

OS VALORES PROTEGIDOS PELO REGIME DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO: DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA ÀS OBRIGAÇÕES PERTENCENTES À COMUNIDADE INTERNACIONAL NO SEU CONJUNTO.

THE VALUES PROTECTED BY THE INTERNATIONAL STATE RESPONSIBILITY: FROM THE DIPLOMATIC PROTECTION TO THE OBLIGATIONS OWNED TO THE INTERNATIONAL COMMUNITY AS A WHOLE.

Ana Maria Esteves de Souza, Doutora em Direito Internacional – UERJ, e professora do Ibmec-RJ.
anamariaes@gmail.com

1. 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 como um todo e, em particular, no regime de responsabilidade internacional, conferindo-lhes novas diretrizes.

As regras de responsabilidade – a determinação das consequências com as quais devem arcar aqueles que violam uma norma – estão na base de qualquer forma de vida social e podem ser reconhecidas como o epicentro de um sistema jurídico. Não é estranho, portanto, que a sociedade internacional projete, no regime jurídico de responsabilização internacional, a ambiguidade do momento por que passa, onde significativas transformações demandam novas concepções sobre seus valores e paradigmas, sem terem, porém, desbancado em definitivo as bases clássicas que estruturam tal sociedade internacional.

Nesse sentido, por um lado, o tradicional respeito à soberania dos Estados nas relações jurídicas interestatais traz o voluntarismo e a reciprocidade para a base do Direito Internacional; conseqüentemente, também no regime da responsabilidade internacional, são o voluntarismo e a reciprocidade que dão o tom da construção clássica: relação de Estado a Estado, cujo conteúdo se resolve num intuito meramente reparatório do dano causado ao

estrangeiro. Por outro lado, contudo, esse perfil contratualista não detém mais, no nosso tempo, a exclusividade. As transformações promovidas pelo processo de globalização, em que pese não se concretizarem uniformemente nos planos teórico e fático da sociedade internacional¹, 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 (IANNI, 2001, p. 237), gradualmente, vai sendo desenvolvido e legitimado um código universal, que consagra a proteção dos interesses da comunidade internacional no seu conjunto, como a linguagem dominante. Desse modo, concorre, com os pilares clássicos do sistema internacional, uma afirmação crescente do interesse da comunidade internacional no cumprimento do Direito Internacional, especialmente em relação às suas normas essenciais, expressas através das normas de jus cogens, previstas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, e reconhecidas nas obrigações erga omnes, às quais a Corte Internacional de Justiça fez menção em sua sentença do caso Barcelona Traction.

Essas transformações na sociedade internacional têm implicado profundas alterações no regime tradicional da responsabilidade internacional do Estado por fato ilícito, que foram, em maior ou menor medida, absorvidas 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 (CDI), concluído e adotado em segunda leitura em 2001, e que está, desde 2010, incluso na agenda provisória da Sexagésima Oitava Sessão (2013) da Assembléia Geral da ONU (AGNU), para examinar e decidir sobre a adoção de uma convenção sobre o tema².

¹ Estas transformações, fazem-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 ideias -, 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 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 periféricos (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). 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.

² 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.*”

A abordagem privatista inicialmente conferida pela CDI ao Projeto de Artigos no que concerne, especificamente, 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 no Projeto de Artigos serão aqui abordadas.

2. 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 represálias³, 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 Européia (CANÇADO TRINDADE, 1997).

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 dano⁴.

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 como dano próprio e pleiteia reparação ao Estado responsável pelo ato lesivo (MELLO, 2000, p.505). O fundamento da proteção diplomática está no suposto dever internacional de todos os Estados de fornecer um tratamento considerado internacionalmente adequado aos estrangeiros

³ Os suseranos europeus emitiam cartas de represálias a seus súditos no exterior, quando lesados em seus países de residência.

⁴ 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.” (MELLO, 2000, p.505).

em seu território⁵. 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 bilateral⁶, 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 nacionalidade⁷. 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 nacionais⁸, 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 (NGUYEN, DAILLIER e PELLET, 1999, p.708-709).

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 da sua aplicação, sujeita à vontade do Estado (MELLO, 2000, p.505): 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

⁵ 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 Visser, era necessária a proteção diplomática, já que nesses países não havia instituições sólidas, aptas a prestar justiça. (VISSCHER, *Apud* RAMOS, 1999, pp. 160).

⁶ A bilateralidade que predominava nas relações jurídicas interestatais no sistema internacional até 1945 projetava a reciprocidade como princípio estruturante da responsabilidade internacional. (SPINEDI, 2002, p. 1099).

⁷ 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 proteção”. (BROWLIE, 1997, p. 543).

⁸ A propósito, Ian Brownlie afirma: “É trivial dizer que, salvo algumas exceções, os Estados só podem exercer proteção diplomática em relação aos seus nacionais.” (BROWLIE, 1997, p. 426).

Calvo, imaginada pelo internacionalista argentino Carlos Calvo⁹. 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.¹⁰

Como se trata de compromissos contratuais legítimos, a jurisprudência internacional hesitou inicialmente em os privar de qualquer efeito (NGUYEN, DAILLIER e PELLET, 1999, p.714). Rapidamente, contudo, os juízes e árbitros internacionais aderiram à tese radical da nulidade para este tipo de cláusula (Mavrommatis, 1924; *Factory at Chorzów*, 1927), 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 (2000, p. 509), 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.

Esta exigência de um *standard* mínimo¹¹ 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?¹²

⁹ 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. (MELLO, 2000, p.515).

¹⁰ “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” (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1992, pp. 558).

¹¹ Esse padrão era geralmente auferido em face de parâmetros de nações europeias. Conforme VISSCHER: “lê traitement dû à l'étranger correspond à um 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.” (VISSCHER, *Apud* RAMOS, 1999, p. 161).

¹² Para uma discussão sobre o assunto, ver Ian Browlie (1997, p. 548 a 553), que traz o critério de tratamento nacional e o critério internacional em perspectiva.

Essas contradições, que encerravam uma discriminação sem justificativa razoável contra os nacionais, junto com as limitações apontadas, enfraqueceram, por seu turno, a proteção diplomática¹³. 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 prática¹⁴.

3. 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 uma responsabilidade dos Estados nas relações entre eles, se amplia e tem estendido o seu campo de atuação. De acordo com Jorge Miranda (2004, p. 319),

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

¹³ 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. 2004, p. 275).

¹⁴ Interessante notar aqui, contudo, uma recente inversão. Se de fato os investimentos estrangeiros sob a forma de empresas locais (Celso de Albuquerque Mello (2000, p.516). identifica ainda outros fatores como a melhora da organização judiciária nos diversos países e a maior estabilidade política nos países latino-americanos) 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, *Apud* RAMOS, 1999, p. 161) parece agora abrir a possibilidade de proteção aos nacionais dos países em desenvolvimento que imigram para os países desenvolvidos, sobretudo os ilegais. Ver ainda Opinião Consultiva (n. 18, 2003) da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação dos imigrantes ilegais mexicanos nos Estados Unidos.

abordagem conferida ao Projeto se descole da concepção privatista clássica sobre qual o conjunto de bens e valores devem ser considerados nesse regime.

3.1.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 estrangeiros (AMADOR, 1956, p. 176).

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 secundárias¹⁵ de Direito Internacional, fixando as regras de responsabilidade como normas secundárias (AGO, 1970, p. 306). 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 'secondary' rules fall within the actual sphere of responsibility for internationally wrongful acts (Report of the ILC, 1980, p. 27).

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 internacional (AGO, 1970, p. 306), 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

¹⁵ 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 consequências desse descumprimento. São consideradas como secundárias as regras relativas à determinação, implementação e execução da responsabilidade internacional do Estado (RAMOS, 1999., p.78-82).

responsabilidade internacional utilizáveis em todos os ramos do Direito Internacional (CRAWFORD, 1998b, p. 4), inclusive para proteção internacional dos direitos humanos.

É essa diferenciação que, para Crawford, consiste na idéia organizadora central do Projeto da Comissão de Direito Internacional (CRAWFORD, 1998a), 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 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 draft (Report of the ILC, 1980, p. 27).

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 primárias (CRAWFORD, 1998b, p. 4), 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.

3.2. 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 responsabilização¹⁶.

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* (SPINEDI, 2002, p. 1099).

¹⁶ Abordamos tais diferenças no capítulo 8 desta tese, que dedica-se à análise das consequências 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.

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.

3.2.1 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 Internacional¹⁷, 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 sanções (Report of the Subcommittee on State Responsibility, 1961, p. 228).

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

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

¹⁷ 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.

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”¹⁸, provocando intensos debates que durante os anos que se seguiram atravancaram o desenrolar de todo o processo de codificação da Responsabilidade Internacional do Estado¹⁹.

Além disso, não havia então nenhum consenso a respeito das consequências materiais decorrentes da distinção entre as categorias de atos ilícitos (CRAWFORD, 2010, p.408). Somente em 1996, tendo Arangio-Ruiz como relator especial, após acaloradas discussões, uma formulação bastante tímida sobre a consequência 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 consequências:

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:

¹⁸ 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).

¹⁹ Para uma defesa 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.” (Myrna Mack Chang, 2003, para 53 e SS).

(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 43²⁰;

(b) an injured State's entitlement to obtain satisfaction is not subject to the restriction in paragraph 3 of article 45²¹.

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 atenção a discrepância existente entre a gravidade de um crime internacional, tal como expresso no artigo 19 de 1976, e as limitadas consequências expressas nos artigos 52 e 53, que sequer estabeleciam garantias processuais (CRAWFORD, 2010, p.408 e 409), enquanto, no que se referiam aos delitos internacionais, foram estabelecidas robustas garantias processuais, inclusive associadas ao recurso às contramedidas²².

Restou claro que a sociedade internacional ainda não estava preparada pra aceitar a ideia 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

²⁰ 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.”

²¹ “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.”

²² Ver Parte II e III do Projeto de Artigos de 1996.

meramente de grau e não de tipo²³ 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

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 application (CRAWFORD, 1999, p. 436).

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 contemporânea²⁴.

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 frequente²⁵, 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

²³ UN. DOC. A/CN.4/515 e Add.1 e 2 (2001).

²⁴ Criticando esse entendimento dos Estados de que são imunes à responsabilização penal, diz DUPUY (2002, p. 1060): “*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.*”

²⁵ Ver ILC Yearbook de 1976, vol. II, 2ª. Parte, pp. 117.

própria CDI, em 2001, já sob o comando de James Crawford como Relator Especial, necessitou buscar uma formulação com maior aceitação²⁶. Para o Relator, apesar da motivação por trás da adoção de tal expressão por Ago ter sido a de qualificar de uma forma 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 desnecessária²⁷.

Em 2000, o Relator Especial propôs e a Comissão aceitou que o conceito de “crime internacional de Estado” fosse retirado, mas que algumas consequências 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 central²⁸, e sim se a contemplação de um tipo diferente de normas estabelece também

²⁶ A despeito das críticas de grande parte da doutrina, James Crawford apresenta justificativas para essa “descriminalização” das ações do Estado, em: CRAWFORD, 1998b, p. 7, paras. 90 e ss.

²⁷ De acordo com o Crawford (1999, p. 443): “*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?*”

²⁸ 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

um regime agravado de consequências 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” (AGO, 1976, p. 33, para 101).

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 ideia de interesses da comunidade internacional contida na expressão *crimes internacionais* foi, assim, “destipificada”²⁹. A diferenciação das normas primárias em função

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 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.

29 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

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 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*.³⁰

30 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, 2008, p. 81).

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.”

Conforme Eric Wyler (2002)³¹, 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 responsabilidade (YLC Yearbook, 1976, p. 120, para 66).

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.

³¹ Segundo o autor, “the murder of crime does indeed look innocent” (WYLER, 2002, p. 1159).

Faça-se 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 Fitzmaurice³² 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*³³, 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 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 Comissão³⁴.

De todo modo, ao utilizar a ideia 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 ideia de “crime internacional”.

³² A classificação distingue entre as obrigações bilaterais, obrigações interdependentes e as integrais.

³³ 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, vol. II, Part Two, pp. 319, art. 48, para (2).

³⁴ 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, vol. II, Part Two, pp. 321, art. 48, para (9).

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 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*” (ROMERO, 2002; RAGAZZI, 1997, pp. 58 e ss; SICILIANOS, 2002, pp.1137; DUPUY, 2002, pp.1074; WYLER, 2002, pp.1156 e ss). Neste sentido, Alexandre Sicilianos chama atenção para a diferença entre ambos os conceitos, afirmando que as obrigações *erga omnes* e aquelas 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 verdade (SICILIANOS, 2002, p. 1137).

Por sua vez, Dupuy (2002) 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 breach³⁵.

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”³⁶.

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 internacional³⁷. Tomuschat 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 preceitos (TOMUSCHAT, 2006, p. 425). 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, tal qual aponta Dupuy (2002, p. 1074). 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

³⁵ 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, vol. II, Part Two, pp. 281, para (7).

³⁶ 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, vol. II, Part Two, pp. 281, para (7).

³⁷ 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 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.” (KADELBACH, 2006, p.21-40).

artigos 48 e 54, com a menção apenas à obrigação *erga omnes*, a exigência de que a violação seja “grave” fica fora de perspectiva.

Os artigos 48 e 54 do Projeto de Artigos 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 consequências relacionadas, incluindo a adoção de “medidas legais”³⁸ 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 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 internacional (SICILIANOS, 2002, p. 1140). 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*) (SICILIANOS, 2002, p. 1141).

4. Conclusão

Se a abordagem clássica devotada ao tema da responsabilidade, apresentava-a como sendo uma mera obrigação de reparação do dano causado ao *estrangeiro*, por meio do instituto da proteção diplomática, 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 as regras secundárias ganham *status* de conteúdo principal do regime da

³⁸ Discute-se se entre elas estaria a possibilidade do recurso às contramedidas.

responsabilidade, afastando em larga medida as limitações da concepção clássica calcada na proteção diplomática e na proteção de tão restritos direitos. Se, antes, a responsabilidade centrava-se exclusivamente na salvaguarda dos interesses da vítima estrangeira, tendo a nacionalidade como seu motor, ela agora estabelece uma anterioridade à proteção do direito em si, qualquer que seja a norma internacional primária violada. Alterando de forma ainda mais significativa o seu foco em relação aos direitos protegidos, o Projeto de Artigos reconhece a necessidade de um regime agravado de responsabilidade com base na maior proteção dos interesses da comunidade internacional e, para tanto, estabelece uma diferenciação entre as normas primárias que acarretam a responsabilidade.

Se o Projeto de Artigos aprovado em 2001 sujeita-se à crítica de que poderia ter sido menos reticente na menção às normas de *jus cogens* e evitado incongruências na sua formulação que referencia normas imperativas e obrigações *erga omnes*, fato é que o modelo adotado foi a forma encontrada, em um ténue equilíbrio dependente da anuência dos Estados, 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 universal. Apesar das ambiguidades 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 ideia 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.

A nova concepção sobre a responsabilidade internacional, conferida pela CDI em seu Projeto de Artigos, contribui para alterar o entendimento padrão sobre o tema, confirmando uma dimensão comunitária da responsabilidade internacional, para lá da mera proteção diplomática.

Bibliografia

BROWLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Origin and historical development of the rule of exhaustion of local remedies in International Law. *Revue belge de Droit Internacional*, 12, p. 499-527, 1976

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, 1998a

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

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

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

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

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Responsabilidad Internacional, In: SORENSEN, Max (coord.). *Manual de Derecho Internacional Publico*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

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

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.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. Cascais: Ed. Principia, 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

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.

Opinião Consultiva n. 18 de 17 de setembro de 2003 da Corte Interamericana de Direitos Humanos

RAGAZZI, Maurizio. *The concept of international obligations erga omnes*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. *A responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos humanos*. São Paulo: USP, 1999.

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*, n. 4, 2002. Disponível em: <www.reei.org>. Acesso em: set. 2011.

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.

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.

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.

DOCUMENTOS UTILIZADOS:

AGNU - Sixty-fifth session Responsibility of States for internationally wrongful acts UN. DOC. A/65/96.

AGNU, Resolução 1973 de 17 de março de 2011

AGNU, Resolução n. 65/19 de 06 de dezembro de 2010

AGNU, Resolução no. 799, oitavo período de sessões, de dezembro de 1953

AGO, Roberto. Eighth Report on State Responsibility, ILC Yearbook, 1979, vol. II, Part One

AGO, Roberto. Fifth report on State Responsibility. ILC Yearbook, 1976, vol. II, Part One

AGO, Roberto. ILC Yearbook, 1970, vol. II, Part Two

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

AGO, Roberto. Second Report on State Responsibility, ILC Yearbook 1970, vol.II

AMADOR-García. In State Responsibility. UN. DOC. A/CN.4/96, ILC Yearbook, 1956, vol II

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, 1998b

CRAWFORD, James, Third Report on State Responsibility, UN. DOC. A/CN.4/507, 2000

Estatuto da CIJ: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute_e.pdf

FITZMAURICE, Gerald. Fourth Report on the Law of Treaties, ILC Yearbook 1959, vol. II

FITZMAURICE, Gerald. ILC Yearbook, 1957, vol. II

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, vol. II, document A/7610/Rev.1.

ILC Yearbook, 1976, vol. I e vol. II

Relatório do Desenvolvimento Humano, Relatório PNUD, 2005

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

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

Report of the ILC, 32nd session, ILC Yearbook 1980, Vol II, 27, para 23.

Report of the ILC, 53th session, 2001, A/56/10.

Report of the Sub-committee on State Responsibility, ILC Yearbook 1961, vol. II, 228.

AGNU, Sixth Committee of the General Assembly, 51st. Session, 1996, UN. DOC. A/CN.4/479

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

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, vol. II.

UN. DOC. A/CN.4/152, ILC Yearbook, 1963, vol. II, 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