



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ana Maria Esteves de Souza

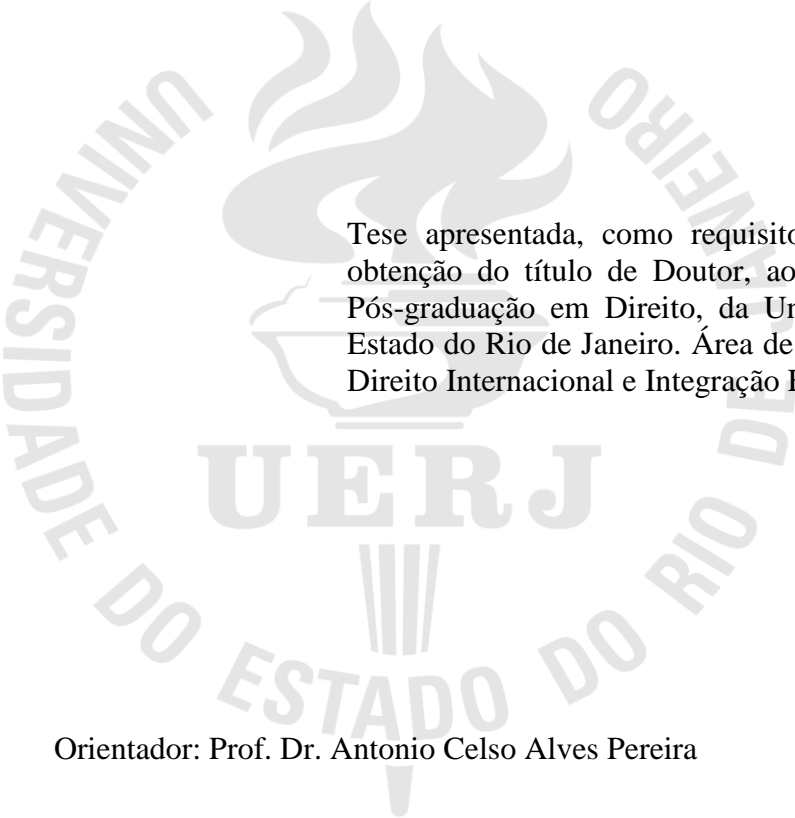
**A responsabilidade internacional do Estado como garantia da ordem
pública internacional**

Rio de Janeiro

2011

Ana Maria Esteves de Souza

**A responsabilidade internacional do Estado como garantia da ordem pública
internacional**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional e Integração Econômica

Orientador: Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S729 Souza, Ana Maria Esteves de.

A responsabilidade internacional do Estado como garantia da Ordem Pública Internacional / Ana Maria Esteves de Souza. – 2011. 197 f.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito internacional público - Teses. 2. Responsabilidade - Teses. I. Pereira, Antonio Celso Alves. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Ana Maria Esteves de Souza

**A responsabilidade internacional do Estado como garantia da ordem pública
internacional**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional e da Integração Econômica

Aprovada em 17 de outubro de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Ana Cristina Paulo Pereira
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo Sénéchal de Goffredo
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Daniela Vargas
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Wagner Menezes
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

Para minha avó, Isaulina, com amor e saudade.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, Maria Rosa, pelo amor incondicional, pela segurança de sua presença constante e por sonhar junto comigo; e ao meu pai, Flávio, por estar sempre ao meu lado e por me desejar sempre o que sinceramente acredita ser o melhor pra mim.

Ao meu irmão Fernando, meu melhor amigo, por acreditar em mim mais do que eu mesma.

Ao meu tio Luiz Carlos, a quem eu amo e admiro desde que me entendo por gente, por tudo que me ensinou e ainda ensina e por fazer com que me sinta a mais querida das criaturas; e ao meu tio José Carlos, pelo seu enorme carinho sempre, pela sua amizade e pelo abrigo certo de sua compreensão.

Ao meu companheiro Rodrigo, pela compreensão com as horas roubadas e por fazer deste caminho um tempo mais feliz e menos solitário.

À minha avó Leda, pelo exemplo do que é ser mulher.

Às minhas tias Fátima e Dida, que me apóiam e torcem por mim, e ao meu querido primo Raphael, por possibilitarem que eu me dedicasse a essa tarefa.

Ao meu amigo e sócio Fabrício, por entender a minha ausência em tantos momentos, sempre com um sorriso no rosto e seu coração generoso.

Ao amigo Hércules, tão-querido de toda a família, pela sua inestimável contribuição com a perfeita tradução de um artigo essencial a esta tese.

Ao meu orientador, prof. Antonio Celso Alves Pereira, sempre atualizado com as discussões “de ponta” do direito, por sua confiança; à professora Ana Cristina Paulo Pereira, pela orientação acadêmica desde a graduação e pelas oportunidades que gentilmente me ofereceu nos últimos anos; ao professor Gustavo Sénéchal, da UERJ, pelas valiosas críticas e sugestões quando da minha qualificação; e ao professor José Pureza, da Universidade de Coimbra, por ter me recebido tão gentilmente e por ter compartilhado comigo um pouco do tanto que sabe sobre o Direito Internacional Público. À Sônia Leitão, chefe da secretaria da Pós-Graduação da UERJ, pela atenção, disponibilidade e eficiência com que sempre me atendeu.

À minha colega de doutorado, Maria Lúcia Navarro Brejinski, cuja convivência me será, para sempre, inesquecível; às minhas amigas, Ana Cristina, Aurany, Letícia, mulheres maravilhosas e amigas verdadeiras, e, em especial, à querida amiga Cecília Lugon, pela disponibilidade e pelas valorosas contribuições a esta tese.

RESUMO

SOUZA, Ana Maria Esteves de. **A responsabilidade internacional do Estado como garantia da ordem pública internacional**. 2011. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

Esta tese busca analisar os limites e possibilidades do regime da responsabilidade internacional do Estado como garantia da Ordem Pública Internacional, procurando demonstrar os riscos da implementação *unilateral* da responsabilidade. Inicialmente, através da análise do desenvolvimento normativo do instituto da responsabilidade internacional do Estado, a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, buscamos apontar os principais indicadores do momento de transição paradigmática do sistema internacional contemporâneo, ao revelarem-se tanto as bases de identidade desse sistema quanto os traços de transformação que o atravessam. Partimos da hipótese de que as mudanças normativas operadas no instituto da responsabilidade internacional, no período em estudo, têm sido orientadas, em sua maioria, no mesmo sentido das transformações valorativas verificadas no âmbito do Direito Internacional Público como um todo. O que, já adiantamos, significa dizer, em apertada síntese, mudanças no sentido de um direito interestatal ? relacional e bilateral ? para um direito da comunidade internacional no seu conjunto. Tendo, então, em mente a realidade de descentralização em que se concretizam as normas internacionais, nossa segunda hipótese é de que esses avanços normativos não têm par no plano institucional e que essa lacuna gera à comunidade internacional os riscos da implementação *unilateral* da responsabilidade. Especificamente, analisamos o conceito, os valores, a legitimidade e as consequências substanciais e instrumentais do instituto da responsabilidade internacional do Estado como garantia da ordem pública internacional, focando a projeção da noção de comunidade internacional no seu regime, e os obstáculos normativos e sistêmicos que a sua proteção enfrenta em um sistema internacional descentralizado.

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Responsabilidade Internacional do Estado.

Ordem Pública Internacional. Contramedidas. Comissão de Direito Internacional.

ABSTRACT

SOUZA, Ana Maria Esteves de. **The international responsibility of the State as collateral public order international**. 2011. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

This thesis aims at the analysis of the institute of International State Responsibility, stressing its legal development after 1945. The hypothesis that most of the normative changes occurred in the regime of international responsibility, in the period specified, have been guided in the same sense of the transformations that can be verified in the Public International Law as a whole consists in our departure. This normative changes pass, in synthesis, from a private and bilateral approach of the international law to a community minded one. Considering the reality of decentralization within the international rules are made, our second hypothesis is that these normative progress don't have correspondence in the institutional Field - a lack which brings, to the international society, the risk of the unilateral implementation of State responsibility. Specifically, the concept, the values, the legitimacy and the consequences of the International State Responsibility as a guarantee of the international public order are considered, with focus on the projection of the idea of the international community in this regime and on the main legal and systemic obstacles which such projection has to face in our decentralized international system.

Keywords: Public International Law. International State Responsibility. International Public Order. Countermeasures. International Law Commission.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PARTE I - O CENÁRIO DO DESENVOLVIMENTO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO	23
1 UM BREVE OLHAR SOBRE O CONTEXTO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO	25
1.1 O surgimento do Sistema Internacional Westfaliano: origem da responsabilidade internacional do Estado	25
1.2 A expansão da sociedade internacional pós-45: ápice e crise do paradigma westfaliano	27
1.3 A ordem internacional do pós-Guerra Fria ao início do Séc. XXI: o paradoxo dos valores comunitários protegidos unilateralmente	31
2 A NOÇÃO DE ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL	35
3 O PROCESSO DE CODIFICAÇÃO NA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL	49
3.1 Status atual do projeto de artigos: à espera da codificação	54
PARTE II - O REGIME AGRAVADO DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO	59
4 O CONCEITO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR ATO ILÍCITO INTERNACIONAL	60
4.1 O conceito tradicional de responsabilidade internacional	60
4.2 Transformações de cunho comunitário e o novo conceito da responsabilidade internacional	62
4.2.1 O “dano jurídico”	63
4.2.2 Responsabilidade por ato internacionalmente lícito – “liability”	64
4.3 O conceito de Responsabilidade no Projeto de Código da CDI	67
4.3.1 A prescindibilidade do dano na origem da responsabilidade internacional	67
4.3.2 A responsabilidade por ato lícito fora do Projeto de Código	73
5 OS VALORES PROTEGIDOS PELO REGIME DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL: DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL	75

5.1	Proteção diplomática – a responsabilidade internacional vinculada a normas primárias de carácter bilateral	75
5.2	A redescoberta do axiológico – diferenciação normativa no regime da responsabilidade do Estado	78
5.2.1	<u>A responsabilidade internacional como norma secundária no projeto da CDI</u>	79
5.2.2	<u>A responsabilidade agravada pela diferenciação da natureza da obrigação internacional violada</u>	81
5.2.2.1	Dificuldades conceituais na adoção do regime agravado no projeto de artigos da CDI	82
6	EXCLUDENTES DE ILICITUDE E ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL	96
6.1	Excludentes de ilicitude no Projeto de Artigos	96
6.2	Inaplicabilidade das excludentes de ilicitude de ato contrário ao jus cogens	101
7	OS LEGITIMADOS A INVOCAR A RESPONSABILIDADE	106
7.1	O regime tradicional de invocação	106
7.2	O regime de invocação do projeto da CDI	107
7.2.1	<u>Classificação das obrigações internacionais</u>	108
7.2.2	<u>A legitimidade do Estado lesado</u>	111
7.2.3	<u>O “Estado que não o Estado lesado” como legitimado para a proteção do interesse coletivo</u>	115
7.2.3.1	O surgimento de uma actio popularis – resistências e expectativas	117
7.2.3.2	Análise crítica da terminologia adotada – a questão do resultado lesivo	119
8	AS CONSEQÜÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL ..	126
8.1	Conseqüências substantivas	126
8.1.1	<u>Tipos de conseqüências substantivas no regime comum da responsabilidade internacional</u>	126
8.1.1.1	Cessaçao do ilícito e garantias de não-repetição	127
8.1.1.2	Reparação	129
8.1.2	<u>Conteúdo do regime comum conforme a posição do beneficiário da obrigação secundária</u>	134
8.1.3	<u>Conteúdo do regime agravado de responsabilidade internacional</u>	135
8.1.3.1	Direitos do Estado lesado	137
8.1.3.2	Direitos do Estado que não o Estado lesado.....	138
8.1.3.3	Obrigações do Estado infrator	140

8.1.3.4 Obrigações de todos os Estados	146
8.2 Conseqüências instrumentais	148
8.2.1 <u>As “contramedidas” no Projeto de Artigos.....</u>	149
8.2.2 <u>A utilização de contramedidas pelo “Estado que não o Estado lesado”.....</u>	155
8.2.2.1 Os riscos da utilização de contramedidas para garantia da ordem pública internacional.....	156
8.2.2.2 A regulamentação das contramedidas para salvaguarda de normas imperativas no Projeto de Artigos.....	163
8.2.2.3 As sanções “coletivas” como alternativas às contramedidas para salvaguarda da ordem pública internacional	168
CONCLUSÃO	174
REFERÊNCIA	186

INTRODUÇÃO

As grandes transformações pelas quais o sistema internacional vem passando desde o final da Segunda Guerra Mundial – resultado da internacionalização da ordem capitalista e normalmente diagnosticadas sob o signo da “globalização” – têm causado profundos impactos na sociedade internacional de Estados que são, por sua vez, refletidos no Direito Internacional, conferindo-lhe novas diretrizes.

A princípio, o término do conflito bipolar capitaneado, de um lado, pelos EUA, e, de outro, pela URSS, que durante toda a Guerra Fria deu o tom das relações internacionais, dinamizou esse processo e pareceu possibilitar a concretização das idéias e valores de sentido comunitário¹ que já vinham se formando. O mundo parecia estar diante de uma “nova ordem internacional” para a Humanidade², que acenava com boas perspectivas para a proteção e promoção de seus direitos. No entanto, a Guerra do Golfo e a eclosão quase simultânea dos conflitos étnicos na Europa central, com o espetáculo de violência brutal a que deram lugar, além do reforço das desigualdades sociais pelo processo de integração econômica, inspirado na agenda neoliberal do chamado “Consenso de Washington”³, indicaram que a globalização

¹ Nesta pesquisa, faremos uso ora das expressões “sociedade internacional” e “comunidade internacional” para nos referirmos ao sistema internacional, adotando o sentido a elas conferido por Bull, que, em linhas gerais, com o termo “sociedade”, sublinha a natureza voluntária da coesão entre os Estados e seus aspectos de desagregação e artificialidade e, com a expressão “comunidade”, busca enfatizar a existência de fatores de agregação e de espontaneidade da união dos Estados no plano internacional. BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica*. Coleção Clássicos IRPI. Ed. UnB. São Paulo, 2002. Desde já, explicitamos que comungamos com a hipótese inegavelmente otimista de Cançado Trindade, que aponta o desenvolvimento do Direito Internacional Público (DIP), a partir do século XX, em um rumo universalista e comunitário. O renomado internacionalista brasileiro, juiz de Haia, identifica, no DIP das últimas décadas, a “formação de um novo *jus gentium* – o direito universal da humanidade”. O autor enxerga que o DIP se desenvolveu no sentido de abandonar o entendimento de que as relações interestatais se regiam por regras jurídicas emanadas inteiramente da livre vontade dos próprios Estados para sensibilizar-se e democratizar-se, guiado por “interesses comuns superiores”. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p.1040.

² HENKIN, Louis. *The Age of Rights*, Columbia University Press, 1998, preface to the paperback edition, xi.

³ Um conjunto de medidas - que se compõe de dez regras básicas - formulado em novembro de 1989 por economistas de instituições financeiras situadas em Washington D.C. (como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos), fundamentado num texto do economista John Williamson, do International Institute for Economy, ficou conhecido pela alcunha “Consenso de Washington”, e, a despeito da intenção original, passou a designar o receituário neoliberal imposto por agências internacionais para a concessão de créditos: os países que quisessem empréstimos do FMI, por exemplo, deveriam adequar suas economias às novas regras. No geral, essas regras pregavam abertura comercial, redução dos gastos públicos, privatização das estatais, disciplina fiscal e reforma tributária, dentre outros. A implantação sem questionamentos do receituário “infalível” do FMI para o desenvolvimento econômico do mundo subdesenvolvido trouxe consequências diversas, em muitos casos, bastante negativas, reveladas pela crise asiática de 1997, pela crise da Rússia em 1998 e pela “quebra” da Argentina em 2002.

não tinha para todos as mesmas consequências⁴. Essa a idéia comunicada pela metáfora dos dois mundos: aquele do bem estar, do consenso liberal e das relações pacíficas (o centro capitalista), e este outro, dilacerado em conflitos crônicos e guerras pouco convencionais (o antigo Terceiro Mundo)⁵.

Não obstante, as transformações promovidas pelo processo de globalização trouxeram, para a arena internacional, questões que tradicionalmente apenas eram equacionadas no plano interno dos Estados. Sendo o mundo pela primeira vez uma *sociedade global*⁶, gradualmente, vai sendo desenvolvido e legitimado um código universal, que consagra a proteção dos *interesses da comunidade internacional no seu conjunto*⁷, como a linguagem dominante.

Estas transformações, no entanto, não se concretizam uniformemente nos planos teórico e fático da sociedade internacional, fazendo-nos vivenciar, neste limiar do século XXI, um tempo de profunda ambivalência. Se por um lado, é possível identificar o fortalecimento de um arcabouço axiológico que prioriza os interesses comuns, por outro - e a despeito dessa construção no campo das idéias -, no plano fático, o sistema internacional ainda mantém a descentralização das unidades soberanas como seu traço distintivo principal. Sem correspondência no plano institucional, essa valoração que privilegia a proteção dos interesses

⁴ De acordo com Santos, aliás, para a maior parte da humanidade, a globalização se impõe como uma “fábrica de perversidades”. SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001, p. 19.

⁵ CRUZ, Sebastião C. V. Entre normas e fatos: desafios e dilemas da ordem internacional. *Lua Nova*, n. 58, 2003, p. 169.

⁶ IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2001, p. 237.

⁷ Utilizamos a expressão aqui em referência à expressão adotada pela Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI) no Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional por ato Ilícito, objeto de estudo desta tese, para referir-se às normas imperativas de Direito Internacional. No entanto, cumpre ponderar que reconhecemos que a invocação de uma “comunidade internacional” é certamente mais fácil do que a sua definição e mesmo sua identificação fática. Nesta tese, utilizamos o termo como o conjunto dos atores, amplamente reconhecidos, do sistema internacional – portanto, todos os seres humanos, Estados e entidades internacionais e transnacionais. Alguns negam a existência dessa comunidade, salientando a ausência de estrutura internacional e de consenso político que lhe dê existência; outros afirmam que o termo é por demais amórfico, tanto conceitualmente quanto na prática. A nosso ver, porém, uma vez que a interdependência de todos que vivem sobre o mesmo planeta é algo de que não se pode escapar, uma *comunidade* necessariamente é formada. Pode ser que, quanto aos seus valores, estes ainda sejam contestados como “impostos”, como “ocidentais” e estejam por ser mais bem definidos. Assim, neste aspecto, talvez essa comunidade exista mais como algo que quer vir a ser do que como uma realidade que representa. Por outro lado, é inegável a existência de interesses comuns, pois, “gostemos” ou não, “aproveemos” ou não, somos *todos* afetados pela poluição do meio ambiente, pelo crime organizado internacional, pela proliferação de armas letais que não reconhecem fronteiras estatais, somos todos consumidores do mercado global. Estamos todos conectados em razão do destino comum do planeta. O que parece ainda faltar, entretanto, é *materializar* a idéia de comunidade internacional. Para uma discussão mais aprofundada sobre o significado do termo “comunidade internacional”, ver os artigos de ANNAN, Kofi. Problems without passports; de GOWERS, Andrew. The power of two; CHOMSKY, Noam. The crimes of ‘Intcom’; KIRKPATRICK, Jeane. The shackles of consensus; HEHYR, Brian. The limits of loyalty; OGATA, Sadako. Guilty Parties; APPADURAI, Arjun. Broken promises; WEDGWOOD, Ruth. Gallant delusions; e, em especial, BELLO, Walden. Battling barbarism, todos In. What is the International Community?, *Foreign Policy*, n.132, 2002

comunitários é uma via de mão dupla. Enquanto ela traz um renovar de esperanças, sobretudo para cidadãos dos países periféricos, a nova postura política que vem junto “no pacote” - de clara abertura para o uso de meios coercitivos a fim de garantir tais interesses - é fonte de fundamentadas preocupações, mais uma vez, sobretudo para cidadãos dos países periféricos⁸. Isto se dá porque, embora, em sua dimensão valorativa e em suas normas, esse novo perfil do Direito Internacional possua enorme potencial emancipador, a sua aplicação vê-se condicionada pela realidade sistêmica da sociedade internacional, que mais explicitamente do que (a maioria d) as sociedades nacionais observa especial relevância aos interesses políticos e econômicos de seus atores mais poderosos.

Diante desse contexto dual – da necessidade de proteger os interesses da comunidade internacional em seu conjunto *versus* a possibilidade que se abre de recurso a medidas unilaterais, inclusive ingerências externas, tendo como justificativa tal proteção –, o conhecimento das normas e das práticas concernentes à responsabilização internacional do Estado por grave violação de normas imperativas internacionais mostra-se particularmente necessário e urgente. Afinal, o instituto da responsabilidade internacional do Estado, entendido como um meio de proteção à ordem pública internacional, é um dos regimes jurídicos onde se projeta, de maneira mais clara, a ambivalência aqui apontada.

a. Atualidade e relevância do tema

No momento em que escrevemos, conta-se precisamente uma década transcorrida da veiculação, ao vivo e para o mundo todo, das imagens das Torres Gêmeas de Nova York caindo como castelos de areia. Se fizermos um balanço do que se seguiu aos atentados de 11 de setembro, certamente identificaremos os últimos dez anos como um período nefasto na história da humanidade, em que o Direito Internacional foi reiteradamente violado⁹. Por um

⁸ Em especial no período que se inicia com o fim da Guerra Fria – período em que vemos surgir uma nova forma de responsabilização dos Estados, calcada nas teorias de relativização da soberania estatal e da erosão do princípio da não-intervenção.

⁹ A ainda maior potência internacional da atualidade foi responsável, ela mesma, por uma série de ações legalmente condenáveis: a sua “guerra ao terror” implicou em severas restrições de direitos colocadas em prática com o Patriot Act; com a prisão de Guantânamo (só fechada em 2010 após anos de torturas, repressão e interrogatórios que violavam frontalmente as Convenções de Genebra sobre Direito Humanitário e que não raram viraram manchete na mídia internacional); com a invasão do Afeganistão pela operação Enduring Freedom, que, se não foi autorizada pela ONU, ao menos seguia “desígnios divinos”, de acordo com o então presidente Bush; com a invasão também unilateral do Iraque, verdadeiro ato de agressão, sob o argumento da existência de armas de destruição em massa que nunca foram encontradas (fazendo com que o governo estadunidense apelasse, em um segundo momento, para a velha justificativa da intervenção humanitária); e ainda com o assassinato do líder da Al-Qaeda, Osama Bin

lado, invasões forjadas unilateralmente, como a do Afeganistão e, sobretudo, a do Iraque, não conseguiram devolver a paz e a democracia àqueles Estados, mas garantiram a expansão das bases militares estadunidenses no mundo, propiciando maior controle em regiões estratégicas pela circulação de riquezas ou reservas de petróleo e gás natural. Por outro lado, vários povos sofrem as consequências de anos de guerras civis que duraram (e muitas ainda duram) anos – Libéria, Sudão, Palestina, Sri Lanka, Somália, Serra Leoa, Guiné-Bissau, Costa do Marfim, Angola, Argélia – sem nenhuma, ou pouco efetiva, intervenção internacional. Face a uma realidade que faz tantas vítimas, em diversas situações de grave violação de direitos humanos – normas imperativas por excelência – acreditamos que o interesse no fim das graves violações não deve ser restrito aos Estados individualmente envolvidos, mas sim de toda a *comunidade internacional*.

Diante deste quadro complexo e aflitivo, antes de entrarmos no mérito dos confrontos, o que se pretende aqui é chamar atenção para a *atualidade* do tema da responsabilidade dos Estados. Na vida internacional, como nas demais sociedades, a todo momento invocamos a idéia de responsabilidade. É preciso notar, porém, que, neste início de século, ainda mais do que em outros períodos, o tema tem ganho especial relevo. Desde os ataques terroristas de 11 de setembro, o peso argumentativo em prol de intervenções legitimadas pela responsabilização de um sujeito, gerado pelo choque da tragédia e pelo medo de toda a comunidade internacional de outras ações identificadas como “terroristas”, veio reforçar a centralidade da responsabilidade internacional neste início do século XXI.

Outro aspecto que reforça a importância do estudo do regime da responsabilidade internacional do Estado, está no fato de que é em conformidade com os valores refletidos no Direito Internacional que se forma a opinião pública mundial, e em razão dessa juridicidade é que a comunidade internacional aceita ou condena um ataque, pressionando por ações. Tomando como exemplo a invasão do Iraque pelos EUA, salientamos o fato de que, em qualquer análise feita e divulgada pela mídia, mesmo a leiga, seja ela contra ou a favor das ações militares, salta aos olhos a atenção que tem sido dada ao Direito Internacional nos argumentos utilizados.

O tema da presente pesquisa está no coração dessa legalidade internacional. A responsabilidade, sendo uma exigência social, encontra-se no centro de qualquer ordenamento

Laden, em 1º de maio de 2001, morto, sem resistência e sem julgamento, em sua residência por uma incursão de 79 SEALs da marinha norte-americana, que entraram no Paquistão de helicóptero, seguida da eliminação de seu corpo sem autópsia, violando multiplamente as normas mais elementares do Direito Internacional, começando pela invasão em si. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2005/10_october/06/bush.shtml>. Acesso em: set. 2011.

jurídico. O seu regime, portanto, corolário da juridicidade do Direito Internacional, também é sensível às mudanças decorrentes do desenvolvimento do sistema, expressando os valores da sociedade à qual ela se aplica¹⁰.

Assim, entendemos que analisar o instituto da responsabilidade internacional, seu desenvolvimento e suas contradições, contribui para uma melhor compreensão do desenvolvimento e das contradições da própria sociedade internacional. Prova disso é a estreita correlação entre a tendência verificada no regime da responsabilidade internacional, no sentido de se ampliar o rol dos legitimados a serem sujeitos da relação, e as demandas da realidade social, que, cada vez mais, colocam outros atores, que não somente os Estados, em evidência no plano internacional, como passíveis de serem responsabilizados internacionalmente ou de serem reconhecidos como legitimados a invocar a responsabilidade internacional de outro sujeito¹¹. Do mesmo modo, a trajetória da responsabilidade internacional, que passa cada vez mais a ser entendida como objeto de interesse da comunidade internacional como um todo, está em dia com o processo de globalização do sistema internacional, que coloca temas como o respeito aos direitos humanos, o uso sustentável do ambiente ou o desenvolvimento econômico dos países periféricos (problemas antes restritos ao nível interno dos Estados) à escala internacional.

A relevância de conhecer o regime da responsabilidade internacional do Estado, e de ter em conta o seu potencial como protetor da comunidade internacional, é ainda maior para os Estados economicamente periféricos e desprovidos de aparato militar forte. Nosso interesse na legalidade internacional reside justamente no seu papel, ao longo do tempo, de argumento de salvaguarda à posição dos mais fracos – e aqui nos referimos sobretudo aos Estados mais fracos – no sentido de limitar a capacidade de poder fático dos Estados mais poderosos. É essa capacidade de regulação de um comportamento, dirigida a todos, que nos interessa e nos leva a escrever sobre o tema. Diante da verificação de graves excessos de poder por parte dos EUA, ainda a maior potência do sistema - que cada vez mais pauta suas ações por decisões unilaterais, atropelando o Direito Internacional¹² -, entendemos que o domínio dos

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. Ed. Cascais; Ed. Principia, 2004, p. 318.

¹¹ Como exemplo de atores que aos poucos têm sido reconhecidos como sujeitos internacionais ao lado dos Estados (sujeitos tradicionais), podemos citar não apenas as multinacionais, como também o indivíduo e os grupos armados internacionais, que não se vinculam oficialmente a um Estado, mas que atuam em âmbito internacional, como a Al-Qaeda e o Hezbollah.

¹² Realmente neste início de século, tem-se acentuado um desprezo e até um boicote ao Direito Internacional criado multilateralmente na comunidade internacional, justamente por parte dos que têm poder e dos que conseguem, isoladamente, manter essa relação de poder triunfante com o resto do mundo. Há, por exemplo, o caso do estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), em que é sabido que os EUA não só retiraram sua assinatura, como celebraram e vêm celebrando tratados bilaterais de esvaziamento dessa Corte. Uma estratégia

instrumentos jurídicos e a sua apropriação pelos menos favorecidos no jogo internacional é o melhor meio hoje existente para se deslegitimar práticas que historicamente se impõem de modo unilateral.

Consideramos o estudo do Direito Internacional como essencial para a compreensão da lógica e do funcionamento do sistema internacional. Não apenas porque o Direito é um reconhecido indicador social¹³, mas também por ser ele uma construção social que, uma vez constituída, passa a ser um dos fatores que condicionam e modificam a sociedade que o criou. Neste senso, afirma José Pureza:

o Direito Internacional Público não é mero eco passivo das formas de globalização dominantes mas também um instrumento de moldagem desse processo, de acordo com opções valorativas e políticas determinadas. Por outras palavras, *o Direito Internacional Público é, a um tempo, um indicador e um anunciador de novas formas de sociabilidade*¹⁴.

Acreditamos, portanto, que as relações internacionais, a formulação de políticas externas e mesmo de políticas domésticas dos Estados são, de diversas maneiras, moldadas pela normatividade internacional. Conseqüentemente, no tocante à polêmica da efetividade e validade do Direito Internacional diante da lógica das relações internacionais, enxergamos nele uma capacidade de regulação efetiva.

Diferentemente da tradição hobbesiana – para a qual só há regulação se houver sanção, logo se houver instituições de suporte –, não entendemos que a ausência de um governo internacional, ou de uma instância que detenha a legalidade do uso da força no meio

clara, assumida – e, justiça seja feita, ao menos as coisas são feitas às claras... – com o propósito deliberado de esvaziar o TPI de competências. Outro grave problema é a criação, por parte desses poderes e, sobretudo, do poder estatal norte-americano, de figuras que passam à margem de regulação jurídica basilar, como é o caso do boicote ao Direito Internacional humanitário em matéria do direito de prisioneiros de guerra que perdurou durante anos na prisão de Guantânamo, finalmente fechada, em 2010, graças a um dos primeiros atos de governo do presidente democrata estadunidense Barak Obama, em 2009. Por fim, podemos ainda citar a chamada guerra contra o terrorismo, tal como entendida majoritariamente na prática dos Estados Unidos e dos seus aliados. Elevando o “terrorismo” à qualidade de novo “inimigo”, os Estados Unidos têm recriado o novo pólo de uma bipolarização forçada, justificando, em nome do seu combate, quaisquer atos, mesmo que em desacordo com as normas internacionais ou com a ONU, servindo precisamente para enfraquecer o Direito Internacional como instrumento de regulação. Nessa perspectiva, ver as análises de AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004 e NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

¹³ “O direito é manifestação da vida social. A cada sociedade corresponde um determinado sistema jurídico. O DIP dos dias de hoje corresponde a uma determinada sociedade internacional.” Cf. in MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. v.1. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000. p. 43.

¹⁴ PUREZA, José Manuel. *Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?*. 1995. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 1995. p. 3.

internacional¹⁵, impeça, necessariamente, a atuação efetiva do Direito Internacional nas relações internacionais. Se olharmos o Direito Internacional não apenas de uma perspectiva institucional, mas de uma perspectiva normativa e funcional, verificamos que ele existe e é efetivamente tido em consideração no seio da comunidade internacional. Conforme atesta Jónatas Machado¹⁶, “a grande maioria das normas de Direito Internacional é observada todos os dias, apesar do carácter midiático de algumas das suas mais graves violações”.

Mais do que um sistema de comandos e sanções, o Direito nos interessa como um discurso sobre o que *deve ser*. Deste modo, o Direito Internacional, e, mais especificamente, o regime da responsabilidade internacional, se mostram como um fator regulador, e, sobretudo, como um argumento. A legalidade internacional ultrapassa sua formulação teórica e molda comportamentos e relações, uma vez que é utilizada por atores sociais concretos - seja o Estado, sejam organizações internacionais, sejam indivíduos - para se legitimar certa perspectiva sobre as relações internacionais. A nosso ver, é sintomático que os Estados não recorram à negação do Direito Internacional, mas, ao contrário, busquem dentro dele justificar suas ações.

Por essas razões, se não por outras, a relevância de se estudar o tema da responsabilidade internacional do Estado. Afinal, é ao seu regime que a proteção dos valores comunitários deve se socorrer antes de tudo para buscar o respeito e a afirmação dos seus mais caros bens e valores.

b. Hipótese e objetivos

Nosso objeto de estudo é, de modo geral, o regime da responsabilidade internacional do Estado, realçando o seu desenvolvimento normativo em sede da Comissão de Direito

¹⁵ De fato, inexistente no meio internacional um órgão legislativo, executivo ou judiciário centralizado. Nas palavras de Jónatas Machado: “A Assembleia Geral da ONU, a despeito da sua importância, não pode ser vista como um parlamento mundial, dotado de poder legislativo. As suas resoluções não são em princípio vinculativas, excepto para os órgãos da ONU. Por seu lado, nem o Conselho de Segurança nem o Secretariado da ONU podem ser vistos, isoladamente ou em conjunto, como o equivalente jurídico-internacional dos governos dos Estados. (...) Para além disso, não existe, no âmbito internacional, um sistema de tribunais dotados de jurisdição compulsória, análogo aos dos ordenamentos normativos nacionais, aliado a um sistema de sanções administrado de forma centralizada. Na verdade o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) só tem jurisdição quando ambas as partes aceitam, não dispondo de uma prerrogativa de citação, ou da possibilidade de realizar julgamentos à revelia para além do consentimento dos Estados. Além disso, não existe uma administração de polícia para prevenir e reprimir violações do Direito Internacional”.

MACHADO, Jónatas, E.M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao 11 de setembro*. 2. ed., Coimbra : Coimbra Ed., 2004. p. 23.

¹⁶ *Idem*, p. 24.

Internacional da ONU (CDI) e sua aplicação na seara interestatal a partir de 1945. Especificamente, consideramos a eficácia, a legitimidade e as aplicações do instituto da responsabilidade internacional do Estado como garantia da ordem pública internacional, focando a projeção da comunidade internacional no seu conjunto no regime da responsabilidade, e a sua implementação pelos atores e tribunais internacionais.

Diante do quadro aqui exposto, nossa hipótese é de que as mudanças normativas operadas no instituto da responsabilidade internacional e implementadas pelos atores e pelos tribunais internacionais, no período em estudo, têm sido orientadas, em sua maioria, no mesmo sentido das transformações valorativas verificadas no âmbito do Direito Internacional como um todo. O que, já adiantamos, significa dizer, em apertada síntese, mudanças no sentido de um direito interestatal – relacional e bilateral – para um direito da comunidade internacional no seu conjunto¹⁷. Contudo, tendo em mente a realidade de descentralização em que se concretizam as normas internacionais, complementa a nossa hipótese o entendimento de que esses avanços normativos não têm par no plano institucional e que essa lacuna gera à comunidade internacional os riscos da implementação *unilateral* da responsabilidade.

Assim, no intuito de analisar e validar a nossa hipótese, temos dois objetivos específicos.

Inicialmente, buscamos analisar essas mudanças verificadas no instituto da responsabilidade e o modo como elas foram absorvidas (ou não) no regime fixado no Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado (daqui em diante, Projeto de Artigos) elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU, ressaltando o papel que uma abordagem principiológica do Direito Internacional vem desempenhando na orientação dessa dinâmica. Nosso foco é, portanto, no trabalho, desenvolvido pela CDI desde 1953, de elaboração do Projeto de Artigos sobre a responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito, que foi concluído e adotado pela CDI em segunda leitura em 2001, e que está, desde 2010, incluso na agenda provisória da Sexagésima Oitava Sessão (2013) da Assembleia Geral da ONU (AGNU), que também estabeleceu a criação de um grupo de trabalho para examinar e decidir sobre a questão da adoção de uma convenção sobre o tema¹⁸. Entendemos que o

¹⁷ Ou, nas palavras de Cançado Trindade: “*de um jus inter gentes a um novo jus gentium*”. In. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p. 1039.

¹⁸ Resolução da AG n. 65/19 de 06 de dezembro de 2010: “*The General Assembly (...) Decides to include in the provisional agenda of its sixty-eighth session the item entitled “Responsibility of States for internationally wrongful acts” and to further examine, within the framework of a working group of the Sixth Committee and with a view to taking a decision, the question of a convention on responsibility of States for internationally wrongful acts or other appropriate action on the basis of the articles.*”

exame do Projeto - elaborado em atenção a um comando da ONU, com o propósito de se tornar, ao lado da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, um dos pilares normativos do Direito Internacional Público, e que já é referido em alguns julgados internacionais como o texto de maior autoridade sobre o assunto – e dos percalços enfrentados pela CDI em seu processo de elaboração nos dará ingredientes suficientes para a realização da análise a que nos propomos. Deste modo, procedemos a um estudo detalhado de pontos do regime formulado no Projeto de Artigos em que nos foi possível identificar os efeitos que as alterações de sentido comunitário vêm operando nos elementos constitutivos, nos fundamentos e na dinâmica de funcionamento do regime da responsabilidade internacional.

Como segundo objetivo específico, mas relacionado ao primeiro e complementando-o, é nosso intuito fazer referências a casos específicos da aplicação prática dessas mudanças. Para tanto, atentamos sobre situações concretas de implementação, tanto unilateral quanto institucional, das mudanças apontadas no campo axiológico-normativo. Assim, nos parece fundamental a elaboração de um balanço de como têm se pronunciado, a esse respeito, as cortes e tribunais internacionais, em especial a Corte Internacional de Justiça (CIJ) -, incluindo também órgãos arbitrais, com especial atenção para as decisões prolatadas após 2001, ano em que, como já dito, o Projeto de Artigos da CDI sobre a matéria foi aprovado como declaração pela Assembléia Geral da ONU. Essa abordagem não pretende esgotar os aspectos pertinentes ao estado da arte da responsabilidade internacional, mas permite entrever indícios de aproximações e afastamentos entre o sistema de regras e a sua aplicação na realidade internacional.

Acreditamos que, realizados tais objetivos, será possível dar conta de conciliar a análise teórica da responsabilidade internacional do Estado como garantia da ordem pública internacional e a compreensão da eficácia e obrigatoriedade das decisões internacionais de responsabilização do Estado.

c. Metodologia

Esta tese insere-se na linha de pesquisa “Direito Internacional”, proposta pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Doutorado.

Como já transparece, para a consecução dos objetivos descritos, é necessário que a relevância da realidade social, econômica e política da sociedade internacional a que a responsabilidade internacional do Estado se aplica seja, a todo o momento, considerada na

abordagem jurídica do tema. O que se pretende aqui é, de modo geral, estabelecer ligações do desenvolvimento normativo e da aplicação desse regime diante das demandas do sistema internacional no período histórico especificado. Para tanto, opta-se por uma abordagem interdisciplinar, em que, aliado ao tratamento jurídico do tema, pretendemos somar também considerações sobre a realidade político-econômica inerente à sociedade internacional.

Do mesmo modo, o entendimento do Direito Internacional como um construído social faz com que este seja aqui analisado em sua perspectiva histórica, e não de forma estática, lógica que também se aplica ao regime da responsabilidade internacional do Estado. Assim, esta pesquisa, ao centrar-se no processo de construção desse instituto a partir de 1945, relaciona-o com o desenvolvimento histórico da normativa internacional, bem como às transformações verificadas na própria ordem internacional.

A abordagem do tema é basicamente bibliográfica. Além das obras especializadas no assunto, exploramos as documentações oficiais da ONU. Particular atenção é dada aos relatórios elaborados pela Comissão de Direito Internacional da ONU¹⁹. Para a consecução dos nossos objetivos, recorreremos também a julgados internacionais que tratam do tema da responsabilidade, reportando-se ao Projeto de Artigos da CDI. Mas não é qualquer decisão que meramente faça referência ao Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado que nos atrai. O escopo da nossa pesquisa foca-se na abordagem do tema que enxerga as normativas de responsabilidade internacional como orientadoras da garantia da ordem pública internacional. Assim, não são do nosso interesse os julgados que apenas citam o Projeto de Artigos para argumentar entendimentos que o simples recurso ao tratamento clássico ou a abordagem costumeira da matéria por si só já dariam conta de fundamentá-los. Interessam-nos sim os julgamentos que recorrem ao Projeto de Artigos para embasar novas percepções sobre o tema, que privilegiam a proteção da ordem pública, das normas peremptórias do Direito Internacional, em detrimento da visão bilateral e contratualista que originalmente impregnava o tema.

No que se refere aos documentos dos órgãos internacionais, em particular à legislação e às decisões em sede da Corte Internacional de Justiça, Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e aos documentos da Comissão de Direito Internacional da ONU, as fontes primárias serão obtidas na internet.

¹⁹ São mais de 45 anos em que a Comissão se dedicou à tentativa de codificação do tema da responsabilidade internacional do Estado a pedido da Assembléia Geral, mobilizando, para tanto, renomados juristas (Roberto Ago, James Crawford, Arangio-Ruiz etc), representantes dos Estados membros da ONU, e grupos de estudos especializados (Harvard, Oxford, Yale, The American Society of international Law etc).

Vale também dizer que a abordagem que adotaremos não pretenderá fazer da tese um estudo normativo, no sentido de justificar ou recomendar uma conduta. Nosso compromisso é, antes, com um estudo que se preocupa em compreender o caráter e as tendências das condutas dos atores internacionais e da sua argumentação jurídica. Sabe-se, evidentemente, das limitações deste nosso objetivo, e elas são reconhecidas na medida em que é impossível ao teórico evitar fazer juízos normativos. Contudo, temos claro que a tarefa primeira aqui não é prescrever, mas interpretar e explicar. É neste sentido que esta pesquisa tenciona ser um estudo teórico.

Quanto ao nosso plano de trabalho, a tese está estruturada em duas partes.

Tendo os objetivos descritos como guia, a pesquisa não poderia subtrair-se a um breve panorama teórico das transformações operadas no sistema internacional e no seu correspondente sistema normativo no período que se segue ao pós-Segunda Guerra Mundial, em função dos reflexos que causa no regime da responsabilidade internacional do Estado. Dentre esses desenvolvimentos, basilar para a compreensão desta pesquisa está o reconhecimento do surgimento de uma ordem pública internacional. Assim, a Parte I, tenta, no capítulo 1, mapear os principais indicadores da conjuntura sistêmica em que se desenvolve a responsabilidade internacional do Estado, abordando o desenvolvimento de uma noção de ordem pública internacional, no capítulo 2. Já no capítulo 3, buscamos apresentar um panorama do processo de elaboração do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado ocorrido no âmbito da Comissão de Direito Internacional da ONU entre 1954 e 2001, enfatizando o *status* atual de que goza o Projeto no ordenamento jurídico internacional e o dilema sobre a sua futura aprovação ou não na forma de uma convenção.

A Parte II se dedica ao estudo do regime jurídico da responsabilidade do Estado, tal qual aprovado no Projeto de Artigos da CDI, priorizando a análise dos tópicos que potencialmente instrumentalizam a responsabilidade como um instituto de garantia da ordem pública internacional. Um fio comum perpassa a elaboração de todos os capítulos: tencionamos sempre identificar os traços de transformação do sistema internacional refletidos no regime da responsabilidade, analisando, de forma crítica, em que medida a CDI, ao formular os dispositivos do Projeto, pôde avançar na agenda comunitarista e em que medida ficou ainda atrelada à concepção interestatista tradicionalmente vigente nas relações internacionais.

Com este intuito, inicia-se o capítulo 4, com a discussão acerca do conceito de responsabilidade, seu surgimento e elementos definidores.

Em seguida, capítulo 5, adentramos a discussão em torno da projeção dos valores comunitários no regime da responsabilidade internacional do Estado, através da diferenciação feita entre a violação de obrigações internacionais ordinárias e as graves violações de normas imperativas internacionais.

As circunstâncias excludentes de ilicitude e as especificidades de seu regime no que tange à proteção das normas de interesse da comunidade internacional são abordadas no capítulo 6.

Ocupando-se das questões inerentes à formulação de um regime agravado da responsabilidade, no capítulo 7, tratamos especificamente da questão da legitimidade para invocar a responsabilidade de um Estado quando uma norma imperativa é violada. No capítulo 8, buscamos analisar as consequências, tanto substanciais quanto instrumentais, diferenciadas do regime comum de responsabilidade.

Nosso objetivo é lançar luz na relação desses pontos com o desenvolvimento valorativo do sistema internacional, para, enfim, confrontá-los nas suas potencialidades de fator de proteção dos interesses da comunidade internacional. Reiteramos que nossa pesquisa não pretende esgotar os aspectos pertinentes à teoria geral da responsabilidade internacional do Estado, mas tenta entrever indícios de aproximações e distanciamentos entre o sistema de regras e a sua aplicação na realidade internacional.

Vale, ainda, esclarecer os seguintes aspectos: ao longo do texto, foi fundamental fazer referência a artigos constantes das versões adotadas, pela Comissão de Direito Internacional, do Projeto de Responsabilidade Internacional do Estado - por sua importância para esta pesquisa, anexamos as mesmas ao final desta; embora o corte cronológico seja o pós-Segunda Guerra, ressaltamos que, por vezes, são apresentadas digressões analíticas a períodos anteriores, quando estas se fizerem necessárias para a melhor clarificação do argumento; quanto às citações, em razão da literatura sobre o tema se apresentar em diversos idiomas, optou-se pela manutenção do texto original, quando em inglês ou em espanhol, no corpo do texto e a tradução livre quando em outro idioma.

PARTE I - O CENÁRIO DO DESENVOLVIMENTO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

A responsabilidade, como a imputação a um indivíduo das conseqüências de sua própria conduta, é uma necessidade do ser humano na condição de ser social, que tem o direito de ser respeitado como pessoa e não ser prejudicado em sua existência. Neste sentido, podemos citar Pontes de Miranda, que afirma estar a responsabilidade inserida no quadro das tentativas de adaptação social pelo homem.²⁰

Do mesmo modo, na esfera internacional, o convívio social dos sujeitos também faz nascer a idéia de responsabilidade. Celso Mello, na sua obra sobre o tema da Responsabilidade Internacional do Estado, diz que “há uma necessidade social da existência do instituto da responsabilidade, vez que sem ela as relações sociais seriam, provavelmente, caóticas.”²¹

Fato é que a idéia de responsabilidade está na base de qualquer forma de vida social²², estando, portanto, situada no epicentro de todo sistema jurídico²³. Assim, é de se esperar que cada época projete na responsabilidade sua concepção sobre a natureza das normas que compõem seu sistema jurídico, os sujeitos de direito reconhecidos pelo sistema, seus valores, os procedimentos e meios de controle concebidos. Como parte integrante do sistema normativo internacional no seu conjunto, a responsabilidade internacional do Estado traça o mesmo percurso de desenvolvimento observado quanto ao Direito Internacional Público e se encontra em um momento de transição em que a base tradicional do sistema westfaliano é atravessada por traços de um novo paradigma axiológico internacional, que não se atém unicamente às relações bilaterais entre Estados, dando voz a atores não-estatais e à comunidade internacional como um todo. Entendemos, assim, que o regime da responsabilidade internacional reflete essas transformações e cada vez mais caminha de um regime estritamente civilista e contratualista para um regime de garantia da Ordem Pública.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado, tomo LIII. 2.* ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966. p. 8

²¹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Responsabilidade Internacional do Estado.* Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 1995. p. 6

²² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público.* 12. ed. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2000. p.501.

²³ DUPUY, P.M. *Le fait générateur de la Responsabilité internationale des Etats.* Recueil des Cours de l'Académie de La Haye (RCADI), 1984. p. 21.

Para a melhor compreensão dessas condicionantes do sistema internacional e dos reflexos que operam no regime da responsabilidade, apresentaremos na Parte I desta pesquisa, um breve panorama dos desenvolvimentos internacionais dos últimos anos, focando o surgimento da noção de ordem pública internacional. Analisaremos como e em que medida esses desenvolvimentos têm conferido novas diretrizes ao trabalho de codificação do tema levado a cabo no seio da Comissão de Direito Internacional da ONU, impondo uma reconsideração acerca das tradicionais concepções do conceito de responsabilidade e dos seus elementos definidores a fim de atualizá-los face a realidade contemporânea.

1 UM BREVE OLHAR SOBRE O CONTEXTO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO

Sendo a responsabilidade uma necessidade social, ela nasce simultaneamente à sociedade à qual se aplica. O regime da responsabilidade internacional reflete os traços mais característicos dessa sociedade de Estados, ao passo em que, dialeticamente, molda e é moldado pelos processos de transformação dessa realidade que o forja – o que nos impele, para a melhor compreensão dos seus fundamentos e contradições atuais, à elaboração de um sucinto panorama sobre as raízes da sociedade internacional dos dias de hoje.

1.1 O surgimento do Sistema Internacional Westfaliano: origem da responsabilidade internacional do Estado

A sociedade internacional em escala planetária contemporânea tem sua origem no sistema interestatal surgido na Europa nos séculos XV e XVI, produzido pela conjunção dos processos históricos de afirmação do capitalismo e do projeto político da modernidade sobre a Cristandade Européia Medieval²⁴. É, portanto, com este processo de ruptura com a ordem unipolar da *Respublica Christiana* que o sistema internacional contemporâneo desenvolve sua forma e seu aparato valorativo-normativo²⁵, e com este sua noção de responsabilidade.

Com o advento da modernidade, e sob o impulso do nascente sistema capitalista, dois movimentos de ruptura estão na matriz do sistema internacional contemporâneo: o primeiro foi a passagem dessa ordem unipolar cristã para uma ordem multipolar²⁶; o segundo foi a expansão desse sistema estatal de raiz européia para o restante do mundo. Vejamos.

O colapso da ordem unipolar e a sua substituição por uma ordem multipolar se deu com o desmoronamento da homogeneidade cultural existente na Europa medieval, baseada na unidade religiosa. A recusa dos fundamentos de autoridade em torno da autoridade espiritual e política do Papa (e posteriormente do Imperador) cedeu lugar a uma realidade em que uma

²⁴ O sistema cristão da Europa Ocidental era marcado pela ordem unipolar em razão da unicidade religiosa. Naquele sistema, nenhum governante era soberano no sentido de ter autoridade suprema sobre determinado território e um certo segmento da população cristã. Antes, os monarcas precisavam compartilhar sua autoridade com os vassallos, no nível inferior, e com o Papa, no nível mais alto (no caso da Alemanha e da Itália, com o Sacro Imperador Romano). BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica*. Brasília: Ed. UnB, 2002. p. 286.

²⁵ MACHADO, Jónatas, E.M. *Op. Cit.*, p. 57.

²⁶ *Idem*. p. 59.

multiplicidade de Estados-nação passou a constituir a estrutura básica do sistema internacional²⁷. A *comunidade* valorativa que havia sido a Cristandade medieval, caracterizada pela homogeneidade cultural, transfigurou-se na *sociedade* formada pelos novos protagonistas soberanos do meio internacional. Os valores comuns, fundados no Papa, que formavam a *comunidade* européia cristã cederam lugar a uma malha contratual formadora da *sociedade* internacional contemporânea, fundada na soberania dos Estados²⁸.

O segundo movimento de ruptura refere-se à expansão do sistema europeu que ocorreu nos séculos XVIII e XIX, consolidando a estrutura jurídico-política do *Estado soberano* como o instrumento e o símbolo dessa expansão²⁹. Assim, a partir do impulso descolonizador americano e da expansão imperialista ocidental, a malha de novos protagonistas mundiais foi formada, e as normas e práticas desse sistema de unidades soberanas foram então aplicadas ao mundo não-ocidental enquanto a sociedade internacional se expandia, tornando-se um “padrão da civilização”³⁰. Formava-se finalmente o sistema internacional de Estados civilizados.

O sistema internacional que se forma, consagrado formalmente no Tratado de Paz de Westfália, em 1648³¹, vai se caracterizar por ser um sistema de unidades autônomas e

²⁷ Este movimento de ruptura com a homogeneidade cultural pela unicidade religiosa provocou dois importantes desdobramentos. Em primeiro lugar, e relativamente à dimensão interna dos Estados, ocorreu uma centralização do poder sobre uma determinada comunidade política pelos Estados-nação, consagrada no Tratado de Paz de Westfália em 1648. Conforme analisa Pureza, “*a sedimentação de uma relação de pertença e lealdade territorial estruturou-se em torno da diferenciação entre esfera pública e esfera privada e teve no monopólio do uso legítimo da força pelo poder público a sua expressão maior*”. Já externamente aos Estados, essa centralização teve como consequência uma diferenciação e autonomização dos atores internacionais, trazendo à sociedade internacional uma descentralização. Westfália, portanto, também significa que não há nenhuma instância de poder externa aos Estados que lhes seja superior. PUREZA, José Manuel. Ordem Jurídica. Desordem Mundial. Um contributo para o estudo do Direito Internacional. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 64, p. 21, dDez. 2002.

²⁸ PUREZA, José Manuel. *Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?*. 1995. Tese (Doutorado de Economia) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 1995. p. 13.

²⁹ Essa expansão se passou em dois sentidos. O primeiro, resultado da independência das colônias americanas, e sua posterior conformação política em Estados, fez com que o sistema europeu de Estados inicial se prolongasse também no continente americano. O segundo, a expansão colonialista e imperialista do Ocidente, nos mesmos séculos XVIII e XIX, permitiu a agregação de vários sistemas internacionais regionais não-cristãos, que antes operavam baseados em distintas regras e instituições. GONÇALVES, Williams, Prefácio à edição brasileira da obra de BULL, Hedley. *Op. Cit.*, p. XVIII.

³⁰ INOBUCHI, Takashi; BACON, Paul. Sovereignities: Westphalian, Liberal and anti-utopian. *International Relations of The Asia-Pacific*. v. 1, 2001. p. 285-304.

³¹ “O Tratado de Westfália, de 1648, foi assinado quando o Sacro Império Romano-Germânico, governado pelos Habsburgos austríacos, foi derrotado, após a Guerra dos Trinta Anos. Esse Tratado restabeleceu a paz na Europa e inaugurou nova fase na história política daquele continente, propiciando o triunfo da igualdade jurídica dos Estados, com o que ficaram estabelecidas sólidas bases de uma regulamentação internacional positiva. Esta igualdade jurídica elevou os Estados ao patamar de únicos atores nas políticas internacionais, eliminando o poder da Igreja nas relações entre os mesmos e conferindo aos mais diversos Estados o direito de

heterogêneas. É a soberania, portanto, o conceito jurídico-político marcante dessa ruptura, que integra e coroa a narrativa moderna ao legitimar uma inovadora imagem do mundo, na qual o exercício do poder está confinado a um território delimitado. O sistema interestatal, como estrutura política da economia capitalista, tem como pilares “a fragmentação do poder político internacional e o primado do distanciamento competitivo entre os Estados sobre a sua proximidade fundada na cooperação”³².

Nascido nesse contexto de marca westfaliana, o Direito Internacional expandiu-se à medida da própria expansão do sistema interestatal, tendo, portanto, a igualdade soberana dos Estados como princípio constitutivo da ordem internacional, o interestatismo, a territorialidade e o voluntarismo como características principais.

1.2 A expansão da sociedade internacional pós-45: ápice e crise do paradigma westfaliano

Esse sistema internacional de Estados soberanos, contudo, não havia, até o final do século XIX, atingido o seu ápice³³, uma vez que ainda se caracterizava pela homogeneidade ideológica européia³⁴.

Somente após 1945, com o processo de emancipação dos povos africanos e asiáticos, que estavam sob o domínio imperialista ocidental³⁵ e a forma como se inseriram³⁶ como

escolher seu próprio caminho econômico, político ou religioso. Ficou, então, consagrado o modelo da soberania externa absoluta, e iniciou-se uma ordem internacional protagonizada por nações com poder supremo dentro de fronteiras territoriais estabelecidas”. PERINI, Raquel Fratantonio. A soberania e o mundo globalizado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 76, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4325>>. Acesso em: 9 set. 2011.

³² PUREZA, José Manuel. *Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?*. 1995. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 1995. p. 13.

³³ De acordo com Bull, No século XIX, “a sociedade internacional era uma associação européia, a que os Estados de outras regiões só poderiam ser admitidos se e quando atingissem o padrão de civilização ditado pelos europeus”. BULL, Hedley. *Op. Cit.*, p. 43.

³⁴ De acordo com Pureza, “a universalização oitocentista pagou-se com a aceitação dos padrões jurídico-políticos cristãos ocidentais pela periferia integrada, numa relação indissociada de hegemonia. (...) Os tratados celebrados entre as potências européias e a Absínia, o Egito, a China, o Japão, a Pérsia, a Turquia e a Tailândia concretizam essas condições formais de sujeição, cuja legitimidade se fundava na alegada superioridade civilizacional do Ocidente”. Cf. In: PUREZA, José Manuel. *Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?*. 1995. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 1995. p. 18.

³⁵ A esse respeito, dois senões de Pureza devem perpassar e condicionar todas as exaltações que forem feitas à emancipação de tais países e à forma de sua inserção na sociedade internacional: 1- O alerta de que o excesso de visibilidade dado à autodeterminação como emancipação da dominação estrangeira foi um mecanismo de ocultação da autodeterminação “interna” das minorias, das nacionalidades e dos povos indígenas, uma vez que a emancipação afro-asiática não rompeu o paradigma jurídico-político liberal e a sua visão suspeitosa dos

membros da sociedade internacional, a sociedade internacional começou a perder suas características exclusivamente européias (ocidentais) ao incluir em suas práticas procedimentos de deslegitimação das situações de ocupação estrangeira e de domínio colonial, reivindicados pelos povos dominados³⁷. Os novos Estados independentes, mantendo suas ideologias, instituições e cultura (que antes os tornavam, aos olhos eurocêntricos, povos bárbaros ou selvagens) foram admitidos como sujeitos internacionais (formalmente) iguais, apesar de não corresponderem ao modelo da Europa cristã e de não comungarem com os seus valores.

A configuração do sistema internacional westfaliano, como um sistema composto por uma pluralidade de Estados soberanos, e marcado por uma heterogeneidade ideológica, portanto, só se completou após a Segunda-Guerra Mundial, quando se verifica a mundialização da sociedade internacional como tal, e não enquanto uma incorporação “puramente passiva, tal como o era anteriormente, no ciclo das trocas mundiais, sob uma hegemonia ou uma dominação”³⁸.

Essa tensão se fez presente na Carta da ONU. O sistema westfaliano de unidades políticas soberanas, de descentralização internacional, de preservação do equilíbrio de poder, atingiu seu ápice ao ter seus pilares formalizados na Carta das Nações Unidas, através da proteção do princípio da auto-determinação dos povos e da não-ingerência em assuntos internos.

direitos coletivos das formações infra-estaduais; e 2 – O entendimento de que esse excesso de visibilidade da autodeterminação também ocultou a permanência do colonialismo econômico e tecnológico pelas potências centrais, que apostaram em uma dupla substituição – no plano formal, uma substituição do colonialismo pelo direito à autodeterminação; no plano substancial, uma substituição do colonialismo pelo neocolonialismo. Cf. *Ibidem*. p. 24.

³⁶ De acordo com Pureza, dois traços inovadores fundamentais em relação ao período anterior se apresentaram na fase de formação da sociedade internacional iniciada após 1945. O primeiro traço inovador dessa expansão da sociedade internacional pós-45 se dá na medida em que a mesma deixou de corresponder formalmente ao preenchimento dos requisitos impostos pelas potências ocidentais à periferia. A única condição exigida nesta expansão da sociedade internacional passa a ser a forma jurídico-política de Estado (efetiva articulação entre território, povo e autoridade política), havendo uma neutralidade formal em relação aos modelos políticos, ideológicos ou culturais das novas unidades políticas reconhecidas como Estados. Em segundo lugar, em decorrência dessa neutralidade formal, essa expansão verificada não constituiu apenas uma expansão horizontal, voluntária ou imposta, de uma comunidade homogênea de crenças e ordens de valores, mas sim uma fragmentação da unidade cultural, jurídica e ideológica anterior. *Idem*. p. 21.

³⁷ Justamente em razão dessa inédita forma de inserção na sociedade internacional promovida pelos povos africanos e asiáticos que Bull chamará tal fase de “Revolta contra o Ocidente”. Para o autor, esta representou a maneira pela qual os povos do Terceiro Mundo inseriram-se positivamente na sociedade internacional, após terem cumprido uma etapa de inserção subordinada. Cf. In.: GONÇALVES, Williams. Prefácio à edição brasileira de BULL, Hedley. *Op. Cit*, XXI e XXIII.

³⁸ TRUYOL Y SERRA, *Apud*. PUREZA, José Manuel. *Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?*. 1995. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 1995. p. 18.

No entanto, ao mesmo tempo em que tal expansão fez com que o sistema westfaliano atingisse seu ápice pelo seu caráter quantitativo³⁹, ela representou a inauguração de seu maior desafio pela mudança qualitativa que também provocou. A alteração advinda da enorme quantidade de países africanos e asiáticos que se tornaram independentes⁴⁰ foi imediatamente sentida na Organização das Nações Unidas⁴¹, quando desbancou o norte-ocidental como majoritário na Organização. O direito de voto de cada um desses países na Assembléia Geral já evidencia por si só a alteração na ordem mundial, levando a Organização a adotar um discurso anti-imperialista e deslocando o centro de gravidade da agenda internacional para as matérias de descolonização e de desenvolvimento.

Assim, o processo de descolonização como a última etapa da expansão da sociedade internacional provocou ainda um forte impacto no sistema westfaliano, a partir da introdução de uma inédita tensão entre universalização e heterogeneidade do sistema internacional resultante desse processo. Por um lado, “a completude planetária do sistema tornou muitos dos problemas que até então eram ignorados ou distintamente equacionados à escala nacional (a explosão demográfica, o combate a epidemias de larga escala, a gestão dos recursos naturais e dos stocks alimentares, o combate à degradação do equilíbrio ambiental), em problemas incindivelmente mundiais”⁴². Por outro lado, essa crescente interdependência cruza-se com um sistema interestatal cada vez mais desigual e heterogêneo, cujos traços remanesçam e são já bastante conhecidos⁴³.

³⁹ O processo de descolonização afro-asiático alterou profundamente a conformação mundial. Esse processo foi de tal modo significativo a ponto de poder ser considerada verdadeira “revolução silenciosa”. A expressão não é de fato exagerada: em 1945, 36 milhões de km². de terras com 663 milhões de habitantes estavam sob domínio imperialista, enquanto em 1995, já em estágio avançado o processo de descolonização, contavam-se apenas 150 mil km². de terras com 6,5 milhões de habitantes naquela situação. HOBBSAWM, Eric J. *A Era dos Extremos: o breve Séc. XX – 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 337

⁴⁰ Segundo Hobsbawn, o número de Estados internacionalmente reconhecidos como independentes na Ásia quintuplicou. Na África, onde havia um em 1939, com a descolonização eram cerca de cinquenta. HOBBSAWM, Eric J. *Ibidem*. p. 337.

⁴¹ As 43 “nações civilizadas” da época quase se equivaliam numericamente ao elenco dos 51 Estados que, em Junho de 1945, foram membros-fundadores da ONU. Segundo os dados da organização, em 1975, já havia 143 membros, dos quais 24 eram europeus-ocidentais, 11 faziam parte do bloco socialista e 108 dos países do chamado “Terceiro Mundo” da América Latina, África e Ásia.

⁴² PUREZA, José Manuel. *Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?*. 1995. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 1995. p. 26.

⁴³ Em 2003, segundo o relatório Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD 2005, 18 países tiveram resultados mais baixos no IDH do que em 1990, um recuo sem precedentes; no meio de uma economia global cada vez mais próspera, 10,7 milhões de crianças morrem antes de completar cinco anos de idade; mais de um bilhão de pessoas vivem em estado de pobreza absoluta, com menos de um dólar por dia. Relatório do Desenvolvimento Humano 2005 – Cooperação Internacional numa encruzilhada. PNUD, 2005.

Do mesmo modo, refletindo esse processo complexo e paradoxal, o Direito Internacional passou a experimentar, na segunda metade do século XX, uma extraordinária expansão, em um processo fomentado em grande parte pela atuação das Nações Unidas e das agências especializadas, além das organizações regionais⁴⁴. Ao mesmo tempo, tão notável quanto a sua expansão, foi a sua reconstrução a partir de uma nova ótica, que colocou em cheque a tradicional neutralidade valorativa do Direito Internacional e a sua conseqüente indiferença relativamente às opções dos Estados com impacto puramente interno ou nacional, fazendo florescer uma atenção crescente à necessidade da prevalência dos princípios do Direito Internacional em todas as situações da vida internacional.

O Direito Internacional westfaliano - marcado pelo exclusivo bilateralismo dos contratos internacionais, pelo voluntarismo estatal predominante, pela reciprocidade como princípio máximo, pela soberania absoluta dos Estados, entendidos como os únicos atores internacionais – começou, no período que se seguiu à Segunda Guerra, a ser mitigado por exigências de igualdade, de fato e de direitos, de todos os povos, e de incorporação da universalidade da dignidade humana como fundamentos primeiros do Direito Internacional. Essas assimilações provocaram a perda do caráter praticamente exclusivo com que, até há poucas décadas, a soberania do Estado surgia como princípio basilar do Direito Internacional e o aparecimento e consolidação de novos princípios fundamentais, como o princípio da salvaguarda dos interesses elementares da comunidade internacional no seu conjunto ou o princípio do respeito aos direitos humanos. A crise que hoje atravessam figuras como o domínio reservado ou a não-ingerência em matéria de direitos humanos, ou a reciprocidade e a não-discriminação em sede de relações econômicas internacionais, dá conta da profundidade dessa perturbação.

As Nações Unidas, por seu turno, gradualmente voltaram sua atenção também ao domínio econômico e social, sem prejuízo de sua preocupação inicial com a manutenção da paz e segurança internacionais⁴⁵. O Direito Internacional, ao transcender os antigos parâmetros do direito clássico da paz e da guerra, equipou-se para responder às novas demandas e desafios da vida internacional, com maior ênfase na cooperação e na solidariedade⁴⁶.

⁴⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Os rumos do Direito Internacional contemporâneo: de um *jus inter gentes* a um novo *jus getium* no século XXI. In. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p. 1049.

⁴⁵ *Idem*. p. 1054.

⁴⁶ PEREIRA, A. Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1993. p. 660-661.

Contudo, a despeito de todo o avanço normativo aqui sublinhado, o período pós-45 foi fortemente condicionado pela idéia bipolar do sistema internacional⁴⁷. Nas primeiras décadas da era das Nações Unidas chegou a ser formado o sistema de segurança coletiva, que, no entanto, deixou de operar a contento em razão dos impasses gerados pela Guerra Fria⁴⁸. De fato, os temas da rivalidade Leste-Oeste capitaneadas pelas duas potências vencedoras da Segunda Guerra – EUA e URSS - mantiveram relativamente anestesiadas as tensões geradas com a expansão do sistema⁴⁹.

Com a bipolaridade dando o tom das relações internacionais, o que se viu foi que *o desenvolvimento normativo no sentido de se protegerem os interesses fundamentais da comunidade internacional no seu conjunto não se materializou no plano institucional*, ficando em suspenso a sua concretização.

1.3 A ordem internacional do pós-Guerra Fria ao início do Séc. XXI: o paradoxo dos valores comunitários protegidos unilateralmente

Com a queda do Muro de Berlim, em 1989, e a dissolução da União Soviética, dois anos depois, alimentou-se a idéia de que as ameaças externas haviam deixado de ser a preocupação central dos Estados, liberando suas forças armadas para estender a sua atuação a problemas que, pela primeira vez, se colocavam à escala planetária e que agora eram vistos como muito mais prementes ameaças à paz mundial, tais como o narcotráfico, a destruição do ambiente e as violações aos direitos humanos. O fim da Guerra Fria, com a vitória americana por meio da contenção e o desaparecimento da estrutura formal bipolar, produziu um cenário

⁴⁷ Com efeito, o condicionamento foi muito mais decorrente de uma “idéia” de bipolaridade do que por uma “realidade” bipolar de fato. A disparidade de forças entre os dois pólos, com imensa vantagem para os EUA; as várias oportunidades descartadas por estes de diminuir as tensões do conflito, bem como as divergências por eles supervalorizadas; as inegáveis vantagens que a manutenção da disputa ideológica e da crença em uma “ameaça” militar trouxeram à economia americana; todos estes fatos corroboram a tese de que a bipolaridade existente no período não era inerente à natureza da situação que o mundo vivia naquele período: antes, foi construída e intencionalmente mantida, razão pela qual entendemos esta bipolaridade como imperfeita. Sobre o assunto, ver VIZENTINI, Paulo G. Fagundes. *A Guerra Fria*. In: *O Século XX*, Vol. II, O tempo das Crises – Revoluções, fascismos e guerras., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, MUNHOZ, Sidnei J. *Guerra Fria: um debate interpretativo*. In: TEIXEIRA DA SILVA, Francisco Carlos (org). *O século sombrio*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 261-281; CHOMSKY, Noam. *Contendo a Democracia*, Rio de Janeiro: Record, 2003.

⁴⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Os rumos do Direito Internacional contemporâneo: de um *jus inter gentes* a um novo *jus getium* no século XXI. In: *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p. 1050.

⁴⁹ A imperiosa necessidade de posicionamento entre o bloco capitalista ou o bloco comunista que se impunha aos Estados (muitas vezes sustentada econômica e militarmente pelas potências) manteve por muito tempo uma coesão interna em sociedades nacionais que não refletia as realidades locais de rivalidades étnicas de grupos intra-estatais. Sobre o assunto ver VIZENTINI, Paulo G. Fagundes, *Op. Cit.*

em que deixaram de existir as pressões por alinhamentos ideológicos, que até então definiam as relações internacionais pós-45 e as políticas externas dos Estados de forma clara.

Além disso, a intensificação das relações interestatais e transnacionais verificada nas últimas quatro décadas – da difusão planetária e instantânea de informações à concepção dos processos produtivos a uma escala mundial, ou à constituição de um mercado financeiro global, das migrações de povos inteiros à dimensão transnacional das redes de narcotráfico ou de comércio ilegal de materiais nucleares – fez com que todas as esferas da vida social, coletiva e individual fossem pouco a pouco alcançadas pelos novos desígnios globalistas que pregavam a liberdade e o desenvolvimento pautados ou conduzidos pelo mercado econômico mundial, pelo fim da história e pela paz enfim⁵⁰.

Diante desses fatores, houve quem acreditasse estar diante de uma “nova ordem internacional” para a Humanidade, que acenava com boas perspectivas para a promoção e proteção de seus direitos.⁵¹ Com efeito, segundo Arend, muitos acreditaram que nessa “nova ordem” as regras internacionais seriam fortalecidas e as organizações internacionais assumiriam um significativo papel na administração dos conflitos internacionais⁵².

No entanto, com o advento das guerras da Somália (1990-1995), de Ruanda (1990-1994), da Bósnia-Herzegovia (1992-1995), dos testes nucleares franceses no farol de Mururoa (1995-1996), do início da crise financeira asiática (Tailândia, 1997), da crise de Kosovo (1997-1999), além do reforço das desigualdades sociais pelo processo de globalização econômica, inspirado na agenda do chamado “Consenso de Washington”, indicaram que as afirmações a respeito das características dessa nova ordem internacional eram prematuras⁵³.

⁵⁰ Cf. in. CARVALHO, Leonardo Arquimino de. O princípio da não-intervenção e a ingerência humanitária: considerações iniciais sobre a proteção internacional dos direitos humanos por intermédio das forças armadas. In. ANNONI, Danielle. *Os novos conceitos do novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

⁵¹ De acordo com Louis HENKIN, “*The end of the Cold War raised hopes that governments would strengthen their commitment to the standards of the Universal Declaration of Human Rights, agree to covenants and conventions they had avoided, and abandon eviscerating reservations to ratified agreements*”. HENKIN, Louis. *Op. Cit.*, xi.

⁵² AREND, Anthony Clark. *Legal Rules and International Society*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 3.

⁵³ Cristina Pecequilo analisa que a transição do sistema mundial para o período do pós-Guerra Fria foi marcado, no campo político, tanto por rupturas quanto por continuidades. Não tendo sido de fato forjada uma completa “nova ordem mundial”, o mundo passou a conviver, sobre os mesmos pilares de antes – a soberania estatal, o arcabouço institucional democrático e liberal criado pelos EUA a partir de 1945, a atuação com limitações das instituições e organizações multilaterais que compõem a ordem nascida no pós-guerra, as tendências de integração e transnacionalização dos anos 50 e 70 –, mas com algumas novidades – como a introdução e maior relevância dos novos temas da democracia, do meio ambiente, e da proteção dos direitos humanos e a reordenação da posição das potências do sistema e alteração do caráter de poder. De acordo com a autora, “*parece existir mais continuidade do que mudança na política externa norte-americana desde 1989 em seus aspectos gerais, realçando o aspecto da adaptação dessa política a um novo cenário. (...) as mudanças observadas no comportamento norte-americano não seriam tanto alterações de estratégia e princípios, mas*

A realidade que se verificou, no pós-Guerra Fria, foi de que o cenário da globalização neoliberal apostou no desinvestimento institucional (percebido nas idéias de liberalização dos mercados, privatização, desregulamentação do Estado e flexibilização das instituições e também na crise de representação das Nações Unidas⁵⁴) e na conformação de regimes universais de desregulamentação, como o conjunto de regras do Consenso de Washington. Em diversos planos – financeiro, ambiental, econômico – o "*move to institutions*" como suporte de uma governança global de sentido regulatório, cedeu lugar a mecanismos normativos transnacionais de promoção da eficiência, da estabilidade e do crescimento como pilares de uma governança global de orientação neoliberal⁵⁵.

Assim, o que temos é que os valores comunitários obtiveram sucesso em um nível conceitual e, apesar de em menor medida, em um plano normativo, sem, contudo, terem sido desenvolvidos os mecanismos institucionais apropriados para viabilizá-los⁵⁶. Este é exatamente o caso das grandes “intervenção humanitárias” do pós-Guerra Fria, que geraram grande apreensão na doutrina contemporânea ao que se tem qualificado de uma aparente erosão da proibição do intervencionismo. Passou-se a invocar um suposto “dever de ingerência”, expressão que não encontra respaldo no Direito Internacional e que tem dado margem a manipulações e a tentativas vãs de justificação do intervencionismo interestatal⁵⁷. Chamamos atenção para o risco que esse quadro apresenta por permitir a responsabilização internacional de um Estado supostamente violador de obrigações de interesse da comunidade internacional em seu conjunto, efetivada de forma unilateral pelos Estados que têm poder para tanto. Ou seja, esse avanço normativo, dissociado do aparato institucional próprio, gera

ajustes táticos que permitem que as diretrizes anteriormente apontadas continuem sendo adequadamente perseguidas em cenários e contextos externos e internos diferenciados no mundo pós-contenção”.
PECEQUILO, Cristina Soreanu. *A Política Externa dos Estados Unidos*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2003. p.13/16 e 289.

⁵⁴ Neste sentido, “A mencionada crise de legitimidade que, há tempos, vem afetando a principal finalidade da ONU – manter a paz e a segurança internacionais – é agravada pela obsolescência e pela inadequação ao tempo atual de importantes dispositivos de sua Carta, que foi assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945, entrou em vigor em 24 de outubro do mesmo ano e que, por isso mesmo, refletia a realidade política, social, econômica e estratégica dos primeiros anos do pós-guerra.” PEREIRA, Antonio Celso Alves. *A Reforma das Nações Unidas e o Sistema Internacional Contemporâneo*. In. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (org.). *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, Brasília : Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p.44-45.

⁵⁵ PUREZA, José. Para um Internacionalismo Pós-Vestefaliano. In: SATOS, Boaventura de Sousa. *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2002. p. 243.

⁵⁶ PELLET, Alain. Brief Remarks on the Unilateral Use of Force. *European Journal of International Law*, 11, 2000. p. 391.

⁵⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Os rumos do Direito Internacional contemporâneo: de um *jus inter gentes* a um novo *jus getium* no século XXI. In: *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p. 1057.

a legitimação de práticas unilaterais em nome da “comunidade internacional”. Sem o fortalecimento de instituições internacionais verdadeiramente plurais em sua representatividade, o mundo continuará sujeito à discricionariedade dos interesses políticos dos que efetivamente mandam. Em uma realidade de mais de trinta conflitos sangrentos ocorrendo neste momento no mundo subdesenvolvido, a maior parte dos quais distante da mídia, continuaremos a assistir a intervenção seletiva em apenas alguns – enquanto os EUA invadiram o Iraque em 2003 atrás de armas de destruição em massa nunca encontradas, ignoram as graves violações de direitos que perduram no conflito israelo-palestino; enquanto o Conselho de Segurança da ONU aprova o uso da força na Líbia⁵⁸, fica refém do veto da China, parceira comercial do Sudão, que impede uma intervenção no conflito de Darfur e silencia sobre diversos outros conflitos étnicos na África...

Assim, por um lado, a sociedade internacional deste início de século é, pela primeira vez, uma formação mundial e global, mas a globalização é seletiva e reforça as diferenças de poder herdadas do passado. Por outro lado, o Estado-nação perdeu a exclusividade como a unidade de referência do sistema internacional, pois que foi funcionalmente ultrapassado pela dimensão global de muitos problemas e institucionalmente superado pelas teias empresariais globais e pelas tecnologias de informação, mas o certo é que a fragmentação política em unidades soberanas continua a ser um problema fundamental e o sistema interestatal se mantém como realidade relevante⁵⁹. De fato, a ordem internacional de hoje já não pode ser compreendida unicamente por meio das mesmas leis e condicionantes do modelo westfaliano – mas, tampouco, pode ser encarada como a realização por inteiro de um novo modelo cujo paradigma seja o da comunidade internacional⁶⁰.

⁵⁸ Resolução 1773 de 17 de março de 2011.

⁵⁹ Para Antonio Celso Pereira, “*Apesar dos desafios que o Estado-nação vem enfrentando desde que perdeu a exclusividade da ação internacional – uma vez que passou a ter a seu lado um rol de outros atores políticos e de outros sujeitos de direito na ordem pública internacional -, ele é o mais importante desses atores e sujeitos, exerce forte ação e controle sobre grupos e os indivíduos no interior do seu território, é por sua vontade que os organismos internacionais são criados, e, além disso, é o Estado que faz a guerra e celebra a paz.*” Cf. PEREIRA, Antonio Celso Alves. A Reforma das Nações Unidas. In: Wagner Menezes (org). *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro – Homenagem a José Francisco Resek.* Ijuí : Ed. Unijuí, 2004. p. 107-108.

⁶⁰ São dois mundos que coexistem: “*de um lado, o mundo dos Estados, ritualizado, solene, formado por um número limitado de atores cujos movimentos na cena internacional são previsíveis; do outro, um ‘mundo multicêntrico’, em que se cruza um número praticamente infinito de atores cujas iniciativas são totalmente independentes dos Estados a que se encontram ligados. Sociedade mundial de Estados e comunidade mundial de pessoas – eis o retrato dual do cenário presente do Direito Internacional*”. PUREZA, José Manuel. *Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?*. 1995. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 1995. p. 83.

2 A NOÇÃO DE ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

Como dito no capítulo precedente, é no seio do complexo cenário internacional que o regime da responsabilidade internacional do Estado se desenvolve e, acompanhando o sentido das diretrizes valorativas gerais da ordem internacional, vem adquirindo cada vez mais traços de um regime comprometido, sobretudo, com a proteção dos interesses da comunidade internacional no seu conjunto.

Esses interesses comuns são expressos por meio de normas de caráter imperativo (*jus cogens*), oponível a todos os Estados, e que estabelecem uma noção mais ou menos imprecisa de Ordem Pública Internacional.

Considerando que a proposta principal desta pesquisa é justamente reconhecer ao instituto da responsabilidade internacional do Estado (sobretudo ao regime fixado no Projeto de Artigos da CDI sobre o tema) uma nova função – a de garantidor da Ordem Pública Internacional, nos parece fundamental a discussão preliminar acerca do significado de “Ordem Pública Internacional” e do problema da identificação das normas que podem ser consideradas imperativas.

Apesar de não caber uma identificação das normas cogentes internacionais no regime da Responsabilidade Internacional – que estabelece as conseqüências da violação de uma norma primária e não o conteúdo da norma primária – fato é que, uma vez que as suas regras estabelecem conseqüências diferenciadas para violações de obrigações ordinárias *versus* “obrigações de interesse da comunidade internacional no seu conjunto” (sob a expressão “normas imperativas” ou “obrigações *erga omnes*”), o problema da identificação de tais normas se coloca.

A intensificação da interação entre os Estados implicou uma transformação na estrutura da sociedade internacional⁶¹, fazendo surgir uma categoria de interesses que não poderiam ser alcançados pelos meios tradicionais, o que passou a demandar relações de maior

⁶¹ Ver capítulo 1, sobre as transformações na ordem internacional, em especial a partir da segunda metade do século XX. De acordo com Villalpando: “This evolution is akin to the structural change in international law described by Wolfgang Friedmann from a law of ‘coexistence’ (based on society-like social relations) to a law of ‘cooperation’ (based on community-like social relations): see W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (1964), notably at 60–62 and 367 (where he explicitly links the law of cooperation with the recognition of a community of interests). See also G. Schwarzenberger, *The Dynamics of International Law* (1976), at 110, who proposes the distinction between the law of power, law of coordination, and law of reciprocity, which is explicitly based on the sociological concepts of ‘society’ and ‘community’”. In: VILLALPANDO, Santiago. *The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law*. *European Journal of International Law*, Florence, v. 21, n. 2, p. 387–419, 2010.

cooperação entre os atores internacionais. Para além da preservação da esfera individual ou do alcance de vantagens recíprocas, os Estados passaram a considerar interesses de natureza coletiva em uma escala mundial, que só poderiam ser satisfeitos se todos os membros do grupo social estivessem engajados na sua proteção - os chamados “interesses da comunidade internacional no seu conjunto”.

A partir da formulação desses interesses comuns como regras fundamentais, temos que o conceito de “comunidade internacional”, que se forma nessa transformação da sociedade internacional, altera também a natureza do Direito Internacional ao reconhecer a idéia de uma Ordem Pública Internacional, logo, da existência de uma hierarquia nas normas internacionais⁶².

A idéia de regras fundamentais passa a ser expressa, no Direito Internacional, pelas expressões “obrigações de interesse da comunidade internacional no seu conjunto” (ou obrigações *erga omnes*) e “normas peremptórias” de Direito Internacional (ou *jus cogens*)⁶³. Se, por um lado, a aceitação das noções de “obrigações de interesse da comunidade internacional no seu conjunto” (ou obrigações *erga omnes*) – reconhecidas pela Corte Internacional de Justiça na sentença do caso Barcelona Traction, de 1970 – e “normas imperativas” de Direito Internacional (ou *jus cogens*) – tal como constante dos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969 – é hoje pacífica tanto na doutrina quanto pelos Estados⁶⁴, o mesmo consenso acaba quando é o conteúdo e a própria definição das regras fundamentais que está em jogo. O paradoxo que hoje caracteriza a situação das regras fundamentais (sejam expressas como obrigações *erga omnes* ou como *jus cogens*) no ordenamento jurídico internacional pode ser resumido da seguinte forma: enquanto a sua

⁶² SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. *European Journal of International Law*, Florence, v. 8, n. 4, p. 583-595, 1997.

⁶³ Apesar de não serem completamente similares, como será estudado no ítem 5.2.2.1.b., sobre os valores protegidos pelo regime da responsabilidade internacional do Estado, ambos os termos emanam da mesma relevância jurídico-internacional dos interesses fundamentais da comunidade internacional e foram utilizados pela CDI no bojo do Projeto de Código sobre Responsabilidade Internacional do Estado por ato ilícito para se referir aos preceitos legais hierarquicamente superiores às normas ordinárias do Direito Internacional. A ponto de serem reconhecidos pela CDI como dois lados da mesma moeda. International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 281, para (7).

⁶⁴ Com exceção do governo francês, que se recusou a votar, assinar e retificar a Convenção de Viena sobre direito dos tratados, de 1969, justamente pela referência ao *jus cogens* feita nos artigos 53 e 64. De acordo com o artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, “uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”. Esse dispositivo, junto com o artigo 64 do mesmo texto legal, reconheceu a existência de normas substantivas de caráter fundamental, tal que nenhuma derrogação a elas é permitida, nem mesmo por um tratado.

existência é cada vez menos discutida no Direito Internacional, seu conteúdo não é mais preciso do que o era em 1969⁶⁵.

Tratando-se de regras fundamentais, nos confrontamos, imediatamente, com a estrutura descentralizada de uma sociedade internacional que é dominada por Estados e pela soberania que lhes é reconhecida. Não existe na sociedade internacional contemporânea autoridade superior a dos Estados, nem legislativa, nem executiva, nem judiciária. É verdade que a criação e desenvolvimento de Organizações internacionais no século XIX⁶⁶, e sobretudo mais tarde no século XX, modificaram ligeiramente os dados desse problema, ao permitir o surgimento de estruturas que parecem, de certa maneira, com as estruturas estatais, mas que não colocam em causa, principalmente, a soberania dos Estados. De fato, após a segunda guerra mundial, vemos surgir uma nova geração de Organizações Internacionais, com um forte grau de integração que progressivamente as aproximam, mais e mais, do modelo estatal, mas que estão ainda longe de substituí-lo⁶⁷. A sociedade internacional contemporânea, quaisquer que sejam as evoluções conhecidas por ela, permanece ainda hoje uma sociedade de

⁶⁵ SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. *European Journal of International Law*, Florence, v. 8, 1997, p. 583-595.

⁶⁶ A origem das organizações internacionais contemporâneas remonta a meados do século XIX – Em 1815, foi criada a Comissão Fluvial Internacional para tratar da administração conjunta da navegação no Reno e, em 1856, constituiu-se a Comissão do Danúbio; seguiram-se as organizações para cooperação administrativa, como a União Telegráfica (1856), a União Postal Universal (1874), a União para a Proteção da Propriedade Intelectual (1883) e a União de Ferrovias (1890). Em 1900, surgiu a Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores, sendo a base da futura Organização Internacional do Trabalho (OIT), fundada em 1919. Consideradas organizações internacionais de primeira geração, elas não alcançaram grande impacto no sistema internacional, no entanto, com a criação de mecanismos institucionalizados que facilitavam a cooperação técnica entre as potências européias da época, foram o embrião para o florescimento, ao longo do século XX, das diversas organizações internacionais, reorganizadas ou formalmente criadas a partir de acordos ou regimes das mais variadas áreas temáticas, da segurança à economia, passando ainda pela extensa área social. Ver em HERZ, Mônica; HOFFMAN, Andrea Ribeiro. *Organizações internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

⁶⁷ De qualquer maneira, não podemos deixar de considerar que órgãos plenos das Organizações internacionais, como a Assembléia Geral das Nações Unidas, ou os outros órgãos correspondentes nas Instituições especializadas, ou eventualmente em outras organizações com vocação universal, podem, sob certo ponto de vista e em certa medida, exercer funções de ordem legislativa ou executiva e se comportar como legislador ou “quase legislador” na sociedade de transição que conhecemos pela identificação das regras fundamentais. No entanto, tanto a versão “democrática” da autoridade internacional, representada pela Assembléia Geral da ONU, quanto a versão “autoritária”, sob a forma do Conselho de segurança estão longe de ser aceitas por unanimidade como encarregados de identificar as regras fundamentais. As limitações institucionais de um órgão exclusivamente legislativo, sem poder de polícia, atingem a potencialidade da Assembléia Geral da ONU. Quanto ao Conselho de Segurança, as suas regras de funcionamento e, em particular, o direito de veto, do qual são beneficiários os cinco membros permanentes, tornam pouco aceitável para os outros Estados o reconhecimento de uma prerrogativa tão exorbitante em benefício desse órgão, ou seja, as potências detentoras do direito a veto podem utilizar esse direito para se opor à identificação de uma regra fundamental pelo Conselho de segurança o que irá suscitar inevitavelmente a oposição dos outros Estados. Cf. em TAVERNIER, Paul. L’identification des règles fondamentales, un problème résolu? In. TOMUSCHAT, C.; THOUVENIN, J-M. (eds.) *The Fundamental Rules of International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p.1-20.

Estados.

Em suma, o problema da identificação das normas fundamentais se agrava diante do acentuado distanciamento entre o desenvolvimento e a densificação normativas dos interesses da comunidade internacional e a formulação de vias institucionais e formais que lhe dêem rosto, só embrionariamente traduzidas na ONU. Poderíamos diante deste quadro então supor uma incompatibilidade insuperável entre a determinação de normas que se querem de ordem pública e um sistema internacional descentralizado? Acreditamos que não.

Sem apresentá-la como resposta definitiva (mas em construção), apontamos a afirmação crescente do papel das jurisdições internacionais na identificação das regras fundamentais como a melhor pista para a solução desse impasse.

Neste sentido, sublinhamos aqui o significado das disposições que figuram na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, artigo 66, que confiam à Corte Internacional de Justiça a competência para decidir sobre questões relativas a uma disputa sobre a aplicação ou interpretação dos artigos 53 ou 64, ou seja, sobre normas de *jus cogens*⁶⁸. Assim, um papel central é atribuído a uma Corte Mundial no que tange à determinação de regras fundamentais.

Esse papel devotado à CIJ apresenta, porém, algumas limitações. A mais evidente delas é a discussão acerca da falta de obrigatoriedade da sua jurisdição em tais casos. Para alguns autores e governos, o fato da jurisdição da CIJ ser facultativa impede que os efeitos de uma decisão da Corte de Haia tenham alcance universal⁶⁹, sendo restritos aos Estados envolvidos no conflito que ratificaram a Convenção de Viena sobre direito dos Tratados. Por seu turno, os que defendem o alcance geral das decisões da CIJ afirmam que a Convenção de Viena apenas consolida normas consuetudinárias internacionais e, que, portanto, não necessitariam da formalização para serem válidas. Esses juristas advogam a consagração de um regime excepcional de jurisdição obrigatória da Corte, ao prever a possibilidade de qualquer das partes na controvérsia vir a submeter unilateralmente a questão à apreciação da Corte, isto é, independentemente da aceitação prévia da sua competência pelas demais partes

⁶⁸ As partes podem também submeter o litígio à arbitragem. A Convenção de 1986 omite essa última possibilidade, mas, em compensação, ela prevê o recurso de apelação à Corte Internacional de Justiça através de um pedido de parecer, que deverá ser aceito como decisivo por todas as partes envolvidas na disputa (artigo 66, §2).

⁶⁹ Para Salcedo:

Be that as it may, in seeking to define the content of international *jus cogens*, we are compelled to think in terms of an institutionalized legal system marked by constant reference to the notion of 'international community as a whole. The problem is that the logic of the peremptory rules requires the involvement of a judge, and that the international system does not have obligatory jurisdiction. (SALCEDO, 1997).

na controvérsia⁷⁰. A nosso ver, a despeito da válida questão mencionada, fato é que, após uma sentença da CIJ que reconheça determinada norma como imperativa ou como geradora de obrigações *erga omnes* ser prolatada, aumentam acentuadamente as chances de rapidamente um consenso ser formado neste sentido, tanto entre governos, quanto na doutrina internacional, evidenciando-se aí o inegável relevo do desempenho desta função pela Corte de Haia.

Uma segunda limitação ao papel da CIJ é verificada na própria postura da Corte no desempenho desta função, que se mostra ainda bastante hesitante. Por várias vezes, a Corte de Haia teve a oportunidade de evocar o *jus cogens* e as obrigações *erga omnes* após o celebre *dictum* do caso *Barcelona Traction*⁷¹, mas não o fez ou o fez de modo muito superficial.

O caso Timor Leste, uma ação proposta por Portugal contra a Austrália na CIJ é emblemática. Portugal alegava que um acordo celebrado pela Austrália em 1989 com a Indonésia para a exploração de petróleo no Timor Leste violava os direitos de autodeterminação do povo timorense. A Corte absteve-se de julgar o caso, acatando a objeção da Austrália de que não teria competência para se pronunciar sobre o mérito do caso para não afetar os interesses de um terceiro Estado, a Indonésia, que não havia consentido em sua jurisdição. A Corte limitou-se a afirmar genericamente que o direito de autodeterminação é um princípio essencial oponível a todos⁷². Ao isolar este achado, no entanto, o Tribunal privou o princípio de qualquer consequência prática (Acórdão de 30 de junho de 1995). Comentando o caso, Cançado Trindade afirmou que a CIJ desperdiçou a oportunidade única de extrair as consequências de obrigações *erga omnes* e de definir seu regime jurídico, - ao relacionar tais obrigações *erga omnes* a algo que lhe é antitético: o consentimento estatal (no caso, de um Estado terceiro, a Indonésia) como pré-requisito para o exercício de sua competência em matéria contenciosa⁷³.

⁷⁰ Ver PUREZA, José Manuel. *Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?*. 1995. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 1995. p. 203.

⁷¹ Aliás, é de se notar que, no próprio caso *Barcelona Traction*, que consagrou a expressão “obrigações *erga omnes*”, esta surge a partir de uma tentativa da CIJ de esquivar-se de mencionar o termo “*Jus Cogens*”, que havia sido consagrado na Convenção de Viena sobre direito dos tratados apenas 8 meses antes.

⁷² De acordo com a CIJ, “it is irreproachable [the assertion that] the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character”. ICJ Reports 1995, p. 102, para. 29.

⁷³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 848.

Em outras manifestações, a CIJ evitou, inclusive, utilizar as expressões *erga omnes* e *jus cogens*, por vezes recorrendo a perífrases – como no parecer de 1986, no caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*:

(...) a great many rules of humanitarian Law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and 'elementary considerations of humanity'... [that they are] ...to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law"⁷⁴. (grifo nosso)

Ao menos em uma ocasião, no entanto, a Corte pareceu menos cautelosa em afirmar a sua competência para se pronunciar sobre obrigações *erga omnes*. Na opinião consultiva de 2004 sobre o caso *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, a CIJ reconheceu que as obrigações violadas por Israel incluíam algumas obrigações *erga omnes*, especificamente a obrigação de respeitar o direito de auto-determinação do povo Palestino e algumas obrigações de Direito Internacional Humanitário.

Se o principal órgão judiciário das Nações Unidas não dá provas de grande audácia, outras jurisdições internacionais, com vocação universal, como os tribunais penais internacionais, ou de vocação regional, como a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos não hesitaram em reconhecer competências para identificar regras de *jus cogens*.

No que tange ao Tribunal Penal Internacional *ad hoc* da Yugoslávia, os mais conhecidos são o julgamento conduzido em 10 de dezembro de 1998 no caso *Anton Furundzija*, onde o tribunal afirmou que a regra de proibição de tortura indicava *jus cogens*; o julgamento de 14 de dezembro de 1999 no caso *Goran Jelisic* (Genocídio); o julgamento de 14 de janeiro de 2000 no caso *Zoran Kupresic* (normas de direito humanitário); e o julgamento de 8 de agosto de 2001 no caso *Radislav Kristic* (Genocídio). Nos referidos casos, o TPIY referiu-se ao *jus cogens* com relação à tortura, genocídio e a proteção de civis durante conflitos armados. As jurisdições regionais sobre os direitos humanos não hesitaram também em se pronunciar sobre a existência de regras do *jus cogens*. No decreto *Al-Adsani* de 21 de novembro de 2001, a Corte Européia de Direitos Humanos admitiu que “a proibição de tortura tornou-se regra imperativa do Direito Internacional”. Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos se mostrou ainda menos restritiva e mais aberta ao *jus cogens*. Na Opinião Consultiva n° 18, de 17 de setembro de 2003, sobre a condição jurídica e os direitos de trabalhadores imigrantes em situação irregular, formulada a pedido do México, a Corte

⁷⁴ ICJ Reports 1996, (I), p. 257, para. 79

Interamericana qualificou o princípio de igualdade e de não discriminação como um princípio de *jus cogens*, adotando deliberadamente uma aproximação evolutiva e extensiva do *jus cogens*⁷⁵. A jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é interessante de ser mencionada, - mesmo não se tratando propriamente de um órgão judicial. Desde 1987, ela afirmou que “os Estados membros da OEA reconheciam como uma norma de *jus cogens* a proibição da execução de menores”. A comissão definiu que a proibição da execução de pessoas que cometem crime com menos de 18 anos pertence às regras do direito costumeiro e constitui doravante uma regra de *jus cogens*.⁷⁶

Pelo exposto, diversas instâncias judiciais ou quase-judiciais, regionais ou universais, não hesitaram em se pronunciar sobre a existência de normas *jus cogens*, o que permite afirmar que a Corte Internacional de Justiça não possui o monopólio nesse domínio⁷⁷. De todo

⁷⁵ “Une telle attitude pourrait conduire éventuellement à des conflits avec la Cour internationale de Justice, ou, au contraire, inciter celle-ci à être moins réticente à l’égard du *jus cogens*.” Cf. TAVERNIER, Paul. L’identification des règles fondamentales, um problème résolu? In. TOMUSCHAT, C. and THOUVENIN, J-M. (eds.) *The Fundamental Rules of International Legal Order – Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p.1-20. Ver também nota abaixo sobre a questão da “proliferação dos tribunais internacionais”.

⁷⁶ Cf. TAVERNIER, Paul. *Op. Cit.*, 2006. p.1-20.

⁷⁷ O pós-Guerra Fria assistiu a uma explosão do número de cortes e tribunais internacionais, chamando atenção para a quantidade de foros internacionais existentes. Comum a todos esses foros é a competência de qualquer dessas cortes para aplicar (e, conseqüentemente, interpretar) as normas internacionais, sendo, portanto, cada vez mais numerosos os órgãos habilitados a produzir decisões judiciais (ou quase-judiciais) sobre o Direito Internacional. Parte dos juristas, em especial alguns juízes de Haia (ver, por todos, Buergenthal, Thomas. *Proliferation of International Courts and Tribunals* 14 *LJIL* (2001), p. 267-275), externaram sua preocupação com a descentralização da jurisprudência internacional do fórum da Corte Internacional de Justiça, com a preocupação de saber se a “proliferação dos tribunais internacionais”, gerando uma quantidade de pronunciamentos oriundos de diferentes fóruns jurisdicionais ameaçaria a unidade e a coerência do Direito Internacional de modo a prejudicar o sistema jurídico internacional. A nosso ver, no entanto, em vários sentidos, pode-se notar que a CIJ, surgida no pós-Primeira Guerra, encaixa-se em um “projeto” do Direito Internacional, que lhe reserva um papel de destaque, como a mais alta Corte; esse projeto, no entanto, ainda apresenta diversos aspectos que condicionam a atuação da CIJ à concepção westfaliana do Direito Internacional, fixando-a como uma Corte em que os únicos sujeitos reconhecidos são os Estados-nação soberanos, em que a idéia de uma hierarquia é desejada. Como exemplo, podemos citar o fato de que a CIJ, apesar da personalidade jurídica internacional do indivíduo já ser reconhecida e aceita nos sistemas europeu e interamericano de proteção aos Direitos Humanos, não reconhece capacidade processual a quaisquer outros atores que não os Estados. Nesse sentido, vale atentar para a crítica que a juíza Rosalyn Higgins, então presidente da CIJ, fez a seus pares de que, ao aconselhar o recurso às opiniões consultivas da CIJ pelos demais tribunais, os juízes apenas procuram re-estabelecer a ordem antiga das coisas, ignorando as razões que ocasionaram essa nova descentralização (cf. HIGGINS, R. *Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom*, 50, *ICLQ*, 122, 2001). A CIJ é o órgão judicial máximo do sistema da ONU, de caráter estritamente interestatal e que está atrelado à distribuição de poder entre os Estados que sustenta esse sistema. Nesse papel, parece sentir perder peso em um sistema internacional cujas disputas (institucionais e não-institucionais) não vêm favorecendo a soberania dos Estados. Se a CIJ ainda precisa responder aos Estados, outras cortes, que entendem não só os Estados como sujeitos de Direito Internacional, ampliando seu entendimento em consonância com os novos paradigmas normativos, estão mais aptas a aplicar eficientemente este novo direito. Ocorre que no contexto histórico, político e econômico do sistema internacional como um todo, no qual deve-se inserir o fenômeno da proliferação dos tribunais, se destacam a emergência de novos atores internacionais, o processo de globalização, a crise da soberania do Estado e a porosidade das fronteiras nacionais. Assim, a proliferação dos tribunais, o conflito de jurisprudências, a fragmentação da ordem jurídica

modo, fica patente que, na atual sociedade internacional, o papel principal em matéria de identificação de regras fundamentais cada vez mais é legado ao juiz internacional e não mais à vontade soberana dos Estados.

Em compensação, a jurisprudência dos órgãos judiciais ou quase-judiciais é pouco clara no que tange à existência de outras normas que podem ser definidas como imperativas, como também, sobre as razões que levam o tribunal a alçar algumas regras a esta categoria. Assim, uma questão permanece em aberto e deve ser abordada: como o juiz procede para identificar as regras fundamentais?

A determinação de quais regras são fundamentais e das razões que levam uma norma a ser alçada a esta categoria é apenas vagamente definida pela prática e jurisprudência internacionais. Tendo em conta que o Projeto da CDI recorre às categorias de obrigações *erga omnes* e de normas imperativas⁷⁸ para fazer referência às regras fundamentais internacionais, mister nos determos especificamente no significado dessas expressões.

No que tange às obrigações *erga omnes*, a principal referência é, sem dúvida, o acórdão da Corte de Haia no caso Barcelona Traction, de 1970, que em seus parágrafos 33 e 34 consagra a idéia⁷⁹:

“In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23*); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.”

De acordo com a sentença, a Corte exemplifica algumas normas das quais decorrem obrigações *erga omnes* – nomeadamente as proibições a atos de agressão, de genocídio, e as normas concernentes aos “direitos humanos fundamentais”, indicando a proteção contra

não são anomalias – ao contrário – alinham-se perfeitamente a esse contexto político internacional e das relações de poder que se estabelecem, e não apenas como erros técnicos ou por azar, como efeitos-colaterais de uma lógica global. São, por hora, a resposta possível.

⁷⁸ Durante o período em que o extinto artigo 19 permaneceu no Projeto de Codificação da CDI sobre RIE, incluía-se também a noção de “crime internacional”, que, no entanto, foi substituída na versão final aprovada em 2001 pelas categorias ora indicadas. Ver item supra sobre “crimes internacionais”.

⁷⁹ Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>> Acesso em: set. 2011.

escravidão e a proibição de discriminação racial. Ao fazê-lo, fica explícito que o rol apresentado não é exaustivo, deixando antever a existência de outras obrigações da mesma natureza. No entanto, a Corte furta-se a discorrer sobre as condições para que uma obrigação adquira esse *status* de *erga omnes*, deixando aberta a lacuna que só muito rudimentarmente pode ser preenchida pela interpretação do *dictum*. Do mesmo modo, ao citar que normas de “direitos humanos fundamentais” dariam origem a obrigações *erga omnes*, a Corte não esclarece quais direitos são considerados tendo caráter fundamental.

Mais uma vez sem detalhar o que quer dizer com “importante”, a CIJ apenas afirma que para que uma norma origine obrigações *erga omnes*, os direitos em causa devem ser de tal forma “importantes” que todos os Estados possam ser considerados como tendo um interesse jurídico em sua proteção. Ou seja, o requisito aqui é que a obrigação tenha um caráter coletivo e interesse a toda a comunidade internacional para que seja considerada *erga omnes*. É, portanto, a natureza extra-estatal do interesse envolvido que caracteriza a importância de uma obrigação para que essa seja classificada como *erga omnes*.

Interpretando o trecho, portanto, temos que a ênfase dada pela CIJ é na “importância dos direitos envolvidos”⁸⁰ e não no *jus standi*. Ou seja, o critério para definição de uma obrigação como *erga omnes*, a nosso ver, está na importância da obrigação e não no interesse

⁸⁰ Tams classifica este entendimento – de que o critério apresentado pela CIJ para identificação das obrigações *erga omnes* é o da importância dos direitos envolvidos – como “abordagem materialista”. Segundo o autor, além desta, há na doutrina a “abordagem estrutural”, que aponta como critério a exigência de uma “distinção essencial” entre as obrigações *erga omnes* e as obrigações decorrentes de normas de proteção diplomática. Segundo os adeptos dessa corrente, a distinção essencial seria dada pela natureza bilateralizável ou sujeita à reciprocidade das obrigações em sede de proteção diplomática e a natureza não-bilateralizável ou não sujeita à reciprocidade das obrigações *erga omnes*. Essa “abordagem estrutural”, ainda segundo Tams, teria uma “versão forte”, que só considera como válido esse último critério e uma “versão moderada”, que admitiria os dois critérios: o da distinção essencial entre as obrigações e também o critério da importância dos direitos envolvidos, sendo então uma corrente mista.

O autor, no entanto, descarta as abordagens estruturais afirmando que o exemplo de proibição de atos de agressão (sendo este o mais evidente, mas os demais exemplos também o seriam), dado pela própria CIJ, seria bilateralizável e sujeito à reciprocidade, vez que atingiria especialmente os interesses de um determinado Estado – logo, o exemplo em si já contrariaria a tese da não-bilateralidade/reciprocidade da obrigação *erga omnes*. TAMS, Christian J. Enforcing Obligations *Erga Omnes*. In: *International Law*. New York : Cambridge University Press, 2010. p.117-141.

No nosso entender, s.m.j., concordamos com a conclusão de Tams, de que nenhuma das versões da abordagem estrutural é autorizada pela interpretação da sentença do caso Barcelona Traction, mas não pelos mesmos motivos. A nossa justificativa reside exclusivamente no entendimento de que a sentença em questão não menciona a idéia de bilateralidade/reciprocidade em seu conteúdo, apresentando exclusivamente o critério da importância dos direitos envolvidos para que seja realizada a “distinção essencial” das obrigações. A afirmação de que as obrigações *erga omnes* seriam não-bilateralizáveis e não sujeitas à reciprocidade nos parece uma construção até válida, mas não pode ser diretamente inferida da leitura e interpretação da sentença *in casu*. Quanto ao entendimento de que um ato de agressão seria bilateralizável e sujeito à reciprocidade, discordamos frontalmente (se por mais nada, pelo fato da proibição do uso da força – que engloba os atos de agressão –, contido no artigo 2º., parágrafo 4 da Carta da ONU, ser amplamente considerada normas de *jus cogens*).

jurídico de todos os Estados em seu cumprimento⁸¹. É em razão da importância intrínseca da obrigação, que traz por si um interesse extra-estatal em uma estrutura não-bilateralizável, que decorre o interesse de toda comunidade internacional e não o contrário. Se assim não fosse, qualquer obrigação decorrente de uma norma de caráter estritamente privatista, desde que adotada em um tratado universal, teria *status* de *erga omnes* – como, por exemplo, uma norma que proibisse subsídios a determinado produto agrícola, onde o fundamento do interesse de todos no cumprimento da obrigação decorrente não é a maior importância desta, mas o fato da norma que lhe dá vida ter sido estabelecida em um acordo de abrangência universal. Diferentemente, a importância da obrigação *erga omnes* não se funda no interesse jurídico que todos têm no seu cumprimento, ao contrário, é a sua importância – a sua natureza extra-estatal – é que gera o interesse de toda a comunidade internacional no seu conjunto (e não como soma do interesse de todos). A verificação da natureza incindivelmente comunitária dos bens jurídicos protegidos por uma norma servirá enfim de indicador da importância da norma, na caracterização dessa como *erga omnes*.

A CIJ não esclarece se, em função do interesse da comunidade internacional no seu conjunto na proteção dos direitos envolvidos, a norma que origina a obrigação *erga omnes* necessariamente não estaria sujeita à vontade dos Estados, sendo inderrogável, ou não.

Já no que concerne às normas de *jus cogens*, é mister recorrer ao artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, que as consagrou:

Artigo 53 - Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (grifo nosso)

⁸¹ Pelo que discordamos da diferenciação feita pela CDI em seu comentário “Whether or not peremptory norms of general international law and obligations to the international community as a whole are aspects of a single basic idea, there is at the very least substantial overlap between them. The examples which the International Court has given of obligations towards the international community as a whole⁶⁷⁴ all concern obligations which, it is generally accepted, arise under peremptory norms of general international law. Likewise the examples of peremptory norms given by the Commission in its commentary to what became article 53 of the Vienna Convention⁶⁷⁵ involve obligations to the international community as a whole. But there is at least a difference in emphasis. While peremptory norms of general international law focus on the scope and priority to be given to a certain number of fundamental obligations, the focus of obligations to the international community as a whole is essentially on the legal interest of all States in compliance - i.e., in terms of the present Articles, in being entitled to invoke the responsibility of any State in breach.” International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, pp. 281, para (7).

O reconhecimento desse conjunto de normas imperativas ou de *jus cogens* se dá a partir do entendimento de que existem certas normas especiais que não estariam sujeitas às regras comuns de nulidade e derrogação dos tratados, em virtude da sua “importância”. Do mesmo modo como observado em relação às obrigações *erga omnes*, portanto, é a relevância do conteúdo da norma que a torna especial.

Contudo, também da mesma forma como a CIJ deixa uma lacuna na conceituação da “obrigação *erga omnes*”, apenas definindo-a em função de quem detém a titularidade subjetiva para pleiteá-la, o artigo 53 da Convenção define norma imperativa pelo seu efeito, a inderrogabilidade, sem deter-se na definição da causa. Pode-se até argumentar, seguindo o artigo 53, que é possível identificar a norma imperativa pela aceitação e reconhecimento da comunidade internacional dos Estados como um todo, ou ainda fundamentar o seu caráter inderrogável na maior importância da norma, como o faz Nasser:

Esse mais importante resulta de um entendimento de que, na tradução de *jus cogens* significando direito constringente ou direito imperativo (SLAMON, 2001, p. 631-632), o termo imperativo não equivale a obrigatório, característica intrínseca às normas jurídicas, mas é uma obrigatoriedade mais elevada, mais constringente. O mais importante resulta também do fato de que as normas seriam imperativas em razão do seu conteúdo mais relevante, mais essencial⁸².

No entanto, ainda nos deparamos com elementos de definição pouco claros: como identificar que uma norma é mais importante? O que significa dizer que uma norma é aceita e reconhecida? Quem é a comunidade internacional de Estados como um todo⁸³? Como

⁸² NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens*. Ainda esse desconhecido. *Revista Direito GV*, v.1., n.2, p. 161-178, jun./dez. 2005..

⁸³ Sem querermos nos alongar em uma discussão que, de tantas vezes percorrida, sem resultados muito diferentes alcançados, já se pode dar como esgotada, reproduzimos aqui, por todas, a valiosíssima lição de NASSER sobre o conteúdo de *jus cogens*: “É surpreendente o fato de que, ao cabo de uma pesquisa sobre *jus cogens*, tendo sido percorridos os manuais de Direito Internacional e os artigos doutrinários, as convenções internacionais e outros textos normativos, e as decisões judiciais e arbitrais, aquele que se pergunta ‘afinal de contas, o que é isso?’ terá de satisfazer-nos e com uma única certeza, banal, mas amplamente insuficiente: *jus cogens* é um direito muito importante, ou melhor, mais importante.”

(...)

A inclusão do *jus cogens* na Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969, adotada por uma grande maioria dos Estados, bem como sua anterior adoção pela Comissão de Direito Internacional por unanimidade, e sua razoável aceitação pela doutrina, atestam o seu pertencimento ao direito positivo internacional. Esse pertencimento é incontestado quando se trata de *jus cogens* nos termos postos pela Convenção de Viena, pois, afinal de contas, está inserido num tratado que obriga as partes. Quando se pensa o *jus cogens* em termos mais amplos, seu pertencimento ao direito positivo é discutível, mas por muitos aceito. (...) Há, portanto, definição e regime jurídico, mas estes não garantem precisão ao conceito nem fornecem o conteúdo das normas imperativas de que se trata. Na medida em que a Convenção não pretende criar o *jus cogens* e o identifica e incorpora enquanto categoria de normas do Direito Internacional geral, que existem fora e independentemente da Convenção, não há tampouco garantias de que o regime jurídico ligado a essas normas restrinja-se ao efeito de fazer nulos os tratados que com elas conflitem. Pode haver outros efeitos do *jus cogens* que estejam fora do âmbito da Convenção.

consequência, os critérios esboçados nas principais referências que delimitam as categorias de obrigações *erga omnes* e de normas imperativas são insuficientes para que se lhes identifique com precisão o conteúdo. Tanto a jurisprudência da CIJ quanto a Convenção de Viena limitam-se a rondar a definição principal, sem, contudo, tratar do seu núcleo.

Assim, das indicações gerais apresentadas, podemos tirar somente diretrizes imprecisas: diríamos que, ainda que ressaltando-se as diferenças já apontadas no plano funcional, tanto obrigações *erga omnes* quanto normas de *jus cogens* são emanações da mesma relevância jurídico-internacional dos interesses fundamentais da comunidade internacional no seu conjunto. Todavia, não encontramos formulado o que vem a ser fundamental para a comunidade internacional. O aplicador da lei internacional tampouco dispõe de uma bússola para distinguir dentro do sistema jurídico internacional o que seja fundamental ou importante a ponto de se tornar de interesse da comunidade internacional no seu conjunto e/ou de não poder ser afastado pela livre vontade dos Estados. Estaríamos então diante de um problema sem solução? Como outrora, também desta vez cremos que não.

Na verdade, temos que essa flexibilidade na determinação do conteúdo das normas de caráter fundamental para a comunidade internacional, por vezes apontada como a sua fraqueza, é a razão da sua atualidade e da sua força, essencial para a sua projeção em um sistema descentralizado. As normas fundamentais de uma sociedade, ou em outras palavras, a ordem pública social, se aferem pela sensibilidade média de determinada sociedade em determinada época – sendo conseqüentemente relativas e instáveis no tempo e espaço. Contrariamente ao direito natural, o *jus cogens*, nunca foi admitido como se fosse um direito imutável e atemporal. A própria Convenção de Viena previu a hipótese da chegada de “uma nova norma imperativa do Direito Internacional geral (*jus cogens*)” (artigo 64). Por outro lado, não é fácil precisar a partir de que momento uma nova norma de *jus cogens* aparece na ordenação jurídica.⁸⁴

(...)

O conceito resulta pouco claro, essencialmente porque os elementos da definição são incertos: o que são, afinal, normas de Direito Internacional geral? O que significa uma norma ser aceita e reconhecida? Quem é a comunidade internacional dos Estados como um todo? Estas questões são objeto de diversos escritos e as dúvidas que suscitam não precisam ser ainda mais realçadas. A imprecisão do conceito se faz comprovada além do necessário, pela enorme dificuldade e pela resistência a se determinar os conteúdos do *jus cogens*: afinal, quais são as normas imperativas, inderrogáveis? Cf. NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens*. Ainda esse desconhecido. *Revista Direito GV*. v.1. n.2, p. 161-178, jun./dez. 2005,

⁸⁴ Aliás, de tal previsão resultam delicados problemas de direito temporal que são abordados no artigo 71 da Convenção de Viena de 1969 (conseqüências da nulidade de um tratado em conflito com uma norma imperativa do Direito Internacional geral). Além disso, podemos nos interrogar até que ponto a evolução das normas fundamentais deve ser concebida em “sentido único”, sob uma óptica de progresso permanente e por acréscimos sucessivos de novos princípios. Iríamos nos encontrar diante de um processo de sedimentação. Em

Quando dos trabalhos para a codificação do Direito dos Tratados, alguns membros da Comissão de Direito Internacional consideraram recorrer ao procedimento de enumerar uma lista de princípios que fixariam o *jus cogens*. Uma solução do gênero, que poderia ser vantajosa ao conferir aos Estados soberanos o papel essencial da definição desse rol a constar em um tratado, não deixaria de apresentar o grave problema de engessar as normas fundamentais, e acabou por não ser usada. Neste sentido, podemos lembrar os diversos tratados relativos aos direitos humanos, tais como o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, das Nações Unidas e os “regionais”, como a Convenção Americana, a Convenção Européia e a Carta Africana de Direitos Humanos, cada um contendo uma lista de direitos que se querem não derogáveis. Todavia, se existe de fato um fundo comum entre essas listas, elas não são idênticas, e foram completadas por protocolos posteriores. Do que se conclui, portanto, que as normas de *jus cogens* e as obrigações *erga omnes* não são imutáveis, e as várias listas que tentam enumerar as normas que se enquadrariam nessas categorias variam de um autor para outro e podem ser modificadas e completadas.

Ao finalizarmos esse breve panorama sobre a precisão do conteúdo das regras fundamentais no Direito Internacional, certamente que não podemos considerar que a sua identificação é doravante um problema resolvido. A nosso ver, contudo, essa indefinição não prejudica em absoluto o desenvolvimento de uma noção que ocupa um lugar cada vez maior no Direito Internacional contemporâneo. De fato, os dados associados à identificação das normas fundamentais são divergentes e variáveis. É de ordem jurídica, mas, sobretudo, política, a preocupação com a hierarquização de normas por oposição a um grande déficit de hierarquia no Direito Internacional clássico. A introdução de “valores” em um direito que tradicionalmente não se preocupa com os mesmos é mais um dado inquietante. Como já visto nos trabalhos de codificação da responsabilidade internacional, da “moralização” do Direito Internacional passa-se com facilidade para a sua “penalização”. E diante da ausência de aparato institucional que faça frente a tais transformações valorativas, outros dados inquietantes, de natureza política, podem aparecer.

Levando em conta esses dados contraditórios e diferentes, podemos compreender que as noções das regras fundamentais, do *jus cogens* e das obrigações *erga omnes*, não são

sentido contrário, podemos conceber os processos do que é obsoleto ou fora de uso nas regras do *jus cogens*. Tal hipótese não é frequentemente considerada em doutrina, mas não poderia ser excluída em um plano estritamente lógico. Portanto, a evolução poderia se produzir por via de adição, mas também de subtração. Cf. TAVERNIER, Paul. *Op. Cit.*, 2006. p.1-20.

rígidas. No entanto, são quase sempre as imprecisões e incertezas, nos limites das normas, por mais fundamentais que sejam - por exemplo, a proibição de tortura ou a proibição de recorrer à força -, que criam a sua robustez e a sua utilidade.

3 PROCESSO DE CODIFICAÇÃO NA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL

A origem da responsabilidade internacional do Estado é costumeira⁸⁵, remontando, como visto, ao estabelecimento do clássico sistema jurídico internacional, centrado exclusivamente na soberania dos Estados teoricamente iguais e com territórios definidos, consagrado pela paz de Westfália, há mais de 350 anos. Os Estados produziam o Direito Internacional e eram responsáveis perante uns aos outros pelo descumprimento das obrigações internacionais⁸⁶.

Foi somente após a Segunda Guerra Mundial, com o nascimento da Organização das Nações Unidas, que o tema da codificação do Direito Internacional e mais especificamente, da responsabilidade internacional, ganhou a força necessária⁸⁷. De acordo com Paul Reuter, os efeitos de um processo de responsabilização internacional são graves, impulsionando um desejo da ONU de estabelecer um conjunto prévio de normas de responsabilidade internacional, a fim de evitar conflitos entre Estados.⁸⁸

A realização de tal projeto foi confiada pela ONU à Comissão de Direito Internacional, por meio da Resolução 799 (VIII), adotada em 7 de dezembro de 1953 pela Assembléia Geral, a quem requereu o estabelecimento de estudos visando à codificação dos princípios de Direito Internacional que regem a responsabilidade internacional do Estado a fim de que, posteriormente, pudessem ser adotados em uma convenção internacional sobre o

⁸⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13. ed. São Paulo: Renovar, 2001. p.507.

⁸⁶ WEISS, Edith Brown. Invoking State responsibility in the twenty-first century. *American Journal of International Law*. Washington, v.96, n. 4, p. 798, Oct 2002,.

⁸⁷ Diversos projetos e tentativas de codificação já haviam sido anteriormente feitos no início do século XX, tendo sido aproveitados como base para discussão pela Comissão de DI, como, por exemplo, o questionário no. 4 sobre “Responsabilidade dos Estados por prejuízos causados em seu território à pessoa ou bens do estrangeiro”, adotado em 1926 pelo Comitê de Especialistas para a progressiva codificação do Direito Internacional da Liga das Nações; o texto de artigos adotado em primeira leitura pelo Terceiro Comitê da Conferência para a Codificação do Direito Internacional, em Haia, 1930; Convenção relativa aos direitos dos estrangeiros assinada na Segunda Conferência Internacional dos Estados Americanos, na Cidade do México, em 1902; Resolução sobre “responsabilidade internacional do Estado”, adotada na sétima Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Montevidéu, 1933; projetos sobre “Responsabilidade dos Governos” e “Proteção Diplomática” preparados pelo American Institute of International Law, em 1925; Código de “responsabilidade internacional do Estado por danos causados em seu território à pessoa ou propriedade de estrangeiros”, preparado pelo Institute of International Law, em 1927; dentre outros. Cf. in AMADOR-García. Report. UN. DOC. A/CN.4/96, ILC Yearbook, 1956, v. 2,p. 173 e ss.

⁸⁸ REUTER, Paul. Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des États pour fait illicite. In: *Le développement de l'ordre juridique international*. Paris: Economica, 1995. p. 576

tema.⁸⁹ Assim, em 1955, na sétima sessão da CDI, iniciaram-se os estudos para elaboração do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional que iriam perdurar até 2001, quando a versão final foi adotada pela CDI, e que, até hoje, aguarda uma definição dos Estados sobre a forma como será adotado.

Buscaremos apresentar um breve panorama sobre o processo de elaboração do Projeto de Artigos no intuito de destacar desde já que, ao longo desses 46 anos, as marcas de transformação do sistema internacional se fizeram visíveis e podem ser bem acompanhadas ao longo de todo o debate que se travou no seio da Comissão de Direito Internacional da ONU quando esta envidou esforços para elaborar o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado.

De fato, ao aceitar o pedido da Assembléia Geral da ONU⁹⁰ para elaborar um projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado, a Comissão de Direito Internacional já estava ciente de que não bastava codificar o direito tradicional. Em 1955, a CDI indicou o cubano F.V. García-Amador, como primeiro relator especial da matéria⁹¹ e já em seu primeiro relatório, de janeiro de 1956, o relator afirmou que

It can be said that it is necessary to do something more than "to codify"; it is necessary to change and adapt traditional law so that it will reflect the profound transformation which has occurred in international law. In other words, it will be necessary to bring the 'principles governing State responsibility' into line with international law at its present stage of development.⁹²

Não obstante, ainda impregnados pela visão tradicional da responsabilidade internacional do Estado, os relatórios apresentados pelo jurista cubano se ocupavam, basicamente, da questão da responsabilidade por danos causados à pessoa e aos bens do estrangeiro.

Entre 1960 e 1962, nos Comitês da Assembléia Geral, as delegações da União Soviética e outros países socialistas, bem como alguns países em desenvolvimento, reiteradamente criticaram o Projeto de Artigos apresentado por García-Amador⁹³. De acordo com essas delegações, a codificação da responsabilidade internacional do Estado por

⁸⁹ Resolução disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/086/64/IMG/NR008664.pdf?OpenElement>> Acesso em set. 2011.

⁹⁰ Resolução da Assembléia Geral em seu oitavo período de sessões, n. 799, de dezembro de 1953.

⁹¹ ILC Report, A/2934 (A/10/9), 1955, chp. IV(III) and (IV), paras.31 and 33.

⁹² In AMADOR, García F.V. In State Responsibility, 1956, document UN. DOC. A/CN.4/96, Anuário da Comissão de Direito Internacional, v. 2, p. 176, parágrafo 10.

⁹³ Ver os discursos das delegações da URSS (UN. DOC. A/C.6/SR.651, paras 9 e 10 e SR 657, para 31; UN. DOC. A/C.6/SR 717, para 36); da Romênia (SR 653, paras 9 e 10); da Hungria (SR 654, paras 12 e 13).

violações de princípios fundamentais do Direito Internacional era um assunto urgente, e eles se referiam especificamente a obrigações conexas com a manutenção da paz e segurança internacional, proibição de agressão e outras obrigações relacionadas à violação da integridade territorial, da independência e da soberania dos Estados e ao direito de autodeterminação dos povos⁹⁴. Em 1962, em atenção às críticas e ao pedido da Assembléia Geral para que continuasse os trabalhos (Resolução 1686, XVI, de 18 de dezembro de 1961) e diante de divergências internas quanto à abordagem e aos pontos que deveriam ser incluídos no Projeto de Artigos, a Comissão instaurou um subcomitê para analisar a questão e apresentar um relatório na sessão seguinte contendo sugestões a respeito do alcance e abordagem do estudo futuro.⁹⁵

A partir do relatório do subcomitê⁹⁶, a Comissão, na sua décima quinta sessão, em 1963, decidiu: 1- que deveria ser dada prioridade às normas gerais reguladoras da responsabilidade internacional do Estado⁹⁷; e 2 – que, ao se definirem tais normas gerais, a matéria de alguns tópicos especiais, especialmente o da responsabilidade internacional por danos causados a estrangeiros, não deveria ser supervalorizada e que deveria ser devotada cuidadosa atenção às possíveis repercussões que o desenvolvimento do Direito Internacional pode ter tido sobre a responsabilidade internacional. Essa nova direção dada aos trabalhos da Comissão, que entende o dano a estrangeiros como apenas uma parte da responsabilidade internacional do Estado, ao estender a incidência do tema para além da mera proteção diplomática, pode ser entendida como um enfoque mais condizente com o desenvolvimento do sistema internacional e da sua normatividade.

Essa orientação foi reforçada com a nomeação, nesse mesmo ano, de Roberto Ago como segundo Relator Especial da matéria. A preocupação do jurista italiano ia muito além do caráter meramente compensatório suscitado pela responsabilização por danos a estrangeiros: o novo caráter impingido por Ago ao estudo da responsabilidade do Estado evidenciava seu entendimento de que o instituto deveria ter uma função muito mais ampla de

⁹⁴ JORGENSEN, Nina H. B. *The responsibility of states for international crimes*. Oxford : Oxford University Press, 2000. p.48.

⁹⁵ Documento UN. DOC. A/CN.4/148 reproduzido no ILC Yearbook, 1962, v. 2.

⁹⁶ Documento UN. DOC. A/CN.4/152 reproduzido no ILC Yearbook, 1963, v. 2, documento A/5509, em anexo.

⁹⁷ Isto é, às chamadas normas secundárias, que, resumidamente, definem as conseqüências da violação de uma obrigação internacional, e não às normas primárias, destinadas a estabelecer a obrigação principal - o que será estudado a frente.

mantenedor da ordem pública internacional⁹⁸ e de protetor da comunidade internacional em seu conjunto⁹⁹.

Na sua vigésima primeira sessão, em 1969, a Comissão, sob o comando do Relator Especial Ago, definiu alguns critérios que serviriam de guia para seus futuros trabalhos, limitando o estudo da responsabilidade internacional, no projeto então em curso, à responsabilidade dos Estados; à responsabilidade por atos internacionalmente ilícitos – deixando para outro estudo a questão da responsabilidade decorrente de certos atos lícitos, como atividades espaciais e nucleares; e concentrando o seu estudo somente na determinação dos princípios que regem a responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito, mantendo uma estrita distinção entre esta tarefa e a de definir as regras que definem as obrigações principais cuja violação pode gerar responsabilidade¹⁰⁰.

Após a renúncia de Roberto Ago (eleito como juiz da Corte Internacional de Justiça), em 1978, a Comissão indicou Willem Riphagen e depois Gaetano Arangio-Ruiz como relatores especiais, que se sucederam até 1997, quando entrou o jurista James Crawford, último relator do tema na Comissão de Direito Internacional.

Sob o comando de cada um dos Relatores Especiais, muitas questões discutidas pela Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade internacional do Estado foram objeto de divergências. Sobretudo quanto aos esforços da Comissão para não apenas “codificar” o direito tradicional, mas também para adaptar as regras de responsabilidade internacional à normatividade internacional mais recente puderam-se notar grandes resistências – sendo indubitavelmente esta a grande causa do prolongamento por 46 anos da elaboração do Projeto na CDI. Neste sentido, foram exaustivamente discutidas as questões acerca da determinação da natureza da responsabilidade como subjetiva ou objetiva, se apenas

⁹⁸ Neste sentido, “*The articles are characterized by substantive concepts that are a direct consequence of the concept of state responsibility put forward by Roberto Ago when he began working (and inspiring the Commission's work) on the topic. It is widely recognized that Ago's genius consisted of including in the regime of state responsibility elements that went beyond a strictly compensatory function, in order to ensure that state responsibility could contribute to the defense of legality in an international society of whose institutional weaknesses Ago was only too aware*”. KLEIN, Pierre; CHAZOURNES, Laurence B.; HANQIN, Xue; CARON, David D. The state of state responsibility. In: AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. Proceedings... Washington: American Society of International Law, 2002. p. 168

⁹⁹ No seu quinto relatório (Documento UN. DOC. A/CN.4/291), de 1976, Roberto Ago enfatizou a crescente tendência verificada desde a Segunda Guerra Mundial de se pinçar, dentre as obrigações internacionais, um conjunto restrito de obrigações ao qual se faz necessário ser conjugado um regime especial de responsabilidade internacional com o objetivo de salvaguardar os interesses fundamentais da comunidade internacional como um todo. Ele propôs cristalizar o entendimento no Projeto de Artigos, o que, à época, foi feito no bojo do artigo 19 do Projeto de Artigos adotado em primeira leitura. Cf.: AGO, Roberto. Fifth report on State Responsibility. ILC Yearbook, 1976, v. 2, Part One

¹⁰⁰ *Yearbook of the International Law Commission, 1969*, v. 2, document A/7610/Rev.1, para. 80.

civil ou também criminal, se restrita ao Estado ou se estendida a outros sujeitos de Direito Internacional, se se subtrairia ou apenas se restringiria o uso de contramedidas como instrumento de responsabilização, se se adotaria um regime único ou agravado para violações de obrigações internacionais de gravidades diferentes, entre outros. Como será analisado no decorrer desta tese, essas questões não lograram um mesmo grau de desenvolvimento, ficando algumas mais próximas da bilateralidade e do contratualismo do Direito Internacional clássico e outras mais adaptadas às novas exigências comunitárias do sistema internacional.

Mesmo diante das dificuldades postas e da grande resistência por parte de muitos Estados, em 1996, o Projeto de Artigos foi concluído pela Comissão de Direito Internacional em primeira leitura (anexo I), e, em seguida, foi encaminhado pelo Secretário Geral aos governos para que estes formulassem comentários e observações. A partir das ponderações dos Estados, em 1997, a Comissão iniciou a segunda leitura do Projeto de Artigos, baseada também no relatório de James Crawford, que gerou um novo texto do Projeto de Artigos, adotado provisoriamente em segunda leitura no ano de 2000 (anexo II), que foi novamente encaminhado aos governos para comentários. Após extenso debate, no seu 53º período de sessão, em 2001, a Comissão de Direito Internacional finalmente aprovou o “Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por ato ilícito” (anexo III), codificando o direito costumeiro já vigente e, ao mesmo tempo, desenvolvendo o Direito Internacional rumo a novos parâmetros para a responsabilidade internacional do Estado.

O Projeto aprovado em sua versão final, em 2001, apresenta-se dividido em quatro partes, uma a mais do que estruturara, em 1975, o então relator especial Roberto Ago. A primeira parte é, para Luiz César Ramos Pereira, a mais interessante da codificação¹⁰¹, contém vinte e sete artigos, divididos em cinco capítulos, referentes aos princípios gerais da responsabilidade internacional, à existência de uma violação de norma ou descumprimento de obrigação internacional, à imputação a um Estado de fato de terceiro e finalmente às circunstâncias de exclusão da ilicitude da conduta estatal.

A parte seguinte contém, por sua vez, quatorze artigos, divididos em três capítulos que se referem às conseqüências jurídicas para o Estado responsável pelo fato internacionalmente ilícito, principalmente no que se refere à cessação e à reparação.

A parte terceira do Projeto contém treze artigos e se intitula “Modos de tornar efetiva a responsabilidade internacional do Estado”. Nela, se determinam o Estado ou os Estados que

¹⁰¹ PEREIRA, Luiz César Ramos. *Ensaio sobre a Responsabilidade Internacional do Estado e suas conseqüências no Direito Internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado*. 1. ed. . São Paulo: Ed. LTr 2000. p. 20

podem reagir diante de um fato ilícito e se especificam as modalidades segundo as quais podem manifestar essa reação, em particular, em determinadas circunstâncias, a adoção de contramedidas que resultem necessárias para que cesse o fato ilícito e se reparem suas conseqüências.

Finalmente, a quarta parte contém disposições gerais aplicáveis a todos os artigos.

3.1 Status atual do projeto de artigos: à espera da codificação

Aprovado o Projeto, era preciso propô-lo à Assembléia Geral, especificando a forma como a Comissão recomendava sua adoção. Houve, quanto a esta questão da possível forma do Projeto de Artigos, uma ampla discussão, onde se expressaram opiniões divergentes sobre a conveniência das opções disponíveis em virtude do art. 23 do Estatuto da Comissão¹⁰².

Muitos membros apoiaram a recomendação para a conclusão de uma Convenção ou a celebração de uma Conferência para tanto. Outros, contudo, preferiam a opção de que apenas se recomendasse à Assembléia Geral que tomasse nota do Projeto em uma resolução. Outra opção foi no sentido de que a Comissão recomendasse a aprovação do Projeto de Artigos em forma de declaração, como se havia proposto em 1999, no contexto do Projeto de Artigos sobre a nacionalidade em relação à sucessão de Estados¹⁰³.

Os membros partidários da aprovação de uma convenção internacional sustentaram, dentre outras coisas, que a tarefa da Comissão era declarar o direito, o que somente poderia ser feito mediante convenções; que a tradição da Comissão era que todos seus projetos importantes fossem aprovados na forma de convenção internacional; e que fazê-lo no caso desse Projeto de Artigos lhe garantiria um lugar, ao lado da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, como um dos pilares fundamentais do Direito Internacional Público.

Ademais, tendo em conta sua importância, as obrigações e direitos próprios da instituição da responsabilidade exigiam um conjunto de normas que só poderiam ser previstas em um instrumento definitivamente vinculante. Declarar as normas consuetudinárias do

¹⁰²O mencionado dispositivo possui o seguinte texto: “*Article 23* - 1. The Commission may recommend to the General Assembly: (a) To take no action, the report having already been published; (b) To take note of or adopt the report by resolution; (c) To recommend the draft to Members with a view to the conclusion of a convention; (d) To convoke a conference to conclude a convention. 2. Whenever it deems it desirable, the General Assembly may refer drafts back to the Commission for reconsideration or redrafting”. Cf. In Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute_e.pdf> Acesso em: set. 2011

¹⁰³ Ver: *Report of the International Law Commission*. 53. ed. 2001 – State Responsibility, Comentários - ponto 61.

Direito Internacional em forma de tratado lhes daria certeza, confiabilidade e força vinculante adicionais, consolidando assim um capítulo do Direito de importância decisiva.

Outrossim, não codificar o direito da responsabilidade dos Estados em um tratado produziria um desequilíbrio no ordenamento jurídico internacional, no qual as normas primárias quedariam mais amplamente codificadas do que as secundárias. Quanto ao receio em relação às consequências da não ratificação da convenção pelos Estados, foi argumentado que era duvidoso que a ausência de ratificações pudesse levar a uma “codificação às avessas”. O fato das normas costumeiras serem codificadas não significava por si só a perda de tal condição se a convenção não fosse ratificada. De fato, as convenções não ratificadas seguiam desempenhando um papel importante.

Argumentaram ainda que a Convenção de Viena de 1969 precisou de uma década para entrar em vigor, e inclusive havia sido ratificada por menos da metade dos países do mundo, sem que nada disso tivesse produzido um efeito depreciativo em sua autoridade como instrumento de direito dos tratados.

Por outro lado, aqueles que se opunham à adoção de uma convenção argumentaram, dentre outros, que uma convenção não ratificada poderia de fato ter o efeito de uma “codificação às avessas”, uma vez que tornaria imprecisos os efeitos em relação aos Estados partes e os não-partes da convenção. Ainda, a possibilidade de reservas ao texto trazia ainda mais perigos ao tema.

Quanto à analogia feita em relação à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, esta foi criticada por não oferecer uma comparação precisa, uma vez que essa trata em geral de questões formais, enquanto o tema da responsabilidade internacional do Estado trata de conteúdo do Direito Internacional e pressupõe desacordos ou disputas entre as partes envolvidas e não meramente uma questão de consenso sobre uma atividade como é a elaboração de tratados.

Além disso, foi dito que não seria aconselhável oferecer à Assembléia Geral uma opção tão drástica quanto “uma convenção ou nada”. Uma resolução ou declaração adotada unanimemente pela Assembléia seria muito mais efetiva do que uma convenção adotada depois de muitos anos de trabalho preparatório e ratificada por um pequeno número de Estados. De fato, se aprovado como resolução, o Projeto de Artigos seria tido como um estudo competente sobre as regras correntes, as práticas internacionais e a doutrina com o fim de guiar os Estados nos seus direitos e responsabilidades, e assim contribuindo para a estabilidade legal e a previsibilidade nas relações internacionais. A adoção na forma de declaração legaria o ônus de provar a não obrigatoriedade do código aos Estados envolvidos.

Diante de tais argumentos, os que se opunham à adoção do código por instrumento não-obrigatório disseram que isto teria o efeito de diminuir a importância da responsabilidade internacional do Estado no direito Internacional, colocando em xeque o valor do texto. Além disso, uma resolução da Assembleia Geral não poderia ter o mesmo valor normativo que um tratado. Adotar o texto como mera resolução ou declaração seria desviar-se do objetivo original, pois não poderia deste modo se impor às inadequações do direito costumeiro tradicional. Foi ainda dito que se o texto apenas fixasse as regras tradicionais da responsabilidade do Estado, uma convenção não seria necessária, mas justamente pelo fato do texto trazer elementos de progressivo desenvolvimento esta se fazia tão imprescindível.

Por outro lado, foi argumentado que exatamente para se preservar a amplitude desses avanços, uma cautela maior era necessária e não se deveria correr o risco de propor uma convenção, uma vez que a prática demonstra que os Estados não são favoráveis à inclusão de tais elementos em instrumentos obrigatórios. Tal argumento foi questionado, sendo oferecido contra-exemplos, como as codificações sobre direito do mar e relações consulares, todas trazendo elementos de desenvolvimento do Direito Internacional, e a Convenção sobre Direito dos Tratados, que inclui a noção de normas peremptórias.

A Comissão tentou atender aos dois lados, adotando uma solução mista: em primeira instância, seria recomendado à Assembleia Geral que, em uma resolução, tomasse nota do Projeto e que anexasse o texto dos artigos; recomendou-se também que, em um segundo momento, a Assembleia deveria considerar a adoção de uma convenção relativa ao assunto.

Assim, inicialmente, a Assembleia Geral tomou nota do Projeto de Artigos na Resolução 56/83 de 12 de dezembro de 2001.

Quanto ao atendimento da recomendação de adoção de uma convenção, a Assembleia Geral encaminhou o Projeto aos governos para que o assunto fosse discutido. Pela Resolução 59/35, de 2 de dezembro de 2004, e pela Resolução 62/61, de 06 de dezembro de 2007, o Projeto de Artigos foi recomendado à apreciação do Secretariado-Geral e dos governos para que submetessem seus comentários escritos sobre qualquer futura medida relativa ao Projeto de Artigos, em especial sobre a questão da sua adesão como convenção, bem como foi formado um grupo de trabalho da Sexta Comissão (jurídica) da Assembleia Geral para discussão do tema.

Na 65ª. Sessão, a Sexta Comissão considerou o item em suas 15ª, 25ª e 27ª reuniões, em 19 e 29 de outubro e 05 de novembro de 2010, respectivamente. Declarações foram feitas, em plenário, pelos representantes do Chile, Finlândia (em nome dos países nórdicos), Malásia, Alemanha, Portugal, Reino Unido, Líbia, a Federação Russa, Vietnam, Estados

Unidos da América, Venezuela, Cuba, Irã, Grécia, Canadá (também em nome da Austrália e Nova Zelândia) e Índia. Também se manifestaram, por escrito, alguns países: Brasil, República Checa, Finlândia, em nome dos países nórdicos, França, Alemanha, Lituânia, México, Holanda, Portugal, Qatar, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e Estados Unidos da América¹⁰⁴. Como observação geral, notou-se que os artigos sobre a responsabilidade do Estado tornaram-se uma declaração oficial das regras sobre responsabilidade do Estado e estavam sendo amplamente referidos na prática¹⁰⁵.

No que tange às futuras medidas a serem adotadas em relação ao Projeto de Artigos, várias delegações apoiaram a sua eventual adoção como uma convenção internacional como relevante contribuição para o respeito pelo Direito Internacional e à paz e estabilidade nas relações internacionais. Dentre essas, destacamos a posição do Brasil:

After decades of discussions and the appointment of five special rapporteurs, the Commission was able to produce a set of draft provisions that have been widely used as a reference by international tribunals and also by States. The General Assembly of the United Nations has already taken note and commended the State responsibility articles to the attention of Governments in three resolutions, adopted in 2001, 2004 and 2007.

In the light of the great importance of the matter, the Brazilian Government is of the view that a next step should be taken. The articles prepared by the Commission should be used as a basis for negotiations on a future convention on the responsibility of States for internationally wrongful acts, to be convened under the auspices of the United Nations.¹⁰⁶

Foi feita referência ao impacto contínuo e positivo de tratados sobre o desenvolvimento do Direito Internacional consuetudinário. Igualmente, expressou-se a posição de que os artigos eram um conjunto bem concebido e equilibrado de regras secundárias, que já havia começado a demonstrar um fator de consolidação na ordem jurídica internacional, na prática dos Estados, na jurisprudência dos tribunais internacionais, bem como nas decisões dos tribunais nacionais, sendo uma indicação clara do seu reconhecimento pela comunidade internacional. Também foi observado que o Projeto de Artigos é um todo indivisível e não deve ser reaberto para a negociação. Várias delegações ainda apelaram para a convocação de uma conferência diplomática para adotar o Projeto como uma convenção internacional.

¹⁰⁴ General Assembly - Sixty-fifth session Responsibility of States for internationally wrongful acts A/65/96.

¹⁰⁵ General Assembly - Sixty-fifth session Responsibility of States for internationally wrongful acts (Agenda item 75).

¹⁰⁶ General Assembly - Sixty-fifth session Responsibility of States for internationally wrongful acts A/65/96, p. 2.

Por outro lado, várias outras delegações posicionaram-se contrariamente à negociação de uma convenção, ao menos no estágio atual. Dentre esses, é necessário estabelecer uma importante distinção entre os argumentos que fundamentaram tal posição. Um grupo de Estados sustentou que o Projeto de Artigos, em sua totalidade, não reflete uma visão estabelecida do direito consuetudinário internacional e que há elementos que permaneceram pouco claros, pelo que se posicionaram contra a adoção do Projeto em forma de uma convenção. Já outro grupo, ainda que também contrário à recomendação de uma convenção neste momento, demonstrou que a preocupação é no sentido de que o processo de negociação de uma convenção poderia pôr em risco o trabalho da Comissão de Direito Internacional (em particular o delicado equilíbrio incorporado aos artigos) se a convenção resultante acabasse por desvirtuar importantes regras existentes ou não tivesse aceitação generalizada¹⁰⁷. Várias dessas delegações manifestaram a opinião de que os artigos alcançariam posição mais forte se adotados como resolução, uma vez que refletem um amplo consenso.

Com base nos trabalhos da Sexta Comissão, a Assembléia Geral decidiu incluir na agenda provisória da sua sexagésima oitava sessão, que ocorrerá em 2013, o item intitulado "Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos" e prosseguir a análise, dessa vez com vista à tomada de uma decisão, no âmbito de um grupo de trabalho da Sexta Comissão, a questão de uma convenção sobre a responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos ou outras medidas adequadas com base no Projeto de Artigos.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Por exemplo, a Holanda: *"The Netherlands would not want to exclude the possibility that the State responsibility articles will eventually be elaborated into a convention. However, we do not believe that negotiations should be initiated at the present time to develop a convention on the responsibility of States for internationally wrongful acts. We believe that the initiation of such negotiations at this moment in time may unravel the fragile balance in the text of the articles or result in the adoption of the text of a convention that may never enter into force or one that will not acquire universal or at least quasi-universal participation"*. General Assembly - Sixty-fifth session Responsibility of States for internationally wrongful acts A/65/96, p. 5.

¹⁰⁸ Resolução da AG n. 65/19 de 06 de dezembro de 2010: *"The General Assembly (...) Decides to include in the provisional agenda of its sixty-eighth session the item entitled "Responsibility of States for internationally wrongful acts" and to further examine, within the framework of a working group of the Sixth Committee and with a view to taking a decision, the question of a convention on responsibility of States for internationally wrongful acts or other appropriate action on the basis of the articles."*

PARTE II – O REGIME AGRAVADO DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

Diante das transformações, no sistema internacional, que apontam para a formação de uma comunidade internacional cada vez mais consolidada, conforme delineado na Parte I, e da proteção de seus valores por normas internacionais de reconhecido valor imperativo, o regime da responsabilidade internacional é chamado a acompanhar esse processo.

Como vimos, o mandato da CDI para a realização do Projeto de Artigos não se resume a codificar as normas já sedimentadas pela prática internacional dos Estados, mas autoriza a Comissão a dar um caráter progressivo ao regime da responsabilidade, a fim de atualizá-lo diante das novas demandas comunitárias. Diante desta proposta, para a melhor compreensão da forma como esse desafio é enfrentado pela CDI, a Parte II da pesquisa se debruçará sobre o regime jurídico da responsabilidade do Estado, priorizando a análise dos tópicos que potencialmente instrumentalizam a responsabilidade como um instituto de garantia da ordem pública internacional. Neste sentido, analisaremos os limites enfrentados e os sucessos obtidos pela Comissão na formulação de um verdadeiro regime agravado de responsabilidade internacional d Estado que deve ser acionado quando há a violação de uma norma imperativa ou de uma obrigação *erga omnes*.

4 O CONCEITO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR ATO ILÍCITO INTERNACIONAL

Central para o estudo do regime da responsabilidade internacional é a definição do que vem a ser “responsabilidade” no sistema internacional. A compreensão acerca do momento do surgimento da responsabilidade, dos elementos que são exigidos para que esta se configure, já fornece significativos indícios das bases que estruturam o sistema normativo de determinada sociedade.

Como será analisado em seguida, na sociedade internacional atual, o conceito de responsabilidade vem sofrendo modificações significativas, que refletem a gradual transformação paradigmática que se opera nas relações internacionais, aceleradas no Pós-Segunda Guerra Mundial.

4.1 O conceito tradicional de responsabilidade internacional

Os Estados – no modelo clássico – tinham no conceito de soberania a garantia de igualdade e, ao mesmo tempo, de ausência de qualquer instância supraestatal. As relações entre esses únicos atores do sistema internacional westfaliano eram entendidas como estritamente privadas, posto que baseadas unicamente no livre consentimento de cada Estado, sem qualquer dimensão comum/pública.

Seguindo essa lógica, no que tange à abordagem clássica dada ao tema da responsabilidade, destacamos que diante desse quadro geral de bilateralismo, positivismo e voluntarismo estatal, a responsabilidade internacional é apresentada como sendo uma mera obrigação de *reparação do dano* causado em face de violação prévia de norma internacional. Reduzindo-se todas as relações internacionais a relações particulares interestatais, o modo de resolução diante da violação de uma norma é também estritamente civil: a obrigação de indenizar do Estado violador para com o Estado lesado.

Neste sentido, podemos citar a seguinte conceituação de responsabilidade internacional contida no “*Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*”:

obrigação que incumbe, conforme o Direito Internacional, ao Estado a que é imputável um ato ou uma omissão contrária a suas obrigações internacionais, de dar

uma reparação ao Estado que foi vítima ele mesmo, ou na pessoa ou bens de seus súditos.¹⁰⁹

Nesse sentido, a responsabilidade internacional reduz-se a uma obrigação de reparar o prejuízo oriundo de violação de norma de Direito Internacional, onde a existência de dano ganha, ao lado do ato ilícito, status de elemento gerador da responsabilidade internacional. Conseqüentemente, como afirma Resek, “não há que se falar em responsabilidade internacional sem que do ato ilícito tenha resultado um dano para outro sujeito de direito das gentes”.¹¹⁰ No mesmo diapasão posiciona-se Reuter, que aponta que a responsabilidade internacional aparece sob a forma de obrigação de reparação de toda violação de direito cometida por um Estado em face de outro.¹¹¹ Este conteúdo da responsabilidade fica evidente no acórdão do processo Fábrica de Chorzów (1928), quando a Corte Permanente de Justiça Internacional afirmou:

(...) é um princípio de Direito Internacional, e até mesmo uma concepção geral de Direito, que qualquer violação de um compromisso implica uma obrigação de reparação. No acórdão no. 8 (...) o Tribunal já tinha afirmado que a reparação é o complemento indispensável da não aplicação de uma convenção, não sendo necessário que tal se encontre previsto na própria convenção¹¹².

Em um modelo de responsabilidade concebida como direito de reparação, separada do tema da implementação do direito e alheia a qualquer lógica de coletividade, a responsabilidade internacional classicamente abordada apresenta uma importante restrição: o interesse na ação, além de subjetivo, também precisa ser *concreto*. Se não há dano, não há interesse¹¹³ – o que vale dizer que tal concepção situa o elemento “dano” como constitutivo da

¹⁰⁹ *Apud* MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Responsabilidade Internacional do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 31.

¹¹⁰ RESEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 273. Para ACCIOLY, por sua vez, o elemento dano é elencado como elemento da responsabilidade: “A responsabilidade jurídica do estado pode achar-se comprometida tanto por um dano material quanto por um dano moral. Importa: 1º.) haja dano feito a direito alheio; 2º.) que se trate de ato ilícito; 3º.) que esse ato seja imputável ao estado. Se não existe *direito lesado*, não se pode falar em responsabilidade, no sentido estrito, como aqui é tomada a palavra.” ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento; CASELLA, P. Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 345.

¹¹¹ Segundo o mestre francês: “*La responsabilité internationale apparait sous la forme simple de l’obligation de réparer toute violation du droit commise par un État à l’égard d’un autre État.*” REUTER, Paul. *Droit International Public*, 6. ed. Paris: PUF, 1983. p. 40.

¹¹² No original: “... *c’est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d’un engagement comporte l’obligation de réparer. Déjà dans son Arrêt no. 8, la Cour (...) a dit : la réparation est le complément indispensable d’un manquement à l’application sans qu’il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même*”. TPJI, Série A, n. 17, p. 29. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf> Acesso em: set. 2011.

¹¹³ DUPUY, P.M. Le fait générateur de la Responsabilité internationale des Etats. *Récueil des Cours de l’Académie de La Haye* (RCADI), p. 24, 1984.

responsabilidade, e portanto nem sempre que há violação de norma internacional se enseja a responsabilidade do agente violador.

O dano, tradicionalmente, pode ter um aspecto material ou moral¹¹⁴, desde que seja um dano reparável e exterior à violação da obrigação internacional. Assim, se um ato ilícito atinge interesses meramente imateriais, é preciso observar se ele causou um dano moral concreto, independentemente da ocorrência de dano material, para que haja responsabilização. Se não houve este dano reparável, apenas a lesão ao interesse jurídico geral no cumprimento da obrigação internacional que foi violada não enseja a responsabilidade do Estado violador.

A teoria clássica, que situa o elemento dano na origem da responsabilidade internacional, opera, portanto, significativas reduções no regime jurídico da responsabilidade: 1) quanto à sua origem, faz com que só haja responsabilidade se houver dano (material ou moral) concreto e 2) quanto ao seu conteúdo, faz com que a responsabilidade internacional tenha como única consequência o dever de reparação¹¹⁵.

4.2 Transformações de cunho comunitário e o novo conceito da responsabilidade internacional

As transformações que ocorrem no plano internacional desde a segunda metade do século passado¹¹⁶, impulsionadas pelo que se convencionou chamar de processo de globalização, no entanto, vêm fazendo com que o regime da responsabilidade internacional ganhe novas feições. A integração econômica, financeira e tecnológica mundial, os imperativos de maior cooperação ambiental, a formação e o reconhecimento de um conjunto de normas cogentes e inderrogáveis no Direito Internacional vão de encontro ao princípio do voluntarismo dos Estados e ao relativismo do Direito Internacional clássico, limitando-os.

¹¹⁴ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque Mello. *Curso de Direito Internacional Público*. v.1, 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 500

¹¹⁵ Uma outra redução fundamental pode desde já ser mencionada: a abordagem clássica considera como sujeitos de Direito Internacional somente os Estados e, por tal razão, a responsabilidade restringia-se tão-somente às relações de Estado a Estado. A análise sobre os sujeitos da responsabilidade internacional, focando as transformações ocorridas sobretudo no pós-Segunda Guerra, será aprofundada oportunamente nos capítulos que se seguem.

¹¹⁶ Ver item 1.2 e 1.3 da tese.

4.2.1 O “dano jurídico”

Para atender essa crescente demanda comunitarista, o regime da responsabilidade internacional precisa agora tutelar também interesses coletivos, expressos nas obrigações *erga omnes* e nas normas de *jus cogens* internacionais¹¹⁷, e não apenas relações bilaterais de Estado a Estado. Diante do interesse comunitário na observação da legalidade internacional, no cumprimento das normas internacionais, passa-se a considerar que qualquer ato ilícito perante o Direito Internacional gera responsabilização daquele que o comete. Uma fundamental modificação no regime da responsabilidade é assim concebida: rejeita-se a imprescindibilidade da verificação de prejuízo decorrente da violação de norma internacional para a caracterização da responsabilidade do autor do ilícito¹¹⁸.

A concepção clássica apenas cuidava das conseqüências jurídicas derivadas da ocorrência de um dano concreto a um Estado, em uma relação intersubjetiva. A partir do momento em que se passa a tutelar o interesse jurídico e coletivo na manutenção da legalidade internacional, para parte da doutrina¹¹⁹, qualquer ato ilícito automaticamente gera um “dano jurídico” para toda a comunidade internacional, dando ensejo por si só à responsabilização do autor da violação¹²⁰. Assim, ao lado do dano material e do dano moral, com a intensificação da lógica comunitária em detrimento da voluntarista, passamos a ter reconhecido também o

¹¹⁷ A conceituação, as diferenças e as dificuldades na definição do conteúdo de tais categorias serão oportunamente estudadas à frente.

¹¹⁸ Sobre a possibilidade de reconhecimento pelo Direito Internacional de que Estados podem possuir um interesse jurídico em assuntos que não afetam os seus interesses materiais, ver a discussão da CIJ no caso Sudoeste Africano, em que a Etiópia e a Libéria apresentaram pedidos junto à Corte nos termos dos quais solicitaram que essa confirmasse o estatuto do Sudoeste Africano como território sob mandato, e que declarasse que a África do Sul tinha violado vários artigos do Acordo de Mandato, assim como o artigo 22º. do Pacto da Sociedade das Nações por força de certas componentes da sua administração do Sudoeste Africano, e, em particular, da prática do *apartheid*. No caso (apesar de por escassa maioria ter sido decidido que os autores não possuíam interesse ou direito claramente adquirido por meio de texto ou de regra de Direito aplicáveis ao caso, indeferindo, portanto, a legitimação dos reclamantes), o Tribunal adotou uma visão empírica do interesse jurídico como uma questão geral, e recusou restringir o conceito, enquanto questão de princípio geral, a disposições relativas a um objeto material ou tangível. Nesse sentido, foi reconhecido que o Direito Internacional já há muito reconhecia o interesse jurídico de um Estado em assuntos que não afetavam os seus interesses financeiros, econômicos ou outros interesses patrimoniais, ou, por assim dizer, físicos ou tangíveis. Ver BROWLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.490-494.

¹¹⁹ Ver autores citados em MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1, 12 ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000. p. 500; e ver BARBOSA, Julio. Legal Injury : the Tip of the Iceberg in the Law of State Responsibility? In: RAGAZZI, Maurizio. *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.p. 7-22.

¹²⁰ Veremos em seguida que esta não foi a opção adotada pela CDI.

dano jurídico como relevante para o regime da responsabilidade¹²¹. Portanto, formula-se o entendimento de que o elemento dano não foi retirado do nascimento da responsabilidade, mas, antes, passa a ser um pressuposto em qualquer caso de violação de obrigação internacional, daí que, a princípio, se torna desnecessário tê-lo como condição da responsabilidade por ato ilícito¹²².

Passamos assim de uma concepção puramente inter-subjetiva de responsabilidade, com tons decididamente civis e privatistas, para uma abordagem mais “objetiva”: o Direito Internacional deve ser respeitado independentemente das conseqüências da violação e qualquer ilícito gera a responsabilidade do seu autor. Essa nova conceituação da responsabilidade internacional, apropriadamente descrita como ‘revolucionária’¹²³, é testemunha do (relativo) progresso da solidariedade na sociedade internacional.

4.2.2 Responsabilidade por ato internacionalmente lícito – “liability”

As exigências de cunho comunitário pretendem afetar o regime da responsabilidade, excepcionalmente, também de outro modo. Se por um lado os avanços tecnológicos permitiram considerável progresso econômico, também criaram atividades, que embora lícitas, passaram a apresentar um acentuado risco de causar danos graves aos indivíduos e ao meio ambiente. Essas atividades poderiam ter sido vedadas, mas a proibição teria estagnado a expansão econômica, que por sua vez também trouxe benefícios à humanidade. Diante desta realidade, tem sido desenvolvida, desde a segunda metade do século passado, a teoria da responsabilidade por ato lícito, fundada no risco assumido pelo exercício de atividade perigosa.

Esta segunda alteração refere-se, então, à exclusividade ou não do ato ilícito como evento gerador da responsabilidade. Se o ato ilícito é o gerador ordinário da responsabilidade internacional, a sociedade internacional tem visto emergir, paralelamente à responsabilidade

¹²¹ A partir do reconhecimento e da inclusão de outras obrigações secundárias, não restritas à reparação, como conteúdo da responsabilidade. Ver item 8.1.1.1, sobre a cessação do ato ilícito como obrigação secundária autônoma decorrente da responsabilidade internacional.

¹²² Neste sentido, citamos NETO, Adelino Arantes. *Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e na OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá: 2008. p. 118: “(...) o dano jurídico não é conseqüência da violação, no sentido de um efeito independente verificável pela relação de causalidade com o ilícito. Ele integra a própria violação e está implícito no elemento objetivo do ato internacionalmente ilícito, de forma que a constatação da violação é per se suficiente para caracterizá-lo.” Ver também DUPUY, P.M. *Le fait générateur de la Responsabilité internationale des Etats. Recueil des Cours de l'Academie de La Haye* (RCADI), p. 97, 1984.

¹²³ PELLET, Alain. The Definition of Responsibility. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *International Law*. Oxford: Oxford Commentaries on International Law, 2010.. p. 9

delitual, novas obrigações internacionais que impõem ao Estado o dever de reparar um dano causado a outro Estado no exercício de atividades lícitas de acordo com o Direito Internacional¹²⁴.

Essas obrigações se desenvolveram particularmente no campo do Direito Ambiental, com base no princípio da utilização do território sem causar dano a terceiros (*sic utere tuo ut alienum non laedas*).¹²⁵

Esse dano deve advir do exercício de atividades tidas como perigosas, que podem ser de dois tipos: primeiro, aquelas que trazem o risco de causar acidentes (hazardous activities e ultra-hazardous activities) e, segundo, aquelas com efeitos nocivos cumulativos (harmful activities). Tais atividades são, em grande parte, exercidas por pessoas privadas¹²⁶.

Essa responsabilidade por ato lícito difere fundamentalmente da responsabilidade comum, que surge com o ato ilícito. O regime geral da responsabilidade, cujo objeto é o conjunto de normas secundárias que determinam o surgimento e as conseqüências de um ato internacionalmente ilícito, não se aplica ao regime da responsabilidade por ato lícito.

Se todo ato ilícito gera a responsabilidade de acordo com o regime geral, nem todo ato lícito (ainda que correspondente a uma atividade perigosa) gerará a responsabilidade por ato lícito, pelo que este é um regime de exceção. De fato, não é a ausência de ilicitude do ato que figura a origem da responsabilidade *sine delicto*, mas a conseqüência danosa do exercício lícito de uma atividade perigosa. Trata-se da responsabilidade pelo simples fato do dano, sem que seja necessário estabelecer se tal dano provém de um ato ou fonte.¹²⁷

Outra fundamental diferença decorre do fato de que, sem prévia violação de uma norma (primária) de Direito Internacional, a responsabilidade por ato lícito faz ela mesma o papel de norma primária, incompatível com o regime de normas secundárias¹²⁸ que marca a responsabilidade por ato ilícito. Enquanto na responsabilidade por ato ilícito a obrigação de reparar o dano causado é uma conseqüência da violação de uma norma primária; no mecanismo de responsabilidade por ato lícito, a obrigação de indenizar é a própria norma primária. Assim, regular a responsabilidade por ato ilícito é nada mais do que prescrever ou

¹²⁴ NETO, Adelino Arantes. *Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e na OMC*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2008. p. 35.

¹²⁵ DUPUY, Pierre-Marie. *La responsabilité des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*. Paris: Pédone, 1976. p. 30-36.

¹²⁶ MONTJOIE, Michel. *The Concept of Liability in the Absence of an Internationally Wrongful Act The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford Commentaries on International Law, 2010. p. 506.

¹²⁷ NETO, Adelino Arantes. *Op. Cit.*, p. 205.

¹²⁸ Ver item 5.2.1, item sobre a responsabilidade internacional como norma secundária.

reconhecer obrigações primárias especiais. O eventual descumprimento desta norma primária, por seu turno, consistirá em um ato internacionalmente ilícito passível de originar as conseqüências do regime comum de responsabilidade internacional¹²⁹.

Como dito acima, parte dessas atividades não é sequer exercida pelo Estado, e sim por entes privados. Daí evidencia-se outra diferença do regime da responsabilidade por ato lícito da responsabilidade delitual: na responsabilidade por ato lícito, a obrigação de reparar do Estado não depende de uma operação de atribuição da conduta a esse Estado, pela ação de seus órgãos – como ocorre com a responsabilidade por ato ilícito¹³⁰. Assim, o Estado não é responsável pelo ato lícito que causou o dano, mas é responsável pela sua reparação. O fundamento aqui não é o nexo causal entre o ato lícito (que muitas vezes sequer é praticado pelo Estado) e o dano.

De todo modo, a maior parte desse desenvolvimento tem-se dado por meio de tratados bilaterais, multilaterais ou universais que estabelecem a responsabilidade estatal (como é o caso da Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, de 1972) ou por vezes do empreendedor particular (Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil sobre Danos Causados por Poluição por Óleo, de 1971) em caso de dano por atividade perigosa. Cumpre ressaltar que não é possível dizer que exista, atualmente, qualquer regra costumeira internacional que permita uma formulação como “Qualquer dano resultante de um ato lícito mas potencialmente perigoso atribuível a, ou autorizado por, um Estado gera a sua responsabilização” – formulação que é claramente insustentável.¹³¹

Essas diferenças entre os regimes de responsabilidade, terminologicamente, são mais acentuadas no idioma inglês do que nos idiomas latinos. Assim é que, para se referir à responsabilidade comum, por ato ilícito ou delitual, a literatura inglesa utiliza o vocábulo *responsibility*; para designar a responsabilidade por dano decorrente de ato lícito, o termo empregado é *liability*. Em português, seguindo o idioma espanhol e o francês, usamos indistintamente o termo “responsabilidade”.

¹²⁹ NETO, Adelino Arantes. *Op. Cit.*, p. 208.

¹³⁰ Parte I, Capítulo 2 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por ato ilícito da CDI.

¹³¹ PELLET, Alain. *Op. Cit.*, 2010, p. 9.

4.3 O conceito de Responsabilidade no Projeto de Código da CDI

O Projeto de Código da CDI sobre a responsabilidade internacional do Estado, por sua vez, esteve atento às demandas supra referidas, mas deu tratamento diferenciado a ambas.

4.3.1 A prescindibilidade do dano na origem da responsabilidade internacional

Quanto às pressões pela defesa da legalidade internacional que repudiaram o elemento dano como necessário para o estabelecimento da responsabilidade, o Projeto da CDI, sob a liderança de Roberto Ago como relator especial, captou as mudanças e as absorveu em larga medida, definindo o surgimento da responsabilidade sem fazer menção à ocorrência de dano. O produto desse processo é o texto, memorável por sua concisão e abrangência, dos artigos 1º e 2º do Projeto de Código da CDI, que rezam:

Article 1

Responsibility of a State for its internationally wrongful acts

Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.

Article 2

Elements of an internationally wrongful act of a State

There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

- (a) Is attributable to the State under international law; and
- (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State.

Comentando os artigos supra, afirma Pellet¹³²:

the most striking feature of this new approach compared to the traditional understanding of the notion of responsibility is the exclusion of damage as a condition for responsibility. In order for an internationally wrongful act to engage the responsibility of a State, it is necessary and sufficient that two elements (breach and attribution) are present. This is certainly not to say that, in this system, injury has no role to play; however, it fades into the background, at the level not of the triggering of the mechanisms of responsibility, but at that of the 'new legal relations' which arise from the fact of responsibility, some of which (the principal being, without doubt, the obligation of reparation) are dependent upon injury for their existence.

Atenta às evoluções normativas, a CDI afasta, no Projeto de Código sobre a responsabilidade internacional, a imprescindibilidade do dano no surgimento da relação de responsabilidade, alterando radicalmente a racionalidade do seu regime: a definição da

¹³² PELLET, Alain. *Op. Cit.*, 2010, p. 9

responsabilidade internacional passa a depender somente da ocorrência de um ato ilícito e da atribuição desse a um Estado.

A CDI deixou claro que a responsabilidade independe da comprovação de dano nos próprios artigos do Projeto acima citados e ainda mais explícito nos seus comentários:

Thus there is no exception to the principle stated in article 2 that there are two necessary conditions for an internationally wrongful act - conduct attributable to the State under international law and the breach by that conduct of an international obligation of the State. The question is whether those two necessary conditions are also sufficient. It is sometimes said that international responsibility is not engaged by conduct of a State in disregard of its obligations unless some further element exists, in particular, .damage. to another State. But whether such elements are required depends on the content of the primary obligation, and there is no general rule in this respect. For example, the obligation under a treaty to enact a uniform law is breached by the failure to enact the law, and it is not necessary for another State party to point to any specific damage it has suffered by reason of that failure¹³³.

Para fundamentar essa sua opção normativa, a Comissão lembrou algumas decisões judiciais que, de acordo com a sua interpretação, já autorizavam essa desnecessidade de verificação do dano para o surgimento da responsabilidade¹³⁴. De fato, a CIJ já havia se referido a exigência apenas da verificação do ato ilícito e da imputabilidade do ato a um Estado, como, por exemplo, no caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, em que indicou que, para se configurar a responsabilidade da República Islâmica do Irã era necessário:

[f]irst, it must determine how far, legally, the acts in question may be regarded as imputable to the Iranian State. Secondly, it must consider their compatibility or incompatibility with the obligations of Iran under treaties in force or under any other rules of international law that may be applicable.

No entanto, a Comissão, ao contrário da doutrina que defendeu o “dano jurídico”, não justificou esse afastamento do dano do conceito de responsabilidade no entendimento de que

¹³³ In. *Comentary to draft article 2, para 9, ILC Yearbook 1973, v. 2, 73.*

¹³⁴ De acordo com a CDI, “PCIJ applied the principle set out in article 1 in a number of cases. For example, in the *Phosphates in Morocco* case, PCIJ affirmed that when a State commits an internationally wrongful act against another State international responsibility is established “immediately as between the two States”. ICJ has applied the principle on several occasions, for example in the *Corfu Channel* case, in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case, and in the *Gabčíkovo-Nagymaros Project* case. The Court also referred to the principle in its advisory opinions on *Reparation for Injuries*, and on the *Interpretation of Peace Treaties (Second Phase)*, in which it stated that “refusal to fulfil a treaty obligation involves international responsibility”. Arbitral tribunals have repeatedly affirmed the principle, for example in the *Claims of Italian Nationals Resident in Peru* cases, in the *Dickson Car Wheel Company* case, in the *International Fisheries Company* case, in the *British Claims in the Spanish Zone of Morocco* case and in the *Armstrong Cork Company* case. In the “*Rainbow Warrior*” case, the arbitral tribunal stressed that “any violation by a State of any obligation, of whatever origin, gives rise to State responsibility”. Report of the International Law Commission – 53rd session – 2001 – State Responsibility, Comentários ao artigo 1, (2), p. 32-33.

de todo ato ilícito decorre necessariamente um dano¹³⁵ e, por isso, seria desnecessário comprovar o dano para caracterizar a responsabilidade, vez que automaticamente ele estaria presente em qualquer ilícito.

Como dissemos, para a concepção clássica, só havia responsabilidade se houvesse dano, e este dano deveria ser concreto, ou seja, reparável. Com o desenvolvimento de uma normativa de sentido comunitarista, passou-se a enxergar a responsabilidade para além da estrita bilateralidade, passando a ser também um instrumento de proteção da legalidade internacional: em uma lógica comunitária, todo ato ilícito gera a responsabilidade internacional, independente do dano concreto. Como vimos, até este ponto, a CDI acompanhou *pari passu* este desenvolvimento.

O desdobramento seguinte informa que, se todos têm “interesse jurídico” na observância da lei internacional, qualquer ato ilícito geraria ao menos um “dano jurídico”, que passaria assim a ser compreendido como um pressuposto da responsabilidade internacional por ato ilícito. Este raciocínio, contudo, não foi encampado pela CDI - o que foi criticado por muitos autores como “falta de jeito” ou um tratamento “ambíguo”¹³⁶. No entanto, entendemos que as divergências não vão além de uma questão de terminologia, como veremos.

Quando o Projeto passa a regulamentar os legitimados a invocar a responsabilidade internacional do Estado, faz uma separação entre o “Estado lesado” (injured State – art. 42) e os “Estados que não o Estado lesado” (States other than an injured State – art. 48), e, *indiretamente*, define quando ocorre ou não um dano (injury – art. 31(2)). Resumidamente, os “Estados lesados” são aqueles que sofreram alguma lesão a um *direito subjetivo*, a saber, decorrente da violação de uma obrigação internacional bilateral (art.42 (a)) ou bilateralizável (art. 42 (b)(i)) ou interdependente (art. 42 (b)(ii))¹³⁷; enquanto os “Estados que não o Estado lesado” têm afetado apenas seu *interesse objetivo* no cumprimento de obrigações de interesse

¹³⁵ Conforme a CDI: “*If we maintain at all costs that ‘damage’ is an element in any internationally wrongful act, we are forced to the conclusion that any breach of an international obligation towards another State involves some kind of ‘injury’ to that other State. But this is tantamount to saying that the ‘damage’ which is inherent in any international wrongful act is the damage which is at the same time inherent in any breach of an international obligation*”. In. Commentary to draft article 3, para 12, ILC Yearbook 1973, v. 2, p. 183.

¹³⁶ Ver respectivamente DUPUY, Pierre-Marie. A general Stocktaking of the Law of State Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, p.1073, 2002 e NETO, Adelino Arantes. *Op. Cit.*, 2008, p.120;

¹³⁷ Essas distinções são abordadas no item 7.2.1, no capítulo dedicado ao estudo da legitimidade de invocação da responsabilidade internacional. Aqui, lembramos apenas que, na classificação de Gerald Fitzmaurice, adotada pela CDI no Projeto de Código, obrigações interdependentes são aquelas em que o seu cumprimento por cada uma das partes é a razão de ser da obrigação, de forma que o descumprimento por uma das partes autoriza a suspensão integral do instrumento por todas as demais partes, como é o caso, por exemplo, de um tratado multilateral de não-proliferação de armas nucleares ou de desarmamento.

coletivo (art. 48). Portanto, decorre que só há dano quando há violação de um direito subjetivo. Um ato ilícito que apenas viole o interesse objetivo que os Estados têm no cumprimento da lei internacional não gera dano.

Ao chamar de “não-lesados” os Estados que foram afetados somente em seu interesse objetivo no cumprimento das leis internacionais, negando nestes casos a existência de “dano jurídico”, a CDI foi bastante criticada. No entanto, compreendemos que essa opção da CDI se justifica pois ela não quis conferir aos Estados que tiveram apenas um interesse objetivo na legalidade violado os mesmos direitos – entenda-se o direito de reparação – que aos Estados que efetivamente tiveram direitos subjetivos violados¹³⁸. Do contrário, se chamasse de “dano jurídico” toda violação a mero interesse objetivo no cumprimento da legalidade internacional, teria que enfrentar a paradoxal situação de dizer que esse Estado sofreu um “dano” mas não teria direito à reparação – o que de fato soaria muito estranho. Muito mais sentido faz afirmar que, se um interesse jurídico objetivo de um Estado, no cumprimento de uma norma, foi violado, ele tem o direito de exigir que essa violação cesse.

Ademais, pela hermenêutica do Projeto de Código, vê-se que a CDI reconhece que a violação a uma obrigação internacional por si só gera a responsabilidade do Estado violador (art.2º). Logo, a *ratio* desta diferenciação entre ilícitos que geram dano e ilícitos que não geram dano não é excluir estes últimos da responsabilidade do Estado violador (como o faz a concepção tradicional da responsabilidade diante da ausência do elemento dano), mas apenas adotar uma técnica legislativa para diferenciar os titulares do direito de invocação e os direitos que eles detêm, em função da diferente intensidade com que foram afetados. Em função disso, para os “Estados lesados” cabe o direito à reparação, que aos “Estados que não os Estados lesados” não cabe¹³⁹.

Não é, portanto, a classificação de dano (se tripartite ou não) importante para a definição da responsabilidade no Projeto de Código. Em momento algum a CDI se baseia no fato do dano ser material, moral ou jurídico para definir quem seriam ou não os “Estados lesados”, sendo diverso o critério adotado: se há um ato ilícito que viola um direito subjetivo, há dano – ainda que este seja “meramente” jurídico – e, se há dano, o Estado é um “Estado lesado”. Assim, se, por exemplo, um tratado bilateral fixa a obrigação de uniformizar

¹³⁸ Ver item 7.2.3.2 e o capítulo 8, sobre conteúdo da responsabilidade internacional no regime comum e no regime agravado de responsabilidade internacional.

¹³⁹ Essas diferenças serão mais profundamente abordadas oportunamente, quando tratarmos da invocação da responsabilidade internacional.

determinada legislação, faz surgir um direito subjetivo para as partes e o seu descumprimento acarreta um dano jurídico para a outra parte, mesmo sem dano material ou moral reparável.

Acreditamos que, por adotar essa abordagem, não se pode dizer que a CDI foi ambígua, ora reconhecendo, ora excluindo o “conceito de dano jurídico”. Ao nosso ver, ela apenas adota terminologia diferente: separa o “dano jurídico” (que implica violação de um direito subjetivo) da violação de mero interesse objetivo – mas determina que ambos geram responsabilização. Entendemos que é neste sentido que deve ser compreendido o comentário da CDI ao artigo 31 (2)¹⁴⁰ do Projeto de Código:

This formulation is intended both as inclusive, covering both material and moral damage broadly understood [abrangendo aí o “dano jurídico” no sentido da CDI, ausente a exigência de prejuízo concreto], and as limitative, excluding merely abstract concerns or general interests of a State which is individually unaffected by the breach [excluindo a violação a mero interesse objetivo do conceito de “dano”] (comentários e grifo nossos)¹⁴¹

Com o condão de reconhecer a existência do dano meramente jurídico, a CDI afirma em seguida:

Where two States have agreed to engage in particular conduct, the failure by one State to perform the obligation necessarily concerns the other. A promise has been broken and the right of the other State to performance correspondingly infringed. For the secondary rules of State responsibility to intervene at this stage and to prescribe that there is no responsibility because no identifiable harm or damage has occurred would be unwarranted. If the parties had wished to commit themselves to that formulation of the obligation they could have done so. In many cases the damage that may follow from a breach (e.g. harm to a fishery from fishing in the closed season, harm to the environment by emissions exceeding the prescribed limit, abstraction from a river of more than the permitted amount) may be distant, contingent or uncertain. Nonetheless States may enter into immediate and unconditional commitments in their mutual long-term interest in such fields. Accordingly article 31 defines “injury” in a broad and inclusive way, leaving it to the primary obligations to specify what is required in each case.¹⁴²

O mais importante, nos parece, é que a idéia de proteção da legalidade internacional foi abraçada no Projeto, vez que nele está claro que a mera violação de uma obrigação internacional gera responsabilidade do Estado – tenha sido o seu resultado cunhado de “dano” ou não¹⁴³. A nosso ver, a concepção sedimentada pela CDI no Projeto de Artigos de

¹⁴⁰ Art. 31 (2): “Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State”.

¹⁴¹ Report of the ILC, 53th session, 2001, A/56/10, Chapter V, p. 225.

¹⁴² Report of the ILC, 53th session, 2001, A/56/10, Chapter V, p. 226.

¹⁴³ As considerações acerca das conseqüências, para a proteção dos interesses da comunidade internacional, decorrentes da diferenciação da responsabilidade em função da existência ou não de dano, no que tange ao conteúdo e aos instrumentos disponíveis para os legitimados a invocar a responsabilidade em cada caso, são analisadas no item 8.2 sobre as conseqüências instrumentais da responsabilidade, sendo por demais extensas para serem abordadas aqui.

responsabilidade internacional é ainda mais afastada da doutrina clássica do que o entendimento que enxerga em todo ato ilícito a geração de um dano, afinal, este entendimento também acaba por fazer do prejuízo um pressuposto da responsabilidade, e, tal como os autores clássicos, chega à conclusão de que não há responsabilidade sem dano. Ou seja, diferente dessa doutrina tradicional, a CDI fixa a responsabilidade mesmo quando realmente entende não ter havido qualquer tipo de dano e o fundamento é apenas a proteção da legalidade, sobretudo daquelas obrigações mais caras à comunidade internacional.

Na sistemática adotada pela CDI, efetivamente é possível dizer que o surgimento da responsabilidade prescinde do dano, ainda que este se mantenha como a medida da reparação.

Essa nova conceituação da responsabilidade, destacada da exigência de dano, conferida pela CDI já vem contribuindo para alterar o entendimento padrão sobre o tema, sendo abraçado pelos tribunais internacionais. O Tribunal Arbitral Internacional no âmbito da ICSID (Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos), em seu laudo de 2008, no caso *Gauff Biwater (Tanzânia) Ltd. v. Tanzânia*, considerou a questão de saber se a perda ou o prejuízo econômico real eram necessários para se estabelecer uma causa relativa à desapropriação. O tribunal considerou que:

The suffering of substantive and quantifiable economic loss by the investor [was] not a pre-condition for the finding of an expropriation under the bilateral investment treaty in question, but that where there had been substantial interference with an investor's rights, so as to amount to an expropriation ... there may be scope for a non-compensatory remedy for the expropriation (e.g. injunctive, declaratory or restitutionary relief)¹⁴⁴.

Para fundamentar essa conclusão, o tribunal se referiu ao comentário ao artigo 2º do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado, onde a Comissão afirmou:

It is sometimes said that international responsibility is not engaged by conduct of a State in disregard of its obligations unless some further element exists, in particular, 'damage' to another State. But whether such elements are required depends on the content of the primary obligation, and there is no general rule in this respect.¹⁴⁵

Neste sentido, a força do Projeto de Artigos da CDI, mesmo ainda não sendo formalmente uma convenção internacional, já pode ser sentida, vez que começa a servir de diretriz para os tribunais internacionais em suas decisões.

¹⁴⁴ ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Case No. ARB/05/22, award, 24 de julho de 2008, para. 466.

¹⁴⁵ ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Case No. ARB/05/22, award, 24 de julho de 2008, para. 466, citando o parágrafo (9) dos comentários da CDI ao artigo 2º do Projeto de Artigos.

4.3.2 A responsabilidade por ato lícito fora do Projeto de Código

No que tange à abordagem conferida ao tema da *liability*, em função das diferenças fundamentais entre os temas aqui discutidas, o desfecho foi oposto, não tendo sido agregado ao Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado o tema da “*liability*”.

Em 1970, o relator especial Roberto Ago propôs distinguir a responsabilidade por ato ilícito da responsabilidade gerada pelo exercício de “certas atividades lícitas”¹⁴⁶. O tema foi então incluído, separadamente do tema da responsabilidade por ato ilícito¹⁴⁷, na pauta de trabalhos da CDI em 1978 sob o título “Responsabilidade Internacional por conseqüências prejudiciais decorrentes de atos não proibidos pelo Direito Internacional”¹⁴⁸.

Após a sucessão de três relatores - o neozelandês Robert Quentin-Baxter, o argentino Julio Barboza e o indiano Pemmaraju Sreenivasu Rao -, um Projeto de Artigos foi adotado em 2001, recomendando-se à Assembléia Geral a elaboração de uma convenção com base no Projeto. No entanto, cumpre mencionar que, apesar de o mandato da CDI versar sobre a responsabilidade por ato lícito, o Projeto remetido à Assembléia Geral está intitulado “Prevenção do Dano Transfronteiriço Resultante de Atividades Perigosas” e trata exclusivamente deste tema¹⁴⁹.

Vale destacar que o entendimento de que o regime da responsabilidade por ato lícito regula normas primárias de obrigação de reparar danos, bem como a constatação de que, desde os anos 1970, consolidou-se no Direito Internacional uma obrigação geral segundo a qual os Estados devem assegurar que as atividades conduzidas sob sua jurisdição e controle não causem danos além de seu território, além de uma tendência ao reconhecimento de uma obrigação segundo a qual os Estados devem evitar o dano ou o risco de dano decorrente de atividades perigosas¹⁵⁰ – ambas correspondentes a normas primárias –, tiveram o efeito de

¹⁴⁶ AGO, Roberto. Second Report on State Responsibility, ILC Yearbook 1970, v. 2, 178, para 6.

¹⁴⁷ Segundo Neto, em 1977, o grupo de trabalho da CDI nomeado para reexaminar os rumos do Projeto de Artigos, invocando a falta de clareza do escopo e do objeto do projeto, a impropriedade do título, e as dificuldades na relação com o tema da responsabilidade delitual, resolveu promover a separação dos temas da prevenção e da responsabilidade internacional sine delicto (international liability). “A separação significou, vale notar, o abandono do tema da responsabilidade internacional por ato lícito.” In: NETO, Adelino Arantes. *Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e na OMC*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2008. p.222-223.

¹⁴⁸ Report of the ILC, 30th session, ILC Yearbook 1978, vol.II, 150, para 177.

¹⁴⁹ Report of the ILC, 53th session, 2001, A/56/10, Chapter V, 366-436.

¹⁵⁰ Sixth Committee of the General Assembly, 51st. Session, 1996, UN. DOC. A/CN.4/479, p.7. De acordo com Rosentock: “The Commission’s recent draft on prevention is a collection of primary rules pure and simple, and its relationship to the state responsibility articles is no different from that of any other primary rules.” In: ROSENTOCK, Robert. The ILC and state responsibility. *The American Journal of International Law*. Washington: v. 96, n.4, Oct 2002. p.792

atrair ao Direito Internacional do meio ambiente a aplicação do regime comum da responsabilidade por ato ilícito¹⁵¹. “A utilidade do regime da responsabilidade *sine delicto* é, conseqüentemente, parcialmente anulada”¹⁵², ao menos como regime de normas secundárias.

Em função das diferenças aqui traçadas e da excepcionalidade da responsabilidade por ato lícito, as referências à responsabilidade internacional do Estado na presente tese devem ser compreendidas como limitadas à responsabilidade por ato ilícito.

¹⁵¹ Vale destacar, neste sentido, a previsão do artigo 14(3) do Projeto de Códigos da CDI sobre responsabilidade internacional sobre a violação de obrigações que exigem do Estado um dever de prevenir: “Article 14- Extension in time of the breach of an international obligation (...) 3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.”

¹⁵² NETO, Adelino Arantes, *Op. Cit.*, p.224.

5 OS VALORES PROTEGIDOS PELO REGIME DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL: DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

Reconhecido o surgimento de uma comunidade internacional, torna-se essencial a discussão em torno da projeção dos valores comunitários no regime da responsabilidade internacional do Estado no Projeto aprovado pela CDI. A abordagem privatista inicialmente conferida à questão dos valores protegidos pela responsabilidade internacional bem como as dificuldades enfrentadas ao longo do processo de consolidação dessa nova concepção de sentido comunitarista serão aqui abordadas.

5.1 Proteção diplomática – a responsabilidade internacional vinculada a normas primárias de caráter bilateral

Na origem da responsabilidade internacional do Estado encontra-se o sistema das cartas de represálias, pelo qual o soberano era instado a autorizar a reação privada (as represálias) ao tratamento dado aos seus mercadores no estrangeiro, no período da Idade Média Européia¹⁵³.

As cartas de represália são a origem remota da proteção diplomática, forma que a responsabilidade internacional do Estado assume com a expansão do capitalismo e a afirmação do projeto político da modernidade sobre a cristandade medieval européia. Pelo sistema da proteção diplomática, o indivíduo que sofreu algum dano em território estrangeiro apela para o Estado de sua nacionalidade, para que este exija reparação do Estado estrangeiro responsável pelo dano¹⁵⁴.

Deste modo, a proteção diplomática é um instituto de Direito Internacional no qual o Estado cujo nacional sofreu danos por conduta imputada a outro Estado, considera tal dano

¹⁵³ Os suseranos europeus emitiam cartas de represálias a seus súditos no exterior, quando lesados em seus países de residência. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Origin and historical development of the rule of exhaustion of local remedies in International Law. *Revue belge de Droit International* 12, p 499-527,1976.

¹⁵⁴ Como ensina Celso D. de Albuquerque Mello, “A proteção diplomática é de formação costumeira e da jurisprudência internacional. Parece que surgiu no século XIX e início do XX e teve o seu primeiro moderno expositor em Heffter. Ela já fora exposta, contudo, por Vattel. [...] Alguns autores (H. Shawcross) consideram a proteção diplomática benéfica para os países subdesenvolvidos, porque estimula os investimentos privados ao dar maior confiança ao investidor estrangeiro. Já os autores do Terceiro Mundo a consideram um pretexto para a ingerência de Estados estrangeiros.” Ver em MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. São Paulo: Renovar,2000. p.505.

como dano próprio e pleiteia reparação ao Estado responsável pelo ato lesivo.¹⁵⁵ O fundamento da proteção diplomática está no suposto dever internacional de todos os Estados de fornecer um tratamento considerado internacionalmente adequado aos estrangeiros em seu território¹⁵⁶. A violação deste tratamento consiste na violação, então, de norma internacional, devendo o Estado infrator ser responsabilizado internacionalmente por isso.

A responsabilidade internacional do Estado nasce, portanto, com esse caráter estritamente bilateral¹⁵⁷, em que o foco não é o ser humano ou a comunidade internacional, mas o *nacional* de outro Estado, portanto a relação é de Estado a Estado. Para a doutrina da proteção diplomática, o dano ao estrangeiro é um dano indireto ao Estado de sua nacionalidade¹⁵⁸. Desse modo, o Estado ao conceder a proteção diplomática ao seu nacional, está exercendo *direito próprio* de buscar reparação a um dano indireto causado pelo outro Estado – expressão de um direito puramente interestatal.

Essa visão tradicional, por conseguinte, considera que a nacionalidade é o motor da proteção diplomática. Um Estado não pode exercer a sua proteção diplomática senão em proveito dos seus nacionais¹⁵⁹, ou seja, das pessoas físicas e jurídicas que estejam ligados a ele por um vínculo de nacionalidade ou um vínculo de registro. Este vínculo é o que permite afirmar a sua competência pessoal, fundamento do exercício da proteção diplomática.¹⁶⁰

Como se vê, a responsabilização do Estado advinda da proteção diplomática apresenta graves *limitações*. A mais evidente é o limitado núcleo de interesses a que se direciona, qual seja o do pequeno grupo de indivíduos que são os nacionais de um Estado no exterior. Além disso, por se tratar de direito do Estado, a proteção diplomática sofre com a discricionariedade

¹⁵⁵ *Idem.* p. 505.

¹⁵⁶ A proteção diplomática foi consolidada no século XIX, a partir do aumento dos investimentos dos países europeus e dos Estados Unidos no exterior, o que levou a conflitos entre nacionais daqueles países e os novos países emergentes, em especial os da América Latina. Para Charles de Visscher, era necessária a proteção diplomática, já que nesses países não havia instituições sólidas, aptas a prestar justiça. VISSCHER, Charles de. *Apud* RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p. 160.

¹⁵⁷ A bilateralidade que predominava nas relações jurídicas interestatais no sistema internacional até 1945 projetava a reciprocidade como princípio estruturante da responsabilidade internacional. SPINEDI, Marina. From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the codification of the law of treaties and the law of state responsibility. *European Journal of International Law*; Florence, .13, 5; Nov. 2002, ABI/INFORM Global, p. 1099.

¹⁵⁸ Ian Brownlie diz que a afirmação de Vattel de que um dano causado a um cidadão é um dano causado ao Estado estabelece a relação que é “simplesmente o fundamento necessário dos princípios da responsabilidade e da protecção”. BROWLIE, Ian. *Op. Cit.*, 1997. p. 543.

¹⁵⁹ A propósito, Ian Brownlie afirma: “É trivial dizer que, salvo algumas exceções, os Estados só podem exercer protecção diplomática em relação aos seus nacionais.” *Idem.* p.426.

¹⁶⁰ NGUYEN, Quoc Dinht; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p.708-709.

da sua aplicação, sujeita à vontade do Estado¹⁶¹: o fato do Estado poder ou não executá-la reduz o alcance dessa proteção.

Além dessas limitações, o instituto da proteção diplomática é entendido por muitos doutrinadores do Terceiro Mundo como uma clara ofensa ao princípio da não-intervenção em assuntos domésticos de cada Estado. Como reação ao instituto em questão, surgiu a doutrina Calvo, imaginada pelo internacionalista argentino Carlos Calvo¹⁶². A cláusula Calvo, de acordo com Jiménez de Aréchaga, é uma estipulação contratual entre um estrangeiro e um governo, pela qual aquele se compromete a não se socorrer do governo de sua nacionalidade para que o proteja em relação a qualquer conflito que surja do contrato.¹⁶³

Como se trata de compromissos contratuais legítimos, a jurisprudência internacional hesitou inicialmente em os privar de qualquer efeito.¹⁶⁴ Rapidamente, contudo, os juízes e árbitros internacionais aderiram à tese radical da nulidade para este tipo de cláusula¹⁶⁵, com base na impossibilidade do particular renunciar ao direito que não lhe pertence. De fato, a proteção diplomática, que transforma um litígio interno entre o Estado e um estrangeiro em um conflito internacional, passível de ser resolvido pelos meios internacionais de solução de controvérsia, corresponde a um direito do Estado, que pode até recusar a proteção diplomática, caso tal recusa lhe seja conveniente.

Outra crítica a esta visão tradicional de responsabilidade internacional, apontada por Celso de Albuquerque Mello, funda-se na faceta discriminatória da proteção diplomática. Observa o professor:

Vários autores da África e da Ásia consideram que a responsabilidade internacional atende ao imperialismo com a proteção que é dada aos estrangeiros. Eles sustentam que deve existir uma igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, negando, em consequência, o ‘minimum standard of justice’ como norma de DI.¹⁶⁶

¹⁶¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. São Paulo: Renovar, 2000. p.505.

¹⁶² Segundo Celso Mello, esta cláusula surgiu para defender o Paraguai em relação à Inglaterra, vez que a proteção diplomática só era exercida pelos países poderosos. *Idem*. p.515.

¹⁶³ “La cláusula há adoptado diferentes formas, pero generalmente dispone que las dudas y controversias que puedan surgir debido a este contrato serán resueltas por los tribunales competentes Del Estado, de conformidad com su derecho, y no darán lugar a ninguna intervención diplomática o reclamación internacional” Ver JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Responsabilidad Internacional. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. p. 558.

¹⁶⁴ NGUYEN, Quoc Dinht; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. Cit.* p.714.

¹⁶⁵ Cf caso Mavrommatis, 1924, Series A, no. 2.; Factory at Chorzów, Jurisdiction, 1927, P.C.I.J., Series A, n. 9, ambos disponíveis em: <<http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/icpij/>> Acesso em: ago.2011.

¹⁶⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed., São Paulo: Renovar, 2000. p. 509.

Esta exigência de um *standard* mínimo¹⁶⁷ de justiça contradiz o próprio fundamento da proteção diplomática. Ora, como exigir tal padrão se o mesmo só é aplicável aos estrangeiros, não sendo levado em consideração, pela sociedade internacional, o tratamento dado por um Estado a seus próprios nacionais?¹⁶⁸

Essas contradições, que encerravam uma discriminação sem justificativa razoável contra os nacionais, junto com as limitações apontadas, enfraqueceram, por seu turno, a proteção diplomática¹⁶⁹. Atualmente, num mundo globalizado e de investimentos estrangeiros sob a forma de empresas locais (que para todos os efeitos são empresas locais e impossibilitam a proteção diplomática), a proteção diplomática é de reduzida utilidade prática¹⁷⁰.

5.2 A redescoberta do axiológico – diferenciação normativa no regime da responsabilidade do Estado

É a partir do final da Segunda Guerra Mundial, diante da formulação de uma normatividade internacional de valorização dos interesses da comunidade internacional no seu conjunto, que a responsabilidade internacional do Estado aos poucos deixa de ser meramente

¹⁶⁷ Esse padrão era geralmente auferido em face de parâmetros de nações européias. Conforme VISSCHER: “*le traitement dû à l'étranger correspond à un Standard international ou niveau commun adopté dans les pays civilisés, le term standard impliquant qu'il s'agit moins ici d'une règle aux contours définies que d'un principe ou, mieux encore, d'une directive dont l'application peut dépendre d'elements variables et particuliers à chaque espèce.*” Cf. in VISSCHER, *Apud* RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p. 161.

¹⁶⁸ Para uma discussão sobre o assunto, ver BROWLIE, Ian, que traz o critério de tratamento nacional e o critério internacional em perspectiva. *Op. Cit.* p. 548-553.

¹⁶⁹ Jorge Miranda chega a destacar o instituto do conceito de “proteção internacional dos direitos do homem”. Segundo o autor, “*a protecção internacional dos direitos do homem é uma das modalidades de protecção das pessoas através do Direito Internacional – a mais importante, embora não a única. Nela se enquadra hoje a protecção das minorias. Mas a seu lado subsistem a protecção diplomática, a protecção humanitária e a protecção dos refugiados.*”. MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.* p. 275.

¹⁷⁰ Interessante notar aqui, contudo, uma recente inversão. Se de fato os investimentos estrangeiros sob a forma de empresas locais (Celso Mello identifica ainda outros fatores como a melhora da organização judiciária nos diversos países e a maior estabilidade política nos países latino-americanos - MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 12. ed., São Paulo: Renovar, 2000. p.516) têm levado ao desuso da proteção diplomática por parte dos países desenvolvidos, o crescente movimento de pessoas, sobretudo imigrantes do sul para o norte, tem gerado um ainda embrionário recurso à proteção diplomática pelos países pobres dos seus nacionais imigrantes. A proteção diplomática que havia sido desenvolvida pelos países desenvolvidos como proteção a seus nacionais investidores (VISSCHER, nota supra) parece agora abrir a possibilidade de proteção aos nacionais dos países em desenvolvimento que imigram para os países desenvolvidos, sobretudo os ilegais. Ver Opinião Consultiva n. 18/03 de 17 de setembro de 2003 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação dos imigrantes ilegais mexicanos nos Estados Unidos.

uma responsabilidade dos Estados nas relações entre eles¹⁷¹, se amplia e tem estendido o seu campo de atuação. De acordo com Jorge Miranda,

Num Direito predominantemente relacional como era o Direito Internacional até 1945, tudo desembocava numa relação bilateral entre o Estado-violador e o Estado-vítima; mas a institucionalização da vida internacional e o aparecimento da idéia de bem comum da humanidade tem vindo a fazer emergir uma responsabilidade para com a comunidade internacional no seu conjunto.

A conjuntura internacional, que se verifica, portanto, durante o processo de codificação do regime da responsabilidade do Estado no bojo da CDI, impele que a abordagem conferida ao Projeto se descole da concepção privatista clássica sobre qual o conjunto de bens e valores devem ser considerados nesse regime.

5.2.1 A responsabilidade internacional como norma secundária no projeto da CDI

Quando o assunto da responsabilidade internacional foi de início submetido à Comissão de Direito Internacional da ONU, o relatório elaborado por Garcia-Amador, então relator especial, ainda centrava-se na proteção ao direito dos estrangeiros¹⁷².

Deve-se ao relator especial Roberto Ago, a introdução de uma significativa alteração no tratamento do regime da responsabilidade, qual seja a adoção da diferenciação entre normas primárias e secundárias¹⁷³ de Direito Internacional, fixando as regras de responsabilidade como normas secundárias¹⁷⁴. Ou seja, a CDI limitou o escopo de seu trabalho às regras que especificamente regulam o regime de responsabilidade, excluindo as regras de violação que dão origem à responsabilidade:

The purpose of the present draft articles is not to define the rules imposing on States, in one sector or another of inter-State relations, obligations whose breach can be a source of responsibility and which, in a certain sense, may be described as 'primary'. In preparing the present draft the Commission is undertaking solely to define those rules which, in contradistinction to the primary rules, may be described as 'secondary', inasmuch as they are aimed at determining the legal consequences of failure to fulfil obligations established by the 'primary' rules. Only these

¹⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.* p. 319.

¹⁷² AMADOR, García F.V. In *State Responsibility*. Document UN. DOC. A/CN.4/96, Anuário da Comissão de Direito Internacional, v. 2, p. 176, 1956. parágrafo 10.

¹⁷³ Como se sabe, as normas primárias contêm regras de conduta, que são as obrigações internacionais. As secundárias, por sua vez, visam a determinar quando se dá o descumprimento da obrigação internacional e as conseqüências desse descumprimento. São consideradas como secundárias as regras relativas à determinação, implementação e execução da responsabilidade internacional do Estado. RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p.78-82.

¹⁷⁴ AGO, Roberto. In *State Responsibility*, 1969, U.N. Doc. A/CN.4/217 and Corr.1 and Add.1.

‘secondary’ rules fall within the actual sphere of responsibility for internationally wrongful acts¹⁷⁵.

A ênfase conferida por Ago ao estudo das normas secundárias retira a responsabilidade pela violação de direitos da pessoa e dos bens do estrangeiro do centro dos estudos da responsabilidade internacional¹⁷⁶, equiparando tais obrigações às demais normas primárias cuja violação gera a aplicação das normas secundárias de responsabilidade. Abre-se, assim, a possibilidade de se extraírem regras *gerais* de responsabilidade internacional utilizáveis em todos os ramos do Direito Internacional¹⁷⁷, inclusive para proteção internacional dos direitos humanos.

É essa diferenciação que, para Crawford, consiste na idéia organizadora central do Projeto da Comissão de Direito Internacional¹⁷⁸, que abre as portas para os maiores desenvolvimentos operados no regime da responsabilidade.

Destacamos que, inicialmente, o que essa homogeneização normativa proporciona é equilibrar a aplicação da responsabilidade quanto às normas primárias, que antes conferiam uma proteção desproporcionalmente maior às obrigações para com a pessoa e os bens de estrangeiros. Esse primeiro nivelamento das regras primárias, no entanto, permitiu a posterior diferenciação normativa das mesmas realizada. Se em um primeiro momento, o tratamento dado por Ago à responsabilidade “desvaloriza” as normas primárias relativas ao direito dos estrangeiros – obrigações de cunho estritamente *contratualista e privatista* – o desenvolvimento que se segue é no sentido de se fazerem concessões e modificações no regime geral em face de violações a normas primárias consideradas essenciais para a *comunidade internacional*, adotando-se um modelo flexível que melhor acompanha a experiência de estreitamento do mundo e a crescente interdependência de todos experimentadas a partir do pós-Segunda Guerra. Neste sentido, dando continuidade à citação *supra* mencionada, a CDI observou que, ao estabelecer que somente as regras secundárias são objeto do regime da responsabilidade internacional do Estado:

This does not mean that the content, nature and scope of the obligations imposed on the State by the “primary” rules of international law are of no significance in determining the rules governing responsibility for internationally wrongful acts. The essential fact nevertheless remains that it is one thing to state a rule and the content

¹⁷⁵ Report of the ILC, 32nd session, *ILC Yearbook* 1980, v. 2, 27, para 23.

¹⁷⁶ AGO, Roberto. *ILC Yearbook*, 1970, v. 2 (Part Two), p. 306, para. 66 (c).

¹⁷⁷ CRAWFORD, James. First report on State responsibility. 1998, UN. DOC. A/CN.4/490, p. 4, para 12.

¹⁷⁸ CRAWFORD, James. On re-reading the draft articles on state responsibility. In: AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. *Proceedings...* Washington: American Society of International Law, 1998. p. 291-313

of the obligation it imposes, and another to determine whether that obligation has been breached and what the consequences of the breach must be. Only this second aspect comes within the actual sphere of the international responsibility that is the subject matter of the draft¹⁷⁹.

O Projeto de Artigos sobre a responsabilidade internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional em sua versão aprovada em 2001 levou em consideração as diferenças entre as próprias normas primárias¹⁸⁰, que acarretam importantes modificações no regramento jurídico das normas secundárias. Contudo, o destaque agora conferido não mais se relaciona ao interesse dos Estados (sobretudo dos Estados ricos investidores), mas às normas tidas como de interesse da comunidade internacional.

Deste modo, a responsabilidade internacional do Estado hoje, embora possua como antecedente a responsabilidade internacional do Estado por danos causados a estrangeiros, dela se diferencia, justamente por ter o foco direcionado na garantia da ordem pública e não no Estado.

5.2.2 A responsabilidade agravada pela diferenciação da natureza da obrigação internacional violada

Diante da diferenciação de valores fundamentais, próprios da formação de uma comunidade internacional unida pelo destino comum do planeta, da proteção de tais valores por normas internacionais de reconhecido valor imperativo e da sua expressão em obrigações *erga omnes*, a responsabilidade internacional é chamada a garantir essa nova ética através de suas obrigações secundárias.

Longe da indiferença quanto à natureza das obrigações internacionais primárias, a responsabilidade precisa oferecer especial atenção às normas de interesse da comunidade internacional como um todo. Quer dizer, a responsabilidade internacional do Estado continua a existir sempre que houver uma violação de uma obrigação internacional, independente do objeto de tal ação. O que passa a variar é que, *em função quer da gravidade quer, sobretudo, do objeto das obrigações violadas*, as obrigações secundárias de responsabilidade deverão ser diferenciadas, apresentando para tais casos um regime agravado de responsabilização¹⁸¹.

¹⁷⁹ Report of the ILC, 32nd session, *ILC Yearbook* 1980, v. 2, 27, para 23.

¹⁸⁰ Cf. in CRAWFORD, James. First report on State responsibility. 1998, UN. DOC. A/CN.4/490, p. 4, para 18.

¹⁸¹ Abordamos tais diferenças no capítulo 8 desta tese, que dedica-se à análise das conseqüências da violação de normas imperativas e a verificação dos limites e sucessos que a CDI obteve na formulação de um regime diferenciado em função da gravidade de tal violação.

Deste desenvolvimento normativo é de se notar que, enquanto a responsabilidade internacional do Estado pela violação de direitos do estrangeiro configurava um estreitamento do instituto ao incidir tão-somente nos casos de violação àquele específico tipo de obrigação, a diferenciação de que agora se trata – a proteção de normas de interesse da comunidade internacional - representa uma ampliação: a responsabilidade internacional, além de continuar a instrumentalizar os interesses dos Estados, também explora uma nova função de *garantidora da ordem pública*¹⁸².

Sendo esta, no entanto, a face de maior desenvolvimento progressivo que a matéria apresenta, a Comissão de Direito Internacional encontrou algumas dificuldades na codificação deste regime diferenciado em seu Projeto de Artigos – o que será discutido adiante.

5.2.2.1 Dificuldades conceituais na adoção do regime agravado no projeto de artigos da CDI

Em consonância com o referido desenvolvimento valorativo do Direito Internacional geral e atendendo a uma antiga demanda dos países do bloco socialista, que desde 1960 criticavam o Projeto de Artigos por não abranger as regras de responsabilização em caso de violação de princípios fundamentais do Direito Internacional¹⁸³, a CDI estabeleceu um Sub-comitê para analisar a questão. O Sub-comitê, em seu relatório de 1961, recomendou que a CDI desse prioridade à definição das regras gerais de responsabilidade internacional do Estado, conferindo especial atenção às possíveis repercussões que os novos desenvolvimentos no Direito Internacional poderiam ter sobre o regime da responsabilidade. Além disso, apontou para uma possível distinção entre atos ilícitos internacionais implicando meramente o dever de reparação e outros que envolveriam a aplicação de sanções¹⁸⁴.

Foi então sob a liderança de Roberto Ago como Relator Especial, que os debates da CDI enfatizaram a questão da diferenciação entre os ilícitos, tendo Ago defendido que uma distinção fosse feita entre as categorias de atos ilícitos observando-se o tipo de obrigação

¹⁸² Cf. In SPINEDI, Marina. From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the codification of the law of treaties and the law of state responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, 13, 5; ABI/INFORM Global, p. 1099, Nov 2002.

¹⁸³ Cf. os apontamentos das delegações da URSS (UN. DOC. A/C.6/SR.651, paras9-10 e SR.657, para 31), Romênia (UN. DOC. A/C.6/SR.740, para 14), Hungria (UN. DOC. A/C.6/SR.654, paras 12-13), Checoslováquia (UN. DOC. A/C.6/SR.655, para 11), Ucrânia (UN. DOC. A/C.6/SR657, para 20), Bulgária (UN. DOC. A/C.6/SR658, para 33), Albânia (UN. DOC. A/C.6/SR662, para 2) e Bielorrússia (UN. DOC. A/C.6/SR662, para 13), além de outros países que aderiram à crítica: Polônia (UN. DOC. A/C.6/SR.725, para 2 e 7), Chile (UN. DOC. A/C.6/SR.737, para 22), Bolívia (UN. DOC. A/C.6/SR.746, para 23), dentre outros.

¹⁸⁴ “Report of the Sub-committee on State Responsibility”, ILC Yearbook 1961, v. 2, 228.

violada, e, especificamente, a importância da obrigação violada para a comunidade internacional.

a. Tipificação e “destipificação” penal das violações graves de normas imperativas

A primeira tentativa de se estabelecer uma classificação das obrigações primárias que dão origem à responsabilidade foi elaborada em 1976, através do projeto de artigo 19 que estabeleceu essa diferenciação. O caminho escolhido foi o da tipificação penal da violação das normas de interesse da comunidade internacional no seu conjunto, sob a expressão “crimes internacionais”, em oposição aos “delitos internacionais”, que restaram como a violação das demais regras internacionais. De acordo com o então artigo 19:

Article 19

International crimes and international delicts

1. An act of a State which constitutes a breach of an international obligation is an internationally wrongful act, regardless of the subject-matter of the obligation breached.
2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime.
3. Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, *inter alia*, from:
 - (a) a serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such as that prohibiting aggression;
 - (b) a serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the right of self-determination of peoples, such as that prohibiting the establishment or maintenance by force of colonial domination;
 - (c) a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid;
 - (d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.
4. Any internationally wrongful act which is not an international crime in accordance with paragraph 2 constitutes an international delict.

Apesar de ter sido adotado por unanimidade na CDI, o artigo 19 foi, desde o início, alvo de críticas severas por parte dos governos dos Estados, contrários à idéia de “crimes internacionais”¹⁸⁵, provocando intensos debates que durante os anos que se seguiram

¹⁸⁵ Ver, por exemplo, UN. DOC. A/CN.4/488, para 51 (Áustria), paras 54 e 55 (França), paras. 55 a 59 (Irlanda), paras 60 e 61 (Suíça) para 61 (Reino Unido), paras 61 a 63 (Estados Unidos), paras 137 e 138 (Alemanha), UN. DOC. A/CN.4/492 (Japão).

atravancaram o desenrolar de todo o processo de codificação da Responsabilidade Internacional do Estado¹⁸⁶.

Além disso, não havia então nenhum consenso a respeito das conseqüências materiais decorrentes da distinção entre as categorias de atos ilícitos¹⁸⁷. Somente em 1996, tendo Arangio-Ruiz como relator especial, após acaloradas discussões, uma formulação bastante tímida sobre a conseqüência material da distinção entre a responsabilidade por um crime internacional e a responsabilidade por um delito internacional foi aprovada. O Projeto de artigos, em primeira leitura, definiu que o Estado responsável pelo cometimento de um crime internacional sofreria as seguintes conseqüências:

CHAPTER IV
INTERNATIONAL CRIMES

Article 51

Consequences of an international crime

An international crime entails all the legal consequences of any other internationally wrongful act and, in addition, such further consequences as are set out in articles 52 and 53.

Article 52

Specific consequences

Where an internationally wrongful act of a State is an international crime:

- (a) an injured State's entitlement to obtain restitution in kind is not subject to the limitations set out in subparagraphs (c) and (d) of article 43¹⁸⁸;

¹⁸⁶ Para uma defesa de peso da utilização do conceito de “crimes de Estado”, citamos Cançado Trindade, para quem: “While the expression “crime of State” may seem objectionable to many international jurists (especially those petrified by the specter of State sovereignty) because it suggests an inadequate analogy with juridical categories of domestic criminal law, this does not mean that crimes of State do not exist. (...) Even if another name is sought for them, the existence of crimes of State does not cease for that reason. Crimes of State are much more than a possibility; they are a reality. As long as attempts to evade the issue continue, contemporary international juridical doctrine will continue to succumb to the specter of State sovereignty, and it will continue to hold back the evolution of the law of nations in our days. As long as its existence continues to be denied, the human person, the ultimate one entitled to its inherent rights, and prior and superior to the State, will be denied protection and exercise of said rights, first of all the right to justice; the human person will also be denied reparations for abridgments of those rights. As long as its existence continues to be denied, the State – hostage to a deformed structure of repression and impunity- will be deprived of its principal aim, the realization of the common weal. As long as its existence continues to be denied, in the midst of an empty semantic *imbroglio* (which distracts attention from the central issue, which is the need to ensure that justice prevails), the Law itself will be deprived of its ultimate aim, which is precisely the realization of justice. As long as attempts to avoid the issue continue, treatment of the central chapter of the law of international responsibility of the State will continue to be unconvincing, in addition to being conceptually incomplete and juridically inconsistent. With this, the construction and consolidation of the true Rule of Law will regrettably be postponed, and in the framework of the latter, that of the true *right to the Law*, that is, the right to a legal order that effectively safeguards the fundamental rights of the human person.” Voto em apartado do juiz A.A. Cançado Trindade, CorteIDH. Caso Myrna Mack Chang. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, para 53 e ss.

¹⁸⁷ CRAWFORD, James. International crimes of States. In: CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. *Oxford commentaries on international law: the law of international responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 408.

¹⁸⁸ Quais sejam: “Article 43 - Restitution in kind : The injured State is entitled to obtain from the State which has committed an internationally wrongful act restitution in kind, that is, the re-establishment of the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution in kind: (...) (c) would not involve a burden out of all proportion to the benefit which the injured State would gain from

(b) an injured State's entitlement to obtain satisfaction is not subject to the restriction in paragraph 3 of article 45¹⁸⁹.

Ainda, o artigo 53 estabelecia obrigações específicas direcionadas a todos os Estados frente ao cometimento de um crime internacional:

Article 53

Obligations for all States

An international crime committed by a State entails an obligation for every other State:

- (a) not to recognize as lawful the situation created by the crime;
- (b) not to render aid or assistance to the State which has committed the crime in maintaining the situation so created;
- (c) to cooperate with other States in carrying out the obligations under subparagraphs (a) and (b); and
- (d) to cooperate with other States in the application of measures designed to eliminate the consequences of the crime.”

Chamava a atenção a discrepância existente entre a gravidade de um crime internacional, tal como expresso no artigo 19 de 1976, e as limitadas conseqüências expressas nos artigos 52 e 53, que sequer estabeleciam garantias processuais¹⁹⁰, enquanto, no que se referiam aos delitos internacionais, foram estabelecidas robustas garantias processuais, inclusive associadas ao recurso às contramedidas¹⁹¹.

Restou claro que a sociedade internacional ainda não estava preparada pra aceitar a idéia de imputar a um Estado o cometimento de um crime, tendo alguns governos (França, Japão, EUA, Inglaterra) defendido a retirada por completo do conceito do Projeto de Artigos, alegando que a diferença na gravidade de violações de obrigações internacionais seria meramente de grau e não de tipo¹⁹² e que o mais apropriado seria apenas incluir no Projeto uma cláusula estabelecendo que o Projeto de Artigos seria aprovado sem prejuízo do possível desenvolvimento de formas específicas de responsabilização por graves violações do Direito Internacional.

Percebeu-se claramente que o conceito de “crime internacional”, nas palavras de Crawford, tratava-se então de uma

obtaining restitution in kind instead of compensation; or (d) would not seriously jeopardize the political independence or economic stability of the State which has committed the internationally wrongful act, whereas the injured State would not be similarly affected if it did not obtain restitution in kind.”

¹⁸⁹ “Article 45 – Satisfaction: (...) 3. The right of the injured State to obtain satisfaction does not justify demands which would impair the dignity of the State which has committed the internationally wrongful act.”

¹⁹⁰ CRAWFORD, James. International crimes of States. In: CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. *Oxford commentaries on international law: the law of international responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 408-409.

¹⁹¹ Ver Parte II e III do Projeto de Artigos de 1996.

¹⁹² UN. DOC. A/CN.4/515 e Add.1 e 2 (2001).

powerful idea, imperfectly formulated in Article 19, that some questions of state responsibility concern the international community of states as a whole, an idea which has certainly been controversial, has been widely approved, but at the same time has rarely been applied and in the form proposed in the Draft Articles is hardly capable of application¹⁹³.

Os governos opositores à diferenciação entre crimes e delitos internacionais denunciavam o desvirtuamento da função primordialmente codificadora (e não de desenvolvimento progressivo) que se esperaria de um Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional, bem como a infiltração da noção de crime internacional do Estado por uma filosofia penalista, que, no entender dos Estados, era manifestamente inadequada à estrutura da sociedade internacional contemporânea¹⁹⁴.

Apesar da fundamentação apresentada pela Comissão de Direito Internacional, em 1976, para a utilização da expressão “crime internacional”, que alegava ter esta se tornado de uso freqüente¹⁹⁵, iniciado pela Liga das Nações e logo seguido pela ONU em alguns instrumentos fundamentais como a “Declaração sobre os princípios de Direito Internacional relativos às relações de amizade e cooperação entre os Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas”, Resolução 2625 (XXV) da AGNU de 24 de outubro de 1970, a “Definição de Agressão”, Resolução 3314(XXIX) da AGNU de 03 de dezembro de 1973, e a “Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio” (AGNU, 1948) e a “Convenção Internacional da Punição e Supressão ao crime do Apartheid” (AGNU, 1973), a própria CDI, em 2001, já sob o comando de James Crawford como Relator Especial, necessitou buscar uma formulação com maior aceitação¹⁹⁶. Para o Relator, apesar da motivação por trás da adoção de tal expressão por Ago ter sido a de qualificar de uma forma

¹⁹³ CRAWFORD, James. Revising the draft articles on state responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v.10, n. 2, p. 436, 1999.

¹⁹⁴ Criticando esse entendimento dos Estados de que são imunes à responsabilização penal, diz DUPUY: “whether or not the delegates to the Sixth Committee are readers of Dostoyevsky, the fact remains that crime spontaneously calls for punishment, that is, the specifically criminal responsibility of the culprit. But as most notably an oversight by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) in the Blaskic case was to illustrate, states regard it as a prerequisite of sovereignty to be able themselves to escape all pursuit of a criminal nature. The contemporary rise of criminal justice is, moreover, reinforcing instead of weakening this unique feature of sovereignty; for it reserves responsibility for crime to the individual, most often at the cost of a destatalization of the action, which is nonetheless carried out on behalf of the state as its agent. Milosevic was Yugoslavia, but it is not by judging him that the state’s responsibility is prosecuted.” DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002, p.1060.

¹⁹⁵ Ver ILC Yearbook de 1976, v. 2, 2ª. Parte, p. 117.

¹⁹⁶ A despeito das críticas de grande parte da doutrina, James Crawford apresenta justificativas para essa “descriminalização” das ações do Estado, em: CRAWFORD, James. First report on State Responsibility. UN. DOC. A/CN.4/490/Addendum. 3, 1998. p. 7, paras. 90 e ss.

mais expressiva as violações de extrema gravidade de normas e princípios vitais do ordenamento jurídico internacional contemporâneo, a linguagem de “crime de Estado” traz uma inovação perversa: implicaria um regime de responsabilidade penal do Estado que o Direito Internacional ainda não desenvolveu e instituições internacionais à semelhança de um “Ministério Público” ainda incompatíveis com a sociedade internacional contemporânea - por isso, tal linguagem seria desnecessária¹⁹⁷.

Em 2000, o Relator Especial propôs e a Comissão aceitou que o conceito de “crime internacional de Estado” fosse retirado, mas que algumas conseqüências especiais seriam estabelecidas como aplicáveis às *graves violações de obrigações de interesse da comunidade internacional no seu conjunto*. Deste modo, mesmo removendo o aspecto criminal, o texto final ainda reteria o sistema dual da responsabilidade de acordo com a natureza da obrigação primária violada.

Ainda que a criminalização de algumas condutas do Estado pudesse representar um passo à frente na proteção de valores inderrogáveis, fato é que a tentativa não foi acolhida pela sociedade internacional, e, durante anos, acabou colocando-se como o maior obstáculo para o processo de codificação da Responsabilidade Internacional do Estado. A alternativa adotada pela CDI tentou equilibrar as demandas sociais e, ao fim, teve que suavizar na forma para conseguir manter a ruptura com a indiferença axiológico-normativa do modelo bilateralista de responsabilidade, acolhendo a superioridade dos interesses e valores comuns e privilegiando a responsabilidade como garantidora da ordem pública.

Se são regras “penais”, “civis” ou “verdadeiramente internacionais” não nos parece a questão central¹⁹⁸, e sim se a contemplação de um tipo diferente de normas estabelece também

¹⁹⁷ De acordo com o Crawford: “*Otherwise the language of ‘crime’ degenerates into name-calling, and will tend only to accentuate the power of the powerful, and specially of the Permanent Members of the Security Council, acting as such or in their considerable individual capacities. To put it at the level of technique, a general code of obligations does not need to embody the penal consequences of criminal acts, and if the term ‘criminal’ is being used in some mysterious new sense, divorced from adequate procedures for the determination of criminal responsibility, why use the term at all?*” Ver in. CRAWFORD, James. Revising the draft articles on state responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v.10, n. 2, p.443, 1999.

¹⁹⁸ Neste sentido, destacamos o comentário da República Tcheca: “That notwithstanding, when the distinction between the two categories of internationally wrongful acts – delicts and crimes – is discussed, the issue of the use of the current terms (“delicts” and “crimes”) must be separated from the substantive issue: whether there are two categories of wrongful acts, which – regardless of the terms used to designate them – fall under two qualitatively different regimes. The terms currently used in the text, however, raise the issue of how appropriate they are. Debating terminological issues diverts attention from substantive issues and takes up a great deal of time that could be put to better use. In view of the constant disagreements caused by the use of the terms “crimes” and “delicts” (in some legal systems, the latter term has an exclusively penal connotation), during its second reading the Commission should consider either adopting more neutral terms (for example, an exceptionally serious “internationally wrongful act” instead of a “crime”) or avoiding any specific terms when referring to two different types of wrongful acts and making the distinction by other means – for example, by more effectively breaking up the text into different sections dealing separately with the consequences of

um regime agravado de conseqüências por sua violação, tanto em relação às obrigações quanto aos direitos decorrentes da violação. Vale lembrar que, como o próprio Roberto Ago havia dito, “estamos interessados não tanto em determinar se a responsabilidade gera ou não gera responsabilidade internacional criminal quanto em determinar se essa responsabilidade é ou não é diferente daquela decorrente da violação de outras obrigações do Estado”¹⁹⁹.

Portanto, mais importante do que a tipificação penal da violação grave de obrigações de interesse da comunidade internacional no seu conjunto, é a determinação do conteúdo das obrigações secundárias geradas a partir da violação de tais normas, que deve ser agravado e não se restringir ao cunho exclusivamente patrimonial e civilista das demais obrigações internacionais de interesse meramente bilateral.

Deter-nos-emos na análise deste conteúdo propriamente dito em capítulo devotado ao tema - antes, porém, nos deteremos aqui em breve análise sobre os termos utilizados no Projeto de Artigos em substituição à expressão “crime internacional”.

b. O projeto adotado em 2001: entre “graves violações de obrigações internacionais decorrentes de normas imperativas de direito internacional em geral” e “obrigações devidas à comunidade internacional como um todo”

A idéia de interesses da comunidade internacional contida na expressão *crimes internacionais* foi, assim, “destipificada”²⁰⁰. A diferenciação das normas primárias em função do seu interesse para a comunidade internacional passou então a ser prevista no Projeto de Artigos, de acordo com a CDI, por meio da utilização de duas expressões distintas.

Faz-se referência à expressão “serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law” - “graves violações de obrigações internacionais decorrentes de normas imperativas de Direito Internacional em geral” - principalmente nos

wrongful acts as such and wrongful acts that jeopardize the fundamental interests of the international community as a whole.”UN. DOC. A/CN.4/488, para 52.

¹⁹⁹ AGO, Roberto. Fifth report on State Responsibility. ILC Yearbook, 1976, v. 2, Part One, at 33, para. 101, n.154.

²⁰⁰ De acordo com a CDI: “Accordingly the present Articles do not recognize the existence of any distinction between State .crimes. and .delicts. for the purposes of Part One. On the other hand, it is necessary for the Articles to reflect that there are certain consequences flowing from the basic concepts of peremptory norms of general international law and obligations to the international community as a whole within the field of State responsibility.” International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 281, para (7).

artigos 40 e 41 do Projeto de Artigos adotado pela CDI em 2001 (ela também é mencionada nos artigos 26 e 50).

CHAPTER III SERIOUS BREACHES OF OBLIGATIONS UNDER PEREMPTORY NORMS OF GENERAL INTERNATIONAL LAW

Article 40

Application of this chapter

1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law.

2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.

Article 41

Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter

States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40.

(grifo nosso)

No âmbito de tais dispositivos, “graves violações de obrigações internacionais decorrentes de normas imperativas de Direito Internacional em geral” é a expressão escolhida para diferenciar as violações ordinárias de normas ordinárias das graves violações de normas de conteúdo imperativo do Direito Internacional.

A diferenciação da obrigação primária violada foi também prevista quando o Projeto da CDI, ao tratar do regime de invocação da responsabilidade internacional, estabelece um regime especial para os casos que envolvam violação a “obligations owed to the international community as a whole”. “obrigações pertencentes à comunidade internacional como um todo” - a expressão está contida nos artigos 42 e 48 do Projeto de Artigos adotado pela CDI em 2001 (bem como é mencionada nos artigos 25 e 33).

CHAPTER I INVOCATION OF THE RESPONSIBILITY OF A STATE

Article 42

Invocation of responsibility by an injured State

A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to:

- (a) That State individually; or
- (b) A group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:
 - (i) Specially affects that State; or
 - (ii) Is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.

Article 48

Invocation of responsibility by a State other than an injured State

1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if:

- (a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or
 - (b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.
- (grifo nosso)

Vale notar ainda que, no artigo 48, ao lado da referência às “obrigações pertencentes à comunidade internacional no seu conjunto” (*erga omnes*), a CDI também cuidou de dispor sobre as “obrigações pertencentes a um grupo de Estados e é estabelecida para a proteção de um interesse coletivo desse grupo” (*erga omnes partes*). Essas obrigações *erga omnes partes*, do mesmo modo como as *erga omnes*, fundam-se na promoção do interesses coletivos, extra-estatais, não sujeitas ao princípio da reciprocidade. A diferença entre elas reside somente no caráter universal ou não-universal. A análise comparativa que se segue, no que tange às “obrigações pertencentes à comunidade internacional no seu conjunto, se estende também a essas obrigações *erga omnes partes*.²⁰¹

Quanto ao uso da expressão “graves violações de obrigações internacionais decorrentes de normas imperativas de Direito Internacional em geral”, parece não haver dúvidas de que, quanto ao conteúdo, o conceito adotado em 2001 abraça a idéia de proteção a direitos superiores e indisponíveis como a idéia de “crime internacional” de 1976 fazia.

A passagem de “crime internacional” para “grave violação de obrigação internacional decorrente de norma imperativa” mantém ainda, além da natureza da norma violada (gravidade substantiva), a exigência da gravidade do *modus agendi* de quem a comete, ao prever que a violação deve ser “grave” (gravidade formal), guardando a correta equivalência dos termos. De fato, a gravidade da violação é decisiva no Projeto de 2001, assim como o era no âmbito do “crime internacional”. A CDI, no comentário oficial ao artigo 19º (da primeira parte do Projeto aprovada em primeira leitura em 1980), já afirmava:

(...) the conclusion that an international crime has been committed depends in every case on two requirements being met: (a) the obligation in one or other of the spheres mentioned must be "of essential importance" for the pursuit of the fundamental aim characterizing the sphere in question; and (b) the breach of that obligation must be a "serious" breach. It is not difficult to see the reason for this dual requirement. In each of the spheres mentioned there are obligations which are of primary importance in the pursuit of the fundamental aim in question, and others which are of only secondary importance. A breach of one of the latter can obviously not be taken as the basis for accusing a State of an international crime. Moreover, even the breach of an obligation of essential importance may not assume proportions sufficient to warrant it being characterized as a crime. This can be done only if the seriousness of the breach is established. Thus it cannot be concluded that an international crime exists unless these two conditions are met.

²⁰¹ Com essa inclusão, a CDI alcança a proteção de obrigações de interesse coletivo de um grupo de Estados parte de um sistema jurídico específico. O grande mérito aqui está em proteger, por meio da responsabilidade internacional, obrigações de conteúdo extra-estatal decorrentes de sistemas regionais ou de regimes com aspirações universais, mas do qual nem todos os países do globo participam – algo que nem a idéia de *jus cogens*, de obrigação integral ou de obrigações *erga omnes* haviam sido capazes de expressar. NETO, Adelino Arantes, *Op. Cit.*, p. 81.

Conforme Eric Wyler²⁰², uma comparação entre a noção de “crime” com a de “grave violação de norma imperativa” do ponto de vista das respectivas relações com a legalidade internacional deixa dúvidas se houve algo além de mera mudança “cosmética” na lei da responsabilidade²⁰³.

Já no que concerne a uma equivalência da expressão “obrigações pertencentes à comunidade internacional no seu conjunto”, com o conceito anterior de “crime internacional”, essa não nos parece uma comparação tão bem sucedida.

No que se refere à gravidade substantiva, temos que a comparação da natureza do direito protegido em uma e outra expressão nos leva a diferenças sutis, que no entanto não chegam a comprometer o Projeto, como será discutido a seguir.

Façamos aqui primeiramente um esclarecimento conceitual: a expressão “obrigações pertencentes à comunidade internacional como um todo” aparece na terceira parte do Projeto, que trata da implementação da responsabilidade. Nessa parte, a CDI deixa claro que recorre à classificação das obrigações internacionais utilizada no contexto da codificação do direito dos Tratados por Gerald Fitzmaurice²⁰⁴ e utiliza o termo “obrigações pertencentes à comunidade internacional como um todo” para descrever as obrigações coletivas integrais, ou seja, aquelas estabelecidas em nome de um interesse comum e que, pela sua natureza, transcendem às relações bilaterais entre os Estados, não se sujeitando ao princípio da reciprocidade.

Além disso, ao fazer uso da expressão “obrigações pertencentes à comunidade internacional como um todo”, a CDI reportou-se expressamente às obrigações *erga omnes* descritas no julgamento do caso *Barcelona Traction*²⁰⁵, destacando a declaração da Corte Internacional de Justiça que afirmou que “diante da importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico em sua proteção; elas são obrigações *erga omnes*”. A expressão “obrigações *erga omnes*”, porém, foi preterida no Projeto de artigos com a justificativa de, segundo a Comissão, conter menos informação do que a referência a “obrigações pertencentes à comunidade internacional no seu conjunto” e

²⁰² Segundo o autor, “*the murder of crime does indeed look innocent*” (pp.1159). WYLER, Eric. From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breaches of obligations under Peremptory Norms of General International Law’. *European Journal of International Law*, Florence,, v. 13, n. 5, p.1147-1160, 2002.

²⁰³ ILC Yearbook, 1976, v. 2, 2a. Parte, p. 120, para.66.

²⁰⁴ A classificação distingue entre as obrigações bilaterais, obrigações interdependentes e as integrais. Ver item 7.2.1, no capítulo sobre invocação da responsabilidade.

²⁰⁵ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2., Part Two, p. 319, art. 48, para (2).

por algumas vezes ser confundida com obrigações pertencentes a todas as partes de um tratado, sem a ênfase no interesse coletivo, que era o foco da Comissão²⁰⁶.

De todo modo, ao utilizar a idéia de obrigações *erga omnes* que a Corte Internacional de Justiça adotou no caso *Barcelona Traction*, a CDI pretendeu trazer para o bojo do Projeto de artigos a mesma valoração material que a CIJ emprestou ao conceito quando afirmou que a obrigação era *erga omnes* em função da importância dos direitos envolvidos. Diante desta concepção, portanto, as “obrigações pertencentes à comunidade internacional no seu conjunto” do Projeto não se limitam a definir os beneficiários da obrigação, mas trazem também em si um juízo sobre a natureza da obrigação violada, e nisto se aproximam do conteúdo das normas imperativas e, conseqüentemente, da proteção conferida pela idéia de “crime internacional”.

Esta aproximação, contudo, não é absoluta. De fato, as normas peremptórias traduzem, no plano “legislativo” internacional e com a generalidade e abstração próprias de quaisquer normas, a indisponibilidade objetiva dos valores fundamentais que informam a sociedade internacional contemporânea. Por seu turno, as obrigações *erga omnes* concretizam essa superioridade normativa-objetiva na posição jurídico-internacional de cada Estado e dão, assim, densidade subjetiva à ruptura com a lógica do equilíbrio sinalagmático; às obrigações *erga omnes* não corresponde a titularidade de direitos subjetivos do modelo clássico, mas sim a titularidade ampliada a todos os Estados na salvaguarda de bens jurídicos que, por interessarem indivisivelmente à comunidade internacional, são indisponíveis.

Apesar de serem estabelecidos em nome de interesses comuns, grande parte da doutrina criticou o tratamento dado pela CDI por não ser possível estabelecer uma exata correspondência entre os termos “obrigações decorrentes de normas imperativas” e “obrigações *erga omnes*”²⁰⁷. Neste sentido, Alexandre Sicilianos chama atenção para a diferença entre ambos os conceitos, afirmando que as obrigações *erga omnes* e aquelas

²⁰⁶ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 321, art. 48, para (9).

²⁰⁷ Ver ROMERO, Alicia Cebada. Los conceptos de obligación *erga omnes*, ius cogens y violación grave a la ley. Del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, número 4, 2002, disponível em: < www.reei.org > Acesso em: maio 2009 e tb RAGAZZI, Maurizio. The concept of International Obligations *erga omnes*. Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 58 e ss; SICILIANOS, Linos-Alexander. The classification of obligations and the multilateral dimension of the relations of International Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence., v. 13, n. 5, p.1137, 2002; DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, p.1074, 2002; WYLER, Eric. From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breaches of obligations under Peremptory Norms of General International Law’. *European Journal of International Law*, Florence., v. 13, n. 5, p.1156, 2002.

geradas pela violação de uma norma imperativa formam dois círculos concêntricos, o primeiro dos quais mais largo do que o segundo. Ou seja, se é certo que a uma norma imperativa corresponde sempre uma obrigação *erga omnes*, o contrário não é necessariamente verdade²⁰⁸.

Por sua vez, Dupuy aponta que com tal tratamento equivalente, fica-se sem saber se o direito de todos os Estados de invocar a responsabilidade de um Estado violador decorre apenas do fato da obrigação descumprida ser *erga omnes*, ou se a concepção da Comissão era no sentido de que a generalidade desse direito de ação pressuponha que a obrigação *erga omnes* em questão tivesse também uma natureza imperativa.

A própria Comissão, nos comentários ao Capítulo III do Projeto, expressamente estabelece que há uma diferença entre as normas peremptórias e as “obrigações pertencentes à comunidade internacional como um todo”:

Whether or not peremptory norms of general international law and obligations to the international community as a whole are aspects of a single basic idea, there is at the very least substantial overlap between them. The examples which the International Court has given of obligations towards the international community as a whole all concern obligations which, it is generally accepted, arise under peremptory norms of general international law. Likewise the examples of peremptory norms given by the Commission in its commentary to what became article 53 of the Vienna Convention involve obligations to the international community as a whole. But there is at least a difference in emphasis. While peremptory norms of general international law focus on the scope and priority to be given to a certain number of fundamental obligations, the focus of obligations to the international community as a whole is essentially on the legal interest of all States in compliance - i.e., in terms of the present Articles, in being entitled to invoke the responsibility of any State in breach²⁰⁹.

A despeito da afirmação acima, a CDI entende que se trata apenas de uma diferença de ênfase e assim optou por tratar as duas expressões como “essencialmente dois lados da mesma moeda”²¹⁰.

Esposando essa postura da CDI, a nosso ver, embora sejam diferentes, “obrigações de interesse da comunidade internacional no seu conjunto” (ou obrigações *erga omnes*) e normas peremptórias de Direito Internacional (ou *jus cogens*), são, sem dúvida, emanações da mesma relevância jurídica dos interesses fundamentais da comunidade internacional²¹¹. Tomuschat

²⁰⁸ SICILIANOS, Linos-Alexander. *Op. Cit.* p.1137.

²⁰⁹ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 281, para (7).

²¹⁰ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v.2, Part Two, p. 281, para (7).

²¹¹ Defendendo este entendimento, citamos Kadelbach: “The distinction between *jus cogens* and *erga omnes* obligations, to begin with the most important norms, is not as clear-cut as it appears. The Barcelona Traction

chega mesmo a afirmar a inutilidade das tentativas de se diferenciar as duas categorias: para o autor, é mais importante notar que a comunidade internacional, hoje, inegavelmente aceita a existência de uma classe de preceitos legais que são hierarquicamente superiores às regras “ordinárias” do Direito Internacional; preceitos que não podem ser colocados de lado ou derogados, seja pela vontade soberana de um ou mais Estados, uma vez que a comunidade internacional no seu conjunto consagra a superioridade dos valores encapsulados em tais preceitos²¹². Estaria, portanto, até aí bem substituído o conceito de “crime internacional” pelas expressões mencionadas.

Situação mais crítica é verificada, contudo, na análise da gravidade formal do ato ilícito. O requisito da gravidade do ato aparece apenas nos artigos 40 e 41 (que fazem menção às normas peremptórias) do Projeto de Artigos; já nos artigos 48 e 54, com a menção apenas à obrigação *erga omnes*, a exigência de que a violação seja “grave” fica fora de perspectiva²¹³.

Como será visto adiante²¹⁴, os artigos 48 e 54 referem-se a regras de implementação da responsabilidade, regulando, respectivamente, o regime de invocação da responsabilidade por interesse coletivo e o recurso a contramedidas de interesse coletivo. Uma interpretação textual dos referidos artigos poderia levar à conclusão de que qualquer Estado é legitimado a invocar a responsabilidade baseado em uma ocorrência única de violação de obrigação *erga omnes* e implementar todas as conseqüências relacionadas, incluindo a adoção de “medidas legais”²¹⁵ contra o Estado responsabilizado. Essa seria uma permissão completamente inovadora, sem correspondência com a prática dos Estados e, sequer, com as intenções da própria CDI, vez que tanto o debate sobre a proteção de interesses coletivos quanto a prática

case which expressly refers to *erga omnes* obligations is often also cited as a reference for *jus cogens*. The equation of both seems to be justified by the observation that the primary rules which belong to *jus cogens* and *erga omnes* norms are basically the same. The examples usually given for both are the prohibition against aggressive war, genocide, crimes against humanity and war crimes, the core elements of humanitarian law and of the human rights conventions, the right of people to self-determination and the protection of the environment from severe and lasting degradation.” Cf. KADELBACH, Stefan. The Identification of Fundamental Norms. In: TOMUSCHAT, C. and THOUVENIN, J-M. (eds.) *The Fundamental Rules of International Legal Order – Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p.21-40.

²¹² TOMUSCHAT, Christian. Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes: Concluding Observations. In: TOMUSCHAT, C.; THOUVENIN, J-M. (eds.). *The Fundamental Rules of International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p.425.

²¹³ DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p.1074, 2002.

²¹⁴ Capítulo 7, sobre legitimidade para invocação da responsabilidade, e 8, sobre conseqüências da responsabilização.

²¹⁵ Discute-se se entre elas estaria a possibilidade do recurso às contramedidas.

relevante dos Estados sempre foram adstritas aos casos de “graves” ou “sistemáticas” violações de obrigações peremptórias ou *erga omnes*. Pelo que se tem conhecimento, de fato, ninguém jamais sustentou que uma violação menor de uma obrigação *erga omnes* pudesse justificar o recurso a uma contramedida por qualquer Estado da comunidade internacional²¹⁶. A noção de “crime internacional” certamente não o sustentava.

Conforme defende Siciliano, essas incongruências poderiam ter sido evitadas com duas modificações no texto do Projeto: a primeira seria fazer menção apenas à categoria de “obrigações pertencentes à comunidade internacional como um todo”, ao invés do sistema dual que utiliza também o termo “normas peremptórias”, equiparando equivocadamente as expressões; a segunda seria adicionar o elemento da gravidade da violação a tais obrigações de interesse coletivo (*erga omnes e erga omnes partes*)²¹⁷.

De todo modo, o modelo adotado foi a forma encontrada, em um ténue equilíbrio, para que, no bojo do Projeto de Artigos, pudesse ser afirmada, ao lado de uma legalidade comum, de dimensão bilateral, uma legalidade superior, que em sua natureza não era apenas multilateral, mas também universal²¹⁸. Apesar das ambigüidades presentes, temos que a classificação das obrigações elaborada pela CDI na versão final de 2001 torna muito mais compreensível o regime de responsabilização e de invocação da responsabilidade por interesse coletivo. Além disso, sem que se abandonasse a idéia de diferenciação entre a violação “ordinária” (de normas de conteúdo privado) e a violação “grave” (de normas de conteúdo superior), a descriminalização da responsabilidade internacional mostrou-se um fator fundamental para a maior aceitação do Projeto de código pela sociedade internacional, contribuindo para o sucesso do trabalho como orientador das condutas dos Estados.

²¹⁶ SICILIANOS, Linos-Alexander. *Op. Cit.* p.1140.

²¹⁷ SICILIANOS, Linos-Alexander. *Idem.* p.1141.

²¹⁸ DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p. 1057, 2002.

6 EXCLUDENTES DE ILICITUDE E ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

Na sistemática do Projeto de Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito da CDI, a princípio, todo ato imputável a um Estado (elemento subjetivo) que seja contrário a uma obrigação internacional assumida por esse Estado (elemento objetivo) gera a sua responsabilização (artigos 1º e 2º do Projeto). No entanto, a doutrina e a prática internacionais têm geralmente admitido que, em certos casos, devido a circunstâncias especiais, a responsabilidade internacional do Estado desaparece²¹⁹, mesmo estando presentes os elementos ato ilícito e nexos causal. No processo de codificação do regime da responsabilidade internacional do Estado pela CDI, a questão acerca dessas circunstâncias especiais esteve sempre presente²²⁰, sendo objeto de intenso debate, tanto no que tange ao seu conteúdo quanto aos seus efeitos.

Para a compreensão dos limites e possibilidades do regime de responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito do Projeto de Artigos da CDI, objeto desta pesquisa, o tema das excludentes de ilicitude nos interessa sobretudo na relação que estabelece diante de obrigações decorrentes de normas imperativas. Antes de enfrentar essa relação de modo específico, apresentamos um sucinto panorama sobre as circunstâncias excludentes de ilicitude no Projeto de Artigos da CDI.

6.1 Excludentes de ilicitude no Projeto de Artigos

No que se refere ao conteúdo dessas circunstâncias, ao abordar a questão no Projeto de Artigos, o relator especial Roberto Ago inspirou-se na lista de seis circunstâncias elencadas por Gerald Fitzmaurice no contexto da codificação do direito dos Tratados²²¹: consentimento, contramedidas, força maior e caso fortuito, estado de perigo (distress), estado de necessidade e legítima-defesa, que desta forma constaram no Projeto provisoriamente adotado pela Comissão em primeira leitura, em 1996. Na versão finalmente adotada pela CDI em 2001, poucas alterações foram feitas em relação a esse conteúdo pelo então relator James Crawford.

²¹⁹ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento; CASELLA, P. Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 17. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 362.

²²⁰ SZUREK, Sandra. The notion of circumstances precluding wrongfulness. In: CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. *Oxford commentaries on International Law: the law of international responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010. p 427.

²²¹ FITZMAURICE, Gerald. Fourth Report on the Law of Treaties, ILC Yearbook 1959, v. 2, p.44-46.

Com destaque para a exclusão do caso fortuito, que não mais foi listado no artigo devotado à força maior, o capítulo V da primeira Parte do Projeto, artigos de 20 a 25, especifica as condições para invocação, como excludentes da ilicitude do ato, as seguintes circunstâncias:

a) consentimento (art. 20):

Article 20

Consent

Valid consent by a State to the commission of a given act by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the former State to the extent that the act remains within the limits of that consent.

b) legítima-defesa (art. 21):

Article 21

Self-defence

The wrongfulness of an act of a State is precluded if the act constitutes a lawful measure of self-defence taken in conformity with the Charter of the United Nations.

c) contramedidas (art. 22):

Article 22

Countermeasures in respect of an internationally wrongful act

The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with chapter II of Part Three.

d) força maior (art. 23):

Article 23

Force majeure

1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the act is due to force majeure, that is the occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation.

2. Paragraph 1 does not apply if:

(a) The situation of force majeure is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or

(b) The State has assumed the risk of that situation occurring.

e) estado de perigo (art.24):

Article 24

Distress

1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the author of the act in question has no other reasonable way, in a situation of distress, of saving the author's life or the lives of other persons entrusted to the author's care.

2. Paragraph 1 does not apply if:

(a) The situation of distress is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or

(b) The act in question is likely to create a comparable or greater peril.

f) estado de necessidade (art. 25):

Article 25

Necessity

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and

- (b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.
- 2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:
 - (a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
 - (b) The State has contributed to the situation of necessity.

Há grande divergência na doutrina quanto aos efeitos de tais circunstâncias – se excluem a ilicitude do ato ou a responsabilidade do Estado. Em que pese a expressão “excludentes da responsabilidade” ser mais consagrada na doutrina internacional²²², a CDI optou por utilizar “circunstâncias que excluem a ilicitude”, acompanhando o entendimento de Roberto Ago de que seria equivocado falar em “excludentes de responsabilidade”, porque essa expressão significa que o ilícito existe, apenas não se imputa a responsabilidade. Para Celso Mello, no entanto, nenhuma das duas expressões dá conta, isoladamente, da matéria, considerando-se que há circunstâncias que realmente retiram a ilicitude do ato e não apenas a responsabilidade e casos em que a ilicitude permanece, mas a responsabilidade é afastada²²³. A identificação de quais circunstâncias excluiriam a ilicitude e quais apenas a responsabilidade, contudo, também não é livre de controvérsias. Para Dupuy, há que se diferenciar entre (i) as hipóteses em que a conduta do Estado é livre e voluntária e (ii) as hipóteses em que o ilícito ocorre independentemente da vontade do Estado infrator e que, portanto, tornam impossível o cumprimento da obrigação. Nos casos da segunda categoria, a obrigação deixaria de ser oponível ao Estado, havendo, assim, uma excludente de *ilicitude* que eliminaria desde o início a possibilidade de responsabilização do Estado. Nas hipóteses de ação voluntária do Estado, o ilícito seria constituído, mas não engendraria a responsabilização, posto que o ilícito seria, em certas condições, justificável. O autor classifica o consentimento, as contramedidas e a legítima defesa como atos que dependem da vontade do Estado, não excluindo, portanto a ilicitude, mas somente a responsabilidade; já a Força maior, o Estado de necessidade e o Estado de perigo independeriam da vontade do Estado, sendo, portanto, excludentes de ilicitude²²⁴. Neto, contudo, aponta divergências

²²² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. São Paulo:Renovar, 2000. p.527.

²²³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 12. ed. São Paulo: Renovar, 2000. p.527.

²²⁴ DUPUY, P.M. Le fait générateur de la Responsabilité internationale des Etats, *Récueil des Cours de l'Académie de La Haye* (RCADI), 1984, t. V, p.39 e ss.

doutrinárias sobre quais circunstâncias dependem ou independem da vontade do Estado²²⁵. Crawford e Bodeau, no relatório de desenvolvimento da segunda leitura do Projeto de Artigos, em classificação diametralmente oposta a de Dupuy, sugerem a classificação do consentimento, da legítima-defesa e [“possivelmente”] das contramedidas como excludentes de ilicitude, enquanto a força maior, o estado de perigo e o estado de necessidade não retirariam o ilícito do ato, mas o justificariam, afastando a responsabilidade. No entanto, cientes da dificuldade de consenso relativo à matéria, afirmaram:

Such a clear-cut distinction, with the consequences it would necessarily entail, is not however supported by State practice, and it seems too categorical to serve a useful purpose in the context of the Draft articles²²⁶.

Diante disto, a expressão “excludentes de ilicitude”, foi adotada pela CDI, de forma ampla, como dito, seguindo a teoria desenvolvida por Ago. A opção pela expressão “excludentes de ilicitude” foi defendida pelo relator especial italiano como a abordagem mais coerente com o regime de responsabilidade fixado no Projeto de Artigos. Considerando-se que o artigo 1 do Projeto estabelece que todo fato internacionalmente ilícito gera a responsabilidade internacional do Estado, enquanto o artigo 2 prevê que a responsabilidade deriva da possibilidade de se atribuir a violação de uma obrigação internacional a um Estado; nesta sistemática, nada pode absolver um Estado de sua responsabilidade quando a violação de uma obrigação internacional lhe é atribuída. A *contrario sensu*, a ausência de responsabilidade não pode derivar senão de duas causas: a impossibilidade de se atribuir a violação a um sujeito (Estado); ou a ausência de um ilícito internacional. É neste último aspecto que as circunstâncias excludentes de ilicitude operam: não há violação quando a falha em cumprir uma obrigação internacional é devida a uma circunstância que exclui a ilicitude do fato²²⁷. De fato, caso se entendesse que as circunstâncias especiais afastam somente a responsabilidade, sem afastar a ilicitude do fato, teríamos que alterar a redação do artigo 1 para “todo fato internacionalmente ilícito gera responsabilidade internacional do Estado, salvo se...”, fazendo referência a tais circunstâncias.

²²⁵ O autor cita Jean Salmon, para quem a conduta é voluntária nos casos de estado de necessidade, estado de perigo e das contramedidas, e involuntária nos casos de consentimento e força maior; Denis Alland, que agrupa entre os atos voluntários o consentimento e as contramedidas e entre os involuntários a legítima defesa, a força maior, o estado de perigo e o de necessidade. Ver NETO, Adelino Arantes. *Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e na OMC*. 2.ed., Curitiba:Juruá: 2008. p. 98, nr. 232.

²²⁶ CRAWFORD, James e BODEAU, Pierre. Second Reading of the ILC Draft Articles on State Responsibility: Further Progress., ILC, 51st session, 1999.

²²⁷ SZUREK, Sandra. The notion of circumstances precluding wrongfulness. In: CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. *Oxford commentaries on International Law: the law of international responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010. p 434.

Em função da *ratio* exposta, e apesar dos entendimentos dissonantes²²⁸, foi dado um tratamento único às circunstâncias especiais que afastam a responsabilidade, nomeando-as todas como excludentes de ilicitude no Projeto de Artigos sobre responsabilidade internacional.

Importante ainda destacar o entendimento da CDI de que um aspecto essencial de tais circunstâncias excludentes de ilicitude é tornar apenas *temporariamente* sem efeito a obrigação internacional. A obrigação é suspensa sob o efeito de uma circunstância especial, mas deve ser retomada tão-logo cesse o obstáculo ao seu cumprimento. Neste sentido, afirmou a Comissão:

They do not annul or terminate the obligation; rather they provide a justification or excuse for non-performance while the circumstance in question subsists²²⁹.

Esse entendimento foi enfatizado pela Corte Internacional de Justiça no caso Projeto *Gabčíkovo-Nagymaros*. A Hungria tentou argumentar que a ilicitude de sua conduta em descumprimento das obrigações assumidas no Tratado relativo à construção e funcionamento do sistema de barragens de *Gabčíkovo-Nagymaros*, assinado em 1977, teria sido excluída por *necessidade*. Tratando de tal argumento, a Corte estabeleceu uma diferença entre os efeitos de uma circunstância excludente e a cessação da obrigação em si:

The state of necessity claimed by Hungary - supposing it to have been established - thus could not permit of the conclusion that ... it had acted in accordance with its obligations under the 1977 Treaty or that those obligations had ceased to be binding upon it. It would only permit the affirmation that, under the circumstances, Hungary would not incur international responsibility by acting as it did.

(...)

Even if a state of necessity is found to exist, it is not a ground for the termination of a treaty. It may only be invoked to exonerate from its responsibility a State which has failed to implement a treaty. Even if found justified, it does not terminate a treaty; the Treaty may be ineffective as long as the condition of necessity continues to exist; it may in fact be dormant, but - unless the parties by mutual agreement terminate the treaty - it continues to exist. As soon as the state of necessity ceases to exist, the duty to comply with treaty obligations revives²³⁰.

²²⁸ Dentre os quais, vale ressaltar o próprio relator especial Crawford, que expressou dúvidas acerca da validade da classificação monolítica das circunstâncias excludentes de ilicitude, uma vez que as circunstâncias previstas no capítulo V do Projeto não podem ser todas niveladas, pois não se aplicam da mesma forma e na mesma extensão. Ver em CRAWFORD, J. Second Report on State Responsibility, 1999, UN. DOC. A/CN.4/498, para 228.

²²⁹ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 169, para (2).

²³⁰ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 39, para. 48. e p. 63, para. 101.

6.2 Inaplicabilidade das excludentes de ilicitude de ato contrário ao *jus cogens*

Ao enumerar as excludentes de ilicitude no Projeto de Artigos, a CDI, como já afirmado, apenas fixou um reconhecimento já sedimentado na prática internacional dos Estados. No entanto, em consonância com o tom progressivo que se quis dar ao regime da responsabilidade internacional, tendo em conta especificamente o reconhecimento de uma categoria de normas de Direito Internacional de valor hierárquico superior, a proteção da ordem pública não foi esquecida quando do tratamento da questão das excludentes de ilicitude.

Assim, limitando a aplicação dos referidos artigos 20 a 25 do Projeto, a CDI estabeleceu, no artigo 26 do Projeto, o princípio da inaplicabilidade das circunstâncias excludentes de ilicitude quando o ato praticado viola uma norma de *jus cogens*:

Article 26

Compliance with peremptory norms

Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.

Em seus comentários, a Comissão deixou claro o propósito do princípio explicitado no artigo 26:

It is however desirable to make it clear that the circumstances precluding wrongfulness in chapter V of Part One do not authorize or excuse any derogation from a peremptory norm of general international law²³¹.

Face tal assertiva, um Estado que, por exemplo, adote contramedidas em relação a outro, não pode violar normas cogentes: um genocídio não pode justificar ou excluir a ilicitude de um “contra-genocídio”²³². Do mesmo modo, contrariaria a lógica de proteção das obrigações de interesse da comunidade internacional no seu conjunto a possibilidade de um Estado, pela via estritamente bilateral do consentimento, dispensar outro Estado de cumprir uma norma de *jus cogens*. Neste sentido, conclui-se que a afirmação do princípio da

²³¹ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 207, para (4).

²³² Tal qual a CIJ pontuou em sua decisão no caso acerca da Aplicação da Convenção para prevenção e repressão do crime de Genocídio: “in no case could one breach of the Convention serve as an excuse for another”. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Counter-Claims, I.C.J. Reports 1997, p. 243, at p. 258, para. 35.

inaplicabilidade de excludentes de ilicitude do ato do Estado que viola norma peremptória é mais uma faceta de desenvolvimento progressivo que a CDI conferiu ao regime da responsabilidade, vez que retira do campo das eleições estatais qualquer possibilidade, mesmo diante de fortes motivos, de violação das normas mais caras à comunidade internacional, fazendo prevalecer o interesse comunitário ao jogo bilateral.

No que tange à jurisprudência internacional sobre o assunto, referências já começam a ser feitas ao dispositivo. No âmbito dos dois documentos de compilação de decisões internacionais produzidos, pelo Secretário-Geral da ONU, a pedido da Assembleia Geral²³³, das 184 referências ao Projeto de Artigos que foram identificadas, uma se reporta ao artigo 26, em questão: em seu laudo de 2005, o tribunal arbitral constituído para o caso *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, no âmbito da ICSID, no contexto do exame do argumento de defesa da Argentina com base em estado de necessidade, fez referência incidental ao artigo 26, observando que não parecia que “a peremptory norm of international law might have been compromised [by Argentina’s conduct], a situation governed by article 26 of the articles”²³⁴.

Há de se mencionar, contudo, uma dificuldade ocasionada pela previsão de aplicar-se a limitação do artigo 26 a todo o capítulo de excludente de ilicitudes. Se nos casos, acima exemplificados, da contramedida e do consentimento, fica fácil compreender a pertinência e aplicabilidade da limitação do artigo 26, o mesmo não se pode dizer das situações em que a prática do ato ilícito não depende da vontade do Estado, como acontece de forma mais evidente nas circunstâncias de força maior, onde um fato exterior torna materialmente impossível o cumprimento da obrigação pelo Estado.

Para melhor compreender a questão, devemos analisar o caminho percorrido pela CDI para a adoção do artigo 26 do Projeto. Na versão de 1996, tal dispositivo ainda não existia, sendo, então, feitas ressalvas à inaplicabilidade da excludente de ilicitude diante de normas de *jus cogens* apenas pontualmente em dois dos seis artigos que elencavam tais circunstâncias²³⁵, especificamente os relativos ao consentimento e ao estado de necessidade, vejamos:

Article 29
Consent

²³³ UN. DOC. A/62/62 e Add.1 de 2007, em atenção à Resolução 59/35 de 02 de Dezembro 2004 e UN. DOC. A/65/76 de 2010, em atenção à Resolução 62/61 de 06 de dezembro de 2007.

²³⁴ ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Case No. ARB/01/8, award, 12 de maio de 2005, para. 325.

²³⁵ Como visto acima, as seis circunstâncias excludentes de ilicitude previstas no Projeto adotado em 2001 já estavam elencadas de forma muito semelhante na versão de 1996.

1. The consent validly given by a State to the commission by another State of a specified act not in conformity with an obligation of the latter State towards the former State precludes the wrongfulness of the act in relation to that State to the extent that the act remains within the limits of that consent.
2. Paragraph 1 does not apply if the obligation arises out of a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present articles, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character. (grifo nosso)

Article 33

State of necessity

1. A state of necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act of that State not in conformity with an international obligation of the State unless:
 - (a) the act was the only means of safeguarding an essential interest of the State against a grave and imminent peril; and
 - (b) the act did not seriously impair an essential interest of the State towards which the obligation existed.
2. In any case, a state of necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness:
 - (a) if the international obligation with which the act of the State is not in conformity arises out of a peremptory norm of general international law; or
 - (b) if the international obligation with which the act of the State is not in conformity is laid down by a treaty which, explicitly or implicitly, excludes the possibility of invoking the state of necessity with respect to that obligation; or
 - (c) if the State in question has contributed to the occurrence of the state of necessity. (grifo nosso)

Assim, a exclusão da ilicitude de atos praticados em circunstâncias de legítima defesa, contramedidas, força maior e estado de perigo não estaria limitada à não violação de normas de caráter peremptório. Ou seja, mesmo que o ato praticado violasse obrigações derivadas de normas de valor hierárquico superior, se houvesse uma das condições de exclusão de ilicitude que o justificasse, a responsabilidade do Estado restaria afastada.

A modificação desse entendimento mais restrito do Projeto de 1996 para a proteção alcançada com o artigo 26 da versão final iniciou-se com os trabalhos de segunda leitura do Projeto de Artigos, quando foi sugerida pelo relator especial, James Crawford, a inclusão de novas circunstâncias excludentes de ilicitude²³⁶, dentre as quais a exclusão da ilicitude de ato que viola uma obrigação internacional ordinária se esse ato é necessário para a proteção de uma norma imperativa²³⁷. Ao analisar o pleito do relator, a Comissão colocou em xeque a

²³⁶ De acordo com o relator especial James Crawford, “Although the Commission saw six circumstances originally enumerated in Chapter V as the main generally applicable ones, it evidently did not regard the list as “absolutely exhaustive”, and noted the possibility of the development of further general or specific excuses for wrongful conduct. In its view, Chapter V was ‘not to be construed as closing the door on that possibility’”. CRAWFORD, J. Second Report on State Responsibility, 1999, UN. DOC. A/CN.4/498 Add.2, para 304.

²³⁷ Um exemplo que poderia ser vislumbrado para a hipótese é de um tratado celebrado para a compra e venda de armas poderia ser descumprido pelo vendedor no caso das armas serem utilizadas para a prática de genocídio pelo Estado comprador. A violação da obrigação ordinária principal – a entrega das armas compradas – poderia

necessidade de um dispositivo para explicitar a prevalência de uma obrigação decorrente de norma imperativa em detrimento da obrigação ordinária que com aquela conflitasse, mas entendeu que seria útil uma cláusula de exclusão geral que estabelecesse a primazia das normas de *jus cogens* no âmbito das excludentes de ilicitude²³⁸. A partir desse entendimento, formulou-se o artigo 26, que acabou por substituir as cláusulas de não exclusão de ilicitude quando se tratasse de violação de norma peremptória pontualmente feitas em cada artigo – mas não em todos, como acima mencionado – dedicados às circunstâncias excludentes de ilicitude por um princípio geral de inaplicabilidade da excludente a ato que violasse normas de ordem pública internacional.

Desta feita, todo o capítulo de excludentes de ilicitude ficou sujeito ao princípio do artigo 26, recebendo, portanto, um tratamento uno, indiferente às situações onde o ato praticado pelo Estado era decorrente de sua vontade ou não. As cláusulas pontuais de inaplicabilidade da excludente de ilicitude foram generalizadas e aplicadas a todas as circunstâncias. A partir daí, de acordo com Neto,

A responsabilidade por ato internacionalmente ilícito incidente sobre *jus cogens* transforma-se em uma responsabilidade objetiva e absoluta, no sentido de que não permite a invocação de qualquer circunstância excludente de ilicitude²³⁹.

Essa generalização, por um lado, trouxe um desenvolvimento positivo, já que ampliou a proteção das normas peremptórias em circunstâncias que, no Projeto de 1996, não estavam vislumbradas, e que acabavam por permitir a violação a normas de *jus cogens* em situações onde, concretamente, o Estado ainda tinha preservada a sua liberdade de escolha²⁴⁰. Com essa opção, a CDI eleva a objetivação do ato internacionalmente ilícito a um patamar superior. Por outro lado, no entanto, como já afirmado, essa ampliação também trouxe uma dificuldade na aplicação da matéria quando diante de algumas situações especiais. Ainda que não seja pacífico o entendimento doutrinário acerca da possibilidade de participação volitiva autônoma do Estado em algumas circunstâncias – legítima defesa, estado de necessidade, estado de perigo e contramedidas -, ao menos no que concerne à circunstância de *força maior*, é certo que há uma impossibilidade material do cumprimento da obrigação pelo Estado, ainda que tal

ter sua ilicitude excluída enquanto perdurasse a necessidade de proteção à norma peremptória de proibição de genocídio.

²³⁸ Report of the Committee on State Responsibility, 1999, UN. DOC. A/CN.4/SR.2605, p.15

²³⁹ NETO, Adelino Arantes. *Op. Cit.* p. 106.

²⁴⁰ Diante do caso concreto, entendemos que mesmo em circunstâncias de estado de necessidade, legítima defesa e, sobretudo, de adoção de contramedidas, pode ser constatado que o Estado tinha opção, caso em que não se justifica uma violação a norma imperativa.

obrigação decorra de uma norma de interesse da comunidade internacional no seu conjunto. Diante de tal impossibilidade, ainda assim exigir-se o cumprimento da obrigação face à importância da norma que lhe dá causa sob pena de responder o Estado pela violação que não podia evitar parece-nos uma opção que carece de aplicabilidade, vez que, ainda que deseje cumprir a norma imperativa, o Estado não conseguirá.

Pelo exposto, concluímos que a proteção conferida às normas de interesse da comunidade internacional no seu conjunto na abordagem do tema das circunstâncias excludentes de ilicitude conferida pela CDI no Projeto de Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito não apenas acompanha o desenvolvimento progressivo dado à matéria como vai além, exigindo tal proteção quando ela é inviável. Ainda que sujeito a tal crítica, o tratamento vislumbrado teve como objetivo conferir maior substância às normas imperativas, evidenciando a crescente afirmação de um regime diferenciado de proteção da ordem pública no Direito Internacional contemporâneo.

7 OS LEGITIMADOS A INVOCAR A RESPONSABILIDADE

Para que se possa efetivamente afirmar a formação de um regime agravado de responsabilidade internacional do Estado capaz de corresponder a essa nova função de garantidor da Ordem Pública Internacional, é necessário instrumentalizar a comunidade internacional para defender seus valores mais preciosos. Para viabilizar essa proteção, portanto, é *mister* conferir a essa mesma comunidade a legitimidade ativa para acionar a engrenagem normativa da responsabilidade quando se está diante da violação de uma obrigação decorrente de norma cogente internacional.

Tal legitimidade, contudo, na lógica tradicional do sistema de Estados, não é vislumbrada. As condicionantes dessa concepção westfaliana das relações internacionais ainda se verificam e amarram os avanços na agenda comunitarista. Assim, passamos a analisar criticamente em que medida a sistemática de reconhecimento da legitimidade para invocar a responsabilidade internacional, fixada no Projeto de Artigos da CDI, se mantém refém do privatismo inicial e em que medida consegue se descolar e se desenvolver progressivamente.

7.1 O regime tradicional de invocação

Como vimos no capítulo 2, a abordagem clássica conferida ao tema da responsabilidade internacional a apresenta como sendo uma mera obrigação de *reparação do dano* causado em face de violação prévia de norma internacional. Por conseguinte, todas as relações de responsabilidade oriundas da violação de uma norma primária reduzem-se a relações particulares interestatais, entre o Estado violador e o Estado que sofreu um dano.

Nesse modelo estritamente civil, a responsabilidade era concebida como direito de reparação, apresentando assim uma importante restrição: o interesse na ação, além de subjetivo, também precisa ser *concreto*. Se não há dano, não há interesse. Logo, a legitimidade para invocar a responsabilidade internacional era definida por um cálculo simples: somente o Estado que sofreu um dano reparável (ou cujo nacional sofreu esse dano) pode invocar a responsabilidade do Estado violador.

Essa abordagem estritamente privatista/civilista e subjetiva atende bem às demandas do sistema internacional westfaliano, onde o Direito Internacional só existe pela vontade do Estado e na medida de seu consentimento. Nessa concepção, que considera os Estados

soberanos no plano internacional, a responsabilidade internacional é chamada a tutelar relações jurídicas de carácter meramente bilateral e recíproco, sem qualquer idéia de coletividade.

Vimos, no entanto, também que o paulatino reconhecimento de uma “ordem pública internacional”, a partir do reconhecimento de um conjunto de normas superiores que transcendem os interesses individuais dos Estados, colocou em xeque a noção da imprescindibilidade do dano. Percebeu-se que a violação de normas imperativas ou de obrigações *erga omnes*, além do dano material ou moral concreto provocado à vítima, afeta todos os membros da comunidade internacional. Dado o interesse da comunidade internacional no seu conjunto no cumprimento de certas normas, a mera violação de tais obrigações por si só atinge a todos, gerando o direito a qualquer Estado de invocar a responsabilidade de um Estado, ainda que não tenha sofrido dano²⁴¹.

7.2 O regime de invocação do projeto da CDI

Desde a “virada” proporcionada por esse desenvolvimento de sentido comunitário nos trabalhos da CDI, orquestrada por Roberto Ago²⁴², o problema de se identificar quais seriam os Estados legitimados a invocar a responsabilidade nesses casos de violação de normas de interesse comum, para além da legitimidade clássica da relação Estado violador-Estado vítima, tornou-se um dos temas centrais.

Ao longo dos 50 anos em que os trabalhos de codificação da responsabilidade internacional foram desenvolvidos na CDI, o tema da invocação da responsabilidade mostrou-se um dos mais difíceis, recebendo várias roupagens diferentes, conforme o tecido social de cada época e conforme cada relator especial que assumia a frente dos trabalhos. Sem nos determos nas várias formulações que foram sucessivamente, ao longo do processo de elaboração do Projeto, adotadas e abandonadas pela CDI, destacamos que a Comissão, na versão final aprovada do Projeto de Artigos, baseou-se na classificação das obrigações internacionais em função da sua natureza e dos seus beneficiários²⁴³, para chegar a um

²⁴¹ Ver capítulo 4, em especial item 4.3, acerca da discussão sobre o conceito de “dano” nos casos de responsabilidade, de acordo com a CDI.

²⁴² Ver item 5.2, para maior aprofundamento sobre o papel desempenhado por Roberto Ago como relator especial da CDI.

²⁴³ SICILIANOS, Linos-Alexander. *Op. Cit.*

esquema funcional capaz de delimitar o regime da invocação da responsabilidade internacional em conformidade com a necessidade de maior proteção a um tipo de norma.

7.2.1 Classificação das obrigações internacionais

A inspiração para a classificação das obrigações internacionais, a partir da qual foi formulada a sistemática de invocação da responsabilidade internacional do Projeto da CDI, foi a distinção feita entre obrigações bilaterais, interdependentes e integrais elaborada no bojo da codificação do direito dos tratados, cuja paternidade é consensualmente atribuída a Gerald Fitzmaurice²⁴⁴.

As *obrigações bilaterais* dão conta da grande parte das obrigações internacionais, e identificam-se por estabelecerem relações sinalagmáticas, onde a um direito de um Estado corresponde uma obrigação do outro. Essas obrigações correspondem ao modelo clássico do Direito Internacional e geram relações estritamente privadas, sem qualquer transcendência aos interesses puramente estatais de cada parte envolvida. Essas obrigações podem advir de tratados ou costumes bilaterais ou mesmo multilaterais, desde que dêem origem a *relações bilaterais*, entendidas como aquelas regidas pelo princípio da reciprocidade. Abrangem, portanto, tanto obrigações decorrentes de um costume bilateral, de um tratado bilateral, do julgamento de um caso entre dois Estados; como obrigações decorrentes de uma promessa unilateral de um Estado a vários Estados, ou de um tratado multilateral, ou mesmo de um costume internacional – desde que “bilateralizáveis”, ou seja, desde que estabeleçam “feixes

244 Então relator da CDI para a codificação do direito dos tratados. FITZMAURICE, Gerald. ILC Yearbook, 1957, v. 2, p. 54 e ss. Segundo a própria CDI: “The definition in article 42 is closely modelled on article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”. Report of the ILC, 53th session, 2001, A/56/10, Chapter V, p. 295. Esta mesma classificação tripartite é assim compreendida por DUPUY e PAUWELYN (cf, respectivamente: DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. European Journal of International Law, v. 13, n. 5, 2002, p. 1069 e ss. e PAUWELYN, Joost. A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?, *EJIL*, v. 14, n. 5, p. 907–951, 2003). No entanto, nos seus comentários ao Projeto de Código, especificamente quando discorre sobre o art. 42, (b), (ii), a CDI presta-se à confusão, afirmando tratar-se de uma obrigação integral ou interdependente”, misturando as duas categorias. A própria CDI, porém, corrige-se em uma nota de rodapé a este mesmo comentário: “The notion of integral obligations was developed by Fitzmaurice as Special Rapporteur on the Law of Treaties: see Yearbook . 1957, vol. II, p. 54. The term has sometimes given rise to confusion, being used to refer to human rights or environmental obligations which are not owed on an all or nothing basis. The term ‘interdependent obligations’ may be more appropriate.” (cf. em Report of the ILC, 53th session, 2001, A/56/10, Chapter V, p. 296 e nota-de-rodapé 706). A confusão entre as duas categorias também é criticada por Sicilianos: “It follows that the ‘interdependent’ obligations and those laid down for the purposes of protecting a collective interest, or (better) na extra-state interest, cannot be identified with each other.” SICILIANOS, Linos-Alexander. The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of The Relations of International Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 05, p.1135, 2002.

de relações bilaterais”²⁴⁵. Por exemplo, se um Estado A recebe nacionais do Estado B estabelecem-se entre eles obrigações bilaterais fundadas nas regras de relações diplomáticas e consulares do Direito Internacional geral. O descumprimento de tais obrigações pelo Estado A viola um direito subjetivo do Estado B, a quem o cumprimento da obrigação era especificamente devido nesse caso, mesmo sendo as regras de relações diplomáticas e consulares estabelecidas por um costume geral. Destacamos ainda que, em função dessa natureza bilateral da obrigação, o fato do Estado A ter descumprido as obrigações no que concerne ao Estado B não afeta as relações do Estado A para com os demais Estados (C, D, E etc) com quem, eventualmente, também tenha celebrado tratado (que poderia ter sido multilateral ou vários bilaterais) sobre regras diplomáticas e consulares.

Além das obrigações que estabelecem relações meramente “bilaterais” entre os Estados, temos obrigações que estabelecem relações de natureza “coletiva”. Estas, na classificação de Fitzmaurice em tela, subdividem-se em interdependentes e integrais.

No que tange às *obrigações interdependentes*, o cumprimento da obrigação por uma parte é uma condição necessária para o cumprimento da mesma por todos os outros Estados partes do tratado multilateral (ou membros da comunidade internacional, conforme seja a origem do direito)²⁴⁶. Por se tratar de uma obrigação coletiva, a conduta do infrator altera profundamente a posição em que os vários Estados destinatários da obrigação se encontram relativamente ao cumprimento da obrigação – por exemplo, a obrigação de suspensão de pretensões territoriais sobre a Antártida celebrada no Tratado da Antártida, assinado em Washington em 1959, somente faz sentido se todos os Estados a cumprem; no momento em que um Estado violar a obrigação, ela deixa de compelir a todos os demais²⁴⁷. Podemos acrescentar os exemplos de violação por um Estado de uma convenção de desarmamento, de acordos de desmilitarização de certas regiões ou de proibição de pesca em certas águas, ensejando a suspensão do cumprimento da obrigação por parte dos demais Estados envolvidos. Nestas obrigações, a reciprocidade atinge seu ápice, uma vez que cada parte é

²⁴⁵ Expressão utilizada pela CDI: “But although a multilateral treaty will characteristically establish a framework of rules applicable to all the States parties, in certain cases its performance in a given situation involves a relationship of a bilateral character between two parties. Multilateral treaties of this kind have often been referred to as giving rise to “bundles of bilateral relations”. Report of the ILC, 53th session, 2001, A/56/10, Chapter V, p. 298.

²⁴⁶ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 296, art. 42, para (5) e ss.

²⁴⁷ Citado em MACHADO, Jónatas, E.M. *Op. Cit.* p. 515

obrigada em relação a todas as demais e que o descumprimento de um facultada a todos os outros a suspensão da obrigação²⁴⁸.

As *obrigações integrais*, por sua vez, são aquelas que, pela importância maior do bem protegido, fundada no bem comum, independem do cumprimento de um ou de outro e continuarão a se impor a cada uma das partes ainda que ocorra uma violação por uma delas. Esclarece Sicilianos, a respeito de tal classe de obrigações²⁴⁹:

these are said to be ‘collective’ obligations, i.e. obligations binding on a group of states and established in a common interest, transcending the ‘sphere of the bilateral relations of States parties’. Such obligations might concern, for example, the environment, the security of a region (including disarmament), human rights or more generally the protection of a group or people. (...) These tend to promote extra-state interests, are not of a synallagmatic nature and fall outside the interplay of reciprocity.

A despeito de também possuírem caráter coletivo (no sentido de que a violação por um Estado afeta a todos os demais), as obrigações integrais diferem-se das interdependentes posto que não se submetem ao princípio da reciprocidade²⁵⁰. Cumpre-nos ponderar, contudo, que algumas obrigações podem apresentar maior dificuldade para serem reconhecidas como interdependentes ou integrais em abstrato, em função da dificuldade de se definir a preponderância do interesse estatal ou do interesse comum presentes no comando normativo. Um exemplo claro dessa complexidade é o caso de um tratado de desarmamento e de não proliferação de armas nucleares – diante da violação da obrigação por um Estado, o que prevalece: o interesse da comunidade internacional na não-proliferação de armas tão letais (o que, pela indisponibilidade do direito, impediria que os demais Estados também infringissem o tratado) ou o interesse de segurança e competitividade dos demais Estados (que, com base na reciprocidade, os autorizaria a igualmente desprezar o tratado)? Em situações como essa, nos parece que ficará a cargo do aplicador do direito, no momento da decisão interpretativa, avaliar o estágio de desenvolvimento do Direito Internacional para decidir o caso concreto.

Ainda, embora na classificação originária, em sede do direito dos tratados, as obrigações integrais tenham sido caracterizadas como sendo pertencentes ao mundo todo ao

²⁴⁸ DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p. 1071, 2002.

²⁴⁹ SICILIANOS, Linos-Alexander. Op. Cit. p.1135.

²⁵⁰ Sobre a reciprocidade nas obrigações integrais, afirma Dupuy: “while formal reciprocity (associated with the act) still exists, it by contrast disappears entirely from the normative part of the treaty as such.” DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p. 1071-1072, 2002.

invés de às partes de um tratado²⁵¹, no bojo do Projeto de Artigos de responsabilidade, consoante a origem da obrigação seja um tratado ou um costume internacional, a obrigação integral será, respectivamente, *erga omnes partes*²⁵² ou *erga omnes (stricto sensu)*²⁵³. Assim, a título de exemplo, o descumprimento de uma das obrigações expressas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos por parte do Peru não enseja a violação pelos demais países signatários, sendo portanto uma obrigação integral *erga omnes partes*.

7.2.2 A legitimidade do Estado lesado

De acordo com o bilateralismo típico das relações interestatais, o ato internacionalmente ilícito cometido por um Estado, tradicionalmente, faz nascer novas relações jurídicas ditas como secundárias apenas para com o “Estado lesado”. Logo, central para a invocação da responsabilidade é o conceito de “Estado lesado” (“injured State”).

De acordo com a Comissão de Direito Internacional da ONU, esse é o Estado cujo direito subjetivo foi negado ou impedido pelo ato ilícito ou que, de algum modo, tenha sido particularmente afetado por tal ato²⁵⁴. Nesta categoria, enquadra-se a maior parte dos Estados “vítimas” nos conflitos tradicionais: por exemplo, o Estado que sofreu prejuízos decorrentes da violação de uma cláusula de um tratado bilateral de comércio que havia celebrado com o Estado violador, o Estado cujo território foi alvo de atos de agressão pelo Estado infrator, o Estado que teve contra si decretado um embargo econômico injustificado etc. Esse conceito de “Estado lesado” é introduzido no artigo 42 e várias conseqüências dele decorrem em outros artigos do Capítulo Um da Terceira Parte²⁵⁵.

²⁵¹ “The Special rapporteur [Fitzmaurice] even went so far (too far?) as to add that this concerned obligations towards the whole world rather than na obligation to the parties to the treaty.” DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p. 1072, 2002.

²⁵² Projeto de Artigos: “Article 48. Invocation of responsibility by a State other than an injured State: 1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group.”

²⁵³ Projeto de Artigos: “Article 48. Invocation of responsibility by a State other than an injured State: 1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole.”

²⁵⁴ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 293, “Chapter One”.

²⁵⁵ Como será analisado no capítulo 8, em especial itens 8.1.3.1 e 8.1.3.2, sobre conseqüências da responsabilidade internacional, o Estado lesado é o único titular dos direitos de restituição, indenização e satisfação, correspondentes a deveres do Estado que incorre em responsabilidade internacional. Sob este ponto de vista, o Estado lesado é o destinatário direto da obrigação violada por um ato ilícito de outro Estado.

A Comissão de Direito Internacional, nos comentários ao Projeto de Artigos, diz que o artigo 42 define que a titularidade da implementação da responsabilidade do Estado é em primeiro lugar do “Estado lesado”²⁵⁶, e, nesse sentido, codifica o entendimento interestatal clássico, já pacificado nos costumes e jurisprudência internacionais.

No bojo do artigo 42, três casos de invocação da responsabilidade por um Estado considerado como lesado são identificados com base na referida classificação de obrigações internacionais de Gerald Fitzmaurice, e merecem aqui um olhar atento.

Article 42

Invocation of responsibility by an injured State

A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to:

- (a) That State individually; or
- (b) A group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:
 - (i) Specially affects that State; or
 - (ii) Is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed

Na primeira hipótese, o artigo 42 (a) estabelece que o “Estado lesado” é aquele que teve uma obrigação que individualmente lhe pertencia violada. O artigo identifica 1) o tipo da obrigação internacional: bilateral (ou bilateralizável)²⁵⁷; e 2) o beneficiário da obrigação: o Estado para o qual a obrigação bilateral violada representava um direito subjetivo. Portanto, a titularidade do direito de invocação da responsabilidade da violação de uma obrigação de natureza bilateral (como dissemos, forjada em um contexto bilateral ou multilateral) entre o Estado violador e o Estado “lesado”.

O segundo e o terceiro caso de possibilidade de invocação na qualidade de “Estado lesado” referem-se à violação de obrigações de natureza coletiva e estão regulados no art. 42 (b).

²⁵⁶ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 294, art. 42, para (1).

²⁵⁷ Nas palavras da Comissão: “The expression ‘individually’ indicates that in the circumstances, performance of the obligation was owed to that State. This will necessarily be true of an obligation arising under a bilateral treaty between the two States parties to it, but it will also be true in other cases, e.g. of a unilateral commitment made by one State to another. It may be the case under a rule of general international Law (...). Or it may be true under a multilateral treaty where particular performance is incumbent under the treaty as between one State party and another. (...) Such cases are to be contrasted with situations where performance of the obligation is owed generally to the parties to the treaty at the same time and is not differentiated or individualized.” Report of the ILC, 53th session, 2001, A/56/10, Part II, Chapter I, article 42, p. 297.

O art 42 (b) (i) – segunda hipótese - trata do Estado titular ou beneficiário de uma obrigação pertencente a um grupo de Estados, incluindo aquele Estado, ou à *comunidade internacional como um todo*, desde que o mesmo seja *especialmente afetado*²⁵⁸ pela conduta do Estado infrator. Trata-se aqui da obrigação coletiva integral²⁵⁹, que, violada, apresenta efeitos especialmente adversos para um Estado ou um grupo de Estados. Assim, o caso da poluição em alto-mar, em violação às obrigações do art. 194 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, ainda que seja de interesse de toda a comunidade internacional, pode impactar particularmente um ou vários Estados cujas praias podem restar poluídas por resíduos tóxicos. Esse Estado especialmente afetado poderá invocar a responsabilidade internacional na qualidade de Estado lesado, independente do reconhecimento de um eventual interesse jurídico dos demais Estados-partes da Convenção de Montego Bay em invocar, em outra qualidade, a responsabilidade do autor do ilícito²⁶⁰.

No terceiro caso previsto – art. 42 (b) (ii) -, para que o Estado seja qualificado como lesado é preciso que a obrigação seja devida a um grupo de Estados, incluindo aquele Estado, e a sua violação tenha o condão de alterar radicalmente a posição dos demais Estados destinatários da obrigação em relação ao seu futuro adimplemento. Corresponde, portanto, às obrigações coletivas interdependentes. Apesar de ser uma obrigação devida a uma coletividade, dada a especial natureza do tratado – cujo cumprimento por cada uma das partes é a própria essência do tratado – considera-se que a sua mera violação atinge um direito subjetivo dos Estados-partes, colocando todos na condição de “especialmente afetados”. Assim, cada um dos Estados é tido como afetado *per se* e individualmente intitulado a reagir a sua violação na qualidade de Estado lesado²⁶¹.

²⁵⁸ “Like article 60 (2) (b) of the Vienna Convention, subparagraph (b) (i) does not define the nature or extent of the special impact that a State must have sustained in order to be considered “injured”. This will have to be assessed on a case by case basis, having regard to the object and purpose of the primary obligation breached and the facts of each case. For a State to be considered injured it must be affected by the breach in a way which distinguishes it from the generality of other States to which the obligation is owed.” Report of the ILC, 53th session, 2001, A/56/10, Part II, Chapter I, article 42, p. 300.

²⁵⁹ A princípio, a alínea (b) (i) parece poder se referir a qualquer obrigação multilateral (integral ou não), em que o ato ilícito, apesar de repercutir em todas as partes, tenha efeitos especialmente adversos para um ou um grupo menor de Estados. No entanto, os casos de invocação por violação de obrigações de natureza bilateral ou bilateralizáveis, incluindo as que têm origem em um tratado multilateral, já estão previstas no inciso anterior, (a). Os comentários da CDI ao artigo em questão confirmam o entendimento de que o inciso (b) refere-se às obrigações coletivas.

²⁶⁰ Sobre esse exemplo do art. 194 em tela, citado pela CDI, Neto afirma que “por seu caráter extra-estatal, deve ser classificado como obrigação *erga omnes partes*.” NETO, Adelino Arantes, *Op. Cit.*, p. 149, nota-de-rodapé n. 386.

²⁶¹ Neste sentido, ver: International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 300, art. 42, para (14) e ss.

Diante das hipóteses elencadas, é de se notar que a previsão do artigo 42 até aí não apresentou à sociedade internacional grandes rupturas com o regime clássico, obtendo assim uma boa aceitação. No primeiro caso, trata do tradicional estabelecimento da legitimidade em uma relação bilateral, onde um Estado tem um direito subjetivo individual afetado²⁶². No segundo caso, tampouco há dificuldades, uma vez que é considerado como “Estado lesado” o Estado que, ainda que a obrigação não lhe pertença com exclusividade, é particularmente afetado pelo seu descumprimento, caracterizando também uma violação a seu direito subjetivo²⁶³. Também no terceiro caso, trata-se da clássica proteção a uma relação de reciprocidade que origina direitos subjetivos, ainda que aqui apareça em uma moldura multilateral.

Em resumo, temos que, partindo 1) do tipo de obrigação e 2) da posição do Estado beneficiário, o Projeto de Código delimita no artigo 42 os casos em que o ato ilícito atingirá um *direito subjetivo* do Estado. O que o artigo 42 faz, portanto, é vincular a condição de “Estado lesado” somente aos Estados que tiveram um direito subjetivo afetado. Conseqüentemente, o Projeto de Código da CDI considera que só há dano quando um direito subjetivo é violado²⁶⁴.

Assim, a previsão da legitimidade do “Estado lesado”, nos termos utilizados pela Comissão, ao vincular o direito de invocação à violação de um direito subjetivo, não quebra a condicionalidade normativa clássica das relações interestatais, marcadas pelo contratualismo refletido no foco credor-devedor das obrigações secundárias de responsabilidade e na disponibilidade²⁶⁵ no tratamento do tema.

No entanto, vale ressaltar que, em nenhuma das hipóteses, a caracterização de um Estado como “lesado” está atrelada à existência de um dano concreto (material ou moral *stricto sensu*), como ocorria no entendimento tradicional devotado ao tema que excluía o dano

²⁶² De acordo com Scobbie, “Article 42 (a) contemplates the traditional – perhaps stereotypical – bilateral delictual relationship. It identifies the state entitled to invoke the responsibility of another on the basis of the obligation allegedly breached”. SCOBIE, Iain. The Invocation of responsibility for the breach of “Obligations under peremptory norms”. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5., p.1204, 2002.

²⁶³ Sicilianos fala que tais obrigações, ainda que decorrentes de disposições multilaterais, são “bilateralizáveis”, dominadas pelo princípio da reciprocidade. SICILIANOS, Linos-Alexander. The classification of obligations and the multilateral dimension of the relations of International Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p.1133, 2002.

²⁶⁴ Remetemos aqui ao capítulo 4, em especial item 4.3, onde o conceito de dano é discutido.

²⁶⁵ Tratando-se exclusivamente de um direito subjetivo do Estado em ter determinada obrigação cumprida, esse Estado, diante da violação da obrigação internacional pode dispor do bem jurídico protegido, responsabilizando o Estado infrator ou, a seu critério, renunciando ao seu direito à reparação – hipótese que será melhor discutida no capítulo 6, devotado às circunstâncias que excluem a ilicitude.

jurídico. Logo, se a mera violação de uma obrigação internacional por si só afeta um direito subjetivo de um Estado, não importa se a violação gera apenas efeito jurídico: caracterizado está o dano e o Estado é legitimado a invocar a responsabilidade do autor do ilícito na condição de Estado lesado. Assim, por exemplo, o simples cumprimento da obrigação interdependente de não reivindicar territórios na Antártida é mais do que um *interesse* dos Estados signatários do Tratado da Antártida, representando também um *direito subjetivo* deles; o descumprimento desta obrigação por uma das partes, ainda que não gere prejuízo concreto (material ou moral) aos demais, sendo apenas um prejuízo jurídico, já é suficiente para caracterizar a lesão.

7.2.3 O “Estado que não o Estado lesado” como legitimado para a proteção do interesse coletivo

Ao reconhecer as mudanças axiológico-normativas internacionais e a necessidade de abraçar as noções emergentes de garantia da ordem pública, o regime da responsabilidade internacional, por certo, não poderia se contentar em deixar à mercê dos interesses subjetivos do “Estado lesado” a proteção a certas obrigações fundamentais cujo cumprimento é de interesse de toda a comunidade internacional. Neste sentido, devemos agora analisar o trabalho da Comissão quanto ao regime de invocação da responsabilidade para além da clássica legitimação do “Estado lesado”.

De pronto, destacamos que, um dos necessários desdobramentos do reconhecimento da existência de “interesses da comunidade internacional no seu conjunto” foi a previsão de que, no caso das obrigações coletivas *erga omnes partes* e *erga omnes* de Direito Internacional, outros Estados sejam considerados como legitimados a invocar a responsabilidade, apesar de não terem sido atingidos subjetivamente pelo fato internacionalmente ilícito.

Exatamente nesta linha, o artigo 48 do Projeto de Código sobre Responsabilidade Internacional do Estado por fato ilícito, que completa a regra da invocação disposta no artigo 42 do mesmo Projeto, quebra o bilateralismo exclusivo do paradigma westfaliano ao tratar justamente da legitimidade complementar para invocação da responsabilidade nos casos em que um interesse coletivo integral está envolvido.

1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if:
 - (a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or
 - (b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.
 (...)

Estabelece o artigo que um “Estado que não o Estado lesado” é intitulado a invocar a responsabilidade internacional do infrator quando a obrigação violada pertence a um grupo de Estados (inclusive àquele) e é estabelecida para a proteção de um interesse coletivo do grupo²⁶⁶ ou quando a obrigação é devida à comunidade internacional como um todo²⁶⁷.

Em ambos os casos, é de se notar que o interesse coletivo é o diferencial, pois que a legitimidade conferida pelo artigo tem como propósito a proteção de um interesse coletivo, antes e acima do interesse do Estado individualmente considerado. Trata-se aqui das “obrigações integrais”, na já referida classificação de Fitzmaurice (ver item supra), que são tidas como “obrigações coletivas”, ou seja, obrigações impostas a um grupo de Estados (*erga omnes partes*) ou a todos os Estados (*erga omnes*), estabelecidas no interesse comum, tais como algumas obrigações decorrentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, transcendendo a esfera das relações sujeitas à vontade dos Estados-partes.

A previsão legal em questão é baseada na idéia de que em casos de violação a obrigações específicas protegendo o interesse coletivo de um grupo de Estados ou da comunidade internacional como um todo, a responsabilidade pode ser invocada por Estados que não são eles mesmos lesados no sentido dado pelo artigo 42. De acordo com a Comissão, um Estado que é legitimado em consonância com a regra do artigo 48 não age em sua capacidade individual pela razão de ter sofrido dano, mas em sua capacidade como um membro de uma coletividade²⁶⁸.

Chamamos atenção aqui para o fato de que, ao dispor sobre as “obrigações pertencentes a um grupo de Estados e estabelecidas para a proteção de um interesse coletivo desse grupo” (*erga omnes partes*) no artigo em tela, a CDI alcança a proteção de obrigações de interesse coletivo de um grupo de Estados que fazem parte de um sistema jurídico específico. O grande mérito aqui está em proteger, por meio da responsabilidade

²⁶⁶ As chamadas “obrigações *erga omnes partes*”. Art. 48, 1, (a).

²⁶⁷ As chamadas “obrigações *erga omnes*”. Art. 48, 1, (b). Aqui, remetemos à crítica quanto à imprecisão terminológica da CDI, conforme no capítulo anterior, ver item 5.2.2.1.b., que confunde obrigação *erga omnes* com grave violação de norma imperativa.

²⁶⁸ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2., Part Two, p. 319, art. 48, para (1).

internacional, obrigações de conteúdo extra-estatal decorrentes de sistemas regionais ou de regimes com aspirações universais, mas do qual nem todos os países do globo participam – algo que nem a idéia de *jus cogens*, de obrigação integral ou de obrigações *erga omnes* haviam sido capazes de expressar²⁶⁹. Essas obrigações *erga omnes partes*, do mesmo modo como as *erga omnes*, fundam-se na promoção do interesses coletivos, extra-estatais, não sujeitas ao princípio da reciprocidade. A diferença entre elas reside somente no seu caráter universal ou não-universal.

7.2.3.1 O surgimento de uma *actio popularis* – resistências e expectativas

Como consequência da afirmação de responsabilidade internacional do Estado como garantia de ordem pública internacional é que essa responsabilidade internacional do Estado deixa de ser exclusivamente um instituto relacional entre Estado violador e Estado lesado, para ser considerado um instituto relacional Estado-comunidade internacional em um verdadeiro contencioso de legalidade. Assim, quando interesses dessa natureza estão em questão (sejam decorrentes de obrigações *erga omnes* ou de normas de *jus cogens*) a reciprocidade não rege nem as relações primárias nem as relações secundárias dos Estados envolvidos.

Com isso, urge a consagração de uma nova *actio popularis*, entendida como a possibilidade de qualquer Estado acionar o Estado infrator para a proteção de interesses essenciais para toda a comunidade perante órgãos internacionais²⁷⁰. Essa nova ação enfraquece o unilateralismo da responsabilização internacional do Estado, pois permite superar o dilema da ausência de interesse jurídico dos Estados quando diante de violações que só afetam subjetivamente outro Estado, mas que nem por isso deixam de ser de interesse dos demais.

Mas a própria admissão de uma *actio popularis* nas condições presentes de desenvolvimento do Direito Internacional enfrenta dificuldades. Desde logo, uma das maiores dificuldades pode ser identificada na própria lógica de funcionamento da jurisdição facultativa

²⁶⁹ NETO, Adelino Arantes, *Op. Cit.* p. 81

²⁷⁰ Para Ramos - abordando a responsabilidade por violação de direitos humanos - essa faculdade de acionar o Estado infrator, estendida a todos os Estados quando a obrigação violada é de interesse coletivo, deveria gerar um policiamento de um Estado diante do outro para o correto cumprimento da obrigação internacional de respeito aos direitos fundamentais. O autor afirma que é justamente por isso que consta, de regra, em todos os procedimentos estabelecidos em convenções internacionais de direitos humanos, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, Convenção Européia de Direitos Humanos e Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outros. RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p. 242.

da Corte de Haia, que, a despeito de ser o órgão judicial máximo do sistema da ONU, mantém um caráter estritamente interestatal e está atrelada à distribuição de poder entre os Estados que sustenta esse sistema²⁷¹. Em um de seus documentos básicos, intitulado “Bases para a Jurisdição da Corte”, a Corte Internacional de Justiça fixa que

a Corte apenas pode lidar com uma disputa quando os Estados envolvidos tenham reconhecido sua jurisdição. Esse é um princípio fundamental que governa o estabelecimento de disputas internacionais, os Estados sendo soberanos e livres para escolher os meios de solução de suas disputas²⁷².

Certos casos ilustram bem o problema. Tomemos, por exemplo, o caso de Timor Leste (CIJ, 1995): a ilha foi anexada à força pela Indonésia. Portugal, que continuava a ser a potência administradora sobre Timor Leste, propôs uma ação na CIJ contra a Austrália, alegando que o acordo celebrado pela Austrália em 1989 com a Indonésia para a exploração da plataforma continental na área “Timor Gap” violava os direitos do povo timorense à autodeterminação e à soberania sobre seus recursos naturais. A Corte entendeu não poderia prosseguir diretamente contra a Indonésia, uma vez que tal país não reconhece a sua jurisdição. Diante disso, Portugal pediu aos juízes para declarar que a Austrália havia violado o Direito Internacional, uma vez que o acordo com a Indonésia serviu para endossar a negativa de autodeterminação do povo timorense. Mas a Corte, surpreendentemente, acatou a objeção da Austrália e declarou-se incompetente para se pronunciar sobre o mérito do caso para não afetar os interesses de um terceiro Estado, a Indonésia, que não havia consentido em sua jurisdição. A Corte limitou-se a afirmar genericamente que o direito de autodeterminação é um princípio essencial oponível a todos. Ao isolar este achado, no entanto, o Tribunal privou o princípio de qualquer consequência prática (Acórdão de 30 de junho de 1995).

Comentando o caso em questão, Cançado Trindade afirmou que nada poderia ser mais incompatível com a própria existência das obrigações *erga omnes* – cuja existência a própria CIJ admitiu no caso do Timor-Leste em relação ao direito de autodeterminação dos povos – do que a concepção positivista-voluntarista do Direito Internacional e a ênfase no

²⁷¹ Para uma crítica aprofundada sobre as limitações orgânicas e fáticas da CIJ, ver o artigo CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. Law, politics and the international court. *Peace Review*, Palo Alto., v. 1.9, n. 3; p. 345-350, sep 1997.

²⁷² No original: “The Court can only deal with a dispute when the States concerned have recognized its jurisdiction. This is a fundamental principle governing the settlement of international disputes, States being sovereign and free to choose the means of resolving their disputes.” In. UN Basic Documents. Who can bring a case at the Court – 1. Jurisdiction in Contentious Cases.

consentimento estatal (inclusive de um Estado terceiro) como fundamento da jurisdição internacional (dada a falta de automatismo desta última).²⁷³

Isso significa que a natureza voluntária da jurisdição em Direito Internacional geral obsta à sua utilização incondicionada para a determinação da existência ou não de grave violação de norma imperativa: é indispensável que o Estado infrator tenha aceitado a competência da Corte Internacional de Justiça. Assim, para José Pureza,

é de novo a reciprocidade, como princípio fundamentador da jurisdição do Tribunal, o argumento principal: admitir que, em concreto, um Estado viesse agir em nome da comunidade internacional equivaleria a investi-lo no direito de subrogação processual a quem hipoteticamente não é parte legítima, por não haver aceite a competência do tribunal. Pelo que se uma acção pública popular não pode funcionar sem que cada um dos sujeitos reconhecidamente capazes de a exercer possa invocar unilateralmente a jurisdição, a conclusão inevitável é a de que sem uma revisão do Estatuto do T.I.J. ou a aceitação de um sistema derogatório a acção popular não é admissível em Direito Internacional geral.²⁷⁴

Somado a isso, chamamos atenção, ainda, para os problemas inerentes à proteção de interesses da comunidade deixada a cada Estado individualmente por meio de *actio popularis*, ao invés de uma proteção através de uma ação institucionalizada, de uma espécie de procurador público - o que inexistente na sociedade internacional contemporânea. Referimo-nos ao risco de os Estados utilizarem esse novo direito de ação de maneira seletiva, acobertando opções políticas, que levam ao surgimento de diferenciações no tratamento entre Estados. O perigo do *double standard* é conhecido: aciona-se determinado Estado violador e perdoam-se outros...

Entendemos, contudo, que tanto o problema da jurisdição limitada da Corte, quanto essa ameaça de seletividade ou omissão, não podem acarretar o abandono do conceito de *actio popularis*, mas sim devem servir para indicar os caminhos a serem adotados para o seu fortalecimento, sobretudo através de sua utilização conjugada com os procedimentos institucionais de apreciação de violações graves de normas imperativas.

7.2.3.2 Análise crítica da terminologia adotada – a questão do resultado lesivo

Cabe aqui uma análise quanto à terminologia “Estado que não o Estado lesado” (“*State other than the injured State*”) adotada na versão final do Projeto de Artigos para

²⁷³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 848.

²⁷⁴ PUREZA, José Manuel. Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?. 1995. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 1995. p. 229.

designar os Estados legitimados a invocar a responsabilidade internacional pelo artigo 48, que tem recebido muitas críticas por parte da doutrina especializada, conforme relatamos a seguir.

Primeiro cumpre lembrar que essa terminologia não foi a única cogitada pela Comissão. A Comissão de Direito Internacional, desde Roberto Ago, tentou dotar o regime da responsabilidade internacional com feições multilaterais e comunitárias²⁷⁵, prevendo que Estados agindo por um interesse coletivo pudessem invocar a responsabilidade de um Estado violador.

No relatório de Riphagen, por exemplo, a distinção entre o Estado que agia em interesse exclusivamente próprio e Estados legitimados pelo interesse coletivo era feita sob as expressões “Estado diretamente lesado” e “Estado indiretamente lesado”²⁷⁶. Essa abordagem foi criticada por Dupuy em particular por confundir a natureza do interesse atacado com a intensidade do ataque²⁷⁷. Já no Projeto de Arangio-Ruiz, a confusão pareceu ainda maior. Adotando unicamente o termo “Estado lesado” para todo sujeito legitimado²⁷⁸, o Projeto daquele relator traía a sua relutância em conceber uma relação de responsabilidade fora da relação estritamente bilateral entre Estado responsável e Estado lesado²⁷⁹. Assim, tentava-se encaixar na mesma expressão (“Estado lesado”) situações muito diferentes, forçando o entendimento de que em todos os casos de legitimação havia uma “exata correlação entre a violação de uma obrigação por um Estado e o dano a um direito subjetivo do outro Estado”²⁸⁰, que nem sempre é verificada na realidade²⁸¹.

A adoção, por fim, no Projeto de Artigos de 2001, do termo “Estado que não o Estado lesado”, para os autores críticos da expressão escolhida, como Sicilianos, ainda não os satisfaz porque tal terminologia pode levar ao equivocado entendimento de que tais Estados são

²⁷⁵ SPINEDI, Marina. *Op. Cit.* p. 1099 e ss.

²⁷⁶ RIPHAGEN, Willem. Sixth Report of the Special Rapporteur, ILC Report, 1985, vol. II (1), U.N. Doc. UN. DOC. A/CN.4/389 e Seventh Report of the Special Rapporteur, ILC Report, 1986, vol. II (1), U.N. Doc. A/CN.4/397.

²⁷⁷ DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. *European European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p. 1069, 2002.

²⁷⁸ Art. 40 (2) do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado de 1996.

²⁷⁹ DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p. 1069, 2002.

²⁸⁰ SICILIANOS, Linos-Alexander. *Op. Cit.* p.1138.

²⁸¹ O exemplo mais óbvio é o do interesse dos Estados na responsabilização por violação de direitos humanos, situação em que não têm nenhum direito subjetivo violado. A essência dos direitos humanos deriva do fato de que para além das relações de reciprocidade, eles são por definição resistentes a uma percepção estritamente bilateral e em nenhum caso são assunto interestatal, uma vez que o beneficiário do direito é o indivíduo, independente da sua nacionalidade. RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p.196 e ss.

“terceiros” em relação ao ato ilícito²⁸². Um entendimento que induz, segundo Dupuy, à estranha situação de legitimar alguém que não sofreu dano nenhum, no caso o “Estado que não o Estado lesado”²⁸³ a invocar a responsabilidade. A terminologia, para Neto, presta-se à confusão pois, segundo o autor, mesmo nos casos em que a lesão ao Estado é indireta ou não-exclusiva, é forçoso reconhecer que deve haver alguma lesão jurídica que corresponderá a algum interesse jurídico²⁸⁴.

Os referidos autores reconhecem que a nova estrutura é sem dúvida superior à de 1996 (que incluía todos os legitimados na mesma categoria de “Estados lesados”), mas, em comparação com a nomenclatura de Riphagen, de “Estado diretamente lesado” e “Estado indiretamente lesado”, preferem essa última por considerar que ela, ao menos, tinha o mérito de reconhecer que todos os Estados legitimados haviam sofrido dano, ainda que de forma diferente²⁸⁵.

Sem dúvida a Comissão que aprovou o Projeto de 2001 estava ciente do problema. O último relator especial, James Crawford, afirmou que “não podemos progredir no desenvolvimento da idéia de ordem pública internacional ... a menos que distingamos entre os primeiros beneficiários, os titulares do direito, e aqueles Estados com um interesse legal no cumprimento da obrigação”²⁸⁶. Contudo, nos comentários ao Projeto de 2001, a Comissão rechaça essa terminologia - utilizada pela Corte Internacional de Justiça no caso Barcelona Traction - que identifica os Estados afetados unicamente em seu interesse jurídico (ou os “Estados que não o Estado lesado”, na expressão da Comissão) como “Estados com interesse

²⁸² Criticando a terminologia, diz o autor: “*It is, moreover, significant that in his third report Professor Crawford actually used the term ‘third states’ for those states legally affected by the commission of a wrongful act. However, either a state is in no way affected by a wrongful act, in which case it must be called a ‘third’ state and will not be able to invoke the responsibility of the defaulting state; or else a state is affected – if only indirectly – by the wrongful act, in which case it cannot be treated as a third state. It is though hard to see how a state other than the ‘injured state’ could be entitled to invoke the responsibility of the defaulting state.*” SICILIANOS, Linos-Alexander. *Op. Cit.* p.1138.

²⁸³ DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p. 1073, 2002.

²⁸⁴ NETO, Adelino Arantes. *Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e na OMC*. 2. ed., Curitiba: Juruá: 2008. p. 148.

²⁸⁵ Ver NETO, Adelino Arantes. *Idem*, p. 148; DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, p. 1073, 2002; e SICILIANOS, Linos-Alexander. The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of The Relations of International Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 3, n. 05, p.1138, 2002.

²⁸⁶ No original, “*We cannot make progress in developing the idea of a public international law unless we distinguish between the primary beneficiaries, the right holders, and those states with a legal interest in compliance*”. CRAWFORD, James. Third report on State responsibility 2000, UN. DOC. A/CN.4/507, para. 84.

jurídico no cumprimento da obrigação”, afirmando que o termo “interesse jurídico” não serviria para a distinção dos artigos 42 e 48, uma vez que os “Estados lesados” no sentido do artigo 42 também possuem interesse jurídico no cumprimento da obrigação²⁸⁷.

Em nosso entendimento, a despeito da alta qualificação de seus críticos, consideramos a terminologia finalmente adotada “Estado que não o Estado lesado” bastante apropriada e mesmo condizente com a recente mudança de compreensão sobre o Direito Internacional.

Primeiro, cumpre identificar o significado de “dano” no Projeto de Artigos da CDI. Uma explicação do que vem a ser considerado “dano”²⁸⁸ encontra-se no parágrafo segundo do artigo 31. De acordo com a CDI, em seus comentários ao dispositivo, a noção de “dano” deve ser compreendida de forma ampla, em um aspecto, e restritiva, em outro:

The notion of ‘injury’, defined in paragraph 2, is to be understood as including any damage caused by that act. In particular, in accordance with paragraph 2, ‘injury’ includes any material or moral damage caused thereby. This formulation is intended both as inclusive, covering both material and moral damage broadly understood, and as limitative, excluding merely abstract concerns or general interests of a State which is individually unaffected by the breach.²⁸⁹

Assim, para a compreensão do conteúdo do que vem a ser dano na sistemática do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado, é necessário considerar que 1) a idéia de dano abrange tanto o dano material quanto o dano moral. Este, por sua vez, é compreendido igualmente de modo amplo, reconhecendo também o dano jurídico²⁹⁰

²⁸⁷ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2., Part Two, p. 319, art. 48, para (2).

²⁸⁸ Ou prejuízo, ou lesão. Diante da falta de conceituação consistente no Direito Internacional dos variados termos utilizados para tratar do assunto – prejuízo, dano, perda, lesão – e pela falta de uma equivalência exata entre esses termos nos diversos idiomas, em especial nos idiomas oficiais da ONU, a CDI utiliza as expressões indiscriminadamente. Do mesmo modo, nesta pesquisa, recorreremos às expressões “prejuízo”, “dano” e “lesão” umas pelas outras, sem diferenciá-las. Para Crawford: “Given the current state of international law, it would be wrong to presume any specific definition of ‘injury’ or ‘damage’ applicable across the board.” CRAWFORD, James. The ILC’s Articles of States for Internationally Wrongful Acts. *European Journal of International Law*, Florence, 12., p. 971, 2001.

²⁸⁹ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 225, para (5).

²⁹⁰ Neste sentido, afirma a CDI em seus comentários ao Projeto de Artigos: “Where two States have agreed to engage in particular conduct, the failure by one State to perform the obligation necessarily concerns the other. A promise has been broken and the right of the other State to performance correspondingly infringed. For the secondary rules of State responsibility to intervene at this stage and to prescribe that there is no responsibility because no identifiable harm or damage has occurred would be unwarranted. If the parties had wished to commit themselves to that formulation of the obligation they could have done so. In many cases the damage that may follow from a breach (e.g. harm to a fishery from fishing in the closed season, harm to the environment by emissions exceeding the prescribed limit, abstraction from a river of more than the permitted amount) may be distant, contingent or uncertain. Nonetheless States may enter into immediate and unconditional commitments in their mutual long-term interest in such fields. Accordingly article 31 defines ‘injury’ in a broad and inclusive way, leaving it to the primary obligations to specify what is required in each

(interpretação abrangente) e 2) que exclui-se da noção de dano/prejuízo as decorrências da violação de mero interesse objetivo, entendido como aquele interesse que não adentra a esfera de direitos subjetivos de um Estado (interpretação restritiva). Em outras palavras, para a CDI, dano/prejuízo é o resultado da violação de um interesse subjetivo. Esse interesse pode ter natureza material, moral ou jurídica – se esse interesse enquadrar-se como um direito subjetivo da vítima da violação, gerará um dano, se, ao contrário, for apenas um interesse objetivo, não acarretará dano.

Temos, portanto, que a definição de dano depende da posição do beneficiário do interesse atingido. Logo, um mesmo fato ilícito poderá gerar para um Estado um dano – caso venha a atingir interesse subjetivo do mesmo –, e para outro, que não seja subjetivamente atingido, não.

Compreendemos, assim, que as afirmações de que, ao não reconhecer um resultado lesivo, o termo “Estado que não o Estado lesado” poderia levar “ao equivocado entendimento de que tais Estados são ‘terceiros’ em relação ao ilícito”, ou poderia “induzir à estranha situação de legitimar alguém que não sofreu dano nenhum a invocar a responsabilidade” não passam de uma remanescente dificuldade de se compreender a responsabilidade fora do quadro clássico da estrita bilateralidade entre Estado violador e Estado lesado.

Parece-nos desnecessária a exigência de caracterização de um Estado como “lesado em algum grau” (“não-diretamente lesado”, “não-individualmente lesado”, como sugerem os autores²⁹¹) para que se possa conferir-lhe o direito de exigir que a violação de uma obrigação de interesse coletivo cesse por meio do instituto da responsabilidade internacional. Ora, assim como a CDI não vinculou o surgimento da responsabilidade à existência de dano (art. 2º do

case.”. International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v.2., Part Two, p. 226, para (8).

²⁹¹ Os termos “diretamente/indiretamente” ou “individualmente/não-individualmente” lesado também carecem de precisão – dependendo do bem em foco (o direito subjetivo ou o interesse jurídico) o Estado poderá ser diretamente ou individualmente atingido, ainda que seja apenas em seu interesse jurídico. Dupuy propõe ainda os termos: “Estados lesados em seus direitos subjetivos” e “Estados lesados em seus direitos objetivos”, o que poderia ser uma boa opção. Acreditamos que também essa terminologia esbarra na mesma crítica feita pela Comissão à terminologia utilizada na sentença do caso Barcelona Traction, pois certamente os “Estados lesados em seus direitos subjetivos” também o são em seus direitos objetivos, e, logo, a distinção não é absoluta como se pretendia. Partindo dessa classificação do Dupuy, melhor seria nomear os Estados legitimados no sentido do artigo 42 como “Estados lesados em seus direitos subjetivos” e os do artigo 48 como “Estados lesados *exclusivamente* em seus direitos objetivos”, com o acréscimo da noção de exclusividade nesta última categoria garantido a diferenciação desejada. No entanto, seria necessário recorrer a uma expressão mais extensa - sem dúvida algo que se tenta evitar em um texto no formato de artigos. Assim, preferimos a terminologia final adotada. DUPUY, P.M. Le fait générateur de la Responsabilité internationale des Etats. *Récueil des Cours de l'Académie de La Haye* (RCADI), 1984, t. V.

Projeto), tampouco restringiu a legitimidade para invocar a responsabilidade àqueles que houvessem sofrido dano.

Ademais, compreendemos que a terminologia adotada pela CDI se justifica pois ela não quis conferir aos Estados que tiveram apenas um interesse objetivo na legalidade violado os mesmos direitos – entenda-se o direito de reparação – que aos Estados que efetivamente tiveram direitos subjetivos violados²⁹². Se chamasse de “dano jurídico” toda violação a mero interesse objetivo no cumprimento da legalidade internacional, teria que enfrentar a paradoxal situação de dizer que esse Estado sofreu um “dano” mas não teria direito à reparação – afirmação que, essa sim, nos soa estranha.

A legitimidade de invocação prevista no artigo 48 da CDI não se funda, nem precisaria se fundar, na existência de dano. O que lhe confere fundamento é o fato de que aqueles Estados, como membros da comunidade internacional, possuem um interesse jurídico no respeito a uma regra de relevante interesse coletivo. A violação de alguma obrigação internacional de direitos humanos pode não causar dano nenhum a outro Estado, mas tal violação, por ser justamente uma ofensa a uma obrigação internacional de interesse da comunidade internacional no seu conjunto, enseja a qualquer Estado o direito de invocar a responsabilidade do autor do ilícito através do instituto da responsabilidade internacional. Sendo assim, admite-se que todos os Estados vinculados a tais normas têm o interesse jurídico de exigir o seu cumprimento, independente da existência de qualquer dano.

Como vimos, tampouco se pode criticar a CDI em função de ter sido dúbia quanto à admissão do dano meramente jurídico, posto que não é isto que está em causa na identificação do Estado como “lesado” ou “não lesado”. Um interesse jurídico violado pode tanto qualificar um Estado como “Estado lesado – se esse interesse for um direito subjetivo do Estado (como ocorre comumente, por exemplo, com as obrigações interdependentes) – como pode qualificá-lo como “Estado que não um Estado lesado” – caso esse interesse jurídico seja somente um interesse objetivo no cumprimento da legalidade para o Estado (caso das obrigações integrais).

Pela interpretação hermenêutica do Projeto de Código²⁹³, vê-se que a CDI reconhece que a violação a um ato ilícito por si só gera a responsabilidade do Estado violador (art.2º).

²⁹² Ver item 8.1. sobre as conseqüências substanciais da responsabilidade internacional.

²⁹³ O desejo de se proteger o interesse jurídico da comunidade internacional, se não fica evidente na expressão “Estado que não o Estado lesado” para os críticos da terminologia, transparece nos relatórios da Comissão ao longo do desenvolvimento do tema, nos comentários ao projeto aprovado, e mesmo em uma interpretação sistemática do Projeto de Artigos (que se por um lado utiliza uma expressão que nega a existência de dano a

Logo, a *ratio* desta diferenciação entre ilícitos que geram dano e ilícitos que não geram dano não é excluir estes últimos da responsabilidade do Estado violador (como o faz a concepção tradicional da responsabilidade diante da ausência do elemento dano), mas apenas adotar uma técnica legislativa para diferenciar os titulares do direito de invocação e os direitos que eles detêm, em função da diferente intensidade com que foram afetados. Em função disso, para os “Estados lesados” cabe o direito à reparação, que aos “Estados que não os Estados lesados” não cabe²⁹⁴.

É de se convir que essa limitação do direito de invocar a responsabilidade à existência de um dano (ainda que reconhecido o dano meramente jurídico) remete àquele enfoque inicial dado ao tema da responsabilidade internacional, marcado pela proteção aos bens e à pessoa do estrangeiro pelos danos causados por um Estado²⁹⁵. Esse enfoque perde a razão de ser quando a responsabilidade internacional ultrapassa essa limitação e torna-se uma responsabilidade *por ato ilícito internacional*, o que é abraçado pela própria Comissão já com Roberto Ago²⁹⁶, em 1969. Não é por outro motivo que o artigo primeiro do Projeto, comum a todas as versões adotadas, define que “todo ato internacionalmente ilícito de um Estado gera a responsabilidade internacional daquele Estado”²⁹⁷, excluindo o elemento “dano” da sua definição.

Logo, em um Projeto de Artigos que objetiva avançar a agenda bilateral da responsabilidade para tratá-la como instrumento de garantia da ordem pública, a legitimidade para invocar a responsabilidade internacional por violação de norma de interesse coletivo sob o cunho de “Estado que não o Estado lesado” inova justamente quando contempla a possibilidade de responsabilização fundada somente no interesse jurídico coletivo dos Estados na qualidade de membros da comunidade internacional no seu conjunto.

Estados com interesse exclusivamente jurídico, por outro os legitima a invocar a responsabilidade do infrator apesar disso).

²⁹⁴ Essas diferenças serão mais profundamente abordadas oportunamente, quando tratarmos da invocação da responsabilidade internacional.

²⁹⁵ Segundo Ramos, o dano ao estrangeiro era a razão de ser da responsabilidade internacional do Estado. RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* 1999, p. 162.

²⁹⁶ Segundo Nguyen, Daillier e Pellet, “*O raciocínio da CDI, que seguiu sobre esse ponto a argumentação muito subtil do seu relator especial Roberto Ago, é muito clara: para que a responsabilidade do sujeito de Direito Internacional seja contraída no plano internacional, basta que um facto internacionalmente ilícito lhe possa ser imputado*”. NGUYEN, Quoc Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. Cit.* p.701.

²⁹⁷ No original: “*Article 1 - Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State*”.

8 AS CONSEQÜÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

Constatada a violação de uma obrigação internacional do Estado, as regras secundárias de responsabilidade fazem surgir conseqüências legais para as partes envolvidas. As novas relações jurídicas entre o Estado violador e o Estado afetado pelo ilícito são de cunho substancial e de cunho instrumental. Essas duas espécies de relações jurídicas têm os mesmos objetivos, que são a reparação da violação e a preservação da normalidade internacional.

Para a pesquisa que nos propomos, cumpre-nos identificar se há conseqüências diferenciadas para os casos de violação de obrigação bilaterais, por um lado, e obrigações de interesse de toda a comunidade internacional, por outro. Neste sentido, promovida a diferenciação entre “Estados lesados” no sentido do artigo 42 do Projeto da Comissão e “Estados que não o Estado lesado” conforme o artigo 48, ou seja, entre os Estados que tiveram um direito subjetivo atingido e aqueles que apenas detêm interesse jurídico no cumprimento de uma obrigação de caráter integral, analisaremos em que medida essa distinção opera conseqüências quanto aos direitos e recursos que cada um desses sujeitos está legitimado a reivindicar e aos deveres decorrentes da responsabilização.

8.1 Conseqüências substantivas

Para que possamos mais propriamente discutir o quão agravado é o regime estabelecido pela CDI para as violações de obrigações de interesse da comunidade internacional, buscaremos confrontar as regras comuns sobre as conseqüências materiais da responsabilidade internacional das regras especialmente formuladas para a proteção dos valores comunitários.

8.1.1 Tipos de conseqüências substantivas no regime comum da responsabilidade internacional

Como já visto, quando uma obrigação bilateral é violada, apenas o “Estado lesado” é legitimado a invocar a responsabilidade do Estado infrator. As conseqüências materiais que poderá pleitear são as definidas pelo regime comum de responsabilidade internacional.

O referido regime traz duas obrigações secundárias centrais do Estado violador (os direitos do Estado legitimado a invocar a responsabilidade), disciplinadas no Projeto de

Artigos adotado em 2001, na Parte II, dedicado ao “conteúdo da responsabilidade internacional”, artigos 28 a 41, que são decorrentes do ilícito e distintas daquelas existentes antes de configurada a ilicitude: 1) cessação do ilícito e garantias de não-repetição (art. 30) e 2) reparação (art. 31).

8.1.1.1 Cessação do ilícito e garantias de não-repetição

A primeira obrigação trata de duas questões separadas, mas relacionadas entre si: a obrigação de cessar a conduta violadora e a de oferecer garantias de não-repetição, caso as circunstâncias assim exijam.

Article 30

Cessation and non-repetition

The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation:

- (a) To cease that act, if it is continuing;
- (b) To offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require.

Ambas referem-se ao necessário estancamento do fato ilícito e restauração da legalidade. A obrigação de cessação objetiva dar fim ao descumprimento e as garantias de não-repetição servem como medidas preventivas para reforçar o cumprimento futuro da obrigação primária²⁹⁸.

Como se vê, a CDI dedica o artigo em comento exclusivamente à obrigação de retorno à legalidade internacional – reconhecendo-lhe status de obrigação secundária autônoma:

Cessation of conduct in breach of an international obligation is the first requirement in eliminating the consequences of wrongful conduct. With reparation, it is one of the two general consequences of an internationally wrongful act. Cessation is often the main focus of the controversy produced by conduct in breach of an international obligation. It is frequently demanded not only by States but also by the organs of international organizations such as the General Assembly and Security Council in the face of serious breaches of international law. By contrast, reparation, important though it is in many cases, may not be the central issue in a dispute between States as to questions of responsibility.²⁹⁹

Destacamos aqui essa opção da CDI, de dar tratamento separado às obrigações secundárias de cessação do fato ilícito e de reparação, como mais um dos desdobramentos da gradativa formação de uma ordem pública internacional.

²⁹⁸ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2., Part Two, comentário ao artigo 30, para (1).

²⁹⁹ International Law Commission. *Idem.* para (3)

Como discutido no capítulo sobre o conceito da responsabilidade Internacional, a abordagem clássica devotada ao tema da responsabilidade, apresentava-a como sendo uma mera obrigação de *reparação do dano* causado em face de violação prévia de norma internacional. Todas as relações internacionais eram reduzidas a relações particulares interestatais, e, para que houvesse responsabilização, era fundamental que da violação de uma obrigação internacional decorresse um dano a ser indenizado. Com a sociedade internacional ganhando ares de comunidade internacional, porém, a preocupação com a legalidade internacional se impõe, conferindo novos contornos ao conteúdo da responsabilidade internacional.

É nesse contexto de preocupação com a legalidade e com a ordem pública internacional que, ao lado da obrigação de reparação, a obrigação de cessação do ilícito ganha *status* de conteúdo principal das obrigações secundárias surgidas com a responsabilização do Estado infrator. Se, antes, a responsabilidade centrava-se exclusivamente na salvaguarda dos interesses da vítima, tendo como conteúdo a mera reparação, ela agora estabelece uma anterioridade à proteção do direito em si, obrigando à cessação do fato ilícito. Essa anterioridade é tanto de ordem cronológica das conseqüências (primeiro impõe-se a obrigação de cessar o ilícito e depois de reparar o dano eventualmente causado), quanto de ordem qualitativa em função do interesse coletivo de respeito à legalidade internacional. Essa primazia da cessação do fato ilícito em relação à reparação também é confirmada pela incondicionalidade da obrigação de cessação que não se sujeita aos limites de proporcionalidade da reparação³⁰⁰.

Essa opção normativa da CDI já faz eco na jurisprudência internacional. Em seu laudo de 1990, no caso *Rainbow Warrior*, o tribunal arbitral, tendo observado a alegação da França de que a Nova Zelândia exigia, em vez da *restitutio in integrum*, a cessação do comportamento denunciado, fez referência ao conceito de cessação e a sua distinção face à restituição, reportando-se ao relatórios apresentados à Comissão de Direito Internacional pelos relatores especiais Riphagen e Arangio-Ruiz. O tribunal arbitral fez uma observação em especial acerca da inserção de um artigo separado no Projeto de Artigos sobre a obrigação de cessação do ilícito distinguindo-a da obrigação de reparação:

Recent studies on State responsibility undertaken by the Special Rapporteurs of the International Law Commission have led to an analysis in depth of the distinction between an order for the cessation of the unlawful act and *restitutio in integrum*. Professor Riphagen observed that in numerous cases ‘stopping the breach was

³⁰⁰ Cf. NETO, Adelino Arantes, *Op. Cit.* 111.

involved, rather than reparation or *restitutio in integrum stricto sensu*' (*Yearbook ...* 1981, vol. II, Part One, document A/CN.4/342 and Add.1-4, para. 76).

The present Special Rapporteur, Professor Arangio-Ruiz, has proposed a distinction between the two remedies (International Law Commission report to the General Assembly for 1988, para. 538).

...

The International Law Commission has accepted the insertion of an article separate from the provisions on reparation and dealing with the subject of cessation, thus endorsing the view of the Special Rapporteur Arangio-Ruiz that cessation has inherent properties of its own which distinguish it from reparation (International Law Commission report to the General Assembly for 1989, para. 259)³⁰¹.

A Comissão da ONU, portanto, caminha junto com esse desenvolvimento ao tratar da cessação do fato ilícito como obrigação autônoma, distinta da obrigação de reparação³⁰², e em artigo próprio em seu Projeto. Ao conferir destaque à obrigação de cessação, ela confirma uma dimensão puramente legal da responsabilidade internacional independente da dimensão reparatória³⁰³.

8.1.1.2 Reparação

A segunda obrigação secundária material que surge em consequência do fato ilícito é a obrigação de reparação integral imposta ao Estado infrator, correspondente ao direito de reparação conferido ao Estado lesado.

Article 31

Reparation

1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.
2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.

A idéia de que a responsabilidade do Estado comporta a reparação pelos danos causados é princípio aceito pela doutrina³⁰⁴ e que se consolidou como costume internacional. Como já dissemos alhures, é este o conteúdo clássico da responsabilidade do Estado, até

³⁰¹ Rainbow Warrior Affair, arbitral award, 30 April 1990, para. 113, reproduced in UNRIIAA, v. 20, p. 270.

³⁰² Como bem pontua NETO, "A reparação [...] responde à exigência de eliminar (*effacer, wipe-out*) todas as consequências jurídicas e materiais do ato internacionalmente ilícito. Mesmo que tais consequências se estendam prospectivamente, o seu objeto é retroativo: a restauração, a reconstituição de um estado anterior. [...] A obrigação de cessação do ato ilícito, de sua parte, tem outra ambição. [...] o objetivo da cessação é a conduta ilícita considerada *per se* (ao contrário de suas consequências), ou seja, a própria fonte da responsabilidade. [...] Sua relevância é de dimensão puramente legal – o adimplemento da obrigação primária violada – e prospectiva." NETO, Adelino Arantes, *Op. Cit.* p. 109-110.

³⁰³ DUPUY, P.M. *Le fait générateur de la Responsabilité internationale des Etats. Recueil des Cours de l'Académie de La Haye (RCADI)*, 1984, t. V. p.94.

³⁰⁴ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento; CASELLA, P. Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 365.

recentemente considerado mesmo como única conseqüência material da responsabilidade do Estado.

Uma das referências mais importantes ao instituto é encontrada no famoso caso Usina Chorzów, de 1928, que bem o define:

It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself.³⁰⁵

Em uma fase subsequente do mesmo caso, a Corte Permanente de Justiça acrescentou:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act - a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals - is that reparation must, so far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it - such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law³⁰⁶.

A obrigação imposta ao Estado violador pelo art. 31 do Projeto de Artigos é justamente a de reparação integral, no sentido do que ficou estabelecido no julgamento da Fábrica de Chorzów: a reparação deve, tanto quanto possível, apagar todas as conseqüências do ato ilícito e restabelecer a situação que teria, provavelmente, existido se o dito ato não tivesse sido cometido.

Para tanto, a reparação poderá assumir separada ou combinadamente três formas - restituição, indenização ou satisfação - conforme as circunstâncias exigirem. O capítulo II da segunda parte do Projeto de Artigos de responsabilidade internacional do estado por fato ilícito, intitulado “formas de reparação” é dedicado ao tema, e prevê a incidência de três formas de reparação: restituição, indenização e satisfação

A restituição (*restitutio in integrum*) é a primeira forma de reparação disponível para um Estado lesado por um fato internacionalmente ilícito, e envolve o re-estabelecimento, tanto quanto possível, da situação existente antes do ilícito.

³⁰⁵ Factory at Chorzów, Jurisdiction, 1927, P.C.I.J., Series A, n. 9, p. 21.

³⁰⁶ Factory at Chorzów, Merits, 1928, P.C.I.J., Series A, n. 17, p. 47.

A restituição pode tomar a forma de restauração material, devolução de território, pessoas³⁰⁷, bens tomados inapropriadamente ou a reversão de algum ato jurídico, podendo, portanto, ser restituição material³⁰⁸ ou jurídica³⁰⁹.

Article 35

Restitution

A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution:

(a) Is not materially impossible;

(b) Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.

O escopo da restituição não é entendido de maneira uniforme. Enquanto uns defendem que ela deve ser suficiente para restabelecer o *status quo ante*, outros vão além e afirmam que ela deve também restabelecer a situação que existiria se o fato ilícito não tivesse sido cometido. Enquanto a primeira concepção é mais restritiva, a segunda amplia o conceito de restituição para abranger a compensação pelas perdas obtidas, assim, por exemplo, se determinado bem tivesse sido ilicitamente detido por um Estado, a restituição implicaria não apenas na devolução do bem, mas também na compensação pelo período em que o uso do bem ficou prejudicado. A segunda definição claramente absorve no conceito de restituição outros elementos da reparação integral e tende a confundir a restituição, como uma das formas da reparação, com a reparação em si. Não por outra razão a CDI, em seus comentários, afirma que o artigo 35 do Projeto de Artigos adota a versão restritiva do que se entende por restituição³¹⁰, que deverá ser completada pelas demais formas de reparação, contempladas nos dispositivos seguintes, para se alcançar a reparação integral.

³⁰⁷ Exemplo de restituição material envolvendo pessoas pode ser encontrado no caso do Corpo Diplomático e Consular em Teerã, no qual a CIJ ordenou que o Irã soltasse imediatamente todos os nacionais americanos detidos. *Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, I.C.J. Reports 1980, p. 3, at p. 44-45.

³⁰⁸ O caso Templo de Preah Vihear (1962), citado por Neto, fornece um bom exemplo de restituição material. A controvérsia entre o Camboja e a Tailândia envolvia a soberania sobre o antigo santuário de Preah Vihear, situado na região fronteira das montanhas de Dangrek e então sob o controle da Tailândia. A CIJ, após decidir pela soberania do Camboja sobre a região, estabeleceu que a Tailândia estava obrigada a retirar do templo e dos arredores suas forças militares e policiais e a devolver ao Camboja os objetos removidos do santuário pelas autoridades de Bangkok. Ver NETO, Adelino Arantes. *Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e na OMC*. 2. ed., Curitiba: Juruá: 2008. p. 126.

³⁰⁹ No caso do Estatuto jurídico da Groelândia Oriental (1933), a Dinamarca contestava a legalidade da ocupação pela Noruega da região de Eirik_raudes_land. A CIJ entendeu que a declaração norueguesa de ocupação daquele território, assim como outras medidas relacionadas, constituíam uma infração à situação jurídica existente e eram, portanto, ilegais e inválidas. Ver NETO, Adelino Arantes, *Ibidem*.

³¹⁰ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2., Part Two, p. 238, para (2).

Há ainda que se conferir o devido destaque à limitação da alínea (b) do artigo *supra*. Consoante o Projeto de Artigos, há situações em que a restituição torna-se excessivamente onerosa ao Estado infrator – nessas condições, impõe-se uma limitação baseada na exigência de proporcionalidade. Assim, aplicam-se critérios de equivalência e razoabilidade para evitar que haja um desequilíbrio excessivo entre o ônus do Estado violador e a vantagem obtida pela vítima, mantendo assim a proporcionalidade entre o dano e a reparação. Essa sujeição às exigências de proporcionalidade garante o caráter estritamente compensatório da restituição, afastando, conseqüentemente, a possibilidade de que essas obrigações tivessem natureza punitiva ou exemplar.

Além das situações que exigem algum tipo de complementação à restituição, há também aquelas em que a restituição é impossível ou que o seu valor para o Estado lesado é tão reduzido que outras formas de reparação têm prioridade.

Apesar das dificuldades que a restituição pode encontrar na prática, os Estados normalmente a preferem à indenização. E, de fato, sobretudo em casos que envolvem normas imperativas, a restituição pode ser requerida como forma de cumprir a obrigação primária.

A segunda forma de reparação prevista no Projeto é a indenização. Segundo Accioly, quando se verifica a impossibilidade de restituição na mesma espécie – impossibilidade que tanto pode ser de ordem material quanto de ordem jurídica -, ou quando a restituição não é suficiente para reparar o dano causado, deve recorrer-se à concessão de uma indenização, representada ordinariamente pelo pagamento de quantia equivalente³¹¹.

Article 36

Compensation

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution.
2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established.

A indenização é a forma de reparação mais buscada na prática internacional. A restituição, apesar da sua primazia, é freqüentemente insuficiente ou inadequada, em função das limitações legais e das dificuldades a ela intrínsecas. A indenização terá, portanto, a função de compensar os prejuízos decorrentes pelo fato ilícito, sempre que a restituição não for suficiente³¹².

³¹¹ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento; CASELLA, P. Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 365.

³¹² O que ocorre, por exemplo, quando o fato ilícito cometido acarreta lucros cessantes ao Estado lesado, que por tal deverá ser indenizado, para além da restituição da situação anterior ao ilícito.

De acordo com a CDI, a indenização corresponderá ao prejuízo economicamente aferível que o Estado lesado suportou, limitando-se a este³¹³. Logo, no regime comum de responsabilidade internacional, a indenização se caracteriza por ter caráter compensatório, fugindo ao seu escopo qualquer aspecto punitivo ou exemplar³¹⁴.

A satisfação é a terceira forma de reparação a que o Estado responsabilizado poderá ter que recorrer sempre que o prejuízo, ou parte deste, causado pelo ilícito que cometeu não for reparável pela restituição ou pela indenização. Esse prejuízo refere-se mais freqüentemente aos danos morais sofridos pelo Estado na sua honra, dignidade e prestígio, que, no entanto, não são mensuráveis economicamente. Diante disto, na doutrina, normalmente, a satisfação é associada ao dano moral e a indenização a uma forma de reparação do dano material³¹⁵ - no entanto, como leciona Neto, essa dicotomia não é perfeita:

desde que os danos imateriais sejam suscetíveis de avaliação financeira, há a possibilidade de que se reconheça uma reparação por indenização. Assim, a doutrina diferencia os danos morais sofridos pelo Estado na sua honra, dignidade e prestígio dos danos imateriais sofridos por particulares ou funcionários do Estado. O dano moral do Estado, também chamado de dano político, presta-se à reparação por satisfação; ao contrário, o dano moral “privado”, aquele sofrido pelos funcionários ou nacionais do Estado, não é reparável por satisfação, sendo, portanto, indenizável. Assim, a perda de vidas humanas, a dor, o sofrimento, ou a afronta à intimidade ou à dignidade de um indivíduo, quando consequência de um ato internacionalmente ilícito, seja ou não no contexto da proteção diplomática, podem dar lugar à indenização³¹⁶.

A disponibilidade da satisfação para reparar prejuízos dessa natureza, algumas vezes descritos como “prejuízo imaterial”, é bem aceita tanto na doutrina como na jurisprudência internacional, tal como na sentença do caso *Rainbow Warrior*:

There is a long established practice of States and international Courts and Tribunals of using satisfaction as a remedy or form of reparation (in the wide sense) for the breach of an international obligation. This practice relates particularly to the case of

³¹³ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 245, para (4).

³¹⁴ No caso *Velásquez Rodríguez*, a Corte Interamericana de Justiça sustentou que o Direito Internacional não reconhece o conceito de indenização punitiva ou exemplar. *Inter-Am. Ct.H.R., Series C, No. 7 (1989)*, p. 52. No entanto, juiz na mesma Corte no período, Caçado Trindade refere-se ao caso *Velasquez-Rodriguez* para defender posição oposta em voto em apartado no caso *Myrna Mack-Chang (2003)*: “[contrary] to what the Inter-American Court maintained in the past, it is my view that reparations can perfectly well be both compensatory and punitive, with the aim of putting an end to impunity and ensuring realization of justice – which is perfectly in accordance with the current stage of development of international law.” (p. 46). Sentença de 25 de novembro de 2003.

³¹⁵ Ver, por exemplo, ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento; CASELLA, P. Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 365.

³¹⁶ NETO, Adelino Arantes. *Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e na OMC*. 2. ed., Curitiba: Juruá: 2008. p. 131.

moral or legal damage done directly to the State, especially as opposed to the case of damage to persons involving international responsibilities.³¹⁷

De acordo com a CDI, não é uma forma ordinária de reparação, vez que, na maior parte dos casos, o prejuízo causado pelo fato ilícito poderá ser integralmente reparado por meio da restituição e/ou indenização³¹⁸. O seu caráter supletivo é reforçado, no artigo 37, pela expressão “insofar (the injury) cannot be made good by restitution or compensation”.

Article 37

Satisfaction

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation.
2. Satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality.
3. Satisfaction shall not be out of proportion to the injury and may not take a form humiliating to the responsible State.

O parágrafo segundo do artigo 37 enumera algumas modalidades de satisfação, sem estabelecer qualquer ordem de preferência e tampouco sendo o rol exaustivo. A satisfação segue como um tipo aberto, que deverá assumir a melhor forma dependendo das circunstâncias fáticas.

Do mesmo modo como ressalvado no caso da restituição, a CDI estabelece que a satisfação não tem caráter punitivo ou exemplar.³¹⁹, fixando o parágrafo terceiro o critério da proporcionalidade como informador da satisfação e a proibição do uso de forma humilhante como satisfação.

8.1.2 Conteúdo do regime comum conforme a posição do beneficiário da obrigação secundária

Com base nessa distinção, é possível, portanto, classificar o conteúdo do regime comum da responsabilidade internacional do Estado estabelecido no Projeto de Artigos,

³¹⁷ Rainbow Warrior (New Zealand/France), UNRIAA, v. 20, p. 217 (1990), at p. 272-273, para. 122.

³¹⁸ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 263, para (1).

³¹⁹ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 268, para (8).

levando-se em conta os direitos do Estado lesado e dos Estados que não os Estados lesados; as obrigações do Estado infrator e; as obrigações dos demais Estados.

O regime comum de responsabilidade aplica-se quando uma obrigação ordinária, sem especial relevância para a comunidade internacional, é violada. Em tais situações, enquanto aos Estados lesados todos os tipos de conseqüências substantivas do regime comum estão disponíveis (art. 42), os Estados que não o Estado lesado nada poderão demandar ao Estado infrator (art. 48). Sendo a obrigação infringida fruto de uma relação estritamente bilateral entre o Estado infrator e o Estado vítima, não há nenhum interesse dos Estados que não foram lesados que os legitime a invocar a responsabilidade.

Se não há direitos conferidos aos Estados que não o Estado vítima, não há tampouco qualquer conseqüência ou obrigação imposta aos Estados que não o Estado infrator³²⁰ - não estando em questão qualquer interesse de natureza comunitária, a responsabilidade só faz nascer obrigações secundárias direcionadas aos Estados diretamente envolvidos na relação bilateral.

Assim, quando uma obrigação primária de caráter ordinário é violada, temos:

Pelo ponto de vista dos direitos,

- a) O Estado lesado poderá demandar a cessação do ato ilícito e a reparação integral.
- b) O Estado que não o Estado lesado nada poderá demandar.

Pelo ponto de vista das obrigações,

- c) O Estado infrator poderá ser demandado a cessar o ilícito e repará-lo integralmente;
- d) Os Estados que não o Estado infrator não poderão ser demandados.

8.1.3 Conteúdo do regime agravado de responsabilidade internacional

Vimos no item precedente que o conteúdo ordinário da responsabilidade internacional, quando uma obrigação bilateral é violada, abrange a cessação do ilícito e a reparação integral, mas tais conseqüências só são disponíveis para o Estado lesado.

³²⁰ A observação pode, a princípio, parecer redundante, vez que diante de uma obrigação violada o mais lógico é pensar em obrigações somente para o Estado que deu causa à violação. No entanto – e sem querer adiantar raciocínio que exporemos adiante –, apesar de soar estranho o questionamento sobre a existência de obrigações impostas a Estados terceiros quando um outro Estado viola uma obrigação, veremos que, quando a obrigação primária tem natureza cogente, haverá obrigações impostas a todos os Estados diante do seu descumprimento. Para a frente enfatizar tal diferença, já fizemos aqui o destaque.

E quando a violação atinge uma norma imperativa ou uma obrigação de interesse da comunidade internacional no seu conjunto, qual o conteúdo previsto pela CDI como regime agravado de responsabilidade internacional do Estado, tendo em conta a maior importância da obrigação primária violada? Há diferenças em relação ao regime comum? Há obrigações específicas impostas ao Estado infrator? Há direitos específicos para os demais Estados?

Como visto no item acima, a Parte II do Projeto de Artigos da CDI é dedicada ao tema do conteúdo da responsabilidade internacional do Estado. Os capítulos I e II definem o regime comum, enquanto o capítulo III regula o conteúdo da responsabilidade no regime agravado.

CHAPTER III SERIOUS BREACHES OF OBLIGATIONS UNDER PEREMPTORY NORMS OF GENERAL INTERNATIONAL LAW

Article 40

Application of this chapter

1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law.
2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.

Article 41

Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter

1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40.
2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.
3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law.

A fim de melhor estabelecermos uma comparação com o regime comum da responsabilidade, da mesma forma como procedemos na análise deste, avaliaremos as consequências materiais do regime agravado de responsabilidade serão analisadas em função das disposições sobre o regime de invocação da responsabilidade, vez que o conteúdo dos direitos e obrigações que surgem variam conforme a posição do Estado na relação de responsabilidade. Assim, também é possível identificar as consequências materiais do regime agravado de responsabilidade nas mesmas quatro categorias distintas:

Pelo ponto de vista dos direitos,

- a) Os direitos do Estado lesado.
- b) Os direitos do Estado que não o Estado lesado.

Pelo ponto de vista das obrigações,

- c) Os deveres do Estado infrator.
- d) Os deveres dos Estados que não o Estado infrator.

8.1.3.1 Direitos do Estado lesado

Do mesmo modo como ocorre com uma violação de obrigação ordinária, quando ocorre a violação de uma obrigação internacional de interesse da comunidade internacional (*erga omnes* ou decorrente de norma imperativa) por um Estado, é possível distinguir os demais Estados como tendo sido lesados ou não pelo ilícito. O Estado lesado é aquele que tem seus interesses subjetivos afetados, enquanto os que não foram atingidos na sua esfera de direitos subjetivos são tidos como “Estados que não o Estado lesado”.

Diante da violação de norma de interesse da comunidade internacional que afete subjetivamente os interesses de um Estado, os direitos que surgem para esse Estado lesado, de acordo com os artigos 40 e 41 do Projeto de Artigos da CDI, são exatamente os mesmos direitos substanciais que teria caso a obrigação violada fosse bilateral: a obrigação de cessação do ilícito e de reparação integral. Os dispositivos que regulam o regime agravado de responsabilidade não acrescentam nenhum novo direito à disposição do Estado lesado – o parágrafo terceiro do artigo 41 estabelece que as mesmas conseqüências reguladas pela Parte II do Projeto (para o regime comum de responsabilização do Estado) são aplicáveis quando há uma norma peremptória gravemente violada. Por certo, que as conseqüências da violação de obrigação ordinária estivessem também disponíveis para os casos em que obrigações mais relevantes fossem infringidas era o mínimo razoável. Tendo sido o Estado individualmente afetado em seus interesses materiais e morais pelo descumprimento de uma norma imperativa de Direito Internacional, nada mais justo que seus direitos incluam a cessação do ilícito e garantias de não-repetição e reparações materiais e morais já disponíveis caso a obrigação violada tivesse meramente caráter bilateral.

Na verdade, para fazer jus ao título de “regime agravado”, esperava-se que tais conseqüências fossem além daquelas já previstas para a violação de obrigações ordinárias. Não é, contudo, o que foi regulado pela versão final do Projeto de Artigos, de 2001, que adota a cessação do ilícito e garantias de não-repetição ao lado da reparação, com o mesmo escopo e com as mesmas restrições que o regime comum, como conseqüências do descumprimento de uma norma imperativa ou de uma obrigação *erga omnes* disponíveis para o Estado vítima.

Até aí, portanto, no que tange aos direitos do Estado lesado, não há diferenças em relação ao conteúdo do regime comum de responsabilidade internacional do Estado.

8.1.3.2 Direitos do Estado que não o Estado lesado

Já no que tange aos direitos dos Estados que não o Estado lesado, se diante da violação de uma obrigação bilateral tais Estados nada podem, essa posição muda quando se trata da violação de uma obrigação integral. Em função da importância da obrigação atingida, admitir-se-á que estes possam – artigo 48, parágrafo segundo - demandar (a) a cessação do ilícito e promessas e garantias de não-repetição, bem como (b) o cumprimento da obrigação de reparação no interesse do Estado lesado ou dos beneficiários da obrigação violada.

Article 48

Invocation of responsibility by a State other than an injured State

(...)

2. Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State:

(a) Cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and

(b) Performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.

Reconhece-se aos “Estados que não o Estado lesado”, em função da importância da norma descumprida, um interesse jurídico objetivo que resta afetado em razão de participarem de um regime legal específico de obrigações *erga omnes partes* ou em razão de serem membros da comunidade internacional com interesses no cumprimento de normas imperativas de Direito Internacional expressas em obrigações *erga omnes*.

Em quaisquer dos casos, porém, tais Estados não são subjetivamente afetados na sua individualidade. Sendo assim, seria, nas palavras de Linos-Alexander Sicilianos, “excessivo ou mesmo ilógico conferir a todos os Estados todo o conjunto de direitos que os Estados individualmente lesados gozam”³²¹, especificamente, o direito de demandar reparação em interesse próprio. Esse nivelamento por cima arriscaria levar a resultados absurdos, especialmente no campo das reparações. Seguindo o raciocínio do referido autor, era conseqüentemente necessário circunscrever claramente os direitos dos Estados não lesados e ao mesmo tempo amarrar o exercício desses direitos à atitude dos Estados lesados, sob o risco dos não lesados se tornarem “more royalist than the king”³²².

³²¹ No original, “It would, however, be excessive or indeed illogical to grant all states the whole set of rights that the state individually injured enjoys.” Neste sentido, Sicilianos cita, como um caso em que não há Estado individualmente lesado, o caso de violação por um Estado de direitos humanos dos seus próprios nacionais. SICILIANOS, Linos-Alexander. *Op. Cit.* p.1139.

³²² *Idem.*

Neste sentido, o próprio artigo 48, que regula a legitimação para invocar a responsabilidade pelos Estados não lesados se ocupa de restringir seus direitos, apresentando uma lista exaustiva de tais categorias³²³, abrangendo, como já dito, o direito de demandar (a) a cessação do ilícito e promessas e garantias de não-repetição, e (b) o cumprimento da obrigação de reparação no interesse do Estado lesado ou dos beneficiários da obrigação violada.

O reconhecimento do interesse de um Estado que não teve nenhum interesse contratual, bilateral, violado, que não sofre nenhum dano como suficiente para legitimá-lo a invocar a responsabilidade de um Estado, com fundamento exclusivo na garantia da ordem pública internacional representa sem dúvida um desenvolvimento da matéria que a distancia da limitada compreensão clássica privatista.

A previsão do direito de exigir a cessação do ilícito e garantias de não-repetição conferido *erga omnes* a título de conseqüência de responsabilização em uma relação onde não há prejuízo, com o intuito único de proteger valores caros à sociedade internacional, é uma mudança de direção ímpar se comparada com o tratamento tradicionalmente devotado à matéria.

Destaque maior ainda deve ser conferido à possibilidade de reivindicação, por um Estado que não o Estado lesado, de reparação no interesse dos beneficiários da obrigação decorrente de norma imperativa. Tal previsão consiste em um importante avanço na agenda da maior proteção a bens de importância maior para a comunidade internacional, sendo considerada pela Comissão como um elemento de desenvolvimento progressivo da matéria³²⁴. De fato, pode haver situações de violação a bens indisponíveis para a comunidade internacional em seu conjunto, sem que um Estado seja reconhecido como lesado pela violação de um ato – caso de um Estado que viola os direitos humanos de seus próprios nacionais³²⁵. Em tais casos, torna-se desejável que outros Estados, ainda que não atingidos em direito próprio, estejam em posição de requerer reparação pelos danos sofridos no interesse dos beneficiários da obrigação, sobretudo no seio de um sistema internacional que ainda titubeia em admitir outros que não os Estados como sujeitos de Direito Internacional. Daí o caráter de desenvolvimento progressivo do dispositivo.

³²³ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p.322, para (11).

³²⁴ International Law Commission. *Idem.* p.323, para (12).

³²⁵ Neste sentido, ver SICILIANOS, Linos-Alexander. *Op. Cit.* p.1139.

Assim, ainda que não tenha havido inovação, no sentido de ser criado um tipo diferenciado de direito em comparação com os já estabelecidos para o regime comum de responsabilidade, em decorrência da grande relevância da norma atingida para toda a comunidade internacional, nota-se uma ampliação desses direitos, que passam a ser também de titularidade dos demais Estados que não foram subjetivamente afetados. Neste ponto, se no regime comum, os “Estados que não os Estados lesados” pouco ou nada tinham a fazer, com o intuito de se proteger as normas mais caras à comunidade e mesmo a ordem pública internacional, eles passam a estar legitimados a invocar direitos de que não dispunham. É possível, portanto, afirmar que, quanto aos “Estados que não o Estado lesado”, o conteúdo do regime agravado de responsabilidade é, de fato, mais específico do que o regime ordinário.

8.1.3.3 Obrigações do Estado infrator

Para a completa análise do conteúdo do regime agravado de responsabilidade internacional, tão importante quanto os direitos dos Estados (lesados e não lesados) que surgem da responsabilização de um Estado, são as obrigações secundárias que o regime impõe ao Estado responsabilizado.

A definição de um conteúdo especial para as obrigações impostas ao Estado que viola uma norma de relevante interesse comunitário foi, no contexto da codificação da CDI, alvo de intensos debates, revelando um desenvolvimento tortuoso e ainda tímido. Como visto, quando inicialmente passa a integrar a lógica do sistema de responsabilidade internacional do Estado por fato ilícito, a idéia de proteção de normas de grande importância comunitária se fundava na expectativa de estabelecimento de um regime penal de responsabilidade por crimes internacionais³²⁶. Assim, essas obrigações especiais impostas ao Estado violador eram discutidas como conseqüências do cometimento de um “crime internacional”. Apesar do fato de que o conceito de “crime internacional” já havia sido definido e integrado ao Projeto de Artigos anos antes³²⁷, somente em 1996, tendo Arangio-Ruiz como relator especial, o Projeto de artigos, em primeira leitura, definiu que o cometimento de um crime internacional acarretaria conseqüências diferenciadas:

“CHAPTER IV
INTERNATIONAL CRIMES
Article 52

³²⁶ “Report of the Sub-committee on State Responsibility”, ILC Yearbook 1961, v. 2, p. 228.

³²⁷ A primeira tentativa de se estabelecer uma classificação das obrigações primárias que dão origem à responsabilidade foi elaborada em 1976, através do projeto de artigo 19 que estabeleceu essa diferenciação.

Specific consequences

Where an internationally wrongful act of a State is an international crime:

- (a) an injured State's entitlement to obtain restitution in kind is not subject to the limitations set out in subparagraphs (c) and (d) of article 43³²⁸;
- (b) an injured State's entitlement to obtain satisfaction is not subject to the restriction in paragraph 3 of article 45³²⁹.

Assim, conforme o extinto artigo 52, as conseqüências para um Estado responsabilizado pelo cometimento de um “crime” seriam:

- a. restituição e não indenização - ainda que o ônus de promover a restituição fosse desproporcional ao ganho obtido pelo Estado com a violação.
- b. A restituição poderia seriamente comprometer a independência política ou a estabilidade econômica do Estado violador.
- c. Do mesmo modo, as medidas de satisfação poderiam afetar a dignidade do Estado responsabilizado.

Ou seja, na versão de 1996, assim como ocorre com o Projeto adotado em 2001, no regime comum, as obrigações de restituição e satisfação eram limitadas por uma exigência de proporcionalidade em relação ao dano, o que garantia o seu caráter meramente compensatório e não punitivo. No entanto, quando se tratava de obrigações decorrentes de normas imperativas, essa limitação era afastada para permitir maior proteção a tais normas, estruturando assim um regime agravado de responsabilização que exigia do Estado violador as chamados “indenizações punitivas” (*punitives damages*). Com os dispositivos supra mencionados, previa a Comissão de Direito Internacional a possibilidade de que essas obrigações tivessem, em função da gravidade da violação e da importância da norma violada, natureza punitiva ou exemplar.

O conceito de “indenização punitiva” (ou exemplar ou não-compensatória) constitui uma das mais espetaculares obrigações específicas que poderia surgir de um regime de responsabilidade agravada. É amplamente aceito, tanto pelos apoiadores quanto pelos

³²⁸ Quais sejam: “Article 43 - Restitution in kind : The injured State is entitled to obtain from the State which has committed an internationally wrongful act restitution in kind, that is, the re-establishment of the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution in kind: (...) (c) would not involve a burden out of all proportion to the benefit which the injured State would gain from obtaining restitution in kind instead of compensation; or (d) would not seriously jeopardize the political independence or economic stability of the State which has committed the internationally wrongful act, whereas the injured State would not be similarly affected if it did not obtain restitution in kind.”

³²⁹ “Article 45 – Satisfaction: (...) 3.The right of the injured State to obtain satisfaction does not justify demands which would impair the dignity of the State which has committed the internationally wrongful act.”

detratores da idéia, que o seu reconhecimento significaria um passo fundamental na direção de um efetivo sistema de responsabilidade agravada³³⁰.

No entanto, a Comissão, em uma segunda leitura, considerou que as conseqüências estipuladas eram irrealistas³³¹. De fato, considerando-se a reação dos governos em seus comentários³³², ficou claro que não haveria sustentação social para as proposições feitas, ao menos da forma como constaram no Projeto de 1996. Assim, da mesma forma como a distinção entre delitos e crimes internacionais inicialmente proposta por Roberto Ago não prosperou, tendo sido mais tarde abandonada³³³, também tais conseqüências agravadas para os Estados responsabilizados foram descartadas na versão final do Projeto de Artigos, sendo inclusa, no artigo devotado ao tema, somente, uma *saving clause* para desenvolvimento futuro da matéria:

Article 41

Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter

1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40.
2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.
3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this Part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law. (grifo nosso)

Na versão finalmente aprovada em 2001 do Projeto de Artigos, portanto, relativamente às obrigações que cabem ao Estado responsabilizado pela violação de uma obrigação de interesse da comunidade internacional, temos que elas se restringem à exigência de cessação do ilícito e de garantias de não-repetição e de reparação dos danos causados, não acrescentando assim nenhum conteúdo diferenciado do regime comum de responsabilidade.

³³⁰ Ver CRAWFORD, James, First Report on State Responsibility, UN. DOC. A/CN.4/490, para 84; Third Report on State Responsibility, UN. DOC. A/CN.4/507, para 409.

³³¹ CRAWFORD, James; BODEAU, Pierre; PEEL, Jacqueline. The ILC's Draft Articles on State Responsibility: Towards Completion of a Second Reading, *ILC*, 52st session, 2000. p. 23.

³³² Ver, por exemplo, UN. DOC. A/CN.4/488, para 51 (Áustria), paras 54 e 55 (França), paras. 55 a 59 (Irlanda), paras 60 e 61 (Suíça) para 61 (Reino Unido), paras 61 a 63 (Estados Unidos), paras 137 e 138 (Alemanha), UN. DOC. A/CN.4/492 (Japão).

³³³ O polêmico artigo 19, que estabelecia a diferenciação, foi abandonado na versão de 2000 do projeto. Nas palavras de Crawford, percebeu-se claramente que o conceito de “crime internacional” tratava-se então de “uma poderosa idéia, imperfeitamente formulada no artigo 19, de que algumas questões de responsabilidade internacional dizem respeito à comunidade internacional de Estados como um todo, uma idéia que certamente tem sido controversa, tem sido amplamente aprovada, mas ao mesmo tempo tem raramente sido aplicada e na forma proposta no Projeto de Artigos é dificilmente capaz de aplicação”. CRAWFORD, James. Revising the draft articles on state responsibility. *European Journal of International Law*, Florence., v. 10, n. 2, p. 436, 1999.

Essa opção da CDI certamente já ecoa na prática internacional, podendo ser percebida no fato de algumas decisões internacionais já recorrerem a esse entendimento para excluir caráter punitivo às medidas imputadas ao Estado responsabilizado. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Caribe, no caso *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v. Guyana*, ao considerar a questão da aceitação de indenizações punitivas no Direito Internacional, sustentou que não estava “...*persuaded that exemplary damages may be awarded by it and in this case shall not award any such damages*” e, para fundamentar tal postura, citou a seguinte passagem retirada dos comentários gerais da CDI ao capítulo III (“Graves violações de obrigações decorrentes de normas imperativas de Direito Internacional geral”) do Projeto de Artigos: “the award of punitive damages is not recognized in international law even in relation to serious breaches of obligations arising under peremptory norms”³³⁴.

Evidentemente, é possível afirmar que o conteúdo preciso do dever de reparação que o Estado infrator terá que suportar será influenciado pela gravidade do ilícito e pelas conseqüências que o fato irá gerar, que, por certo, são mais graves quando se tratam de obrigações de interesse da comunidade internacional no seu conjunto³³⁵. No entanto, tal diferença é meramente gradual e poderá ser resolvida pela aplicação da sistemática comum de reparação.

Comparativamente com o regime comum, portanto, conclui-se que o Estado que tenha violado uma obrigação *erga omnes* ou uma norma peremptória não possui absolutamente nenhuma obrigação específica, *qualitativamente* diferenciada daquelas que teria se ordinária a obrigação fosse.

A nosso ver, a CDI poderia ter avançado mais nesse ponto e previsto no Projeto algumas obrigações especiais para compor o regime agravado de responsabilidade diante da violação de uma norma de *jus cogens*. Sem dúvida entendemos que a formulação proposta no Projeto de 1996 efetivamente se prestava as mais severas críticas, posto que, além de já se tratar de um desenvolvimento progressivo da matéria, sem correspondência com a prática internacional então sedimentada – o que naturalmente já acarreta reações reticentes - as medidas ali vislumbradas fixavam conseqüências de pouca aplicabilidade. As obrigações

³³⁴ Caribbean Court of Justice, *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v. The State of the Co-Operative Republic of Guyana*, Case No. [2009] CCJ 5 (OJ), Julgamento de 20 de agosto de 2009, para. 38, referência ao parágrafo (5) dos comentários introdutórios ao Capítulo III, Parte II do Projeto de Artigos da CDI.

³³⁵ TAMS, Christian J. Do serious breaches give rise to any specific obligations of the Responsible State? *EJIL*, v. 13, n. 5, p. 1163, 2002.

previstas poderiam ser questionadas até mesmo na sua utilidade na proteção dos mais altos valores comunitários, vez que permitiam conseqüências extremamente danosas à população de um Estado responsabilizado – como a exigência de restituição ainda que a sua promoção colocasse em risco a independência política e a estabilidade financeira do Estado, como visto acima – eventualmente atingindo, elas mesmas, direitos fundamentais daquela população.

No entanto, a formulação proposta no Projeto de 1996 não era a única possível e não se tratava de adotá-la ou não adotar nada, como acabou ocorrendo. Ao contrário, entendemos que uma formulação diferente, mais cautelosa, poderia alcançar uma maior aceitação pelos Estados. Talvez sob o título de “reparações exemplares” - para acompanhar a mudança terminológica operada com a substituição da expressão “crimes internacionais” pela expressão “normas de interesse da comunidade internacional no seu conjunto” – algumas medidas pudessem ter sido previstas no regime agravado de responsabilidade do Projeto de Artigos de 2001.

Como sugestão para um desenvolvimento futuro da matéria, temos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos exemplos objetivos de reparações exemplares já aplicadas e que, nos parece, serviriam aos propósitos de um regime agravado de responsabilização, ao menos como inspiração inicial. No âmbito da proteção dos Direitos Humanos – por excelência normas de interesse da comunidade internacional no seu conjunto – aquela Corte por diversas vezes já determinou o cumprimento de obrigações que vão além do mero intuito compensatório, adquirindo caráter exemplar, não se restringindo, tão-pouco, a uma compensação pecuniária. De fato, reparações exemplares podem ser encontradas nos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por exemplo, no caso *Aloeboetoe v. Suriname* (Julgamento de 10 de setembro de 1993), a Corte determinou que uma escola fosse reaberta e que uma fundação fosse estabelecida para assistir aos beneficiários e nos casos *Villagrán-Morales et al. v. Guatemala* (case of the "Street Children", Julgamento de 26 de maio de 2001) e *Trujillo-Oroza v. Bolívia* (Julgamento de 27 de fevereiro de 2002), a Corte determinou que uma centro educacional fosse criado e que recebesse o nome das vítimas do caso – reconhecendo assim o sofrimento das vítimas e compelindo o Estado a preservar a sua memória. Ainda é possível citar os casos *Cantoral Benavides v. Peru* (Julgamento de 3 de dezembro de 2001) e *Barrios Altos v. Peru* (Julgamento de 30 de novembro de 2001), onde a Corte determinou, além das reparações normais, que o Estado providenciasse o custeio da educação universitária das vítimas. Além de diversos casos em

que os Estados violadores recebiam a obrigação de investigar os casos das vítimas e punir internamente as pessoas responsáveis individualmente³³⁶.

Se acreditamos que ainda está para ser mais bem definido o conteúdo das obrigações especiais de um regime agravado, por outro lado, entendemos como certo que medidas com propósitos dissuasivos ou exemplares podem contribuir tanto na luta contra a impunidade dos Estados violadores quanto na garantia da não-reincidência de atos tão graves de violação. Advogando a favor das medidas de caráter exemplar (ou punitivo, a diferença é somente de nomenclatura), Cançado Trindade afirmou:

it is my view that reparations can perfectly well be both compensatory and punitive, with the aim of putting an end to impunity and ensuring realization of justice –which is perfectly in accordance with the current stage of development of international law³³⁷.

Ainda nas palavras do internacionalista:

The relatively succinct treatment of grave violations –and their consequences- of obligations under mandatory norms of general International Law (Articles 40-41)³³⁸ in the ILC's Articles on the Responsibility of the States (2001) reveals the insufficient conceptual development of the matter up to our days, in an international community that is still seeking a greater degree of cohesion and solidarity³³⁹.

A nosso ver, portanto, a conclusão de que não há diferenças qualitativas no que tange aos direitos dos Estados lesados e às obrigações impostas aos Estados infratores no Projeto de Artigos coloca em xeque a existência de um verdadeiro conteúdo agravado de responsabilidade internacional por violação de obrigações de maior relevância para a comunidade internacional. O estágio atual das relações internacionais, com a estruturação ainda tímida em torno de ideais comunitários, não permitiu o avanço legal desejado por Ago para uma efetiva proteção das normas imperativas. Por fim, reconhecendo essa limitação, a CDI acabou por optar por uma redação mais conservadora nos artigos sobre conseqüências

³³⁶ Comentando tais obrigações de investigar, afirmou Cançado Trindade: “I have verified that the States Parties to the American Convention, and that are subject to the jurisdiction of the Court, find it less difficult to comply with pecuniary reparations than to comply with the duty to investigate as a form of non pecuniary reparation (giving satisfaction to the victims, to their next of kin, and to the social environment concerned).” Voto em apartado no caso Blanco-Romero et al v. Venezuela, Sentença de 28 de novembro de 2005. para 6.

³³⁷ Voto em apartado do juiz A.A. Cançado Trindade, CorteIDH. Caso Myrna Mack Chang. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, para 46.

³³⁸ Cf. comments in CRAWFORD, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. Cambridge: University Press, 2002. p. 242-253.

³³⁹ Voto em apartado do juiz A.A. Cançado Trindade, CorteIDH. Caso Myrna Mack Chang. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, para 8.

particulares da violação de uma norma imperativa, deixando, a partir da *saving clause* do parágrafo terceiro do artigo 41, aberta a matéria para desenvolvimentos futuros:

The fact that such further consequences are not expressly referred to in chapter III does not prejudice their recognition in present-day international law, or their further development. In addition, paragraph 3 reflects the conviction that the legal regime of serious breaches is itself in a state of development. By setting out certain basic legal consequences of serious breaches in the sense of article 40, article 41 does not intend to preclude the future development of a more elaborate regime of consequences entailed by such breaches.³⁴⁰

8.1.3.4 Obrigações de todos os Estados

Se, como analisado, não há na sistemática do Projeto de Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado, adotado pela CDI em 2001, nenhuma diferença concernente às obrigações que devem ser suportadas pelo Estado infrator no regime agravado que não seja prevista também no regime comum, há, ao menos, uma diferença no campo das obrigações que se diferencia do regime ordinário de responsabilidade. Nesse aspecto, vislumbra-se que o regime agravado do Projeto de Artigos da CDI estabelece obrigações não somente para o Estado infrator, mas amplia o seu escopo e define obrigações para todos os demais Estados da comunidade internacional – o que não é previsto no caso de descumprimento de obrigações de caráter meramente bilateral.

Já na versão de 1996, o artigo 53 do Projeto de Artigos estabelecia obrigações específicas direcionadas a todos os Estados frente ao cometimento de um crime internacional:

Article 53

Obligations for all States

An international crime committed by a State entails an obligation for every other State:

- (a) not to recognize as lawful the situation created by the crime;
- (b) not to render aid or assistance to the State which has committed the crime in maintaining the situation so created;
- (c) to cooperate with other States in carrying out the obligations under subparagraphs (a) and (b); and
- (d) to cooperate with other States in the application of measures designed to eliminate the consequences of the crime.”

O conteúdo do artigo 53 foi praticamente todo mantido no Projeto de 2001, sob a forma do novo artigo 41, que estabelece as conseqüências particulares para a violação de uma norma imperativa:

Article 41

Particular consequences of a serious breach of an

³⁴⁰ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, comentários ao artigo 41, para (14).

obligation under this chapter

1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40.
2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.
3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this Part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law. (grifo nosso)

Conforme o parágrafo primeiro, todos os Estados estão incumbidos da obrigação positiva de cooperar para dar fim à violação de uma obrigação decorrente de norma de especial interesse da comunidade internacional no seu conjunto. De acordo com a Comissão, em função da diversidade de possibilidades envolvidas, o dispositivo não detalha as formas que essa cooperação pode tomar³⁴¹ - apenas estabelece que apenas pode se socorrer de meios legais. O parágrafo segundo, por sua vez, estabelece um dever de abstenção aos Estados sempre que diante de uma grave violação de norma imperativa internacional que se desdobra em duas obrigações negativas: primeiro, não devem reconhecer como legal as situações criadas a partir de tais violações; segundo, não devem ajudar ou assistir na manutenção de tais situações. Ambos os parágrafos deixam claro também que as obrigações neles estabelecidas se aplicam a todos os Estados, independente de serem ou não o Estado responsabilizado e de terem ou não sido subjetivamente afetados pela violação.

Analisando as obrigações impostas, tidas como compondo o regime agravado de responsabilidade, vale dizer que, no que tange às obrigações negativas do parágrafo segundo, a existência de obrigações de não-reconhecimento e não-assistência em resposta a graves violações de obrigações decorrentes de normas imperativas já encontrava suporte na jurisprudência e na prática internacional³⁴², não consistindo, portanto, um avanço na proteção das normas imperativas. Maior relevo, para o objeto do nosso estudo, nos parece ter o parágrafo primeiro. Compreendendo que o propósito do dispositivo é a formação de um esforço conjunto e coordenado diante da grave violação de norma peremptória, a própria CDI afirma que poderia ser questionado se tal obrigação positiva já era encontrada no Direito Internacional geral ou se estaríamos diante de um desenvolvimento progressivo da matéria.

³⁴¹ International Law Commission. *Idem*. p.286, para (2).

³⁴² Um exemplo de prática de não-reconhecimento de atos que violam normas de *jus cogens* pode ser dado pela reação do Conselho de Segurança da ONU à invasão do Iraque ao Kuwait em 1990. Após a declaração do Iraque de "fusão completa e eterna" com o Kuwait, o Conselho de Segurança, na Resolução 662, de 9 de Agosto de 1990, decidiu que a anexação "não tinha validade jurídica, e era considerada nula e sem efeito", e convocou todos os Estados, organizações internacionais e agências especializadas para não reconhecerem a anexação e se absterem de qualquer ação ou negociação que pudesse ser interpretada como um reconhecimento dessa, direta ou indiretamente. De fato, nenhum Estado reconheceu a legalidade da anexação pretendida, e os efeitos desta foram posteriormente revertidos.

De fato, ainda que tal cooperação, em especial no âmbito das organizações internacionais, já seja aplicada como resposta às mais graves violações do Direito Internacional, não nos parece já estar sedimentada na prática internacional como uma obrigação dos Estados. Em função disso, vislumbramos uma priorização aos deveres de solidariedade internacional dada pela CDI, com o fomento de respostas multilaterais em detrimento do bilateralismo classicamente predominante. Nesse sentido, a própria Comissão, em seus comentários ao Projeto, declara que o dispositivo procurou justamente fortalecer os mecanismos já existentes de cooperação³⁴³.

Diante do exposto, vimos que, no âmbito das consequências substantivas imputadas aos Estados, em função das resistências apresentadas pela sociedade internacional, a CDI, a despeito da empolgação inicial traduzida na formulação do conceito de “crimes internacionais” e de “punitive damages”, que remontam à década de 70, não teve um desenvolvimento linear, mas pendular, no que concerne à elaboração de tutela específica de proteção das normas mais caras à comunidade internacional no seu conjunto. Ao final de décadas de trabalho em um esforço de se codificar o regime da responsabilidade internacional do Estado, apenas muito timidamente se pode caminhar no sentido de estabelecer um verdadeiro regime agravado de responsabilização, resumidamente: 1) o artigo 41 do Projeto de Artigos é omissivo na previsão de consequências agravadas para o Estado responsabilizado pela violação de uma norma imperativa, sendo suas obrigações as mesmas fixadas para o regime comum; 2) o artigo 41 apenas define obrigações gerais para todos os Estados, merecendo destaque, como desenvolvimento progressivo da matéria, somente a imposição do dever positivo de cooperar no combate aos mais graves ilícitos internacionais.

Para completar a análise crítica acerca da elaboração desse regime agravado, além dos direitos substanciais *supra*, devem também ser pesquisados os direitos instrumentais aos quais os Estados foram legitimados a recorrer diante da violação de *jus cogens*, na sistemática estabelecida pelo Projeto de 2001 – o que passamos a fazer no capítulo que se segue.

8.2 Consequências instrumentais

Com o objetivo principal de induzir o Estado responsabilizado a cumprir suas obrigações secundárias substanciais, o regime da responsabilidade internacional prevê a

³⁴³ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Three, p.286, para (3).

utilização de medidas de caráter instrumental, as chamadas contramedidas – tratadas na Parte III do Projeto de Artigos, dedicadas à implementação da responsabilidade internacional, artigos 49 a 54. As contramedidas são os meios de execução das obrigações secundárias de cessação do ilícito e de reparação.

O artigo 22 do Projeto também trata da contramedida, estabelecendo ser tal sanção uma excludente de ilicitude. Assim, a contramedida é um ato de Estado em violação de uma norma internacional, que permanece lícito por se constituir, no Direito Internacional, em medida legítima de reação contra o outro Estado, diante da prática, por este último, de ato ilícito. A contramedida seria um ato ilegal em si mesmo, mas que perde o caráter ilícito em face do descumprimento anterior de norma internacional por parte do Estado alvo da medida.³⁴⁴ Em um sentido geral, o princípio base por detrás da contramedida é o direito à autotutela.

8.2.1 As “contramedidas” no Projeto de Artigos

A inserção de dispositivos regulamentando o recurso às contramedidas como consequência da responsabilidade internacional no Projeto de Artigos não ocorreu de forma pacífica. Desde o início, a Comissão discutiu acerca da pertinência da sua inclusão no regime de normas secundárias de responsabilidade internacional do Estado. Comentando a referida discussão, Crawford nos conta que:

Special Rapporteur Roberto Ago, who was responsible for the basic conceptions underlying the Draft Articles, had to face this question directly. Did state responsibility involve in its essence a series of secondary legal obligations in the framework of restitution and compensation, or was it essentially concerned, as Kelsen and some others thought, with a form of sanction in response to an internationally wrongful act? Ago thus faced an older doctrinal controversy of an entrenched kind, with two well defined views. He resolved it, as so often such controversies are resolved, by adopting elements of both views — by having, as it were, something of both worlds. He conceived state responsibility as concerned with reparation in the general sense — restitution, compensation, etc. — *and* as a form of sanction.³⁴⁵

³⁴⁴ Report of the International Law Commission – 52nd session – 2001 – State Responsibility, Comentários ao artigo 49. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>> Acesso em: maio 2010.

³⁴⁵ CRAWFORD, James. The Relationship between Sanctions and Countermeasures, a contribution to the Colloquium of the Graduate Institute of International Studies (Geneva) on United Nations Sanctions and International Law (June 1999), p.2.

Assim, a princípio, o tema das contramedidas ganhou espaço no Projeto de artigos sob a expressão “sanção”³⁴⁶ e como conteúdo da responsabilidade internacional do Estado, ao lado das obrigações substantivas de cessação do ilícito e reparação. Para Ago, as então “sanções” eram reações ao ilícito de caráter punitivo – tese compatível com um Direito Internacional “criminalizado” – e incidentalmente coercitivas, que surgem como direito do Estado lesado concomitantemente à obrigação de reparar do Estado autor. Logo, para o relator italiano, a prerrogativa da adoção da sanção não era subsidiária às obrigações secundárias de reparação e cessação do ilícito.

No entanto, na releitura do dispositivo de Ago sobre o uso das “sanções”, a Comissão, já sob o comando de Arangio Ruiz como relator especial, foi mais conservadora³⁴⁷. O termo “sanções” foi abandonado e, em seu lugar, passou-se a utilizar a expressão hoje em voga “contramedida”.

A primeira orientação que a CDI quis dar ao preferir o termo “contramedidas” foi afastar a finalidade punitiva que coexistia com a dimensão coercitiva e reparatória na expressão “sanção” conforme compreendida por Ago, pontuando a sua natureza instrumental e coercitiva³⁴⁸. Tendo clara tal distinção, no desenvolvimento do regime da responsabilidade internacional, o caráter punitivo da sanção, como mera retribuição, foi afastado pela Comissão de Direito Internacional em prol de seu caráter coercitivo³⁴⁹, que busca constranger o Estado infrator no sentido de retorno à normalidade internacional. Essa opção da CDI fundamentou-se na observação do princípio da igualdade soberana dos Estados, sendo aceito no Direito Internacional o *par in parem non habet imperium*, o que impede a punição de um ente por seu igual³⁵⁰. O artigo 49, §1º, do Projeto de Artigos da responsabilidade internacional do Estado

³⁴⁶ O artigo 30 do Projeto de Artigos, conforme proposto por Ago, fixava: “The international wrongfulness of an act not in conformity with what would otherwise be required of a State by virtue of an international obligation towards another state is precluded if the act was committed as the legitimate application of a sanction against that other state, in consequence of an internationally wrongful act committed by that other State”.

³⁴⁷ Conferir o debate acerca do tema: *ILC Yearbook, 1979*, v. 1, p. 171 (para. 8) and 175.

³⁴⁸ De acordo com Cottreau, “*Sans doute l’optique est-elle aujourd’hui légèrement différente. Les réactions-sanctions institutionnelles pour obtenir la réalisation de l’obligation ou mesures réactives pour le même but n’ont plus le caractère afflictif marqué que voulait leur attacher le premier rapporteur spécial.*” COTTEREAU, Gilles *Apud*. RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p.450.

³⁴⁹ De acordo com a Comissão, “*Countermeasures are not intended as a form of punishment for wrongful conduct but as an instrument for achieving compliance with the obligations of the responsible State under Part Two*”. International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 329 (1).

³⁵⁰ Nesse sentido, cite-se Alland, que critica o cunho punitivo das sanções vislumbrado por outros autores, afirmando que “*countermeasures ought only to exist for the purpose of stopping a State, which has committed an internationally wrongful act, from persevering in its illegal action or to force it to make reparation (...) the idea of punishment in this connection is not only pointless and premature, it is downright dangerous*”.

da Comissão de Direito Internacional endossa a visão instrumental das sanções, ao afirmar que a adoção das mesmas tem o objetivo de induzir o Estado violador a cumprir suas obrigações secundárias, expostas na segunda parte, que descrevem a obrigação de reparação em sentido amplo. Essa orientação da Comissão de Direito Internacional confirma o desenvolvimento do Direito Internacional em direção à proibição do uso de sanções de cunho meramente punitivo e retaliatório.

Conseqüentemente, ao apontar a função nitidamente instrumental dos recursos às contramedidas³⁵¹, a Comissão de Direito Internacional consagrou a divisão das conseqüências da violação de obrigação internacional entre as conseqüências substanciais e instrumentais, definindo estas como subsidiárias daquela³⁵². Conforme Crawford:

Countermeasures are seen as instrumental to obtaining reparation in the broad sense. To this extent Professor Arangio-Ruiz's conception of a countermeasure (...) is narrower than that implied by article 30. Conduct is not a (potentially legitimate) countermeasure merely because it is taken in consequence of an internationally wrongful act: it must be taken in response to an internationally wrongful act and with a view to obtaining reparation³⁵³.

Para uma melhor compreensão do significado que teve a escolha do termo “contramedidas” pela Comissão, cumpre ainda realizar uma distinção conceitual entre as expressões correlatas “sanção”, “retorsão” e “represália”, que foram descartados pela CDI na elaboração do Projeto de Artigos, optando-se somente pelo recurso ao termo contramedidas.

No Direito Internacional, a expressão “sanção” pode ser entendida, em sentido amplo, como uma medida reativa a uma violação prévia de obrigação internacional, cuja função é dar efetividade ao direito³⁵⁴. Desse modo, sanção é o gênero do qual fazem parte as espécies

ALLAND, Denis. International responsibility and sanctions: self-defence and countermeasures in the ILC codification of rules governing international responsibility. In: SIMMA, Bruno; SPINEDI, Marina (edits), *United Nations Codifications of State Responsibility*. Rome: Ocena Publications Inc., 1987. p. 176.

³⁵¹ Segundo comentário da própria Comissão: “*Esas contramedidas las adopta un Estado lesionado para inducir al Estado responsable a cumplir las obligaciones que le incumben conforme a la segunda parte. Tienen carácter instrumental y se tratan adecuadamente en la tercera parte como un aspecto de los modos de hacer efectiva la responsabilidad del Estado.*” Cf. in Report of the International Law Commission – 52nd session – 2001 – State Responsibility, Comentários ao artigo 49. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>>. Acessado em: abr. 2011

³⁵² Para Neto, “a instrumentalidade das contramedidas representa, com efeito, o desfecho natural da distinção entre as obrigações materiais decorrentes do ato ilícito (a cessação e a reparação, conteúdo da responsabilidade) e as prerrogativas de implementação da responsabilidade” NETO, Adelino Arantes. *Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e na OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá: 2008. p. 167.

³⁵³ CRAWFORD, James. The Relationship between Sanctions and Countermeasures, a contribution to the Colloquium of the Graduate Institute of International Studies (Geneva) on United Nations Sanctions and International Law (June 1999), p.3.

³⁵⁴ Para Dupuy, a sanção é um conjunto amplo de “*toutes conséquences de fait ou de droit entraînés par des mesures prises en réaction à la violation d’une obligation*”. DUPUY, P.M. Observations sur la pratique récente des ‘sanctions’ de l’illicite. In: *87 Revue Generale de Droit International Public*, 1993. p. 540-541.

sanção em sentido estrito, retorsão e contramedida/represália. Em sentido estrito, por sua vez, o significado de “sanção” é compreendido como a reação de organizações internacionais a violações de norma internacional, sendo, portanto, uma medida coletiva – é neste caráter estrito que, na versão final do Projeto adotada em 2001, as referências feitas ao termo “sanção” são realizadas³⁵⁵.

Sendo espécies do gênero “sanção” *lato sensu*, as demais espécies, “retorsão”, “represália” e “contramedida” diferem da “sanção” *stricto sensu*, pois são concebidas como medidas de reação unilaterais (ou sanções unilaterais), ou seja, promovidas pelos próprios Estados, de forma descentralizada. Dentre elas, enquanto a retorsão é compreendida como uma medida legal³⁵⁶, a contramedida e a represália são tidas como ilegais.

Quanto à preferência do termo “contramedidas” ao termo “represálias” no Projeto, sendo, a princípio, ambas uma forma de sanção unilateral ilegal, a Comissão de Direito Internacional escolheu a primeira por entender que as “represálias”, ultimamente, têm sido compreendidas como medidas tomadas em um contexto de conflito armado internacional, sendo, portanto, sinônimas de represálias bélicas³⁵⁷. Assim, preferiu-se o termo contramedida para designar a parte das represálias que não estão associadas aos conflitos armados, acreditando-se que esteja assim em consonância com a prática moderna e com as decisões judiciais.

No que tange à expressão “sanção”, como vimos, essa chegou, inicialmente, a ser utilizada no Projeto de Artigos, tendo posteriormente sido abandonada. Além da intenção de enfatizar o caráter estritamente instrumental da medida de execução, vale ainda dizer que, ao optar pelo termo “contramedidas”, encarado como sanção unilateral, excluindo-se o termo “sanção”, identificado como uma medida coletiva, o

³⁵⁵ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 325 (3).

³⁵⁶ De acordo com a Comissão, “Las contramedidas no son lo mismo que la retorsión, es decir, un comportamiento “inamistoso” que no corresponde a ninguna obligación internacional del Estado que así se comporta, incluso si puede ser una respuesta a un hecho internacionalmente ilícito. Los actos de retorsión pueden incluir la prohibición o limitación de las relaciones diplomáticas normales u otros contactos, embargos de diversos tipos o retirada de los programas voluntarios de ayuda.” Cf. in Report of the International Law Commission – 52nd session – 2001 – State Responsibility, Comentários ao artigo 49. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>> Acesso em: jun. 2011. Para Accioly, a retorsão não é sequer uma resposta a um ilícito, sendo motivada por um ato que o direito não proíbe ao Estado estrangeiro, mas que causa prejuízo ao Estado que dela lança mão. Neste sentido, afirma o autor que a retorsão implica a aplicação, a um Estado, de meios ou processos idênticos aos que ele empregou ou está empregando, sendo, portanto, legítimas. ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento; CASELLA, P. Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 805.

³⁵⁷ Report of the International Law Commission – 52nd session – 2001 – State Responsibility, Comentários ao artigo 49. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>> Acesso em: jun. 2011.

Projeto de Artigos da Comissão manteve uma abordagem puramente interestatal das medidas instrumentais de implementação da responsabilidade. O enfoque, portanto, da Comissão é na sanção unilateral, sem que sejam mencionadas - seja para aceitá-las ou restringi-las - as sanções coletivas³⁵⁸. “The injured state is in its own right and on its own account”³⁵⁹ – nos diz Crawford.

A referência somente às contramedidas - medidas unilaterais – no Projeto de Artigos da CDI denuncia o atual estágio da sociedade internacional, no qual não existe o monopólio de exercício de sanções por violações de obrigação internacional³⁶⁰. Com efeito, a utilização de processos internacionais institucionais de responsabilidade internacional do Estado é dificultada nos dias de hoje pela lenta aceitação dos mesmos por parte dos Estados. É fato notório que os tribunais e instâncias internacionais têm dificuldade em obter a adesão dos Estados, sobretudo em questões relativas à violação de normas imperativas, tais como as normas de proteção aos direitos humanos³⁶¹, sendo a via unilateral ainda largamente utilizada

³⁵⁸ Eventualmente, pode-se argumentar que a *saving clause* do artigo 59, que afirma que o Projeto de Artigos deve ser compreendido sem prejuízo da Carta das Nações Unidas, estaria justamente deixando aberta a porta para a utilização de sanções coletivas, no sentido de uma medida tomada no âmbito de um organismo internacional – no caso, o Conselho de Segurança. No entanto, segundo valiosa lição de Crawford, deve-se ter bastante cautela ao se estabelecer tal paralelo: “The term “sanction” is not used in the United Nations Charter, and subject to one possible qualification, the Security Council, though it authorises coercive responses, does not impose “sanctions” in the strict sense. Its powers are described not in terms of responses to internationally wrongful acts but to situations which it characterises as threats to or breaches of the peace. As Pierre-Marie Dupuy has pointed out, these threats or breaches do not necessarily entail internationally wrongful conduct. Indeed they may involve conduct which is exclusively within the domestic jurisdiction of the “target” state (see article 2 (7)). Moreover the response to them is authorised in virtue of their character as threats to or breaches of the peace and not in virtue of their character as internationally wrongful acts. So the Security Council is (...) not specifically authorized to impose sanctions as Professor Abi-Saab has defined them. It is not specifically authorized to adjudicate on wrongful conduct and to respond to it in its character as such.” A prática recente do Conselho de Segurança, porém, tem deixado obscura essa distinção: “in a number of cases (notably concerning Iraq) the Security Council has apparently taken Chapter VII action in virtue of its qualification of conduct as internationally wrongful. Moreover it has established bodies such as the United Nations Compensation Commission with a view to obtaining something which it is impossible to distinguish from restitution and compensation as those terms are used in the law of state responsibility.” CRAWFORD, James. *The Relationship between Sanctions and Countermeasures*, a contribution to the Colloquium of the Graduate Institute of International Studies (Geneva) on United Nations Sanctions and International Law (June 1999), p.1.

³⁵⁹ CRAWFORD, James. *The Relationship between Sanctions and Countermeasures*, a contribution to the Colloquium of the Graduate Institute of International Studies (Geneva) on United Nations Sanctions and International Law, June 1999, p.4.

³⁶⁰ De acordo com a Comissão, “*Countermeasures are a feature of a decentralized system*”. International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 324 (1). Neste sentido, sobre a utilização das contramedidas Mello afirma que “*o Estado, na sociedade internacional que é descentralizada, acaba sendo juiz em causa própria*”. *Op. Cit.* ‘p. 169.

³⁶¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do Homem (A Convenção Europeia dos Direitos do Homem), *RT/Fasc. Civ.* Ano 87, v. 749, mar. 1998, p. 11-45.

para impor ao Estado violador medidas coercitivas, com especial ênfase para com as medidas de cunho econômico³⁶².

Além de não tratar das sanções coletivas, o Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional também explicitamente decidiu não regulamentar a utilização da retorsão, uma vez que são atos em si permitidos pelo Direito Internacional³⁶³, limitando apenas o uso das contramedidas. As medidas de retorsão são sanções unilaterais adotadas por um Estado em sua esfera de competência, dentro de uma discricionariedade permitida pelo exercício de sua soberania³⁶⁴.

No entanto, o uso de retorsão tem sido freqüentemente utilizado especialmente por países desenvolvidos (vide o notório embargo econômico, comercial e financeiro imposto pelos EUA à Cuba, que já dura 50 anos, mesmo formalmente condenado pelas Nações Unidas³⁶⁵), pois tais medidas, além de indiscutível apelo prático de dissuasão dos supostos violadores do Direito Internacional, não constituem violação de obrigação internacional por parte dos países praticantes. Diante disso, entendemos que a retorsão, como uma forma de sanção unilateral, também precisaria ter impostas limitações a sua utilização. Neste sentido, concordamos com Ramos que a maciça utilização da retorsão, mesmo em áreas como a da proteção aos direitos humanos, deveria gerar uma discussão sobre a suposta neutralidade jurídica internacional de sua utilização³⁶⁶. A discricionariedade, baseada na soberania, e a ausência de obrigação internacional violada pelo Estado aplicador, não podem implicar na livre aplicação da retorsão. Assim, causa estranheza o alinhamento da CDI à posição tradicional do Direito Internacional que autoriza um Estado a utilizar retorsões sem controle. Entendemos que o uso de retorsão deve também estar sujeito a limites, tal qual a utilização das

³⁶² RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p. 455.

³⁶³ De acordo com a Comissão, “*Whatever their motivation, so long as such acts (of retorsion) are not incompatible with the international obligations of the States taking them towards the target State, they do not involve countermeasures and they fall outside the scope of the present Articles.*” International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 325 (3).

³⁶⁴ International Law Commission. *Idem.* p. 325 (3).

³⁶⁵ *Necessity of ending the economic, commercial and financial embargo imposed by the United States of America against Cuba.* Assembléia Geral, UM DOC. A/62/L.1, 15 out. 2007

³⁶⁶ Neste sentido, o autor defende que há abuso de direito e uma violação à obrigação internacional costumeira de não utilizar seu território para causar danos a outros Estados. RAMOS, André de Carvalho, *Op. Cit.* p. 461-470

contramedidas, pois um Estado não pode, sob a justificativa de exercer livremente sua soberania, aplicá-las sempre que lhe convir.

8.2.2 A utilização de contramedidas pelo “Estado que não o Estado lesado”

De acordo com o regime estipulado no Projeto de Artigos, Parte III, temos que as contramedidas são instrumentos disponibilizados aos “Estados lesados” por uma violação a obrigação internacional. Por certo, a regulação das contramedidas se destina, primordialmente, a sua utilização pelo Estado que tem um direito subjetivo atingido pelo ato ilícito. É ele quem tem a legitimidade primeira para recorrer a tais sanções. Neste sentido, é de se notar que o artigo 52 do Projeto de Artigos, dedicado às condições para o recurso às contramedidas, refere-se exclusivamente aos “Estados lesados” em seu texto.

Para o tema proposto nesta tese, contudo, interessa sobretudo a possibilidade de utilização das contramedidas como forma de proteção dos interesses da comunidade internacional no seu conjunto e de garantia da ordem pública internacional, mais do que como proteção aos interesses de um ou outro Estado afetado em sua individualidade em uma relação bilateral. Assim, o que nos interessa aqui é a possibilidade do uso das “contramedidas de interesse geral”, termo cunhado por Denis Alland³⁶⁷, que se refere às contramedidas utilizadas por um “Estado que não o Estado lesado”, no sentido do artigo 48 do Projeto de Artigos, diante de uma grave violação de norma imperativa internacional.

Vimos nos capítulos precedentes sobre invocação da responsabilidade e sobre conseqüências substanciais da responsabilidade que, quando há a violação de uma norma imperativa de Direito Internacional, os “Estados que não os Estados lesados” estão legitimados a invocar a responsabilidade do Estado infrator para requerer a cessação do ato ilícito em benefício próprio e o adimplemento da obrigação de reparação em benefício alheio. Por outro lado, vimos também na seção anterior que, quando uma obrigação primária comum é violada, há a determinação de conseqüências substanciais (cessação e reparação) decorrente da responsabilização do Estado infrator e que, se tais obrigações secundárias não são cumpridas, a sistemática do regime do Projeto de Artigos prevê a aplicação subsidiária das

³⁶⁷ Alland prefere esse termo à expressão mais freqüentemente utilizada “contramedidas coletivas” que dá a ilusão de uma ação concertada quando, na realidade, essas contramedidas coletivas são verdadeiras iniciativas individuais, como qualquer outra sanção unilateral. O próprio autor faz, contudo, uma advertência: “The text on the international responsibility of states for wrongful acts recently adopted by the UM General Assembly contains neither the words ‘countermeasures of general interest’ nor any synonymous expression, nor even an explicit allusion to any concept corresponding to it.” ALLAND, Denis. Countermeasures of General Interest. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p. 1221-1222, 2002.

contramedidas como instrumento de coerção desse Estado a adimpli-las. Assim, a princípio, o complemento lógico da faculdade de invocar a responsabilidade de um Estado infrator pelos “Estados que não o Estado lesado” seria o reconhecimento a tais Estados da possibilidade de executar, por meio de contramedida coercitiva, as obrigações secundárias de cessação e reparação.

Vamos analisar nos itens seguintes os limites e as possibilidades do recurso às contramedidas como meio coerente e eficaz de garantir a ordem pública internacional, a forma como a CDI tratou do tema no Projeto de Artigos e algumas possíveis alternativas ao seu uso na sociedade internacional.

8.2.2.1 Os riscos da utilização de contramedidas para garantia da ordem pública internacional

Cabe-nos, neste momento, antes de adentrar propriamente na regulamentação dada ao tema pela CDI, uma reflexão acerca da pertinência da utilização das contramedidas como salvaguarda de normas imperativas do Direito Internacional, ou seja, aquelas utilizadas por Estados não lesados em seus interesses subjetivos que justifica-se em função do interesse reconhecido a toda a comunidade internacional no cumprimento de determinada norma.

Neste sentido, cumpre lembrar que o uso das chamadas contramedidas, de um modo geral, sofre críticas até maiores do que aquelas já mencionadas aqui no caso das retorsões porque necessariamente representam uma conduta ilícita, que perde essa ilicitude somente devido à constatação de prévia violação de obrigação internacional. Se já criticadas pelo voluntarismo e seletividade que cercam seu uso quando tomadas pelo Estado lesado, as “contramedidas de interesse geral”, nos parece, implicam ainda mais riscos.

Não se trata aqui de meras divagações teóricas, vez que a prática internacional já nos tem conferido elementos empíricos suficientes para uma análise mais concreta sobre a questão discutida. Com efeito, deve-se notar que a prática dos Estados de utilização das contramedidas com a justificativa de proteção do interesse comum está longe de ser “embrionária”, como a própria Comissão sugeriu³⁶⁸. Essa prática, que consiste em Estados não individualmente afetados por uma grave violação de norma imperativa internacional adotarem contramedidas contra os Estados responsáveis, vem sendo recorrente nas últimas duas décadas, e certamente tornou-se ainda mais importante depois dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 e do reforço do unilateralismo subsequente. Em diversas ocasiões na História recente do

³⁶⁸ Ver item anterior.

sistema internacional, Estados reagiram contra violações de obrigações de interesse da comunidade internacional como um todo, sem alegar que eram lesados individualmente, tais como³⁶⁹:

- EUA - Uganda(1978). Em outubro de 1978, o Congresso dos EUA adotou uma legislação proibindo as exportações de bens e tecnologias para, bem como as importações de, Uganda. Na lei constava que o governo de Uganda havia cometido genocídio contra Ugandenses e que os EUA deveriam tomar medidas para se dissociarem de governos envolvidos em crimes internacionais e genocídio.

- Determinados países ocidentais - Polônia e URSS(1981). Em 13 de dezembro de 1981, o governo polonês impôs a lei marcial e conseqüentemente suprimiu demonstrações e coibiu vários dissidentes. Os EUA e outros países ocidentais tomaram medidas contra a Polônia e a URSS. As medidas incluíam a suspensão, com efeito imediato de tratados que garantiam os direitos de aterrissagem da Aeroflot (companhia aérea da URSS) nos EUA, Grã-Bretanha, França, Holanda, Suíça e Áustria. Os procedimentos de suspensão contidos nos respectivos tratados foram desconsiderados.

- Medidas coletivas unilaterais contra a Argentina(1982). Em abril de 1982, quando a Argentina obteve o controle das Ilhas (Malvinas), o Conselho de Segurança pediu uma retirada imediata. A pedido do Reino Unido, membros da Comunidade Européia, Austrália, Nova Zelândia e Canadá adotaram sanções comerciais. Estas incluíam suspensão temporária de todas as importações de produtos argentinos, que bate de frente com o artigo XI:1 e possivelmente o artigo III do GATT. Foi questionado se as medidas poderiam ser justificadas pela exceção de segurança nacional apresentada no artigo XXI(b)(iii) do GATT. O embargo adotado por países europeus também incluiu uma suspensão dos direitos da Argentina sobre dois acordos setoriais. Um sobre comércio de produtos têxteis e outro sobre comércio de cordeiros e carneiros, sobre os quais a exceção do GATT não se aplicava.

- EUA - África do Sul(1986). Quando o governo sul-africano declarou, em 1985, estado de emergência em várias partes do país, o Conselho de Segurança da ONU recomendou a adoção de boicotes econômicos a alguns setores, e o congelamento das relações culturais e esportivas. Em seguida, alguns países introduziram medidas que foram além das

³⁶⁹ CRAWFORD, James. Third report on State responsibility 2000, UN. DOC. A/CN.4/507/Add.4, para 391.

recomendações do Conselho de Segurança. O Congresso americano adotou o “Comprehensive Anti-Apartheid Act”, que suspendia o direito de aterrissagem de aviões sul-africanos no território estadunidense. Essa suspensão imediata contrariou os termos do Acordo de Aviação entre EUA e África do Sul de 1947 e foi justificado como uma medida para estimular o governo sul-africano a adotar medidas que contribuíssem para o estabelecimento de uma democracia não racial.

- Medidas coletivas unilaterais contra o Iraque (1990). Em 2 de agosto de 1990, tropas iraquianas invadiram e ocuparam o Kuwait. O Conselho de Segurança da ONU imediatamente condenou a invasão. Estados membros da Comunidade Européia e os Estados Unidos adotaram embargos comerciais e decidiram congelar recursos iraquianos. Essas ações foram tomadas como respostas diretas à invasão iraquiana com o consentimento do governo do Kuwait.

- Medidas coletivas unilaterais (1998). Em resposta à crise humanitária em Kosovo, os Estados membros da Comunidade Européia adotaram legislação providenciando o congelamento dos fundos iugoslavos e imediata proibição de vôos. Para alguns Estados, tais como Alemanha, França e Reino Unido, essa última medida implicou o não-cumprimento de acordos bilaterais de aviação. Em razão de dúvidas sobre a legitimidade da ação, o governo britânico inicialmente estava preparado para seguir o procedimento de um ano de denúncia estabelecido pelo artigo 17 do seu acordo com a Iugoslávia. Contudo, posteriormente mudou sua posição e denunciou vôos com efeito imediato. Justificando tal medida, alegou que os registros de piora em relação aos direitos humanos do Presidente Milosevic fizeram com que seu governo perdesse o direito que tinha de insistir nos 12 meses de notificação a que normalmente poderia requerer. A República Federal da Iugoslávia protestou afirmando que tais medidas eram ilegais, unilaterais e um exemplo de política discriminatória.

- EUA e Inglaterra – Iraque (2003). Após os atentados de 11 de setembro, os Estados Unidos decidiram empreender uma “guerra contra o terror” apontando os governos que poderiam representar “riscos à paz mundial”. Nesse sentido, o presidente norte-americano George W. Bush e seu Conselho de Estado passaram a fazer uma campanha política pregando a intervenção no chamado “eixo do mal”. Entre os países que compunham esse grupo, estaria o Iraque, na época, liderado pelo ditador Saddam Hussein. No ano de 2002, o governo norte-americano pediu autorização do Conselho de Segurança da ONU para que pudesse promover

a invasão militar do país com a justificativa de destruir as armas de destruição em massa supostamente cultivadas pelo Iraque. Sem ter provas reais que justificassem tal ataque, a ONU decidiu vetar o processo de ocupação dos EUA. Todavia, ignorando completamente a decisão da ONU, George W. Bush buscou apoio do governo britânico para que juntos promovessem a invasão militar do Iraque. Em março de 2003, militares estadunidenses e britânicos deram início aos ataques que logo tomaram o controle da cidade de Bagdá, que acabaram por capturar Saddam Hussein. Em pouco tempo, o ditador sofreu um processo criminal que o levou à pena de morte, sob a acusação de ter cometido diversos crimes contra a humanidade.

- EUA e União Européia – Irã (2010). Apesar das resoluções já adotadas coletivamente pelo Conselho de Segurança da ONU, alguns atores internacionais insistem em adotar medidas unilaterais contra o Irã em retorsão a sua insistência em manter seu programa nuclear. O Brasil e a Turquia tentaram intermediar as negociações com o Irã, e chegaram a propor um acordo onde o país enviaria urânio com baixo teor de enriquecimento à Turquia e receberia, dentro de um ano, urânio mais enriquecido para ser usado em um reator com finalidades científicas em Teerã. Desde a assinatura da proposta de acordo, o Irã tem argumentado que o Conselho de Segurança não tem necessidade de adotar novas medidas contra o país. No entanto, os EUA rejeitaram a proposta brasileira de ampliar o diálogo com o Irã e também a argumentação iraniana de que o país está cooperando com a comunidade internacional na questão de seu programa nuclear. Assim, EUA e UE adotaram medidas restritivas de forma unilateral. Entre essas novas sanções adotadas pela UE, mais duras do que as já tomadas pelo Conselho de Segurança da ONU, estão a suspensão de investimentos no setor de gás e petróleo, o aumento à vigilância sobre os bancos iranianos e a adoção de restrições a vôos de carga. Já a lei de sanções contra o Irã, aprovada unilateralmente pelo Congresso americano, inclui específicas restrições à venda de etanol a Teerã, incluindo a exigência de relatórios periódicos sobre exportações de etanol ao Irã, no que foi considerado um claro recado aos exportadores brasileiros (vez que o Brasil é o maior produtor de etanol do mundo, ao lado dos EUA).

- União Européia – Síria (2011). Os membros da União Européia impuseram embargos à exportação de petróleo sírio como forma de represália aos ataques à população que vem acontecendo no país desde março desse ano, quando manifestações civis passaram a exigir a saída de Bashar da presidência. O embargo foi precedido pela proibição imposta a empresas europeias de negociar com autoridades sírias, instituições governamentais e

companhias relacionadas às Forças Armadas que mantivessem vínculos com a repressão. Todas essas medidas tiveram pouco efeito prático, o que resultou na sanção imposta à exportação petrolífera, visto que 95% do petróleo exportado pela Síria têm a UE como destino, e representa cerca de um quarto da receita do país.

Como se depreende dos casos aqui lembrados, a questão é de suma importância em termos de (i)legitimação da prática contemporânea de “sancionar” as mais graves violações do Direito Internacional. O uso de tais sanções unilaterais é evitado por contradições inerentes a um policiamento descentralizado e auto-tutelado da ordem pública internacional e constitui indubitavelmente uma das questões mais cruciais no desenvolvimento contemporâneo do Direito Internacional Público.

Diante disso, não são poucos os danos que o uso das contramedidas têm causado. Quando se trata, por exemplo, da defesa de direitos humanos, Ramos faz ver que a imposição de contramedidas de cunho econômico ou comercial, tais como proibição de exportação e importação, suspensão de auxílio econômico e congelamento de haveres e outros, implicam de regra em impor novos sofrimentos à população do Estado violador, sem, contudo, atingir os agentes internos responsáveis pela conduta ilícita³⁷⁰. Neste sentido, como reação ao uso das contramedidas no campo dos direitos humanos, a Segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993 apelou em seu programa de ação, para que os Estados não tomem medidas unilaterais contrárias ao Direito Internacional e à Carta das Nações Unidas, que não criem obstáculos às relações comerciais entre os Estados e não impeçam a plena realização dos direitos humanos enunciados nos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, em especial na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ao aprovar o Projeto de Artigos, a CDI tinha ciência dos riscos que a adoção unilateral de sanções – as contramedidas – poderia causar às normas mais caras à comunidade internacional. Em seus comentários, a Comissão destacou que independente das circunstâncias, essas sanções devem sempre ter plenamente em conta as disposições do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, citando a Observação Geral no. 8 (1997), do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, que examinou o efeito das sanções econômicas na população civil e especialmente nas crianças:

it is essential to distinguish between the basic objective of applying political and economic pressure upon the governing elite of a country to persuade them to

³⁷⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p. 451

conform to international law, and the collateral infliction of suffering upon the most vulnerable groups within the targeted country.³⁷¹

É exatamente com tal preocupação que foi formulado o artigo 50 do Projeto, que estabelece que as contramedidas não podem afetar, dentre outros, as obrigações estabelecidas para a proteção de direitos humanos fundamentais. E a mesma restrição se verifica quanto às demais normas imperativas de Direito Internacional³⁷².

Article 50

Obligations not affected by countermeasures

1. Countermeasures shall not affect:

- (a) the obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations;
 - (b) obligations for the protection of fundamental human rights;
 - (c) obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals;
 - (d) other obligations under peremptory norms of general international law.
- (...)

O dispositivo em comento já tem sido referenciado pela jurisprudência internacional para abalzar decisões que envolvem a proteção de normas imperativas, em especial de direitos humanos. No acórdão de 2000, no caso *Kupreškić et al.*, a Câmara de Julgamento do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia invocou o artigo 50 (d), do Projeto aprovado em primeira leitura, para confirmar a sua constatação de que existia uma regra no Direito Internacional que proibia a adoção de represálias contra civis e contra direitos fundamentais dos seres humanos. O Tribunal afirmou que:

... the reprisal killing of innocent persons, more or less chosen at random, without any requirement of guilt or any form of trial, can safely be characterized as a blatant infringement of the most fundamental principles of human rights. It is difficult to deny that a slow but profound transformation of humanitarian law under the pervasive influence of human rights has occurred. As a result belligerent reprisals against civilians and fundamental rights of human beings are absolutely inconsistent legal concepts. This trend towards the humanization of armed conflict is among other things confirmed by the works of the United Nations International Law Commission on State responsibility. Article 50(d) of the draft articles on State responsibility, adopted on first reading in 1996, prohibits as countermeasures any "conduct derogating from basic human rights"³⁷³.

Também se reportando ao artigo 50 do Projeto de Artigos da CDI, na sua sentença parcial de 2003 sobre prisioneiros de guerra - Pedido 17, a Comissão de Reivindicações Eritreia – Etiópia apontou que a Eritreia argumentou, entre outros, que:

³⁷¹ E/C.12/1997/8, para. 4, citado em Report of the International Law Commission – 52nd session – 2001 – State Responsibility, Comentários ao artigo 50. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>>. Acesso em: jul. 2011.

³⁷² Artigo 50, 1 (d).

³⁷³ WTO Panel Report, Mexico — *Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R, 7 de outubro de 2005, para. 4.335, nota 73.

Ethiopia's suspension of prisoner of war exchanges cannot be justified as a non-forcible countermeasure under the law of state responsibility because, as article 50 of the International Law Commission's articles on responsibility of States for internationally wrongful acts emphasizes, such measures may not affect "obligations for the protection of fundamental human rights", or "obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals"³⁷⁴.

A nosso ver, há um claro equívoco conceitual daqueles que defendem o uso de sanções unilaterais na defesa do interesse da comunidade internacional, como sendo um interesse próprio, material do Estado, para, então, justificar o uso de medidas unilaterais. Uma vez que o reconhecimento da existência de uma categoria especial de normas (cuja violação afeta toda a comunidade internacional) implicou a mudança de uma relação de responsabilidade como tradicionalmente concebida em uma moldura bilateral (Estado responsável *vis-à-vis* Estado lesado) para uma relação multilateral ou mesmo universal (Estado responsável *vis-à-vis* todos os outros Estados), há uma correspondente necessidade de que a resposta à violação de tais normas seja estabelecida dentro de um quadro também organizado ou institucionalizado³⁷⁵.

Essa "categoria" especial de normas se distingue das demais justamente porque essas normas têm um atributo que outras não têm: o caráter cogente, não-derrogável, de seu conteúdo. A teoria das normas imperativas é, portanto, um limite ao voluntarismo. Sendo assim, é um contra-senso deixar que a sua proteção reste sujeita à seletividade das vontades dos Estados. E é exatamente isso que ocorre quando se possibilita a manutenção da ordem pública por meio de contramedidas: uma série de alegações subjetivas, dependentes do entendimento e dos interesses de um Estado, condicionando tais ações. Assim, admitir-se que as normas imperativas sejam tratadas em um campo de demandas e interpretações subjetivas equivale a negar o que elas significam. Não é por outra razão que Denis Alland chega a afirmar que "então é melhor não sugerir que a existência de um poder de sanções individuais por parte dos Estados, universalmente distribuído como uma resposta específica a violações de obrigações decorrentes de uma norma imperativa de Direito Internacional geral, seria adequada para defendê-la: isso seria a sua negação."³⁷⁶

³⁷⁴ Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Prisoners of War — *Eritrea's Claim 17*, Partial Award, 1 de julho de 2003, para. 159.

³⁷⁵ KLEIN, Pierre. Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5; p. 1242, nov. 2002.

³⁷⁶ ALLAND, Denis. *Op. Cit.* p. 1237.

Além dessa seletividade substantiva – em que os Estados respondem a certas violações, mas não a outras, de acordo com seus interesses –, os mecanismos de autotutela incorrem ainda em uma seletividade subjetiva, pois sua eficiência está condicionada ao fato de que o Estado que utiliza tais mecanismos deve ser mais forte do que o Estado autor da violação³⁷⁷.

O efeito mais devastador nesta ampliação da utilização destes mecanismos unilaterais de responsabilização do Estado é a sua generalização e conseqüente banalização. Isso pode gerar a utilização da responsabilidade internacional do Estado como forma de indevida pressão política e econômica de Estados mais poderosos, o que se choca com o princípio da não-intervenção em assuntos domésticos, tão bem consubstanciado no artigo 2º, parágrafo 7º da Carta das Nações Unidas. Assim o que se teme é que as contramedidas sejam tão-somente um meio de impor uma visão parcial, subjetiva e interessada de ordem pública internacional, em resumo, o que se teme é que as contramedidas possam permitir que a dominação de uns poucos Estados sobre outros seja legitimada.

8.2.2.2 A regulamentação das contramedidas para salvaguarda de normas imperativas no Projeto de Artigos

Como visto, a despeito de grande controvérsia sobre a pertinência do tema das contramedidas em um Projeto de regras secundárias sobre responsabilidade internacional do Estado, com a justificativa de que já é uma prática dos Estados utilizarem-se das contramedidas, a Comissão optou por tratar do tema no Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado como direitos instrumentais de responsabilização. No entanto, ao estudarmos o Projeto e as suas referências ao uso das contramedidas por “Estados que não o Estado lesado”, temos que não o fez de modo “completo”. Ao tratar do assunto, a Comissão de Direito Internacional foi criticada por não adotar uma postura clara sobre o assunto. A abordagem dos Projetos, tanto o definitivo de 2001, quanto o aprovado em primeira leitura em 1996, suscita dúvidas e discussões a esse respeito³⁷⁸.

Segundo Denis Alland, acompanhando o desenvolvimento do tema em sede da Comissão, se poderia suspeitar (ou esperar, de acordo com o ponto de vista) que as

³⁷⁷ Assim se posiciona a CDI: “*Como otras formas de autoayuda, las contramedidas se prestan a los abusos, tanto más si se tienen en cuenta las desigualdades de hecho entre los Estados.*” Cf. in Report of the International Law Commission – 52nd session – 2001 – State Responsibility, Comentários ao artigo 49. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>> Acesso em: ago. 2011.

³⁷⁸ SICILIANOS, Linos-Alexander. *Op. Cit.* p.1141.

contramedidas teriam um importante papel no texto final em termos das conseqüências de um ilícito, especialmente de uma violação de obrigações de importância particular para a comunidade internacional³⁷⁹. Contudo, se, por um lado, mantiveram esse papel, gradualmente conquistado³⁸⁰, de importante conseqüência de uma violação de obrigação internacional, no que concerne à relação Estado lesado *versus* Estado responsável, já no que tange à defesa do interesse coletivo, tal função das contramedidas ficou praticamente marginalizada do Projeto da Comissão³⁸¹.

Enquanto no relatório submetido à Assembléia Geral no ano de 2000 a Comissão, que não distinguia entre “Estados lesados” e “Estados que não os Estados lesados”, considerando todos esses sob a nomenclatura “Estados lesados”, reconhecia a todos a titularidade para adotar contramedidas³⁸², ela adotou posição diversa no ano seguinte com a formulação final do dispositivo que trata do assunto – o artigo 54, localizado no final do capítulo sobre contramedidas. O artigo, intitulado “medidas tomadas por Estados que não o Estado lesado”, afirma que o capítulo das contramedidas não prejudica o direito de qualquer Estado, intitulado pelo artigo 48, parágrafo primeiro, para invocar a responsabilidade de outro Estado, de adotar “medidas legais” contra tal Estado para assegurar a cessação da violação e a reparação no interesse do Estado lesado ou dos beneficiários da obrigação violada, deixando portanto, de regular a matéria do uso das contramedidas por tais Estados.

Sobre tal formulação, Linos-Alexander Sicilianos³⁸³ aponta a ambigüidade do artigo – e do entendimento da Comissão -, que se verifica tanto no título, que fala em “medidas” e não em contramedidas, quanto no texto do dispositivo, que fala na possibilidade da adoção de “medidas legais” pelos demais Estados. Ao evitar utilizar o termo “contramedidas” no artigo

³⁷⁹ Para um estudo aprofundado do tratamento dado ao tema pela CDI, ver o artigo de ALLAND, Denis. Countermeasures of General Interest. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, 2002.

³⁸⁰ Alland defende que, apesar de inicialmente terem sido introduzidas no projeto de responsabilidade internacional do Estado de modo apenas circunstancial, como uma excludente de ilicitude, com o desenvolvimento do tema, sobretudo com a nomeação de Roberto Ago como relator especial, que inaugurou a questão da proteção dos interesses da comunidade internacional, então sob o tema dos “crimes internacionais”, rapidamente as contramedidas - então chamadas “sanções” - foram encaixadas dentro da lógica maior da responsabilização do Estado “criminoso”, sendo alçadas a uma das mais importantes conseqüências de um crime. ALLAND, Denis. Countermeasures of General Interest. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p. 1221-1233, 2002.

³⁸¹ Alland afirma que “The text in the international responsibility of states for wrongful act (...) contains neither the words ‘countermeasures of general interest’ nor any synonymous expression, nor even an explicit allusion to any concept corresponding to it.” ver *Idem*. p. 1221.

³⁸² Cf. artigo 54, UM Doc. A/55/10, 139.

³⁸³ SICILIANOS, Linos-Alexander. *Op. Cit.* p.1141.

que trata da sua utilização pelos “Estados que não o Estado lesado”, o Projeto geraria dúvida sobre a sua real pretensão.

Por um lado, ao falar apenas em “medidas” e “medidas legais”, permitir-se-ia a interpretação de que ao “Estado que não o Estado lesado” só foi facultada a utilização de retorsões e não de contramedidas, que são atos, em si, ilegais, pois, do contrário, não haveria a necessidade da Comissão de trocar a expressão “contramedidas” – que foi utilizada em todo o resto do capítulo – pela expressão “medidas legais”.

Por outro lado, uma interpretação favorável ao entendimento de que a CDI previu a possibilidade futura do uso das contramedidas para proteção do interesse coletivo argumenta que atos de retorsão são explicitamente excluídos do escopo do Projeto de Artigos³⁸⁴; que permitir retorsões e dedicar um dispositivo para fazê-lo seriam desnecessários, uma vez que as retorsões não são atos proibidos aos Estados; que as contramedidas também são “medidas legais”, já que sua ilicitude é excluída por força do direito costumeiro e do próprio Projeto de Artigos (art. 22); e ainda que o artigo 54 está incluso dentro do capítulo sobre contramedidas. Por tudo isso, entende-se que o artigo 54 refere-se ao uso de contramedidas pelos “Estados que não o Estado lesado”. Para Linos-Alexander Sicilianos, esta última interpretação é a juridicamente correta - uma vez que em consonância com os demais dispositivos e com o espírito do Projeto - ainda que as ambigüidades do artigo sejam “deliberadas e visem a responder a determinadas observações críticas por parte de governos”³⁸⁵.

O nosso entendimento, contudo, difere tanto da primeira interpretação – de que o recurso às contramedidas pelos Estados referidos no artigo 48 resta vedado pelo artigo -, e também vai de encontro ao posicionamento defendido por Linos-Alexander Sicilianos, embora se reconheça a força e a coerência de seus argumentos. A nosso ver, a interpretação de que o Projeto de Artigos não traz nem uma permissão nem uma vedação para a utilização de contramedidas pelos “Estados que não o Estado lesado” é a mais acertada em termos de hermenêutica jurídica e de harmonia com o entendimento da própria Comissão.

É sobretudo a partir dos comentários da Comissão da ONU sobre o artigo 54 que fixamos nossa posição. Em seus comentários, a Comissão explicita seu entendimento de que a prática do uso de contramedidas na sociedade internacional em defesa do interesse coletivo

³⁸⁴ Ver item “b”, sobre retorsão, *supra*.

³⁸⁵ No original, “(This is the case even though the ambiguities of Article 54 are undoubtedly) deliberate, and seek to respond to certain critical observations by governments”. SICILIANOS, Linos-Alexander. *Op. Cit.* p.1143.

ainda é embrionária e incerta³⁸⁶, o que se reflete na formulação conferida ao artigo 54 que se abstém de regular a matéria. Nas palavras da própria Comissão,

O estado atual do Direito Internacional no que tange às contramedidas tomadas no interesse geral ou coletivo é incerto. A prática dos Estados é esparsa e envolve um número limitado de Estados. Atualmente parece não haver nenhum reconhecimento claro de titularidade dos Estados referidos no artigo 48 para adotar contramedidas no interesse coletivo. Conseqüentemente não é apropriado incluir nos presentes Artigos um dispositivo relativo à questão de se outros Estados, identificados no artigo 48, podem utilizar contramedidas com o intuito de induzir um Estado responsável a cumprir com suas obrigações. Ao invés, o capítulo II inclui uma cláusula de reserva (saving clause) que reserva a posição e deixa a solução do assunto ao posterior desenvolvimento do Direito Internacional³⁸⁷.

Como se pode perceber pelos comentários da Comissão, reforçados pelos termos típicos utilizados na sua formulação³⁸⁸, o artigo 54 nada mais é do que uma *saving clause*, exatamente como algumas outras adotadas no mesmo Projeto que têm o intuito de esclarecer que determinado assunto não foi tratado naquele instrumento³⁸⁹.

A Comissão de Direito Internacional, portanto, diante do alegado pouco desenvolvimento da matéria na sociedade internacional, e diante das críticas recebidas por parte de governos, preferiu se abster totalmente de regular a matéria em sede desse Projeto de Artigos. Ao adotar o artigo 54, seu objetivo é tão-somente explicitar essa preferência. Assim, diz que não está ali nem permitindo a utilização das contramedidas por tais Estados nem tampouco a está vedando. Do mesmo modo, ao recorrer ao termo mais amplo “medidas legais”, em detrimento do termo “contramedidas” (inclusive naquele), a Comissão mais uma vez apenas reservou a sua posição de que deixou de regular a adoção de sanções em geral, tanto as contramedidas quanto as retorsões, por parte dos Estados do artigo 48³⁹⁰. A Comissão

³⁸⁶ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 355 (6).

³⁸⁷ No original, “the current state of international law on countermeasures taken in the general or collective interest is uncertain. State practice is sparse and involves a limited number of States. At present there appears to be no clearly recognized entitlement of States referred to in article 48 to take countermeasures in the collective interest. Consequently it is not appropriate to include in the present Articles a provision concerning the question whether other States, identified in article 48, are permitted to take countermeasures in order to induce a responsible State to comply with its obligations. Instead chapter II includes a saving clause which reserves the position and leaves the resolution of the matter to the further development of international law.” International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 355 (6).

³⁸⁸ Referimo-nos à expressão “*this chapter does not prejudice...*”, utilizada, com alguma variação, em cláusulas de reserva.

³⁸⁹ Cf. artigos 33 (2), 57, 58 e 59.

³⁹⁰ Entendimento que fica claro com a leitura do seguinte comentário da Comissão: “*The Article speaks of ‘lawful measures’ rather than ‘countermeasures’ so as not to prejudice any position concerning measures*

de Direito Internacional da ONU, neste aspecto, portanto, preferiu não se adiantar e deixar ao futuro desenvolvimento da prática e do Direito Internacional a regulação da matéria.

No nosso entender, a Comissão perdeu, aí, boa oportunidade de desenvolver progressivamente o assunto no sentido da proteção do interesse da comunidade internacional. Por tudo o aqui exposto, acreditamos que o recurso a contramedidas para a garantia da ordem pública vai de encontro ao desenvolvimento progressivo que a matéria vem alcançando no campo normativo: não é mero problema de imaturidade da sua aplicação, é incompatibilidade com a proteção de normas não-derrogáveis. Deveria, portanto, ter sido – se não proibido, uma vez que o sistema internacional ainda carece de solidez institucional – ao menos regulado e limitado ao máximo pela Comissão de Direito Internacional, tendo sua adoção, dentre outros, relegada à última alternativa.

Se o tema ainda não estava sedimentado a ponto de ser codificado, tampouco outros pontos do regime da responsabilidade estavam e ainda assim a Comissão reconheceu que seu papel não era meramente o de codificar o Direito Internacional tradicional, incluindo elementos de desenvolvimento progressivo no Projeto³⁹¹.

Assim, era preferível que a Comissão tivesse tomado uma posição respeitante à matéria, fosse para vedar, fosse para permitir a adoção de contramedidas por “Estados que não o Estado lesado” com restrições e de modo regulado. Ao abster-se de tratar do assunto, a Comissão fechou os olhos para uma prática que não apenas já existe como se intensifica progressivamente, e cujos rumos, sem maiores regulações, vão assim sendo determinados por aqueles que podem. A Comissão da ONU, empossada como a maior autoridade na matéria, tinha a chance de, ao menos, ter traçado as diretrizes normativas para que o rumo de tal prática fosse determinado, na medida do possível, tendo como norte os interesses da comunidade internacional como um todo.

De todo modo, é preciso reconhecer a existência de uma limitação que, qualquer que seja o desenvolvimento da matéria, é imposta de todo modo pela Carta das Nações Unidas: a proibição do uso da força, exceto quando de acordo com a Carta. Assim, parece duvidoso que

taken by States other than the injured State in response to breaches of obligations for the protection of the collective interest or those owed to the international community as a whole.” International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries – text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, Part Two, p. 355 (7).

³⁹¹ Ver, em especial, item 5.2.

um Estado possa legalmente reagir a uma grave violação de norma imperativa internacional violando outra³⁹².

O reconhecimento da existência de normas imperativas exige, porém, um regime agravado de responsabilidade para a sua proteção. Assim, uma vez que as contramedidas são reféns do voluntarismo e da “lei do mais forte”, uma alternativa é o uso de sanções coletivas de responsabilidade internacional do Estado quando violada uma obrigação que afeta toda a comunidade internacional.

8.2.2.3 As sanções “coletivas” como alternativas às contramedidas para salvaguarda da ordem pública internacional

A expressão sanções “coletivas” refere-se às sanções aplicadas por organizações internacionais. Referimo-nos, portanto, não à quantidade de agentes que decidem, e sim ao plano institucional em que a decisão de sancionar é tomada.

O uso de sanções, como visto, é compatível com o Direito Internacional quando entendido como necessário para coibir o Estado infrator a cumprir sua obrigação internacional, afastando-se, no entanto, o seu caráter punitivo.

Assim, se já é admitido quando se trata de violação a obrigações ordinárias, quando o que está em questão é a proteção de normas tidas como fundamentais para a comunidade internacional, o recurso a meios coercitivos para fazer cumprir tais obrigações de interesse universal é uma exigência natural do regime agravado de responsabilidade.

Como visto, porém, legar a proteção de tais normas de interesse da comunidade internacional à seletividade e ao voluntarismo das contramedidas (e das sanções unilaterais em geral) é, em grande medida, permitir a “derrogação do inderrogável”³⁹³.

No intuito de se evitarem os riscos que o recurso às sanções unilaterais podem trazer à comunidade internacional, a sanção a ser utilizada deveria sempre ser uma sanção coletiva, oriunda de procedimentos institucionalizados de aferição de responsabilidade internacional do Estado. Assim, o interesse de agir reconhecido a todos os Estados pelo conceito de obrigações *erga omnes* correspondentes às normas imperativas deveria fazer nascer o direito ao exercício da *actio popularis* e não o direito a usar contramedidas.

³⁹² PELLET, Allain. Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes! *European Journal of International Law*, Florence, v. 10, p. 388, 1999.

³⁹³ ALLAND, Denis. Countermeasures of General Interest. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, 2002.

No entanto, para que esse desejo de se evitar o unilateralismo das respostas individuais fosse concretizado, seria necessário que o avanço verificado no campo normativo, de um reconhecimento da existência da comunidade internacional no seu conjunto como valor, tivesse correspondência no plano institucional - o que ainda não acontece na realidade da sociedade internacional contemporânea.

A capacidade de uma expressão institucionalizada só muito pontualmente se concretiza e muito em particular em sede de manutenção da paz e da segurança internacionais³⁹⁴. Deve, no entanto, sublinhar-se a ação do Conselho de Segurança na concretização da competência que lhe atribuem o artigo 39 da Carta e a Resolução 3314 (XXIX), de 14 de Dezembro de 1974 (definição de agressão), de determinar a existência de uma ameaça à paz, violação da paz ou ato de agressão. Ação, aliás, na qual o Conselho de Segurança não tem se limitado a uma interpretação restritiva dos seus poderes, antes abordando, a título principal, situações que não seriam abrangidas por uma interpretação restritiva daquele preceito: a política de apartheid na África do Sul ou a política de colonatos israelita nos territórios árabes ocupados. Mais recentemente, também no caso do Curdistão Iraquiano – através da Resolução 688 (1991) – e no caso Lockerbie – nas resoluções 731 (1992), 748 (1992) e 883 (1993) – o Conselho de Segurança deu seguimento a essa prática de ampliação do conceito de ameaça à paz³⁹⁵.

No entanto, fora destas manifestações limitadas ao campo da manutenção da paz – ou pelo menos nele centradas – há que se reconhecer que os avanços normativos não têm correspondência no plano institucional³⁹⁶.

Esse descompasso também se refletiu nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional. Apesar da postura afinal adotada no Projeto de 2001 – que apenas trata das contramedidas adotadas por um Estado lesado, abstendo-se de regular o uso de sanções, sejam contramedidas, sejam sanções coletivas, por Estados não particularmente afetados - durante o desenvolvimento do Projeto, a Comissão muito discutiu sobre o papel que caberia às instituições internacionais, especificamente à ONU. Sobretudo a partir do momento em que

³⁹⁴ PUREZA, José Manuel. *Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?* 1995. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 1995. p. 226.

³⁹⁵ ABELLAN HONRUBIA, Victoria. La ampliación Del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad: fundamento jurídico y discricionariadad política. In *Hacia un nuevo orden internacional y europeo : estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco / coord. por Manuel Pérez González*, 1993, p.3 e ss.

³⁹⁶ PUREZA, José Manuel. *Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?* 1995. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 1995. p. 227.

começou a considerar a idéia de crime internacional, de interesses fundamentais da comunidade internacional como um todo, a Comissão percebeu a necessidade de focar mais amplamente os modos de reação a violações de normas imperativas da ordem jurídica internacional. Em particular, foi levantada a questão de se os mecanismos da ONU voltados para a manutenção e preservação da paz e segurança poderiam ser vistos como meios privilegiados – ou mesmo exclusivos – de se colocar em prática esse tipo de responsabilidade “agravada”.³⁹⁷

Nesse sentido, os relatores especiais Ago³⁹⁸ e Riphagen³⁹⁹ sugeriram que os órgãos da ONU, em especial o Conselho de Segurança, deveriam ter um papel central em tais situações. Este entendimento, contudo, recebeu críticas em variados níveis, tais como os limites da competência *ratione materiae* do Conselho de Segurança e a sua falta de legitimidade como representante da comunidade internacional. Do mesmo modo, propostas de desenvolver novos mecanismos institucionais, tais como a elaborada por Arangio-Ruiz⁴⁰⁰, não obtiveram maior sucesso, e foram condenadas como “utópicas”.

Diante de tantas críticas e objeções, o artigo 54 da versão final do Projeto de Artigos, que traz a *saving clause* já discutida, acabou por deixar a questão em aberto, uma vez que, seguindo o relator especial Crawford, a Comissão escolheu não excluir nenhum meio específico de reação a graves violações de normas imperativas de Direito Internacional, seja dentro ou fora das instituições internacionais existentes.

³⁹⁷ Sobre o assunto, conferir KLEIN, Pierre. Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law. *European Journal of International Law*, 13, 5, nov 2002 e PELLET, Allain. Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes! *European Journal of International Law*, Florence, v. 10, 1999.

³⁹⁸ Cf. in AGO, Roberto. Oitavo Relatório sobre Responsabilidade dos Estados, ILC Yearbook, 1979, v. 2, primeira parte, p. 43, paras 91 e ss.

³⁹⁹ Cf. in RIPHAGEN, Willem. Terceiro Relatório sobre o Conteúdo, Formas e Graus de Responsabilidade Internacional. ILC Yearbook, 1982, v. 2, Primeira Parte, p. 48-49, paras (5) e ss. e RIPHAGEN, Willem. Quarto Relatório sobre o Conteúdo, Formas e Graus de Responsabilidade Internacional. ILC Yearbook, 1983, v. 2, Primeira Parte, p. 11, para 60.

⁴⁰⁰ O Projeto de Artigos, em sua versão de 1996, sujeitava as disputas relativas à interpretação e à aplicação do Projeto da CDI a um sistema genérico de solução amigável de controvérsias ali estabelecido. De forma especial, o Projeto estabelecia que o Estado que adotasse uma contramedida no âmbito de uma controvérsia descentralizada estaria, ao mesmo tempo, aderindo a uma espécie de cláusula de jurisdição arbitral obrigatória. A CDI, no entanto, cedeu aos que a consideravam uma medida incompatível com o estágio atual de desenvolvimento do Direito Internacional, inclusive porque conflitante com o princípio de liberdade de eleição dos meios de solução de controvérsias consagrado pelo art. 33 da Carta das Nações Unidas. Por fim, a ausência de concordância sobre a pertinência da inclusão de um sistema de solução de controvérsias num Projeto de Artigos da Responsabilidade Internacional levou a CDI a abandonar a idéia como um todo. Cf. NETO, Adelino Arantes. *Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e na OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 174, e ARANGIO-RUIZ. Seventh report on State Responsibility, UN. DOC. A/CN.4/469, ILC Yearbook, 1995, v. 2, primeira parte.

As críticas das propostas dos relatores especiais que queriam restringir a legitimidade para o uso de sanções à ONU, ou mesmo criar novas formas institucionais para tanto, reflete em particular a natureza irreal ou a falta de adaptação de tais propostas à estrutura da sociedade internacional contemporânea. Essas propostas foram primeiramente motivadas pelo desejo de evitar o acentuado unilateralismo que o reconhecimento a todos os Estados do direito de responder a graves violações de normas fundamentais com os mesmos meios que os Estados individualmente lesados dispunham. Tais respostas unilaterais foram de fato sempre vistas como fatores que levavam à anarquia e à desunião na sociedade internacional, enquanto a instituição de um sistema de responsabilidade agravada teria o objetivo específico de unir a comunidade internacional em defesa dos seus valores fundamentais lesados por crimes internacionais ou graves violações de normas imperativas. Essa era a razão de se reservar um papel central à comunidade internacional na implementação da responsabilidade agravada⁴⁰¹. Contudo, as propostas neste sentido enfrentaram grande resistência.

O destino dessas propostas claramente põe em cheque a possibilidade de se promover um conceito essencialmente “comunitário” (o de crime ou de grave violação de norma imperativa) acompanhado, logicamente, por um mecanismo institucional de resposta, enquanto a institucionalização – ou mesmo a própria existência – de uma “comunidade internacional” nesse estágio atual continua a ser, no mínimo, problemática ou incerta.

O descompasso existente, portanto, entre o avanço normativo do regime da responsabilidade internacional do Estado que caminha para o reforço da proteção dos valores da comunidade internacional em seu conjunto, por um lado, e entre a deficiência ou mesmo ausência de estrutura institucional internacional capaz de postar-se como representante legítima dessa comunidade, por outro, coloca a sociedade internacional contemporânea em um dilema.

Diante da suspeita da ocorrência de grave violação de norma de fundamental interesse para a comunidade internacional, mas proibindo-se o recurso às contramedidas de interesse coletivo, não haveria ninguém investido no poder de discernir com autoridade se é ou não é caso de grave violação e de implementar tal decisão. Ao mesmo tempo, colocada em foco a fundamental importância de alguns princípios, não seria coerente deixar que graves violações permanecessem impunes enquanto toda a bateria de respostas vislumbradas pelo regime da responsabilidade poderia ser acionada nos casos de atos ilícitos de menor importância. Ou, como coloca Denis Alland, se, por uma razão ou por outra, os mecanismos de resposta

⁴⁰¹ KLEIN, Pierre. *Op. Cit.*, p. 1252.

institucional não funcionarem, teremos que escolher entre o subjetivismo de uma resposta descentralizada em defesa de interesses gerais – e o risco de sua utilização política – e a ausência completa de qualquer consequência para as graves violações das mais importantes normas internacionais⁴⁰².

A introdução de normas imperativas de Direito Internacional geral no texto adotado em 2001 deve ser entendida como um modo de identificar um número de princípios de direito substantivo que gozam da proteção de *jus cogens*. Sendo assim, não é possível que se feche os olhos à sua violação, mesmo que, para coibi-la tenha que se recorrer a sanções unilaterais.

Conseqüentemente, “a imagem que agora parece estar emergindo cada vez mais claramente é a de uma certa subsidiariedade entre a resposta de órgãos da ONU e aquela dos Estados não individualmente lesados agindo em uma base individual ou coletiva”⁴⁰³. Isto se verifica particularmente nos casos que simultaneamente constituem uma ameaça à paz e segurança internacional - casos em que o Conselho de Segurança é competente para adotar sanções de acordo com a Carta da ONU e, como visto, as vem adotando⁴⁰⁴ - e uma grave violação de norma imperativa internacional: a adoção de alguma medida pelo Conselho indubitavelmente tem o efeito de limitar a atuação unilateral dos Estados; por outro lado, porém, a abstenção do Conselho de Segurança em tomar medidas não prejudica que os Estados respondam a tais graves violações independente desta inação institucional.⁴⁰⁵ Com efeito, nenhum modo de reação a tais atos ilícitos foi excluído pela Comissão de Direito Internacional, conforme a *saving clause* do artigo 54.

Ainda, portanto, que a idéia de se recorrer mesmo que apenas subsidiariamente às contramedidas⁴⁰⁶ não seja ideal, parece ser a idéia que melhor se adapta à realidade da sociedade internacional de hoje. Pois, por um lado, de fato o mundo mudou. A Convenção da Liga das Nações, seguida da Carta das Nações Unidas, introduziram uma dose de multilateralismo nas relações internacionais⁴⁰⁷ que foi percebida pela Comissão de Direito Internacional e absorvida no Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado através do agravamento do regime da responsabilidade pela grave violação de normas

⁴⁰² ALLAND, Denis. Countermeasures of General Interest. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p. 1239, 2002.

⁴⁰³ KLEIN, Pierre. *Op. Cit.* p. 1254.

⁴⁰⁴ Ver o item imediatamente anterior.

⁴⁰⁵ KLEIN, Pierre. *Op. Cit.* p. 1254.

⁴⁰⁶ Idéia essa que, segundo Klein, não é recente, muito pelo contrário. *Idem*.

⁴⁰⁷ PELLET, Alain. Brief Remarks on the Unilateral Use of Force. *European Journal of International Law*, Florence, v. 11, p. 391, 2000.

imperativas internacionais. Por outro, contudo, ainda é verdade que os mecanismos “comunitários” nunca funcionaram direito – e por diversas razões: “algumas vezes, o perigo continuava fora da organização mundial (esse era o caso durante o período do entre-guerras); ou o equilíbrio de poderes não estava apropriadamente calibrado, tanto porque ele era bilateral e ‘muito equânime’ (ou parecia sê-lo), como era o caso durante a Guerra Fria, ou porque ele é ‘muito desigual’, como é agora”⁴⁰⁸.

Essa realidade complexa e paradoxal explica a permanência de uma justiça privada na esfera internacional. Com efeito, o unilateralismo é tolerado em face da necessidade de preservar interesses fundamentais violados, na ausência de mecanismos institucionais pelos quais o Estado violador é obrigado a cessar e reparar o dano.

Só que, a ampliação dos Estados legitimados a adotar medidas unilaterais de responsabilidade internacional do Estado por grave violação de normas imperativas faz surgir o temor do surgimento de um neocolonialismo⁴⁰⁹. Alguns doutrinadores pregam até a defesa da soberania estatal contra qualquer tipo de ingerências externas, o que pode acarretar em indisfarçável retrocesso na proteção dos interesses da comunidade internacional⁴¹⁰, sobretudo quando presentes violações sistemáticas aos direitos humanos.

Com isso, é cada vez mais urgente a consagração de uma *actio popularis*, ao mesmo tempo em que se democratizam e fortalecem as instâncias internacionais de processamento institucional da responsabilidade do Estado.

De fato, na medida em que os Estados alvos de uso seletivo da apuração unilateral de graves violações aderem a procedimentos institucionais imparciais e não-seletivos de responsabilidade internacional do Estado por grave violação de normas imperativas internacionais, ergue-se uma barreira às sanções unilaterais de Estados mais poderosos.

Aceito isto, constata-se que o mecanismo institucional de responsabilização tende a asfixiar a utilização do mecanismo unilateral, pois ao passo que os Estados aceitam esses procedimentos, isolam-se também outros Estados, que utilizam mecanismos unilaterais de combate a violações de normas de interesse da comunidade, ao mesmo tempo que se recusam a aderir a procedimentos coletivos de apuração destas violações.⁴¹¹

⁴⁰⁸ *Idem.*

⁴⁰⁹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Responsabilidade Internacional do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

⁴¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p. 237 e ss.

⁴¹¹ O texto de Reuter é claro: “une telle universalisation de l’action en responsabilité ne s’accommoderait guère de la justice facultative; puisque les Grandes puissances, tout en refusant pour elles-mêmes la justice obligatoire, disposent d’une clientèle de petits États Qui l’acceptent, elles pourraient, tout en bénéficiant elle-

CONCLUSÃO

“Nós, os povos das Nações Unidas...” – é com essa referência plural que, em seu preâmbulo, a Carta das Nações Unidas, assinada em 26 de junho de 1945, buscou afirmar a existência de uma dimensão comunitária da ordem internacional, conclamando todos a conjugarem esforços para a consecução dos objetivos comuns. Depois do flagelo de duas guerras mundiais, cujo ponto final foi a explosão de uma bomba atômica, sabia-se que o planeta talvez não sobrevivesse a uma terceira guerra: era preciso que o sistema internacional se tornasse também uma comunidade internacional.

Essa idéia expressa na Carta da ONU ganhou reforço 15 ou 20 anos depois, com o processo de descolonização da Ásia e da África. Tal processo, ao passo que expandiu o modelo jurídico-político do Estado-nação europeu para o restante do mundo, permitiu a entrada em cena de Estados emergentes, trazendo à baila novas demandas de povos, em sua maioria pobres, que até então não tinham representatividade como atores internacionais. Ao lado das tradicionais questões de manutenção da paz e da segurança internacionais e da auto-determinação dos povos, novas temáticas ganharam força na arena internacional, conclamando a necessidade de fundar-se uma cooperação dos Estados para resolver os problemas de caráter econômico, social, cultural e humanitário, com especial ênfase para promoção dos direitos humanos e da formulação de um direito ao desenvolvimento. Além dos direitos da liberdade formal, passamos a reconhecer deveres de solidariedade material.

O caráter comunitário afirmado pela Carta veio, assim, se consolidando desde a segunda metade do século XX, batendo de frente com o bilateralismo do Tratado de Westfália. Contudo, a consolidação de uma dimensão verdadeiramente universal esbarra ainda em diversos obstáculos oriundos da tradicional lógica positivista que, historicamente, domina a relação das unidades soberanas do sistema internacional. De acordo com esta abordagem, as relações entre os Estados são baseadas exclusivamente na vontade dos mesmos, e, portanto, o bilateralismo e a reciprocidade são as características que dão o tom do sistema internacional.

Assim, vivemos, neste início do século XXI, um tempo em que não é mais o velho sistema westfaliano que dá conta de analisar a realidade das relações internacionais, nem a

mêmes de l'impunité, mettre en oeuvre de faciles poursuites contre les États isolés assez imprudents pour accepter la juridiction de la Cour.” Ver REUTER, Paul. *Droit International Public*. 6. ed. Paris: PUF, 1983. p. 584.

natureza e o significado de seus conflitos e contradições. No entanto, se seus conceitos e sua lógica já não são mais suficientes para explicar a realidade, tampouco se pode afirmar que tal sistema tenha sido suprimido. A fase atual da expansão capitalista significa o princípio de uma época de crise e transição rumo a um período histórico novo, com contornos ainda não bem definidos. Trata-se de mudanças caracterizadas por uma grande ambivalência, pois, por um lado, são protagonizadas por atores econômicos, culturais e políticos de dimensão e poder planetários e envolvem, por outro, uma experiência de estreitamento do mundo e, com ela, uma crescente interdependência de todos. O processo de transformação está em curso, e é internamente de uma grande complexidade, em que o antigo se mantém e o novo coexiste com ele.

Essa ambivalência também se manifesta, como vimos ao longo da tese, no regime da responsabilidade internacional. A idéia de responsabilidade, de que quem viola uma regra deve arcar com determinadas conseqüências, está na base de qualquer forma de vida social e pode ser reconhecida como o epicentro de um sistema jurídico. Não é estranho, portanto, que cada época projete, no seu regime jurídico de responsabilização, sua concepção sobre os sujeitos de direito, seus atos e a coletividade a qual pertencem. No caso concreto da responsabilidade internacional do Estado, o tempo em que vivemos coloca-nos diante de uma encruzilhada fundamental. O bilateralismo tradicional nas relações jurídicas interestatais traz a reciprocidade para a base do Direito Internacional. Conseqüentemente, também no regime da responsabilidade internacional, o bilateralismo e a reciprocidade dão o tom da construção clássica: relação de *Estado a Estado*, cujo conteúdo se resolve num intuito meramente reparatório do dano causado. No entanto, como já ressaltado, esse perfil contratualista não detém mais, no nosso tempo, a exclusividade. Com ele concorre uma afirmação progressiva do interesse da comunidade internacional no cumprimento de áreas nevrálgicas do Direito Internacional, para lá da mera reparação de prejuízos entre atores unitários.

Como visto nesta pesquisa, o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado – encomendado pela Assembléia Geral da ONU à Comissão de Direito Internacional (CDI), em 1953 – em sua versão inicial, elaborada pelo relator especial García-Amador, tratava apenas da responsabilização de um Estado por danos causados em seu território a estrangeiros que nele se encontravam, tendo um caráter, portanto, estritamente civil e reparatório. No entanto, em pleno auge do processo de descolonização e conseqüente entrada maciça de novos Estados na ONU, logo essa visão foi criticada e rejeitada. O mandato do novo relator, Roberto Ago, em 1962, foi um resultado do compromisso entre a abordagem tradicional do Ocidente, que via a responsabilidade do Estado, sobretudo, como uma

responsabilidade pelos danos a estrangeiros, e as demandas, dos países socialistas e do então chamado Terceiro Mundo, de que se codificassem também as regras de responsabilidade internacional nos casos de violação de normas mais importantes, em particular aquelas relacionadas à paz, à segurança e à proteção dos direitos humanos.

Esse compromisso se materializou na alternativa escolhida pela CDI de estabelecer, no bojo do Projeto de Artigos, somente as conseqüências gerais (regras secundárias) que surgem em decorrência da violação de toda e qualquer obrigação primária internacional, distanciando-se da abordagem inicial que estabelecia conseqüências somente para o descumprimento de obrigações primárias específicas (a exemplo dos direitos dos estrangeiros). Essa opção técnica de se codificarem as regras secundárias de responsabilidade internacional do Estado, formulando-se, portanto, um *regime geral*, teve dois desdobramentos fundamentais para o estabelecimento do regime jurídico atual e para que esse passasse a ter maior importância nas relações internacionais.

O primeiro foi a ampliação do alcance do Projeto para além da responsabilização por danos causados a estrangeiros - o que atingia um número muito restrito de pessoas e situações-, para um regime aplicável à violação de toda e qualquer obrigação internacional.

Em um segundo momento, uma vez que o regime de responsabilidade passou a se aplicar à violação de todas as obrigações primárias, abriu-se o caminho para que se estabelecesse uma diferenciação entre as obrigações primárias, em função da sua maior ou menor importância para a comunidade internacional - o que, conseqüentemente, passou a exigir uma diferenciação correspondente das obrigações secundárias geradas pela sua violação. No contexto da gradual formação da idéia de uma ordem pública internacional, o Projeto de Artigos da CDI reconhece uma importante diferenciação entre normas ordinárias, por um lado, e “obrigações pertencentes à comunidade internacional no seu conjunto” e normas peremptórias, por outro. Em 1970, quando de fato intensificaram-se os trabalhos da Comissão dedicados à codificação do regime da responsabilidade, o conceito de *norma imperativa* (ou *jus cogens*) - que consagra a natureza objetiva e a não-derrogabilidade das normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional de Estados - já havia sido positivado nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. É justamente com base nessa formulação que o regime da responsabilidade vai ser então desenvolvido pela Comissão, procurando assumir uma posição de guardião da ordem pública internacional, através da diferenciação normativa entre violação de obrigação internacional ordinária e “grave violação de norma imperativa de Direito Internacional geral”.

Contudo, como já dito anteriormente, a realidade internacional, antes de mostrar-se linear e bem definida, é, ao contrário, bastante complexa: ao mesmo tempo em que se verificam tais demandas de sentido comunitário, permanecem os condicionamentos privatistas - voluntarismo estatal, ausência de poder supranacional, soberania dos Estados, baixa densidade institucional -, o que é refletido no desenvolvimento do regime da responsabilidade. Neste sentido, é possível destacar que foi justamente a introdução da diferenciação entre violação de obrigação ordinária e de normas imperativas (inicialmente realizada sob os termos “delitos” e “crimes” internacionais, respectivamente) que constituiu o principal obstáculo enfrentado para a aprovação dos sucessivos Projetos da Comissão. Foi, assim, a partir do seu quinto relatório em diante, que a maior dificuldade na elaboração do Projeto surgiu: a de encaixar, na clássica visão bilateral da responsabilidade, a idéia de *sancionar* a infração do interesse coletivo dos membros da comunidade internacional no seu conjunto. Como ficou claro diante das várias restrições opostas ao Projeto, e do longo período que foi necessário para a adoção do mesmo pela Comissão, uma coisa era reconhecer a gradação das normas e obrigações delas decorrentes, outra era traduzir esse princípio em um regime aplicável de responsabilização internacional.

Os trabalhos levados a cabo pela CDI seguiram movimentos pendulares, ora meramente codificando o costume já consagrado pelos Estados, ora estabelecendo novas diretrizes comportamentais, propositalmente cunhadas como de “desenvolvimento progressivo” para sublinhar que ainda não tinham respaldo na prática internacional. Algumas questões alimentaram, em particular, o debate que então se travou, evidenciando os limites e as possibilidades do regime da responsabilidade internacional do Estado como garantia da ordem pública internacional. Procuramos analisar detalhadamente tais questões no decorrer desta tese.

Em um primeiro momento, a própria discussão acerca da definição do *conceito* da responsabilidade, seu *surgimento* e seus *elementos*, já joga luzes esclarecedoras sobre o desenvolvimento do tema. Vimos nessa pesquisa que, no Direito Internacional tradicional, a responsabilidade internacional é entendida como uma mera obrigação de reparação do dano causado pela violação de uma obrigação internacional por um Estado. Situa-se, portanto, o dano como elemento da responsabilidade, ou, em outros termos, se não há dano, não há responsabilidade – o que equivale a dizer que nem sempre que ocorre um ato ilícito internacional há responsabilidade do sujeito infrator. Com os novos desígnios comunitaristas, contudo, o regime da responsabilidade precisa tutelar também interesses coletivos e indisponíveis, que escapam à lógica do voluntarismo estatal. A responsabilidade passa a ser

enxergada não apenas como via de reparação de prejuízo, mas, principalmente, como um instrumento de proteção da legalidade internacional – destarte, todo ato ilícito gera a responsabilidade internacional, quer tenha gerado dano a alguém ou não. Assim sendo, o dano deixa de ser imprescindível para a caracterização da responsabilidade, no regime da CDI.

Mais exemplificativo ainda da ambigüidade do momento em que vivemos, podemos apontar as dificuldades observadas na tentativa de formulação de um regime agravado de responsabilidade internacional. Ora, uma vez fixada uma distinção das obrigações primárias entre si, o passo lógico seguinte seria estabelecer um regime de responsabilidade comum e um regime de responsabilidade agravado, que se aplicariam quando da violação de uma norma ordinária ou imperativa, respectivamente. Para a realização de tal tarefa, vimos que a CDI logrou êxito em alguns pontos, mas não em outros.

Um ponto em que se verificou uma efetiva diferenciação de tratamento em decorrência da distinção entre as obrigações primárias é a regulamentação do tema das excludentes de ilicitude feita pela Comissão. Como analisado neste estudo, a princípio, no regime da CDI, o cometimento de um ato ilícito, imputável a um Estado, gera a sua responsabilização. No entanto, a doutrina e a prática internacionais têm admitido que em casos excepcionais, em função de circunstâncias especiais, o Estado não seja responsabilizado. No bojo do Projeto de Artigos, esse entendimento foi absorvido pela CDI, conferindo-se, porém, tratamento diferenciado em função da natureza da obrigação primária violada. Assim, contribuindo justamente para a conformação de um regime agravado de responsabilidade internacional, o Projeto de Artigos reconhece a incidência de excludentes de ilicitude para afastar a responsabilidade de um Estado somente se a obrigação primária violada tiver caráter ordinário; se, ao contrário, tratar-se de obrigação decorrente de norma imperativa de Direito Internacional, ainda que haja uma circunstância especial, ela não poderá ser aplicada para eximir o Estado de responder pela violação de norma tão importante para a comunidade internacional.

Um relevante desenvolvimento progressivo da matéria também pôde ser observado no que respeita aos legitimados a invocar a responsabilidade de um Estado na sistemática estabelecida no Projeto de Artigos. Classicamente, como mencionamos, a responsabilidade era concebida como direito de reparação – ou seja, se não há dano, não há interesse na ação, logo, a legitimidade para invocar a responsabilidade de um Estado só era reconhecida ao Estado que sofreu um dano reparável. Vimos, todavia, que, indo ao encontro do reconhecimento da existência de uma ordem pública internacional, o dano foi afastado do conceito de responsabilidade no Projeto da CDI, não sendo mais imprescindível para a sua

configuração. Assim, se todo ato ilícito gera a responsabilidade do infrator, é preciso reconhecer a todos os Estados, mesmo que não tenham sido “lesados” - no sentido de terem sofrido um dano reparável -, a legitimidade para requerer responsabilização quando a violação perpetrada atinge certas obrigações fundamentais cujo cumprimento é do interesse de toda a comunidade internacional no seu conjunto. Esse amplo reconhecimento pode, sem dúvida, ser apontado como a característica de maior desenvolvimento progressivo até aqui alcançada no regime da responsabilidade internacional do Estado, uma vez que reforça uma nova função de instrumento de garantia da ordem pública internacional. Neste sentido, o regime de invocação da responsabilidade contém um importante avanço na agenda comunitária, pois não deixa apenas à mercê dos interesses subjetivos dos Estados individualmente lesados a proteção de bens e valores indisponíveis, que interessam a todos.

Ainda quanto ao alargamento de sujeitos legitimados a invocar a responsabilidade, entendemos que cabe aqui um importante senão. Se há inegáveis avanços, a sistemática fixada no Projeto ainda é refém de uma visão interstatista do meio internacional, típica do sistema de unidades soberanas de Westfália, que reconhece apenas às entidades estatais a categoria de sujeitos internacionais. A despeito da proliferação de novos atores a que se tem assistido nas últimas décadas (além das organizações internacionais e ONGs, o próprio indivíduo) na esfera internacional, o Projeto sobre responsabilidade do Estado apenas prevê a titularidade de um *Estado* para invocação da responsabilidade de outro *Estado*, excluindo a participação de quaisquer outros atores do seu regime – o que certamente não reflete a realidade do sistema internacional neste início do século XXI.

Para a estruturação de um sistema de responsabilidade agravada, a distinção entre “Estados lesados” e “Estados que não o Estado lesado” é muito importante, uma vez que tem reflexos nas conseqüências materiais e instrumentais que cada um desses sujeitos está autorizado a invocar.

Assim, quanto aos *direitos substanciais*, tendo sido o Estado lesado, nada mais justo que seus direitos incluam todo o tipo de reparações, materiais e morais – o que já era consagrado há muito pelo direito consuetudinário internacional. O desenvolvimento progressivo dado pela CDI neste ponto é identificado quando uma obrigação pertencente à comunidade internacional no seu conjunto é atingida. Neste caso, como dissemos, diferente do que ocorreria se a obrigação tivesse natureza ordinária, os “Estados que não o Estado lesado” estão legitimados a invocar a responsabilidade do Estado violador, mesmo sem ter eles próprios sofrido qualquer espécie de prejuízo. Evidentemente, a posição de tais Estados, no que concerne aos seus direitos substantivos, é mais limitada quanto às reparações, sendo-

lhes admitido, porém, reivindicá-las apenas no interesse do Estado lesado individualmente ou dos beneficiários da obrigação (sujeito não-estatal). Chamamos maior atenção ainda para a previsão de outras espécies de direitos substantivos no Projeto de Artigos, que não ficaram restritos à reparação. Pela sistemática adotada, diante da violação de uma obrigação *erga omnes*, os “Estados que não os Estados lesados” podem também requerer a cessação do ato ilícito e, se for o caso, requerer garantias de não-repetição. Esta possibilidade apresenta um elemento de desenvolvimento progressivo da matéria - uma vez que pode haver situações em que nenhum Estado é individualmente lesado pelo ato ilícito - e se fundamenta exatamente na idéia de proteção da comunidade internacional e do interesse coletivo.

No campo dos *deveres substanciais*, como vimos, o regime da responsabilidade contido no Projeto da CDI ainda determina que, quando a obrigação violada decorre de norma imperativa, a *todos os Estados da comunidade internacional* são imputados alguns deveres. Assim, cabe a todos o dever de cooperar para dar fim, por meios legais, a tal violação, e de abster-se de reconhecer a legalidade da situação oriunda da violação, bem como de ajudar a manter tal situação. Uma vez que essa exigência de cooperação destinada a *todos* não se verifica quando a obrigação violada é fruto de uma norma ordinária, entendemos que resida aí mais uma possibilidade do regime da responsabilidade dos Estados como garantia da ordem pública internacional, pois, mais do que um interesse na reparação do dano, surge um interesse na manutenção da ordem pública internacional.

No entanto, no que tange ao ponto que mais importava, para a proteção dos interesses comunitários, relativo aos deveres substantivos - o estabelecimento de deveres específicos e diferenciados a serem suportados pelo Estado infrator de norma imperativa -, temos que a CDI não alcançou grande sucesso. A definição de um conteúdo especial para as obrigações impostas ao Estado que viola uma norma fundamental para a comunidade internacional revelou um desenvolvimento inconsistente. Se, em um primeiro momento, chegou a ser vislumbrado até mesmo um sistema de responsabilização criminal do Estado, que previa inclusive indenizações punitivas; na versão final aprovada, não constou absolutamente nenhuma obrigação diferenciada em função da norma atingida ter um caráter especial e importante para comunidade como um todo. Uma vez que a diferenciação da natureza da norma violada é trazida para o regime da responsabilidade, esperava-se que fossem formuladas obrigações, para o Estado violador, agravadas de acordo com a importância da norma e a gravidade da sua violação - o que, todavia, não se verificou.

Diga-se, no entanto, que, se a conjuntura internacional não permitiu à CDI grandes inovações no estabelecimento de direitos substantivos diferentes e específicos para o regime

agravado da responsabilidade internacional, ficando, em grande medida, aquém das expectativas, a Comissão teve ao menos o mérito de ampliar a legitimação de Estados que podem invocar a responsabilidade mesmo não tendo sido lesados pela violação – algo que, no regime comum da responsabilidade, não é permitido. Assim, ainda que tímidas, reconhecemos a existência de diferenças nas conseqüências substanciais que justificam a diferenciação entre normas primárias ordinárias e imperativas feitas no bojo do Projeto de Artigos.

No que diz respeito aos direitos *instrumentais* (contramedidas que visam, principalmente, a induzir o cumprimento dos deveres substanciais), um importante aspecto levantado relaciona-se com o fato de que a Comissão trata apenas da regulação dos instrumentos unilaterais - mais especificamente, das chamadas contramedidas – em seu Projeto. Mantendo a abordagem interestatal clássica, a utilização das sanções tomadas por organismos coletivos é excluída da abordagem do Projeto.

Para o nosso objeto de pesquisa, interessou-nos, quanto às contramedidas, sobretudo, a sua utilização direcionada aos interesses da comunidade internacional no seu conjunto, mais do que para proteger interesses particulares de um ou outro Estado afetado em sua individualidade. Assim, o que deteve nossa atenção foi a possibilidade do uso de meios coercitivos pelo “Estado que não o Estado lesado” quando diante de uma grave violação de norma imperativa internacional – sendo, talvez, esta a questão de maior relevância e que registra mais graves implicações relativas ao tema ora estudado.

Neste ponto, algumas questões muito paradoxais, que servem como reflexo da complexidade da própria sociedade internacional no momento em que nos encontramos, puderam ser levantadas. Uma delas consiste na confusa elaboração do dispositivo legal dedicado à utilização de contramedidas no interesse coletivo, ou seja, tomadas pelo “Estado que não o Estado lesado”. Após muitas críticas por parte dos governos e diversas reformulações, a Comissão da ONU adotou um texto que suscita dúvidas e discussões, e que acaba, a nosso ver, apenas por abster-se de regular a matéria no bojo do Projeto de Artigos, deixando ao “desenvolvimento futuro” da prática dos Estados e do Direito Internacional Público a definição do assunto.

Ocorre que, conforme tentamos apontar, a prática da utilização das contramedidas por “Estados que não o Estado lesado”, ao contrário de ser embrionária (como afirma a Comissão de Direito Internacional), vem se mostrando recorrente no último par de décadas, tendo conquistado ainda maior relevo com o reforço do unilateralismo verificado no pós-11 de setembro. Diante desse quadro, procuramos salientar os riscos que a sedimentação de tal prática – que amplia a legitimação para a defesa da comunidade internacional a todos os

Estados e é dissociada de uma ação institucional – pode representar aos mesmos interesses em nome dos quais ela tenta se justificar. Dentre tais riscos, pode-se facilmente apontar a seletividade, a imparcialidade e o equívoco do agente que impõe a contramedida, a subjugação ao voluntarismo estatal e o condicionamento às possibilidades e interesses dos Estados mais fortes, dentre muitos outros a que ficam sujeitas as normas de interesse da comunidade internacional, unilateralmente protegidas – riscos estes que são incompatíveis com o caráter especial que justamente distingue tais normas das demais: a inderrogabilidade de seu conteúdo.

Entendemos que o regime da responsabilidade internacional do Estado como garantia da ordem pública mostra-se mais compatível com os meios institucionais do que com os meios unilaterais para a sua efetivação. Essa postura se justifica no fato de que, além da óbvia preocupação quanto à falta de imparcialidade e legitimidade dos interesses de uma coerção unilateral, acreditamos serem os mecanismos institucionais de responsabilização mais compatíveis com as recentes transformações valorativas do sistema internacional responsáveis pela inclusão dos temas de interesse coletivo na pauta do Direito Internacional. E tal compatibilidade é essencial para um desdobramento ainda mais relevante: se os mecanismos institucionais possuem mais afinidade com a dimensão valorativa da comunidade internacional, a maior legitimidade da sua aplicação os torna potencialmente mais eficazes na proteção de tais valores do que o seu correspondente unilateral.

É preciso que seja observado, contudo, que o avanço normativo da responsabilidade internacional ainda não tem par no plano institucional. O paradoxo aqui é que os valores comunitários conseguiram um progresso no nível conceitual e, em menor grau, no nível normativo, mas, ao mesmo tempo, esse desenvolvimento leva à adoção de medidas unilaterais. Basta lembrar da formulação de uma noção de “crimes internacionais”, que é, sem dúvida, um progresso em direção aos valores comunitários, uma vez que demonstra que ao menos algumas formas de unilateralismo são intoleráveis no mundo contemporâneo. No entanto, simultaneamente, tal conceito induz a um “contra-unilateralismo”, a partir do momento em que os Estados, individualmente ou em grupo, arrogam a si próprios, na ausência do desenvolvimento de aparato institucional correspondente, o direito de reagir a tais violações unilateralmente.

Diante desse descompasso, a diferenciação normativa entre simples obrigações internacionais e “obrigações internacionais pertencentes à comunidade internacional como um todo”, experimentada pelo regime da responsabilidade internacional do Estado, apresenta um

avanço e também um risco, pois gera uma situação em que qualquer Estado fica legitimado a reagir individualmente contra violações a este último tipo de obrigações internacionais.

Parece-nos que é justamente em razão de toda essa ambigüidade, aqui discutida, que a Comissão de Direito Internacional da ONU enfrentou tanta dificuldade para concluir o seu trabalho sobre responsabilidade internacional. A discussão em torno até da forma que deveria ser recomendada à Assembléia Geral para a adoção do Projeto de Artigos (se uma Convenção ou apenas uma declaração, optando-se por esta última em uma primeira etapa, ainda a, quem sabe, ser seguida pela outra no futuro) demonstra que a aprovação do Projeto em 2001 não significou o fim do processo de codificação do seu regime. A demora da Comissão para aprovar o texto final não deixa de ser um retrato da falta de consenso que ainda permanece entre os sujeitos mais importantes do meio internacional quanto ao desenvolvimento a ser dado à matéria. A sociedade internacional dispõe agora da opinião coletiva da Comissão sobre o tema, mas ainda há muito a ser definido, não apenas no campo normativo, mas, principalmente, no plano fático.

A despeito de todas as dificuldades, impingidas pelas condicionantes fáticas do sistema internacional, que ocasionam uma grande resistência, por parte de alguns Estados, em adotar o Projeto de Artigos na forma de uma convenção internacional, não podemos deixar de ressaltar o fato de que os dispositivos do Projeto da Comissão já têm sido utilizados pela jurisprudência internacional e têm servido de respaldo à ação dos atores internacionais.

Neste sentido, nos parece de grande interesse o resultado da análise de dois documentos de compilação de decisões internacionais produzidos, pelo Secretário-Geral da ONU, a pedido da Assembléia Geral.

No documento UN DOC. A/62/62 e Add.1 de 2007, em atenção à Resolução 59/35 de 02 de Dezembro 2004, foram compiladas decisões, prolatadas até a data de abril de 2007, em que tribunais internacionais e outros órgãos jurisdicionais houvessem se referido ao Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado – incluindo referências desde aos primeiros dispositivos, que começaram a ser elaborados em 1973 e culminaram no Projeto de Artigos provisoriamente adotado em primeira leitura em 1996 (anexo I), como ao Projeto aprovado provisoriamente em segunda leitura em 2000 (anexo II) e à versão definitivamente aprovada em 2001 (anexo III). No espaço de tempo de 1973 a 2007, portanto, foram identificadas, pelo Secretário-Geral, 137 referências ao Projeto de Artigos em alguma das suas versões, das quais 55 ocorreram nos 28 anos que antecederam a aprovação da versão final do Projeto e 82 referências ocorridas de 2001 a 2007.

A Assembléia Geral solicitou nova compilação na sua Resolução 62/61 de 06 de dezembro de 2007, que resultou no documento UN DOC. A/65/76 de 2010 – nesse apanhado foram identificadas mais 47 referências em decisões internacionais ao Projeto de Artigos. Assim, após a adoção do Projeto de Artigos em 2001 pela CDI, tivemos expressivas 129 menções ao Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional referenciadas para fundamentar decisões de cortes e órgãos internacionais – o que denota um crescente aumento da importância dos seus dispositivos e da sua aceitação pelos Estados. Essa importância, aliás, é explicitada em algumas passagens dessas decisões, como por exemplo, em julgados de arbitragem do ICSID (Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos), que assim se manifestou, em 2007, sobre o *status* atual do Projeto de Artigos:

The Tribunal acknowledges the fact that the ILC Articles are the product of over five decades of ILC work. They represent in part the ‘progressive development’ of international law — pursuant to its UN mandate — and represent to a large extent a restatement of customary international Law regarding secondary principles of state responsibility⁴¹².

Em outra oportunidade, o tribunal arbitral criado também no âmbito do ICSID para considerar o caso da *Corn Products International Inc. v. México*, em decisão de 2008, observou que era "aceito" que os artigos sobre responsabilidade do Estado da CDI constituíam a “declaração de maior autoridade” sobre as regras de responsabilidade do Estado⁴¹³.

Apesar dessa aparente boa aceitação do Projeto de Artigos, um dado relevante transparece da análise do conteúdo das referências feitas nas decisões judiciais: a grande maioria delas diz respeito aos dispositivos do Projeto que apenas codificaram regras pautadas nos costumes e prática dos Estados. De fato, das 184 referências totais apontadas nos dois documentos produzidos pelo Secretário-Geral, apenas nove abordam questões que continham algum conteúdo de desenvolvimento progressivo do regime da responsabilidade internacional. Assim, é necessário ponderar, quanto aos artigos que, em alguma medida, acrescem conteúdo de desenvolvimento progressivo, que a aceitação não vem ocorrendo na mesma velocidade dos demais. No entanto, cientes de todos os percalços enfrentados pela CDI na elaboração e aprovação do Projeto, justamente em função da presença desse conteúdo progressivo, não esperávamos que o processo de assimilação dessas novas concepções ocorresse de maneira diversa. Ademais, considerando a unicidade do Projeto, acreditamos que a sua paulatina

⁴¹² ICSID, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. the United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/04/05, award, 21 November 2007, para. 116.

⁴¹³ ICSID, *Corn Products International Inc., v. The United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/04/01, decision on responsibility, 15 January 2008, para. 76.

apropriação (venha ou não a ser aprovado como uma convenção internacional em 2013), ainda que inicialmente mais concentrada em algumas partes do que em outras, contribuirá para alçá-lo ao posto de referência normativa maior do regime de responsabilidade do Estado – *status* que, conseqüentemente, também as suas regras de desenvolvimento progressivo poderão alcançar.

Por todo o exposto, com o presente estudo, esperamos ter contribuído para dar conta do momento de transição paradigmática do sistema internacional contemporâneo, ao revelarem-se tanto as bases de identidade desse sistema quanto os traços de transformação que o atravessam. Sem a pretensão de esgotar a matéria, procuramos jogar luz sobre o regime da responsabilidade do Estado, sobretudo na sua potencial função de protetor da comunidade internacional – tarefa esta que constituiu nossa maior motivação na consecução desta pesquisa, sobretudo uma vez que enxergamos, na disseminação e apropriação por todos do discurso do Direito Internacional, o melhor instrumento, hoje disponível, para a salvaguarda dos direitos dos mais fracos. Com esse norte, parece-nos sim que a análise, tanto histórica quanto aplicada, da responsabilidade do Estado como garantia da ordem pública internacional, já fornece expressivos elementos indicativos da alteração qualitativa pela qual o ordenamento jurídico internacional vem passando ao longo das últimas décadas - quadro que muito nos diz do sistema internacional contemporâneo, em que uma *comunidade internacional* verdadeira ainda parece existir mais nos nossos desejos do que na realidade.

REFERÊNCIAS

ABELLAN HONRUBIA, Victoria. La ampliación Del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad: fundamento jurídico y discricionariedad política. In: GONZÁLEZ, Manuel Pérez. *Hacia un nuevo orden internacional y europeo : estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*. Madri: Tecnos, 1993.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento; CASELLA, P. Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALOEBOETOE , V.; SURINAME, CIDH. Julgamento de 10 de setembro de 1993. [S.l.: s.n.], 1993. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/cases.asp>> Acesso em: ago. 2011.

ALLAND, Denis. Countermeasures of General Interest. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n.5, p. 1221-1239, 2002.

ALLAND, Denis. International responsibility and sanctions: self-defence and countermeasures in the ILC codification of rules governing international responsibility. In: SIMMA, Bruno; SPINEDI, Marina. *United Nations Codifications of State Responsibility*. Rome: Ocena Publications Inc., 1987.

ANNAN, Kofi. Problems without passports. *Foreign Policy*, United States, n.132, p. 28-31, Sep./Oct. 2002.

APPADURAI, Arjun. Broken promises. *Foreign Policy*, United States, n.132, p. 42-44, Sep./Oct. 2002.

ARCHER DANIELS MIDLAND Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. the United Mexican States, Case No. ARB(AF)/04/05, ICSID, award, 21 November 2007. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>> Acesso em: ago. 2011.

AREND, Anthony Clark. *Legal Rules and International Society*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem: a convenção europeia dos direitos do homem. *Revista dos Tribunais/Fasc.Civ.*, São Paulo, ano 87, v. 749, mar.1998.

BARBOSA, Julio. Legal injury : the tip of the iceberg in the law of State responsibility? In: RAGAZZI, Maurizio. *International responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

BBC: Press Releases. *God told me to invade Iraq, Bush tells Palestinian ministers*. London: BBC, 2006. Disponível em:
<http://www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2005/10_october/06/bush.shtml>. Acesso em: set. 2011.

BELLO, Walden. Battling barbarism. *Foreign Policy*, United States, n.132, p. 41-42, Sep./Oct. 2002.

BIWATER GAUFF (TANZANIA) Ltd. v. United Republic of Tanzania, Case No. ARB/05/22, ICSID, award, 24 de julho de 2008. [S.l.: s.n.], 2008. Disponível em:
<<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>> Acesso em: set. 2011.

BROWLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUERGENTHAL, Thomas. Proliferation of International Courts and Tribunals. *Leiden Journal of International Law*, n.14, p. 267-275, 2001.

BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. Brasília: Ed. UnB, 2002.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Origin and historical development of the rule of exhaustion of local remedies in International Law. *Revue belge de Droit International*, 12, p. 499-527, 1976.

CARVALHO, Leonardo Arquimino de. O princípio da não-intervenção e a ingerência humanitária: considerações iniciais sobre a proteção internacional dos direitos humanos por intermédio das forças armadas. In: ANNONI, Danielle (org.). *Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CMS GAS TRANSMISSION COMPANY v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, ICSID, award, 12 de maio de 2005. Disponível em:
<<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>> Acesso em: ago. 2011.

CORN PRODUCTS INTERNATIONAL INC., v. The United Mexican States, Case No. ARB(AF)/04/01, ICSID, decision on responsibility, 15 January 2008. Disponível em:
<<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>> Acesso em: set. 2011.

CRAWFORD, James. International crimes of States. In: CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. *Oxford commentaries on international law: the law of international responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010.

CRAWFORD, James. On re-reading the draft articles on state responsibility. In: AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 92. Proceedings... Washington: American Society of International Law, 1998.

CRAWFORD, James. Revising the draft articles on state responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v.10, n. 2, p.435-460, 1999.

CRAWFORD, James. The ILC's Articles of States for Internationally Wrongful Acts. *European Journal of International Law*, Florence, v. 12, 2001.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

CRAWFORD, James. *The Relationship between Sanctions and Countermeasures*, a contribution to the Colloquium of the Graduate Institute of International Studies (Geneva) on United Nations Sanctions and International Law, June, 1999.

CRAWFORD, James e BODEAU, Pierre. Second Reading of the ILC Draft Articles on State Responsibility: Further Progress., ILC, 51st session, 1999.

CRAWFORD, James, BODEAU, Pierre e PEEL, Jacqueline. The ILC's Draft Articles on State Responsibility: Towards Completion of a Second Reading, ILC, 52st session, 2000.

CRAWFORD, James, First Report on State Responsibility, UN. Doc. A/CN.4/490, 1998.

CRAWFORD, James, Third Report on State Responsibility, UN. DOC. A/CN.4/507, 2000.

CRUZ, Sebastião C. V. Entre normas e fatos: desafios e dilemas da ordem internacional. *Lua Nova*, n. 58, 2003

CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. Law, politics and the international court. *Peace Review*, Palo Alto, v. 9, n. 3, p. 345-349, sep. 1997.

CHOMSKY, Noam. *Contendo a democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2003

CHOMSKY, Noam. The crimes of 'Intcom'. *Foreign Policy*, United States, n.132, p. 34-35, Sep./Oct. 2002.

DIPLOMATIC AND CONSULAR STAFF IN TEHRAN, I.C.J. Reports 1980. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>> Acesso em: abr. 2011

DUPUY, P.M. A General Stocktaking of the connections between the multilateral Dimension of obligations and Codification of The Law of Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, 2002

DUPUY, P.M. A general Stocktaking of the Law of State Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v 13, 2002

DUPUY, P.M. *La responsabilité dès Etats pour lês dommages d'origine technologique et industrielle*. Paris: Pédone, 1976

DUPUY, P.M. Le fait générateur de la Responsabilité internationale des Etats. *Récueil des Cours de l'Académie de La Haye* (RCADI), 1984

FACTORY AT CHORZÓW, Jurisdiction, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>> Acesso em: abr. 2011

FACTORY AT CHORZÓW, Merits, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>> Acesso em: abr. 2011

FITZMAURICE, Gerald. Fourth Report on the Law of Treaties, ILC Yearbook 1959. v. 2.

FITZMAURICE, Gerald. ILC Yearbook, 1957, v. 2 .

GABCÍKOVO-NAGYMAROS PROJECT (Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports 1997. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>> Acesso em: ago. 2011

GOWERS, Andrew. The power of two. *Foreign Policy*, United States, n.132, Sep./Oct. 2002

HEHIR, Bryan. The limits of loyalty. *Foreign Policy*, United States, n.132, p. 38-39, Sep./Oct. 2002

HENKIN, Louis. *The Age of Rights*, Columbia : Columbia University Press, 1998. preface to the paperback edition, xi.

HERZ, Mônica; HOFFMAN, Andrea Ribeiro. *Organizações internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

HIGGINS, R. Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom. *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, 50, 122, p. 121-132 2001.

HOBBSBAWM, Eric J. *A Era dos Extremos: o breve séc. XX - 1914-1991*. São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2001.

ICJ Reports 1995.

ICJ Reports 1996 (I).

ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries - text adopted by the ILC at its fifth third session, Yearbook of the International Law Commission, 2001.

ILC Report, A/2934 (A/10/9), 1955, chp. IV(III) and (IV)

ILC Yearbook, 1969, v. 2, document A/7610/Rev.1.

ILC Yearbook, 1976, v. 2, 2a. Parte.

ILC Yearbook, 1979, v. 1.

INOGUCHI, Takashi; BACON, Paul. Sovereignities: Westphalian, Liberal and anti-utopian. *International Relations of The Asia-Pacific*, v. 1, p. 285-304, 2001.

INTER –AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. BARRIOS ALTOS V. PERU, CIDH, Julgamento de 30 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/cases.asp>> Acesso em: jul. 2011.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Responsabilidad Internacional, In: SORENSEN, Max (coord.). *Manual de Derecho Internacional Publico*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

JORGENSEN, Nina H. B. *The responsibility of states for international crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2000

KADELBACH, Stefan. The Identification of Fundamental Norms. In: TOMUSCHAT, C.; THOUVENIN, J-M. (eds.) *The Fundamental Rules of International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006

KIRKPATRICK, Jeane. The shackles of consensus. *Foreign Policy*, United States, n.132, p. 37, Sep./Oct. 2002.

KLEIN, Pierre; CHAZOURNES, Laurence B.; HANQIN, Xue; CARON, David D. The state of state responsibility. In: AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. *Proceedings...* Washington, 2002.

KLEIN, Pierre; CHAZOURNES, Laurence B.; HANQIN, Xue; CARON, David D. Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law. *European Journal of International Law*; Florence; v. 13, n. 5, Nov. 2002.

LEGAL CONSEQUENCES OF THE Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, I.C.J., Advisory Opinion, 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4>> Acesso em: set. 2011

MACHADO, Jónatas, E.M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao 11 de setembro*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MAVROMMATIS JERUSALEM CONCESSIONS, 1924, Series A, no. 2. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>> Acesso em: set. 2011

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1, 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Responsabilidade Internacional do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. Cascais: Ed. Principia, 2004.

MONTJOIE, Michel. *The Concept of Liability in the Absence of an Internationally Wrongful Act The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford Commentaries on International Law, 2010.

MUNHOZ, Sidnei J. Guerra Fria: um debate interpretativo. In: TEIXEIRA DA SILVA, Francisco Carlos (org). *O século sombrio*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MYRNA MACK CHANG. Fondo, Reparaciones y Costas. Voto em apartado do juiz A.A. Cançado Trindade, CIDH. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/cases.asp>> Acesso em: ago. 2011

NASSER, Salem Hikmat. Jus Cogens. Ainda esse desconhecido. *Revista Direito GV*. v.1, n. 2, jun./dez 2005

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001

NETO, Adelino Arantes. *Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e na OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NGUYEN, Quoc Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian,, 1999.

OGATA, Sadako. Guilty Parties. *Foreign Policy*, United States, n.132, p. 39-40, Sep./Oct. 2002.

PAUWELYN, Joost. A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?, *European Journal of International Law*, Florence, v. 14, n. 5, 2003.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. *A Política Externa dos Estados Unidos*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2003

PELLET, Alain. Brief Remarks on the unilateral use of force. *European Journal of International Law*, Florence, v. 11, n. 2, p. 385-392, 2000

PELLET, Alain. Can a State Commit a Crime? Definetely, Yes! *European Journal of International Law*, Florence, v. 10, n. 2, p. 425-434, 1999.

PELLET, Alain. The Definition of Responsibility. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *International Law*. Oxford: Oxford Commentaries on International Law, 2010.

PEREIRA, A. Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed., Coimbra: Livr. Almedina, 1993

PEREIRA, Antonio Celso Alves. A Reforma das Nações Unidas e o Sistema Internacional Contemporâneo. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (org.). *Desafios do Direito*

Internacional Contemporâneo. Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007

PEREIRA, Antonio Celso Alves. A Reforma das Nações Unidas. In: MENEZES, Wagner. *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro: Homenagem a José Francisco Resek*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

PEREIRA, Luiz César Ramos. *Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas consequências no Direito Internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado*, 1. ed. São Paulo: Ed. S.LTr, 2000.

PERINI, Raquel Fratantonio. *A soberania e o mundo globalizado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 76, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4325>>. Acesso em: set. 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo LIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966

PRISONERS OF WAR - ERITREA'S Claim 17, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, 1 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1151> Acesso em: ago. 2011.

PUREZA, José Manuel. Ordem Jurídica. Desordem Mundial. Um contributo para o estudo do Direito Internacional. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 64, dez. 2002

PUREZA, José Manuel. Para um Internacionalismo Pós-Vestefaliano. In: SANTOS, Boaventura de Sousa *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2002.

PUREZA, José Manuel. *Patrimônio comum da humanidade. rumo a um direito internacional da solidariedade?*. 1995. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 1995.

RAGAZZI, Maurizio. *The concept of international obligations erga omnes*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

RAINBOW WARRIOR AFFAIR, arbitral award, 1990, reproduced in UNRIAA, vol. XX. Disponível em: <http://untreaty.un.org/cod/riaa/states/new_zealand.htm> Acesso em: ago. 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *A responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos humanos*. São Paulo: USP, 1999.

RESEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998

REUTER, Paul. *Droit International Public*. 6. ed. Paris: PUF, 1983.

REUTER, Paul. *Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des États pour fait illicite in Le développement de l'ordre juridique international*. Paris: Economica, 1995.

Relatório do Desenvolvimento Humano, Relatório PNUD, 2005.

Report of the Committee on State Responsibility, 1999, UN. DOC. A/CN.4/SR.2605, p.15.

Report of the ILC, 30th session, ILC Yearbook 1978, v.2, 150, para 177.

Report of the ILC, 32nd session, ILC Yearbook 1980, v. 2, 27, para 23.

Report of the ILC, 53th session, 2001, A/56/10.

Report of the Sub-committee on State Responsibility, ILC Yearbook 1961, v. 2, 228.

Relatório do Desenvolvimento Humano, Relatório PNUD, 2005.

Report of the Committee on State Responsibility, 1999, UN. DOC. A/CN.4/SR.2605, p.15.

Report of the ILC, 30th session, ILC Yearbook 1978, v.2, 150, para 177.

Report of the ILC, 32nd session, ILC Yearbook 1980, v. 2, 27, para 23.

Report of the ILC, 53th session, 2001, A/56/10.

Report of the Sub-committee on State Responsibility, ILC Yearbook 1961, v. 2, 228.

RIPHAGEN, Willem Third Report of the Special Rapporteur. ILC Yearbook, 1982, v. 2, Primeira Parte, p. 48-49, paras (5) e ss.

RIPHAGEN, Willem. Fourth Report of the Special Rapporteur. ILC Yearbook, 1983, v. 2, Primeira Parte, p. 11, para 60.

RIPHAGEN, Willem. Seventh Report of the Special Rapporteur, ILC Report, 1986, v. 2 (1), U.N. Doc. A/CN.4/397.

RIPHAGEN, Willem. Sixth Report of the Special Rapporteur, ILC Report, 1985, v. 2 (1), U.N. Doc. A/CN.4/389 e

AGNU, Sixth Committee of the General Asse

RIPHAGEN, Willem Third Report of the Special Rapporteur. ILC Yearbook, 1982, v. 2, Primeira Parte, p. 48-49, paras (5) e ss.

RIPHAGEN, Willem. Fourth Report of the Special Rapporteur. ILC Yearbook, 1983, v. 2, Primeira Parte, p. 11, para 60.

RIPHAGEN, Willem. Seventh Report of the Special Rapporteur, ILC Report, 1986, v. 2 (1), U.N. Doc. A/CN.4/397.

RIPHAGEN, Willem. Sixth Report of the Special Rapporteur, ILC Report, 1985, v. 2 (1), U.N. Doc. A/CN.4/389.

ROMERO, Alicia Cebada. Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la *la* Del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 4, 2002. Disponível em: <www.reei.org>. Acesso em: set. 2011.

ROSENTOCK, Robert. The ILC and state responsibility. *The American Journal of International Law*. Washington, v. 96, n. 4, Oct. 2002.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. *European Journal of International Law*, Florence, v. 8, n. 4, p. 583-595, 1997.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SCOBBIIE, Iain. The Invocation of responsibility for the breach of “Obligations under peremptory norms”. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p.1201-1220, dez. 2002.

SICILIANOS, Linos-Alexander. The classification of obligations and the multilateral dimension of the relations of International Responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, 2002.

SPINEDI, Marina. From one codification to another: bilateralism and multilateralism in the genesis of the codification of the law of treaties and the law of state responsibility. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, p. 448-476, 2002.

SZUREK, Sandra. The notion of circumstances precluding wrongfulness. In: CRAWFORD, J.; PELLET, A.; OLLESON, S. *Oxford commentaries on International Law: the law of international responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010.

TAMS, Christian J. Do serious breaches give rise to any specific obligations of the Responsible State? *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, 2002.

TAMS, Christian J. *Enforcing obligations erga omnes in international law*. New York: Cambridge University Press, 2010.

TAVERNIER, Paul. L'identification des règles fondamentales, un problème résolu? In: TOMUSCHAT, C.; THOUVENIN, J-M. (eds.). *The Fundamental Rules of International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

TEMPLO DE PREAH VIHEAR, CIJ, 1962. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>> Acesso em: set. 2011.

TOMUSCHAT, Christian. Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes: Concluding Observations. In: TOMUSCHAT, C.; THOUVENIN, J-M. (eds.). *The Fundamental Rules of International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Os rumos do Direito Internacional contemporâneo: de um jus inter gentes a um novo jus getium no século XXI. In: _____. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINIDAD CEMENT LIMITED and TCL Guyana Incorporated v. The State of the Co-Operative Republic of Guyana, Case No. [2009], Caribbean Court of Justice, (OJ), Julgamento de 20 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.caribbeancourtofjustice.org/judgments-proceedings/original-jurisdiction-judgments>> Acesso em: set. 2011.

TRUJILLO-OROZA V. BOLIVIA, CIDH, Julgamento de 27 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/cases.asp>> Acesso em: set. 2011.

UN Basic Documents. Who can bring a case at the Court - 1. Jurisdiction in Contentious Cases. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/icjwww/ibasicdocuments/ibasic_text/ibasic_whobringcases.html>. Acesso em: set. 2011

UN. DOC. A/62/L.1, 15 de outubro de 2007.

UN. DOC. A/C.6/SR 653, discurso da delegação da Romênia.

UN. DOC. A/C.6/SR 654, discurso da delegação da Hungria.

UN. DOC. A/C.6/SR 657 discurso da delegação da URSS.

UN. DOC. A/C.6/SR 717 discurso da delegação da URSS.

UN. DOC. A/C.6/SR.651 discurso da delegação da URSS.

UN. DOC. A/C.6/SR.651, paras9-10 e SR.657, para 31, , comentários da delegação da URSS

UN. DOC. A/C.6/SR.654, paras 12-13, comentários da delegação da Hungria

UN. DOC. A/C.6/SR.655, para 11, comentários da delegação da Checoslováquia.

UN. DOC. A/C.6/SR.725, para 2 e 7, comentários da delegação da Polônia.

UN. DOC. A/C.6/SR.737, para 22, comentários da delegação da Chile.

UN. DOC. A/C.6/SR.740, para 14, comentários da delegação da Romênia.

UN. DOC. A/C.6/SR.746, para 23, comentários da delegação da Bolívia.

UN. DOC. A/C.6/SR657, para 20, comentários da delegação da Ucrânia.

UN. DOC. A/C.6/SR658, para 33, comentários da delegação da Bulgária.

UN. DOC. A/C.6/SR662, para 13, comentários da delegação da Bielorrússia.

UN. DOC. A/C.6/SR662, para 2, comentários da delegação da Albânia.

UN. DOC. A/CN.4/148, ILC Yearbook, 1962, v. 2.

UN. DOC. A/CN.4/152, ILC Yearbook, 1963, v. 2, e documento anexo A/5509

UN. DOC. A/CN.4/488, comentários da Áustria, França, Irlanda, Suíça, Reino Unido, Estados Unidos, Alemanha

UN. DOC. A/CN.4/488, para 52, comentário da República Tcheca

UN. DOC. A/CN.4/492, comentários do Japão

UN. DOC. A/CN.4/515 e Add.1 e 2 de 2001

UN DOC. A/62/62 e Add.1 de 2007

UN DOC. A/65/76 de 2010

WTO Panel Report, Mexico - Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, WT/DS308/R, 7 de outubro de 2005

VILLAGRÁN-MORALES ET AL. v. Guatemala, CIDH (case of the "Street Children"), Julgamento de 26 de maio de 2001. Disponível em:
<<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/cases.asp>> Acesso em: ago. 2011.

VILLALPANDO, Santiago. The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law. *European Journal of International Law*, Florence, v. 21, n. 2, 2010.

VIZENTINI, Paulo G. Fagundes. A Guerra Fria., In: REIS FILHO, Daniel Aarão; et. al. *O Século XX, o tempo das crises: revoluções, fascismos e guerras*, v.1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

WEDGWOOD, Ruth. Gallant delusions, *Foreign Policy*, United States, n.132, p. 44-46, Sep./Oct. 2002.

WEISS, Edith Brown. Invoking State responsibility in the twenty-first century. *American Journal of International Law*, Washington, v. 96, n. 4, Oct 2002.

WYLER, Eric. From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of obligations under Peremptory Norms of General International Law'. *European Journal of International Law*, Florence, v. 13, n. 5, 2002.