

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O TESTE DO COMANDANTE MILITAR RAZOÁVEL: UMA ANÁLISE ESTRUTURALISTA DA RELAÇÃO ENTRE SUAS INDETERMINAÇÕES E APLICAÇÕES LEGAIS

Augusto Guimarães Carrijo

INTRODUÇÃO

A proporcionalidade dentro do direito internacional humanitário é o conceito legal responsável pela árdua tarefa de balancear vidas e danos causados à civis, de um lado, e vantagem militar obtida por um ataque, do outro. A partir deste balanceamento, ataques que causem danos colaterais à civis que excedam a vantagem militar antecipada são considerados ilegais, ao passo que ataques que causem danos colaterais à população civil, mas que sejam proporcionais à vantagem militar antecipada pela parte que o realiza são vistos como legais. Isso significa que, para as normas reguladoras dos conflitos armados, é possível que civis sejam legalmente mortos e tenham seus bens destruídos, desde que isso seja justificado por um ataque que preveja um ganho militar proporcional às perdas causadas.

Esta premissa por si só revela muito sobre a estrutura normativa internacional: o direito internacional aceita que civis sejam alvos de danos colaterais em certa medida. No entanto, se observada por uma perspectiva diferente, tal premissa pode ser encarada de outra maneira: o direito internacional *não permite* que civis sejam vítimas de danos colaterais desproporcionais. O argumento feito pela corrente realista é que, em um mundo no qual conflitos armados são uma realidade, é melhor admitir que civis sofrerão colateralmente os efeitos da guerra e, então, pensar em regras que visem a mitigação deste dano; a minimização do sofrimento civil. Em um segundo nível – os realistas podem afirmar – que é impensável a conclusão de normas de direito internacional que não admitam nenhum dano a civis, pois elas nunca seriam celebradas, e muito menos cumpridas, pelos sujeitos internacionais; logo, devemos trabalhar com o que é factível, e aceitar que perdas civis, desde que proporcionais, poderão ocorrer com a anuência do direito.

Ao aceitar este pressuposto basilar do direito internacional humanitário, é possível, então, voltar-nos para a proporcionalidade enquanto norma limitadora de ataques discricionários. Considerando que a proporcionalidade é o que separará aqueles

ataques causadores de danos colaterais que podem ser realizados daqueles que não podem, cumpre investigar o que seria, de fato, um ataque proporcional. Naturalmente, o movimento da consciência que iniciará a busca por este conceito, ainda abstrato, é o discernimento. A partir da tarefa analítica de discernir o que é o conceito de proporcionalidade, nos deparamos com os elementos que compõem a equação oferecida pelo princípio: dano colateral; vantagem militar antecipada; excessividade; etc. Estes elementos são capazes de serem analisados com maior exatidão do que o princípio em si, no entanto, conforme será visto ao longo deste trabalho, eles ainda revelam uma vasta indeterminação legal que acaba por circunscrever a regra da proporcionalidade como um todo.

Entre os juristas internacionais, o discurso legal enunciado a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade parece divergir em vários níveis, inexistindo um consenso a respeito do significado a ser atribuído para cada um dos elementos integrantes da equação que balanceia os danos colaterais e a vantagem militar.¹ Este cenário corrobora o entendimento de que estes conceitos são banhados por uma indeterminação legal²; ou seja, que podem receber diferentes significados a depender do contexto, de quem o aplica, em relação a quem ele é aplicado e da audiência que observa tal aplicação. O mais longe que os juristas internacionais conseguiram chegar alcançando um certo nível de consenso foi no entendimento de que o teste chamado de ‘comandante militar razoável’ deveria ser o método de interpretação utilizado para analisar se um determinado ataque cumpriu, ou não, com a proporcionalidade. Entretanto, quase tão indeterminado quanto o princípio que busca interpretar, o teste do comandante militar razoável também levanta dúvidas que seguem produzindo opiniões divergentes e carecem de respostas concretas.

Neste sentido, o presente trabalho de investigação busca analisar a relação entre a aplicação do teste do comandante militar razoável para interpretar o princípio da proporcionalidade e a indeterminação legal destes dois conceitos. O problema de pesquisa que norteia o estudo proposto é o seguinte: Como a utilização do teste do comandante

¹ Esta discussão é aprofundada no ponto 1.1 deste trabalho de investigação.

² O conceito de indeterminação legal será central para este trabalho. Aqui ele é utilizado conforme desenvolvido por Martii Koskeniemi em seu livro *From Apology to Utopia*. Este conceito, assim como a teoria do estruturalismo legal são debatidos no ponto 2.1.

militar razoável enquanto método interpretativo do princípio da proporcionalidade pode ser vista à luz da indeterminação legal destes dois conceitos?

Visando responder a este problema de pesquisa, esta investigação assume como marco teórico o estruturalismo legal, principalmente conforme desenvolvido por Martii Koskenniemi no seu livro *From Apology to Utopia*, que servirá como lente teórica para o desenvolvimento da análise pretendida. O trabalho divide-se da seguinte maneira: O ponto 1.1 conterá uma investigação descritiva-explicativa sobre o princípio da proporcionalidade para o direito internacional humanitário; o ponto 1.2 tratará do teste do comandante militar razoável, discutindo de maneira descritiva-explicativa sua aplicação para casos concretos envolvendo o princípio da proporcionalidade. Já na segunda metade deste trabalho será realizada uma reflexão crítica sobre a aplicação do princípio e do teste. Assim, no ponto 2.1 a teoria do estruturalismo legal será brevemente explicada e no ponto 2.2 ela será aplicada ao objeto de pesquisa já desenvolvido ao longo dos pontos 1.1 e 1.2, visando uma investigação crítica relativa à enunciação destes conceitos no discurso legal internacional.

1. EXCESSIVIDADE E RAZOABILIDADE: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO DOS PILARES INDETERMINADOS DA PROPORCIONALIDADE

1.1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

À luz do princípio da proporcionalidade, quando um ataque é direcionado contra um objetivo militar legítimo, a perda de vidas civis, a lesão causada a eles e o dano causado a seus objetos de modo incidental e antecipado não pode ser excessivo ou desproporcional à vantagem militar antecipada derivada do ataque.³ Com base nessas premissas, o princípio foi inserido nos artigos 51.5.b e 57.2.a.iii do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949, que ditam o seguinte:

ARTIGO 51

Proteção da população civil

5. Considerar-se-ão indiscriminados, entre outros, os seguintes tipos de ataque:

b) os ataques quando se pode prever que causarão incidentalmente mortos e ferimentos entre a população civil, ou danos a bens de caráter civil, ou ambas as coisas, e que seriam excessivos em relação a vantagem militar concreta e diretamente prevista.

³ FENRICK, William. Applying IHL Targeting Rules to Practical Situations: Proportionality and Military Objectives. **Windsor Yearbook of Access to Justice**, v. 27, n. 2, 2009. p.. 276

ARTIGO 57

Precauções no ataque

2. Com respeito aos ataques, as seguintes precauções deverão ser tomadas:

a) aqueles que planejem ou decidam um ataque deverão:

iii) abster-se de decidir de efetuar um ataque quando seja previsível que causará incidentalmente mortos ou feridos na população civil, danos a bens de caráter civil, ou ambas as coisas, que seriam excessivos em relação com a vantagem militar concreta e diretamente prevista.⁴

Além de estar prevista pelo Protocolo Adicional, a proporcionalidade também é reconhecida como um princípio geral de direito⁵ e, assim como constatado pelo Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (ICTY), representa uma norma de direito internacional costumeiro também⁶. Conforme disciplinado por juristas internacionais, a análise quanto à proporcionalidade de ataques deve ser feita tendo em vista as circunstâncias particulares de cada caso, levando em consideração os fatores referidos na norma.⁷ Embora a regra da proporcionalidade ofereça aos juristas elementos aparentemente objetivos para sua análise, é certo que ela carrega consigo uma natureza subjetiva e imprecisa, o que a transforma em um conceito controverso, que é considerado como incerto e vago mesmo por aqueles responsáveis por sua implementação no campo de batalha.⁸

A inserção da proporcionalidade no Estatuto de Roma fundador do Tribunal Penal Internacional (TPI) acrescenta mais uma camada de dúvida sobre o conceito. O artigo 8.2.b.iv, que dispõe que a violação à proibição de ataques desproporcionais será considerada um crime de guerra, acrescenta a expressão “claramente” antes da palavra “excessivos”, o que pode ser lido como uma interpretação mais restritiva de proporcionalidade:

Artigo 8º

Crimes de Guerra

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

⁴ ICRC. **Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 august 1949**. 8 jun. 1977. Disponível em: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0321.pdf. Acesso em: 08 Mar. 2024.

⁵ GARDAM, Judith. **Necessity, Proportionality and the Use of Force by States**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 132.

⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **The Prosecutor v. Zoran KUPRE[KI] and others**. Judgment - Trial Chamber, case n. IT-95-16-T. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em 08 Mar. 2024.

⁷ GARDAM, Judith. **Necessity, Proportionality and the Use of Force by States**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 95

⁸ GARDAM, Judith. **Necessity, Proportionality and the Use of Force by States**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. pp. 87 e 97.

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem *claramente excessivos* em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa.⁹

Para o Estatuto, um ataque será considerado desproporcional apenas se causar danos colaterais *claramente excessivos* em relação à vantagem militar antecipada. Tendo em vista esta suposta atualização promovida pelo Estatuto, é possível que os juristas internacionais argumentem tanto que ela deve ser levada em consideração, tendo em vista sua posterioridade em relação ao Protocolo Adicional I, quanto que ela deve ser desconsiderada e aplicada apenas em caso de responsabilidade penal individual perante o TPI, por se tratar de *lex specialis* do direito penal internacional, tanto quanto dizer que ela não influencia em medida alguma a análise da proporcionalidade.

Isso implica em admitir que existe uma dúvida razoável no plano internacional em relação ao quão excessivo os danos colaterais à população civil precisam ser em relação à vantagem militar antecipada para que sejam considerados ilegais. A título ilustrativo, consideremos que um ataque destrua vidas e bens civis, mas adquira uma vantagem militar razoável, existindo uma válida percepção de que os danos incidentais foram excessivos, mas não sendo possível obter um consenso quanto à existência, ou não, de tal excesso. Neste caso, é possível afirmar que o dano causado à população civil não foi *claramente* excessivo, e logo, não foi desproporcional? Devido à falta de acordo quanto ao significado a ser atribuído ao termo ‘claramente’ na equação da proporcionalidade não seria surpreendente caso os juristas chegassem a conclusões diferentes quanto à legalidade deste ataque.

Independentemente de qualquer discussão relativa ao termo “claramente”, a própria expressão “excessivos” causa divergências entre os juristas quanto ao seu significado. O comentário do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (ICRC) ao I Protocolo Adicional argumenta que a proibição a ataques que causem danos colaterais excessivos em relação à vantagem militar antecipada, quando lida à luz do propósito do Protocolo, também proíbe ataques que causem perdas civis extensivas, mesmo que não

⁹ BRASIL. Decreto Nº 4.388 de 25 de Setembro de 2002 que Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em 08 Mar. 2024.

excessivas.¹⁰ Em outras palavras, o comentário da ICRC entende que mesmo diante de uma vantagem militar muito importante, danos extensivos à civis não seriam permitidos sob a regra do Protocolo. Entretanto esta visão é contestada por autores¹¹ que entendem que um número alto – extensivo – de perdas civis poderia ser legalmente causado caso a vantagem militar antecipada fosse ainda maior, ou seja, fosse proporcional – não excessiva.

Entender se um dano extensivo é, ou não, permitido pelo princípio da proporcionalidade é crucial para responder às dúvidas legais a respeito de ataques que empreguem armas mais devastadoras como, por exemplo, armas nucleares. A Ex-juíza da Corte Internacional de Justiça, Rosalyn Higgins, em sua opinião dissidente à opinião consultiva sobre a Legalidade do Uso ou da Ameaça do Uso de Armas Nucleares entendeu que:

One is inevitably led to the question of whether, if a target is legitimate and the use of a nuclear weapon is the only way of destroying that target, any need can ever be so necessary as to occasion massive collateral damage upon civilians. It must be that, in order to meet the legal requirement that a military target may not be attacked if collateral civilian casualties would be excessive in relation to the military advantage, the "military advantage" must indeed be one related to the very survival of a State or the avoidance of infliction (whether by nuclear or other weapons of mass destruction) of vast and severe suffering on its own population; and that no other method of eliminating this military target be available.¹²

A partir das palavras de Higgins é possível compreender que na opinião da juíza, um dano, mesmo que extensivo, como o causado por uma arma nuclear, pode ser justificado sob o princípio da proporcionalidade caso a vantagem militar antecipada fosse tão necessária como a própria sobrevivência do Estado. Este posicionamento de Higgins revela, conforme sublinhado por Johansen, uma interpretação supostamente equivocada do conceito de vantagem militar, equivalendo-a à sobrevivência do Estado.¹³ Conforme

¹⁰ PILLOUD, Claude et al. (Ed.). *Commentary on the additional protocols: of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Martinus Nijhoff Publishers, 1987. p. 626.

¹¹ Cf. por exemplo: DINSTEIN, Yoram. *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. Cambridge university press, 2022. p. 156.

¹² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996. *Dissenting Opinion of Judge Rosalyn Higgins*. para. 21.

¹³ JOHANSEN, Sigrid Redse. *The military commander's necessity: the law of armed conflict and its limits*. Cambridge University Press, 2019. p. 319.

Johansen argumenta, a vantagem militar deve ser medida em relação ao ataque performedo e não em relação à guerra como um todo¹⁴, o que demonstra uma discordância entre Higgins e Johansen no que tange a análise da vantagem militar *in abstracto*. Inevitavelmente, esta discordância, e a discussão a respeito de como calcular a vantagem militar, nos leva a um novo nível de indeterminação do conceito de proporcionalidade que se relaciona com a seguinte pergunta: Qual é a maneira correta de se medir a vantagem militar?

Ao tentar responder esta pergunta os juristas internacionais oferecem as mais diversas respostas. O relatório feito pelo Comitê montado pelo Procurador do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia para analisar as supostas violações da Operação da Organização do Tratado do Atlântico-Norte (OTAN) no Kosovo, por exemplo, entendeu que a vantagem militar relevante é a geral, relativa aos objetivos da campanha militar como um todo.¹⁵ Ou seja, seria possível utilizar ganhos a longo prazo na guerra para justificar a vantagem militar de um ataque específico. Em contrapartida, outros autores criticaram a posição do Comitê, afirmando que medir a vantagem militar de uma forma geral, em relação aos objetivos da campanha como um todo, implicaria em transformar o princípio da proporcionalidade em uma realidade vazia de qualquer conteúdo normativo.¹⁶

A posição destes outros autores evidenciam que o tópico do cálculo da vantagem militar apresenta diversas discordâncias. Em resumo, há quem defenda que a análise deve ser feita caso a caso¹⁷; quem argumente que a vantagem militar deva ser atribuída de acordo com os impactos de curto prazo da operação¹⁸; quem argumente que ela deva ser atribuída de acordo com os impactos à longo prazo¹⁹; quem enfatize a importância dos

¹⁴ JOHANSEN, Sigrid Redse. **The military commander's necessity: the law of armed conflict and its limits**. Cambridge University Press, 2019. p. 319.

¹⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia**. The Hague: ICTY, 2000. Disponível em: <https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>. Acesso: 08 Mar. 2024.

¹⁶ LAURSEN, Andreas. NATO, the War over Kosovo, and the ICTY Investigation. **American University International Law Review**, v. 17, n. 4, p. 765-814, 2002. p. 792.

¹⁷ BROWN, Bernard. The Proportionality in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification. **Cornell International Law Journal**, v. 10, n. 1, Article 5, 1976.

¹⁸ GARDAM, Judith. **Necessity, Proportionality and the Use of Force by States**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 102.

¹⁹ SLOANE, Robert D. Puzzles of Proportion and the Reasonable Military Commander: Reflections on the Law, Ethics, and Geopolitics of Proportionality. **Harv. Nat'l Sec. J.**, v. 6, p. 299, 2015. p. 320.

termos “direta e concretamente prevista”, inseridos no art. 51.5.b do I Protocolo Adicional, para justificar que a vantagem não possa ser meramente geral²⁰; quem sublinhe que a vantagem militar deva se referir à operação militar específica da qual o ataque faz parte²¹; e quem aponte para o “ataque integrado” como medidor da vantagem militar²². Diversos significados e interpretações para um mesmo conceito: vantagem militar.

Diante de tamanha discordância entre a doutrina, podemos nos voltar para os Tribunais internacionais na esperança de obter respostas mais concretas e almejando entender como as Cortes lidam com o princípio da proporcionalidade. Entretanto, na jurisprudência internacional, são poucas as vezes em que os Tribunais internacionais desenvolveram seus entendimentos em relação à proporcionalidade à luz do direito internacional humanitário. O ICTY, um dos únicos a ter debatido esta questão, possui algumas decisões relevantes sobre o tema que merecem ser revisitadas.

No caso Kupresic o Tribunal adotou uma postura mais flexível e discutiu a aplicação da Cláusula Martens para a interpretação dos princípios da proporcionalidade e da distinção e afirmou:

[T]his Clause [the Martens Clause] enjoins, as a minimum, reference to those principles and dictates [“principles of humanity” and the “dictates of public conscience”] any time a rule of international humanitarian law is not sufficiently rigorous or precise: in those instances, the scope and purport of the rule must be defined with reference to those principles and dictates. In the case under discussion, this would entail that the prescriptions of Articles 57 and 58 (and of the corresponding customary rules) must be interpreted so as to construe as narrowly as possible the discretionary power to attack belligerents and, by the same token, so as to expand the protection accorded to civilians. As an example of the way in which the Martens clause may be utilised, regard might be had to considerations such as the cumulative effect of attacks on military objectives causing incidental damage to civilians. In other words, it may happen that single attacks on military objectives causing incidental damage to civilians, although they may raise doubts as to their lawfulness,

²⁰ LAURSEN, Andreas. NATO, the War over Kosovo, and the ICTY Investigation. *American University International Law Review*, v. 17, n. 4, p. 765-814, 2002. p. 792.

²¹ BOTHE, Michael. *Commentary on the two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*. Martinus Nijhoff Publishers: Leiden, 2013.

²² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*. The Hague: ICTY, 2000. Disponível em: <https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>. Acesso: 08 Mar. 2024.

nevertheless do not appear on their face to fall foul per se of the loose prescriptions of Articles 57 and 58 (or of the corresponding customary rules). However, *in case of repeated attacks, all or most of them falling within the grey area between indisputable legality and unlawfulness, it might be warranted to conclude that the cumulative effect of such acts entails that they may not be in keeping with international law*²³

A partir desta passagem é possível concluir que o próprio Tribunal reconhece a nebulosidade inerente ao princípio da proporcionalidade e sugere a aplicação da Cláusula Martens para que se interprete de maneira restritiva o poder discricionário do comandante. O ICTY conclui que, no caso de vários ataques caindo na área cinzenta entre a legalidade e a ilegalidade, deve-se constatar a ilegalidade do conjunto dos efeitos cumulativos destes atos. É curioso notar que o ICTY reconhece a indeterminação que envolve o princípio da proporcionalidade e então recorre a uma outra norma - a Cláusula Martens - para chegar a uma conclusão que se encaixava com o caso concreto que estava sendo julgado.

Esta passagem, no entanto, parece ter gerado novas discordâncias entre os juristas internacionais após ter sido interpretada pelo Comitê do Procurador do ICTY. Em seu relatório final, o Comitê entendeu que a passagem sugeriria a comparação do número total de casualidades com os objetivos gerais da ação militar²⁴ – uma interpretação criticada por outros autores como errônea²⁵. Conforme os termos empregados pelo próprio Tribunal, o raciocínio citado acima visava interpretar o poder discricionário de conduzir ataques da maneira mais estreita possível, visando expandir a proteção dos civis.

No caso Blaskic, o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia emitiu certas conclusões a respeito da relação entre a proporcionalidade e a necessidade militar. A Trial Chamber, ao analisar o ataque de 16 de Abril de 1993 no Stari Vitez concluiu que o ataque foi direcionado à população civil muçulmana e não ao exército da Bósnia-Herzegovina:

Consequently, it was impossible to ascertain any strategic or military reasons for the 16 April 1993 attack on Vitez and Stari Vitez. In the event that there

²³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **The Prosecutor v. Zoran KUPRE[KI] and others.** Judgment - Trial Chamber, case n. IT-95-16-T. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em 08 Mar. 2024. para. 524-525.

²⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia.** The Hague: ICTY, 2000. Disponível em: <https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>. Acesso: 08 Mar. 2024.

²⁵ LAURSEN, Andreas. NATO, the War over Kosovo, and the ICTY Investigation. **American University International Law Review**, v. 17, n. 4, p. 765-814, 2002. p. 793; BENVENUTI, Paolo. The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia. **European Journal of International Law**, v. 12, n. 3, pp. 503-529, 2001

had been, the devastation visited upon the town was *out of all proportion* with military necessity. On the contrary, the attack was designed to implement an expulsion plan, if necessary by killing Muslim civilians and destroying their possessions.²⁶

No entanto, a Appeals Chamber após alguns anos e à luz de nova evidência concluiu que “*the finding regarding civilian casualty figures in connection with the 16 April 1993 attack cannot be relied on in determining the nature of that attack.*”²⁷ e então discordou que haveria bases suficientes para decidir sobre a proporcionalidade do ataque. Ao chegar a esta conclusão, o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia implicitamente concordou que uma avaliação sobre proporcionalidade seria necessária para concluir sobre a legalidade de uma operação que invoca a exceção relativa à necessidade militar, embora não tenha desenvolvido nada em relação ao significado dos elementos da equação da proporcionalidade *per se*.

Já no caso Galic, o Tribunal aplicou implicitamente a teoria do comandante militar razoável para analisar a proporcionalidade de um ataque:

[...] The basic obligation to spare civilians and civilian objects as much as possible must guide the attacking party when considering the proportionality of an attack. In determining whether an attack was proportionate it is necessary to examine *whether a reasonably well-informed person* in the circumstances of the actual perpetrator, making reasonable use of the information available to him or her, could have expected excessive civilian casualties to result from the attack.²⁸

Em suporte à sua constatação, a *Trial Chamber* fez menção a alguns manuais militares²⁹ que proveem instruções quanto à aplicação do teste do comandante militar razoável. O Tribunal e os manuais referenciados, no entanto, utilizam expressões diversas

²⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **The Prosecutor v. Blaškić**. Judgment – Trial Chamber, case n. IT-95-14. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf> Acesso em: 08 Mar. 2024. para. 510.

²⁷ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **The Prosecutor v. Blaškić**. Judgment – Appeals Chamber, case n. IT-95-14, 2004. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf> Acesso em 08 Mar. 2024. para. 441.

²⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **The Prosecutor v. Stanislav Galić**. Judgment and Opinion of 5 December 2003. Case No. IT-98-29-T. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf>. Acesso: 08 Mar. 2024. para. 58.

²⁹ Os manuais citados pelo Tribunal foram os seguintes: The Canadian Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level (Canadá); The Australian Defence Force, Law of Armed Conflict – Commander’s Guide (Austrália); New Zealand Interim Law of Armed Conflict Manual (Nova Zelândia) ; Yugoslav Regulation on the Application of international Laws of War in the Armed Forces of the SRFY (Iugoslávia).

como “*honest judgment of responsible commanders*”³⁰, “*what a reasonable person would do*”³¹, “*reasonably well-informed person*”³². O manual canadense referenciado pelo Tribunal, por exemplo, dita que:

STANDARD OF CARE

1. Commanders, planners and staff officers will not be held to a standard of perfection in reaching their decisions.
2. Commanders, planners and staff officers are required to take all “feasible” steps to verify that potential targets are legitimate targets. However, such decisions will be based on the “circumstances ruling at the time”. Consideration must be paid to the honest judgement of responsible commanders, based on the information reasonably available to them at the relevant time, taking fully into account the urgent and difficult circumstances under which such judgements are usually made.
3. *The test for determining whether the required standard of care has been met is an objective one: Did the commander, planner or staff officer do what a reasonable person would have done in the circumstances?*³³

Refletindo algo similar ao ilustrado pelo ponto 3 do *Standard of care* do manual canadense, a decisão do Tribunal no caso Galic é a que vai mais longe no que tange a interpretação do princípio da proporcionalidade, reconhecendo a aplicação do teste do comandante militar razoável. Este reconhecimento resume bem o desenvolvimento da aplicação da equação da proporcionalidade no âmbito do direito internacional humanitário: em meio a tantas indeterminações e discordâncias no que tange os elementos que compõem o princípio, a decisão de aplicar o teste do comandante militar razoável para interpretá-lo é o máximo que os juristas internacionais conseguiram avançar consensualmente.

A partir disso, a presente investigação pretende questionar no próximo tópico: o que é a teoria do comandante militar razoável e até que ponto ela não é, também, em si mesma, legalmente indeterminada?

³⁰ Cf. The Canadian Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level.

³¹ Cf. The Australian Defence Force, Law of Armed Conflict – Commander’s Guide e o New Zealand Interim Law of Armed Conflict Manual.

³² Cf. as palavras da própria decisão do Tribunal.

³³ CANADÁ. **Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels**. Canadá: Office of the Judge Advocate General, 2001.

1.2. O TESTE DO COMANDANTE MILITAR RAZOÁVEL

Conforme elucidado por Johansen, comandantes militares, no campo de batalha podem se encontrar em uma situação de dúvida quanto a se um ataque vai, ou não, causar danos excessivos à população civil em relação ao ganho militar antecipado, mas apesar de suas dúvidas eles deverão tomar uma decisão.³⁴ Nestes cenários de dúvida, onde os ditames da proporcionalidade são de fato colocados em uso, é que os juristas internacionais se dividem quanto à sua interpretação e em relação ao que o direito requer que seja feito. Estas dúvidas podem estar relacionadas a diversos fatores, incluindo à figura daquele que enuncia o direito, devido à subjetividade que é inerente à questão da proporcionalidade.

Por exemplo, uma organização humanitária como a Cruz Vermelha entende que, havendo qualquer razão para hesitação, os interesses da população civil devem prevalecer³⁵ – e o ataque não deve ser lançado. Por outro lado, existem autores que argumentam que apenas se os efeitos colaterais forem obviamente excessivos sobre a população civil – ou seja, se inexistir dúvida – o ataque será desproporcional e não deve ser lançado³⁶. Ainda, uma ONG de direitos humanos, como a Human Rights Watch, entende que os danos colaterais antecipados não precisam ser tão grandes a ponto de chocar a consciência do mundo para serem considerados ilícitos e levarem a um cancelamento do ataque.³⁷

Em meio a esses diferentes entendimentos quanto ao padrão de interpretação que deve ser adotado, o teste do comandante militar razoável se propõe enquanto uma solução; sugerindo que o critério decisivo quanto à legalidade do ataque deve ser o julgamento de um comandante militar razoável. A lógica inerente ao teste não busca descrever quem possui a obrigação, mas sim o padrão com base no qual uma decisão sobre a proporcionalidade de um ataque deve ser tomada.³⁸ No entanto, uma questão

³⁴ JOHANSEN, Sigrid Redse. *The military commander's necessity: the law of armed conflict and its limits*. Cambridge University Press, 2019. p. 320.

³⁵ PILLOUD, Claude et al. (Ed.). *Commentary on the additional protocols: of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Martinus Nijhoff Publishers, 1987. p. 626.

³⁶ RAUCH, Elmar. *The concept of military necessity in the context of the law of war*. Federal Ministry of Defense, Department of International Law, 1980. p. 24.

³⁷ HUMAN RIGHTS WATCH. *Needles Death in the Gulf War: Civilian Casualties During the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, 1991. Disponível em: <https://www.hrw.org/report/1991/06/01/needless-deaths-gulf-war/civilian-casualties-during-air-campaign-and-violations>. Acesso em: 08 Mar. 2024.

³⁸ HENDERSON, Ian; REECE, Kate. Proportionality under International Humanitarian Law: The “Reasonable Military Commander” Standard and Reverberating Effects. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 51, pp. 835-855, 2018. p. 840.

válida a ser colocada preliminarmente é suscitada por Johansen: Tendo em vista que a tarefa de prever danos incidentais é difícil, depende de cálculos técnicos e não necessariamente possui uma natureza militar, como podemos esperar de um comandante, que é treinado para tarefas militares, o balanceamento entre vidas humanas e uma vantagem militar?³⁹

Apesar de possuir um aparente caráter pragmático e solucionador de problemas, o teste do comandante militar possui uma natureza ainda demasiadamente abstrata⁴⁰. Sob suas instruções é possível que diferentes comandantes militares discordem quanto à proporcionalidade de uma certa ação e, ainda assim, nenhum deles estaria necessariamente violando o direito.⁴¹ À luz do que determina o teste, essas diferenças de opinião estariam dentro daquilo que a margem de apreciação do comandante permite.⁴² Em outras palavras, conforme entendido pela Corte Suprema de Israel, a margem de discricção do comandante faria com que todas as decisões que caíssem dentro de uma “zona de razoabilidade” fossem consideradas legais.⁴³

Esse teste de razoabilidade possibilita um filtro jurídico que substitui uma regra mais estrita, reduzindo a segurança jurídica, em nome de uma decisão política que prefere a aplicação de um padrão que a sociedade determina como um comportamento aceitável em situações similares.⁴⁴ O problema de adotar tal padrão no plano internacional é que vivemos em um mundo no qual as sociedades possuem valores, ideais e culturas diferentes. Ademais, existem diferenças doutrinárias quanto ao conceito de proporcionalidade entre, nações, esferas legais e preferências ideológicas.⁴⁵ Como determinar um padrão de razoabilidade que será utilizado universalmente como critério para definir a proporcionalidade, ou não, de um ataque militar? Ao aplicarmos

³⁹ JOHANSEN, Sigrid Redse. *The military commander's necessity: the law of armed conflict and its limits*. Cambridge University Press, 2019. pp. 267 e 316.

⁴⁰ BOTHE, Michael. The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 3, p. 531-535, 2001. p. 535.

⁴¹ JOHANSEN, Sigrid Redse. *The military commander's necessity: the law of armed conflict and its limits*. Cambridge University Press, 2019. p. 317.

⁴² JOHANSEN, Sigrid Redse. *The military commander's necessity: the law of armed conflict and its limits*. Cambridge University Press, 2019. p. 317.

⁴³ CORTE SUPREMA DE ISRAEL. *Beit Sourik Vill. Council v. Gov't of Israel*. HCJ 2056/04, 58(5) PD 817, 2004. Disponível em: <https://harvardcrl.org/wp-content/uploads/sites/10/2018/04/Israel-Beit-Sourik-Village-Council-v.-The-Government-of-Israel-et.-al.-Supreme-Court-2004-Eng.pdf>. Acesso em: 08 Mar. 2024. para. 46.

⁴⁴ HASSON, Jonathan; SLAMA, Ariel H. IHL's reasonable military commander standard and culture: applying the lessons of ICL and IHRL. *Tulsa L. Rev.*, v. 58, p. 183, 2022. pp. 186-187.

⁴⁵ HASSON, Jonathan; SLAMA, Ariel H. IHL's reasonable military commander standard and culture: applying the lessons of ICL and IHRL. *Tulsa L. Rev.*, v. 58, p. 183, 2022. p. 194.

internacionalmente um padrão de razoabilidade, a partir de qual perspectiva estamos determinando o que é um comportamento aceitável? Em outras palavras, quem é o comandante militar razoável cujas atitudes determinarão aquilo que é uma conduta legal?

O Comitê montado pelo Procurador do ICTY reconheceu parte destas questões, sugerindo que as respostas ao teste da proporcionalidade poderiam divergir dependendo da pessoa que está tomando a decisão:

It may be necessary to resolve them on a case-by-case basis, and the answers may differ depending on the background and values of the decision maker. It is unlikely that a human rights lawyer and an experienced combat commander would assign the same relative values to military advantage and to injury to noncombatants. Further, it is unlikely that military commanders with different doctrinal backgrounds and differing degrees of combat experience or national military histories would always agree in close cases. It is suggested that the determination of relative values must be that of the “reasonable military commander”.⁴⁶

A partir do trecho citado, o Comitê parece entender que o teste do comandante militar razoável seria a resposta para esta multiplicidade de culturas e valores. Conforme discutido acima, no entanto, o próprio teste continua levantando dúvidas ao tentar lançar mão de um conceito que depende de um critério universalista para avaliar a legalidade de ataques conduzidos por diversos combatentes sob o princípio da proporcionalidade.

Em uma pesquisa realizada por Statman, Sulitzeanu-Kenan e Mandel, os autores questionaram especialistas legais, militares e morais de diversos países sobre qual seria o máximo aceitável de perdas civis que poderiam acontecer em certos cenários hipotéticos apresentados por eles.⁴⁷ Eles perceberam que os militares não conseguiram chegar a uma convergência razoável quanto à resposta para os cenários que a eles foram apresentados e, além disso, concluíram que existia uma diferença cultural significativa entre todos os especialistas ao aplicarem o princípio da proporcionalidade.⁴⁸

⁴⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia**. The Hague: ICTY, 2000. Disponível em: <https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>. Acesso: 08 Mar. 2024.

⁴⁷ STATMAN, Daniel et al. Unreliable protection: An experimental study of experts' in bello proportionality decisions. **European Journal of International Law**, v. 31, n. 2, p. 429-453, 2020.

⁴⁸ STATMAN, Daniel et al. Unreliable protection: An experimental study of experts' in bello proportionality decisions. **European Journal of International Law**, v. 31, n. 2, p. 429-453, 2020.

De maneira similar, Janina Dill perguntou para um grupo de americanos e britânicos quantas mortes civis eles considerariam aceitáveis, caso se colocassem na posição de um comandante militar que está conduzindo uma missão para liberar uma cidade do poder de rebeldes do Talibã.⁴⁹ Dill concluiu que não havia um acordo entre os entrevistados em relação ao tamanho do dano colateral que seria excessivo em relação à vantagem militar proposta.⁵⁰ Diante destas pesquisas, Hasson e Slama fazem o argumento de que o direito internacional humanitário deveria dar mais importância à diversidade cultural na avaliação do princípio da proporcionalidade, entendendo que a cultura informa nossas motivações e influencia nossas ações.⁵¹ Este argumento proposto pelos autores traz à tona mais uma discussão que poderia afetar a interpretação da proporcionalidade, relativa à tensão entre o universalismo dos valores e a relatividade cultural, embora eles mesmos reconheçam que o direito internacional humanitário segue sendo sustentado por premissas éticas universalistas.⁵²

Estes e outros questionamentos expõem que mesmo ao se adotar o teste do comandante militar razoável como critério de interpretação, divergências e lacunas permanecem. Ressalta-se que ao destacar estas divergências e lacunas o presente trabalho não pretende realizar um julgamento de mérito quanto a se o teste é, ou não, a melhor maneira de interpretar o princípio da proporcionalidade na atualidade diante da complexidade do mundo social internacional, mas sim evidenciar as características estruturais que sustentam este conceito legal. Isto é, a partir da pesquisa aqui empenhada, entende-se que o teste da razoabilidade conclamado pela doutrina do comandante militar razoável invoca um conceito legal propositalmente indeterminado, capaz de receber diferentes significações em diferentes instâncias “*depending on the background and values of the decision maker*”⁵³, entre outros fatores não expostos pelo relatório do Comitê.

⁴⁹ DILL, Janina. Assessing proportionality: an unreasonable demand on the reasonable commander?. **Intercross Blog**, 2016.

⁵⁰ DILL, Janina. Assessing proportionality: an unreasonable demand on the reasonable commander?. **Intercross Blog**, 2016.

⁵¹ HASSON, Jonathan; SLAMA, Ariel H. IHL's reasonable military commander standard and culture: applying the lessons of ICL and IHRL. **Tulsa L. Rev.**, v. 58, p. 183, 2022. p. 193.

⁵² HASSON, Jonathan; SLAMA, Ariel H. IHL's reasonable military commander standard and culture: applying the lessons of ICL and IHRL. **Tulsa L. Rev.**, v. 58, p. 183, 2022. p. 197.

⁵³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia**. The Hague: ICTY, 2000. Disponível em: <https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>. Acesso: 08 Mar. 2024.

Desta forma, é possível aceitar argumentos como os avançados por Sloane no sentido de que o teste, embora indeterminado e falho, leva a esforços em boa-fé de combatentes para que respeitem a proporcionalidade e reduzam o sofrimento supérfluo na guerra.⁵⁴ De fato, apesar da subjetividade inerente ao teste, em casos extremos é plausível entender que existirá uma concordância quanto à legalidade de um ataque evidentemente desproporcional, ou vice-versa. Assim, a existência do teste que invoca a razoabilidade é melhor do que a sua inexistência, pois apesar de sua elasticidade ela não implica em uma ausência de limites legais.⁵⁵

Entretanto, entender que o teste trouxe algum avanço para o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade não implica em aceitá-lo sem a realização de reflexões críticas sobre seu papel na gramática do direito internacional. Portanto, na segunda parte deste trabalho de investigação, partiremos para uma análise crítica sobre os conceitos legais debatidos nesta primeira parte utilizando, para isso, as lentes teóricas do estruturalismo legal. Deste modo, inicialmente, a teoria do estruturalismo legal será brevemente explicada e, após, desenvolveremos uma reflexão crítica ao teste do comandante militar razoável e ao princípio da proporcionalidade a partir de seus pressupostos.

2. REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A INDETERMINAÇÃO LEGAL DA PROPORCIONALIDADE E DO TESTE DO COMANDANTE MILITAR RAZOÁVEL

2.1. O ESTRUTURALISMO LEGAL

O estruturalismo legal é uma forma de análise que separa fenômenos da vida social que são imediatamente visíveis de outros que estão normalmente escondidos, mas que de alguma forma contribuem para produzir o anterior.⁵⁶ Assim, o estruturalismo legal permite a análise das fontes como reveladoras de uma estrutura maior.⁵⁷ A partir do momento em que este fenômeno escondido é revelado, a teoria argumenta que será

⁵⁴ SLOANE, Robert D. Puzzles of Proportion and the Reasonable Military Commander: Reflections on the Law, Ethics, and Geopolitics of Proportionality. *Harv. Nat'l Sec. J.*, v. 6, p. 299, 2015. p. 310.

⁵⁵ SLOANE, Robert D. Puzzles of Proportion and the Reasonable Military Commander: Reflections on the Law, Ethics, and Geopolitics of Proportionality. *Harv. Nat'l Sec. J.*, v. 6, p. 299, 2015. p. 302.

⁵⁶ KOSKENNIEMI, Martti. What is Critical Research in International Law? Celebrating Structuralism. *Leiden Journal of International Law*, v. 29, pp. 727-735, 2016. p. 728.

⁵⁷ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. “Quem diz humanidade, pretende enganar”?: Internacionalistas e os usos da noção de Patrimônio Comum da Humanidade aplicada aos fundos marinhos (1967-1994). 2006. 426p. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 16.

possível entender o fenômeno que era visível melhor e estaremos melhor posicionados para lidar com os problemas associados com ele.⁵⁸

A partir dos pressupostos dessa corrente, o discurso legal internacional acontece na superfície de uma estrutura subjacente, que estabelece a gramática a partir da qual tal discurso se estrutura.⁵⁹ Sendo assim, o direito internacional poderia ser visto como uma linguagem, através da qual os juristas elaborariam seu discurso legal, seguindo as regras gramaticais presentes na sua estrutura. Assim, os estruturalistas argumentam que enquanto o Direito Internacional é político, ele é ao mesmo tempo um sistema de linguagem governado por uma gramática e enunciado através de um vocabulário distintamente jurídico.⁶⁰ Logo, esta corrente não pretende levar à conclusão apressada de que o Direito Internacional é apenas política. A sua estrutura é autônoma, principalmente na operação desta gramática e nos modos em que ela governa as formas possíveis de argumento dentro de seu vocabulário especificamente legal.⁶¹ Portanto, a busca, então, é pela política intrínseca às escolhas que são feitas dentro desta estrutura autônoma jurídica.

Para os estruturalistas, o ofício do jurista é manipular a estrutura legal que lhe é ofertada: os conceitos legais funcionam como palavras às quais atribui-se significado apenas quando enunciadas por meio do discurso legal, que é estruturado como uma frase discursiva argumentativa, limitada, por sua vez, pelas regras da gramática (a estrutura).⁶² Partindo desse pressuposto, Koskeniemi sustenta a teoria da indeterminação legal. Dentro desta teoria, a gramática da estrutura legal propositalmente permite a produção de diversas realidades argumentativas que poderão ser feitas no nível da superfície através do discurso legal.⁶³ Isso quer dizer que as normas podem ser entortadas tanto para um lado, quanto para o outro, cabendo ao jurista fazer uma *escolha* em relação a qual dos possíveis significados (aqueles permitidos pela gramática da estrutura) defender.

⁵⁸ KOSKENIEMI, Martti. What is Critical Research in International Law? Celebrating Structuralism. **Leiden Journal of International Law**, v. 29, pp. 727-735, 2016. p. 728.

⁵⁹ KENNEDY, David. Critical Theory, Structuralism, and Contemporary Legal Scholarship. **New England English Legal Review**, v. 21, n. 2, pp. 209-290, 1986. p. 268.

⁶⁰ DESAUTELS-STEIN, Justin. International Legal Structuralism: A Primer. **International Theory**, v. 8, n. 2, 2016. p. 5.

⁶¹ DESAUTELS-STEIN, Justin. International Legal Structuralism: A Primer. **International Theory**, v. 8, n. 2, 2016. p. 5.

⁶² KENNEDY, David. Critical Theory, Structuralism, and Contemporary Legal Scholarship. **New England English Legal Review**, v. 21, n. 2, pp. 209-290, 1986. p. 268.

⁶³ KOSKENIEMI, Martti. What is Critical Research in International Law? Celebrating Structuralism. **Leiden Journal of International Law**, v. 29, pp. 727-735, 2016. p. 728.

Koskenniemi defende que tal indeterminação não se refere a uma mera ambivalência semântica dos conceitos.⁶⁴ Na verdade, a indeterminação está localizada na relação entre as expressões legais e as suas razões subjacentes, assim como entre as expressões e outras regras e princípios, que fazem parecer ser necessário desviar de um significado literal mesmo diante de uma regra formalmente não-ambígua.⁶⁵ Esta indeterminação busca acomodar as contradições presentes nas premissas do direito internacional⁶⁶, como por exemplo a proibição de dano colateral à população civil e a proteção da vantagem militar dos beligerantes; ou a proteção da necessidade militar e das considerações humanitárias.

Esta teoria não busca denunciar a indeterminação como um escândalo ou uma deficiência estrutural do direito internacional, mas apenas evidenciar que ela é um aspecto central na aceitação deste campo do direito.⁶⁷ O autor destaca que caso alguns conceitos fossem absolutos e determinados demais certas situações concretas poderiam não se encaixar na regra disposta, assim como o contrário, certas situações alheias ao propósito da norma poderiam se encaixar no previsto pela regra – ele chama essas situações de *under-inclusiveness* e *over-inclusiveness*.⁶⁸ Neste sentido, a teoria aceita que a indeterminação de certos conceitos é desejável à luz da complexidade do mundo social internacional, abrindo um espaço para que os juristas internacionais escolham qual significado atribuir a um determinado conceito em um determinado momento.⁶⁹

Contudo, o ponto mais importante desta teoria é o questionamento: por que embora indeterminados, certos conceitos e seus significados sempre acabam tendendo ao *status quo*?⁷⁰ Koskenniemi aponta que o sistema *de facto* prefere determinadas interpretações em relação a outras e isso se dá por conta daquilo que o autor chama de

⁶⁴ KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 590.

⁶⁵ KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 592.

⁶⁶ KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 592.

⁶⁷ KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 595.

⁶⁸ KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 598.

⁶⁹ KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 595.

⁷⁰ KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 506.

enviesamento estrutural. Este conceito é definido pelo autor como uma constelação particular de forças que se sustenta em um entendimento compartilhado sobre como as regras e instituições devem ser aplicadas.⁷¹

Para Koskenniemi, este enviesamento faz com que as instituições sirvam preferências que estão profundamente incorporadas em suas estruturas.⁷² O autor afirma que seria possível identificá-lo observando a maneira com que ele se manifesta na superfície, por meio do discurso legal.⁷³ Em outras palavras, olhando para as escolhas feitas por aqueles com influência o suficiente para manipular os conceitos legais no nível da superfície⁷⁴, seria possível identificar enviesamentos enraizados no nível mais profundo da estrutura. De fato, considerando que a superfície manifesta uma codificação estruturada pela gramática subjacente, olhando para a maneira com que tal estruturação se expressa seria possível identificar este segundo nível mais profundo.⁷⁵

Portanto, é possível constatar que, para o estruturalismo legal, o direito internacional deve ser visto como uma linguagem, que possui uma estrutura gramatical ordenadora do discurso legal que acontece na superfície. Os conceitos legais funcionam como palavras, que só recebem um sentido quando conjugados em uma frase, ou seja, em meio a um discurso argumentativo que buscaria atribuir um certo significado a este conceito. À luz da teoria da indeterminação legal, os conceitos, quando analisados isoladamente, seriam propositalmente indeterminados, ou seja, passíveis de receberem diversos significados. A determinação de qual interpretação prevaleceria depende de diversos fatores, influenciados pelo enviesamento estrutural da instituição responsável por promover a aplicação da norma jurídica, como os fatos concretos do caso, a audiência que aguarda o veredicto, assim como as preferências enraizadas nas estruturas da própria instituição.

⁷¹ KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 606

⁷² KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 607

⁷³ KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 610.

⁷⁴ KOSKENNIEMI, Martti. What is Critical Research in International Law? Celebrating Structuralism. **Leiden Journal of International Law**, v. 29, pp. 727-735, 2016. p. 731.

⁷⁵ KENNEDY, David. Critical Theory, Structuralism, and Contemporary Legal Scholarship. **New England English Legal Review**, v. 21, n. 2, pp. 209-290, 1986. p. 268.

Tendo estabelecido estas premissas, este trabalho agora passa para sua fase final, na qual utilizará as lentes da teoria do estruturalismo legal para promover uma reflexão crítica sobre o princípio da proporcionalidade para o direito internacional humanitário e seu respectivo teste do comandante militar razoável.

2.2. REFLEXÃO CRÍTICO-ESTRUTURAL

Conforme debatido no primeiro tópico desta investigação, o princípio da proporcionalidade possui uma natureza altamente subjetiva. Esta subjetividade também pode ser encontrada nos diversos entendimentos que existem em relação à sua interpretação. Inexiste um acordo sobre qual é a maneira correta de se interpretar cada um dos elementos da equação da proporcionalidade.

O conceito legal de proporcionalidade, conforme estabelecido pelo direito internacional humanitário, convida diversas significações, o que é evidenciado pela formulação inserida no Estatuto de Roma, na qual a palavra “claramente” foi inserida antes de “excessivos”, possibilitando assim uma interpretação mais estrita da norma. À luz do estruturalismo legal, pode ser que este conceito seja considerado como um dos exemplos mais óbvios de indeterminação legal programada. A regra é propositalmente concluída de uma maneira abstrata visando acomodar interesses do futuro.

Embora o princípio da proporcionalidade tente trazer um senso de objetividade ao elencar conceitos como vantagem militar e dano colateral excessivo, as mais diversas interpretações dos juristas internacionais sobre estes conceitos demonstram como eles tendem, em si mesmos, à indeterminação. Relembremos o dilema do cálculo da vantagem militar discutido no primeiro ponto deste trabalho. Qual é a maneira ‘correta’ de se medir a vantagem militar a ser obtida em um determinado ataque? Diferentes juristas e atores irão sustentar diferentes respostas para essa pergunta, algumas mais extremistas do que outras, mas ainda assim, mais de uma plausível diante da indeterminação do conceito de vantagem militar, conforme prescrita pelo princípio da proporcionalidade.

Uma reflexão similar pode ser feita em relação ao conceito de dano colateral excessivo. Por mais que os artigos 51.5.b e 57.2.a.iii do I Protocolo Adicional utilizem a palavra excessivo, e não extensivo, há quem argumente que a proibição englobaria ataques que causem um dano colateral à população civil que fosse extensivo⁷⁶, mesmo

⁷⁶ PILLOUD, Claude et al. (Ed.). *Commentary on the additional protocols: of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Martinus Nijhoff Publishers, 1987. p. 626.

diante de uma alta vantagem militar. Este posicionamento é um exemplo claro daquilo que Koskenniemi quer dizer quando diz que a questão da indeterminação legal não é relativa à uma “mera ambivalência semântica dos conceitos”, mas sim uma questão conectada na relação entre as expressões legais e as razões que as inspiraram.⁷⁷

Diante destas reflexões, é válido ressaltar que mesmo diante de tantos elementos que integram a equação da proporcionalidade o direito internacional buscou na razoabilidade o critério para interpretar este princípio. Apesar das diversas hipóteses sobre os elementos supracitados, no fim do dia a análise da proporcionalidade é uma que parece se resumir à seguinte pergunta: teria um comandante militar razoável ordenado este ataque a partir das informações que estavam à sua disposição? Esta escolha feita pelos juristas internacionais que defendem a aplicação do teste do comandante militar razoável enfatiza a centralidade da indeterminação no direito internacional, conforme defendida pela teoria de Koskenniemi. Afinal, utiliza-se um teste indeterminado para avaliar um princípio indeterminado.

Contudo, conforme argumenta o estruturalismo legal, a indeterminação legal por si só não é um problema, nem sua revelação um escândalo. Pelo contrário, ela é o eixo central da aceitação do direito internacional: Se a regra da proporcionalidade não fosse indeterminada, ela seria aceita pelos atores internacionais mais influentes? As hipóteses que podem ser formuladas para responder esta pergunta muito dizem sobre aquilo que o estruturalismo legal busca revelar. Prefere-se a adoção de um padrão de interpretação mais flexível visando-se a legitimidade e a aplicação da norma do que norma nenhuma - ou uma norma absoluta que não seria aceita ou cumprida.

A investigação toma um rumo mais reflexivo quanto partimos para a análise do enviesamento estrutural da gramática que ordena o discurso jurídico internacional. Considerando que o princípio da proporcionalidade e o teste do comandante militar razoável são conceitos propositalmente indeterminados, o que as instâncias nas quais eles receberam uma interpretação revelam sobre o enviesamento estrutural das instituições que os debateram.

Aqui cabe uma análise do relatório produzido pelo Comitê montado pelo Procurador do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Dentre os diversos

⁷⁷ KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 590

episódios que foram analisados pelo Comitê, um se destaca devido à suposta ilegalidade do ataque denunciada por parte da doutrina e por ONGs de direitos humanos, como a Anistia Internacional⁷⁸ e a *Human Rights Watch*⁷⁹ - o bombardeio à estação de rádio e televisão RTS.

No dia 23 de Abril de 1999, às 2:20am, a OTAN lançou um ataque controverso ao prédio da estação de rádio e televisão sérvia ocasionando a morte de 16 civis.⁸⁰ O local estava ocupado por técnicos e outros membros da produção, com uma estimativa de que lá havia pelo menos 120 civis na hora do bombardeio.⁸¹ Alguns oficiais da OTAN justificaram que o ataque visava atrapalhar e degradar a rede C3 da qual a estação fazia parte (comando, controle e comunicações)⁸², ao passo que outros apontaram para a natureza propagandística da RTS, que supostamente justificaria o ataque.⁸³

O relatório do Comitê entendeu que o ataque à estação não violou o princípio da proporcionalidade, sob o argumento de que as perdas civis foram “unfortunately high but do not appear to be clearly disproportionate”⁸⁴. Para chegar nesta conclusão o Comitê visualizou o bombardeio como uma ação que supostamente fazia parte de um ataque integrado conduzido pelas forças da OTAN.⁸⁵ Ou seja, ele calculou a vantagem militar adquirida no bombardeio em conjunto com aquelas adquiridas pelos outros ataques

⁷⁸ AMNESTY INTERNATIONAL. **NATO/Federal Republic of Yugoslavia “Collateral Damage” or unlawful killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force**. Londres: Amnesty International, 2000. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/EUR70/018/2000/en/>. Acesso em: 8 Mar. 2024.

⁷⁹ HUMAN RIGHTS WATCH. Civilian Deaths in the NATO Air Campaign. **Human Rights Watch**, v. 12, n. 1, pp. 1-83, February 2000. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/natbm002.pdf>. Acesso em: 08 Mar. 2024.

⁸⁰ BBC. World: Europe Nato defends TV bombing. In: BBC. **BBC News**. Reino Unido, 23 abr. 1999. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/326653.stm>.

⁸¹ AMNESTY INTERNATIONAL. **NATO/Federal Republic of Yugoslavia “Collateral Damage” or unlawful killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force**. Londres: Amnesty International, 2000. Available at: <https://www.amnesty.org/en/documents/EUR70/018/2000/en/>. Access on: 04 Jul. 2021. p. 44.

⁸² INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (ICTY). **Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia**, 2000. Available at: <https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>. Access on: 04 Jul. 2021. para. 72.

⁸³ BLAIR, Tony. Moral Combat – NATO at War. BBC2. 12 March 2000. *Apud* AMNESTY INTERNATIONAL. **NATO/Federal Republic of Yugoslavia “Collateral Damage” or unlawful killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force**. Londres: Amnesty International, 2000. Available at: <https://www.amnesty.org/en/documents/EUR70/018/2000/en/>. Access on: 04 Jul. 2021. p. 45

⁸⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (ICTY). **Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia**, 2000. Available at: <https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>. Access on: 04 Jul. 2021. para. 77.

⁸⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (ICTY). **Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia**, 2000. Available at: <https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>. Access on: 04 Jul. 2021. para. 77.

conduzidos pela OTAN, o que reflete uma escolha por medir a vantagem militar de maneira mais geral, sob a tutela do conceito de “*integrated attack*”.

Sob a ótica do estruturalismo legal, as escolhas interpretativas feitas pelo Comitê na superfície podem revelar aspectos estruturais não imediatamente visíveis. Em particular, destaca-se que em sua conclusão o Comitê decidiu por adotar interpretações mais estritas da equação da proporcionalidade, tanto ao adotar o conceito de ataque integrado para calcular a vantagem militar obtida no bombardeio em conjunto com as vantagens obtidas em outros ataques, quando ao conferir relevância à palavra “claramente” para medir a excessividade do ataque, se distanciando assim do art. 51.5.b do I Protocolo Adicional.

Curiosamente, a jurisprudência do próprio Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia utilizava uma abordagem menos estrita do que aquela aplicada pelo comitê, como evidenciado pelo caso Kupresic - comentado acima - no qual o Tribunal concluiu pela aplicação da Cláusula Martens e pela redução da margem de discricção do comandante militar. Por que o Procurador de um Tribunal iria decidir por não levar a frente uma acusação adotando um critério mais estrito do que aquele do próprio Tribunal? Refletindo sobre este episódio, Andreas Laursen se faz a mesma pergunta e conclui:

[...] the accused in Kupresic, Croats from the former Yugoslavia, could be judged according to the broad interpretation adopted by the Trial Chamber, but when investigating the NATO countries, the OTP Report adopts a significantly narrower standard, to the extent that the standards are reconcilable at all. [...] If a court has adopted a broad interpretation that works to the detriment of the accused, prosecutors will rarely fail to follow through. *One possible explanation is, of course, that the prosecutorial authority is looking for reasons not to prosecute.*⁸⁶

Conforme o entendimento de Laursen, poderiam haver motivos extra-jurídicos que teriam levado o Procurador e seu Comitê à decisão de não processar os oficiais da OTAN pelo acontecido. Paolo Benvenuti parece concordar com Laursen ao sublinhar que ao desenvolver sua tarefa o Comitê não deveria ter questionado o direito conforme aplicado pelo Tribunal, mas sim aplicado-o em uma lógica sistemática-organizacional.⁸⁷

⁸⁶ LAURSEN, Andreas. NATO, the War over Kosovo, and the ICTY Investigation. *American University International Law Review*, v. 17, n. 4, p. 765-814, 2002. p. 794.

⁸⁷ BENVENUTI, Paolo. The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 3, pp. 503-529, 2001. p. 505

O autor entende que a intenção da Procuradoria foi prevenir investigações contra oficiais da OTAN e que ela se escondeu, junto de suas intenções, atrás da opinião técnica do Comitê.⁸⁸

Utilizando as ferramentas do estruturalismo legal, esse episódio revela parte das preferências enraizadas nas estruturas do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, que moldaram o seu enviesamento estrutural. Em relação a ataques promovidos por oficiais da OTAN, a Procuradoria do Tribunal decidiu interpretar o conceito de proporcionalidade de uma forma diversa daquela feita perante os Croatas acusados no caso Kupresic. O enviesamento estrutural do Tribunal, quando lançado sobre a indeterminação legal do conceito de proporcionalidade, assim como do teste do comandante militar razoável, fez com que a enunciação do direito no nível da superfície revelasse fenômenos estruturais não imediatamente visíveis: Oficiais da OTAN preferencialmente não deverão ser julgados pelo Tribunal.

Este exemplo ilustra como o enviesamento estrutural das instituições pode definir a interpretação que será dada para conceitos legais indeterminados. A partir dele, é possível fazer uma reflexão crítica mais geral. Cientes da indeterminação legal dos conceitos aqui neste trabalho discutido, é possível compreender que mais de uma interpretação possa ser atribuída a eles no discurso legal internacional. Assim, pode ser que seus significados variem de um caso concreto para o outro, a depender de quem está argumentando ou então de qual instituição está enunciando o direito. Para tanto, compreender as preferências estruturais enraizadas nas instituições internacionais pode ser fundamental para, em um segundo momento, entender qual interpretação aquela instituição tenderá a adotar.

Portanto, considerando que o direito internacional humanitário optou por uma concepção de proporcionalidade mais flexível, que utiliza o conceito de razoabilidade para determinar se houve, ou não, uma violação ao princípio, é possível afirmar que a aplicação desta norma para casos concretos poderá gerar divergências, a depender do significado que sejam atribuídos aos seus elementos. Caberão aos juristas, ao enunciarem o discurso legal internacional, argumentar, a partir das possibilidades gramaticais que a estrutura do ordenamento jurídico os possibilitam, em favor da interpretação que pretende

⁸⁸ BENVENUTI, Paolo. The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 3, pp. 503-529, 2001. p.. 505

avancar em determinado momento. Se a sua tentativa argumentativa prevalecerá, ao final, dependerá de outros fatores, não necessariamente conectados ao quão certa, ou errada, sua interpretação jurídica destes conceitos indeterminados é.

CONCLUSÃO

Conforme visto ao longo deste trabalho de investigação, o princípio da proporcionalidade é um conceito legal que balanceia elementos que podem ser vistos como incomensuráveis: danos à população civil e vantagem militar. A dificuldade da tarefa de realizar este ingrato equilíbrio está conectada à natureza contraditória destas duas premissas: a vantagem militar absoluta desconsideraria os efeitos sentidos pela população civil e a proteção absoluta da população civil desconsideraria considerações relacionadas à vantagem militar. Acomodar ambas as premissas ao formular uma norma, sem desconsiderar nenhuma delas, implica, como de fato implicou, empregar termos menos absolutos e mais abstratos, capazes de serem lidos de mais de uma forma diferente.

Da maneira com que foi positivada no I Protocolo Adicional, tanto no artigo 51 quanto no 57 a proporcionalidade dita que ataques que causarão danos incidentais à população civil que sejam excessivos em relação à vantagem militar concreta e diretamente prevista não podem ser lançados. Esta formulação não deixa claro o que são danos incidentais excessivos à população civil, nem o que é vantagem militar concreta e direta, mas ao mesmo tempo estabelece, sem dúvidas, que qualquer que seja o significado destes elementos, caso a desproporcionalidade seja constatada, o ataque será proibido. A dicotomia entre proibição e indeterminação, independentemente de qualquer crítica que receba, move o direito internacional humanitário, assim como o direito internacional como um todo.

Assim como debatido acima, no entanto, ao serem aplicados aos casos concretos, ou então, ao serem enunciados no discurso legal internacional, os conceitos legais abstratos passam a ganhar um significado, que é atribuído pelo jurista que o enuncia. No caso da proporcionalidade, ao ser debatida pelos juristas internacionais, a equação e seus elementos ganharam diversos sentidos que disputam a categorização enquanto correto e a sua consequente universalização. Entretanto, em meio às interpretações concorrentes, o método de interpretação que parece ter prevalecido é aquele do comandante militar razoável, que invoca a razoabilidade para resolver situações envolvendo supostas violações ao princípio da proporcionalidade.

O critério da razoabilidade, conforme discutido ao longo desta investigação, carrega uma subjetividade inerente a si, que faz com que ele, assim como o princípio que busca interpretar, também goze de uma indeterminação legal. A tentativa de estabelecer um padrão universal de razoabilidade para decidir sobre a legalidade de ataques esbarra em questões culturais, ideológicas, entre outras suscitadas acima. A partir de qual perspectiva determinaremos o que é razoável? Esse conceito convida a um relativismo cultural ou afasta-o? Já no que tange o caso do teste aqui estudado especificamente, quem é o comandante militar razoável e quem determina a resposta para esta pergunta? Diferentes correntes poderão ter diferentes respostas para estas indagações.

Apesar de tudo isso, no presente momento aparentemente inexistente projeto de interpretação do princípio da proporcionalidade mais avançado no consenso internacional do que o teste de razoabilidade invocado no conceito do comandante militar razoável. A partir dele, sem prejuízo de todas as colocações feitas acima, é possível identificar nos extremos certos ataques que são extremamente desproporcionais e extremamente proporcionais. Ademais, é válido dizer que a presença dele suscita tentativas em boa-fé de fazer a norma ser cumprida, que não existiriam na sua ausência. Mas como saber como ele será aplicado para decidir casos concretos?

Na tentativa de responder esta pergunta, diversos juristas internacionais poderão avançar a sua interpretação de como ele deveria ser aplicado, à luz de seu entendimento sobre o significado que deveria ser atribuído ao teste. Algumas destas interpretações que extrapolem os limites da gramática jurídica oferecida pela estrutura normativa do direito internacional serão desconsideradas. Outras, elaboradas com excelência dentro das regras gramaticais oferecidas pela estrutura jurídica poderão ser eventualmente consideradas como plausíveis, e quiçá, aplicadas.

Neste sentido, compreender o enviesamento estrutural subjacente à superfície do discurso legal internacional pode auxiliar na tarefa de entender quais são as preferências profundamente localizadas nas estruturas do direito internacional e de suas instituições, e consequentemente, quais são suas tendências. Sem grandes pretensões deterministas, o exercício de estudar os enviesamentos estruturais pode revelar preferências não imediatamente visíveis, que não se confundem com as respostas jurídicas explícitas que aparecerão no nível da superfície.

Em um universo de normas indeterminadas, vale lembrar, mais de um significado poderá ser atribuído aos conceitos legais. O princípio da proporcionalidade e o teste do comandante militar razoável, conforme visto neste trabalho de investigação, não parecem ser uma exceção a esta lógica.

BIBLIOGRAFIA

AMNESTY INTERNATIONAL. **NATO/Federal Republic of Yugoslavia “Collateral Damage” or unlawful killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force**. Londres: Amnesty International, 2000. Disponível em:

<https://www.amnesty.org/en/documents/EUR70/018/2000/en/>. Acesso em: 8 Mar. 2024.

BBC. World: Europe Nato defends TV bombing. In: BBC. **BBC News**. Reino Unido, 23 abr. 1999.

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/326653.stm>.

BENVENUTI, Paolo. The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia. **European Journal of International Law**, v. 12, n. 3, pp. 503-529, 2001.

BOTHE, Michael. The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY. **European Journal of International Law**, v. 12, n. 3, p. 531-535, 2001.

BOTHE, Michael. **Commentary on the two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949**. Martinus Nijhoff Publishers: Leiden, 2013.

BRASIL. **Decreto Nº 4.388** de 25 de Setembro de 2002 que Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em 08 Mar. 2024.

BROWN, Bernard. The Proportionality in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification. **Cornell International Law Journal**, v. 10, n. 1, Article 5, 1976.

CANADÁ. **Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels**. Canadá: Office of the Judge Advocate General, 2001.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996. **Dissenting Opinion of Judge Rosalyn Higgins**.

CORTE SUPREMA DE ISRAEL. **Beit Sourik Vill. Council v. Gov’t of Israel**. HCJ 2056/04, 58(5) PD 817, 2004. Disponível em: <https://harvardcrl.org/wp-content/uploads/sites/10/2018/04/Israel-Beit-Sourik-Village-Council-v.-The-Government-of-Israel-et.-al.-Supreme-Court-2004-Eng.pdf>. Acesso em: 08 Mar. 2024.

DESAUTELS-STEIN, Justin. International Legal Structuralism: A Primer. **International Theory**, v. 8, n. 2, 2016.

DILL, Janina. Assessing proportionality: an unreasonable demand on the reasonable commander?. **Intercross Blog**, 2016.

DINSTEIN, Yoram. **The conduct of hostilities under the law of international armed conflict**. Cambridge university press, 2022.

FENRICK, William. Applying IHL Targeting Rules to Practical Situations: Proportionality and Military Objectives. **Windsor Yearbook of Access to Justice**, v. 27, n. 2, 2009.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. “**Quem diz humanidade, pretende enganar**”? : Internacionalistas e os usos da noção de Patrimônio Comum da Humanidade aplicada aos fundos marinhos (1967-1994). 2006. 426p. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

GARDAM, Judith. **Necessity, Proportionality and the Use of Force by States**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

HASSON, Jonathan; SLAMA, Ariel H. IHL's reasonable military commander standard and culture: applying the lessons of ICL and IHRL. **Tulsa L. Rev.**, v. 58, p. 183, 2022.

HENDERSON, Ian; REECE, Kate. Proportionality under International Humanitarian Law: The “Reasonable Military Commander” Standard and Reverberating Effects. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 51, pp. 835-855, 2018.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Needles Death in the Gulf War**: Civilian Casualties During the Air Campaign and Violations of the Laws of War, 1991. Disponível em: <https://www.hrw.org/report/1991/06/01/needless-deaths-gulf-war/civilian-casualties-during-air-campaign-and-violations>. Acesso em: 08 Mar. 2024.

HUMAN RIGHTS WATCH. Civilian Deaths in the NATO Air Campaign. **Human Rights Watch**, v. 12, n. 1, pp. 1-83, February 2000. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/natbm002.pdf>. Acesso em: 08 Mar. 2024.

ICRC. **Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 august 1949**. 8 jun. 1977. Disponível em: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0321.pdf. Acesso em: 08 Mar. 2024.

JOHANSEN, Sigrid Redse. **The military commander's necessity: the law of armed conflict and its limits**. Cambridge University Press, 2019.

KENNEDY, David. Critical Theory, Structuralism, and Contemporary Legal Scholarship. **New England English Legal Review**, v. 21, n. 2, pp. 209-290, 1986.

KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia**: The Structure of International Legal Argument. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti. What is Critical Research in International Law? Celebrating Structuralism. **Leiden Journal of International Law**, v. 29, pp. 727-735, 2016.

LAURSEN, Andreas. NATO, the War over Kosovo, and the ICTY Investigation. **American University International Law Review**, v. 17, n. 4, p. 765-814, 2002.

PILLOUD, Claude et al. (Ed.). **Commentary on the additional protocols: of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949**. Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

RAUCH, Elmar. **The concept of military necessity in the context of the law of war**. Federal Ministry of Defense, Department of International Law, 1980.

SLOANE, Robert D. Puzzles of Proportion and the Reasonable Military Commander: Reflections on the Law, Ethics, and Geopolitics of Proportionality. **Harv. Nat'l Sec. J.**, v. 6, p. 299, 2015.

STATMAN, Daniel et al. Unreliable protection: An experimental study of experts' in bello proportionality decisions. **European Journal of International Law**, v. 31, n. 2, p. 429-453, 2020

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **The Prosecutor v. Blaškić**. Judgment – Appeals Chamber, case n. IT-95-14, 2004. Disponível em:

<https://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf> Acesso em 08 Mar. 2024.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **The Prosecutor v. Stanislav Galić**. Judgment and Opinion of 5 December 2003. Case No. IT-98-29-T. Disponível em:

<https://www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf>. Acesso: 08 Mar. 2024.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **The Prosecutor v. Zoran KUPRE[KI] and others**. Judgment - Trial Chamber, case n. IT-95-16-T. Disponível em:

<https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em 08 Mar. 2024.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **The Prosecutor v. Blaškić**. Judgment – Trial Chamber, case n. IT-95-14. Disponível em:

<https://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf> Acesso em: 08 Mar. 2024.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia**. The Hague: ICTY, 2000. Disponível em: <https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>. Acesso: 08 Mar. 2024.