foi alterada em 1978, quando a Corte decidiu que “a questão da não-desvalorização ético-social da conduta da vítima... não pode conduzir a uma restrição do seu direito à legítima defesa” (ROXIN, 1993: 203).

⁶⁴ Ian BROWNLIE aponta que, mesmo no século XIX, época do apogeu a liberdade do Estado de ir à guerra, o direito de ir à guerra foi raramente enunciado por estadistas e doutrinadores, “sem algum recurso

da Primeira Guerra Mundial, a guerra se colocava como um assunto além da regulamentação do direito, então pouco interesse havia em discutir o problema da legítima defesa, vez que, do ponto de vista do direito internacional, escassa relevância tinha o fato de um Estado ter sido atacado sem provocação: juridicamente, tanto a situação do agressor quanto a de quem se defendia era a mesma, o uso da força sendo lícito em ambos os casos. Entretanto, quando se começa a buscar a restrição da violência nas relações internacionais, primeiramente com a obrigação de recorrer previamente a meios pacíficos de solução de controvérsias resultante da Conferências de Paz da Haia de 1907, passando pela moratória de hostilidades imposta pelo Pacto da Sociedade das Nações de 1919, até a renúncia à guerra como instrumento de política nacional, a questão da legítima defesa adquire relevância. Nas discussões levadas a cabo por ocasião da negociação e celebração do Pacto de Paris de 1928, fica patente que a condição para a aceitação do Pacto, que estabelecia a renúncia à guerra, era a retenção da possibilidade de uso da força em casos de agressão externa. Nenhum Estado se sujeitaria a uma ordem reguladora do uso da força, aceitando limitações ao seu *direito* de buscar, inclusive pela força, a consecução de seus objetivos, se não lhe fosse permitido defender-se por seus próprios meios contra um Estado que violasse essas limitações. Essa condição se faz ainda mais indispensável numa sociedade como a internacional, na qual inexistente autoridade central com competência ou capacidade de fato para garantir a segurança dos Estados. Mesmo no esquema da Organização das Nações Unidas, o mais avançado sistema de segurança coletiva já engendrado, a possibilidade de inação do Conselho de Segurança pelo exercício do poder de veto somada à falta de uma força militar internacional sob seu comando fazem com que a intervenção da coletividade em defesa do Estado atacado seja menos provável do que a intervenção das autoridades

estereotipado a um direito de autopreservação, e de autodefesa, ou à necessidade ou à proteção de interesses vitais, ou meramente a uma alegada violação de direitos ou injúria à honra ou dignidade nacional”. Ressalva, contudo, que “a grande variedade de *casus belli* admitidos pela prática dos Estados indica a irrealidade de qualquer justificação teórica com base num direito de autopreservação ou na doutrina de necessidade” (BROWNLIE, 1961, 184).

estatais nos sistemas jurídicos domésticos. Se, internamente, a eventualidade de não ser possível a intervenção das autoridades já fundamenta a exigência da legítima defesa, tanto mais isso será verdade no plano internacional. Destarte, tanto a legítima defesa em direito interno quanto a legítima defesa em direito internacional têm a mesma natureza, qual seja, são a condição racional para a submissão de um indivíduo – *quer seja ele um ser humano, quer um Estado* – a uma ordem jurídica que restrinja o uso da força. Adiantando a conclusão de uma discussão que será feita mais adiante, outro não é o significado que atribuímos à expressão “*direito inerente*” – “*inherent right*”, na versão inglesa, “*droit naturel*”, na francesa, “*derecho inmanente*”, na espanhola e “*direito imprescritível*”, na russa⁶⁵ – utilizada no texto do art. 51 da Carta das Nações Unidas.

Isso, entretanto, não significa que em todos os ordenamentos jurídicos a legítima defesa esteja prevista de forma idêntica: as situações concretas que são abrangidas pelo conceito de legítima defesa podem variar de ordenamento para ordenamento. Um exemplo disso pode ser encontrado na questão da defesa contra uma agressão ao patrimônio, v.g., contra um furto: para alguns sistemas jurídicos como o brasileiro, qualquer “*injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outro*” pode ser repelida pelo agredido mediante o uso da força, o que exclui a ilicitude, em razão da legítima defesa, da violência feita pelo proprietário ao meliante que tenta lhe subtrair um bem⁶⁶; para outros, somente ataques contra a vida e a integridade física podem ser lícitamente repelidos mediante o uso de força unilateral, o que exclui a aplicação do instituto em caso de furto. Mesmo excluindo uma determinada classe de eventos da abrangência da legítima defesa, o segundo ordenamento pode atender à condição de legitimidade à qual nos referimos, mas isso dependerá de uma série de circunstâncias como, por exemplo, a importância que o

⁶⁵ A tradução da expressão em russo adotada na Carta é de MÁRQUEZ CARRASCO (1998: 98).

⁶⁶ A violência, para caracterizar a legítima defesa, não pode ultrapassar o estritamente necessário para repelir a agressão ao direito de propriedade (cf. art. 25, Código Penal Brasileiro).

grupo social por ele ordenado atribui aos valores em conflito numa situação de legítima defesa – *no exemplo, a vida e o patrimônio*.

Dessas circunstâncias, a decisiva é a medida da segurança que as instituições sociais conseguem prover ao indivíduo: numa sociedade cujas instituições – *a polícia, por exemplo* – sejam razoavelmente capazes de impedir a prática de violência, uma restrição das hipóteses nas quais se reconhece juridicamente a legítima defesa não será percebida pelas pessoas como uma exposição intolerável ao risco de lesão; em sociedades com instituições inoperantes, que pouco podem ou querem fazer pela segurança dos indivíduos, essa restrição seria um fator de ilegitimidade do sistema⁶⁷. Outra não é a explicação da grande dificuldade que enfrenta toda e qualquer tentativa de limitar o recurso à força em legítima defesa nas relações entre os Estados: a percebida incapacidade do sistema de segurança coletiva em prover segurança de maneira satisfatória a todos os seus integrantes faz com que qualquer tentativa de restrição do âmbito da legítima defesa seja vista como uma limitação intolerável da possibilidade de defesa do Estado.

Por que a abrangência da legítima defesa varia de ordenamento para ordenamento? Como explicar que, num dado sistema jurídico, certa situação de fato seja reconhecida como caracterizadora de legítima defesa, ao mesmo tempo em que não o é em outros sistemas? A resposta a tal pergunta parte da constatação de que, na sua essência, a legítima defesa é contraditória com o fim primário que motiva a instauração de uma ordem jurídica: a eliminação da violência privada. Impedir que os indivíduos, unilateralmente, recorram à

⁶⁷ Pense-se, por exemplo, na concessão que os proponentes do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10826, de 23.12.2003) tiveram de fazer em relação à posse de armas de fogo por moradores de áreas rurais, nas quais a intervenção da polícia é necessariamente mais demorada em razão da distância entre a delegacia e o local da ocorrência, para assegurar a aprovação do projeto. Não permitir a propriedade de armas de fogo nesse caso seria interpretado como uma limitação intolerável da possibilidade de defesa dos moradores dessas áreas, nas quais o Poder Público, reconhecidamente, não tem condições de garantir segurança de maneira pronta e imediata. Argumento semelhante foi utilizado pelos opositores da proibição do comércio de armas de fogo e munições determinada pelo art. 35 da mencionada Lei, disposição levada a referendo popular – e rejeitada – em outubro de 2005: dizia-se que, pela incapacidade demonstrada pelo Estado em combater a criminalidade, a restrição demasiada da possibilidade do cidadão de armar-se o tornaria refém de criminosos.

força em suas relações mútuas é a razão primeira do estabelecimento de um monopólio do uso legítimo da violência, característico da ordem jurídica (KELSEN, 1961: 21-23); o reconhecimento da legítima defesa leva justamente à direção oposta, o que só se justifica na medida em que a autoridade central se revela, na prática, incapaz de garantir, na totalidade dos casos, a segurança dos que a ela estão sujeitos, incapacidade que coloca em risco tanto a integridade do indivíduo, como a confiança no direito como um todo: para um sistema de convivência fundado no monopólio da coerção, a legítima defesa é um *mal necessário*, uma exceção que deve ser limitada ao essencial para a garantia do indivíduo e para a manutenção da confiança no ordenamento jurídico. Daí que a medida da capacidade de intervenção das instituições sociais para a proteção do indivíduo venha a influir na extensão da hipótese de incidência da norma autorizadora da legítima defesa. Por isso mesmo, o exame das normas que regulam a legítima defesa num dado ordenamento jurídico revela muito da situação concreta que ele visa regular; por outro lado, pelas mesmas razões, a interpretação dessas normas, se se quer que sejam adequadas à realidade social subjacente, deve levar em conta essa realidade.

2. DOGMÁTICA DA LEGÍTIMA DEFESA

Feita, nos termos acima, a análise da natureza e da fundamentação filosófico-política da legítima defesa, resta fazer o exame dogmático da matéria, isto é, examinar a forma na qual o instituto é regulado normativamente.

Pode-se começar a fazê-lo notando que a legítima defesa costuma ser encarada como um “resquício” da possibilidade/dever de autopreservação reconhecida aos indivíduos num estado de natureza pré-social, conservado mesmo após a instituição de um sistema jurídico – *que implica necessariamente a regulação do uso legítimo da força* – para permitir a proteção do indivíduo quando o Estado não o puder fazer. Seguindo essa linha, Jean DELIVANIS a descreve como um “*direito residual e provisório dirigido a remediar uma carência transitória da sociedade*”⁶⁸ (DELIVANIS, 1971: 24). Essa concepção da legítima defesa não esconde suas raízes contratualistas, com o uso da palavra *residual* indicando que se trata da continuidade de algo que existia *antes* da criação da sociedade, cuja conservação só se faz na estrita medida em que seja compatível com uma ordem social na qual o uso da força foi submetido a fortes limitações. Esse enfoque da questão, contudo, parte da ficção do estado de natureza *pré-social* que acima criticamos; em consequência, concebe a autopreservação como um *direito* que o indivíduo tem no estado de natureza, um direito *natural*, que, atenuado, é incorporado à ordem jurídica estatal sob a roupagem de legítima defesa.

De forma oposta, neste trabalho, conquanto se mantenha a conexão entre legítima defesa e autopreservação, entende-se-a de maneira distinta. Em primeiro lugar, porque se admite o estado de natureza como descrição ideal de uma situação não *pré-social*, mas *pós-*

⁶⁸ No original, “*droit résiduel et provisoire tendant à pallier à une carence passagère de la société*”.

social, pelo que não há sentido em falar de *direitos* anteriores à instituição da sociedade. Em segundo lugar, porque não se concebe a autopreservação como um *direito*, natural ou não, mas sim como uma motivação para a ação humana. Esse impulso para assegurar a própria preservação, todavia, se for deixado sem peias, porque leva ao uso preventivo da força, coloca em risco a ordem social, na medida em que estimula a desconfiança mútua entre os indivíduos, cuja generalização caracteriza o estado de guerra; em razão disso, sendo impossível – e até mesmo indesejável – a sua eliminação, faz-se imperativo regulá-lo, o que se faz por meio do estabelecimento de requisitos para que a ação violenta motivada pela autopreservação⁶⁹ seja considerada lícita⁷⁰. Esses requisitos, aplicados às situações concretas, delineiam a *facti species* da norma autorizadora da legítima defesa, e indicam, assim, a medida na qual a sociedade considera tolerável a ação violenta motivada pela autopreservação. Esses *elementos* da descrição da situação denominada juridicamente de *legítima defesa*, portanto, funcionam como *limites* impostos ao uso da força com finalidade de autopreservação.

A análise empírica indica que cada sociedade tem seu próprio nível de tolerância para com a violência com fins de preservação. As razões para isso já foram apontadas. Contudo, embora a definição precisa desses limites varie, existe uma razoável congruência entre os diversos ordenamentos jurídicos sobre quais são eles, *i.e.*, sobre quais elementos devem estar presentes na situação de fato para que se reconheça a existência da legítima defesa.

⁶⁹ Nem toda ação que vise a preservação do agente implica no uso da força. A conduta de quem poupa parte de sua renda para garantir seu sustento no futuro ou para ter disponível uma reserva contra imprevistos é, indubitavelmente, motivada por um instinto de autopreservação; da mesma forma, quem ergue muros em volta de sua propriedade, ou instala equipamentos de alarme, também age movido por tal motivo. Conquanto tais ações possam ser submetidas a limites em função de outros fatores – *v.g.*, *a legislação urbanística pode limitar a altura de muros, por razões de estética ou de segurança* –, é nas suas manifestações violentas que a autopreservação revela-se um risco para a ordem social, razão pela qual, neste trabalho, restringimos nossa análise apenas à autopreservação que envolva o recurso à força.

⁷⁰ Ressalte-se que a autopreservação é apenas uma das possíveis motivações para a prática da violência. Contudo, num sistema em que se tenha instituído um monopólio do uso legítimo da força, apenas se pode sustentar a licitude do seu emprego pelo indivíduo nas hipóteses em que este vise sua preservação (ou de terceiro, no caso da heteropreservação).

Em primeiro lugar, em todos os ordenamentos jurídicos, a violência somente é considerada lícita se for *defensiva*, *i.e.*, quando se destinar a repelir outra violência dirigida contra quem se defende; tal elemento exclui a legítima defesa quando esta última violência ainda não tiver sido praticada e, pela mesma razão, quando esta já tiver sido consumada: em nenhum dos dois casos se pode dizer que há *defesa*, mas apenas *prevenção*, no primeiro caso, e *vingança* ou *justiça de mão própria*, no segundo.

A *ilicitude* da violência que motiva a defesa também é um elemento central para a aplicação do instituto: se a violência que motiva a defesa é, em si, lícita, não se reconhece a existência de legítima defesa – *é o caso, já mencionado, do ladrão que se defende contra o policial que busca prendê-lo em flagrante*⁷¹.

Um terceiro requisito para a verificação da legítima defesa está na *necessidade* da violência empregada para a repulsa da violência ilícita: a permissão jurídica para a prática da violência visa limitar, e não ampliar, a violência na sociedade, razão pela qual apenas a violência que se mostrar necessária para a repulsa da agressão será considerada como legítima defesa, estando excluída a incidência do instituto quando for possível repelir a agressão por meios não violentos ou com um grau de violência menor do que o empregado.

Um quarto requisito, este de aceitação bem menos unânime do que os demais, é o da *proporcionalidade* entre a lesão causada pela defesa e aquela que, sem ela, seria produzida; embora, a rigor, ele não forme parte do conceito de legítima defesa – *havendo mesmo autores que rejeitam de plano a sua aplicação à matéria* (cf. ROXIN, 2001: 632) – pode-se identificar uma tendência a restringir a legítima defesa nos casos em que há uma menor reprovação da agressão (cf. MIR PUIG, 1998: 431-432; ROXIN, 2001: 632).

⁷¹ O não-reconhecimento da legítima defesa, por falta de ilicitude da agressão, não implica necessariamente na ilicitude da conduta defensiva, porque o agente pode se encontrar em estado de necessidade; nesse caso, a agressão contra a qual se defende não é ilícita, mas o direito não lhe exige que a suporte passivamente, desde que a lesão que causa ao defender-se seja menor ou igual à lesão que sofreria caso não o fizesse. Está-se, todavia, no âmbito de outra causa de exclusão da ilicitude e fora, pois, da esfera de aplicação da legítima defesa.

Vistos em conjunto, esses elementos formam um conceito ideal do que se entende por legítima defesa: o emprego da violência para repelir uma agressão ilícita, apenas na medida em que seja necessário para esse fim e desde que a reprovação da agressão justifique a permissão da defesa; conceito *ideal* porque a regulação que cada ordenamento jurídico específico faz do instituto lhe define contornos próprios, em razão do quê a mesma hipótese de uso da força que, num dado ordenamento, estaria justificada pela legítima defesa, em outro seria o pressuposto da aplicação de sanção ao agente. Não obstante, tal conceito fornece uma ferramenta heurística capaz de justificar que se negue a denominação de legítima defesa a certas hipóteses em que, por exemplo, a força seja usada que não para repelir uma agressão, ou o seja além do necessário.

Na primeira seção deste capítulo, faz-se a análise desses elementos, para que, na discussão levada a efeito na segunda parte do trabalho, seja possível verificar em que medida as chamadas legítima defesa *preemptiva* e *preventiva*, que alguns Estados, em particular os EUA, propõem que sejam incluídas no rol das hipóteses em que o uso unilateral da força é permitido pelo direito internacional, são efetivamente exemplos de legítima defesa.

Além disso, há um outro ponto que demanda análise: o controle do exercício da violência defensiva. Se se trata de hipótese em que se excepciona a proibição geral do uso unilateral da força, proibição essa cuja manutenção é essencial para a existência da ordem social, o uso da força em legítima defesa deve, necessariamente, ser submetido a um controle de sua conformidade com as normas que o autorizam; de outra forma, de nada adiantaria estabelecer limites para o uso da força e a função preventiva da legítima defesa, do ponto de vista do agredido, restaria prejudicada. Esse controle, bem como a sua capacidade de, por meio da criação *jurisprudencial*, suprir eventuais omissões ou

imprecisões da regulação normativa da legítima defesa, serão estudados na segunda seção do capítulo.

A - Elementos da Legítima Defesa / Limites ao Uso da Força para Autopreservação

Se analisarmos os quatro requisitos para a verificação da legítima defesa acima expostos – *existência de uma agressão, ilicitude dessa agressão, necessidade do uso da força e proporcionalidade entre defesa e agressão* – veremos que eles se referem a duas dimensões distintas que compõem a situação de fato que se pretende subsumir à norma autorizadora da legítima defesa: a primeira referente à *agressão* que motiva a ação defensiva e a segunda, à *ação defensiva* em si.

Assim, pode-se dizer que não se reconhece a ocorrência de legítima defesa – *e, portanto, o uso da força é ilícito* – quando, sem ter sofrido uma agressão ou tendo esta já se consumado, o agente recorre à força; em nenhum dos dois casos pode-se dizer que houve *defesa*, logo neles não há que se cogitar da aplicação do instituto. Da mesma maneira, se a agressão for lícita – *como a praticada pelo policial ao prender um ladrão* –, não se pode justificar o uso da força com a legítima defesa⁷². Esses elementos delineiam o *pressuposto* da permissão de autopreservação mediante o recurso à força; no caso de não serem atendidos esses requisitos, a defesa, se assim a ação puder ser classificada, não será permitida.

Os limites ao uso da força em autopreservação, contudo, não se referem apenas ao pressuposto da defesa, mas à própria conduta defensiva. Assim sendo, mesmo que se trate de uma situação na qual a defesa seja permitida, *i.e.*, um caso de reação contra agressão

⁷² Nos sistemas em que a legítima defesa somente é permitida contra ataques contra a vida ou a integridade física do indivíduo, pode ocorrer que a defesa não seja permitida mesmo em face de uma agressão ilícita, quando esta agressão não se dirigir contra aqueles dois bens jurídicos.

ilícita, a conduta defensiva deve se manter dentro de certos limites: a autorização do uso defensivo da força não é uma carta branca para que quem se defende faça o que bem entender com o agressor. O critério da necessidade delinea a *extensão* da permissão de autopreservação mediante o recurso à força; no caso de não serem atendidos esses requisitos, ainda que permitida a defesa, o agente responderá pelo excesso.

Essa distinção nos permite esclarecer um pouco mais o significado, do ponto de vista dogmático, da afirmação que vimos fazendo ao longo deste trabalho: quando se diz que nem toda defesa é legítima, quer-se dizer tanto que nem sempre o direito permite a defesa, quanto que a permissão da defesa, por si só, não autoriza o emprego de qualquer meio defensivo, o que evidencia a estrutura dupla da legítima defesa (MÁRQUEZ CARRASCO, 1998: 97): sua ocorrência depende da conformidade tanto da ação agressiva como da ação defensiva com requisitos acima mencionados.

Não deve passar despercebida a ligação entre essa estrutura dupla da legítima defesa e os princípios que a justificam: a ocorrência da agressão cria a necessidade de proteção para o indivíduo, mas o princípio de proteção do direito impõe restrições à conduta que se pode praticar para fins de preservação, de forma a mantê-la num patamar compatível com a ordem social; a estrutura dual da legítima defesa indica como se dá essa contenção da possibilidade de defesa: de um lado, o fim de pacificação das relações sociais exige que a autorização para a violência defensiva só se possa dar em caso de prévia violação das normas que regulam o uso da força, caso contrário ninguém poderia ter segurança de que não seria atacado pelo próximo, o que levaria à desordem – *daí a agressão ilícita como pressuposto da legítima defesa*; de outro lado, se o agredido pudesse lançar mão de qualquer meio de defesa, por mais gravoso que seja, para repelir a agressão, o resultado da permissão da legítima defesa não seria a diminuição da violência nas

relações sociais, mas exatamente o contrário – *donde a exigência de que o meio empregado se limite ao estritamente necessário para a repulsão da agressão*.

A proteção do direito, portanto, ao mesmo tempo em que justifica a permissão de recurso à força pelo indivíduo – *em virtude de seus efeitos preventivos* –, estabelece a fronteira além da qual a defesa individual coloca em risco a estabilidade nas relações sociais. Assim, a razão para a existência de limites à possibilidade de defesa do indivíduo contra agressões reside no princípio de proteção do direito⁷³. Esses limites, todavia, não podem restringir a legítima defesa a ponto de torná-la menos abrangente do que o que se entende, num dado grupo social, como indispensável, pois isso seria uma causa de ilegitimidade do ordenamento jurídico e poderia levar à sua desorganização. Há, pois, entre o princípio de proteção do indivíduo e o de proteção do direito uma tensão constante, este tendendo a ir, na limitação da legítima defesa, até onde permitir a exigência da possibilidade de uso defensivo da força sem violação das normas jurídicas. Nenhum dos dois nunca poderá ser inteiramente satisfeito, e o desafio de cada ordenamento jurídico é encontrar o ponto de equilíbrio no qual os dois colaboram para a manutenção da ordem social.

(i) Limites quanto ao Exercício da Legítima Defesa

O primeiro e fundamental limite que o princípio da proteção do direito impõe ao uso da força em legítima defesa assenta na exigência de um ataque ilícito para a repulsão do qual a força é empregada. Somente em face de uma agressão ilícita se autoriza o indivíduo a empregar a força de maneira unilateral, conduta que, de outra forma, seria considerada ilícita. Sem essa limitação, a permissão da autodefesa, condição de

⁷³ O princípio da proteção do indivíduo também serve como limite à legítima defesa, mas não no sentido de restringir o que o agredido pode fazer para defender-se, e sim no de excluir o *dever* de proteger o direito que a assunção do princípio de proteção do direito poderia criar para o indivíduo, caso fosse assumido como única justificação da legítima defesa.

legitimidade do ordenamento jurídico, acabaria por fragilizar e, eventualmente, destruir, a ordem social.

Como já foi visto, a garantia da vida e da integridade dos indivíduos é um dos três objetivos que toda ordem social visa garantir, e tal fim se consegue retirando dos indivíduos a possibilidade de usar a força licitamente, reforçando a proibição com a cominação e efetiva aplicação de sanções aos que descumprirem tal norma; isso dá origem a um monopólio do uso legítimo da força que, a partir de então, somente pode ser utilizada pela comunidade, em regra, por meio de órgãos aos quais tenha sido atribuída a competência de usar a violência. Esse monopólio é fundamental para a manutenção da ordem social, na medida em que neutraliza – *ao menos idealmente* – a potencial ameaça à existência que o outro representa para cada indivíduo. Contudo, porque há sempre a possibilidade de as autoridades não terem condições de socorrer um sujeito contra alguém que descumpra a proibição de uso da força, a sujeição a um sistema que imponha esse monopólio somente será aceitável se for permitido ao indivíduo defender-se num tal caso. Mais não se pode exigir, pois ir além da defesa contra uma agressão significaria violar o monopólio do uso da força, com prejuízo para a manutenção da ordem social. A existência de uma agressão contra a qual o sujeito se defende é, assim, essencial para que o uso da força por parte deste último seja abrangido pela permissão da legítima defesa.

Porém, como já se disse, cada sociedade tem seu próprio nível de tolerância para com a violência empregada em autodefesa; daí que a determinação normativa dos critérios para que se reconheça a existência da agressão nos casos concretos varie de ordenamento para ordenamento. Essa variação pode se dar em dois sentidos. Em primeiro lugar, cada ordenamento tem de definir precisamente o momento em que se inicia e o momento em que cessa a agressão, pois será apenas no *iter* por eles demarcado que será possível dizer que a força é usada como *defesa*; empregada antes do primeiro momento, ela se torna, ela

própria, agressão; empregada após o segundo momento, ela caracteriza ou punição, ou vingança, ambas incompatíveis com o monopólio do uso da força. Em segundo lugar, um dado ordenamento pode restringir a permissão do uso da defesa apenas contra agressão que ameace bens jurídicos específicos, como a vida e a integridade física, deixando a defesa de outros bens, como a honra ou o patrimônio, de fora do âmbito de abrangência da permissão de legítima defesa.

(a) Agressão

Em quê constitui a agressão, pressuposto do uso da força em legítima defesa? Os direitos positivos tendem a referir-se à agressão sem se preocupar em dela fornecer uma definição, tarefa que acaba ficando a cargo da doutrina. Ocorre que não há consenso entre os doutrinadores sobre qual seria tal definição, com o que as discussões sobre o assunto tendem a padecer de vagueza e ambigüidade. Nosso primeiro propósito, pois, nesta seção, há de ser o de precisar o conceito de agressão, de modo que, a partir dele, se possa fazer uma análise crítica das limitações que ele determina para o exercício da legítima defesa.

Roxin define agressão como “*ameaça de um bem jurídico por uma conduta humana*” (2001: 611); PONTES DE MIRANDA se refere a “*ato presente e contrário a direito [com o qual alguém] intente modificar o estado atual, com dano para outrem*” (1983: 275); MANZINI diz que é uma “*lesão jurídica*” (apud JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 167); VON LISZT a conceitua como “*todo fato de por em perigo por meio de uma ato positivo, uma situação existente, juridicamente protegida*” (Ibid.) e FRANK, como “*ato que se destina a alterar um estado existente, pela violação de um bem jurídico*” (Ibid.); STOOS, por sua vez, entendia que era “*uma atividade que põe em perigo o objeto contra o qual é dirigida*” (Ibid.); VON HIPPEL “*agressão é a ingerência na esfera de poder alheia juridicamente protegida e, em verdade, ingerência em qualquer interesse juridicamente protegido (bens jurídicos)*” (Ibid.); JIMÉNEZ DE ASÚA a define como “*ato com o qual o*

agente tende a por em perigo ou a lesionar um interesse juridicamente protegido” (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 167); ZAFFARONI, por sua vez, diz ser ela “*sempre uma conduta humana agressiva e antijurídica*” (1981: 595). TOLEDO, remetendo a STRATENWERTH, entende por agressão “a lesão ou ameaça de lesão, provenientes de uma ação humana, a bens jurídicos” (TOLEDO, 1991: 194).

Nas várias definições apresentadas, pode-se notar que há uma indecisão relativa à caracterização da agressão como uma *conduta* ou como o *resultado* dessa conduta. Não se trata de um problema raro, muito pelo contrário: é característica das línguas românicas essa ambigüidade em determinadas palavras, que podem denotar tanto o ato quanto o resultado desse ato; exemplo disso é, entre muitas outras, a palavra *interpretação* (GUASTINI, 2005: 129).

Em que pese a autoridade dos proponentes da corrente oposta, é de se restringir a definição de agressão à *conduta* que cria ilicitamente risco para um bem jurídico. De outra forma, a se entendê-la como a efetiva *lesão* ao bem jurídico, seria difícil, senão impossível, distinguir a defesa da vingança e da justiça de mão própria, eis que a consumação do dano seria condição para o exercício da defesa. Levando-se o raciocínio *ad absurdum*, seria de se reconhecer que, contra o homicídio não caberia legítima defesa, ou ao menos seria exigível que se aguardasse o atacante desferir o primeiro golpe – *que marcaria a lesão à integridade física do agredido* – para que fosse lícita a defesa. Poder-se-ia sustentar que o risco de lesão já atenderia a exigência de agressão, mas com isso se permitiria que, em havendo risco de lesão a um bem jurídico causada por uma conduta, em si, conforme ao direito, fosse possível a legítima defesa (ROXIN, 2001: 615-6). Por tudo isso, não parece ser essa a melhor interpretação do termo.

Agredir não significa, pois, *lesar* um bem jurídico, mas sim *agir* de maneira a criar o risco de lesão. O termo agressão, contudo, não denota apenas uma simples conduta, mas

uma conduta *humana*, que seja *agressiva*, *i.e.*, que se dirija voluntariamente à produção de uma lesão, além de ser *antijurídica*, ou contrária ao direito (cf. ZAFFARONI, 1981: 597). Destarte, o indivíduo que pratica ação direcionada a violar direitos de outrem, sem estar autorizado a tanto, pratica uma agressão e, contra ele, para fazer cessar a agressão e evitar o dano pretendido, pode a força ser utilizada sem violação do direito.

Assim, em primeiro lugar, se a permissão da legítima defesa se dá por razões preventivas, em virtude do princípio de proteção do direito, somente aquelas condutas capazes de serem influenciadas pelas normas podem ser subsumidas ao conceito de agressão; logo, quedam excluídos do conceito de agressão todos os comportamentos não-humanos – *não há, pois, legítima defesa contra ataques de animais*⁷⁴ *ou contra acidentes naturais, mas apenas, se for o caso, estado de necessidade*. Pelas mesmas razões, as não-ações (ROXIN, 2001, 612; ZAFFARONI, 1981: 596) – *movimentos humanos praticados nos quais a vontade é excluída por força irresistível, inconsciência ou reflexo, como atos reflexos, atos praticados durante crise de sonambulismo, ou por pessoas incapazes, em razão quer de doença mental, quer de intoxicação não pré-ordenada, de controlar seu comportamento* – não podem ser caracterizadas como agressão, e não são pressupostos de legítima defesa; não obstante, isso não significa que quem corre o risco de lesão causado por esse tipo de comportamento deva suportar o dano sem defender-se: em regra, nesses casos configura-se o estado de necessidade, que também exclui a ilicitude da lesão causada com fim de preservação, mas exige, à diferença do que ocorre na legítima defesa, a proporcionalidade entre o dano causado e o dano evitado. Exclui-se, também, a possibilidade de legítima defesa contra pessoas jurídicas, eis que estas não são capazes de

⁷⁴ O exemplo aqui se refere ao ataque de um animal que, por qualquer razão, sem ser incitado a tanto, ataca um indivíduo; caso este fira ou mate o animal para se defender, causando prejuízo a seu proprietário, não poderá buscar justificação na legítima defesa, mas sim no estado de necessidade. Outra situação, completamente diferente, é a do animal que é utilizado como arma por alguém para lesar outrem; num tal caso, o ferimento ou mesmo a morte causada ao animal, com prejuízo para seu dono, será justificada pela legítima defesa da mesma forma que se o agredido tivesse destruído outra arma qualquer usada pelo agressor.

atuar no sentido do direito penal; contra os órgãos humanos das pessoas jurídicas, contudo, quando atuarem antijuridicamente, será possível a legítima defesa (cf. ROXIN, 2001: 611).

Em segundo lugar, a ação que é o pressuposto da legítima defesa deve ser *agressiva*, deve ser orientada por uma vontade de lesão. A controvérsia, quanto a esse ponto, reside na dúvida sobre se essa vontade deve se dirigir contra o defensor ou se basta para a caracterização da agressão a vontade dirigida contra outra meta (MIR PUIG, 1998: 434). ZAFFARONI, por exemplo, seguindo o entendimento de LUZÓN PEÑA, entende que a legítima defesa é *“inadmissível contra a conduta meramente imprudente, posto que o que cabe, tratando-se de culpa inconsciente, é advertir o sujeito do perigo em que põe os bens alheios”* (ZAFFARONI, 1981: 597); seguem essa linha, também, MAYER e SCHIMDHÄUSER (*apud* ROXIN, 2001: 616-7). Por outro lado, MIR PUIG (1998: 434) e ROXIN (2001: 615-8), assim como WELZEL e JESCHECK (*apud* ZAFFARONI, 1981: 597), defendem que a agressão pode consistir numa conduta imprudente. Como diz MIR PUIG, *“nem o termo «agressão» exclui literalmente a possibilidade de imprudência, nem cabe descartar a possibilidade prática de uma agressão imprudente que permita a legítima defesa segundo os requisitos legais”* (MIR PUIG, 1998: 434).

A esse respeito, parece-nos que a razão esteja com os que defendem que mesmo a ação imprudente configura agressão e, portanto, dá azo à legítima defesa. Se o direito prevê a punição de condutas culposas, porque entende que assim motiva a observância do dever de cuidado em determinadas situações consideradas merecedoras de garantia do direito penal, a permissão da legítima defesa em tais casos poderia cumprir essa função de prevenção geral, protegendo o direito, além de garantir a proteção do indivíduo que se vê ameaçado pela conduta imprudente. Contra a conduta nem ao menos culposa, todavia, como as não-ações, não haveria o interesse na prevalência do direito e, portanto, excluir-se-ia a legítima defesa, mas esse não é o caso com a imprudência. Além disso, a se seguir a

argumentação de ZAFFARONI acima citada, a possibilidade de “advertência” ao sujeito imprudente exclui a *necessidade* da defesa, não a *agressão*⁷⁵; quando não for possível a advertência, a defesa será necessária: dever-se-ia negar, no caso, a existência de legítima defesa?

Ressalte-se que admitir a legítima defesa na hipótese da conduta imprudente, assim como em outros casos de culpa diminuída, não significa deixar livre o agredido para ir até onde quiser em sua defesa: continua totalmente aplicável o princípio da necessidade como teto da violência juridicamente permitida; além disso, como se vê mais adiante, a menor reprovação da conduta agressiva pode limitar ainda mais o direito de defesa, exigindo, se for possível, a fuga ou o pedido de socorro às autoridades antes do recurso à força. Não sendo possíveis esses meios não-violentos, diante do risco de lesão antijurídica de um bem jurídico criado pela conduta imprudente, não há razão para negar ao agredido o direito de usar a força dentro dos limites do necessário para a sua proteção. A agressão, assim, pressupõe não necessariamente uma ação dolosa, mas existe já na conduta culposa; somente a ausência de vontade, que exclui a ocorrência de *ação*, impede o reconhecimento da agressão.

Que para a configuração da agressão a conduta deva ser, ao menos, culposa, não significa que a conduta há de ser, também, culpável. O terceiro elemento do conceito de agressão exige apenas que ela seja *antijurídica*. A antijuridicidade, sendo a *relação de contrariedade* de uma conduta com o ordenamento jurídico (cf. TOLEDO, 1991: 165), não pressupõe a culpabilidade, mas antes o contrário; uma conduta não deixa de ser antijurídica porque seja praticada, por exemplo, por um inimputável.

⁷⁵ O autor argentino expressamente escreve: “Usualmente la defensa no será necesaria, pues bastará con la advertencia para evitar el resultado o alejar el peligro” (ZAFFARONI, 1981: 597).

A exigência de culpabilidade para a configuração da agressão parte de um equívoco sutil, qual seja, a idéia de que, porque não se aplica a pena criminal à pessoa cuja conduta não é culpável, também não seria possível usar de força contra ela em legítima defesa; o que esse raciocínio esquece é que a legítima defesa não tem natureza de *pena*, não ter por objeto, em absoluto, a reprimenda do agressor, mas tão-somente a proteção do agredido e do direito (cf. ROXIN, 2001: 617-8). Nenhum dos dois objetivos é atendido quando se nega a legítima defesa em casos de ausência de culpabilidade, podendo mesmo levar a situações em que o agredido é colocado numa situação pior do que a do agressor: pense-se na hipótese do sujeito que se vê agredido por um jovem e não tem como saber se ele já alcançou a maioria penal, situação na qual o sujeito deverá optar entre suportar o ataque e correr o risco de que, no processo penal que se seguirá, não lhe seja reconhecida a legítima defesa e ele venha a ser condenado por ter se defendido; como diz ROXIN:

[O] agredido não pode saber se, posteriormente, no processo penal, se reconhecerá ou não aos jovens a maturidade moral e espiritual necessária para a sua responsabilidade e, portanto, isso há de ser indiferente para seu direito de legítima defesa (ROXIN, 2001: 617).

Além disso, quando se nega a legítima defesa nos casos de agressão antijurídica não-culpável, não se quer impor ao agredido o dever de suportar o dano causado pelo ataque, mas se lhe abre a possibilidade de justificação pelo estado de necessidade, o que, na prática, também permitiria a defesa, contanto que cause danos proporcionais aos evitados; o que se quer com essa interpretação do elemento *agressão* é proteger o inimputável – *visto como alguém merecedor de consideração em virtude de sua situação particular de inexperiência ou de deficiência* – de uma reação do agredido que possa, eventualmente, ceifar-lhe a vida sem violação do direito; esse resultado, contudo, pode perfeitamente ser obtido dentro do marco da legítima defesa, se se admite que a menor reprovação jurídica da agressão – *por se tratar de agente com culpabilidade diminuída ou mesmo não-culpável* – pode limitar a legítima defesa além que o faz o mero critério de

necessidade, com a vantagem de não se sacrificar a finalidade preventivo-geral da legítima defesa, inexistente no caso do estado de necessidade (cf. ROXIN, 2001: 618; no mesmo sentido, TOLEDO, 1991: 196-7). Deve-se, pois, afastar a exigência de *culpabilidade* para a configuração da agressão, que se satisfaz com a *antijuridicidade* da conduta.

Da mesma forma que não se exige a culpabilidade para a caracterização da agressão, não é exigível que a conduta agressiva seja penalmente *típica*, isto é, que corresponda à hipótese de incidência de uma norma penal incriminadora (ZAFFARONI, 1981: 600). De outra forma, não seria permitida a defesa contra agressão iminente, o que, como se vê mais adiante, não implica na *tentativa* do crime, mas se refere a um momento ainda anterior – *a tentativa implica que já há agressão, embora o dano ainda não se tenha consumado*. Em regra, qualquer ataque contra direito, seja ou não pressuposto de um crime tipificado por lei penal, caracteriza a agressão, eis que a antijuridicidade é a contrariedade ao ordenamento jurídico como um todo, e não apenas com o direito penal. Assim, qualquer ação proibida pelo direito, penal ou não, que crie o risco de lesão a direito poderá ser caracterizada como agressão para fins de verificação de legítima defesa⁷⁶. Eventual limitação da agressão como pressuposto da legítima defesa a certos tipos penais somente decorreria da limitação dos bens jurídicos cuja agressão facultaria o uso de força defensivo, como é o caso dos ordenamentos que limitam a possibilidade de defesa aos ataques contra a vida e a integridade física. Essa limitação, contudo, como se analisa adiante, não se funda numa outra definição de agressão que inclua a nota de tipicidade, mas antes numa escolha política de limitar a possibilidade de emprego unilateral da força, a qual, de toda forma, deve ser compatível com o grau de permissão de defesa que a sociedade considera essencial para a legitimidade do sistema jurídico.

⁷⁶ Será esse o caso, por exemplo, do furto de uso, figura não tipificada no direito brasileiro, mas que, de qualquer forma viola direito do proprietário do bem, que pode usar, em legítima defesa, de violência para recuperar sua propriedade, desde que se atenha ao mínimo necessário para tanto (cf. TOLEDO, 1991: 195-6)

Que a conduta agressiva tenha de ser antijurídica significa que não será possível alegar legítima defesa quando o ataque estiver justificado por uma causa de exclusão da ilicitude. Não age em legítima defesa, assim, o ladrão que resiste à prisão pelo policial que, com violência, tenta prendê-lo no estrito cumprimento do dever legal; da mesma forma, contra a pessoa que age em estado de necessidade não é possível a legítima defesa, podendo-se, apenas, quando se tratar de perigo que afete a ambos os indivíduos e do que não podem salvar-se juntos, reconhecer-se a existência de estado de necessidade para os dois. Também o consentimento do ofendido, nos ordenamentos jurídicos que o aceitam como causa de exclusão da ilicitude, exclui a possibilidade de se reconhecer a legítima defesa.

Mais problemática é a questão da legítima defesa contra legítima defesa. A princípio, em se tratando de ação lícita, não seria possível legítima defesa mútua. Em dois casos, contudo, essa conclusão não é tão clara: na hipótese de excesso na defesa e na de legítima defesa putativa.

No primeiro caso, quando a ação defensiva ultrapassa o limite da necessidade – *v.g., após a desistência do agressor de seu intento, o agredido continua a agredi-lo, disposto a matá-lo* –, ela deixa o abrigo da causa de exclusão da ilicitude e se torna, ela própria, uma conduta ilícita, contra a qual não se poderia, a princípio, negar o direito de legítima defesa. O resultado, inaceitável para alguns autores, seria o de permitir que o objetivo originalmente visado pelo agressor – *p.ex., matar o agredido* – seja-lhe, ao final, permitido alcançar caso, na sua defesa, o agredido ultrapasse os limites do estritamente necessário. Para esses autores, trata-se de hipótese de agressão provocada, contra a qual não se reconheceria a faculdade de defesa⁷⁷. Não obstante, não parece correta esta solução,

⁷⁷ Nesse sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA defende que:

“el que repele el exceso de defensa (que por ende él mismo provocó suficientemente) se hallará amparado por la no exigibilidad de otra conducta, que es una causa suprallegal de

pois, embora sejam compreensíveis a raiva e o impulso de vingança do agredido contra seu agressor – *circunstâncias que certamente atenuariam, quando não a excluíssem de todo, a reprimenda correspondente ao excesso* –, a ilicitude da ação pretérita do agressor não pode fundar obrigação de suportar o dano que o revide excessivo lhe cause. Cessada a agressão e, com ela, o risco de lesão ao agredido, não poderá mais o agressor ser alvo da ação violenta do agredido. De outro modo, restaria prejudicada a função de proteção do direito cumprida pela legítima defesa, eis que também a defesa, quando excessiva, ameaça o direito. Que, por questão de justiça, não se possa colocar agressor e agredido no mesmo patamar é algo que não se discute, mas isso se resolve impondo ao agressor que se vê ameaçado por uma reação excessiva do agredido a exigência de fugir ou buscar ajuda, quando possível; não sendo essa possível, há que se lhe reconhecer o direito de legítima defesa.

O segundo caso polêmico é o da defesa contra legítima defesa putativa. Tome-se por exemplo a situação em que A confunde B com um inimigo mortal e, diante do movimento deste de levar a mão ao lado interno do paletó, que parece ser o ato de sacar uma arma, A se lança sobre B, agredindo-o a socos; B, contudo, nem era o inimigo, nem estava armado: em tal situação, poderia B recorrer à força contra A em legítima defesa? A solução, do ponto de vista dogmático, é simples: em se tratando de causa de exclusão não da ilicitude conduta, mas da culpabilidade do agente, a legítima defesa putativa consiste, para fins de verificação da ocorrência de agressão, em ação antijurídica, ainda que não culpável, e, portanto, contra ela será possível a legítima defesa. Tal simplicidade oculta a consequência iníqua do raciocínio: será justo tratar quem erra, ainda que de maneira

inculpabilidad, pero jamás podemos decir que su conducta es constitutiva de legítima defensa con el rango de causa de justificación. En verdad [...] el agente de que nos ocupamos había provocado el hecho, y la provocación no permite que hablemos de la injusticia del ataque, como vio claramente Carrara, que lleva su acierto a decir que en todo caso el sujeto se podrá amparar en una ‘excusa’, nombre tan adecuado ahora, como impreciso es cuando se trata de una auténtica defensa legítima” (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 201).

inescusável, sobre a necessidade de defesa da mesma forma que aquele que agride sabendo fazê-lo antijuridicamente? Partindo-se da constatação de que a necessidade de proteção do direito, conquanto persista no caso da legítima defesa putativa, é indiscutivelmente menor do que seria no caso da agressão intencional, pode-se justificar uma limitação da possibilidade de defesa do agredido, exigindo-lhe a fuga ou o pedido de ajuda, quando possível, agravando os limites que a simples aplicação do princípio da necessidade indicaria.

Outro aspecto discutível na definição de agressão é a possibilidade de ela consistir numa *omissão*. A princípio, poder-se-ia dizer que a palavra agressão requer um *fazer ativo* (ROXIN, 2001: 613; assim também MERKEL e VON LISZT, *apud* JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 172). Ocorre que a omissão é considerada, em alguns ordenamentos penais, como causa de um resultado proibido quando o omitente devia e podia agir para impedir o resultado⁷⁸ – *por exemplo, o caso da mãe que voluntariamente deixa de alimentar o filho recém-nascido, que vem a falecer em razão da desnutrição*; nessas situações, pode-se dizer que a omissão causou o resultado proibido, não havendo por quê não se reconhecer na conduta omissiva uma agressão – *a própria doutrina penal denomina tais casos de crimes comissivos por omissão*; conseqüentemente, será lícito usar da violência, se necessário, quer para compelir o sujeito a praticar a ação que ele se recusa a realizar, quer para realizá-la o próprio defensor, em se tratando de legítima defesa de terceiro (cf. ROXIN, 2001: 613; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 172). Por outro lado, nas situações em não se considera a omissão de evitar o resultado como lesão ao bem jurídico, esta não poderá ser considerada *agressão*; assim, nos casos de falta de pagamento de dívida, assim como na hipótese de

⁷⁸ No direito brasileiro, tal disposição se encontra no art. 13, §2º, do Código Penal, onde se lê:
 § 2º (Relevância da omissão) – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
 a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
 b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
 c) com seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado.

omissão de socorro, não será possível o emprego da força em legítima defesa. No primeiro caso, a regra da proibição da prisão por dívida, garantia fundamental reconhecida tanto no direito brasileiro quanto no direito internacional, impediria que se entendesse que o uso da força fosse necessário para a proteção do direito, além do que, no caso, ao invés de *defesa*, ter-se-ia hipótese de *justiça de mão-própria*, o que contraria frontalmente o monopólio do uso da força; no segundo caso, a força até poderá ser utilizada contra o omitente, mas deverá se cingir aos limites do estado de necessidade.

Omissiva ou comissiva, a conduta, para caracterizar a agressão e dar ocasião à legítima defesa, deverá ser *idônea* a produzir o resultado lesivo; a tentativa inidônea, assim como o crime impossível, não permitem a violência defensiva. Destarte, aquele que, de dentro de um automóvel blindado, vê-se ameaçado por um atacante com um revólver não poderá atropelar o assaltante e argüir a legítima defesa em juízo para justificar sua conduta, eis que o ataque era incapaz de produzir qualquer lesão, logo não havia necessidade de defesa – *embora não se negue a necessidade de proteção do direito nessa hipótese (cf. ROXIN, 2001: 612)*.

Pela mesma razão – *inidoneidade* – não se pode considerar como agressão a simples *ameaça*. Embora seja um ato tipificado em praticamente todos os ordenamentos jurídicos do mundo, o ato de ameaçar alguém com um mal futuro, ainda que possa causar medo e restringir ilicitamente a liberdade de ação do ameaçado, não é idôneo, por si só, a causar lesão ameaçada. Além disso, contra a ameaça não é possível *defesa*: a força usada contra o ameaçante não será uma forma de repelir uma agressão, mas de evitar que ela venha a se concretizar. Diferente é o caso da ameaça proferida em conjunto com ações idôneas a causar lesão ao agredido – v.g., *o atacante profere ameaças de morte enquanto brande uma faca contra o rosto do agredido*; nessa hipótese tem-se a agressão, mas essa não é caracterizada pela ameaça, e sim pelo comportamento do atacante, as ameaças

servindo apenas de indício da verossimilhança do risco de lesão ínsito na conduta, que evidencia a necessidade da defesa. Na ausência desse comportamento idôneo a lesar direito, a simples ameaça não pode ser considerada agressão.

A não suficiência da ameaça, por inidoneidade, para a caracterização da agressão nos leva ao problema que, para a nossa tese, apresenta-se como o mais relevante no que toca à condição de exercício da legítima defesa: o da agressão iminente.

(b) Iminência e Atualidade da Agressão

Regra geral, a necessidade de defesa só surge quando um bem jurídico encontra-se sob um risco de lesão criado pela conduta de terceiro. Destarte, o princípio da proteção do indivíduo, parte da fundamentação política da previsão normativa da legítima defesa, somente terá aplicação caso exista esse perigo. O perigo, por sua vez, não surge do nada, mas deve ser deduzido de fatos concretos cujo curso causal, ao menos em probabilidade, venha a causara lesão no futuro. Isso explica porque, em toda regulação positiva da legítima defesa, o requisito essencial para que se possa agir ao abrigo dessa causa de exclusão da ilicitude seja a presença de uma agressão – *com as características acima analisadas*. Afastada a definição de agressão como *lesão*, mas entendendo-a como *conduta* que cria o risco de lesão, a existência dessa *conduta* é essencial para que se possa falar em legítima defesa; não o é, contudo, a concretização de uma lesão. Nem poderia deixar de ser diferente, eis que a finalidade primeira da legítima defesa, fundada que é no princípio de proteção do indivíduo, é justamente evitar essa lesão. Por isso, desde cedo se entendeu que para a verificação da legítima defesa não se deve exigir que o agredido espere ser golpeado antes de, ele próprio, usar a força contra o agressor.

Assim, já no *Codex* de Justiniano, encontramos o seguinte preceito: “*melhor é enfrentar o perigo em tempo, do que se obter reparação depois de consumado*” (*melius enim est occurrere in tempore, quam post exitum vindicare*. CJ. 3.27.1). Em outra

passagem, vemos que “*aquela que, quando correndo risco para sua vida, mata seu agressor ou qualquer outra pessoa, não deve temer um processo por este fato*”. (*Is, qui adgressorem vel quemcunque alium in dubio vitae discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet*. CJ. 9.16.2). Em ambas as passagens, a referencia é feita ao perigo e não ao dano concreto, entendendo-se que a violência é permitida mesmo antes da concretização do dano, bastando o risco que ele ocorra, deduzido das circunstâncias da situação concreta.

O perigo, contudo, surge com a agressão e com ela desaparece; o *iter* no qual se constata a existência da agressão, *i.e.*, o intervalo de tempo entre o seu início e a sua cessação, é, pois, o tempo em que há perigo e, por conseguinte, por toda a sua duração é autorizada a violência defensiva. Antes desse intervalo, a violência, ainda que a pretexto de defesa, consistirá em agressão e, portanto, pressuposto da aplicação de uma sanção; passado esse intervalo, a violência já não mais consistirá em *defesa*, mas sim em *justiça de mão-própria* ou *vingança*.

Dos textos clássicos, é no *De Iure Naturae et Gentium* de PUFENDORF que encontramos a melhor formulação dessa conclusão:

[É] evidente que, num Estado, o tempo para se realizar uma defesa inocente se situa entre limites estreitos, sendo mesmo restrito a um ponto [...] no qual um pequeno excesso será raramente notado pelo juiz. E assim, embora um juiz criterioso pudesse facilmente, a partir das circunstâncias de cada caso, chegar a uma decisão de inocência da defesa, parece todavia possível estabelecer a regra geral de que o marco inicial do intervalo de tempo dentro do qual um homem pode, sem medo de punição, matar outro em autodefesa dá-se quando *o agressor, demonstrando claramente seu desejo de ceifar minha vida, e equipado com a capacidade e armas para seu propósito, põe-se em posição na qual pode de fato me ferir*, devendo-se ter também as distâncias em conta no cálculo de necessidade se eu quiser atacá-lo ao invés de ser por ele atacado. [...] Isto é o que o direito romana chamava “enfrentar o perigo em tempo, que se considera melhor do que buscar a reparação/vingança após ter-se consumado”, Codex, III, xxvii, I. E esse intervalo de tempo para a defesa inocente dura *até que o agressor tenha sido repellido, ou tenha recuado por sua própria vontade, seja porque tenha se arrependido no momento do ato, seja porque sua tentativa tenha falhado [...] de modo que ele, momentaneamente não é capaz de causar nenhum*

*dano e nos tenhamos uma chance de nos abrigar num local seguro. E isso porque a reparação/vingança pelo dano sofrido e a garantia contra danos futuros são da competência dos magistrados. (PUFENDORF, 1934, 276-7 – grifos nossos)*⁷⁹

Se a agressão é entendida como *conduta* que cria o risco de lesão ao bem jurídico, risco esse que autoriza o uso da força em legítima defesa – *porque uma conduta inidônea não pode ser utilizada como pretexto para o uso da força* –, então falar-se em agressão iminente como pressuposto para o uso da força é um contra-senso, porque se não há ainda agressão, também não há risco e portanto a força não pode ser licitamente usada. Para que se possa agir em legítima defesa é, pois, necessário que exista uma agressão atual.

Sendo assim, é de se descartar a expressão *agressão iminente*? A resposta é negativa. A iminência é um conceito útil para se determinar a existência de uma agressão e, nesse sentido, merece ser conservada na doutrina, desde que não se a desvirtue na busca de uma ampliação indevida do direito de legítima defesa. Na doutrina penal alemã, é corrente a definição de agressão *atual* como sendo aquela que “é imediatamente iminente, ou precisamente está tendo lugar, ou, todavia, permanece” (ROXIN, 2001: 618), donde se deduz que a agressão iminente é uma *forma* de agressão atual. Se a agressão for *iminente*, ela é já considerada *atual*; a expressão *agressão atual*, assim, seria um conceito em cuja extensão se inclui a *agressão iminente*, que se revela, das formas em que se verifica a atualidade da agressão, a que mais distante se situa da consumação do dano e que ainda autoriza o uso da força em legítima defesa. Dito de outra forma, a iminência marcaria o início do lapso temporal no qual é permitida a defesa violenta, *i.e.*, seria o ponto a partir do qual se reconhece a atualidade da agressão, condição da legítima defesa. Essa conclusão

⁷⁹ Outra formulação dessa opinião, também exemplar, encontra-se nos comentários ao Código Penal brasileiro de 1890 de Antônio José da Costa e SILVA, onde se lê que:

A agressão deve ser actual. Tal é a que começa a ser realizada, a que oferece possibilidade de continuação imediata ou a que se apresenta como próxima ou iminente. Em-quanto perdura o perigo de ser lesado o bem jurídico ou de prosseguir a lesão, a agressão é actual. Não exige a legítima defesa uma *laesio inchoata*. Muitas vezes a melhor defesa está em antecipar-se à agressão. (SILVA, 2004: 260)

conserva a restrição da legítima defesa às hipóteses de reação defensiva contra uma agressão, que o debate sobre a permissão da defesa contra agressão iminente – *entendida como estágio anterior à existência da agressão atual* – fragiliza, e por isso se justifica que por ela tenha-se optado neste trabalho.

Dizer que a agressão iminente é uma modalidade de agressão atual, contudo, não é elucidar o que se entende por iminência. E isso, como aponta ROXIN (2001: 618), é algo que ainda não foi de todo esclarecido pela doutrina. Duas balizas entre as quais o conceito se situa, contudo, já foram abordadas neste trabalho: a não caracterização da mera ameaça como agressão e a necessidade do termo agressão *iminente* como algo distinto de agressão *em curso*.

A primeira baliza dentro da qual se há de situar a agressão iminente é a dada pela exigência de idoneidade do ataque a causar dano, o que exclui a simples *ameaça* da extensão do conceito de agressão. O mero prometer um mal, posto que possa causar medo ou eventualmente vir a restringir a liberdade de um indivíduo, não tem nenhuma idoneidade, por si só, para criar o *risco* de lesão ao bem jurídico que autoriza a legítima defesa. A agressão iminente, assim, exige, para sua verificação, algo mais do que o simples temor de um ataque, ainda que anunciado pelo potencial agressor. Há, pois, que se fazer acompanhar a ameaça de alguma conduta concreta capaz de criar o risco de lesão, ou então não se aplicará a norma autorizadora da legítima defesa.

Por outro lado, e essa é a segunda baliza, essa conduta não poderá ser uma conduta diretamente causadora da lesão, pois aí não mais seria o caso de se falar em agressão *iminente*, mas pura e simplesmente em agressão *em curso*. Se se usa o termo agressão iminente, é porque ele denota uma realidade diferente da agressão em curso. É por isso que não está correta a corrente doutrinária que localiza no conceito de *tentativa* o significado da iminência (cf. ROXIN, 2001: 618-9): a tentativa pressupõe já a prática do ato lesivo,

embora não tenha ainda se consumado o resultado; trata-se, assim, não de agressão iminente, mas de agressão em curso⁸⁰.

Delimitado o espaço onde se localiza a agressão iminente, resta, todavia, tentar delimitar o momento em que da mera ameaça se passa à iminência da agressão, bem como o momento em que esta cessa e teremos a agressão já *em curso*. Como a definição deste segundo momento tem pouca importância prática, eis que quer seja iminente, quer esteja em curso, a agressão é considerada atual e permite a legítima defesa, é suficiente indicar que com o início da tentativa – *pelas mesmas razões apontadas no parágrafo anterior* – tem-se o fim da iminência. Resta o problema de saber quando se a agressão se torna *iminente*.

A iminência da agressão, exigindo algo mais do que a mera ameaça de lesão, deve necessariamente ser demonstrada por condutas concretas praticadas pelo agressor. Tais condutas, todavia, não são, de per si, idôneas a causar lesão, mas tomadas em conjunto indicam o início de um processo causal no qual, com grande probabilidade, seguir-se-ão outras condutas, estas sim, lesivas a bens jurídicos. Não há, assim, um risco presente e concreto de lesão a bem jurídico, mas, em vista das circunstâncias, é crível que ele venha a ocorrer. A chave do problema, pois, reside na diferença entre risco concreto e risco provável de lesão. Na agressão em curso, o risco é concreto e se realizará se não forem tomadas medidas de proteção; na agressão iminente, todavia, o risco existe apenas em potencial, não decorrendo diretamente das circunstâncias, mas sua concretização é por elas

⁸⁰ Trata-se, aqui, mais uma vez, da analogia entre legítima defesa e pena criminal, que cumpre rejeitar. Por razões políticas, a punição do crime pressupõe a realização do tipo penal. Logo, a função de prevenção geral que se atribui à pena, especificamente aos atos de aplicá-la e executá-la, está vinculada a esse requisito. À legítima defesa, por outro lado, não sendo e nem podendo ser uma *pena*, esse limite não se aplica. A legítima defesa não *pune* o agressor, mas antes protege o agredido e, concomitantemente, o direito. A restrição da agressão iminente à tentativa significaria diminuir o âmbito de proteção do indivíduo – *na medida em que somente seria permitida a defesa num momento em que ela é mais difícil* –, sem que com isso se incrementasse a proteção do direito, única justificativa possível para tal diminuição. Além disso, essa restrição não é benéfica nem mesmo para o agressor, eis que, nesse momento mais tardio, a defesa necessária para repelir a agressão frequentemente será muito mais gravosa do que seria o caso se fosse iniciada antes (cf. ROXIN, 2001: 618-9)

indicada como inevitável. Não se nega, portanto, que o perigo de lesão seja o fundamento da necessidade de proteção do indivíduo, mas trata-se de aceitar a defesa mesmo contra perigos potenciais.

A iminência será, então, caracterizada por condutas que, em si, não são capazes de causar lesão – *avançar ameacadoramente, erguer uma arma à distância, sacar um revólver etc.* – que evidenciem, com razoável certeza – *a ser apreciada do ponto de vista do sujeito que é agredido* -, a disposição de um sujeito em agredir, bem como o início de um processo causal que levará à lesão. Assim, conquanto não se possa disparar contra quem, sentado à mesa, nos ameaça de morte sem esboçar nenhum movimento no sentido de cumprir a promessa, caso este se levante abruptamente, jogando a mesa para o lado e leve a mão à cintura onde tudo indica estar um revólver – *nenhuma destas sendo condutas que, por si só, tenham aptidão para causar lesão à vida ou à integridade física* – ter-se-ia comprovada a iminência da agressão e, com isso, caso o ameaçado sacasse de sua arma e a disparasse, já se encontraria ao abrigo da legítima defesa, porque a agressão era *iminente*.

Por outro lado, a simples preparação da agressão e, com ainda mais razão, o seu mero planejamento, não evidenciam o início desse curso causal, muito embora dele sejam, freqüentemente, etapas prévias. O planejar, por si só, não implica *ação* e, portanto, deve ser excluído do conceito de agressão, mesmo da iminente (cf. ROXIN, 2001: 619). Mesmo os atos preparatórios, ainda que sejam inegavelmente unificados por sua orientação teleológica, somente podem ser considerados como *início do curso causal* quando postos em uso, como partes de uma ação complexa cujo resultado final será a lesão de bens jurídicos.

Suponha-se que uma quadrilha planeja um seqüestro e que uma empresa de segurança contratada pela pessoa que é o alvo dos criminosos descubra a maquinação. Como não se tem ainda uma agressão nem mesmo iminente, a empresa não poderá, *motu*

proprio, invadir o esconderijo da quadrilha e, a bala, abater ou prender os criminosos, devendo levar o caso à atenção das autoridades, a quem cabe *prevenir* o delito. Da mesma maneira, se o plano é descoberto quando da fase de planejamento, os bandidos já passaram à de preparação da ação criminosa, acumulando os materiais e equipamentos necessários ao crime, como cordas, máscaras, armas, coletes à prova de balas, carros para a fuga, cativado para a vítima e esconderijos, eles já estarão agindo finalisticamente orientados para o resultado pretendido, mas o curso causal do seqüestro ainda não se iniciou; a ameaça, portanto, ainda é futura, e não iminente. Novamente, apenas poderá a empresa notificar as autoridades para que tomem as medidas cabíveis.

Contudo, se o plano é descoberto quando, armados e preparados, os bandidos deixam o esconderijo em direção ao local onde sabem estar a vítima, não havendo tempo de avisá-la do perigo, a empresa poderá agir, empregando a força contra os quadrilheiros mesmo que estes ainda estejam distantes do local onde ocorreria a ação, pois, ainda que a *ação de seqüestro* propriamente dita não tenha sido iniciada, o curso causal que a ela levará já está em andamento, podendo-se falar, aqui, em agressão iminente. Em termos estritamente jurídico-penais, estamos diante ainda de atos preparatórios, que não configuram o início da execução – *há ainda a possibilidade de que a quadrilha desista do propósito e volte ao esconderijo sem executar o plano* –, mas, tomados em conjunto tornam verossímil a expectativa de que o seqüestro irá ocorrer e, com ele, criar-se-á um risco de lesão para a vítima.

Não é outra a opinião de ROXIN, em quem nos baseamos neste particular, conforme se lê no seguinte trecho:

Na agressão atual só se poderá incluir junto à tentativa a estreita fase final dos atos preparatórios que é imediatamente anterior à fase de tentativa. É nesse âmbito dos atos preparatórios próximos à tentativa que já fundamentam a legítima defesa que se encaixa o “dispor-se imediatamente à agressão” (por contraposição à agressão apenas em

preparação, que, de qualquer forma, não é atual, e ao dispor-se imediatamente a realizar o tipo, que já constitui uma tentativa). Isso significa, nas agressões violentas, por exemplo, que ocorrerá uma agressão atual com o início – não simplesmente verbal – das hostilidades que, dentro de um *processo histórico único*, darão lugar à realização do tipo. Portanto, contra o sujeito que se aproxime de outro com ânimo de lesioná-lo, brandindo uma arma contundente de modo ameaçante, já se pode atirar na perna em defesa, por mais que somente haja uma tentativa de lesões corporais no momento em que a vítima esteja ao alcance do agressor e este levante a mão para golpeá-la (ROXIN, 2001: 619-620).

A essa visão do problema poder-se-ia objetar que deixa ao particular uma latitude muito ampla para agir, e que abre espaço para defesas contra ameaças inexistentes, cuja multiplicação colocaria por terra a proibição do uso da força nas relações sociais. O problema, nesse ponto, encontra-se no fato de que é à comunidade, e aos órgãos que a representam, que cabe fazer a prevenção dos delitos, caso contrário todo cidadão se converteria em policial e não faria sentido em falar de monopólio do uso legítimo da força. A permissão para o uso da força, segundo os que defendem essa visão mais restritiva da possibilidade de defesa legítima, somente deveria ser dada para repelir agressões reais e presentes, não simplesmente aquelas que *podem ocorrer*, ainda que em pouquíssimo espaço de tempo, um argumento cujo peso aumenta na direta proporção da lesividade e da irreversibilidade das lesões causadas pela ação defensiva.

É bem verdade que em todos os casos de defesa contra agressão iminente há, e isso não se pode negar, a possibilidade de que o perigo previsto não venha a se realizar e que, com isso, a ação de quem pensa se defender perca, na prática, a necessária referência à agressão ilícita. Disso, todavia, não segue que se deva interditar a possibilidade de defesa lícita, até porque o argumento pode ser invertido para dizer que há a possibilidade de a lesão se concretizar, raciocínio que certamente será feito por aquele que se imagina na posição do agredido e não do agressor. Que da possibilidade de o perigo de lesão não vir a se concretizar não se pode concluir pela proibição da legítima defesa em tais casos, ademais, é opinião que corrobora a *natureza preventiva* de qualquer *modalidade* de

legítima defesa, não apenas a dirigida contra agressão iminente. De fato, é da natureza da ação defensiva abrangida pela permissão jurídica da legítima defesa que vise evitar, *i.e.*, *prevenir* uma lesão a bem jurídico. A continuidade da agressão representa a permanência não da *causação* de lesões, mas sim do *perigo* de que venham a ser produzidas. De outra forma não faria sentido pôr termo na possibilidade de legítima defesa quando, com o dano planejado consumado, a agressão cessa.

De toda forma, se a defesa contra agressão iminente há de ser considerada como legítima defesa, então sua justificação deve derivar dos mesmos princípios que fundamentam as outras hipóteses, menos controvertidas, de defesa autorizada: os princípios de proteção do direito e de proteção do indivíduo. Quanto a este último, do ponto de vista do agredido, parece inegável que é mais eficiente a defesa quando a agressão ainda é iminente do que é o caso quando a agressão já está em curso, já que mesmo com a ação defensiva a lesão pode se consumir, ainda que parcialmente; na verdade, desse ponto de vista, quanto mais cedo for permitido se defender, melhor. Não é difícil, assim, fundar a justificação da permissão da legítima defesa contra a agressão iminente no princípio de proteção do indivíduo.

Real problema se encontra na acomodação dessa possibilidade de legítima defesa com o princípio de proteção do direito. Já observamos que a previsão normativa da legítima defesa protege o direito em dois sentidos: em primeiro lugar ela cumpre a função de prevenção geral de atos ilícitos⁸¹, ameaçando os potenciais agressores com conseqüências que, dependendo do caso, seriam até mesmo mais graves do que a sanção penal correspondente à violência planejada; em segundo, estabelecendo os limites além dos

⁸¹ A prevenção geral obtida com a legítima defesa não é apenas de crimes, como ocorre com a *pena* criminal, mas de quaisquer ilícitos, sejam ou não penais, que causem lesão a um bem jurídico. Isso decorre do fato, já examinado, de que a agressão não precisa ser uma ação penalmente típica para fundamentar a defesa permitida. Nesse sentido, a prevenção geral provida pela legítima defesa é ainda mais ampla do que a obtida por meio da pena criminal.

quais a defesa se torna punível, ela evita que a inclinação natural do homem para a autopreservação, não só de sua vida como de todos os seus interesses, fragilize a proibição de uso da força, instaurando a desordem na sociedade.

Quanto mais ampla é a possibilidade de defesa conferida ao indivíduo, tanto mais a legítima defesa se aproxima de um direito de autopreservação, incompatível com a existência de qualquer sistema jurídico (BUSCAR CITACAO EM BROWNLIE). A aceitação da legítima defesa contra a agressão iminente, ampliando o âmbito da permissão de uso da força, é um passo nesse sentido e, portanto, deve ser dado com cautela, sob pena de, ao invés de proteger o direito, a ampliação do campo da legítima defesa vir a prejudicá-lo. Antes de mais nada, deve-se verificar se a aceitação da agressão *iminente* como agressão *atual* não esvaeceria os limites que deixam claro até onde se pode agir em autodefesa. Em segundo lugar, deve-se questionar se tal ampliação do conceito de agressão atual não terminaria por diminuir a expectativa que cada indivíduo tem de não ser alvo de violência por parte de seu semelhante, cuja garantia toda ordem social deve visar para que se possa sequer falar na existência de sociedade.

Quanto ao primeiro ponto, permitir a defesa contra a agressão iminente não é o mesmo que permitir a defesa *sem* agressão. A vinculação da iminência da agressão à verificação de comportamentos que, tomados em conjunto, evidenciem o ânimo agressivo do atacante e o início de um curso causal que levará a outras condutas que criem o risco de lesão para o bem jurídico indica a continuidade da existência de limites ao uso defensivo da força. Mais: muito embora essas circunstâncias devam ser apreciadas do ponto de vista do agredido, caberá a quem alega a legítima defesa demonstrar, no procedimento de verificação de adequação normativa da conduta defensiva, a iminência da agressão. Mantêm-se, pois, limites suficientemente claros ao exercício da autodefesa, sem os quais a função de prevenção geral cumprida pela legítima defesa seria prejudicada.

A manutenção desses limites, ainda que ampliados, permite afastar o segundo temor que advoga contra a aceitação da agressão iminente como agressão atual. Se é deixado claro que a prática de condutas que indiquem uma disposição de atacar e iniciem um processo causal que leve logicamente à criação de um risco de lesão autorizam o emprego da força por aquele que se vê diante do risco potencial de lesão, então conserva-se a expectativa de não ser alvo de violência daquele que ordena seu comportamento de forma a evitar esse a prática desse tipo de condutas.

Por fim, mesmo a possibilidade de que ocorram “defesas” sem agressão, motivadas por erro do “agredido” quanto às circunstâncias, não afeta a compatibilidade da permissão da defesa contra a agressão iminente com os princípios justificadores da legítima defesa. Esses casos recebem, na maioria dos ordenamentos jurídicos, o tratamento de legítima defesa putativa, que não exclui a ilicitude, mas apenas impede a punição afastando a culpabilidade e, mesmo assim, somente quando o erro não derivar de culpa. Mantém-se, pois, a dissuasão de eventuais abusos do direito de defesa, ao mesmo tempo em que mantém livre de reprimenda aquelas defesas putativas originadas de erro em que o “defensor” não incorreu culposamente. E quanto ao indivíduo, que por erro de quem acha estar se defendendo, tem um seu bem jurídico lesado, terá sempre ele ou seus sucessores o direito à indenização do dano sofrido, eis que a legítima defesa putativa não exclui a antijuridicidade do ato que o agente erroneamente entendeu necessário; assim, ainda que não seja punido pela lesão que causou, quem erra deve ressarcir os prejuízos decorrentes de seu engano. Dessa forma, ainda que sejam lesados os direitos do pretense agressor, garante-se a ele a reparação do dano. Não é esta a solução ideal do ponto de vista de quem sofre a lesão – *que por vezes não é reparável por uma simples prestação pecuniária* –, mas, de um ponto de vista mais amplo, é melhor do que exigir do indivíduo que se vê

numa situação de risco que averigüe detalhadamente a existência do risco antes de lançar-se na defesa, pois essa investigação pode tornar inviável a repulsa da agressão.

(c) *Bens Protegíveis*

Outra razão de não se poder afirmar, com total certeza, ao menos sem que se faça referência a um ordenamento jurídico em particular, que uma dada conduta se subsume ou não à norma autorizadora da legítima defesa reside no fato de que, para alguns sistemas, a *agressão*, ainda que atual, somente autoriza o uso da força pelo indivíduo quando dirigida contra determinados bens jurídicos, como a vida e a integridade física.

Vimos que, na sua origem, a justificação da legítima defesa com base ou num direito natural de autopreservação, ou na afirmação da impossibilidade de se regular normativamente uma situação em que a sobrevivência do indivíduo esteja ameaçada, restringiu a aplicação do instituto apenas a casos de ataque contra a vida e a integridade física do agredido. Progressivamente, a evolução do direito, em particular do direito penal, foi ampliando o campo de aplicação da legítima defesa, ao mesmo tempo em que o reconhecimento do seu papel protetor do direito motivou a sua transformação de excusa absolutória – *pela qual se sustentava a existência de um injusto penal, i.e., uma conduta típica e antijurídica, ao mesmo tempo em que se excluía a culpabilidade em razão de coação irresistível ou de inexigibilidade de conduta diversa* – em causa de exclusão da ilicitude⁸². Apesar disso, a configuração atual da legítima defesa, que em alguns ordenamentos como o brasileiro é extremamente ampla, é bastante recente⁸³ (cf. ROXIN, 2001: 610).

⁸² Para a história do tratamento teórico e normativo da legítima defesa, cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 26-56.

⁸³ Para JIMÉNEZ DE ASÚA, a associação quase que exclusiva da legítima defesa com a morte do agressor foi uma das razões da lentidão no abandono da restrição da possibilidade de defesa às agressões contra a vida e à integridade física:

Desgraciadamente, la vieja y larga convivencia de la defensa privada con el homicidio, ha dejado un rastro difícil de borrar. Cuando se habla de legítima defensa nos

A exclusão do direito de defesa quando a agressão se referir a certos bens jurídicos cria problemas importantes para o direito penal, alguns bastante polêmicos, como a polêmica legítima defesa da honra, que tanta discussão motivou no Brasil por ocasião do julgamento do caso Doca Street. Conquanto tais questões sejam relevantes, para os estreitos fins deste trabalho, importa analisar apenas uma dessas limitações, reconhecida de maneira praticamente unânime, que esclarece um pouco mais o conceito ideal de legítima defesa e na qual se revela a forma como os princípios justificadores da legítima defesa lhe desenham um âmbito de aplicação que permite excluir categoricamente a aplicação da descriminante em relação a determinados fatos: a não possibilidade da defesa de bens jurídicos da comunidade.

Um exemplo tirado da vida cotidiana e outro extraído de doutrina podem ilustrar esse fato: no primeiro, um indivíduo, preso num congestionamento numa estrada percebe pelo retrovisor um carro rodando no acostamento, em violação das normas de trânsito e, estando na faixa da direita, resolve jogar parcialmente o veículo para o acostamento de forma a impedir que o outro automóvel continue a trafegar na via proibida; o condutor deste, pego de surpresa e em razão da velocidade que desenvolvia no momento, não consegue frear a tempo e ocorre a colisão, na qual vem a sofrer ferimentos leves. Ao prestar depoimento na polícia, o primeiro motorista afirma que agiu em legítima defesa, pois a conduta do segundo criava um risco para a segurança do tráfego, caracterizando uma agressão ilícita. No segundo exemplo, pinçado por ROXIN em decisão do

representamos, independientemente de nuestro querer, la extrema repulsa en que el defensor da muerte a quien le ataca. De aquí las grandes dudas sobre la defensa de bienes de importancia relativa; las declaraciones de muchos tribunales – sobre todo los de Francia, de España y de Cuba – referentes a la defensa de la propiedad, que sólo se estima lícita cuando hay ataque a las personas, y asertos tales, como los que veremos sustentados por penalistas y jurisprudencia, de que las palabras injuriosas no dan lugar a la legítima defensa. Olvidan, quienes tal cosa dicen, que si la repulsa es *necesaria* y proporcionada al bien que se defiende, *todos* los bienes jurídicos, incluso los más pequeños y los más fácilmente reparables, pueden ser resguardados de cualquier agresión. (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 127)

Bundesgerichtshof alemão, um sujeito, sob o pretexto de defender a “ordem pública”, invade um cinema onde é projetado um filme de teor polêmico e lança bombas de gases para impedir a continuação da projeção (ROXIN, 2001: 626).

Em nenhum dos dois casos, a violência praticada terá sua ilicitude excluída pela legítima defesa, eis que os bens jurídicos ameaçados de lesão pelas condutas repelidas com o uso da força eram bens da coletividade. Todavia, se as normas positivas que regulam a legítima defesa, em geral, não fazem referencia à exclusão dos bens coletivos do rol daqueles cuja ameaça de lesão autoriza o uso da força contra o agressor, como se pode fundamentar essa conclusão de ilicitude da pretensa defesa?

Somente o recurso aos princípios justificadores da legítima defesa pode embasar tal conclusão. De seu lado, o princípio da preservação do indivíduo exclui a possibilidade de justificação da defesa de bens coletivos, eis que esses não são *de indivíduos*; ao agir violentamente para protegê-los, o indivíduo não está protegendo nem a si, nem a um terceiro, donde se mantém a ilicitude da violência praticada. Mais decisivo a esse respeito, porém, é o princípio da proteção do direito: a defesa de bens da coletividade não protege o direito, mas antes o fragiliza, pois enfraquece o monopólio do uso da força nas relações sociais; com efeito, a proteção da sociedade compete aos órgãos da comunidade e não ao indivíduo, cuja conversão em *policia* *particular* significaria a virtual revogação da proibição do uso da força. Como explica a sentença do Tribunal Federal de Justiça alemão:

Garantir [a moral e a ordem] é missão dos órgãos estatais competentes, cuja função não pode o cidadão tomar para si. Para um Estado de Direito, é irrenunciável que a salvaguarda e o asseguramento de uma vida ordenada em comunidade estejam confiados em primeiro lugar não à iniciativa privada, mas aos órgãos do Estado vinculados à Constituição. (- *apud* ROXIN, 2001: 626)

Destarte, embora a regulação concreta da legítima defesa nos diversos ordenamentos, por razões específicas das sociedades nas quais estes se desenvolvem, possa excluir alguns bens daqueles cuja proteção pode ser lícitamente feita mediante o uso da

força, o conceito ideal de legítima defesa delineado pelos princípios que a justificam e pelos limites que deles decorrem não abrange de modo algum a violência praticada para a proteção da comunidade.

(ii) Limites quanto à extensão da legítima defesa

Como já se disse, a existência de uma agressão ilícita não dá ao agredido carta branca para que faça o que bem entender com o seu agressor. A própria ação defensiva é submetida a limites cujo desrespeito impede o reconhecimento da legítima defesa e, por conseguinte, mantém-se a ilicitude da violência cometida por quem se defende. Como ressalta GARRAUD:

Deve-se evitar confundir a existência do direito de defesa com a sua medida. Será um erro, com efeito, acreditar que se as condições da legítima defesa estiverem presentes, a pessoa ameaçada terá sempre o direito de se defender por todos os meios e de ir até o extremo... todo direito tem seus limites. (GARRAUD *apud* DELIVANIS, 1971: 28)

Na hipótese em que o agredido use de meios de defesa que excedam os limites da defesa permitida, não se negará tenha o sujeito sofrido uma agressão e que dela fosse permitido defender-se; não obstante, o meio empregado na defesa, tendo ultrapassado os limites do socialmente aceitável, revela-se tão ou mais nocivo à ordem do que a agressão que o motivou, razão pela qual cessa a possibilidade de justificação da ação defensiva, pois não se pode dizer, nesse caso, que ela protege *o direito*, mas antes o contrário.

Esses limites são marcados, num primeiro momento, pela exigência de que a defesa seja necessária. Muitos autores, contudo, somam a esse critério um segundo, o de proporcionalidade. No que se segue, verifica-se o que significa e o quanto limita a legítima defesa o requisito de necessidade e rejeita-se o critério de proporcionalidade como limite aplicável ao instituto.

(a) *Necessidade*

O primeiro desses limites se encontra na necessidade da violência empregada para repelir a agressão: é necessária a defesa sem a qual, no caso concreto, é inevitável a concretização do dano causado pela agressão. Há que se distinguir, todavia, entre a necessidade *de defesa*, criada pela existência de uma agressão ilícita, e a necessidade *do meio empregado para a defesa*. MIR PUIG denomina a primeira *necessidade abstrata da defesa* e a segunda, *necessidade da defesa concreta* (MIR PUIG, 1998: 438-439); segundo o penalista espanhol, a primeira existe “sempre que a agressão obrigue a *fazer algo* para impedi-la” (MIR PUIG, 440 – grifo do autor). A existência da agressão e a sua potencialidade lesiva são, pois, pressupostos da necessidade abstrata de defesa. Contra agressão inexistente, ou contra conduta pretensamente agressiva, mas inidônea para causar danos, não há necessidade de defesa e, portanto, qualquer violência praticada a esse pretexto não escapa à classificação de ato ilícito.

Pode-se discutir se há necessidade de violência defensiva quando a ajuda das autoridades estiver disponível, ou quando a fuga for possível, sendo essa uma questão que muitos debates gerou na doutrina e na jurisprudência⁸⁴: trata-se, na verdade, de se determinar se a legítima defesa tem natureza subsidiária, *i.e.*, se o recurso à violência há de ser a *ultima ratio* para o agredido. Para os que defendem a tese da subsidiariedade da defesa, só há necessidade abstrata – *e, portanto, legítima defesa* – quando não for possível nem a intervenção das autoridades, nem a repulsão da agressão por meios não-violentos⁸⁵. Os opositores da tese da subsidiariedade se fundam na idéia de que o direito não deve ceder à injustiça em hipótese alguma, bem como no fato de que a fuga, por si só, pode causar desonra ao agredido.

⁸⁴ A melhor recensão desses debates, sem dúvida, é a que Jiménez de Asúa faz em seu *Tratado*, especialmente no §1298 (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 73-82),

⁸⁵ Destes, a fuga é o meio de defesa mais citado, mas os autores também fazem referência ao pedido de ajuda a terceiros e a súplica ao agressor (cf. as citações de JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 74; 78)

Parece, contudo, que aqui se misturam dois problemas distintos que precisam ser tratados em separado. Um é o problema da necessidade de defesa quando há possibilidade de intervenção das autoridades, que se refere propriamente à questão da subsidiariedade, pois toca o tema central de quando se excepciona o monopólio estatal da coerção; outro é o problema da possibilidade de recurso a meios não-violentos, que tem a ver não com a necessidade abstrata de defesa, mas sim à necessidade concreta dos meios empregados para a defesa.

Quanto ao primeiro problema, há que se ressaltar que a presença das autoridades, ou mesmo a possibilidade de sua intervenção, não elimina, *de per se*, o risco de lesão corrido pelo agredido. Enquanto este perigo persistir, persistirá também a necessidade abstrata de defesa, sem que com isso se fira o monopólio da coerção, o que somente ocorrerá caso o indivíduo pratique uma violência contra o agressor já contido pelas autoridades. A existência de uma agressão potencialmente lesiva, por si só, já indica a necessidade da defesa, e a presença de agentes do poder público somente negaria tal necessidade caso eliminasse a ameaça fazendo cessar a agressão⁸⁶. Enquanto isso não se verificar, persiste a ameaça e, com isso, atende-se ao requisito de necessidade da defesa.

⁸⁶ Em seu Tratado, JIMÉNEZ DE ASÚA, cita acórdão da Suprema Corte de Tucumán, no qual a Corte não reconheceu a legítima defesa num caso em que uma mulher, ameaçada de violência sexual por um homem embriagado, veio a matar o agressor; entre os argumentos empregados pelos Magistrados estava o fato de que a presença de sua mãe no local por si só já a protegeria, eliminando a necessidade da defesa. Criticando a decisão adotada, o autor espanhol assim escreve:

La defensa propia o ajena no es subsidiaria. Si el ataque es actual o inminente, si es necesaria la repulsa en orden a los bienes atacados, si es proporcional a la agresión y no provocada por ésta, la legítima defensa existe. *No podemos enervarla porque, en una prognosis posterior, nos diga el juez, como en la sentencia española y en la tucumana, que la guardia civil estaba presente o que la presencia de la madre protegía la atacada. El hecho de que no interviniera, teniendo obligación de hacerlo, indica bien claramente que aguardar ese “amparo” equivaldría a correr un riesgo mortal.* [...] Dice Soler, con buenas razones, que el defensor “actúa la voluntad de la ley”, por lo que es posible no sólo la defensa propia sino la ajena. Por eso – añade – “es perfectamente posible que el particular defiende legítimamente a la autoridad, y, por otra parte, *no deja de ser lícita la acción defensiva del privado porque esté presente la autoridad, siempre que la acción sea necesaria para evitar la lesión jurídica.* No es la autoridad quien se opone a la violación de los bienes jurídicos, es la ley” (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 76 – grifos nossos)

Pode-se, portanto, deixar de lado o exame da necessidade *abstrata* de defesa, que se confunde com o requisito da agressão injusta, já analisado.

O segundo problema, por sua vez, toca na questão da necessidade dos meios empregados na defesa. Trata-se, pois, de saber se, havendo a possibilidade de adoção de medidas não-violentas, a conduta violenta de quem se defende era necessária para repelir a agressão e, com isso, evitar o dano que ela causaria. Há uma respeitável fileira de doutrinadores que entendem que a possibilidade de recurso a meios não-violentos nega a necessidade do uso da força e, portanto, afasta a aplicação da legítima defesa (cf. referências em JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 77-78). Outros tantos autores, contudo, rejeitam essa posição, afirmando, com os mais variados argumentos, que a exigência da necessidade dos meios de defesa não é elidida pela possibilidade de recurso a meios não-violentos; até a primeira metade do Séc. XX o argumento predominante na doutrina e na jurisprudência fora o de que a fuga seria desonrosa, atitude típica de covardes, e que portanto não se poderia exigi-la de quem se vê atacado injustamente (cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 78-79; MIR PUIG, 1998: 440). O mesmo se diga de outras formas de defesa não violenta, como o pedido de clemência ou o grito por socorro a quem estiver próximo.

O argumento da infâmia, para afastar a exigência da fuga, todavia, levava inevitavelmente a uma distinção entre classes, havendo quem defendesse que, para certas classes de pessoas – *nobres e militares* – a fuga seria desonrosa, permitindo-se a legítima defesa, ao passo que para outras – *a plebe* –, por não sê-lo, a fuga seria exigida. Essa distinção, típica do *Ancien Régime*, ressurgiu nos tempos modernos nas teorias que fundam sua interpretação das normas relativas à legítima defesa na proteção da honra (cf. ZAFFARONI, 1981: 592). Sua contrariedade com um estado democrático de direito surge evidente. Por outro lado, há quem sustente que a fuga, hoje, já não seria considerada desonrosa como o fora outrora (MIR PUIG, 1998: 441).

Contudo, uma vez descartado o apelo à infâmia trazida pela fuga, como se pode demonstrar a necessidade concreta de defesa quando é possível ao agredido fugir de seu atacante? A melhor solução para o problema parece ser a dada por ROXIN. Para o autor alemão, o §32 do Código Penal Alemão, que regula a legítima defesa no direito germânico, autoriza a “defesa necessária para repelir a agressão”⁸⁷ e fugir não é *repelir* a agressão; a esse argumento fundado numa interpretação literal do enunciado legal, que não é de todo convincente – *afinal, se “repelir” pode ser entendido como “fazer cessar”, pode-se muito bem dizer que a fuga do agredido, ao impedir a consumação da lesão, repele a agressão* –, ROXIN soma o argumento decisivo, esse de fundo político:

Se se tivesse de fugir em face de agressões, os malfeitores [*camorristas y matones*] teriam em suas mãos o poder de expulsar os cidadãos pacíficos de todos os locais onde quiserem impor seu domínio; e isso seria incompatível com o princípio da prevalência do Direito e da ordem legal pacífica. (ROXIN, 2001: 633)

A exigência da fuga, assim, não pode ser feita porque sua consequência inevitável seria permitir aos que se propõem a violar a ordem jurídica que o façam com menos risco para si. O princípio de proteção ao Direito, destarte, restaria desatendido e isso, por si só, já justifica que se considere a defesa necessária mesmo quando a fuga é possível. É esse argumento, e não uma simples interpretação meramente gramatical de um enunciado legal, que fundamenta a rejeição de uma leitura restritiva da permissão de legítima defesa, que a condicione à não-possibilidade de emprego de meios não-violentos, a qual, de resto, seria inteiramente compatível com um ideal de restrição da violência social. Como o próprio ROXIN escrevera, em texto anterior:

O máximo de legítima defesa permitido pelo texto legal - não o dever de fugir, nem de procurar auxílio, ou de tomar em consideração a proporção dos bens – *vai mais além, devido a razões de prevenção geral, do que o necessário para assegurar os bens individuais*, e está orientado segundo a imagem do agressor culpado, malicioso e perigoso que não possui

⁸⁷ O mesmo poderia ser dito do art. 25 do Código Penal Brasileiro, que expressamente reconhece a legítima defesa quando o sujeito “*usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão*”.

qualquer tipo de relação com o agredido, irrompendo de fora na esfera jurídica da vítima. (ROXIN, 1993: 206 – grifos nossos)

Ressalte-se, contudo, que dizê-lo significa apenas que não se considera ilícita a lesão causada ao atacante, ainda que fugir fosse uma opção à disposição do agredido; em nenhum momento se sugere que o agredido *deva* resistir violentamente à agressão, pois isso, como já foi visto, violaria o princípio da proteção do indivíduo. O direito, assim, permite, mas não exige⁸⁸, que o agredido fuja de seu agressor; caso aquele opte por resistir, o reconhece-se a licitude do emprego da força defensiva. O que, então, significa a exigência de necessidade concreta da defesa, se ela não se refere à necessidade de meios violentos frente a meios não-violentos de repulsa à agressão?

Se partirmos do pressuposto de que o direito, fazendo exceção à proibição geral do uso da força nas relações sociais, permite que, em caso de agressão injusta, o agredido aja de maneira violenta para defender a si ou a outrem, a exigência de necessidade pode ser vista como um *teto* estabelecido pelo ordenamento jurídico à violência que se considera permitida: a autorização para o uso da violência não justifica *qualquer* violência, mas apenas aquela que for *necessária* para repelir a agressão. Isso significa, em primeiro lugar, que a violência empregada há de ser idônea para fazer cessar a agressão (ROXIN, 2001: 629). Assim, não será idônea a repelir uma agressão e, portanto, não poderá ser considerada *necessária*, a conduta do sujeito que se vê agredido fisicamente e, em resposta, fura os pneus do automóvel do agressor; a lesão causada pelo agredido, nesse caso, não visa *repelir*, mas sim *retribuir* o dano causado pelo agressor, o que caracteriza *vingança* e não *defesa* e, portanto, impede a aplicação ao caso da legítima defesa.

Em segundo lugar, a exigência de necessidade implica que o meio empregado seja o menos lesivo dos que se encontravam à disposição do agredido (ROXIN, 2001: 629):

⁸⁸ Ver-se-á na próxima seção que essa afirmação admite exceções em determinados casos em que haja uma desproporção muito grande entre a lesão causada pela defesa e aquela que seria causada pela agressão.

quando o meio utilizado para a defesa for mais lesivo do que outro disponível no momento, não se o reconhece como *necessário*⁸⁹. Assim sendo, se para repelir uma agressão for suficiente efetuar um disparo de advertência, não se poderá disparar contra o atacante; da mesma forma, se para a repulsa da agressão for suficiente ferir o agressor, a conduta de matá-lo não estará abrangida pela permissão da legítima defesa.

Esse critério, contudo, é de uma simplicidade enganadora: de um lado, porque a determinação da idoneidade e da lesividade relativa dos diversos meios de defesa não é tarefa simples; por outro, porque não esclarece se a determinação da necessidade da defesa deve ser feita *ex ante*, por aquele que se defende no momento da agressão, ou *ex post*, por uma autoridade encarregada de verificar a adequação da conduta ao ordenamento jurídico.

No que toca à primeira observação, embora o direito exija que o meio menos lesivo seja utilizado, essa exigência, na prática, acaba sendo matizada por diversas circunstâncias. A primeira delas é o reconhecimento de que, no calor da situação, não se pode exigir de quem se defende um cálculo matematicamente preciso da lesividade dos meios defensivos a seu dispor: o medo causado pela agressão, a frustração e a raiva em função da situação em que se encontra podem turvar o raciocínio do agredido e seria injusto exigir-lhe uma frieza sobre-humana. Essa “perturbação mental” causada pela agressão, contudo, não justifica todo tipo de excesso na defesa: o princípio de proteção do direito impõe que certos limites sejam observados se a ação há de ser considerada lícita; não se trata, pois, de assumir como verdade o adágio *Not kennt kein Gebot*, mas apenas de reconhecer que o estado mental do agredido deve ser levado em conta na hora de se verificar se ele *podia* ter lançado mão de meios menos lesivos do que o empregado na defesa. Assim, o uso de uma faca contra um agressor desarmado pode ser alcançado pela legítima defesa se ficar

⁸⁹ Decorre disso que, como afirma JIMÉNEZ DE ASÚA (1983: 225), a necessidade de um meio mais gravoso não se caracteriza pela *impossibilidade de usar outros meios menos gravosos*, mas sim pela insuficiência destes para repelir a agressão.

provado que o agredido tinha razões para crer que o simples uso de seus punhos não seria suficiente para repeli-lo.

Isso leva à segunda circunstância que modula a exigência de menor lesividade do meio de defesa empregado: um meio mais gravoso pode ser considerado como necessário quando o recurso a um meio menos lesivo crie um risco para o agredido. Quem é agredido a socos por um atacante de igual tamanho, caso se defenda apenas com os punhos, corre o perigo de sofrer mais lesões antes de conseguir afastar o agressor, o que justifica o emprego de um meio mais danoso para o agressor, como uma faca ou um revólver, conforme a disponibilidade.

Enfrentando problemas desse tipo, a jurisprudência alemã, citada e criticada por ROXIN (2001: 629), adotou um critério ainda mais tolerante para definir a necessidade da defesa: o emprego de meios menos perigosos não é obrigatório quando for *duvidosa* sua eficácia defensiva. Ocorre que tal extensão da legítima defesa poderia levar a exageros no uso da força, especialmente em casos que envolvem armas de fogo, cuja letalidade mais aguda do que a das demais armas. O equívoco dessa orientação reside em vincular a necessidade do meio à sua eficácia; como esta somente pode ser aferida na prática – *pressupondo, logicamente, que o meio de defesa seja idôneo para repelir a agressão* – admitir em qualquer hipótese que a mera possibilidade de sua ineficácia autorize o recurso a um meio mais gravoso terminaria por elevar os níveis de violência autorizada, algo contrário ao fim do ordenamento jurídico: como nada justificaria exigir um disparo de advertência antes do disparo dirigido ao agressor, uma vez que não há garantias de que a ameaça do disparo fará o agressor desistir de seu intento, o agredido acabaria estimulado a alvejar de plano o agressor, com maior risco para a vida deste.

Para ROXIN, a possível ineficácia de um meio menos gravoso, por si só, não cria a necessidade de emprego de um meio mais gravoso, a menos que dela decorra um risco de

concretização do dano ameaçado pela agressão. Assim, se um atacante desarmado ainda está a uma distância do agredido que permita que se façam dois disparos, o primeiro necessariamente deverá ser de advertência, pois ainda que ele não dissuada o agressor de seu intento, haverá tempo hábil para um segundo tiro contra o agressor; nesse caso, o recurso ao meio menos gravoso, ainda que seja ineficaz, não aumenta o risco de concretização da lesão. A situação, contudo, pode ser diferente – *p.ex., pode haver mais de um atacante presente* – e o emprego de um meio menos gravoso de eficácia possível, porém duvidosa, poderia aumentar o risco de concretização da lesão; num caso como esse, seria possível demonstrar a necessidade do recurso ao meio mais gravoso – *no exemplo, ficaria o agredido dispensado de efetuar um tiro de advertência, podendo disparar diretamente contra seus atacantes* –, configurando-se a legítima defesa. Essa referência ao perigo que seria criado pela ineficácia do meio menos gravoso parece ser capaz de reconciliar as exigências de proteção do indivíduo e de proteção do direito, estabelecendo um espaço adequado para a defesa privada num sistema que busque a redução do nível de violência na sociedade.

Resta, contudo, saber de que ponto de vista a necessidade concreta do meio empregado para a defesa há de ser verificada: devem-se levar em conta a posição particular do agredido, as circunstâncias em que se deu a agressão e as informações de que ele dispunha no momento da defesa, ou a apreciação da necessidade deve ser feita com base na descrição objetiva do fato como reconstruída em juízo pelo conjunto probatório? Tome-se, como exemplo, a hipótese do indivíduo que, agredido por um sujeito conhecido por sempre andar armado, ainda que podendo usar de sua força física ou mesmo de uma faca para defender-se, saca uma pistola e alveja o atacante quando este leva a mão à cintura, vindo-se posteriormente a comprovar que o agressor estava desarmado; pode-se dizer que o emprego da arma de fogo era necessário, havendo a possibilidade do recurso a meios

menos gravosos? Caso o juízo de necessidade seja feito *ex post*, *i.e.*, a partir da descrição objetiva dos fatos como ocorreram, somos obrigados a concluir que o emprego da arma de fogo era, de fato, desnecessário; conseqüentemente, excluída a necessidade do meio utilizado, impossível se torna reconhecer a ocorrência, no caso, da legítima defesa. Entretanto, caso o mesmo juízo seja feito *ex ante*, ou seja, do ponto de vista do agredido, levando-se em conta o que ele sabia e tinha como saber acerca das circunstâncias, a necessidade do emprego da arma de fogo parece inquestionável, não se podendo evitar o reconhecimento da legítima defesa.

Têm-se, aqui, dois problemas que convém manter separados. O primeiro se refere ao momento em que será feito o juízo de necessidade – *assim como o de todos os outros elementos da legítima defesa* – e à pessoa a quem compete fazer esse juízo. Dele trataremos na segunda seção deste capítulo, ao tratarmos do controle do exercício da legítima defesa, mas desde já adiantamos que esse juízo é sempre posterior ao fato, e há de ser feito por terceiro que não o indivíduo que se defendeu; em se tratando de conduta violenta, presume-se a violação da proibição geral de uso da força quando o sujeito lesa o agressor, presunção que somente se afasta com a comprovação do atendimento aos requisitos de uma causa de exclusão da ilicitude, uma das quais é a legítima defesa; caberá, pois, ao órgão encarregado da aplicação das normas sobre o uso da força a verificação da ocorrência de legítima defesa, o que somente poderá ser feito *após* o fato. Assim, embora caiba ao sujeito atacado, no calor da refrega, averiguar a necessidade os meios que empregará na sua defesa, sua decisão não define a licitude ou ilicitude do ato, ainda que, ao fazê-lo, o sujeito leve em conta a regulamentação normativa que ele eventualmente conheça; não se trata, portanto, de decisão jurídica no sentido de aplicação do direito ao caso concreto, e sim de auto-interpretação, feita pelo sujeito que busca orientar sua conduta com relação a normas, mas que se sujeita, inevitavelmente, a um controle oficial, este sim,

verdadeira *aplicação* do direito. Destarte, embora, o sujeito, no momento da ação, deva fazer uma apreciação – *por breve que seja* – da necessidade dos meios de defesa à sua disposição, o verdadeiro *juízo* de necessidade do meio empregado, parte do processo de aplicação da norma autorizadora da legítima defesa, que tem por efeito excluir a antijuridicidade da conduta violenta, é feito apenas e tão somente pelo órgão encarregado da aplicação dessa norma, *ex post facto*.

O segundo problema é o dos critérios que orientarão esse juízo. No moderno direito penal, ao menos naqueles sistemas que, como o brasileiro, influenciados pela doutrina alemã, adotam a culpabilidade – *entendida como reprovação do sujeito que, podendo se comportar de acordo com a norma, pratica conduta oposta* – como fundamento e medida da sanção penal, parece inevitável que o juízo de necessidade seja feito da perspectiva do sujeito que se defende; caso contrário, abrir-se-ia a possibilidade de uma pena sem culpa, o que viola um dos princípios basilares do direito penal: o princípio da culpabilidade⁹⁰. O juízo de necessidade, portanto, é feito *ex post facto*, mas leva em conta a situação em que se encontrava o sujeito agredido e o seu conhecimento dos fatos ao seu redor (ZAFFARONI, 1981: 614; MIR PUIG, 1998: 439; ROXIN, 2001: 631-2). Quando este divergir em relação à descrição concreta dos fatos, impõe-se reconhecer a necessidade do meio empregado, a menos que se demonstre ter havido culpa do próprio agredido no erro cometido.

Note-se que não se refere, aqui, à chamada legítima defesa *putativa*. Nesta, o sujeito supõe erroneamente que está sendo atacado, e usa da força para se “proteger” contra o suposto atacante; trata-se, neste caso, de erro sobre a necessidade *abstrata* de defesa, cuja inexistência impede que se afaste a ilicitude da violência cometida, embora, como é o caso no direito brasileiro, permita que se afaste a culpabilidade do agente,

⁹⁰ Para os princípios axiológicos fundamentais do direito penal, cf. FERRAJOLI, 2001: 93.

isentando-o de pena, quando o erro não derivar de culpa⁹¹. O juízo de necessidade a que nos referimos é o da necessidade *concreta* dos meios empregados. Nele, o erro não afeta a *situação* de defesa contra agressão ilícita, mas apenas a *extensão* e/ou *intensidade* da defesa empregada e, portanto, não impossibilita a exclusão da ilicitude da conduta do agredido. A questão, assim, não é a da realidade da defesa – *que não é putativa, pois agressão há* – mas sim a de eventual *excesso* no exercício da defesa⁹².

(b) Proporcionalidade

No que se refere à necessidade, tanto a necessidade abstrata de defesa quando a necessidade concreta do meio de defesa empregado, ninguém discute seu caráter de elemento essencial da legítima defesa. JIMÉNEZ DE ASÚA a considera a *conditio sine qua non* da legítima defesa (1983: 225) – *embora se refira à necessidade abstrata, e não à concreta*. Conquanto persistam divergências sobre a determinação precisa da necessidade, especialmente no que se refere ao emprego de meio de defesa mais gravoso quando meios menos lesivos estiverem disponíveis, a importância do requisito encontra-se além de qualquer disputa. O quadro é bem menos claro, contudo, no que se trata à exigência ou não de proporcionalidade para o reconhecimento da legítima defesa, a começar porque nem sempre se distinguem claramente os requisitos de proporcionalidade e de necessidade. Precisar o que se entende por esses dois conceitos, então, parece ser um bom início para a discussão.

Como vimos, é necessária a defesa – *em abstrato* – quando, sem ela, a consumação do dano pela agressão é inevitável; sua referência é, pois, a inevitabilidade do dano que a agressão ameaça produzir: enquanto houver agressão e, com ela, o risco da realização do

⁹¹ Cf. art. 20, § 1º, do Código Penal.

⁹² Excesso que no Brasil, é expressamente passível de pena, quando derivado de culpa ou dolo (art. 23, parágrafo único, CP), o que confirma a opinião de que o juízo de necessidade deve ser feito do ponto de vista *ex ante*, mantendo-se a exclusão da ilicitude da violência defensiva quando o uso de meio mais gravoso fosse justificado aos olhos do agredido, no momento da agressão.

dano, a defesa será necessária. Por outro lado, o meio empregado na defesa será necessário – *em concreto* – quando for o menos gravoso dos disponíveis ao agredido que possam fazer cessar a agressão, evitando o dano que ela pode produzir. Também aqui a referência da necessidade é o risco da concretização do dano pela agressão, embora nesse segundo juízo a lesividade relativa dos meios de defesa influa no resultado. Em suma, a necessidade se mede de um *meio* em relação à sua *finalidade*: se sem o seu emprego a finalidade não é alcançada, então ele é necessário.

Proporcionalidade, por outro lado, denota a comparação entre duas grandezas ou dois entes de mesma natureza: pode-se estabelecer a proporção entre dois quadrados, mas não entre um quadrado e um círculo; pode-se, todavia, estabelecer a proporção entre as *áreas* do círculo e do quadrado. Já aqui encontramos o primeiro problema com a exigência de proporcionalidade: não há acordo entre os autores sobre os elementos que devem ser proporcionais para a verificação da legítima defesa.

Para alguns autores, dentre os quais se encontra JIMÉNEZ DE ASÚA (cf. 1983: 229ss.), a proporcionalidade deve existir entre os meios usados na defesa e os meios usados na agressão. Seria, assim, desproporcional e, portanto, estaria afastada a legítima defesa, quando o agredido lançar mão de uma arma de fogo contra um agressor desarmado; contudo, as circunstâncias da agressão podem influir nesse juízo: contra um adversário desarmado muito mais forte fisicamente, ou então treinado em artes marciais, seria proporcional que o agredido recorresse ao revólver. A idéia de proporcionalidade, assim, é utilizada para minorar a aparente rigidez do conceito de necessidade quando o meio de defesa empregado for mais lesivo do que a própria agressão. A aplicação do critério de

proporcionalidade ao juízo de necessidade faria surgir um conceito mais refinado, o de necessidade *racional*⁹³ (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 219)

O erro dessa abordagem, algo evidente no tratamento que JIMÉNEZ DE ASÚA dá ao tema, está na falta de distinção entre a necessidade *abstrata* de defesa e a necessidade *concreta* do meio de defesa empregado⁹⁴. Quando recorrem ao conceito de necessidade racional, os autores que seguem essa linha de pensamento estão, na verdade, buscando uma forma de resolver a perplexidade causada pelo fato de que a defesa, em si, pode ser necessária – *vez que há uma agressão que a exige* –, mas o meio empregado para a defesa, não. Por não vislumbrarem esses dois níveis do juízo de necessidade, recorrem ao conceito de proporcionalidade para afastar a exclusão da ilicitude quando o agredido lança mão de mais violência do que a necessária para a repulsão da agressão, ao mesmo tempo em que reconhecem a existência da discriminante quando a relação de forças entre agressor e agredido for muito grande.

Tal artifício é desnecessário. Não será a desproporção entre o meio empregado no ataque e o utilizado para a defesa que afastará a discriminante da legítima defesa no caso concreto, mas sim a falta de necessidade do meio defensivo empregado – *seja porque é inidôneo, seja porque um meio menos gravoso e igualmente capaz de repelir a agressão estava disponível na ocasião* – para o fim de fazer parar o ataque. O reconhecimento que do exame da necessidade de defesa feito pelo agredido no momento da agressão não se pode exigir precisão matemática, bem como que o juízo de necessidade feito pelo órgão aplicador do direito deve ser feito do ponto de vista do agredido, é suficiente para evitar as

⁹³ ZAFFARONI, que também adota a expressão *necessidade racional*, concebe o critério de proporcionalidade de forma diversa, não como “equiparação” entre os meios empregados na agressão e na defesa, mas sim, negativamente, como a exigência de “que não falte a proporcionalidade de maneira aberrante”, entendendo *meios* não como instrumentos, mas sim como “ações e omissões que se empregam para a defesa” (ZAFFARONI, 1981: 593).

⁹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, ao escrever que “a necessidade não se refere à mera proporção, mas à existência mesma da legítima defesa e, se falta, a invalida” (1983: 229), está claramente limitando o conceito de necessidade à necessidade *abstrata* de defesa, ao passo que a proporcionalidade se utiliza como sucedâneo do critério de necessidade *concreta* dos meios de defesa.

injustiças que a aplicação estrita do critério de necessidade poderia ocasionar. Não se deve, pois, exigir a proporcionalidade onde a necessidade basta para manter a legítima defesa em limites socialmente aceitáveis.

Não obstante, o requisito de necessidade da defesa, abstrata ou concreta, é incapaz de, por si só, dar resposta satisfatória a certos *casos difíceis*, especificamente aqueles nos quais há uma menor reprovação da agressão que motiva a defesa. Tais situações podem ser agrupadas em quatro classes ou *âmbitos problemáticos*: defesa contra agressão não culposa ou com culpa diminuída, defesa contra agressão provocada pela própria vítima, defesa contra agressão insignificante e defesa contra agressão ocorrida no contexto de uma relação de garante (cf. ROXIN, 1993: 199). Discute-se, em tais casos, se a autorização para o agredido recorrer à força tem a mesma extensão dos demais casos; pela aplicação do critério de necessidade, a resposta seria, inevitavelmente, positiva: enquanto persistir a necessidade de defesa, e o meio empregado for o menos gravoso dentre os capazes de repelir a agressão, a ação violenta do agredido contra o agressor será justificada pela legítima defesa. Muitos teóricos, todavia, consideram iníquo esse resultado e defendem que, em tais circunstâncias, seja exigido do agredido que recorra, quando possível, a meios não-violentos de defesa, quando não que suporte a agressão sem se defender; como justificativa para essa *restrição ético-social* à legítima defesa, seus proponentes apontam para a *desproporção* entre a reprovação que se faz da conduta agressiva e as conseqüências da defesa violenta. A proporcionalidade, nesse sentido, passa a ser medida entre a reprovação da conduta do agressor e a gravidade dos efeitos da defesa do agredido.

Num texto clássico, ROXIN (1991) analisa a teoria das restrições ético-sociais, concluindo que elas não de ser deduzidas dos dois princípios – *proteção do indivíduo e proteção do direito* – que justificam a legítima defesa, ou então, representarão inovação

legislativa por via judiciária⁹⁵. Sem a referência aos princípios justificadores da legítima defesa, *proporcionalidade* e outros conceitos similares, como abuso de direito, moderação etc.:

não são mais do que princípios reguladores gerais, em si mesmo carecidos de conteúdo [...] Os que pensam poder deduzir directamente dos referidos princípios reguladores uma graduação da defesa legítima, encobrem com tal decisão um decisionismo, dirigido por um sentimento do direito, inexistente nas bases legais (ROXIN, 1993: 207-8).

Para ROXIN, nas situações em que a agressão seja encarada pelo direito como *menos* reprovável, as exigências de proteção do direito são menores, razão pela qual se limita a possibilidade jurídica de proteção unilateral do indivíduo, restringindo-se o âmbito da autorização do uso da força em legítima defesa (cf. ROXIN, 2001: 637-8; 641-2; 646 e 651):

Portanto, sendo o interesse da defesa do direito diminuto, deve-se sobrecarregar o agredido com o risco de ter de suportar prejuízos insignificantes, se esse risco só puder evitar-se ao preço de um grave prejuízo para o agressor, tal como se deduz facilmente da existência, na Constituição e em todo o ordenamento jurídico, de uma vinculação da pessoa à sociedade (ROXIN, 1993: 207).

Não será, assim, a falta de proporcionalidade entre agressão e defesa que limitará o alcance da defesa legítima, mas antes o menor desvalor que à agressão atribui o ordenamento jurídico: se o ordenamento prevê para o fato uma sanção atenuada, ou mesmo sanção nenhuma, é porque supõe ser suficiente, para fins de prevenção geral, uma dissuasão menos grave do que a normalmente empregada, logo o *teto* da permissão do uso unilateral da força deve ser, correspondentemente, rebaixado, quando não for revogada de todo essa permissão, pois não faria sentido que a legítima defesa pudesse proteger o direito além dos limites que o próprio direito considera ser necessária sua proteção. Assim sendo,

⁹⁵ Sendo uma exceção à proibição geral de uso da força, a limitação da autorização de uso da força em legítima defesa significaria ampliar o âmbito de proibição, o quê, na ausência de uma previsão normativa expressa, implica na violação do princípio da legalidade (ROXIN, 1993: 208; ROXIN, 2001: 636). Isso, contudo, como ROXIN expressamente adverte (2001: 636), não significa que a interpretação do dispositivo referente à legítima defesa se submeta às mesmas regras hermenêuticas dos tipos penais, já que estes são matéria exclusivamente penal, enquanto as causas de exclusão da ilicitude são comuns ao direito como um todo – *a antijuridicidade, diferentemente da tipicidade, é uma única para todo o direito*.

como elemento componente da descrição da hipótese de incidência da norma autorizadora da legítima defesa, o requisito de proporcionalidade, assim entendido, deve ser, pois, descartado. Qualquer limitação que se proponha ao âmbito da legítima defesa como delineado pelos elementos da agressão ilícita e da necessidade – *abstrata e concreta* - de defesa, deve ser fundada no princípio de proteção do direito: quando o direito não considerar necessária sua própria proteção ou quando, ainda mais justificadamente, a defesa for contrária ao fim de proteção do direito, deve-se considerar a violência defensiva como estando além do alcance da autorização da legítima defesa.

Resta, por fim, analisar uma última acepção na qual se propõe a introdução do critério de proporcionalidade como elemento da legítima defesa: o de ponderação entre o bem jurídico ameaçado pela agressão e o efetivamente lesado pela defesa.

Essa exigência parece ter origem na própria história da legítima defesa, que inicialmente se permitia apenas em face de agressões contra a vida ou a integridade física do indivíduo; a extensão da legítima defesa a *qualquer* agressão ilícita, que a deslocou da parte especial, especificamente na definição dos tipos de homicídio e de lesões corporais, para a parte geral dos Códigos Penais, tornando-a causa genérica de exclusão da ilicitude da conduta formalmente típica, é conquista relativamente recente (cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1983: 27ss e 127; ROXIN, 2001: 610-1). Tal extensão, contudo, significou a possibilidade de se sacrificar licitamente a vida do agressor para a defesa da propriedade ou de outros bens jurídicos, como a honra, o quê, para alguns doutrinadores, seria um *excesso de individualismo*; tal preocupação, como bem aponta JIMÉNEZ DE ASÚA, se funda numa “visão extrema da defesa privada, na qual um homem resulta ferido ou morto” (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1981: 132). A noção de que a defesa não leva, necessariamente, à morte do agressor, mas pode ter conseqüências menos drásticas, então, levou alguns

doutrinadores a tentar limitar a possibilidade de defesa através da exigência de proporcionalidade dos bens jurídicos em jogo no caso concreto.

O requisito de proporcionalidade não é desconhecido em matéria de exclusão da ilicitude: ele é elemento essencial da discriminante do estado de necessidade. De fato, somente pode encontrar amparo no estado de necessidade como justificativa da não-ilicitude de uma conduta formalmente típica quem sacrifica bem jurídico que não seja mais valioso do que o bem salvo⁹⁶. Para aqueles que viam na defesa do patrimônio à custa da vida do agressor algo excessivo, esse requisito também seria exigível para a verificação da legítima defesa.

Tal opinião, contudo, não é de ser aceita. As razões que justificam a não-ilicitude da conduta típica praticada em estado de necessidade são diferentes das que justificam a licitude da legítima defesa. Nesta, como já tivemos a oportunidade de expor, a justificação deriva da necessidade de proteção do indivíduo, matizada pelo interesse na proteção do direito. Naquele, por outro lado, temos uma aplicação da lógica do *menor de dois males*, a partir da constatação de que, se um prejuízo é iminente, então a ação que o evita, ainda que causando um mal, não pode ser tida como contrária ao direito, desde que o mal causado seja menor do que o evitado. A causação de um mal maior do que o evitado, *i.e.*, o não atendimento ao requisito de proporcionalidade, numa situação de preservação não é, na ausência de outros fatores, justificável aos olhos da sociedade; se o é, na legítima defesa, é

⁹⁶ Discute-se o tratamento que se deve dar aos casos em que o bem sacrificado no estado de necessidade tiver valor maior do que o que foi preservado. O direito alemão, prevendo casos assim, estabelece dois tipos de estado de necessidade: o *justificante*, excludente da ilicitude da conduta, que exige que o bem sacrificado não seja mais valioso do que o salvo, e o *exculpante*, ao qual se subsumem os casos nos quais o bem sacrificado tem maior valor do que o salvo, e que não elimina a ilicitude, mas antes diminui a culpabilidade, podendo chegar a excluí-la. O direito brasileiro não conhece do estado de necessidade outra modalidade que não a *justificante*; no que se refere às hipóteses que caracterizariam o estado de necessidade exculpante, a doutrina diverge quanto ao tratamento adequado: para alguns teóricos, ausente a previsão legal, tais casos devem ser tratados como condutas proibidas, levando-se em conta a situação de necessidade como causa genérica de atenuação da pena ou, quando possível, como caracterizadora de crime privilegiado; para outros, aplicar-se-ia ao caso o tratamento dado ao excesso nas discriminantes (art. 23, parágrafo único, CP) e, finalmente, para outros, seria o caso de reconhecê-lo como causa extralegal de exclusão da culpabilidade.

porque o mal maior é causado a quem, com sua agressão, criou o perigo de realização do mal que se busca evitar, e saber que se pode sofrer uma lesão maior do que a que seria causada ao agredido pode ter efeito dissuasório no potencial agressor. Essa função de prevenção geral, porque protege o direito, faz com que a proporcionalidade entre mal causado e mal evitado não seja exigível na legítima defesa; d'outra parte, ninguém dirá que a ação praticada em estado de necessidade *protege o direito*, pois nenhuma função de prevenção geral pode ela desempenhar, até porque a pessoa que suporta o dano causado em estado de necessidade não é nunca a causadora do perigo que se busca evitar. A proporcionalidade entre os bens jurídicos, aqui, estabelece um teto ao que o direito considera aceitável em caso de estado de necessidade; tal limite, na legítima defesa, é dado não pela proporcionalidade, mas sim pela necessidade da defesa, concreta e abstrata, e pode ser necessário, dependendo das circunstâncias, ferir ou mesmo matar o ladrão para impedi-lo de consumir um roubo ou um furto. Do contrário, como decidiu o Reichsgericht alemão:

[E]m regra, estaria totalmente excluída a legítima defesa frente ao ladrão enquanto se tivesse de levar [a defesa] a cabo mediante ataques contra a vida ou integridade. Mas semelhante consideração com a proporcionalidade entre os bens é impossível que seja justificável nos casos em que se deve proteger o direito na luta contra o injusto (*apud* ROXIN, 2001: 632).

A rejeição da proporcionalidade como elemento da legítima defesa, contudo, não implica na aceitação de que qualquer mal pode ser causado a quem pratique qualquer tipo de agressão. Repita-se que a existência de uma agressão não dá ao agredido carta branca para fazer o que quiser com o agressor: o critério de necessidade marca limites aos meios que o agredido pode empregar em sua defesa. Mas mesmo que a defesa seja necessária, abstrata e concretamente, já se viu que o menor desvalor atribuído pelo ordenamento jurídico à agressão, porque diminui a necessidade de proteção do ordenamento jurídico, pode limitar ainda mais o âmbito da legítima defesa, tornando exigível, quando possíveis, a

fuga ou o recurso a meios não-violentos de repulsa da agressão, ou mesmo obrigando o agredido a suportar a lesão. De qualquer forma, como já foi dito, não se trata aqui de uma ponderação dos bens jurídicos em conflito, mas sim de uma limitação da defesa permitida em função do escasso risco que a agressão representa para a confiança no direito.

B - Controle do exercício da legítima defesa

De nada adiantaria estabelecer limites ao exercício da legítima defesa se não houvesse uma forma de se verificar, nos casos em que se alega a ocorrência da legítima defesa, se foram atendidos os requisitos para que o uso da força seja considerado lícito. Não houvesse esse controle, não haveria nenhum incentivo para que o agredido observasse os limites jurídicos impostos à sua possibilidade de defesa, o que resultaria na inaplicabilidade de qualquer restrição ao uso unilateral da força.

De fato, a previsão da legítima defesa não só serve de ameaça contra quem pretenda praticar uma agressão, mas também coage o agredido a se manter dentro de determinados limites para além dos quais a sua conduta será considerada ilícita, sujeitando-o a uma sanção. Se não se submete os casos concretos de exercício da defesa a um controle que lhes verifique a conformidade com os limites normativos, torna-se impossível para a legítima defesa cumprir a função de prevenção de defesas excessivas, tão perniciosas para a vida em sociedade quanto a agressão ilícita. É por isso que a submissão do exercício da defesa a um controle posterior é parte do próprio conceito de legítima defesa, não podendo ser afastada. De outra forma, a legítima defesa é a porta de entrada do estado de guerra na vida social (cf. DELIVANIS, 1971: 30).

Esse controle, bem se vê, é um controle *jurídico*. Ele não pode ser feito de maneira arbitrária, exclusivamente de acordo com a conveniência do julgador, mas deve necessariamente ser orientado por critérios claros com os quais o direito estabelece o

âmbito da permissão da legítima defesa, *i.e.*, pelos limites que foram acima analisados, na forma em que sejam regulados num dado ordenamento.

Por outro lado, além dessa função preventivo-geral, o controle do exercício da legítima defesa cumpre outra importante tarefa: através do acúmulo de decisões e da análise de casos específicos – *cujas características particulares uma norma geral jamais teria condições de prever com precisão* –, esse controle posterior especifica e dá nitidez aos limites impostos ao direito de defesa, com o que se reforça a função de prevenção geral de defesas excessivas (cf. DELIVANIS, 1971: 90).

Não obstante, não existe um controle específico da legítima defesa; o que se tem, na verdade, é o controle do uso da força em geral. Todo evento em que tenha sido praticada uma violência deve ser julgado de acordo com as regras vigentes relativas ao uso da força; disso depende a conservação do monopólio do uso da força que é condição para a ordem social. Consistindo no emprego da força, a defesa contra a agressão ilícita, como todas as outras manifestações de violência, deve ser submetida a um julgamento; como ação violenta, presume-se que ela viola a proibição geral de uso da força, mas a verificação de seus elementos em juízo afasta a proibição e, com ela, a possibilidade de sanção ao defensor.

Isso é consequência direta da natureza jurídica da legítima defesa. Como já dissemos, somente se pode falar em *legítima defesa* no quadro de um sistema jurídico que proíba o uso unilateral de força por parte dos indivíduos; não fosse, em regra, proibido o uso da força, pouco sentido teria, ao menos do ponto de vista jurídico, buscar justificar a violência praticada com o apelo à legítima defesa. Num sistema onde exista tal proibição, a legítima defesa servirá – *assim como o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito* – como circunstância que afasta a contrariedade do ato com o direito, negando a presunção de sua ilicitude – *sem a qual nem*

haveria julgamento, em primeiro lugar – e impedindo a aplicação da sanção que seria devida caso ela não se comprovasse⁹⁷. Trata-se, como a classifica a doutrina penal, de causa de exclusão da ilicitude ou, como também é denominada, descriminante, ou ainda causa de justificação.

A legítima defesa é, pois, um instituto jurídico. É ela causa de exclusão da ilicitude da conduta cuja descrição corresponde à *facti species* de norma proibitiva e, que, por isso, seria pressuposto da aplicação de uma sanção ao agente, mas que, por se adequar às circunstâncias que compõem a hipótese de incidência da norma autorizadora da legítima defesa, deixa de ser considerada contrária ao direito e, por isso mesmo, não é punível⁹⁸.

Do dito fica claro que a legítima defesa somente se argúi no curso de um processo em que se verifique a conformidade ou não de uma conduta com deveres jurídicos. É porque alguém está sendo julgado por ter recorrido à força que, como forma de defesa e afastamento da aplicação da sanção correspondente ao delito, traz-se à baila a legítima defesa⁹⁹. Isso é decorrência da própria natureza jurídica da legítima defesa: como causa de *exclusão da ilicitude*, ela somente se aplica a condutas que, *a priori*, subsumem-se a uma

⁹⁷ À exclusão da contrariedade com o direito, o fato de o dano ser causado a quem praticou uma agressão ilícita soma-se a inexistência do dever de indenizar o dano causado, algo que não ocorre no estado de necessidade, no qual o bem jurídico sacrificado para evitar o perecimento de outro de igual ou maior importância pertence a quem, necessariamente, não deu causa ao perigo; logo, ainda que se a conduta dirigida à *preservação* seja considerada justificada, *i.e.*, conforme ao direito e, portanto, não sujeita a sanção, há o dever de indenizar quem for lesado. De outra forma, ter-se-ia na espécie um enriquecimento sem causa, eis que a proteção do direito do sujeito que praticou a ação em estado de necessidade se deu às custas do perecimento de direito de terceiro, que não tinha o dever de suportar o prejuízo.

⁹⁸ Cf. GIRAUD (1934:707), onde se lê que:

La légitime défense est essentiellement une institution de droit. Elle est expressément prévue et réglementée par les codes et des lois. Les tribunaux, après que la défense a eu lieu, exercent un contrôle pour voir si les conditions du droit étaient effectivement réalisées et si ses limites n'ont pas été dépassées. Il y a une instruction judiciaire. Si la légitime défense est admise, un non-lieu sera rendu ou un jugement d'acquiescement sera prononcé. (GIRAUD, 1934: 707)

⁹⁹ No Caso NICARÁGUA, a Corte Internacional de Justiça deixou expresso que “the normal purpose of an invocation of self-defence is to justify conduct which would otherwise be wrongful” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1986: 45 - § 74)

norma proibitiva. Se é assim, a verificação da legítima defesa se dá apenas e tão-somente no curso do processo de aplicação da norma proibitiva¹⁰⁰.

Daí que seja equivocado dizer que a legítima defesa seja uma modalidade de ação humana. É um erro não diferente do que se incorre ao chamar de *homicídio* toda hipótese em que um homem tira a vida de outro, ou denominar todo ataque de *agressão*. *Legítima defesa*, *homicídio* e *agressão* não são fatos encontráveis no mundo concreto, mas sim classificações jurídicas que decorrem da subsunção de determinados fatos a normas que lhes prescrevem certas conseqüências – *no caso da legítima defesa, a licitude do recurso à força*. A legítima defesa, assim, não se confunde com o uso concreto da força para defesa contra uma agressão. Este ocorre no mundo *real*, aquela sendo apenas a forma como ele se insere no mundo *jurídico*. A bem da verdade, de um ponto de vista meramente descritivo – *alguém matar alguém* –, nada diferencia um homicídio de uma morte provocada em legítima defesa¹⁰¹; são apenas as circunstâncias que cercam o fato de alguém matar alguém – *i.e., a existência de uma agressão para a repulsão da qual o agredido teve de matar o agressor e a necessidade concreta do meio empregado* – que vão atrair o fato para o âmbito de incidência da norma que prevê a legítima defesa. Só se sabe, então, se houve ou não legítima defesa após o processo de *aplicação* do direito.

¹⁰⁰ Esse fato faz com que, no âmbito do direito penal, tenha surgido teoria que propõe que as causas de exclusão da ilicitude fazem parte, como elementos negativos, do próprio tipo penal. Segundo os defensores dessa teoria, as normas definidoras de tipos penais não seriam o significado de uma única disposição legal contida na parte especial do código penal, mas seriam deduzidas da leitura do enunciado que descreve a ação típica em conjunto com todas as disposições da parte geral que definem as causas de exclusão da ilicitude. Assim, v.g., a norma contida no art. 121 do Código Penal Brasileiro – *Matar Alguém. Pena: Reclusão, de 06 a 20 anos* – não seria simplesmente “se alguém matar alguém, deverá ser punido com reclusão de 06 a 20 anos”, mas “se alguém matar alguém, *não estando em legítima defesa, estado de necessidade ou no estrito cumprimento do dever legal*, deverá ser punido com reclusão de 06 a 20 anos”. Embora não se deva, aqui, entrar no mérito de tal teoria, que é bastante questionada, sua proposição é reveladora da natureza da legítima defesa e de sua conexão indissociável com uma proibição, em cujo processo de aplicação incide.

¹⁰¹ Tanto é assim que, nos processos levados ao Tribunal do Júri, os quesitos sobre materialidade e autoria do delito (“o réu disparou uma arma de fogo contra a vítima?” e “o disparo causou a morte da vítima?”) são feitos pelo juiz aos jurados antes dos referentes às discriminantes (“o réu repeliu injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro, usando moderadamente dos meios necessários?”). A resposta positiva ao último quesito é que decidirá a ilicitude da conduta submetida a julgamento.

A questão por trás dessa discussão, como já deve ter ficado claro, é a de saber se o indivíduo, no momento em que determina sua conduta, ao compará-las com as normas vigentes para prever as possíveis conseqüências jurídicas de seus atos, está *aplicando* o direito. Embora essa denominação seja possível, do ponto de vista lingüístico, a real aplicação do direito é apenas e tão-somente aquela feita por quem tem a competência para decidir, de maneira final, sobre a licitude da conduta e, em caso negativo, aplicar a sanção correspondente; somente este ato é juridicamente relevante no sentido de que o seu conteúdo é obrigatório para os envolvidos (cf. KELSEN, 1984: 331). O que o indivíduo faz ao comparar seu plano de ação com o direito vigente - *quando o faz, pois é discutível que esse processo mental seja feito por todos em todas as ocasiões em que uma determinada ação é contemplada* – é melhor indicado pela palavra auto-interpretação e, ao fazê-lo, ele apenas formula uma expectativa de qual será a conseqüência da real aplicação do direito ao ato que pretende praticar. Isso significa que mesmo que o indivíduo entenda estar agindo em legítima defesa, *i.e.*, que ache que a sua ação se subsume à norma que regula esse instituto, o resultado do processo de aplicação do direito pelo órgão competente pode ser diverso, seja por não ter conseguido provar de maneira cabal os fatos como ocorridos, seja porque o indivíduo errou quanto ao conteúdo da disposição legal. O inverso também será possível: a legítima defesa pode ser reconhecida em juízo mesmo que o indivíduo não achasse estar agindo nessa condição. Chega-se, pois, à conclusão de que somente após a *aplicação* do direito ao fato é que se pode afirmar a existência da legítima defesa.

Essa conclusão reforça a idéia de que o controle posterior é parte integrante do conceito ideal de legítima defesa, na medida em que tal aplicação do direito jamais poderá ser feita pelas partes interessadas, se se quer que este se imponha mesmo quando a parte com *razão* tiver menos capacidade de impor sua vontade do que a parte *em tese* infratora. A inexistência de uma instância de controle do uso da força e, por conseguinte, também do

uso da força com fins defensivos, impede que se fale na existência de legítima defesa numa dada sociedade, porque elimina a possibilidade de distinção concreta entre usos lícitos e usos ilícitos da força.

Isso não significa que um poder judiciário organizado segundo os modelos de direito interno seja necessário para a possibilidade de distinção entre agressão e legítima defesa – *ou entre agressão e outras hipóteses de uso lícito da força, como o estado de necessidade*. O que se exige é um procedimento de aplicação do direito, que não seja a simples *auto-interpretação* que fazem as partes quando, no momento de escolher qual conduta praticar, projetam as eventuais consequências jurídicas de seus atos; se a única aplicação do direito possível é esta última, então o apelo à legítima defesa não tem mais do que um peso moral; é somente quando há num procedimento posterior de verificação da compatibilidade da conduta com deveres jurídicos, na falta da qual o agente se sujeita à aplicação obrigatória de sanções, que a legítima defesa assume o seu papel *de direito* – *com o perdão do trocadilho*.

II PARTE. PREVENÇÃO E PREEMPÇÃO

1. O PROBLEMA DA DENOMINAÇÃO

Como visto acima, o art. 51 da Carta das Nações Unidas vincula a legítima defesa a um ataque armado – *armed attack / aggression armée*. A doutrina, todavia, se divide sobre a forma correta de se interpretar essa exigência, alguns autores defendendo que o art. 51 somente permite a legítima defesa após o início do ataque, outros pugnando pela extensão da legítima defesa às situações em que a força defensiva é utilizada antes de o ataque ter se iniciado, desde que tal ataque seja *iminente*. A atualidade ou não do ataque, assim, marcaria, para a doutrina, a distinção entre a legítima defesa tradicional – *na qual a força é utilizada para repelir um ataque atual* – e a legítima defesa antecipatória – *na qual a força é utilizada contra um ataque ainda não atual, mas iminente*.

Entretanto, a necessidade de justificação de alguns fatos – *particularmente o bloqueio naval a Cuba durante a crise de mísseis de 1962* – levou alguns autores a colocar em questão o requisito do ataque prévio, entendendo que com o aparecimento das armas nucleares, “o concreto disparar da arma não pode mais ser considerado como pedra de toque para determinar se uma nação está em perigo” (MURPHY, 2005: 716). Para esses autores, são apenas os critérios de necessidade e proporcionalidade que limitam a legítima defesa (MCDUGAL, 1963: 598); tal leitura, todavia, não é conciliável com o texto do art. 51 da Carta, o que obriga os proponentes dessa teoria a buscar a norma que embasa suas conclusões no costume internacional, que o reconhecimento expresso do “direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva” no art. 51 teria mantido intacto.

Essa teoria jamais foi expressamente aceita no meio político; mesmo o governo dos EUA nunca a acatou, tendo mesmo se manifestado contrariamente a ela em diversas

ocasiões¹⁰². O receio de Washington era o de que, sendo admitida no direito internacional a legítima defesa contra uma ameaça futura, ela se tornasse uma opção lícita à disposição de outros Estados; para os EUA, a manutenção do regime da Carta era uma questão de prudência (O'CONNELL, 2002: 15).

Contudo, na seqüência dos atentados de onze de setembro de 2001, o Presidente George W. Bush e diversas autoridades do seu governo passaram a enunciar uma política de ataques *preemptivos*¹⁰³ como resposta à ameaça do terrorismo, em substituição à política de dissuasão que tinha sido a base da estratégia de segurança dos EUA durante décadas. Essas declarações foram consolidadas numa série de documentos oficiais contendo uma exposição das estratégias de segurança a serem adotadas pela Casa Branca¹⁰⁴, as quais, no conjunto dão uma visão geral da chamada *Doutrina Bush*. Ocorre que a leitura desses documentos indica que a palavra *preempção* não corresponde à situação que se quer fazê-la denotar: a descrição das medidas a serem tomadas pelos EUA, conforme se vê na Estratégia de Segurança Nacional dos EUA de 2002¹⁰⁵, não correspondem aos significados que o étimo assume na linguagem técnica, e mesmo na coloquial.

¹⁰² A representante dos EUA no Conselho de Segurança, a Embaixadora Jeanne Kirkpatrick, durante a discussão sobre o bombardeio israelense ao reator nuclear iraquiano em Osirak que resultou na Resolução 487 (19.06.1981), declarou que os EUA entendiam que “Israel havia violado os termos da Carta, em particular porque não haviam sido esgotados os meios pacíficos antes do ataque” (*apud* O'CONNELL, 2002: 12). A Resolução 487, ao final aprovada, entendeu que o ataque de Israel fora uma “clara violação da Carta das Nações Unidas e das normas de conduta internacional”, mas não se pronunciou expressamente sobre a questão da legítima defesa preventiva (MÁRQUEZ CARRASCO, 1998: 113).

¹⁰³ A ocasião em que o Pres. Bush articulou de maneira mais completa essa nova posição do governo estadunidense foi no discurso proferido na cerimônia de formatura da Academia Militar de West Point, em 01.06.2002, no qual afirmou que:

[n]ossa segurança exigirá de todos os americanos que sejam precavidos e resolutos, que estejam prontos para agir de forma preemptiva quando necessário para defender nossa liberdade e nossas vidas. [*our security will require all Americans to be forward-looking and resolute, to be ready for preemptive action when necessary to defend our liberty and to defend our lives*]

¹⁰⁴ The National Security Strategy of the United States of America (2002); National Strategy to Combat Weapons of Mass Destruction (2002); National Strategy to Combat Terrorism (2006).

¹⁰⁵ Em 2006, após a reeleição de George W. Bush, a Casa Branca publicou uma nova versão da Estratégia de Segurança Nacional, a qual mantém, no que toca à questão da ação preemptiva, as mesmas diretrizes da versão de 2002 do documento.

Em inglês técnico, o vocábulo *preemption* assume quatro significados diferentes: o primeiro, relacionado à *Supremacy Clause* contida no art. VI, § 2º, da Constituição dos EUA, indica o efeito dos atos normativos federais de invalidar os atos normativos estaduais com eles conflitantes; o segundo, originário do direito romano e situado no campo do direito civil, especificamente do direito das coisas, denota uma cláusula que pode ser inserida em contratos de compra e venda pela qual o vendedor tem a preferência para readquirir o bem vendido, caso este seja posto à venda¹⁰⁶; o terceiro, bastante utilizado durante o período da expansão para o Oeste, indicava um mecanismo pelo qual a Administração regularizava a propriedade de terras ocupadas por pioneiros nos territórios do Oeste americano; finalmente, a quarta acepção do vocábulo se refere ao “início de uma ação militar porque se percebe que um ataque do adversário é iminente e que há vantagens em atacar primeiro, ou ao menos em evitar que o adversário o faça” (LEVY, 1987: 90)¹⁰⁷.

Neste último sentido, frequentemente utilizado em estudos de estratégia e segurança, a preempção se apresenta como uma ação motivada pela lógica do *quanto mais cedo melhor*, e, como tal, é passível de confusão com outra expressão dessa lógica, a *prevenção*, palavra que indica, no campo da Estratégia, a ação que busca reverter um declínio de poder em relação a um adversário, por temor das consequências desse declínio (LEVY, 1987: 87). Embora próximos, os dois conceitos divergem em vários aspectos, os mais importantes sendo o *objetivo* da ação e o *tempo* que transcorreria até que se materializasse o ataque futuro: quanto ao objetivo, a prevenção visa minimizar as perdas decorrentes de um declínio futuro, ao passo que a preempção visa maximizar as vantagens com um ataque antecipado; quanto ao tempo, temos a *preempção* como a “resposta tática a um ataque *iminente*”, ao passo que *prevenção* é uma “resposta mais estratégica a uma

¹⁰⁶ *Praemptor*, em latim, significava *primeiro comprador* (HOUAISS, 2283)

¹⁰⁷ Há ainda uma quinta acepção da palavra “preempção”, hoje em desuso, específica do direito internacional, que denotava o direito de um beligerante de se apropriar das cargas de navios de potências neutras.

ameaça a longo prazo” (LEVY, 1987: 91 – grifos nossos). Conforme resume Dan REITER:

Uma guerra é preemptiva se é iniciada primariamente porque o atacante sente que será ele próprio o alvo de um ataque militar em curto prazo. A essência da preempção, então, é o fato de ser motivada pelo medo, não por ambição. (...) Em contraste, a expressão guerra preventiva é utilizada para a guerra que começa quando um Estado ataca porque sente que no longo prazo (geralmente nos próximos anos) ele será atacado ou padecerá de crescente inferioridade estratégica. (REITER, 1995: 6-7)

Aplicadas a exemplos concretos das relações internacionais, poderíamos caracterizar como preempção o ataque da força aérea israelense ao Egito em 1967, que deu início à Guerra dos Seis Dias, eis que as atitudes do Egito e de seus aliados – *Síria, Jordânia e Iraque* – indicavam que um ataque era iminente e seus resultados poderiam significar o fim do Estado de Israel, caso este não se antecipasse a seus adversários; por outro lado, no bloqueio a Cuba em 1962, assim como no bombardeio do reator nuclear *Tamuz I*, em Osiraq, Iraque, em 07.06.1981, em que Estados Unidos e Israel, respectivamente, buscaram evitar uma ameaça não iminente, mas que poderia se concretizar num futuro mais ou menos próximo caso deixassem de agir, encontramos exemplos típicos de prevenção.

Porém, quando se analisa a descrição, contida na Estratégia Nacional de Segurança dos EUA, das medidas chamadas de preventivas, a utilização do termo revela-se equivocada. É o que se conclui do trecho abaixo:

Os Estados Unidos tem há tempos mantido a opção de ações preemptivas para enfrentar ameaças relevantes para a nossa segurança nacional. Quanto maior é a ameaça, maior é o risco da inação – e mais somos compelidos a praticar ações antecipatórias para nos defender, *mesmo que persistam incertezas sobre o momento ou o local do ataque do inimigo*. Para frustrar ou prevenir tais atos hostis de nossos adversários, os Estados Unidos irão, se necessário, agir preemptivamente. (WHITE HOUSE, 2002: 15 – grifos nossos)¹⁰⁸

¹⁰⁸ Na versão de 2006 da Estratégia de Segurança Nacional, embora se faça um esforço por ressaltar a natureza subsidiária do recurso à força, que o texto de 2002 parecia consagrar como primeira opção, o núcleo da doutrina de ataques preemptivos continua o mesmo:

A expressa ressalva de que os EUA se reservam o direito de usar a força “*mesmo que persistam incertezas sobre o momento ou o local do ataque do inimigo*” indica claramente que não se trata, no caso, de *preempção*, mas sim de *prevenção*. Nesse caso, deve-se perguntar sobre o porquê desse erro de terminologia. Teria sido um mero erro conceitual ou foi intencional o emprego do vocábulo? Ao que parece, a não foi por acaso que os redatores do texto lançaram mão da palavra *preempção*. A análise do argumento jurídico contido na Estratégia de Segurança Nacional dos EUA aponta para essa conclusão.

A - *Newspeak* e a Estratégia de Segurança Nacional dos EUA

O texto começa ressaltando a diferença entre o risco representado pela União Soviética durante o período da Guerra Fria e a ameaça criada pelos novos inimigos, os Estados-delinquentes (*rogue states*) e os terroristas: contra estes a estratégia de dissuasão nuclear, fundada na garantia de destruição mútua, não tem o mesmo efeito de antes, uma vez que “Líderes de Estados-delinquentes [são] mais inclinados a correr riscos, arriscando as vidas de seu povo e a riqueza de suas nações”, e os “assim chamados soldados [terroristas] buscam o martírio na morte” (WHITE HOUSE, 2002: 15). Isso faz com que os EUA não possam mais contar apenas com uma estratégia reativa, impelindo-os à ação. A ação, todavia, implica o uso da força e viola os termos da Carta das Nações Unidas; a saída, então, é buscar não no direito codificado, mas no costume internacional, normas que permitam o recurso à força em legítima defesa contra um ataque ainda não verificado:

Agir não implica necessariamente força militar. Nossa preferência e prática comum é encaminhar os problemas de proliferação pela via da diplomacia internacional, em concerto com aliados-chave e parceiros regionais. Se necessário, todavia, de acordo com bem-estabelecidos princípios de legítima defesa, nós não excluimos o uso da força antes que ataques aconteçam, *mesmo que persistam incertezas sobre o momento ou o local do ataque do inimigo*. Sendo as consequências de um ataque com Armas de Destruição em Massa potencialmente tão devastadoras, nós não podemos nos dar ao luxo de ficar parados enquanto graves perigos se materializam. Este é o princípio e a lógica da *preempção*. *O lugar da preempção em nossa estratégia de segurança nacional continua o mesmo*. (WHITE HOUSE, 2006: 23 – grifos nossos)

Há séculos, o direito internacional reconhece que as nações não precisam suportar um ataque antes que possam agir licitamente para se defender contra forças que representem um perigo iminente de ataque. (WHITE HOUSE, 2002: 15)

Esse recurso ao direito costumeiro, como visto acima, foi a estratégia adotada por alguns autores para fundar a legitimidade da legítima defesa antecipatória mesmo diante da rigidez do art. 51 da Carta; contudo, a quase totalidade desses autores sempre condicionou a legítima defesa ao ataque, ainda que iminente, não lhes passando pela cabeça aceitar a defesa contra a ameaça de ataques *futuros* – *tratava-se, então, de fundar a licitude da preempção, e não da prevenção*. Entretanto, de maneira sutil, o texto preparado pela Casa Branca troca os termos, substituindo *ataque* por *ameaça* e, com isso, toma por majoritária uma opinião que sempre foi minoritária entre os especialistas e operadores do direito internacional:

Doutrinadores e juristas internacionalistas costumam condicionar a legitimidade da preempção à existência de uma *ameaça* iminente – frequentemente uma mobilização visível de tropas, navios e força aérea preparando-se para atacar. (WHITE HOUSE, 2002: 15 – grifos nossos)

A troca das palavras é necessária porque as medidas preconizadas na Estratégia de Segurança Nacional dos EUA não são medidas preemptivas, mas, sim, preventivas; não parece possível classificar como *preempção* ações militares que sejam realizadas “mesmo que persistam incertezas sobre o momento ou o local do ataque do inimigo” (WHITE HOUSE, 2002: 15¹⁰⁹). A única forma de fazê-lo é abandonar o requisito do *ataque* e substituí-lo pelo de *ameaça*, afinal, um *ataque* iminente é uma ameaça presente, mas uma *ameaça* iminente ainda não existe. Mas não seria adequado exigir que a ameaça seja próxima e urgente: contra Estados-delinquentes e organizações terroristas esperar até o último momento, esperar que a ameaça se torne mais presente, *i.e.*, que se torne um ataque iminente, seria correr um risco inaceitável de que não se consiga parar o complô a tempo;

¹⁰⁹ O trecho é repetido *ipsis litteris* na versão de 2006 da Estratégia de Segurança Nacional.

por isso, a expressão *ameaça iminente*, à qual acabáramos de ser apresentados, já se revela inadequada e limitada, e exige que se lhe atribua um novo significado:

Precisamos adaptar o conceito de *ameaça iminente* às capacidades e objetivos dos adversários de hoje. Estados-delinquentes e terroristas não visam nos atacar por meios convencionais. Eles sabem que tais ataques fracassariam. Ao invés, eles contam com atos de terror e, potencialmente, com o uso de armas de destruição em massa – armas que podem ser facilmente ocultadas, despachadas sub-repticiamente e utilizadas sem aviso prévio. (...) Numa era em que os inimigos da civilização buscam aberta e ativamente as mais destrutivas tecnologias, os Estados Unidos não podem ficar parados enquanto os perigos se acumulam. (WHITE HOUSE, 2002: 15 – grifos nossos)

“Não ficar parado enquanto os perigos se acumulam” significa, conforme o documento, “identificar e destruir a ameaça antes que ela alcance nossas fronteiras” (WHITE HOUSE, 2002: 6). Subentende-se que tais ações se darão fora do território dos EUA e, portanto, no de terceiros Estados. Isso exige, se não se quer violar a soberania desses Estados, que se consiga sua cooperação; quando ela não estiver disponível, todavia – *e aqui se chega à razão da polêmica causada pelo documento* –, os EUA se propõem a agir de maneira unilateral:

Não obstante o fato de que os Estados Unidos irão se esforçar constantemente para obter o apoio da comunidade internacional, nós não hesitaremos em agir sozinhos, se necessário, para exercitar o nosso direito de legítima defesa agindo preemptivamente contra esses terroristas, para *prevenir* que causem danos ao nosso povo e ao nosso País. (WHITE HOUSE, 2002: 6 – grifos nossos)

Essa ação unilateral, inevitavelmente violadora da soberania de terceiros Estados, somente seria legitimada pelo recurso ao argumento da legítima defesa. A Casa Branca sabe, contudo, que a ação preventiva – *e não é de outra coisa que se trata aqui* – não é reconhecida como legítima defesa: unanimemente aceita como lícita é, apenas, a defesa contra um ataque armado atual e, embora ainda não tenha sido objeto de uma decisão autoritativa por um órgão internacional (MURPHY, 2005: 702; O’CONNELL, 2002: 08), existem razões para se aceitar a licitude da defesa contra um ataque *iminente* ou, como é comumente denominada, legítima defesa antecipatória (REISMANN, 2003: 84). A saída

encontrada foi esse jogo de palavras orwelliano (WALT, 2005: 140), em que se substitui o requisito do *ataque* pelo da *ameaça*, mesmo que futura, e se cria uma nova modalidade de legítima defesa, cujo qualificativo, *preemptiva*, nada tem a ver com a essência do conceito que denota, mas apenas serve para confundi-la com a legítima defesa antecipatória que, conquanto polêmica, conseguiu obter certo grau de aceitação, tanto doutrinal quanto política (cf. FRANCK, 2003: 619).

Tamanho exercício de *newspeak* contaminou a maior parte da doutrina posterior a 2002. Antes encontrável apenas em estudos de Estratégia e Segurança, a expressão *preempção* assume ares de categoria jurídica, e com ela surge na doutrina a figura da legítima defesa preemptiva, “instituto” até então praticamente desconhecido¹¹⁰, e a respeito dela começam a surgir trabalhos buscando elaborar-lhe uma doutrina (cf., p.ex., MURPHY, 2005). A proposital ambigüidade dos termos em que se formulou a Doutrina Bush, todavia, não é notada pela maior parte dos autores que trata do tema¹¹¹ – e *nem sempre por descuido*¹¹²; o resultado é que, frequentemente, ao se ler um trabalho sobre o assunto, seja defendendo, seja criticando a figura da legítima defesa preemptiva, fica-se sem saber ao certo o que é que está sendo defendido ou criticado. Para complicar ainda mais o quadro, alguns autores utilizam outras expressões, tais como *ação* preventiva ou preemptiva, *ataque* preventivo ou preemptivo, sem que se tenha claro se são utilizados como sinônimo de “legítima defesa” ou se se tratam de outro conceito totalmente diferente.

¹¹⁰ É de se notar que a expressão *preempção*, no sentido de ação que se antecipa a um ataque iminente, era muito pouco corrente em textos jurídicos antes da “proclamação” da Doutrina Bush. Uma pesquisa nas bases de dados eletrônicas JSTOR e HEINONLINE revela que somente após 2002 o termo começa a aparecer – e já com enorme frequência – não só no corpo de trabalho jurídicos, mas também nos seus títulos, como tema dos trabalhos. Antes dessa data, o termo só é encontrado em raras fontes, geralmente sendo utilizado para descrever uma modalidade de conduta, a ação preventiva, sem nenhuma indicação de que se referisse a uma dada categoria jurídica. Quando se queria referir ao uso da força defensiva contra um ataque ainda não concretizado, não se utilizava a fórmula legítima defesa *preemptiva* (*preemptive self-defense*), mas sim legítima defesa *antecipatória* (*anticipatory self-defense*).

¹¹¹ Utilizam a expressão legítima defesa preemptiva como resposta a um ataque não-iminente, entre outros: O’CONNELL, 2002; MURSWIEK, 2003; REISMANN, 2003; SOFAER, 2003; WEDGWOOD, 2003; MURPHY, 2005. Miriam SAPIRO (2003: 600, nota 9) critica essa terminologia, dizendo, corretamente, que a política proposta pela Casa Branca deveria ser chamada de legítima defesa *preventiva*.

¹¹² Exemplo patente da utilização proposital dessa ambigüidade se encontra em TAFT e BUCHWALD, 2003.

Limpar do terreno essa ambigüidade, estipulando da maneira o mais precisa possível o significado em que, neste trabalho, empregam-se tais expressões, é um passo essencial para a análise crítica da compatibilidade das idéias de legítima defesa preemptiva e de legítima defesa preventiva com o direito internacional.

B - Modalidades de Preempção e de Prevenção

Já se mencionou, acima, a distinção que se faz, no campo dos estudos de estratégia e de segurança, entre os conceitos de *preempção* e *prevenção*. O primeiro termo é entendido como “início de uma ação militar porque se percebe que um ataque do adversário é iminente e que há vantagens em atacar primeiro, ou ao menos em evitar que o adversário o faça” (LEVY, 1987: 90); o segundo, por sua vez, denota a ação que busca reverter um declínio de poder em relação a um adversário, por temor das conseqüências desse declínio (cf. LEVY, 1987: 87). Preempção e prevenção, assim, não são propriamente *tipos* de guerra ou de ação violenta, mas antes *fatores* que impelem os Estados – e, de resto, *qualquer indivíduo* – ao conflito (cf. REITER, 1995: 06). Como escreve Jack S. LEVY, “classificar uma guerra de preventiva é oferecer uma possível explicação para a sua ocorrência” (LEVY, 1987: 82).

Esses fatores estão ligados a determinadas configurações da situação de fato em que se encontram os Estados: um ataque preemptivo decorre de uma situação na qual o Estado que tem razões para crer que no curto prazo será vítima de um ataque, ao qual, então, busca se antecipar, para evitar o risco de que os danos do ataque futuro o deixem incapacitado de reagir; por outro lado, um ataque preventivo se funda na percepção de quem ataca de que suas reservas de poder, que garantem sua segurança no momento presente, estão diminuindo relativamente às de um competidor real ou potencial¹¹³, havendo a

¹¹³ Fala-se em diminuição relativa porque ela não implica necessariamente a redução do poder do sujeito mais forte em relação ao do mais fraco, mas pode ser caracterizada também quando o poder de ambos está

probabilidade de que, no futuro, a dissuasão não mais produza efeitos e o Estado hoje mais forte venha a ser vítima de um ataque por parte do hoje mais fraco, donde o ataque preventivo para impedir que essa configuração futura de forças venha a se concretizar.

O uso da força é intrínseco aos conceitos de preempção e de prevenção? Entendida aquela como *antecipar-se a um ataque iminente, atacando em primeiro lugar*, parece que a idéia de preempção envolve necessariamente o atacar antes de ser atacado, donde ser inafastável a nota do recurso à força; *ação* preemptiva e *ataque* preemptivo podem, pois, ser tidos como sinônimos. Da idéia de prevenção, contudo, não se pode dizer a mesma coisa: ações preventivas são perfeitamente imagináveis que não impliquem no uso da força: p.ex., para evitar que, no futuro, a relação de poder com um vizinho seja invertida, um Estado pode tomar medidas de incentivo ao desenvolvimento econômico ou mesmo investir na renovação de seu arsenal, de forma a contrabalançar os acréscimos de poder do outro lado. Assim sendo, entre *ação* e *ataque* preventivos existe uma relação de gênero/espécie, pela qual todo *ataque* preventivo representa uma *ação* preventiva, mas nem toda *ação* preventiva implica um *ataque* preventivo. Embora reconheçamos essa relação, por questão de clareza chamaremos de *ação* preventiva a conduta que visa evitar um perigo futuro sem envolver o emprego da força, e de *ataque* preventivo o uso da força com o fito de evitar um perigo futuro.

Quando se fala em ataque, seja ele preemptivo ou preventivo, quer-se referir a um episódio isolado de uso da força – *um único bombardeio, uma operação isolada com tropas que avançam e recuam etc.* Contudo, como se viu anteriormente, o uso da força militar, quando se dá de maneira extensiva, territorial, temporal, qualitativa e qualitativamente, caracteriza a *guerra* (DINSTEIN, 2004: 17); poder-se-ia, então, falar em *guerra* preventiva ou em *guerra* preemptiva quando o uso da força atinja tal dimensão?

em ascensão, mas o poder do sujeito mais fraco está crescendo com maior velocidade do que o do mais forte, o que projeta, para o futuro, a inversão da relação de poder entre os dois (cf. REITER).

Entendidas preempção e prevenção como motivos que levam o indivíduo – *no caso, o Estado* – a recorrer à força, *i.e.*, como fatores que explicam o uso da força, falar em guerra preemptiva ou em guerra preventiva indicaria que a preempção ou a prevenção seriam os *motivos* de ir à guerra. Definida a preempção como a antecipação a um ataque iminente, não parece razoável falar em guerra preemptiva, pois a preempção, salvo melhor juízo, por se referir a um objetivo imediato, não pode ser admitida como um motivo para a guerra; ela se orienta a um objetivo de curto prazo – *evitar um ataque iminente* – muito mais estreito do que a guerra: uma guerra não se faz apenas para não ser atacado, até porque a resposta do lado adversário será provavelmente o desencadeamento concreto do ataque ao qual se antecipou; se o objetivo da guerra, como entendia CLAUSEWITZ, é impor a nossa vontade ao inimigo (1997: 05), ou, como disse OPPENHEIMER, é “impor condições de paz apazíveis ao vitorioso” (*apud* DINSTEIN, 2004: 05), o mero evitar um ataque, antecipando-se a ele, não constitui um fim que se busque com uma guerra. Para usar uma distinção clássica, a preempção não é mais do que um objetivo tático, ao passo que a guerra visa objetivos estratégicos, *i.e.*, visa estabelecer um novo quadro no qual se darão as relações entre os adversários após o término do conflito. Por isso, embora seja perfeitamente possível falar-se em *ataque* preemptivo, não tem sentido classificar um conflito armado como *guerra* preemptiva.

É fato, não se nega, que um ataque preemptivo pode desencadear uma guerra, mas os objetivos desta última serão mais abrangentes do que os do ataque. Foi esse o caso da Guerra dos Seis Dias que opôs Israel ao Egito, Jordânia, Síria e Iraque: o ataque israelense que deu início às hostilidades foi claramente um ataque preemptivo, motivado pelos claros sinais de que um ataque a Israel era iminente, cuja concretização poderia colocar em risco a capacidade de defesa de Israel e, com isso, colocaria em perigo a própria sobrevivência do Estado, vez que o objetivo maior buscado pelos árabes era a completa eliminação de

Israel. Os objetivos da Guerra dos Seis Dias, todavia, eram mais amplos do que a mera preempção de um ataque iminente; Israel buscava estabelecer as bases de sua convivência futura com vizinhos abertamente hostis, reduzindo-lhes drasticamente a capacidade de agredi-lo no futuro com a destruição de parte relevante de seus arsenais, ao mesmo tempo em que firmava uma imagem de Estado a ser temido, se não respeitado, de forma a estabelecer uma balança de poder na região. Por isso mesmo, nunca se poderia classificar a Guerra dos Seis Dias como *preemptiva*; o fato de ter sido orientada a evitar uma ameaça futura – *pois não se tratava apenas de evitar um ataque, mas sim de, com uma decidida demonstração de força, dissuadir seus vizinhos de sequer contemplarem qualquer ataque futuro* – a caracteriza, mais corretamente, como uma guerra *preventiva*¹¹⁴.

A prevenção, assim, por se voltar a objetivos de longo prazo, tem uma dimensão estratégica que a mera preempção não alcança, reduzida que é a um objetivo tático. Isso permite vê-la – *a prevenção* – como um motivo para a guerra e, só por isso, pode-se falar em guerras preventivas.

Resumindo, a vinculação do conceito de preempção a um *ataque antecipado*, *ação* e *ataque* preemptivos denotam o mesmo conceito, ao passo que a sua natureza de objetivo tático torna incongruente a expressão *guerra* preemptiva. Por outro lado, o conceito de prevenção revela-se mais complexo, permitindo uma distinção entre os conceitos de *ação*, *ataque* e *guerra* preventivos.

Duas observações precisam ainda ser feitas a esse respeito: em primeiro lugar, dizer que uma guerra é preventiva é apenas explicitar as razões de uma das partes para ir à guerra; nada exige que a guerra seja preventiva para a outra parte beligerante. É perfeitamente possível que uma guerra seja preventiva para um lado, e de conquista para o

¹¹⁴ Isso, como se verá adiante (FAZER REFERENCIA CRUZADA), tem impacto na apreciação da legalidade das ações israelenses no episódio.

outro: pense-se num caso em que o Estado A entende que a única forma de manter sua predominância numa determinada região é atacando e desgastando a capacidade bélica de um vizinho em ascensão, o Estado B, o que caracteriza uma guerra preventiva; o Estado B, por seu lado, contempla a conquista de certa região na fronteira com o Estado A como forma de ter acesso a recursos energéticos que serão essenciais para a sua segurança no futuro; notando a mobilização das tropas do Estado A, indicativas de um ataque iminente, e considerando que seu poder bélico já permite confrontar seu vizinho em batalha, o Estado B aproveita o pretexto para lançar um ataque preemptivo contra as forças armadas de A, iniciando uma guerra com o objetivo, evidentemente não declarado, de conseguir anexar para si a região de fronteira visada.

A segunda observação a ser feita é que ao se falar em ataque preemptivo, ou em ação, ataque ou guerra preventiva, não se faz mais do que descrever um fato, relacionando-o a um dos fatores que motivaram sua ocorrência; nessas expressões, a rigor, não se encontra qualquer indicação da licitude ou não de tais condutas, que deverá ser aferida por meio da sua comparação com as normas aplicáveis à matéria, a mais importante das quais é, sem dúvida, a proibição geral de uso da força enunciada no art. 2(4) da Carta das Nações Unidas. Assim, à primeira vista, ataque preemptivo, ataque preventivo e guerra preventiva, por caracterizarem recurso à força armada, estariam abrangidos pela proibição da violência nas relações internacionais, independentemente do motivo que as explica. Somente se as circunstâncias do fato em questão se subsumirem à *facti species* de uma norma que excepcione essa interdição geral é que se poderá dizer que são lícitas. No sistema da Carta, como visto, somente duas exceções são previstas em que se considera lícito o recurso à força armada: a ação do Conselho de Segurança para a manutenção ou restauração da paz e segurança internacionais¹¹⁵ e a hipótese de legítima defesa “contra um ataque armado”¹¹⁶.

¹¹⁵ Carta das Nações Unidas, art. 42.

O problema passa a ser, então, o de determinar se, e em que hipóteses, um ataque preemptivo, ou um ataque preventivo, ou uma guerra preventiva se subsumem às normas supracitadas.

Por isso, a rigor, não faz sentido falar em legítima defesa preemptiva ou em legítima defesa preventiva como sendo duas *espécies* de legítima defesa; essa terminologia, inclusive, tem prestado um desserviço à discussão: ao enfatizar apenas e tão-somente a referência ao requisito de que a defesa se dirija contra uma agressão, as expressões “legítima defesa preemptiva” e “legítima defesa preventiva” deixam em segundo plano o outro requisito de legalidade da ação defensiva: a necessidade concreta dos meios empregados; o uso de tais expressões tende a fazer esquecer que a licitude da violência praticada com fins preventivos ou preemptivos também depende da comprovação da necessidade de seu emprego, atribuindo a tais fatos uma presunção quase inafastável de legalidade, decorrente da enorme carga emocional ínsita no conceito de *legítima defesa*, em razão de sua natureza de condição de legitimidade de um ordenamento jurídico.

A legítima defesa, pois, é única, *i.e.*, independentemente das características do fato concreto, se ele corresponder à hipótese de incidência da norma que exclui a ilicitude do uso unilateral da força, este episódio será considerado legítima defesa, e igual será, sempre, o efeito de tal reconhecimento – *a exclusão da antijuridicidade do emprego da força*. Assim, o que se há de fazer é determinar se o ataque preemptivo ou o ataque ou guerra preventivos podem ser justificados como legítima defesa, ou seja, se se subsumem à norma autorizadora da legítima defesa no direito internacional. Como já se viu, essa norma, em que pese a opinião contrária de que o direito costumeiro anterior a 1945 ainda descreveria o regime vigente sobre o assunto, só pode ser extraída da Carta das Nações Unidas, principalmente da disposição contida no seu art. 51, ainda que se levem em conta as

¹¹⁶ Carta das Nações Unidas, art. 51.

alterações que eventualmente tenham sido introduzidas pela prática dos Estados no sistema das Nações Unidas.

No que se segue do trabalho, far-se-á, pois, a verificação da possibilidade de subsunção tanto das ações preemptivas quanto dos ataques preventivos e das guerras preventivas à norma autorizadora da legítima defesa. Caso, contudo, essa resposta seja negativa, impõe-se analisar em que medida seria desejável, *de lege ferenda*, que se alterasse o panorama normativo de forma a acomodar no rol dos comportamentos permitidos essa modalidade de conduta dos Estados. É o que se faz na próxima seção.

2. **PREEMPÇÃO, PREVENÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL**

Pressupondo a ação antecipada contra um ataque que ainda não está em curso, a licitude tanto da preempção quanto da prevenção depende de que se entenda que a expressão “ataque armado”, contida no art. 51 da Carta, abrange, em sua extensão, não somente ataques atuais.

Vimos que, a esse respeito, a doutrina se divide em quatro “escolas” (cf. MURPHY, 2005: 706ss): 1) a que interpreta o art. 51 de maneira restritiva, limitando a autorização da legítima defesa aos casos em que o ataque está *em curso*; 2) a que entende que a autorização abrange tanto ataques em curso quanto ataques *iminentes*; 3) a que entende que o potencial destrutivo do ataque futuro poderá permitir a defesa antes do ataque se tornar iminente e; 4) a que entende que as regras da Carta sobre uso da força foram revogadas em função da prática dos Estados após 1945.

Poder-se-ia analisar o debate sobre a questão da forma como os livros de Teoria Geral do Direito abordam a matéria, *i.e.*, tomando a definição do conteúdo da norma como resultado final de um processo interpretativo no qual o hermeneuta parte do enunciado contido numa fonte normativa e, por meio do emprego de diversas *técnicas* de interpretação – *gramatical, teleológica, histórica e lógico-sistemática* –, gradualmente se aproxima da correta interpretação do texto. Destarte, seria o caso de se verificar qual dessas quatro soluções para o problema da legalidade da preempção e da prevenção melhor e mais adequadamente empregou as técnicas hermenêuticas, e com base nisso fundar nossa escolha.

Contudo, esse processo lógico e racional, quase mesmo *industrial*, da decisão jurídica, tem sido questionado pela doutrina mais recente, que enxerga no ato de interpretar

uma atividade orientada a um resultado pré-determinado e, na norma, não exatamente uma guia para a decisão correta – *conforme o direito* –, mas um argumento, dentre tantos outros, de que o órgão julgador lança mão para justificar a decisão que toma. De acordo com essa visão, que compartilhamos, a decisão, ao invés de ser o último passo do processo de aplicação do direito, é o primeiro, toda a atividade posterior do órgão julgador, inclusive a referência às normas jurídicas, consistindo na busca por argumentos que reforcem a legitimidade e a capacidade de convencimento da decisão tomada¹¹⁷. Vistas por esse prisma, as quatro “escolas”, que certamente se pretendem descrições cientificamente precisas de seu objeto de estudo, assumem uma feição mais correspondente à realidade: cada uma utiliza os métodos hermenêuticos de forma a sustentar uma determinada opção política prévia¹¹⁸.

Por isso, ao invés de partir das disposições normativas, preferimos examinar a importância da prevenção e da preempção para a segurança do Estado e a sua compatibilidade com o sistema dentro do qual se dão as relações entre os Estados, para depois verificar em que medida essas modalidades de ação se coadunam com o direito internacional. É claro que a conclusão da primeira pergunta influenciará a resposta da segunda, contudo, há limites de razoabilidade que balizam a atividade interpretativa e, por vezes, temos de admitir não ser possível afirmar que o direito, em seu estado atual, permita a conduta que entendemos politicamente justificável; nesses casos, importa reconhecer, *de*

¹¹⁷ A análise pormenorizada desse posicionamento não pode ser feita neste trabalho. Remetemos, pois, para a exposição de seus fundamentos, às obras de GUASTINI (2005: 242-245) e FERRAZ JR. (2003: 316-322). Ressalte-se, contudo, que isso não significa que o julgador, ao decidir um caso, encontre-se totalmente livre de peias, à vontade para tomar a decisão que melhor lhe aprouver, mas apenas que esses limites à decisão não se resumem apenas ao direito.

¹¹⁸ Embora seja mais contido na crítica, MURPHY, ao fazer a análise das opções metodológicas de cada escola de pensamento, identifica a origem da discórdia entre elas no fato de que “*virtually all international lawyers writing on the doctrine of preemptive self-defense [...] adopt a particular component of the methodology that is useful for advancing their position on preemptive self-defense and avoid emphasizing (or even recognizing) other components*” (MURPHY, 2005: 721).

lege lata, a ilegalidade da conduta e propor a correspondente modificação das normas a respeito.

Neste raciocínio, parte-se do pressuposto que, se interessa demonstrar a legalidade de uma ou de outra forma de conduta defensiva, é porque se lhes reconhece uma relevância prática: quanto mais se afasta a probabilidade de dano, tanto mais protegido se encontra o indivíduo; logo, se é possível evitar a ocorrência da agressão – *e, com ela, o risco de lesão* – antes que ela ocorra, isso será preferível a esperar que ela se inicie, porque então a defesa poderá não ser de todo eficaz. O uso preemptivo da força, assim como o preventivo, pois, atendem, ao menos a princípio, ao interesse imediato de segurança do indivíduo, no caso o Estado; do ponto de vista estratégico, são atitudes perfeitamente racionais e explicáveis.

Porém, nem tudo que convém ao Estado deve ser permitido, eis que a generalização da busca desenfreada de interesses egoístas pode levar à degradação da ordem social, donde surge a necessidade da imposição de limites à busca do interesse particular do Estado e, conseqüentemente, à sua capacidade de agir preventiva e preemptivamente. Assim, conquanto se reconheça a importância e a utilidade da preempção e da prevenção para a segurança do Estado, o valor de referência para a sua análise será, assim, o atribuído à manutenção e conservação da ordem nas relações internacionais.

A - Preempção e a Ordem Internacional

Toda a literatura sobre o problema da justificação da legítima defesa, do ponto de vista moral, tende a embasar a aceitabilidade da violência praticada com base no “merecimento” do agressor, afinal, foi este quem, ao praticar uma ação ilícita, criou o risco cujo afastamento foi o objetivo da ação defensiva; portanto, se a defesa causa uma lesão ao agressor, tal dano foi “merecido”. O art. 51 da Carta, ao mencionar que nada limitará o direito de legítima defesa *contra um ataque armado*, parece reconhecer essa

fundamentação moral, condicionando a licitude da defesa à existência de um ataque. Diante disso, surge a primeira dificuldade da proposição da licitude da ação preemptiva: referindo-se a um ataque *iminente*, o qual, por definição, ainda não está *em curso*, ela se dirige, a princípio, contra alguém que, ainda, nada fez de errado (BUCHANAN e KEOHANE, 2005: 180).

Uma outra dificuldade se encontra no fato de que, ao se antecipar à agressão, o ataque preemptivo torna certo aquilo que era duvidoso, pois, a menos que o ataque preemptivo de A elimine por completo a capacidade de reação de B, a resposta deste ao uso da força certamente será o ataque a cuja concretização A buscou se antecipar, e a partir dessa resposta o conflito pode, no limite, escalar para uma guerra total entre os dois Estados, cujo custo seria infinitamente maior do que o causado pelo ataque originalmente planejado.

No que toca à primeira objeção, pode-se retorquir dizendo que a agressão iminente não pressupõe um “fazer nada”; mas, como vimos anteriormente, o conceito de iminência exige que o agressor tenha, com ações concretas, iniciado o processo causal que levará à agressão atual, evidenciando uma intenção de lesar. Assim sendo, o uso da força contra uma agressão iminente não é gratuito, mas refere-se a comportamentos concretos do Estado atacado que fundamentam não um simples temor futuro de um ataque, mas a expectativa de que ele esteja para ocorrer.

O exemplo do ataque israelense que deu início à Guerra dos Seis Dias, relatado por SHAW, é ilustrativo:

Em 1967, Israel lançou um ataque contra seus vizinhos árabes, em seguida ao bloqueio de seu porto meridional de Eilat e a conclusão de uma aliança militar entre a Jordânia e o Egito. Isso completou uma cadeia de eventos iniciada pela mobilização de tropas egípcias na fronteira com Israel e a expulsão das forças de paz das Nações Unidas da área, por ordem do Presidente do Egito. (SHAW, 2003: 1029)

DINSTEIN, defendendo sua visão de que quem inicia o ataque armado não é necessariamente quem dispara o “primeiro tiro” (DINSTEIN, 2004: 260), *i.e.*, aquele que age preemptivamente¹¹⁹, usa o mesmo episódio como exemplo:

[N]a “Guerra dos Seis Dias” de junho de 1967, Israel foi o primeiro Estado a abrir fogo. Apesar disso, um estudo cauteloso dos acontecimentos relativos ao desencadear efetivo das hostilidades (partindo-se do pressuposto que a análise dos fatos foi conduzida, de boa-fé, naquele momento) levaria à conclusão de que a campanha israelense incorreu numa legítima defesa de interceptação, em resposta ao ataque armado incipiente pelo Egito (coligado à Jordânia e à Síria). É verdade que nenhum passo dado individualmente pelo Egito, avaliado isoladamente, poderia ter sido qualificado como ataque armado. Mas, quanto todas as medidas tomadas pelo Egito (principalmente a expulsão peremptória das Forças de Emergência da Organização das Nações Unidas da Faixa de Gaza e da Península do Sinai; o fechamento do Estreito de Tirão; a formação inaudita das forças egípcias nas fronteiras de Israel; e constantes afirmações e rumores sobre a guerra de impedimento) foram acessadas como um todo, ficava claro que o Egito estava empenhado num ataque armado e que a questão não era saber se a guerra aconteceria, e sim quando ela aconteceria (DINSTEIN, 2004: 264).

No caso, o contexto em que tais condutas dos países vizinhos de Israel foram praticadas, somados à hostilidade por elas evidenciada, justificavam não o temor de um ataque futuro, mas sim a certeza de que um ataque contra Israel estava para ser lançado. Nenhuma dessas ações, em si, representava um risco para a segurança de Israel, mas tomadas em conjunto elas indicavam, se não a inevitabilidade, a quase certeza de um

¹¹⁹ Há que se notar que DINSTEIN, por não efetuar a distinção entre preempção e prevenção, vê-se forçado a propor uma nova forma de ação defensiva, a *interceptação* (DINSTEIN, 2004: 263), em contraposição ao *contra-ataque* e à simples *prevenção*, para justificar a legalidade da defesa em casos semelhantes ao da Guerra dos Seis Dias. Não obstante, a interceptação, não é difícil de notar, nada mais é do que uma ação preemptiva, muito embora, numa clara evidência do efeito deletério do jogo de palavras adotado pelo governo Bush na formulação de sua estratégia de segurança, DINSTEIN tenha afirmado que:

While I reject the notion of *preemptive self-defense*, in my judgment, when an armed attack can be categorized as incipient, the target state need not wait until the first shot is fired but can respond to intercept it at an early stage. That is to say, *there is nothing preemptive about nipping an armed attack in the bud*. The point is that you need a bud. Self-defense cannot be exercised merely on the ground of expectations, anticipations, and fear. You have to prove that the *other side is already embarked on an inevitable course of action* (DRUMBL *et al.*, 2003: 148 – grifos nossos)

ataque armado¹²⁰. A resposta de Israel, assim, não pode ser considerada como *imotivada*, nem se pode dizer que Egito, Jordânia e Síria foram atacados sem “terem feito nada”¹²¹.

Essa objeção, por outro lado, funda-se na indevida confusão entre pena e legítima defesa, que já denunciemos. A pena criminal, restringida que é pela exigência de tipicidade da conduta em função da qual é aplicada, exige a realização do tipo penal, ainda que tentada, para que possa ser aplicada; essa é uma garantia concedida ao indivíduo em face do Estado, entendida como essencial para impedir o abuso do imenso poder detido pelo Estado de se intrometer na esfera privada dos cidadãos. Já a legítima defesa, por outro lado, encontra seus limites no imperativo de não se permitir que a autorização da violência unilateral termine por desestabilizar a ordem social; dentro desses limites, a proteção do indivíduo injustamente atacado é o seu objetivo primordial. A defesa é permitida para *evitar* que o dano pretendido pelo agressor se realize – *nesse sentido, em relação ao dano, toda defesa é preventiva* – e tal fim pode, por vezes, exigir que a defesa se antecipe ao início concreto do ataque, quando este for iminente; por outro lado, a defesa não *pune* o agressor – *tanto que, mesmo que tenha sofrido uma séria lesão causada pelo agredido, o agressor não se exonera da responsabilidade pela agressão praticada* –, logo não há razão para a inquietação moral de se estar *punindo* quem ainda nada fez.

A segunda objeção, contudo, é mais contundente. Num sistema jurídico, a previsão da legítima defesa se justifica, como vimos, tanto pela proteção do indivíduo contra uma lesão ilícita, quanto pela proteção ao direito, provida por meio de seu efeito de prevenção

¹²⁰ É de se notar que Israel, quando das discussões sobre o episódio no Conselho de Segurança, não alegou ter agido de forma antecipada, mas estar se defendendo contra um ataque já em curso, iniciado com o bloqueio do porto de Eilat (cf. SHAW, 2003: 1029)

¹²¹ Por essa razão, entendemos que, no exemplo do ataque com mísseis balísticos intercontinentais lançados pela *Carpátia* contra *Apolônia*, ao qual esta responde, antes dos mísseis entrarem no seu espaço aéreo, com o afundamento de um navio de guerra da primeira em alto-mar (DINSTEIN, 2004: 262), o que se tem não é um ato de preempção – *ou de interceptação, como prefere esse autor* –, mas sim um autêntico contra-ataque. A agressão, com o lançamento dos mísseis, *já está em curso*, eis que esse ato, por si só, já cria o risco de lesão para o agredido, diferentemente da simples colocação dos mísseis em prontidão para lançamento – *que poderia, dependendo das circunstâncias, motivar uma ação preemptiva*.

geral tanto de agressões quanto de defesas excessivas. Entretanto, quando a defesa, por qualquer razão, deixa de ser um meio de manutenção da ordem e passa a ser um fator de instabilidade nas relações sociais, ainda que ela proteja o indivíduo atacado, desaparece a razão de sua permissão. Assim, quando se analisa o problema da legalidade da ação preemptiva no plano internacional, devem-se levar em conta os efeitos negativos de sua prática para a estabilidade das relações internacionais e verificar em que medida estes podem ser tolerados em razão da concessão de uma maior latitude de proteção ao Estado.

O principal risco para a estabilidade trazido por uma aceitação da licitude da preempção estaria no fato de que, ao se permitir a defesa contra o ataque iminente, estar-se-ia estimulando o agressor a agir ainda antes, para garantir a vantagem estratégica do primeiro ataque, o que prejudicaria as chances de eficácia de meios pacíficos para a solução da controvérsia entre os Estados, em especial da via diplomática. Com isso, ao invés de prevenir o uso da força, a permissão da legítima defesa estaria estimulando-o, elevando a expectativa de violência e a probabilidade de sua eclosão (REISMAN, 2003: 89; cf. CASSESE, 2001, 309).

Há razões para esse temor; contudo, parece possível argumentar que a permissão da preempção poderia ter o efeito oposto, pois, à medida que se deixa claro que a conduta manifestamente agressiva, criadora da convicção da iminência do ataque, autoriza, por si só, o uso da força por parte do estado-alvo, estar-se-ia dissuadindo a prática desse tipo de *ameaça velada*, cujo efeito inevitavelmente é o de elevar a tensão na relação entre os Estados. De outra parte, para aqueles Estados cuja conduta não parece agressiva para seus pares não se diminui a expectativa de segurança.

Ainda assim, o teste da iminência do ataque deve ser estrito. Como vimos, não é qualquer conduta que caracteriza uma agressão iminente, mas apenas aquelas que marcam o início do processo causal que levará à agressão. A simples *preparação* do ataque, *i.e.*,

mobilização e treinamento de tropas, acúmulo de provisões e munições etc., *per si*, não indicam a iminência (cf. DINSTEIN, 2004: 256). A quem se defende incumbe provar, além desses preparativos, o início do curso causal do ataque, por exemplo, com a apresentação de autorização de planos de ataque, que permita a caracterização da iminência, sem o que a ação não poderá ser justificada como legítima defesa; isso, contudo, somente pode ser feito posteriormente, perante uma instância encarregada do controle do uso da força.

A chave, pois, para que se possa, sem prejuízo para a ordem internacional, considerar a ação preemptiva como estando abrangida pela autorização da legítima defesa, reside justamente na institucionalização de controles do uso da força, que possam efetivamente restringir a ação dos Estados aos limites estabelecidos pelo direito internacional. No sistema delineado na Carta das Nações Unidas, esse controle é feito pelo Conselho de Segurança e, quando houver concordância dos beligerantes, pela Corte Internacional de Justiça¹²². No que se refere ao Conselho de Segurança, é de se notar que o art. 51 da Carta, ao determinar que “*as medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa deverão ser imediatamente reportadas ao Conselho de Segurança*”, já prevê esse controle e permite que se aceite, ao menos em tese, a preempção no rol das hipóteses permitidas de uso unilateral da força. Isso, todavia, põe a questão de se o registro da atuação do Conselho justifica a confiança de que será capaz de manter o exercício da força defensiva dentro dos limites estabelecidos pelo direito internacional, que se analisa mais adiante.

¹²² Ressalte-se que o âmbito da atuação dos dois organismos é distinto, o que permitiria que ambos se debruçassem sobre o mesmo fato, criando problemas de coordenação das respectivas atividades. O Conselho de Segurança tem a função de garantir a segurança coletiva dos membros da ONU, tomando as medidas necessárias para enfrentar ameaças à paz e à segurança internacionais; a Corte Internacional de Justiça, por sua vez,

Por outro lado, ainda que se considere que a agressão iminente, no plano internacional, atende ao requisito de *agressão atual – o qual, como foi visto, integra o conceito ideal de legítima defesa* –, para que o ataque preemptivo não seja considerado ilícito é ainda necessário que se demonstre a necessidade concreta dos meios defensivos empregados. Assim, ainda que o ataque fosse realmente iminente, uma defesa que tenha ido além do necessário para repeli-lo será considerada excessiva e, portanto, ilícita.

Uma terceira e última objeção à licitude da preempção poderia ser encontrada na decisão da Corte Internacional de Justiça no Caso Nicarágua, na qual os juízes entenderam, interpretando o art. 51 da Carta, que a expressão *ataque armado*, requisito para a aplicação desse dispositivo, não denota *qualquer* episódio de emprego da força, mas apenas aqueles que alcancem um maior grau de gravidade. A questão veio à baila na discussão da equiparação do envio de bandos de irregulares armados ao território de outro Estado com a ação de forças armadas regulares para fins de verificação de um *ataque armado*; a Corte, ao entender possível essa equiparação, incidentalmente revelou sua opinião de que o uso da força, para caracterizar um ataque armado, mesmo quando praticado por forças armadas oficiais, deveria alcançar uma escala e ter efeitos superiores aos de um “mero incidente de fronteira”:

195. [...] A Corte não vê razão para negar que, no direito consuetudinário, a proibição de ataques armados possa se aplicar ao envio de bandos armados por um Estado ao território de outro Estado, se tal operação, em virtude de sua escala e efeitos, *seria classificada como um ataque armado ao invés de um mero incidente de fronteira*, caso fosse levada a cabo por forças armadas regulares. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1986: 103)

Poder-se-ia, com base nessa decisão, afirmar que, se o *ataque armado* exigido para a aplicação da norma autorizadora da legítima defesa requer não apenas o emprego da força, mas que este tenha uma “escala e efeitos” superiores ao de uma escaramuça na zona de fronteira, então com mais razão ainda continuaria proibido o uso da força contra um

ataque iminente, eis que este nem mesmo efeitos ainda produziu. Essa objeção, todavia, contém dois equívocos.

O primeiro consiste em desconsiderar que a própria Corte, ciente das possíveis implicações da decisão, mas respeitando os limites da controvérsia a ela submetida pela Nicarágua, restringiu de forma expressa as suas conclusões apenas à hipótese da legítima defesa contra um ataque armado em curso, fazendo-o nos seguintes termos:

194. [...] Em vista das circunstâncias nas quais surgiu a disputa, as partes deram ênfase apenas ao direito de legítima defesa no caso de um ataque armado que já tenha ocorrido, e a questão da licitude da resposta a uma ameaça iminente de ataque armado não foi levantada. Consequentemente, a Corte não expressa nenhuma opinião sobre a questão. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1986: 103)

O segundo e mais grave equívoco está em confundir a iminência do ataque com a sua menor gravidade. A *iminência* não torna um ataque menos grave do que um atual; pelo contrário, a gravidade do ataque iminente deve ser medida em vista dos efeitos que provocará *caso venha a se realizar*. Na verdade, se fôssemos aplicar o entendimento da Corte aos casos de agressão iminente, teríamos que excluir a possibilidade de uso da força contra as agressões iminentes equivalente a um “mero incidente de fronteira”, mas autorizá-la quando o uso da força ultrapassar esse nível de gravidade.

Afastadas, assim, essas três objeções à aceitação da preempção como abrangida pela autorização da legítima defesa, resta verificar se o texto do art. 51 da Carta da ONU poderia ser interpretado nesse sentido. Nas versões em inglês, francês e espanhol do dispositivo, o enunciado está assim redigido:

Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence *if an armed attack occurs against a Member of the United Nations*, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security.

Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, *dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée*, jusqu'à ce que le

Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales.

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, *en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas*, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Nas três versões, a legítima defesa é condicionada à hipótese de que ocorra um ataque armado contra um membro das Nações Unidas. Como já vimos anteriormente, a escolha da expressão *ataque armado* é deliberadamente restritiva, visando preservar o direito de legítima defesa previsto no direito internacional costumeiro apenas nesse caso, excluindo-se os demais; a intenção dos redatores era a de evitar que a doutrina dos interesses vitais pudesse ser reintroduzida por meio do apelo ao art. 51 para justificar o uso da força contra ameaças que não as derivadas de um ataque armado, eliminando qualquer distinção entre legítima defesa e autopreservação. Porém, disso inferir que a expressão “*em caso de ataque armado contra um Membro das Nações Unidas*”, bem como “*se ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas*” e “*no caso de um Membro das Nações Unidas ser objeto de uma agressão armada*”, pode apenas ser interpretada como se referindo a um ataque armado *em curso* é um salto interpretativo que não se justifica, muito embora esse significado seja perfeitamente possível em face dos termos empregados na redação do dispositivo. Como diz WALDOCK:

Quando houver provas convincentes não apenas de ameaças e de perigos em potencial, mas de que um ataque esteja efetivamente sendo organizado, então se pode dizer que um ataque armado já se iniciou, embora ainda não tenha ultrapassado a fronteira (WALDOCK, 1952: 498)

O exemplo do direito interno, em que a agressão iminente é já considerada uma agressão *atual*, é indicativo de que a expressão “*em caso de ataque armado*” pode sem esforço se interpretar como abrangendo também o ataque iminente. É por isso que se concorda com WALDOCK quando este afirma que a interpretação que atribui ao

enunciado “*se ocorrer um ataque armado*” o significando de “*após um ataque armado ter ocorrido*” vai além do significado necessário das palavras (cf. WALDOCK, 1952: 497). Assim sendo, ao menos do ponto de vista de uma interpretação meramente literal do art. 51 da Carta, não está de modo algum excluída a possibilidade de ser considerado como legítima defesa o emprego da força contra uma agressão iminente.

Isso, de qualquer modo, significa apenas que a interpretação extensiva, que propomos, é possível, mas não que ela seja a correta; outro argumento deve ser aduzido para que se possa sustentar esta tese, e é na finalidade da legítima defesa que entendemos encontrar a justificação de nossa posição: a interpretação restritiva do preceito, limitadora da capacidade de proteção do indivíduo, pode ser vista como contrária ao fim de proteção do direito que fundamenta a autorização do uso da força em legítima defesa, na medida em que, ao invés de dissuadir, pode criar um incentivo para o agressor, dando-lhe a certeza de que não encontrará resistência do agredido até que esteja em condições de executar seus planos.

Para compreender o problema, é necessário notar que a questão da legítima defesa contra agressão iminente encontra-se ligada, umbilicalmente, ao debate sobre a definição de agressão que vem sendo travado no plano internacional desde o início do Séc. XX e ainda sem solução definitiva. Muitas são as questões polêmicas sugeridas pela definição de agressão, mas a que nos interessa nesse particular é o chamado *princípio de prioridade* (SCHWEBEL, 1972: 463), que estabelece que, num conflito armado, o agressor será quem *primeiro* praticar certos atos especificados como caracterizadores da agressão. Essa idéia foi adotada pela União Soviética na proposta de definição de agressão que seu representante, Maxim Litvinov, apresentou durante a Conferência sobre Desarmamento de 1933, e foi encampada pelo presidente do Comitê sobre Assuntos de Segurança, Nicolas

Politis, no Ato relativo à Definição de Agressão oriundo da Conferência¹²³ (cf. DELIVANIS, 1971: 76-7; SCHWEBEL, 1972: 463). Como o próprio Politis a explica:

Está claramente especificado que o Estado que será reconhecido como agressor será o primeiro Estado a praticar um dos atos de agressão. Assim, se as forças armadas de um Estado invadirem o território de outro Estado, este último poderá declarar guerra contra o Estado invasor ou invadir o seu território em resposta, sem que seja considerado agressor. A ordem cronológica dos fatos é decisiva, aqui. [...] Ênfase deve ser dada à palavra “primeiro”. Pode bem ser que, nas complicadas circunstâncias de uma disputa internacional, possam ter sido praticadas por ambas as partes condutas abrangidas pela definição [...] A única maneira de se ter clareza em tão complicada situação, de modo a poder atribuir responsabilidades e finalmente identificar o agressor foi observar a ordem cronológica dos eventos – isto é, determinar quem foi o primeiro a praticar um dos atos proibidos –, já que, uma vez provado que uma das partes tenha sido a primeira a praticar tais condutas, a atitude da outra parte seria imediatamente considerada como legítima defesa e, por esse fato apenas, deveria ser excluída do conceito de agressão (*apud* SCHWEBEL, 1972: 463).

Não é difícil ver a conexão entre os dois problemas: se não se pode aceitar como legítima defesa o uso da força contra uma agressão iminente é porque se entende que o agressor é aquele que *primeiro* pratica um ato de agressão, e quem age preemptivamente é sempre, por definição, o *primeiro a atacar*.

Não obstante, há que se observar, a esse respeito, que não é unânime a aceitação do princípio da prioridade; mesmo na Resolução sobre a Definição de Agressão, adotada por consenso pela Assembléia Geral das Nações Unidas¹²⁴, embora o primeiro uso da força seja indicativo da agressão, é feita a ressalva expressa de que outras circunstâncias podem justificar a negativa dessa caracterização¹²⁵, o que exclui o determinismo da prioridade

¹²³ Ato esse que nunca foi objeto de uma decisão pelos órgãos da Liga das Nações (DELIVANIS, 1971: 77).

¹²⁴ UN/GA/Res. 3314 (XXIX), adotada sem votação em 14.12.1974. U.N. Doc. A/RES/3314/XXIX (1974). Disponível no URL <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>>. Consulta em 07/07/2005.

¹²⁵ Cf. UN/GA/Res.3314 (XXIX), art. 2º:

The first use of armed force by a State in contravention of the Charter shall constitute *prima facie* evidence of an act of aggression although the Security Council may, in conformity with the Charter, conclude that a determination that an act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstances, including the fact that the acts concerned or their consequences are not of sufficient gravity.

implicado na definição Litvinov-Politis (cf. SCHWEBEL, 1972: 464). Se não há consenso de que o primeiro ataque é que caracteriza a agressão, não há porque exigir que a defesa, para ser legítima, tenha de ser sempre o *segundo* uso da força.

As razões para a rejeição do princípio da prioridade como indicador seguro da agressão são, no fundo, as mesmas que embasam o pleito de legalidade da defesa contra uma agressão iminente: exigir que se espere o primeiro ataque ser iniciado pelo agressor para contra-atacar, além de garantir ao agressor toda a tranquilidade e a segurança possíveis para arquitetar e organizar seu ataque, significa expor o agredido a um risco maior de sofrer, ainda que em parte, a lesão querida por aquele. Esse foi o argumento empregado pelo Representante dos Estados Unidos da América na ONU, durante as discussões que levaram à Resolução 3314:

A proposta de Resolução da URSS [...] dispôs que “será declarado o atacante aquele Estado que primeiro praticar” certos atos, um dos quais seria “executar um ataque deliberado contra navios ou aeronaves” de outro Estado. [O representante dos EUA] ponderou se, de acordo com essa redação os Estados Unidos da América teriam sido considerados como o agressor caso, tendo recebido um aviso prévio do ataque a Pearl Harbour, tivessem destruído as forças inimigas encarregadas daquela operação. Semelhante definição exigiria que o Estado se deixasse atacar antes que pudesse se defender. [...] Pedir que um Estado espere, de forma a não ser o “primeiro” a atacar poderia dar ao inimigo uma imensa vantagem tática. (*apud* SCHWEBEL, 1972: 466)

C.H. WALDOCK segue a mesma linha de raciocínio, citando o exemplo da invasão da Etiópia (Abissínia) por tropas da Itália em 1935:

A definição [proposta pela URSS] seria uma perfeita “armadilha para o inocente” até que haja uma muito maior certeza de que as forças da comunidade internacional irão surgir instantaneamente para amparar o Estado ameaçado, caso ocorra um ataque. O Imperador da Abissínia perdeu vantagens estratégicas importantes esforçando-se para evitar ser o primeiro a atacar em resposta a uma das mais premeditadas e óbvias agressões da história. (WALDOCK, 1952: 484)

A redação final do dispositivo representa uma solução de compromisso entre as duas posições que se revelaram irreconciliáveis durante o processo de negociação da Resolução, a dos defensores e a dos opositores do princípio da prioridade, na medida em que presume a agressão no primeiro ataque, abrindo a possibilidade de que as circunstâncias do fato permitam ao Conselho de Segurança afastar a presunção.

Há que se ter em mente que o sistema internacional é carente de instrumentos de pronta intervenção da comunidade em casos de ameaça de uso de força. Condicionar o emprego da força defensiva ao efetivo início do ataque armado, *i.e.*, restringir o conceito de agressão *atual* ao de agressão *em curso*, e exigir do Estado que se vê na iminência de sofrer uma agressão que se socorra apenas dos mecanismos de segurança coletiva significa ignorar a realidade do funcionamento desses mecanismos e expor o Estado a um risco agravado de lesão, as quais podem ser irreversíveis; mais do que isso, quando se tratar de armas atômicas, exigir que a defesa seja o *segundo* ataque significa inviabilizar o próprio exercício da defesa. Que sejam essas hipóteses, como quer BROWNLIE (1961: 243), “casuísmos”, é fato que não afasta o impacto que tem, para os Estados, a indicação de que, em casos limite, o direito internacional lhes nega o direito a uma defesa eficaz ou lhes obriga a suportar o risco de extinção; não é crível que tal direito comandasse uma adesão entusiasmada dos Estados, sem a qual suas normas não passam de petição de princípios sem qualquer efeito vinculante.

Se a legítima defesa é uma condição de legitimidade do ordenamento jurídico, ainda mais o é no plano internacional, no qual as garantias institucionais da segurança dos membros são bem menos sólidas do que as existentes no plano doméstico; a interpretação restritiva do art. 51 termina por reduzir a legítima defesa, ainda que por motivo de prudência, a um nível aquém daquele que parece razoável e, em razão disso, mina a possibilidade de o direito se impor nas situações concretas. A análise da prática dos Estados evidencia esse fato: ainda que, mesmo após 2002, sejam raras as manifestações públicas de apoio à tese da preempção – *em grande parte devido à lama semântica criada pela doutrina Bush* –, na oportunidade em que um ataque preemptivo por excelência foi levado à apreciação do Conselho de Segurança – *o ataque de Israel que desencadeou a Guerra dos Seis Dias* –, não se condenou o emprego da força por parte de Israel.

Ao invés de escolher entre uma interpretação extensiva e outra restritiva, poder-se-ia resolver o dilema da incompatibilidade entre o que se quer que a norma prescreva e o substrato fático que ela deve regular como propõe CASSESE, para quem “*por mais irrealista que a proibição [da preempção] imposta pelo art. 51 possa se revelar no atual quadro da guerra, os Estados preferem evitar o risco de abuso*” (CASSESE, 2001: 310); segundo esse autor:

É comum em qualquer sistema jurídico que existam algumas classes de ações que não são suscetíveis de serem adequadamente definidas e circunscritas previamente, que envolvem um alto grau de discricionariedade e podem ter graves conseqüências. Nesses casos, a legitimação legal da conduta poderia produzir efeitos perniciosos. Muitos sistemas legais contêm disposições para casos nos quais a conduta pode se revelar ilegal, mas ao menos em parte justificada por outras razões. Isso geralmente se faz, no direito penal, por intermédio da noção de “circunstâncias atenuantes”. Ou então os órgãos julgadores ou de execução decidem, de fato, *não reagir na forma prescrita pela lei* às violações do direito [...]

No caso da legítima defesa antecipatória, é mais judicioso considerar tal ação como *legalmente proibida*, ainda que se reconheça que haverá casos nos quais infrações da proibição poderão ser justificadas por razões morais e políticas e que a comunidade, ocasionalmente, irá perdoar ou impor uma condenação indulgente (CASSESE, 2001: 310-311).

A solução, assim, seria a de considerar ilícito o uso da força contra uma agressão iminente, mas por entendê-lo moral ou politicamente justificado, não se lhe aplicaria a sanção correspondente, ou então esta seria “indulgente”, porque os órgãos encarregados de fazê-lo deixariam de cumprir sua obrigação e perdoariam o fato¹²⁶. Se tão renomado jurista fizesse um apelo à equidade para mitigar os rigores de uma proibição por demais rigorosa, a solução até poderia ser aceitável, mas estabelecer que os órgãos encarregados da

¹²⁶ Semelhante à de CASSESE é a proposta feita por Bruno SIMMA, relatada por BENVENISTI, que a descreve como uma “*separação acústica entre a norma e a exceção*”:

Following the method that criminal law deals with extreme situations in which individuals resort to violence in self-defense, scholars have suggested leaving the rule on use of force intact but to recognize a grey area for post-hoc assessment of legitimate breaches of the rule in truly exceptional cases. This approach echoes correctly the essentially unprincipled, subsequent judgments pronounced by a “global jury”, consisting mainly of reactions of states and international institutions to specific military actions. Such post-hoc reactions reflect the political realities created by the attack, including the new insights gained as to the desirability of such attacks. (*apud* BENVENISTI, 2004: 696)

aplicação do direito, de maneira discricionária, podem simplesmente se negar a cumprir seu dever por concordarem com a prática do ato ilícito significa negar por completo a natureza imperativa das normas que eles têm a incumbência de fazer aplicar. Tal solução poderia, sem grande esforço, justificar o resultado dos julgamentos dos acusados de crimes de guerra em Leipzig, após a Primeira Grande Guerra¹²⁷. O medo do abuso do direito não pode levar à conclusão de que o direito às vezes pode deixar, discricionariamente, de ser aplicado. Isso é contrário à própria idéia de direito, e passa a perigosa mensagem de que o direito pode ser desconsiderado quando conflitar com valores morais ou políticos, que pode se generalizar, tornando regra o que deveria ser exceção¹²⁸. Essa solução intermediária, pois, que prescreve a ilicitude da defesa contra agressão iminente, ao mesmo tempo em que permite justificá-la com fundamentos extrajurídicos, há que ser afastada.

Assim, revela-se tão possível quanto justificada a interpretação extensiva da expressão “ataque armado” do art. 51 da Carta para incluir também as hipóteses de ataque iminente, evitando que quem se defende por estar na iminência de ser agredido seja considerado, por ter sido o primeiro a usar a força, como agressor.

Advirta-se que, com isso, não se defende que todo ataque preemptivo seja lícito. A comprovação da agressão iminente é apenas parte das condições de exercício do direito de legítima defesa; ela tão-somente evidencia a necessidade abstrata de defesa. Para além disso, a legalidade da defesa exige também a necessidade concreta dos meios empregados. O uso da força que vá além do necessário para impedir o ataque, ainda que este seja iminente, não poderá se abrigar na previsão da legítima defesa; essa determinação nem

¹²⁷ Dos 901 alemães acusados da prática de crimes de guerra durante a Primeira Guerra Mundial, 888 ou não foram julgados, ou foram absolvidos e liberados. Apenas treze foram condenados, mas a penas que não passaram de quatro anos de prisão, e que, mesmo assim, não foram cumpridas integralmente (BIERZANEK, 1986: 34-6).

¹²⁸ Como escreve BENVENISTI:

The main difficulty with this rule-exception approach, however, is that the exception may soon become the rule. The frequent invocation of the exception removes the necessary acoustic separation between the two. The rule becomes a myth, and the real law becomes the fluid and vague operational code (BENVENISTI, 2004: 697).

sempre é fácil, eis que o Estado que se defende pode ser tentado a ir um pouco além do estritamente necessário como uma “garantia de decisividade” (BROWNLIE, 1961: 231), mas isso não significa que esse limite não seja aplicável no plano internacional.

Por outro lado, caso o ataque preemptivo não consiga impedir de todo que a agressão se realize, pode-se entrar na lógica de ataques e retaliações que caracteriza a guerra, ainda que dela não se tenha uma declaração formal. Nesse caso, será um erro estender a qualificação *preemptiva* do ataque à guerra: como vimos, a preempção pode justificar um ataque, uma operação isolada, mas não uma guerra. Caso o ataque seja insuficiente para frear a agressão iminente, o Estado que sofreu a ação preemptiva certamente acionará o restante de suas forças armadas contra seu oponente; nesse caso, o que se tem é a concretização da agressão iminente e, enquanto esta não cessar, persiste a justificação do uso da força pelo Estado agredido, ainda que tenha sido ele a disparar o “primeiro tiro”; tal justificação, contudo, já não mais exige o recurso à figura da agressão iminente, pois o que se tem, agora, é uma verdadeira agressão *em curso*.

O caso semelhante, no plano interno, seria o do indivíduo que dispara contra a perna de um agressor que avança ameaçadoramente, brandindo uma faca, mas ainda se encontra a uma distância que impede o uso efetivo da arma; caso o tiro erre o alvo, ou o impacto não seja suficiente para frear o agressor, e este consegue colocar o agredido no raio de ação da faca, um segundo tiro pode ser necessário para efetivamente repelir a agressão. O primeiro tiro se justifica em razão da agressão *iminente*, o segundo, em razão da agressão *em curso*. Caso, todavia, o primeiro tiro tivesse sido suficiente para parar o agressor, o segundo não estaria coberto pela autorização do uso da força, caracterizando excesso punível.

Desse ponto de vista, no exemplo da Guerra dos Seis Dias, ainda que o ataque de Israel à Força Aérea do Egito que iniciou as hostilidades possa ser considerado como lícito,

na medida em que se dirigiu a parar uma agressão iminente, o prosseguimento das ações militares israelenses tinha sua licitude condicionada à persistência da agressão por parte de seus vizinhos. Caso tal agressão tivesse cessado e Israel continuasse suas operações, como forma de punição ou de *exemplo*, o emprego da força teria ultrapassado o limite da permissão legal da legítima defesa.

B - Prevenção e a Ordem Internacional

Se a *preempção*, entendida como o emprego da força que se antecipa a um ataque iminente, pode, nos termos acima, ser entendida como abrangida pela permissão do uso da força em legítima defesa, o mesmo não se pode dizer da *prevenção* que envolva o recurso à violência. A prevenção, por não se dirigir contra uma agressão, nem mesmo contra uma agressão iminente, não pode ser encaixada no conceito ideal de legítima defesa que expusemos na primeira parte deste trabalho. Daí nossa primeira crítica à chamada “Doutrina Bush”, que busca mascarar sua demanda pela licitude do recurso à força com fins preventivos mediante a sua denominação como *legítima defesa*.

Por outro lado, não se nega a importância da prevenção das ameaças à segurança dos Estados para a manutenção da ordem nas relações internacionais. Um direito que impeça que se enfrentem problemas que podem evoluir para a criação de verdadeiras ameaças para a segurança dos Estados seria um direito ilegítimo e desprovido de quaisquer condições de eficácia. Ocorre que a prevenção, se não submetida a controles e limites, cria o risco de generalização da violência que pode inviabilizar a sobrevivência da sociedade. A questão está, pois, em saber até onde devem ser permitidas atitudes preventivas e, talvez o mais importante, *quem* pode agir preventivamente. Do ponto de vista específico da crítica à “Doutrina Bush”, é necessário que se pergunte se as ações preventivas por ela preconizadas são compatíveis com o fim de manutenção da ordem nas relações internacionais e, em

segundo lugar, se se deve atribuir aos Estados Unidos da América – *ou a qualquer Estado individualmente considerado* – a possibilidade legal de determinar quando e como essas ações são necessárias. Como afirma KAUFMAN:

A questão-chave no debate sobre a guerra preventiva não é a moralidade da guerra preventiva *per se*, mas sim a questão da autorização legítima para realizar tal guerra. (KAUFMAN, 2005, 23)

Temos aqui, pois, dois problemas distintos: a questão da autorização para o uso preventivo da força e a questão dos limites dentro dos quais a prevenção pode ser considerada lícita. No âmbito desta tese, não cabe a discussão do segundo tema, então a pergunta que se precisa responder, neste particular, é a da conveniência, para a manutenção da ordem internacional, da permissão de que Estados usem a força de maneira preventiva, como preconiza a Doutrina Bush.

A resposta, a simples lógica já a indica, é negativa. Tivemos oportunidade, na primeira parte do trabalho, de analisar como a expectativa de segurança dos indivíduos é essencial para a existência de um mínimo de ordem social. Essa expectativa somente se pode fornecer na medida em que se neutralize a potencial ameaça que o outro significa para o indivíduo, de modo a desarmarem-se as relações mútuas e abrir caminho para a convivência pacífica. Até hoje, não foi encontrado outro meio de fazê-lo que não proscrevendo o uso unilateral da força nas relações sociais e instituindo um sistema de verificação e sanção do descumprimento dessa proibição, atribuindo-se essa tarefa a um órgão central ao qual se reconhece o monopólio do uso lícito da violência, que só se excepciona quando a *ameaça potencial* consubstanciada no outro se concretiza numa *agressão atual*, ocasião em que o indivíduo poderá usar a força em legítima defesa.

O uso preventivo da força pelos indivíduos é incompatível com um tal sistema, na medida em que viola o monopólio do uso da violência pelo órgão central. Por outro lado, como ameaças são percebidas por pessoas diferentes de modos também diferentes, sendo o

conflito inevitável nas relações humanas, a permissão da violência preventiva fragiliza a expectativa de segurança dos indivíduos em relação aos semelhantes, estimulando, em retorno, novas atitudes preventivas, o quê, se generalizado, pode levar à total desagregação da sociedade. O papel de último garante da segurança da sociedade deve, pois, caber a um órgão central ao qual se tenha atribuído a competência de usar a força em nome da comunidade. A ele deve recorrer quem vê seus direitos ameaçados ou mesmo lesados, desde que não seja o caso de uma agressão *atual*, o desrespeito desse dever sujeitando o indivíduo às sanções decorrentes do uso ilícito da força.

O raciocínio não é diverso no plano internacional, no qual o *ius ad bellum* reconhecido aos Estados como componente de sua soberania foi gradualmente sendo restringido, até a sua proibição peremptória pelo art. 2(4) da Carta das Nações Unidas, sujeita à exceção única da legítima defesa, configurando um autêntico *ius contra bellum* (MÁRQUEZ CARRASCO, 1998: 19). Para garantir que os Estados não teriam razões para recorrer à força de maneira unilateral e para dissuadir os que considerassem tê-las, foi instituído, no marco da Organização das Nações Unidas, um Conselho de Segurança encarregado da manutenção da paz e da segurança internacionais¹²⁹, tarefa para a qual se lhe autorizou, inclusive, o uso da força, havendo na Carta a previsão expressa da formação de um contingente de tropas sob o comando do Conselho para permitir sua pronta intervenção em situações de crise¹³⁰.

O problema desse sistema, como os primeiros contratualistas bem notaram, é que quando esse mecanismo falha em garantir a segurança do indivíduo, ou se volta contra ele, este é levado, até mesmo por um instinto de autoconservação, a desrespeitar a proibição, tomando para si a responsabilidade por sua proteção. Entendida a vida como valor supremo do indivíduo, chega-se por esse caminho a uma doutrina justificadora da desobediência e,

¹²⁹ Carta das Nações Unidas, art. 24 (1).

¹³⁰ Carta das Nações Unidas, art. 45.

em último caso, da resistência ao poder instituído. A eficácia geral do sistema, *i.e.*, a manutenção da expectativa geral de segurança dos indivíduos, é, pois, condição *sine qua non* da continuidade de sua obrigatoriedade.

Cabe, então, perguntar se o registro de ineficácia do sistema de segurança coletiva previsto na Carta da ONU teria afastado qualquer possibilidade de se sustentar a continuidade da proibição do uso da força nas relações internacionais. Alguns entendem que a resposta a essa questão deva ser positiva¹³¹. GLENNON, por exemplo, entende que:

... “normas” internacionais relativas ao uso da força não são mais reconhecidas como obrigatórias pelos Estados. Entre 1945 e 1999, dois terços dos membros das Nações Unidas – 126 dos 189 Estados – travaram 291 conflitos interestatais em que pereceram mais de 22 milhões de pessoas. Essa série de conflitos veio a ser culminada pela campanha no Kosovo, na qual dezenove democracias integrantes da OTAN, representando 780 milhões de pessoas, flagrantemente violaram a Carta. O sistema internacional acabou subsistindo num universo paralelo de dois sistemas, um *de jure*, o outro *de facto*. O sistema *de jure* consiste de normas ilusórias que governariam o uso da força entre os Estados num mundo de formas platônico, um mundo que não existe. O sistema *de facto* consiste na verdadeira prática dos Estados no mundo real, um mundo em que os Estados pesam custos e benefícios em constante desdém para com as regras solenemente proclamadas do quase totalmente ignorado sistema *de jure*. O decadente catecismo *de jure* é excessivamente esquematizado e escolástico, desconectado do comportamento dos Estados e irrealista nas suas aspirações em relação à conduta dos Estados (GLENNON, 2002: 540).

Contra essa opinião pode-se argumentar que a violação de uma norma, mesmo repetida, não necessariamente a invalida. Há uma diferença importante entre afirmar que as normas internacionais não foram eficazes em 291 oportunidades¹³² e afirmar que elas não

¹³¹ MURPHY (2005: 717-719) denomina de Escola “*Charter-is-Dead*” essa vertente de pensamento que entende que as normas sobre o uso da força contidas na Carta das Nações Unidas foram revogadas pela prática posterior dos Estados

¹³² As estatísticas sobre o número de conflitos armados são conflitantes. De acordo com os dados coletados por GLENNON (2001: 67-68), entre 1945 e 1980, ocorreram mais de 100 conflitos armados, matando mais de 25 milhões de pessoas. Entre 1989 e 1993, mais 90 conflitos armados, envolvendo 60 Estados diferentes. Outros estudos apontam números ainda mais elevados: o Instituto de Direito Internacional de Direitos Humanos da Universidade DePaul levantou cerca de 285 conflitos armados entre 1945 e 1999, dos quais 48 ainda estavam em curso em dezembro de 1996. Embora a maioria absoluta desses números se refira a conflitos armados de caráter não-internacional, os conflitos interestatais não foram menos relevantes: segundo o levantamento feito pela Comissão de Alto-Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudança, somente nos anos de 1965 e 1969 e entre 1993 e 1994 não havia nenhum conflito armado interestatal em andamento

são nem serão eficazes em caso algum; o argumento de que 291 conflitos armados ocorreram no Pós-Guerra somente seria convincente caso se pudesse demonstrar que nenhum conflito foi evitado pela força das normas proibindo o recurso à força (cf. MURPHY, 2005: 724). O problema, todavia, é que isso é indemonstrável, assim como não se pode comprovar que algum conflito armado deixou de ser lutado por força da proibição do uso da força. É um dos dilemas da ciência jurídica que das normas só se pode demonstrar e quantificar a ineficácia, mas não a eficácia, já que o cumprimento da prescrição normativa sempre pode se dever a fatores outros que não a sujeição à obrigação jurídica; a eficácia de um ordenamento ou de uma norma em específico, assim, reduz-se à simples correspondência entre a descrição da realidade e a prescrição contida na norma, não havendo forma precisa de demonstrar a relação de causa e efeito entre norma e comportamento¹³³. Trata-se de um fato em função do qual é possível mais de uma interpretação, e a ciência pode somente demonstrar a *possibilidade* dessas interpretações, mas não determinar qual delas é a correta; defini-lo é, assim, uma decisão política, e não científica (cf. KELSEN, 1961: 341). Sendo uma decisão política, a prudência recomenda que os prováveis efeitos da medida proposta sejam levados em consideração e é nesse ponto que se revela conveniente, quando não imperativo, rejeitar o pleito de um direito unilateral de ação preventiva formulado pela Doutrina Bush. De fato, são inúmeros os argumentos contrários ao deferimento dessa pretensão, e o principal reside na crescente instabilidade que tal doutrina, se aceita, introduziria nas relações entre os Estados, que abaixo se busca demonstrar.

no mundo; em todos os outros anos, a média foi de 2 conflitos/ano, com pico de 5 conflito simultâneos em 1987 (UNITED NATIONS, 2004: 11).

¹³³ Como escreve KELSEN:

That a legal order is “efficacious”, strictly means only that people’s conduct conforms with the legal order. No specific information is thereby given about the motives of this conduct and, in particular, about the “psychic compulsion” emanating from the legal order (KELSEN, 1961: 24).

Em primeiro lugar, há que se reconhecer que, por mais avanços que tenham sido feitos no sentido de criar condições de cooperação entre os Estados, não se conseguiu alterar o fato de que, em determinados assuntos, as relações internacionais ainda são encaradas, à moda realista, como um jogo de soma zero. A desigualdade concreta existente entre os Estados se reflete naturalmente em relações sociais estruturadas conforme o poder relativo das unidades, com a coordenação nas relações interestatais que decorre do princípio formal da igualdade soberana dando lugar a uma maior ou menor subordinação concreta entre os Estados segundo o grau de dependência de um em face das decisões do outro; com isso, ao conceito idealizado de soberania, característico dos manuais, se substitui uma soberania *operacional*, medida pela capacidade real de cada unidade do sistema de realizar seus intentos sem ter de se preocupar com a reação de terceiros, cuja ampliação e consolidação é frequentemente a razão diretora da definição da política externa dos Estados¹³⁴.

A busca desse objetivo, contudo, impacta diretamente na relação com os outros Estados, na medida em que o incremento do poder de uma unidade significa invariavelmente a diminuição da soberania operacional de outra ou outras; isso faz com que o outro continue a ser visto como adversário, como uma ameaça em potencial. Até o começo do Séc. XX, essas ameaças eram enfrentadas, nem sempre em último caso, pelo uso da força e isso, como visto, era considerado natural e além de qualquer reprovação¹³⁵; após a Segunda Grande Guerra e, principalmente, com o advento das armas nucleares, essa alternativa já não podia mais ser aceita em sã consciência, donde a importância da

¹³⁴ Como descrição da realidade das relações sociais, pois, permanece atual o que foi dito pelos Atenenses no célebre diálogo na Ilha de Melos:

Preferimos pensar que esperais obter o possível diante de nossos e vossos sentimentos reais, pois deveis saber tanto quanto nós que o justo, nas discussões entre os homens, só prevalece quando os interesses de ambos os lados são compatíveis, e que os fortes exercem o poder e os fracos se submetem (TUCÍDIDES, 2001: 347-348).

¹³⁵ De todo modo, a fluida noção, à época, de legítima defesa antecipatória fornecia, para os Estados que porventura se importassem com isso, a justificativa necessária para suas ações movidas apenas pela razão de Estado.

instituição de regras e procedimentos para evitar que a competição entre os integrantes da sociedade fomentasse violência e desordem; tratava-se de tentar encontrar meios pacíficos de acomodar as mudanças ocorridas na distribuição de poder entre as unidades do sistema.

Nesse sentido, a proibição do recurso à força pelos Estados contida na Carta das Nações Unidas representa uma tentativa de estabelecer um marco dentro do qual a luta por mudanças pode se dar sem que se ameace a paz e a segurança internacionais, proscrevendo a força como meio de efetivar alterações na distribuição de poder entre os Estados. Como aponta MÁRQUEZ CARRASCO, essa convicção de que a *“força armada era demasiado destrutiva como instrumento para atacar e alterar os direitos de outros Estados”* levou a criação de um sistema conservador, marcado por *“uma preferência pelo valo «paz» frente ao de «justiça»”,* no qual a força somente podia ser usada para *“preservar o statu quo político e territorial existente, mediante a legítima defesa ou em conformidade com uma ação empreendida pelo Conselho de Segurança”* (MÁRQUEZ CARRASCO, 1998: 35).

Afastando, por um compromisso geral avalizado pelas grandes potências, a possibilidade do recurso à força, a idéia era dar a cada Estado a certeza de que, enquanto não recorresse à força contra seus vizinhos, ele não precisaria temer que a força fosse usada contra ele. Essa garantia era completada pelo reconhecimento da exclusividade da jurisdição nacional com relação a assuntos internos¹³⁶, ambos configurando, para os Estados, um verdadeiro direito “de ser deixado em paz”, em troca de fazer o mesmo com seus pares.

Conquanto seu funcionamento tenha sido muito menos do que perfeito, esse sistema colaborou, em maior ou menor medida, para evitar a deflagração de um conflito nuclear entre as superpotências. Para as potências menores, principalmente aquelas cujos recursos naturais ou localização geográfica interessavam às grandes potências, esse direito

¹³⁶ Carta das Nações Unidas, art. 2º (7).

não foi tão absoluto, como demonstram a intervenção franco-britânica no Canal de Suez, a invasão do Panamá pelos Estados Unidos e do Afeganistão pela União Soviética. No geral, contudo, garantiu que um mínimo de ordem fosse mantido nas relações internacionais, de modo a permitir que experiências mais ousadas de organização internacional fossem tentadas, das quais a que melhor representa esse novo cenário é a União Européia.

O fim da Guerra Fria alterou profundamente esse cenário. Se a paralisia do Conselho de Segurança, causada pelo repetido exercício do veto pelos seus membros permanentes, que inviabilizou a atuação do Conselho como garantidor da promessa de segurança em troca da qual os Estados haviam aceitado a proibição do uso da força, não significou a volta ao cenário de relações internacionais em *estado de natureza* característico do período anterior à Primeira Grande Guerra, isso se deveu basicamente à forma como as duas superpotências equacionaram a sua disputa com a necessidade de evitar a deflagração de um conflito armado direto entre elas, o que limitava a liberdade de recorrer à força das potências menores situadas em suas respectivas esferas de influência (cf. BULL, 1995: 202ss; BENVENISTI, 2004: 677-8). Com o final do conflito Leste-Oeste, esse fator de ordem desapareceu: como o embate entre duas potências menores já não mais implicava necessariamente o envolvimento dos EUA e da URSS, a força já não teria tantos freios que dissuadissem o seu emprego. Ocorre que, como única potência global, aos EUA interessa o controle do emprego da violência nas relações internacionais, vez que sua economia é extremamente dependente da estabilidade do comércio internacional (BENVENISTI, 2004: 680), o que os impele a agir, intervindo em conflitos locais, por vezes distantes de seu território¹³⁷. Assim, muito por sua capacidade sem igual de projetar seu poder em escala global, mas também por uma certa tendência das outras

¹³⁷ De 1990 até a invasão do Afeganistão, em 2001, os EUA usaram a força contra Iraque – *na guerra do Golfo (1991) e em diversas outras oportunidades esporádicas (1993, 1996 e 1998)* –, Somália (1993), Bósnia (1994), Haiti (1994), Afeganistão (1998), Sudão (1998) e Sérvia (1999) (cf. BENVENISTI, 2004, 679).

potências de não colaborar, ou fazê-lo em menor grau, com a atuação estadunidense destinada à manutenção da ordem¹³⁸, os EUA acabaram assumindo, a partir da década de 1990, um papel de *polícia global*, auto-encarregando-se de fazer valer, se necessário pela violência, o sistema de garantia da paz e da segurança internacionais.

Ao final da primeira Guerra do Golfo, em 1991, essa posição dos EUA parecia aceita como natural e até mesmo legítima, o que motivou uma onda de otimismo sobre a possibilidade de uma Nova Ordem Internacional, fundada numa maior efetividade das instituições internacionais, libertadas da camisa-de-força imposta pelo conflito Leste-Oeste; a derrota da União Soviética foi entendida por alguns como a demonstração não só da superioridade do sistema de produção capitalista e da democracia liberal, mas de que essas são as formas definitivas de organização das relações entre os seres humanos no planeta, e a superação desse embate ideológico permitiria que se concentrassem esforços antes dedicados a questões militares e estratégicas a problemas como comércio internacional, direitos humanos, meio ambiente etc., o que pareceu ser confirmado pela criação da Organização Mundial do Comércio, em 1994.

Esse aparente predomínio das forças centrípetas na dinâmica das relações internacionais, contudo, não tardou a se revelar ilusório, com o ressurgimento com grande intensidade, de tendências centrípetas, caracterizadas, entre outros fatores, pela explosão de diversos conflitos de natureza étnica – *Ruanda e ex-Iugoslávia sendo os exemplos mais proeminentes* –, que haviam ficado sublimados pela lógica da Guerra Fria, e pela crescente

¹³⁸ Essa tendência se explica com um cálculo estratégico bastante simples: a atitude intervencionista dos Estados Unidos tende a colocá-los na alça de mira dos que se sentem prejudicados com essa atuação, o que faz dos EUA e dos seus cidadãos alvo preferencial de represálias vindas desses setores, principalmente na forma de atentados terroristas; para os Estados (principalmente os da Europa) aos quais, como aos EUA, interessa a manutenção da ordem internacional e a estabilidade nas relações comerciais, não existem incentivos decisivos para colaborar nessa atividade, eis que, mesmo sozinhos, os EUA não podem se abster dessa tarefa que lhes é vital e o produto desse esforço é um bem público que por todos é aproveitado; esses Estados, então, podem, sem medo de perder os benefícios da estabilidade mantida pela atuação estadunidense, adotar uma estratégia de diferenciação e neutralidade que mantenha a atenção de potenciais agressores voltada apenas para os EUA, que se vê na irônica posição de *hegemon explorado* (cf. BENVENISTI, 2004: 679-681).

indignação com as desigualdades e injustiças decorrentes do intenso processo de liberalização das economias domésticas e do comércio internacional. Ao mesmo tempo, a reação das instituições internacionais, particularmente a ONU, a certas crises como o genocídio ocorrido em Ruanda em 1994 revelou uma seletividade de sua atuação que minou a confiança na chamada Nova Ordem Internacional; ao lado disso, a retomada pela Rússia de uma política externa mais assertiva de seus interesses, depois de um tempo reestruturando-se no plano interno por força das mudanças políticas e econômicas iniciadas pela *Perestroika* de Mikhail Gorbachev, refletida no veto à ação militar contra a Sérvia durante a crise do Kosovo, trouxe de volta o velho espectro da paralisia para o Conselho de Segurança.

Nesse quadro, a legitimidade da posição predominante dos Estados Unidos passou a ser seriamente questionada. Sua imparcialidade como *gendarme* foi posta em xeque por suas atitudes no que toca ao Protocolo de Kyoto e ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, assim como nas rodadas de negociação da OMC. Essa percepção gera, compreensivelmente, uma insistência das outras potências na necessidade de processos coletivos de tomada de decisão, particularmente no que toca ao uso da força, assim como no reforço do direito internacional como critério de orientação das condutas dos Estados; a idéia, aqui, é proteger-se contra o *gigante americano*, cujo unilateralismo ameaça a própria soberania de alguns Estados.

Com isso, a garantia contra a perspectiva da superpotência agindo por interesses puramente egoístas e prejudiciais aos demais consiste no “equilíbrio de inação” resultante do exercício do poder de veto no Conselho de Segurança (BEVENISTI, 2004: 689): se a ação militar dos EUA estiver condicionada à autorização do Conselho de Segurança ou de

outro órgão colegiado¹³⁹, há a possibilidade de que a comunidade, em conjunto – *ou um membro com poder de veto* – possa obter, juridicamente, aquilo que no campo de batalha não parece mais possível: frear os ímpetos hegemônicos da máquina estadunidense. Enquanto isso parecer possível, os Estados terão alguma segurança para evitar a corrida armamentista e uma política de isolamento que faça o mundo reassumir ao panorama do Séc. XIX. Isso, todavia, demanda confiança no sistema de segurança coletiva, justamente aquilo que a política unilateral de ação militar preventiva coloca em xeque.

Ao afirmar sua disposição de usar a força de maneira unilateral, quando não conseguir obter o apoio de aliados para seus projetos de segurança, os Estados Unidos efetivamente sinalizam que não se submetem a nenhum processo colegiado de tomada de decisão que os impeça de agir. Nesse quadro, pouco adianta dizer que “*As razões de nossas ações serão claras, a força calculada e a causa justa*” (WHITE HOUSE, 2002: 16), porque não há nenhuma garantia contra erros ou abusos no processo de determinação unilateral do que seja uma causa justa para um ataque preventivo. Por outro lado, por deter poder de veto no Conselho de Segurança, único órgão encarregado de tomar medidas contra atos de agressão e rupturas da paz internacional, os EUA podem ter certeza que nenhuma ação efetiva será tomada contra eles caso decidam pelo uso preventivo da força; isso substituiu o equilíbrio de inação por um equilíbrio de *ação*, no qual a decisão de recorrer à força é feita na certeza de que, na ausência de uma resolução do Conselho, ela não poderá ser considerada ilegal, nem ocasionará uma ação coletiva contrária¹⁴⁰ (cf.

¹³⁹ Como foi o caso com a campanha contra a Sérvia em 1999, na qual a percepção geral de que a ação não era motivada apenas por interesses egoístas dos EUA, decorrente de a decisão ter sido tomada no seio da OTAN, facilitou o trabalho de justificação de uma ação que evidentemente desconsiderou a autoridade do Conselho de Segurança, bloqueado pelos vetos da Rússia e da China.

¹⁴⁰ Analisando a campanha de bombardeiros contra a Sérvia durante a crise do Kosovo, em que a OTAN, liderada pelos EUA recorreu à força sem a autorização do Conselho de Segurança que exige o art. 53 da Carta, Louis HENKIN escreveu:

A provável lição de Kosovo é que Estados ou coletividades, confiantes que o Conselho irá aquiescer com sua decisão de intervir, irão inverter o ônus do veto: ao invés de buscar autorização prévia por meio de uma resolução sujeita ao veto, Estados e coletividades

BENVENISTI, 2004: 689-690). As consequências destabilizadoras dessa política são inúmeras.

Em primeiro lugar, a inversão do equilíbrio de inação no Conselho de Segurança aproveita não só aos EUA, como a todos os outros membros permanentes, que também dispõem do poder de veto. Isso certamente resultaria num aumento generalizado do uso da força, principalmente entre as grandes potências e os Estados sob sua órbita de influência, mas também entre Estados periféricos, confiantes de que suas relações com um membro permanente os imunizam contra uma ação coercitiva internacional.

Outro ponto é que a expectativa aumentada de violência recoloca a necessidade de incremento da força militar para todos os Estados, tanto para defesa contra uma das grandes potências, na medida do possível, quanto para precaver-se contra agressões de competidores de mesmo nível. Para além dos efeitos perniciosos desse desvio de recursos para o setor militar, o caminho natural para a provisão de segurança para o Estado é o domínio da tecnologia nuclear, cuja proliferação num mundo de violência generalizada não se pode considerar tolerável. Não surpreende, pois, que após ter sido demonstrada, com a invasão do Iraque, a disposição dos EUA em seguir à risca a estratégia de ataques preventivos, a corrida pela bomba atômica tenha se reiniciado com força em países que se consideram na alça de mira de agressões futuras, como Irã, Coreia do Norte, Paquistão, Índia etc.

Outro problema, também demonstrado pelo caso do Iraque, decorre do fato de que a ação preventiva demanda informações que podem não estar disponíveis e, pior, podem ser manipuladas. Nenhum Estado que esteja desenvolvendo um programa de armas de destruição em massa vai fazê-lo publicamente e, quando não for possível o

irão agir e desafiar o Conselho a interromper a ação. E um membro permanente que favoreça a intervenção pode frustrar a adoção de tal resolução (HENKIN, 1999: 827).

desenvolvimento secreto, usar-se-á o argumento do uso pacífico da tecnologia; nesse quadro, a certeza do que está acontecendo é extremamente difícil de alcançar, mesmo com grande investimento em inteligência. Além disso, oponentes tanto internos quanto externos dos dirigentes do país visto como potencial ameaça podem manipular e distorcer dados de modo a colocá-lo em rota de colisão com uma potência agressiva como os EUA; o caso de Ahmed Chalabi, exilado iraquiano nos EUA que deliberadamente forneceu informações erradas para os serviços de inteligência estadunidenses na preparação da invasão que depôs Saddam Hussein é bastante ilustrativo deste risco (cf. WALT, 2005: 146). Por outro lado, tais informações podem ser manipuladas e distorcidas pelo próprio Estado que planeja a ação preventiva para dar um ar de legitimidade à sua conduta; quando solicitado que apresente as provas da ameaça que pretende combater, pode-se alegar a necessidade de segredo para proteger informações sensíveis e recusar-se a apresentar tais evidências, o que facilita e até estimula essa manipulação. Disseminada pelo globo, essa prática de delação típica dos regimes totalitários (Cf. ARENDT, 1970: 55) estimula a insegurança e a desconfiança entre vizinhos com interesses concorrentes e motiva ainda mais a busca por um reforço das capacidades militares, alimentando a corrida armamentista.

Finalmente, essa política de prevenção, principalmente partindo dos EUA, pode terminar por estimular o recurso à tática do terrorismo; a magnitude da predominância militar dos EUA em face dos demais Estados faz com que seja impensável o enfrentamento direto; as rápidas campanhas no Afeganistão e no Iraque, em que a derrubada do governo oponente foi conseguida em prazo curtíssimo, mesmo diante das previsões pessimistas dos analistas, que falavam em “novo Vietnã” nos dois casos, são exemplos convincentes de quão incontestável é a capacidade bélica americana para qualquer Estado que não uma das grandes potências. Esse fato pode estimular as potências menores a adotar táticas dissimuladas de confrontação militar, principalmente pelo recurso à tática de *guerra*

assimétrica, fornecendo apoio logístico e suporte a grupos terroristas privados que ajam em nome próprio contra a superpotência e contra qual o contra-ataque é mais difícil e bem menos efetivo do que seria contra um Estado. O risco que a política de ataques preventivos quer evitar, nomeadamente o de que Estados forneçam abrigo e apoio para grupos terroristas¹⁴¹, pode se tornar, então, justamente um de seus efeitos, permitindo a tais grupos acesso aos recursos dos Estados dos quais age como *proxy*.

A política de ataques preventivos que caracteriza a Doutrina Bush, pois, além de ultrapassar a permissão legal do uso da força em legítima defesa, mesmo que interpretada de maneira extensiva, também se revela perniciososa para a manutenção da ordem nas relações internacionais. Na forma como é proposta, seu resultado seria não um aumento da segurança internacional, mas o oposto, em razão do incremento geral da probabilidade de eclosão de violência, o que se torna ainda mais preocupante num mundo onde a tecnologia nuclear tem se banalizado.

Entretanto, negar de todo a possibilidade de ataques preventivos, *i.e.*, advogar a manutenção do atual sistema de controle do uso da força também não se revela aceitável. Em primeiro lugar porque a realidade que esse sistema visa controlar mudou de maneira irrevogável. Ao invés de um cenário em que a força militar estava concentrada na mão de poucas unidades que, por força da dinâmica de reciprocidade e retaliação característica do direito internacional, eram ao mesmo tempo beneficiários e reféns desse sistema, o panorama atual inclui também Estados contra os quais a estratégia de dissuasão não

¹⁴¹ Dentre as medidas para combater a ameaça do terrorismo, a Estratégia de Segurança Nacional dos EUA prevê ações que busquem negar:

[...] further sponsorship, support, and sanctuary to terrorists by convincing or compelling states to accept their sovereign responsibilities (WHITE HOUSE, 2002: 06)

Note-se que, se “convencer” é visto como alternativa a “compelir”, esta última estratégia dispensa a concordância do Estado que se quer que pare de fornecer abrigo e suporte a terroristas e, logo, pressupõe o uso da coerção, inclusive pelo uso direto da força militar.

funciona – *os chamados Estados-delinqüentes (rogue States)*¹⁴² – e Estados sem condições de manter um mínimo de ordem em seu território e que, por isso mesmo, criam riscos para a paz e segurança internacionais na região e mesmo em escala global – *Estados falhados (failed States)*; além disso, o acesso de organizações privadas a um poder destrutivo que era antes exclusivo dos Estados, inclusive com a possibilidade, criada pela disseminação e barateamento de tecnologias de uso bélico, de acesso a armas de destruição em massa – *indicadas em inglês pela sigla ABC (Atomic, Biological, Chemical)* –, representa uma crescente e preocupante privatização da força bélica que não se encaixa no modelo para o qual foi pensado esse sistema: contra elas não é possível uma retaliação eficaz, pois a sua organização atomizada, distribuída em redes de pequenas células que frequentemente não conhecem a identidade umas das outras impede que haja um alvo contra o qual retaliar, o que inviabiliza a dissuasão. Como diz REISMAN:

Mesmo que um sistema ABM [antimísseis balísticos] pudesse monitorar as poucas ogivas nucleares capazes de serem lançadas intercontinentalmente do território de um adversário, os Estados Unidos, na manhã do dia 11 de Setembro de 2001, despertaram para uma nova realidade. Há muitas outras formas nas quais o amontoado de grupos não-estatais denominado Al-Qaeda pode utilizar para inserir armas altamente destrutivas naquilo que desde então passou a ser chamado de “*the homeland*”. Armas químicas e biológicas não têm como ser monitoradas por um sistema ABM. O mais avançado sistema ABM pode impedir a infiltração e detonação de uma “bomba suja”. Nem pode a dissuasão funcionar sem um destinatário a se dissuadido. Como confessou o Presidente Bush [no discurso na Academia Militar de West Point] “Dissuasão – a promessa de uma retaliação massiva contra nações – não significa nada contra redes terroristas obscuras sem nações ou cidadãos para defender” (REISMAN, 2003: 86).

Não se pode fechar os olhos a esse problema, que tem todas as condições de fazer as relações internacionais retrocederem para uma situação semelhante à vivida pela Europa durante a Idade Média, só que sem a influência ordenadora da Igreja e com pequenos barões armados com armas atômicas, químicas e biológicas. Ocorre que as instituições

¹⁴² É recomendável, contudo, que se tome muito cuidado com a afirmação de que um determinado Estado não é passível de dissuasão. Mesmo o Iraque de Saddam Hussein, pintado com as cores mais carregadas disponíveis pela mídia privada e oficial como um louco insano e irresponsável, não era imune à dissuasão, como tentam mostrar MEARSHEIMER e WALT (2005: 191ss.).

internacionais ainda têm pouco a oferecer para a solução desse problema. O sistema de segurança coletiva desenhado pela Carta favorece a inação, e não a ação, coerente com a concepção de que a paz – *entendida como ausência de guerra* – deve ser preservada a todo custo. Além disso, da mesma forma que o unilateralismo dos EUA, também é fator de desordem a suscetibilidade do sistema de controle da força a manipulações decorrentes de interesses pouco confessáveis – *basta que se lembre do veto da Rússia à ação coercitiva no Kosovo*. Assim, tanto quanto a posição dos EUA pode ser vista como estando voltada apenas para os próprios interesses, a oposição aos EUA no Conselho de Segurança pode ser encarada como motivada pela vontade de se aproveitar da situação para se dissociar da política externa estadunidense ou mesmo para prejudicá-la (cf. BENVENISTI, 2004: 682) – *outra não foi a forma como foi entendida nos EUA a oposição da França e da Alemanha à invasão do Iraque*. Qualquer que seja ponto de vista de onde se a enfoque, a atuação do Conselho de Segurança sofre de um déficit de confiabilidade¹⁴³.

Uma alternativa de inserção dessa estratégia de ataques preventivos no plano internacional seria a proposta por CASSESE e SIMMA de considerá-la, dependendo das circunstâncias do caso, *ilícita, porém legítima*. Nossas objeções a tal solução já foram expostas e não precisam ser repetidas, bastando que se diga que elas se aplicam aqui de maneira idêntica.

Alguns autores enxergam a solução do problema na adoção de um tratamento diferenciado que conceda a possibilidade de uso preventivo da força apenas aos Estados Unidos (REISMAN, 2003: 90) ou aos cinco membros permanentes do Conselho de

¹⁴³ Nesse sentido, a afirmação do Presidente George W. Bush de que os EUA não pedirão permissão a nenhum órgão internacional para agir em defesa de si e de seus cidadãos, feita no discurso sobre o Estado da Nação de 2004 – “*From the beginning, America has sought international support for our operations in Afghanistan and Iraq, and we have gained much support. There is a difference, however, between leading a coalition of many nations, and submitting to the objections of a few. America will never seek a permission slip to defend the security of our country*” – pode tanto ser interpretada como manifestação explícita de uma não mais latente tendência ao unilateralismo, como também um reconhecimento de que os mecanismos internacionais podem ser usados para prejudicar interesses da superpotência que não deixam de ser legítimos apenas porque a ela aproveitam.

Segurança (BENVENISTI, 2004: 693-696). O raciocínio por trás dessa proposta localiza na igualdade dos Estados o principal problema com a tese que torna lícito o recurso à força com fins preventivos; logo, para eliminar as consequências negativas dessa proposta para a manutenção da ordem, basta não torná-la disponível para todos os Estados. Recorre-se, para tanto, ao conceito de *doutrina*, típico do direito internacional, assim definido por REISMAN:

No moderno direito internacional, uma doutrina – como as de Brezhnev, de Carter e de Reagan – consiste na afirmação formal e digna de crédito, feita por um ator internacional significativo, tanto de uma política firme como da disposição de implementá-la em determinadas condições. Doutrinas se localizam na interface entre direito e poder. Elas não se fundam num direito geral que está teoricamente disponível aos outros Estados. Por sua própria natureza, elas constituem numa demanda por uma exceção. Nem todas as doutrinas são compatíveis com o direito internacional, mas elas contribuem para uma ordem mínima estabilizando as expectativas de todos os atores sobre as consequências de certos tipos de ação e, portanto, auxiliam na prevenção de aventuras e equívocos (REISMAN, 2003: 90).

Essa tese, que O’CONNELL denomina “excepcionalismo” (2002: 53) e VAGTS de “direito internacional hegemônico” (2001), se funda na idéia de que a desigualdade existente entre os EUA e os outros Estados, inclusive as outras grandes potências, é tamanha que não se justificaria que o direito se aplicasse da mesma forma àquele Estado como se aplica aos demais. Tal crença pode ser identificada no pensamento e na prática de diversos estadistas estadunidenses (cf. O’CONNELL, 2002: 43-44), ainda que o discurso oficial tenda a mascarar a realidade com apelos à legalidade das ações realizadas.

Não é difícil perceber que, ao incluir a realização de ataques preventivos em sua estratégia de segurança nacional, o Governo dos EUA não desejava que tal possibilidade estivesse aberta a outros Estados, inclusive as demais grandes potências. Como está claro no próprio texto da Estratégia de Segurança:

Os Estados Unidos não usarão a força em todos os casos, e as outras nações não devem utilizar a preempção como pretexto para a agressão (WHITE HOUSE, 2002: 15)

E nem poderia ser de outra forma, já que um mundo onde todos os Estados pudessem recorrer à força unilateralmente para eliminar ameaças futuras e indeterminadas à sua posição não seria condizente com os interesses estadunidenses; nem aos EUA não agrada a visão de um mundo onde o Paquistão aja preventivamente contra a Índia – *os dois sendo detentores de tecnologia nuclear* –, onde o Japão possa lançar um ataque preventivo contra a Coreia do Norte, ou a China contra Taiwan, ou a Grécia contra Chipre, apenas para ficar em alguns exemplos. A intenção dessa política de Washington é, inegavelmente, mudar o direito (DRUMBL, 2005: 210), mas não no sentido de que a mudança aproveite a todos; a finalidade última dessa política é obter o reconhecimento jurídico de que as regras sobre o uso da força aplicáveis aos EUA são diferentes, especiais, menos restritivas do que as que se aplicam ao comum dos Estados.

Não é preciso muito esforço para ver que também essa proposta tem implicações importantes para a manutenção da ordem internacional e, principalmente, para o direito internacional. Em primeiro lugar, a afirmação de um direito exclusivo dos EUA de recorrer preventivamente à força não impediria, mas ao invés disso, estimularia os Estados que se vejam como alvos potenciais desses ataques a se prepararem para essa eventualidade, estimulando uma corrida armamentista que aumentaria ainda mais a necessidade de prevenção e a probabilidade de uso efetivo da força, com conseqüências provavelmente desastrosas não apenas para os beligerantes. Além disso, como bem aponta O'CONNELL:

[p]ermitir que os Estados Unidos ascendam a uma posição acima do direito terá repercussões para o próprio direito. Essas repercussões muito provavelmente não serão as que os Estados Unidos desejam. Os EUA querem em mundo ordenado com todos sob o império da lei, mas alguns também desejam que os EUA tenham o direito de escolher as regras que quer obedecer. Não é assim que o direito funciona. O direito se baseia num elemento psicológico de fé e comprometimento. Quando estes estão ausentes, não pode haver direito. Se os Estados Unidos destruírem essa ficção e se declararem acima da lei, isso colaborará para eliminar de forma ampla o comprometimento para com o direito na comunidade internacional (O'CONNELL, 2002: 57).

Um direito internacional que seja imposto de cima para baixo aos Estados por uma potência hegemônica não passaria de uma ordenança que mais resistência traria do que benefícios e cuja aplicação dependeria quase que exclusivamente da coerção. Num tal quadro, falar em direito internacional seria, no mínimo, uma ilusão enganadora. Nem se diga que o direito internacional sempre foi desigual porque reflete os interesses das grandes potências, que é tese clássica de MORGENTHAU; o direito internacional, pelo menos até a Carta de São Francisco, sempre previu como princípio fundamental a igualdade soberana dos Estados, significando que as normas internacionais se aplicam por igual a todos, de modo que, ainda que o seu conteúdo espelhe a preferência das potências dominantes, isso não impede que esses mesmos princípios possam ser usados contra os mais poderosos.

O abandono do dogma da igualdade formal entre os Estados pode até ser feito, mas então a mudança no sistema internacional terá sido muito mais vasta e profunda do que a simples privatização do uso da força faria crer: é o próprio sistema de Estados, entendidos como unidades políticas autônomas, que terá deixado de existir, substituído por um inédito *Império* global ou por uma aristocracia de Estados que terão poder sobre os inferiores.

A saída, então, se não se quer jogar por terra toda a experiência acumulada por sessenta anos de funcionamento da mais complexa organização internacional já criada, nem manter escritas em pedra regras feitas tendo em vista uma realidade completamente diferente, é buscar um *aggiornamento* das instituições internacionais, de modo que o sistema de segurança coletiva encimado pela ONU possa recuperar – *ou finalmente alcançar* – sua legitimidade aos olhos dos Estados. Nesse processo, há que se repensar as formas de tomada de decisão no âmbito de Conselho de Segurança, de modo a impedir que ele se torne refém dos interesses particulares dos Estados; há que se impedir tanto que o Conselho se torne um mero cartório que autentique as decisões unilaterais de alguns

membros, o que alienaria os demais, quanto a sua paralisação por capricho de apenas uma única potência; tanto os Estados menores precisam ter a garantia de que a sua participação não serve apenas para dar um *verniz* de legitimidade às pretensões das grades potências, em especial dos EUA, quanto as grandes potências precisam ter a certeza de que o órgão não se tornará apenas um modo de impedir suas ações, mesmo legítimas¹⁴⁴. No centro dessa discussão, como não poderia deixar de ser, está o direito de veto dos membros permanentes, que impede o Conselho tanto de tomar medidas preventivas que poderiam evitar conflitos armados, quanto de tomar uma atitude contra um membro permanente que tenha decidido agir sem a sua autorização.

O sistema de segurança coletiva, assim, está a demandar uma profunda reforma que permita que ele se atualize para encarar os desafios que os novos tempos trouxeram que não puderam ser previstos pelos *founding fathers*. As perspectivas para que isso ocorra, ao menos em curto e médio prazo, são mínimas. Exemplo disso foi a Cúpula Mundial, em 2005, à qual o então Secretário-geral da ONU, Kofi Annan, apresentou suas propostas de reforma institucional, consolidadas no seu relatório intitulado *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*¹⁴⁵. A tese central do relatório,

¹⁴⁴ A descrição feita por BENVENISTI sobre a forma como a opinião pública nos EUA percebe a atuação das instituições internacionais mostra como isso já é um problema, que inclusive tende a impedir o acesso à Casa Branca de grupos políticos mais comprometidos com um maior respeito ao direito e às instituições internacionais:

Viewed from this American angle, the US is the primary provider of global security. Some of its traditional allies share some of the collective efforts. Others share only a symbolic part. Those who ride free compromise the success of the campaign. Most annoying are other benefactors of the US efforts who not only free ride, but actually burden the US-led effort by invoking international law against it. Angry remarks about “old Europe” betray frustration at what is viewed as European ungratefulness, if not hypocrisy. They also betray a lack of attention in the US administration to the crucial domestic dimension of global cooperation, to what Joseph Nye calls “soft power”, the power of shared values. As a result, international law loses its “soft power” for many Americans, who come to see it as a tool to hinder the provision of the public goods of global welfare and security, a tool invoked against the US by unthankful opportunists. As such, and vindicated by their moral convictions and their received role as protecting Western civilization, since the end of the Cold War the US administration has failed to see both moral and strategic reasons for adhering to outsider’s views about international law (BENVENISTI, 2004: 684)

¹⁴⁵ UN Doc. A/59/2005.

apoio para as propostas de reforma, é a da interconexão das ameaças à paz e segurança internacionais, que cujo combate exige a garantia para todos de três liberdades fundamentais, que compõem o conceito de *maior liberdade* (*larger freedom*) que foi buscado no Preâmbulo da Carta da ONU: liberdade frente às privações (*freedom from want*), liberdade frente ao medo (*freedom from fear*) e liberdade para viver com dignidade (*freedom to live in dignity*). Essa interconexão é assim demonstrada:

Mesmo que possa votar para escolher seus governantes, um jovem com AIDS que não saiba ler e escrever e corre o risco de morrer de fome não é verdadeiramente livre. Igualmente, mesmo que ganhe o suficiente para seu sustento, uma mulher que viva sob a ameaça de violência cotidiana e que não tem voz na definição dos destinos de seu país não é verdadeiramente livre. Uma liberdade mais ampla implica todos os homens e mulheres, em todos os lugares, terem o direito de ser governados por seu consentimento, segundo o direito, numa sociedade onde todos os indivíduos podem, sem discriminação ou retribuição, falar, orar e se associar livremente. Eles devem também ser livres de privações — *de forma que as sentenças de morte da extrema pobreza e das doenças infecciosas sejam eliminadas de suas vidas* — e livres do medo — *de forma que suas vidas e meios de sustento não sejam destruídos pela violência e pela guerra* (UNITED NATIONS, 2005, § 15).

[...]

As ameaças à paz e à segurança no Séc. XXI incluem não somente guerras e conflitos internacionais, mas a violência civil, o crime organizado, terrorismo e armas de destruição em massa. Elas também incluem a pobreza, as doenças infecciosas letais e a degradação ambiental, eis que podem produzir conseqüências igualmente catastróficas. Todas essas ameaças podem causar morte ou diminuir as chances de sobrevivência em larga escala. Todas podem enfraquecer os Estados como a unidade básica do sistema internacional (UNITED NATIONS, 2005, §78).

[...]

No nosso mundo globalizado, as ameaças que enfrentamos estão interconectadas. O rico é vulnerável às ameaças que assolam os pobres [...] e vice-versa. Um atentado terrorista com artefatos nucleares nos Estados Unidos ou na Europa teria efeitos devastadores para o mundo inteiro. Mas também os teria o surgimento de uma nova pandemia virulenta num país pobre desprovido de um sistema de saúde (UNITED NATIONS, 2005, §80).

A tentativa, aqui, é superar o fato de que cada Estado tende a supervalorizar os problemas que o ameaçam em detrimento dos problemas que afetam os outros. Perceber

que as ameaças que afetam a um estão irrevogavelmente ligadas às ameaças que preocupam aos outros poderia, na visão do Secretário-geral, fornecer a “cola do interesse comum” (UNITED NATIONS, 2005: §2) necessária para unir os Membros das Nações Unidas nessa empreitada por uma reforma abrangente da organização. Embora não se possa dizer que a Cúpula tenha sido um fracasso completo, ela frustrou as expectativas de avanço no seu ponto mais essencial, o referente ao sistema de segurança coletiva (cf. RICUPERO, 2006: 80-87), e revelou as profundas divergências políticas que ainda marcam a relação entre os Estados, principalmente as grandes potências.

A necessidade de reforma, contudo, permanece. Por mais respeito que comande o texto da Carta, pelo que ele permitiu conseguir durante uma época em que o fim do mundo se tornou mais do que uma simples previsão bíblica, ele precisa ser reformado para se adaptar ao novo cenário surgido após o final da Guerra Fria, ou progressivamente perderá sua legitimidade e capacidade de obter a adesão dos Estados sem a qual ele não tem quaisquer condições de eficácia. Como escreveu Oliver Wendel HOLMES:

É revoltante não ter melhor razão para uma norma jurídica do que o fato de que ela foi estabelecida no tempo de Henrique IV. Isso é ainda mais revoltante quando os fundamentos sobre os quais ela se baseava já não mais existem, e a norma persiste apenas como imitação cega (*apud* REISMAN, 2003: 82).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

"On sait qu'il n'est que deux remèdes possibles à cet état de choses dont nous n'avons effleuré qu'un aspect : l'Empire universel ou le Fédéralisme œcuménique. Nous assistons à la gestation de l'un ou de l'autre. Les époques révolutionnaires ne comportent aucune sécurité, même si les principes qu'elles dégagent sont une préfiguration de l'ordre juridique à venir" (SCELLE, 1954 : p.22)

Escrevendo numa época de acontecimentos revolucionários e perigosos, Georges SCELLE diagnosticou o caráter intermediário da forma de organização internacional alcançada em 1945. Seu documento fundador, a Carta das Nações Unidas, representa uma solução de compromisso entre as aspirações de um mundo pacífico, onde todos pudessem viver, nas palavras do Preâmbulo, *in larger freedom*, o que já então se sabia ser uma condição para a manutenção de uma paz duradoura, e as contingências ditadas pela realidade política do mundo da época, marcadamente a disputa pela liderança entre duas superpotências com visões mutuamente excludentes da melhor forma de se organizar a convivência entre os homens.

Nossa época não é menos revolucionária nem menos perigosa. As mudanças ocorridas nos últimos vinte anos alteraram de forma indelével o panorama em que se dão as relações internacionais. O próprio sistema internacional, sobre o qual se ergue o edifício do direito internacional, parece estar mudando. As idéias-mestras que orientavam a convivência entre os Estados já não mais dão conta de uma realidade que se tornou mais complexa, mais cheia de incertezas e por isso mesmo mais perigosa. Certos princípios que eram antes tidos como dogmas imutáveis parecem, hoje, ser a receita para o desastre. Mesmo a proibição do uso da força, absoluta como decorre da Carta da ONU, enfrenta há tempos pressões por mudança e flexibilização.

Esta tese enfocou uma dessas pressões, a representada pela Doutrina Bush. Busquei, a partir de um estudo aprofundado sobre a legítima defesa, seus fundamentos

político-filosóficos e os limites que eles impõem ao seu exercício e extensão, demonstrar a real natureza da insinuação de um direito de legítima defesa preemptiva feita pelo atual governo dos Estados Unidos da América – *uma política de uso unilateral da força com fins de prevenção* –, rejeitando essa proposta por suas conseqüências perniciosas para a manutenção da ordem nas relações internacionais.

A proposta estadunidense, contudo, expõe fraquezas e deficiências do sistema de segurança coletiva criado pela Carta das Nações Unidas. Em particular, ataca a tendência à inação de um sistema pensado mais para impedir a eclosão de conflitos armados do que resolver emergências. Embora de maneira abrutalhada e pouco respeitosa, ela serve para evidenciar a necessidade urgente de reforma desse sistema, que cada vez mais se distancia da realidade da prática dos Estados. Se a demanda dos EUA pelo direito de agir preventivamente segundo seus próprios critérios deve ser rejeitada, não se pode por isso desconsiderar a urgência de discutir e implementar formas de reconciliar a prática do Conselho de Segurança com as expectativas a seu respeito.

Um dos principais objetivos, aqui, deve ser restaurar a confiança na atuação do Conselho de Segurança, que foi perdida pouco após o início de seu funcionamento, restaurou-se por um breve período na primeira metade dos anos 1990, para logo após se perder novamente, após a intervenção ilegal da OTAN na Sérvia. De alguma forma, há que se dar a certeza aos Estados que recorram ao Conselho de que este os atenderá, cumprindo a missão que lhe foi atribuída pela Carta, tanto quando se tratar de uma das grandes potências, quanto quando se tratar de Estados com pouco ou nenhum interesse estratégico. Aos Estados menores deve ser assegurado que o Conselho intervirá em seu favor e às grandes potências, que seus concorrentes não paralisarão a ação do Conselho apenas porque a eles interessa que nada seja feito e que a ameaça a qual se quer prevenir venha a se concretizar.

O direito de veto é certamente um dos pontos aos quais se deve dar atenção especial. Na sua própria origem ele já traz a pecha da desconfiança em face do Conselho, afinal ele era a cláusula de seguro que os cinco membros permanentes exigiram na Conferência de São Francisco contra a possibilidade que o poderoso órgão que criavam se voltasse contra eles. A eliminação da possibilidade de veto unilateral, contudo, não resolveria o problema da manipulação política do Conselho, porque isso não passa de um aspecto formal do processo decisório do Conselho de Segurança; o problema com o Conselho é mais complexo, e tem a ver com a própria natureza *política* desse órgão.

De fato, eliminar a possibilidade de veto não impediria que o Conselho fosse manipulado para atender os interesses de certos Estados, ainda que uma maioria fosse necessária para fazê-lo. Num mundo onde os Estados fracos são infinitamente mais numerosos do que os fortes, a introdução de uma regra de maioria sem a possibilidade de veto transformaria a organização num instrumento de combate às grandes potências, que dela simplesmente se retirariam; o exemplo da relação dos EUA com a ONU é paradigmático. Há que se encontrar um jeito de impedir ou ao menos de reduzir a manipulação política da atuação do Conselho, sem ao mesmo tempo condená-lo à paralisia e à insignificância.

Há muito tempo, no plano doméstico, especificamente nos Estados ocidentais, a solução para o problema da arbitrariedade e da utilização parcial dos órgãos encarregados da manutenção da ordem foi encontrada na definição de critérios claros que definissem não só *como* e *por quem* as decisões são tomadas, mas também *o quê* pode ser decidido. Trata-se de colocar esses critérios acima da possibilidade de disposição pelas partes, que são obrigadas a respeitá-los; em outras palavras, instituir um estado de direito. Para o Conselho de Segurança, isso significaria abandonar a sua natureza exclusivamente política, que o torna refém dos interesses de seus membros e transpassado pela luta política que eles

travam fora do órgão, e adotar uma feição mais juridicizada, limitando a discricionariedade de suas decisões pela submissão a critérios pré-estabelecidos e de observância obrigatória.

Isso significa um reforço do direito internacional, e não um afrouxamento, como parece querer o governo dos EUA. Um reforço tanto no sentido de estipular de maneira mais precisa o conteúdo de normas internacionais, quanto na criação de mecanismos para fazê-las cumprir. Aos que são céticos quanto às chances de um tal projeto ser bem sucedido, o exemplo da Organização Mundial do Comércio, ainda que não seja perfeita, mostra que isso é possível desde que todos os Estados percebam um incentivo para integrar esse sistema e existam garantias suficientes de que o mecanismo criado não será utilizado injustamente contra nenhum dos membros. Mas uma coisa é a criação de uma organização internacional “com dentes”, como diz Vera THORSTENSEN, para regular questões comerciais e outra completamente diferente é a criação de uma instituição semelhante para a regulação do uso da força, visto pelos Estados como sua garantia de sobrevivência; compreensivelmente, sua relutância em se submeter a uma autoridade internacional é muito maior nesse campo do que no do comércio. A vantagem percebida nessa barganha de liberdade por segurança precisa ser significativa para que os Estados se sujeitem a essa concreta limitação de sua possibilidade de recorrer à força: a interconexão dos perigos e ameaças que rondam o planeta – *guerra, fome, pandemias, catástrofes ambientais, violação de direitos humanos, deslocamentos massivos de populações etc.* – apontada pelo Relatório do Secretário-Geral da ONU (UNITED NATIONS, 2005: 05-06), que redundará na quase certa ineficácia de qualquer tentativa de lidar isoladamente com esses problemas, pode fazer da sujeição a um órgão comum uma vantagem assim tentadora, uma vez que os Estados se dêem conta do que poderá resultar da insistência no unilateralismo.

Não se trata de tarefa simples, nem há garantias de que possa ser realizada em tempo de evitar que as ameaças de hoje se concretizem em danos sensíveis no futuro

próximo. O fracasso da Cúpula Mundial de 2005 mostra que os Estados, e não apenas as grandes potências, continuam refratários à idéia de que estamos todos num mesmo barco. De resto, todos os indícios apontam para a natureza utópica desse projeto de reforço do arcabouço jurídico do sistema de segurança coletiva, mas a alternativa, como escreveu BOBBIO (2003:115), é demasiado monstruosa para que se aceite sua inevitabilidade.

O direito, acima de tudo, continua sendo um artifício criado pelo homem para tranquilizá-lo frente à insegurança que traz a inescapável convivência com outras pessoas. Seu funcionamento não dispensa uma grande dose de fé: fé na sua capacidade de motivar o próximo, esse desconhecido, a não se voltar contra nós. Essa crença não nos protege de decepções – *nossas orações nem sempre impedem que o mal nos visite* –, mas acreditar no pior é tornar certa a probabilidade de que ele ocorra. Sabendo que o pior é possível, mas não inevitável, pode-se construir uma alternativa.

Aqueles que hoje se preocupam em encontrar uma solução, seja qual for, para o problema, colocam-se entre esses dois extremos: recusam a sedução do progresso inevitável, mas não se deixam tentar pela fascinação do abismo. Não são nem otimistas, nem pessimistas. Acreditam que a salvação seja, mais uma vez, o resultado de uma busca racional e de um esforço consciente, e agem em conseqüência (BOBBIO, 2003: 135)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **A Cidade de Deus**. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000, 3v, v.3.
- ALFIERI, Luigi. Violenza, Pena e Ordine. In BASCIU, Maurizio (coord.). **Diritto Penale, Controllo di Razionalità e Garanzie del Cittadino. Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica**. VERONA? : CEDAM, 1998.
- ANGELL, Norman. **A Grande Ilusão**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.
- ARENDT, Hannah. **On Violence**. San Diego, Harvest, 1970.
- BADR, Gamal Moursi. The Exculpatory Effect of Self-Defense in State Responsibility. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 10, n. 1, 1980, pp. 01-28.
- BENVENISTI, Eyal. The US and the Use of Force: Double-edged Hegemony and the Management of Global Emergencies. *European Journal of International Law*, v.15, n.4, 2004, pp. 677-700.
- BIERZANEK, Remigiusz. War Crimes: History and Definition. In: BASSIOUNI, Mohammed Cherif (org). **International Criminal Law**. New York: Transnational Publishers, 1986. v. 3, pp. 29-50.
- BLIX, Hans. **The Use of Force in the International Community**. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures. Cambridge, Monday 22 November 2004. Disponível *online* no URL <http://www.lcil.cam.ac.uk/Media/lectures/pdf/blix_22112004.pdf>. Acesso em 20.01.2007.
- BOBBIO, Norberto. **O Problema da Guerra e as Vias da Paz**. São Paulo: UNESP, 2003.
- BRIMMER, Esther. L'Action Préventive Selon George W. Bush. *Annuaire Français de Relations Internationales*, Bruxelles: Bruylant, v. 5, 2004, pp. 679-686.
- BROWNLIE, Ian. The Use of Force in Self-Defence. *British Yearbook of International Law*, v. 37, 1961, pp. 183-268.
- BUCHANAN, Allen e KEOHANE, Robert O. The Preventive Use of Force. In. KINSELLA, David e CARR, Craig L. (ed.). **The Morality of War: A Reader**. Boulder, CO: Lynne Rienner, 2007, pp. 176-190. Disponível *online* no URL <<http://web.pdx.edu/~kinsella/ps371/>>. Acesso em 12.12.2006.
- BULL, Hedley. **The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics**. 2 ed. New York: Columbia University Press, 1995.

- BUSH, George W. Commencement Address at the United States Military Academy in West Point, New York (June 1, 2002). *Weekly Compilation of Presidential Documents*, v.38, n.23, June, 10, 2002, pp. 944-948.
- CARR, Edward Hallett. **Vinte Anos de Crise – 1919-1939: Uma Introdução ao Estudo das Relações Internacionais**. 2 ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.
- CASSESE, Antonio. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- CLAUSEWITZ, Carl von. **On War**. Hertfordshire: Wordsworth, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DELIVANIS, Jean. **La Légitime Défense en Droit International Public Moderne. Le Droit International face à ses limites**. Paris : Librairie Générale ~de Droit et de Jurisprudence, 1971.
- DENTON, Frank H. e PHILLIPS, Warren. Some Patterns in the History of Violence. *The Journal of Conflict Resolution*, v. 12, n. 2, Jun., 1968, pp. 182-195.
- DIAS, Caio Gracco Pinheiro. **Limites Materiais do Direito de Punir Internacional em seu Momento Legislativo**. 09.09.2002. 258f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.
- DINH, Nguyen Quoc. La Legitime Féfense d'après la Charte des Nations Unies. *Revue Générale de Droit International Public*, v. 52, 1948, pp. 223-254.
- DINSTEIN, Yoram. **Guerra, Agressão e Legítima Defesa**. São Paulo: Manole, 2004.
- DRUMBL, Mark A. Self-Defense and the Use of Force. In. KINSELLA, David e CARR, Craig L. (ed.). **The Morality of War: A Reader**. Boulder, CO: Lynne Rienner, 2007, pp. 200-212. Disponível *online* no URL <<http://web.pdx.edu/~kinsella/ps371/>>. Acesso em 12.12.2006.
- DRUMBL, Mark; REISMAN, W. Michael; JINKS, Derek; DINSTEIN, Yoram; GLENNON, Michael J. Self-Defense in an Age of Terrorism. *American Society of International Law Proceedings*, v.97, 2003, pp. 141-152.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. 5 ed. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4 ed. São Paulo, Atlas, 2003.
- FRANCK, Thomas M. Preemption, Prevention ans Anticipatory Self-Defense: New Law Regarding Recourse to Force? *Hastings International & Comparative Law Review*, v. 27, 2004, pp. 425-435.
- FRANCK, Thomas M. What Happens Now? The United Nations after Iraq. *The American Journal of International Law*, v.97, n.3, Jul., 2003, pp.607-620.

- GALTUNG, Johan. Twenty-five Years of Peace Research: Ten Challenges and some Responses. *Journal of Peace Research*, v. 22, n. 2, 1985, pp. 141-158.
- GIRAUD, Emile. La Théorie de la Légitime Défense. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v.49, 1934, pp. 691-868.
- GLENNON, Michael J. **Limits of Law, Prerogatives of Power. Interventionism after Kosovo**. New York: Palgrave, 2001.
- GLENNON, Michael J. The Fog of Law: Self-Defense, Inherence and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 25, n.2, 2002, pp. 539-558.
- GROSS, Leo. States as Organs of International Law and the Problem of Autointerpretation. In LIPSKI, George A. (ed.). **Law and Politics in the World Community: Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law**. Berkeley; Los Angeles: University of California Press, 1953, pp. 59-88.
- GROTIUS, Hugo. **The Law of War and Peace: De Jure Belli ac Pacis Libri Tres**. Oxford: Clarendon, 1925.
- GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GURR, Ted Robert e BISHOP, Vaughn F. Violent Nations, and Others. *The Journal of Conflict Resolution*, v. 20, n. 1, Mar., 1976, pp. 79-110.
- HENKIN, Louis. Kosovo and the Law of "Humanitarian Intervention". *The American Journal of International Law*, v.93, n.4, Oct., 1999, pp. 824-828.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits. Judgment. *I.C.J. Reports*, 1986, pp.14-150; *International Legal Materials*, v.25, n.5, September, 1986, pp. 1023-1091.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. V.4. 4 ed. Buenos Aires: Losada, 1983.
- JUSTINIAN. **The Digest of Roman Law – Theft, Rapine, Damage and Insult**. London: Penguin, 1979.
- KAUFMAN, Whitley. What's Wrong with Preventive War? The Moral and Legal Basis for the Preventive Use of Force. *Ethics & International Affairs*, v.19, n.3, Fall, 2005, pp. 23-38.
- KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. New York: Russell & Russell, 1961.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- KOLB, Robert. Considérations Générales sur la Violence et le Droit International. *Annuaire Français de Relations Internationales*, Bruxelles: Bruylant, v. 6, 2005, pp. 27-44.

- LEVY, Jack S. Declining Power and the Motivation for Preventive War. *World Politics*, v. 40, n. 1 (Oct., 1987), pp. 82-107.
- MÁRQUEZ CARRASCO, Maria del Carmen. **Problemas Actuales sobre la Prohibición del Recurso a la Fuerza em Derecho Internacional**. Madrid: Tecnos, 1998.
- MCDOUGAL, Myres S. The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense. *The American Journal of International Law*, v. 57, n. 3 (Jul., 1963), pp. 597-604.
- MCMAHAN, Jeff. Self-Defense and the Problem of the Innocent Attacker. *Ethics*, v. 104, n. 2, Jan. 1994, pp. 252-290.
- MEARSHEIMER, John J. e WALT, Stephen. An Unnecessary War. In: KINSELLA, David e CARR, Craig L. (ed.). **The Morality of War: A Reader**. Boulder, CO: Lynne Rienner, 2007, pp. 191-199. Disponível online no URL <<http://web.pdx.edu/~kinsella/ps371/>>. Acesso em 12.12.2006.
- MICHAUD, Yves. **A Violência**. São Paulo: Ática, 1989.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal – Parte General**. 5 ed. Barcelona: Reppertor, 1998.
- MURPHY, Sean D. The Doctrine of Preemptive Self-Defense. *Villanova Law Review*, v. 50, 2005, pp. 699-748.
- MURSWIEK, Dietrich. **The American Strategy of Preemptive War and International Law**. Freiburg: Albert-Ludwigs-Universität Freiburg Institute of Public Law - Papers und Preprints, 2003. Disponível online no URL <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/IOER_PreemptiveWar.pdf>. Acesso em 20.01.2007.
- O'CONNELL, Mary Ellen. American Exceptionalism and the International Law of Self-Defense. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 31, 2002-2003, pp. 43-57.
- O'CONNELL, Mary Ellen. **The Myth of Preemptive Self-Defense**. Washington, DC: The American Society of International Law - Task Force on Terrorism, 2002. Disponível online no URL <www.asil.org/taskforce/oconnell.pdf>. Acesso em 20.01.2007.
- OLIVER, W. Donald. **Theory of Order**. Yellow Springs, Ohio: The Antioch Press, 1951.
- PARADISO, José. Norman Angell: A Grande Ilusão (prefácio). In: ANGELL, Norman. **A Grande Ilusão**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002, pp. IX-L.
- PLETCHER, Galen K. A Value-Free Definition of "Violence"? *The Journal of Politics*, v. 39, n. 4, Nov., 1977, pp. 1055-1060.
- PONTARA, Giuliano. The Concept of Violence. *Journal of Peace Research*, v. XV, n.1, 1978, pp. 19-32.
- PONTARA, Giuliano. The Rejection of Violence in Gandhian Ethics of Conflict Resolution. *Journal of Peace Research*, v. II, n.3, 1965, pp. 197-215.

- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. v.2. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- PUFENDORF, Samuel. **De Jure Naturae et Gentium Libri Octo**. Translation Oxford: Clarendon; London: Humphrey Milford, 1934.
- REISMANN, W. Michael. Assessing Claims to Revise the Laws of War. *The American Journal of International Law*, v. 97, n. 1, XXX, 2003, pp. 82-90.
- REITER, Dan. Exploding the Powder Keg Myth: Preemptive Wars Almost Never Happen. *International Security*, v. 20, n. 2, Autumn, 1995, pp. 05-34.
- RICUPERO, Rubens. A Dificuldade de Construir Consensos numa Era de Extremos. In RODRIGUES, Thiago e ROMÃO, Wagner de Mello (org.). **ONU no Século XXI: Perspectivas**. São Paulo: Desatino, 2006, pp. 29-87.
- ROSENAU, James N. Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial. In ROSENAU, James N. e CZEMPIEL, Ernst-Otto (org.). **Governança sem governo: Ordem e Transformação na Política Mundial**. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, pp. 11-46.
- ROXIN, Claus. As Restrições Ético-Sociais ao Direito de Legítima Defesa. In ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2 ed. Lisboa: Vega, 1993, pp. 197-234.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Madrid: Civitas, 2001.
- RUNKLE, Gerald. Is Violence Always Wrong? *The Journal of Politics*, v. 38, n. 2, May, 1976, pp. 367-389.
- RUSSELL, Bertand. Introdução à Filosofia da Matematica. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.
- SAPIRO, Miriam. Iraq : The Shifting Sands of Preemptive Self-Defense. *The American Journal of International Law*, v.97, n.3, Jul., 2003, pp. 599-607.
- SCELLE, Georges. Quelques Réflexions sur l'Abolition de la Compétence de Guerre. *Revue Générale de Droit International Public*, v. 58, 1954, p.22.
- SCHACHTER, Oscar. Self-Defense and the Rule of Law. *American Journal of International Law*, v. 83, 1989, pp. 259-277.
- SCHWEBEL, Stephen M. Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v.136, 1972, pp. 411-497.
- SHAW, Malcolm N. **International Law**. 5 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- SILVA, Antonio José da Costa e. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 2v. Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial :Superior Tribunal de Justiça, 2004. v.1.

- SOFAER, Abraham D. On the Necessity of Pre-Emption. *European Journal of International Law*, v.14, 2003, pp. 209-226.
- STEINKRAUS, Warren E. Martin Luther King's Personalism and Non-Violence. *Journal of the History of Ideas*, v. 34, n. 1, Jan.- Mar., 1973, pp. 97-111.
- TAFT, William H., IV e BUCHWALD, Todd F. Preemption, Iraq and International Law. *The American Journal of International Law*, v.97, n.3, Jul., 2003, pp. 557-563.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TUCÍDIDES. **História da Guerra do Peloponeso**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.
- UNITED NATIONS. **A more secure world: Our shared responsibility - Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change**. New York: United Nations Department of Public Information, 2004. Disponível *online* no URL <<http://www.un.org/secureworld/report2.pdf>>. Acesso em 20.01.2007.
- UNITED NATIONS. Secretary-General. **In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All**. 2005. Disponível em <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/270/78/PDF/N0527078.pdf?OpenElement>>. Acesso em 20/01/2007.
- VAGTS, Detlev F. Hegemonic International Law. *The American Journal of International Law*, v. 95, n.4, 2001, pp. 843-848.
- VISSCHER, Charles de. Les Lois de la Guerre et la Théorie de la Nécessité. *Revue Générale de Droit International Public*, v. 24, 1917, pp. 74-108.
- VITORIA, Francisco de. **Political Writings**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- WALDOCK, Claud Humphrey Meredith. The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v.81, 1952, pp. 455-517.
- WALT, Stephen M. La Guerre Préventive: Une Stratégie Illogique. *Annuaire Français de Relations Internationales*, Bruxelles: Bruylant, v. 6, 2005, pp. 138-152.
- WECKEL, Philippe. Nouvelles Pratiques Américaines em Matière de Légitime Défense. *Annuaire Français de Relations Internationales*, Bruxelles: Bruylant, v. 6, 2005, pp. 128-137.
- WEDGWOOD, Ruth. The Fall of Saddam Hussein: Security Council Mandates and Preemptive Self-Defense. *The American Journal of International Law*, v.97, n.3, Jul., 2003, pp. 576-585.

WHITE HOUSE. **The National Security Strategy of the United States of America.** 2002. Disponível *online* no URL: <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss/2002/nss.pdf>>. Acesso em 20.01.2007.

WHITE HOUSE. **The National Security Strategy of the United States of America.** 2006. Disponível *online* no URL: <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>>. Acesso em 20.01.2007

WOLFF, Robert Paul. On Violence. *The Journal of Philosophy*, v. 66, n. 19, Oct., 1969, pp. 601-616.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal - Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 1981. V.3.