Pedro M. Sloboda

Diplomata e professor de Direito Internacional. Doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Internacional pelo Centro de Direito Internacional (CEDIN). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Foi professor de Direito Internacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Formado em Diplomacia pelo Instituto Rio Branco, atualmente trabalha na Divisão de BRICS do Ministério das Relações Exteriores.

"Essa ideia era nada menos que a invenção de um medicamento sublime, um emplasto anti-hipocondríaco, destinado a aliviar a nossa melancólica humanidade". (Machado de Assis, Memórias Póstumas de Brás Cubas).

No direito internacional do século XXI, um ilícito grave cometido em qualquer lugar do planeta afeta toda a comunidade internacional. Qualquer estado, portanto, tem interesse jurídico no cumprimento das normas que resguardam valores essenciais da comunidade internacional.

Ocorre que, para implementar a justiça universal, tem sido comum a aplicação de medidas de justiça privada. Frequentemente, sanções unilaterais são impostas sob o pretexto de preservar valores coletivos, como direitos humanos e democracia. No mais das vezes, essas sanções são aplicadas por estados não lesados, sem qualquer tipo de controle por parte da comunidade internacional.

Este livro analisa a regulamentação jurídica das sanções unilaterais, em particular, das chamadas contramedidas de terceiros. Essas sanções são impostas sob o manto de uma retórica humanista, com o pretexto de preservar os valores essenciais da comunidade internacional, em benefício da humanidade. Mas a prática é concentrada e seletiva. E a conveniência geopolítica dessas medidas põe em xeque as boas intenções. Como reconheceu Brás Cubas, em suas memórias póstumas:

"A minha ideia trazia duas faces, como as medalhas, uma virada para o público, outra para mim. De um lado, filantropia e lucro; de outro lado, sede de nomeada. Digamos: – amor da glória".

ISBN 8576317616

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO

www.funag.gov.br

817

Pedro M. Sloboda

A Síndrome de Brás Cubas

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO

DIREITO INTERNACIONAL

Pedro M. Sloboda

A Síndrome de Brás Cubas

Sanções unilaterais e a responsabilidade internacional dos estados

Fundação Alexandre de Gusmão

As motivações ocultas, a apropriação de discursos, a política e sua tensão com o direito. A argumentação cartesiana entre o bem e o mal não garante normatividade. A síndrome de Brás Cubas, aqui diagnosticada na pretensão de imposição de contramedidas por estados não lesados, assola o direito internacional como um todo. Assola, na verdade, o direito em seu conjunto. Pretender normatividade é saber identificar os desafios impostos ao direito pela política para, então, enfrentá-los.

Sloboda, nesta obra, identifica, analisa e escolhe combater as irresponsáveis aventuras que ameaçam o Direito Internacional.

Raphael Carvalho de Vasconcelos,
Professor Titular de Direito Internacional da UERJ

Direito Internacional

Pedro M. Sloboda

A Síndrome de Brás Cubas

Sanções unilaterais e a responsabilidade internacional dos estados

Fundação Alexandre de Gusmão

A Síndrome de Brás Cubas

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES

Ministro de Estado Aloysio Nunes Ferreira
Secretário-Geral Embaixador Marcos Bezerra Abbott Galvão

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO

Presidente Embaixador Sérgio Eduardo Moreira Lima

Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais

Diretor Embaixador Paulo Roberto de Almeida

Centro de História e Documentação Diplomática

Diretor Embaixador Gelson Fonseca Junior

Conselho Editorial da Fundação Alexandre de Gusmão

Presidente Embaixador Sérgio Eduardo Moreira Lima

Membros Embaixador Ronaldo Mota Sardenberg
Embaixador Jorio Dauster Magalhães
Embaixador Gelson Fonseca Junior
Embaixador José Estanislau do Amaral Souza
Embaixador Eduardo Paes Saboia
Embaixador Paulo Roberto de Almeida
Ministro Luís Felipe Silvério Fortuna
Professor Francisco Fernando Monteoliva Doratioto
Professor Eiiti Sato

A *Fundação Alexandre de Gusmão*, instituída em 1971, é uma fundação pública vinculada ao Ministério das Relações Exteriores e tem a finalidade de levar à sociedade civil informações sobre a realidade internacional e sobre aspectos da pauta diplomática brasileira. Sua missão é promover a sensibilização da opinião pública nacional para os temas de relações internacionais e para a política externa brasileira.

Pedro M. Sloboda

A Síndrome de Brás Cubas

Sanções unilaterais e a responsabilidade internacional dos estados

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO

Brasília – 2018

Direitos de publicação reservados à
Fundação Alexandre de Gusmão
Ministério das Relações Exteriores
Esplanada dos Ministérios, Bloco H
Anexo II, Térreo
70170-900 Brasília–DF
Telefones: (61) 2030-6033/6034
Fax: (61) 2030-9125
Site: www.funag.gov.br
E-mail: funag@funag.gov.br

Equipe Técnica:

Eliane Miranda Paiva
André Luiz Ventura Ferreira
Fernanda Antunes Siqueira
Gabriela Del Rio de Rezende
Luiz Antônio Gusmão

Projeto Gráfico:

Ademir da Rosa

Programação Visual e Diagramação:

Gráfica e Editora Ideal

Crédito da imagem da capa:

Anauene Dias Soares.
Sem título, 2002. Foto PB

Impresso no Brasil 2018

S634 Sloboda, Pedro M.

A Síndrome de Brás Cubas : sanções unilaterais e a responsabilidade internacional dos estados / Pedro M. Sloboda. – Brasília : FUNAG, 2018.

305 p. - (Direito internacional)

ISBN 978-85-7631-761-6

1. Responsabilidade do Estado. 2. Reparação do dano (direito internacional público). 3. Sanção (direito internacional público). 4. Direito internacional público. I. Título. II. Série.

CDD 341.1236

Depósito Legal na Fundação Biblioteca Nacional conforme Lei n° 10.994, de 14/12/2004.

Para Anauene,
minha vida.

AGRADECIMENTOS

Este livro é fruto de alguns anos de pesquisa, desenvolvidos ao longo da Especialização em Direito Internacional no Centro de Direito Internacional (CEDIN), do Mestrado em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do grupo de pesquisa que tive a satisfação de coordenar, como professor de Direito Internacional, na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Dessa forma, é preciso agradecer àqueles que contribuíram direta ou indiretamente com as pesquisas realizadas ao longo desses anos. Em primeiro lugar, devo agradecer, na pessoa do professor Leonardo Nemer Caldeira Brant, à equipe do CEDIN, onde o interesse pelo tema foi despertado.

Devo agradecer aos alunos da UFRJ, em especial aos que participaram do grupo de pesquisa sobre o tema e que assistiram às aulas da disciplina eletiva sobre responsabilidade internacional, que tive a satisfação de lecionar. O processo de ensino-aprendizagem é uma via de mão dupla, e certamente as discussões travadas ao longo desse processo muito contribuíram para a elaboração deste livro. Certamente incorrendo na deselegância de deixar muitos nomes de fora, registro a participação destacada de Bianca Moura, Aline Vogel, Tobias Grippa, Gustavo Marchi, Samuel Horn e Julio Othon.

Agradeço ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade pela gentileza de ler o texto original e de traçar seus precisos comentários. Agradeço aos professores Eduardo Val e Raphael de Vasconcelos, pela leitura atenta e pelos comentários que tanto contribuíram para o desenvolvimento deste texto.

Muito especialmente, agradeço ao professor Paulo Emílio Borges de Macedo, que orientou minha dissertação de mestrado e imprimiu nela sua influência, contribuindo decisivamente para a elaboração deste livro.

Agradeço ao embaixador Sérgio Eduardo Moreira Lima e à Fundação Alexandre de Gusmão pelo estímulo e apoio. Lembro de minha euforia ao descobrir a FUNAG ainda como jovem estudante, o que me levou à aquisição imediata de uma dezena de livros. Hoje, é uma honra poder contribuir, ainda que minimamente, com o esforço da FUNAG de consolidação e de difusão do pensamento internacionalista brasileiro.

Enfim, agradeço à Anauene, companheira de todas as horas, que, durante a confecção deste livro, se acostumou a acordar de madrugada para me resgatar do escritório.

APRESENTAÇÃO

*Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo**

Este é o livro de *début* de Pedro Muniz Pinto Sloboda, fruto da sua dissertação de mestrado, defendida no âmbito do programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2016, que tive o privilégio de orientar. Ele versa sobre um dos tópicos mais controversos em Direito Internacional: a responsabilidade internacional dos Estados por violações de obrigações *erga omnes* ou *erga omnes partes*. O autor investiga se mesmo Estados não lesados poderiam impor contramedidas pelo descumprimento dessas normas. Esta questão não foi respondida pelo projeto de 2001; por isso, o trabalho precisou recorrer à prática dos Estados.

Responsabilidade Internacional revela-se um daqueles temas jurídicos clássicos que não cessam de surpreender por apresentar novidades. Desde a consagração da regra de direito natural *neminem laedere* no Códex Justiniano até os dias atuais, a ideia de responsabilidade no direito passou por profundas alterações e se tornou cada vez mais sofisticada. A Comissão de Direito Internacional da ONU debruçou-se sobre a tarefa da codificação da Responsabilidade Internacional por cinquenta anos até a adoção

* Professor de Direito Internacional Público da UERJ.

do projeto final em 2001 não sem motivos. Foram cinco relatores especiais (García Amador, Roberto Ago, Willem Riphagem, Arangio Ruiz e James Crawford) que vivenciaram, no pós-guerra, a emergência de questões essencialmente multilaterais e transfronteiriças, como o meio ambiente e os direitos humanos, as quais impactariam radicalmente a Responsabilidade Internacional, e tiveram de apresentar as suas conclusões a um público desconfiado e habituado a um tratamento *quid pro quo* e mais bilateral do instituto. Algumas concepções mostraram-se tão vanguardistas, como o direito de reclamação dos indivíduos e a responsabilidade penal do Estado, que os países repeliram com vigor. Ao cabo, ainda subsistem no projeto a ideia de responsabilização sem dano (art. 2°) e, mesmo na ausência de prejuízo, o interesse de agir de todos os Estados quando da violação a obrigações *erga omnes* ou *erga omnes partes* (art. 48). Em que pese haver passado tanto tempo e tantas depurações, o Projeto da CDI ainda não logrou transformar-se em convenção.

A hipótese central do autor é a de que os países não lesados não podem impor contramedidas diante de violações a obrigações *erga omnes* ou *erga omnes partes*. O Projeto da CDI os legitima a invocar a responsabilidade internacional, mas não especifica qual a medida que poderiam adotar em face da recalcitrância do Estado violador. Esta questão em aberto levou muitos a acreditar que os Estados não lesados disporiam da mesma gama de respostas que os países diretamente afetados, como ocorre dentro de uma relação bilateral. Todavia, Pedro Sloboda demonstra não ter havido a cristalização de um costume internacional nesse sentido; desta feita, Estados não lesados poderiam somente adotar retorsões, visto que constituem medidas essencialmente lícitas, embora não amistosas, e integram a liberdade de atuação dos Estados no Direito Internacional. Como afirma o autor, houve verdadeiro repúdio

generalizado nas poucas vezes em que alguns países praticaram aquela conduta, uma demonstração de *opinio non iuris*.

As mudanças no Direito Internacional ocorridas após a Segunda Guerra Mundial foram tantas, e as mentes mais sensíveis abraçaram com avidez ideias como a de *jus cogens* e valores compartilhados da comunidade internacional, já há muito positivadas em diversos tratados. Por isso, hoje alguns acreditam numa *démarche* de constitucionalização do Direito Internacional, ou – como prefiro – um retorno ao clássico ideal do Direito das Gentes. Porém, por trás da retórica humanista das contramedidas coletivas não há interesses comunitários, mas a velha conveniência geopolítica.

Pedro Sloboda é um jovem diplomata e um pesquisador bastante meticuloso – como se depreende da leitura desta obra –, duas características importantes para uma promissora carreira de internacionalista. O interesse pela prática e a especulação teórica conjugam-se de forma harmônica em sua personalidade. O presente trabalho reflete essas qualidades; um tema tão técnico, como o são as contramedidas, encontra-se equilibrado com descrições mais filosóficas, como a mudança de um paradigma bilateral para outro mais comunitário no âmbito da responsabilidade internacional. Essa dualidade também transparece na prosa: o autor foi capaz de redigir um texto fluido, com metáforas literárias, mas sem perder o rigor científico. Assim, esta obra consegue cativar tanto o leitor iniciante como o iniciado.

Manter a lucidez num tema como o apresentado aqui não parece fácil. Há a tentação de se confundir o desejo com a realidade. Por isso, acredito que este livro preenche uma lacuna na literatura especializada: uma investigação no Direito Internacional, amparada em dados concretos, sem ilusões ou *wishful thinking*, e,

ainda, desprovida de bandeiras políticas a defender. A academia brasileira precisa ler esta obra.

Rio de Janeiro, agosto de 2017.

SUMÁRIO

Prefácio 17

Introdução 21

Capítulo 1
O bloco de constitucionalidade do Direito internacional e a responsabilidade do estado 45

1.1 O Direito das Gentes entre o bilateralismo e a comunitarização 45

1.1.1 O universalismo regional do Direito Internacional no tempo moderno 48

1.1.2 A virada bilateralista do Direito Internacional Clássico 58

1.1.3 O Direito Internacional Contemporâneo e o bilateralismo inevitável 65

1.1.4 A comunitarização do Direito Internacional Contemporâneo 68

1.2 O bloco de constitucionalidade do Direito Internacional Contemporâneo 71

1.2.1 As normas constitucionais estruturais 76

1.2.1.1 Normas fundamentais 77

1.2.1.2 Normas processuais....81
1.2.1.3 Normas subjetivas....83
1.2.1.4 A perenidade das normas estruturais....89
1.2.2 A Carta da ONU como carta constitucional....93
1.2.3 As normas de jus cogens como normas constitucionais....104
1.2.4 As obrigações *erga omnes*....115
1.2.5 Os blocos de constitucionalidade funcionais e regionais....118
1.3 Dos crimes de estado à responsabilidade internacional agravada....123
1.4 Quem pode invocar a responsabilidade internacional de um estado....140
1.4.1 Estados lesados....143
1.4.1 Estados não lesados....146

Capítulo 2
A implementação da responsabilidade internacional do estado....151
2.1 Sanções descentralizadas: retaliações....152
2.1.1 Retorsões....153
2.1.2 Contramedidas....159
2.1.2.1 Procedimentos relativos às contramedidas....169
2.1.2.2 Proporcionalidade....175
2.1.2.3 Duração das contramedidas....178
2.1.2.4 Reversibilidade....179
2.1.2.5 Obrigações que não podem ser afetadas pelas contramedidas....180

2.1.2.6 Contramedidas em regimes internacionais especiais....189

2.1.2.7 Contramedidas e exceção de descumprimento....193

2.1.2.8 Contramedidas e legítima defesa....197

2.2 Sanções institucionalizadas....200

Capítulo 3

Estados não lesados e a imposição de contramedidas....207

3.1 A Comissão de Direito Internacional e as Contramedidas Coletivas....207

3.2 A prática dos estados em 2001....227

3.3 A *opinio iuris* em 2001....248

3.4 A prática dos estados desde 2001....256

3.5 Uma *opinio non iuris*....261

3.6 Uma conduta interessada....278

Conclusão....283

Referências....293

PREFÁCIO

*Eduardo Manuel Val**

Essa é uma obra de um dos mais jovens e brilhantes internacionalistas que têm aparecido nos últimos anos no cenário nacional.

Muito nos agrada que, em um momento em que a República cobra das ciências jurídicas sua contribuição para resolver uma crise ética e institucional, um professor e profissional destacado como o Ms. Pedro Sloboda renove as letras jurídicas com um olhar profundamente brasileiro, com a obra *A Síndrome de Brás Cubas*, que prova a excelência da Academia do Brasil para a produção especializada no âmbito internacional.

Esta obra é resultado dos estudos realizados no Programa de Mestrado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), sob atenta e exigente orientação de meu colega, o Prof. Dr. Paulo Emilio Borges de Macedo, entre 2015 e 2016, e que culminaria com

* Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (FD-UFF), Coordenador Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estácio de Sá (PPGD-UNESA), Chefe do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (SDB-UFF), Professor colaborador do Programa de Mestrado em Direito Constitucional Fluminense (PPGDC-UFF), Pesquisador e líder do Laboratório de Estudos Interdisciplinares e constitucionais da América Latina (LEICLA), Pesquisador e Líder do Observatório de Acesso à Justiça em Ibero-América (OAJIA).

uma intensa e brilhante defesa perante a banca que tive a honra de integrar junto com o Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos.

Na oportunidade, o trabalho, apresentado de forma clara e pungente, foi elogiado pela originalidade com que o autor revisitou o tema, com um estilo objetivo e contundente, ao mesmo tempo em que, com uma linguagem erudita e rigorosa, deu conta de um conteúdo corajosamente crítico, fundamentado em uma detalhada pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Assim como naquela oportunidade, hoje não posso ocultar o orgulho que me provoca constatar com o passar dos anos que este velho mestre não estava equivocado quando lá pelo ano de 2010, após uma longa entrevista, decidiu aprovar no primeiro lugar do processo seletivo para monitor de Direito das Relações Internacionais, na tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), o jovem estudante de Direito que afirmava, séria e infalivelmente, que nada mais interessava em sua vida que seguir a carreira diplomática, no prestigioso Itamaraty, tornando-se discípulo de Rio Branco.

Nos dois anos seguintes, Pedro revolucionou as tarefas da Monitoria, criando por iniciativa própria um *clipping* de notícias comentadas que era distribuído semanalmente ao corpo discente e manteve operacional o *blog* da disciplina, que passou a ser acompanhado por centenas de estudantes. Foi fundamental no desenvolvimento do projeto "Inovações Legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias do Mercosul" e, ao mesmo tempo, liderou a participação de alunos da disciplina no Curso Universitários pela Paz, realizado pelo Centro de Informações das Nações Unidas, em Cooperação com a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), e coordenou diversas equipes da Faculdade de Direito da UFF que participaram de competições de alto nível no campo do Direito Internacional.

Já mostrava o nosso autor um pendor claro pelo ensino do Direito, ao mesmo tempo em que reafirmava enfaticamente seu objetivo de enveredar-se pelos caminhos da diplomacia, quando defendeu sua destacada monografia de final de curso, *O Brasil e a Nova Agenda Internacional de Paz*, firmemente orientada pelo meu caro amigo o Prof. Dr. Evandro Menezes de Carvalho.

Imbuído da tenacidade e determinação que lhe é própria, Pedro iniciou um caminho de aperfeiçoamento constante para atingir sua meta final. Frequentou conferências e seminários, participou de congressos, sempre com foco no Direito Internacional Público e nas relações internacionais, obteve o título de especialista pelo Centro de Direito Internacional (CEDIN), com o destacado trabalho *Sanções permitidas no Direito Internacional Contemporâneo: uma análise da responsabilidade internacional do estado*.

Ele não sabia, mas já estava inoculado nele o germe da docência e da vida acadêmica. E quando chegou 2015, me anunciou, com enorme felicidade, que tinha sido aprovado em concurso público para Professor Substituto de Direito Internacional Público da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, e, ao mesmo tempo, tinha sido selecionado em disputadíssimo processo seletivo para ingressar no Programa de Mestrado da UERJ.

Soube ou talvez vi, como Borges ao ver o Aleph, que o Pedro conjugaria e somaria todas as possibilidades de estudo e conhecimento.

Os anos subsequentes viram desabrochar um docente ativo que encantou alunos e colegas, criou e liderou seu próprio grupo de estudos e pesquisa, criando as linhas de investigação sobre Uso da Força no Direito Internacional e Responsabilidade Internacional do Estado, e provando originalidade e ousadia, lançou o marco conceitual do por ele denominado "Bloco de Constitucionalidade do Direito Internacional".

Essas diversas iniciativas geraram uma profícua e sólida produção acadêmica, que deu lugar a artigos e capítulos de livros que se sucederam ininterruptamente, pavimentando um caminho que se mostrou triplamente consagrador. Anos de estudo e produtividade constante, esforço e sacrifício deram seus frutos.

No final de 2016, praticamente ao mesmo tempo, o jovem Pedro Muniz Pinto Sloboda, obteve, com distinção e louvor, o título de Mestre em Direito Internacional pela UERJ, ingressou no Doutorado em Direito Internacional da Universidade de São Paulo (USP), sob tutela do ilustre Prof. João Grandino Rodas, e foi aprovado no disputadíssimo Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata.

E agora Pedro Sloboda aprimora e outorga nitidez à minha visão Alephiana ao nos brindar com seu primeiro livro, de ressonância Machadiana, "A Síndrome de Brás Cubas: sanções unilaterais e a responsabilidade internacional dos estados", uma contribuição importante para os estudiosos do Direito Internacional, um livro que será leitura obrigatória para juristas e diplomatas e que nos renova a fé na excelência dos estudos acadêmicos.

Sorte dos inúmeros leitores que haveremos de nos beneficiar ao lê-lo.

INTRODUÇÃO

> *Com efeito, um dia de manhã, estando a passear na chácara, pendurou-se uma ideia no trapézio que eu tinha no cérebro. Uma vez pendurada, entrou a bracejar, a pernear, a fazer as mais arrojadas cabriolas de volatim, que é possível crer. Eu deixei-me estar a contemplá-la. Súbito, deu um grande salto, estendeu os braços e as pernas, até tomar a forma de um X: decifra-me ou devoro-te (*Machado de Assis*, Memórias póstumas de Brás Cubas).*

A responsabilidade é um corolário necessário do Direito. Sem a responsabilização dos sujeitos de Direito Internacional, a eficácia do Direito das Gentes ficaria prejudicada, e sua existência estaria limitada a uma aparência dissimulada das relações de força. Sem um instituto que fizesse valer as normas jurídicas internacionais, os estados seriam guiados pelas conveniências de seu poder. A responsabilidade é, portanto, o núcleo central do ordenamento jurídico internacional.

A responsabilidade internacional diz respeito à nova relação jurídica criada a partir de um ilícito internacional. De acordo com a doutrina tradicional, anterior aos trabalhos de Roberto Ago na

Comissão de Direito Internacional, trata-se da obrigação de reparar um dano causado em decorrência de um ilícito internacional.

O dano constituía, tradicionalmente, o fato gerador da responsabilidade internacional. Dessa forma, Hugo Grócio, em seu *O Direito da Guerra e da Paz*, originalmente publicado em 1625, reconhecia que o direito natural prevê a necessidade de reparação sempre que uma conduta, de natureza comissiva ou omissiva, provoque prejuízo a outrem[1]. Alberico Gentili reconhecia o direito de punir um estado que houvesse descumprido um pacto internacional. "Se acontecer que a parte que violou a promessa for superada na guerra, o vencedor poderá puni-la a seu arbítrio com toda a severidade"[2].

Emmer de Vattel, a personificação do Direito Internacional Clássico, no contexto do "sistema de Westfália", reconhecia, em seu *The Law of Nations*, de 1758, que nenhum estado poderia cometer injúrias contra outro. Caso isso ocorresse, haveria o dever de reparação do dano. O estado lesado poderia cobrar essa reparação com base no direito de punição, típico da justiça privada. Antes de recorrer à guerra para obter a devida reparação dos danos, o estado lesado deveria optar por meios coercitivos menos drásticos, como as retaliações, as retorsões e as represálias[3].

No início do século XX, Dionisio Anzilotti desenvolveria a moderna teoria da responsabilidade internacional dos estados. O foco da teoria geral do autor é a violação de um direito subjetivo e a imputabilidade da conduta ao estado. Com isso, Anzilotti tirou o foco da responsabilidade do elemento sancionador, na medida em que o estado lesado adquire o direito de obter a reparação do

1 GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, livro II, cap. XVII, VI.

2 GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra (De Iure Belli Libri Tres)*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006, p. 626.

3 VATTEL, Emer de. *The Law of Nations*. Indianapolis: Liberty Fund, 2008 Livro II, Cap. XVIII.

dano, não de punir o estado violador. A responsabilidade passa a ter caráter reparatório, não punitivo[4].

Anzilotti afastou ainda a ideia, até então admitida, de que a violação de um mero interesse do estado poderia dar ensejo à responsabilidade. Para ele, apenas a violação de um direito subjetivo propriamente dito recairia no âmbito da responsabilidade internacional. Por mais fundamental para a comunidade internacional que fosse o interesse, se este não estivesse tutelado por uma norma jurídica formalmente estabelecida, não haveria de se falar em responsabilidade internacional[5]. O jurista italiano também foi responsável por distinguir definitivamente a responsabilidade do estado daquela do indivíduo, apenas a primeira relevante, à época, para o Direito Internacional[6].

Com sua teoria geral, Anzilotti demonstra-se adepto do voluntarismo positivista, cunhado na soberania dos estados. Com efeito, se os estados apenas estão vinculados às normas com as quais consentem, apenas podem ser responsabilizados por adotarem condutas incompatíveis com as obrigações contraídas[7]. Só poderia haver responsabilização por violação de alguma obrigação internacional. Mesmo que uma conduta provocasse algum tipo de dano a outro estado, não se haveria de falar em responsabilidade sem ato ilícito. Anzilotti foi, nesse sentido, o

4 ANZILOTTI, Dionisio. *Teoria Generale dela Responsabilità dello Stato nel diritto internazionale.* Florence: Lumache, 1902, p. 96.

5 ANZILOTTI, Dionisio. *Teoria Generale dela Responsabilità dello Stato nel diritto internazionale.* Florence: Lumache, 1902, p. 89.

6 NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-State Relations. *European Journal of International Law,* v. 13, n. 5, 1083-1098, 2002, p. 1087.

7 NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-State Relations. *European Journal of International Law,* v. 13, n. 5, 1083-1098, 2002, p. 1087.

grande responsável pela introdução do elemento da ilicitude no direito da responsabilidade internacional.

O dano material ou moral, contudo, continuaria a ser o fato gerador da responsabilidade internacional até a "Revolução Ago", na década de 1970. Assim, o Comitê Preparatório da Conferência de Codificação da Haia, de 1930, manifestou adesão unânime à ideia de que a responsabilidade é criada a partir de dano, causado, no caso, a estrangeiros e a seus bens. A Conferência fora convocada sob a égide da Sociedade das Nações e deveria promover a codificação do tema, mas não alcançou resultados concretos[8].

No início do século XX, os estudos sobre o tema centravam-se na responsabilidade do estado por danos causados a estrangeiros e a seus bens. Nesse sentido, o prejuízo causado a súditos de outros estados é o ponto nevrálgico de mais da metade dos doze projetos privados de codificação do tema[9], com destaque para a Resolução do *Institut de Droit International*, em sua sessão de Lausanne, em 1927, e o projeto elaborado por Harvard em 1929, às vésperas da Conferência de Codificação da Haia. Ambos os projetos estabeleciam as formas de reparação de danos, materiais ou morais, causados a estrangeiros por atos internacionalmente ilícitos. A denegação de justiça era aspecto relevante nesses projetos, afinal, a responsabilização do estado infrator seria constituída a partir do exercício da proteção diplomática do indivíduo lesado.

Hildebrando Accioly, em seu curso sobre responsabilidade internacional, ministrado em 1959, na Academia da Haia de Direito Internacional, também apresenta o dano como condição

8 BORIES, Clémentine. The Hague Conference of 1930. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 61.

9 LAITHIER, Lucie. Private Codificationan Efforts. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 53.

sine qua non da responsabilidade[10]. A maior parte da doutrina brasileira ainda reproduz o preceito clássico de que o dano seria indispensável à existência da responsabilidade[11]. No entanto, no seio da Comissão de Direito Internacional, o dano deixou de ser o fato gerador da responsabilidade na década de 1970, com os trabalhos de Roberto Ago como relator especial.

Roberto Ago foi o segundo dos cinco relatores especiais da Comissão de Direito Internacional sobre responsabilidade internacional. O tema, elencado já na primeira sessão da CDI, em 1949, como apto à codificação[12], permaneceria na agenda da comissão por mais de 50 anos até a adoção do atual projeto de artigos, em 2001. O primeiro relator especial, nomeado em 1955, foi o jurista cubano García Amador, que resolveu concentrar o trabalho da comissão em um tema específico dentro da responsabilidade internacional: a responsabilidade por danos causados a estrangeiros e a seus bens. Apoiou-se, para tanto, nos diversos projetos privados de codificação até então empreendidos.

10 "Il semble qu'on puisse parler d'un accord genéral dans le sens que, en principe, la responsabilité internationale d'un État sera engagée par un acte de ses organes ou d'une collectivité qui lui est directement subordonné, si cet acte, *dommageables* pur un autre État ou un de ses nationaux, a été commis en violation d'une règle du droit des gens et est imputable à l'État qui directement ou indirectement a causé le préjudice". ACCIOLY, Hildebrando. Les principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence. *RCADI*, 1959-I, t. 96, p. 357.

11 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 326: "Não há que falar em responsabilidade internacional sem que do ato ilícito tenha resultado um *dano* para outra personalidade de Direito das Gentes". AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 335: "Não se pode conceber o instituto da responsabilidade no plano interno e internacional sem a presença de um dano a ressarcir". MARCELO VARELA. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 408: "Três são os requisitos para a responsabilidade civil internacional: ato passível de responsabilização: ação ou omissão do Legislativo, Executivo ou Judiciário contra do Direito Internacional; dano grave; nexo de causalidade entre o ato e o dano e imputabilidade da ação ao Estado ou Organização Internacional". SIDNEY GUERRA. *Curso de Direito Internacional Público.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 180: "têm-se apresentado as seguintes condições para que se verifique a responsabilidade do Estado no plano internacional: a) violação de uma regra jurídica de caráter internacional; b) que a transgressão da regra ocasione dano; c) que a ofensa seja imputável ao Estado".

12 ILC, *Yearbook*, 1949, 11.

Amador, enquanto jurista americano, era testemunha do papel pioneiro do continente na atribuição de personalidade jurídica ao indivíduo. A América, de fato, fora vanguardista, no início do século XX, não apenas ao criar o primeiro tribunal internacional da história, mas também ao conferir ao indivíduo acesso direto ao órgão jurisdicional. A Corte Centro-Americana de Justiça, que atuara entre 1908 e 1918, reconhecia o *jus standi* aos indivíduos. Nesse contexto, Amador estava convencido da necessidade de se conferir ao indivíduo novo *status* no Direito Internacional Geral e, para tanto, propôs, no artigo 21 de seu projeto[13], que o indivíduo tivesse, enquanto detentor do direito violado pelo estado, o natural direito de recorrer aos órgãos internacionais competentes. Esses órgãos deveriam ser criados a partir de acordos entre o estado violador e o estado de nacionalidade do indivíduo[14].

As propostas de García Amador, contudo, eram por demais vanguardistas para serem aceitas pelos juristas da época, ainda apegados a um conservadorismo de matriz europeia. No seio da Comissão de Direito Internacional, em particular, por mais que houvesse precedentes, como a Corte Centro-Americana de Justiça, reconhecer direitos subjetivos ao indivíduo e, notadamente, capacidade postulatória, era por demais ousado para juristas influenciados pelo pensamento europeu, enraizado no sistema soberanista de Westfália e ainda embebido em ficção Mavrommatis. Ao fim e ao cabo, o projeto de García Amador foi rejeitado, e quase nada se aproveitou de seu belo trabalho. O novo relator especial recomeçaria os trabalhos do zero. Mas, das cinzas, reformularia todo o instituto da responsabilidade internacional; promoveria verdadeira revolução.

13 ILC, *Yearbook*, 1961, II, 46.

14 MÜLLER, Daniel. The Work of García Amador on State Responsibility for Injury Caused to alliens. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 71.

A "Revolução Ago" teve como "manifesto" o curso ministrado pelo autor na Academia da Haia de Direito Internacional, em 1939. Nele, o jurista italiano lamentava a ausência de distinção clara, em Direito das Gentes, entre responsabilidade civil e penal do estado. Criticava as limitações da doutrina de Anzilotti, para quem as consequências da responsabilidade resumir-se-iam à reparação do dano, e da de Kelsen, segundo a qual as consequências da responsabilidade seriam, em verdade, tão somente coerções, como a guerra e as represálias. Para Ago, as duas concepções não seriam excludentes, mas complementares. Por um lado, não haveria dúvida de que existe, em Direito Internacional, meios constritivos sem qualquer natureza retributiva, senão meramente punitiva: as represálias. Para Ago, essas medidas fariam parte da responsabilidade criminal. O fato de não haver uma autoridade superior em Direito das Gentes não tiraria das represálias seu caráter penal. Seria o caso de fazer justiça com as próprias mãos, ao estilo de Talião. Por outro lado, negar o caráter reparatório da responsabilidade seria ignorar a prática dos estados. Para o jurista italiano, a necessidade de reparar os danos causados seria parte da responsabilidade civil do estado. Nesse contexto, a distinção entre a responsabilidade civil e penal deveria ser sedimentada pelo desenvolvimento progressivo do Direito Internacional[15].

Roberto Ago foi nomeado relator especial para responsabilidade internacional em 1963 e apresentou oito relatórios entre 1969 e 1980. Sob o pretexto de promover a codificação do Direito Internacional, implementou seu "manifesto revolucionário". Inicialmente, aumentou o escopo dos trabalhos da comissão, ao incluir todas as formas de relações jurídicas derivadas de atos

15 AGO, Roberto. Le délit international. *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, v. II, 1939, p. 525-531.

internacionalmente ilícitos[16], sem se limitar aos danos causados a estrangeiros. Em seu curso de 1939, já afirmava que os juristas da época focavam primordialmente nas consequências de um ilícito internacional – a reparação do dano; faltava, para Ago, um estudo sistemático sobre a natureza do delito internacional, vale dizer, sobre a origem da responsabilidade internacional[17].

Não por acaso, Ago iniciou seus trabalhos a partir da origem da responsabilidade, não de suas consequências. Foi precisamente nesse ponto que se deu o estopim da revolução. Em 1971, Ago redigia o famoso artigo 1º do projeto, confirmado em 1980 e adotado na versão preliminar do projeto, de 1996, e na versão definitiva, de 2001: "Todo ato internacionalmente ilícito de um estado acarreta a responsabilidade internacional desse estado"[18].

Sutil, mas revolucionário. A simplicidade do artigo mal esconde a importância de seu significado. O dano deixa de ser o fato gerador da responsabilidade internacional, e se consagra o Direito Internacional não como uma teia de normas intersubjetivas, dedicadas a resguardar interesses particulares dos estados, mas um verdadeiro sistema jurídico, a garantir não apenas a coexistência dos estados, mas também seus interesses comuns. Ao se reconhecer a responsabilidade por qualquer ato ilícito, começava-se a abandonar o "bilateralismo rígido" do sistema de Westfália, inspirado em Vattel e Anzilotti, para se aproximar de concepção comunitária do Direito Internacional, estimulada pela recém-proferida decisão do

16 Third Report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Yearbook*, v. II, Part One, 1971, §43.

17 AGO, Roberto. Le délit international. *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, v. II, 1939, p. 525-531, p. 7.

18 Tradução do autor. Na versão original de 1971: "Every internationally wrongful act of a State involves the international responsibility of that State". Na versão definitivamente adotada em 2001: "Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State".

caso Barcelona Traction[19]. Passar-se-ia a admitir a criação de nova relação jurídica não apenas entre o estado violador e o lesado, mas também entre o responsável pelo ilícito e outros sujeitos de Direito das Gentes[20]. Era a brecha necessária para se introduzir a ideia de crime de estado.

Atualmente, para que haja responsabilidade, basta que um estado cometa um ato internacionalmente ilícito. Como explicitado no artigo 2º do projeto, e já sustentado por Ago em seu curso de 1939, um ato ilícito tem dois elementos: o objetivo, que consiste em conduta comissiva ou omissiva incompatível com uma obrigação internacional; e o subjetivo, que é a atribuição dessa conduta ao estado[21]. A eliminação do dano como elemento essencial da responsabilidade foi bem recebida pelos internacionalistas e pelos governos, com exceção da Argentina e da França, que insistiram no retorno do dano como elemento indispensável.

Atualmente, ainda que a maior parte da doutrina brasileira reproduza a concepção pré-revolucionária de responsabilidade, não há que se considerar o dano material ou moral a outro estado como elemento indispensável à responsabilidade internacional. Não há que se alegar ausência de responsabilidade, por exemplo, em casos como o do genocídio de Ruanda, perpetrado por ruandeses

19 A Corte Internacional de Justiça, no caso Barcelona Traction, havia acabado de reconhecer a existência de obrigações *erga omnes*, devidas à comunidade internacional como um todo. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Barcelona Traction Case. *ICJ Reports.* The Hague: 1970.

20 "In spite of the divergence of the views described above, the different conceptions of responsibility nevertheless coincide in agreeing that every internationally wrongful act creates new legal relations between the State committing the act and the injured State. As has already been pointed out, this in no way precludes the establishment of other relations between the former State and other subjects of international law. (...) in certain cases a particular internationally wrongful act may be the source of new legal relationships, not only between the guilty State and the injured State, but also between the former State and other States or, especially, between the former State and organizations of States". Third Report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Yearbook*, v. II, Part One, 1971, §40.

21 AGO, Roberto. *Op. cit*, p. 27.

contra ruandeses, sem causar dano direto a outro estado. Da mesma forma, se um estado tortura seus próprios nacionais, está igualmente sujeito à responsabilidade internacional. Ilícitos como esses, mesmo que não causem dano a outros estados, acarretam responsabilidade. Além disso, não é necessário sequer que haja qualquer tipo de dano, nem mesmo aos nacionais do próprio estado. Como esclarece a Comissão de Direito Internacional em seus comentários ao artigo 2º do projeto adotado em 2001, uma omissão legislativa, que não cumpra a obrigação de tipificar a tortura, por exemplo, dá ensejo à responsabilidade, mesmo que ninguém tenha sido torturado[22].

Além de excluir o dano como elemento caracterizador da responsabilidade, o artigo 1º proposto por Ago colocou o direito da responsabilidade internacional definitivamente no âmbito das normas secundárias. A partir de então, a Comissão de Direito Internacional deixaria de lado as normas primárias, que determinam condutas específicas aos estados, e passaria a ater-se às normas secundárias, que identificam as consequências da violação de uma norma primária. Essa distinção entre normas primárias e secundárias, que remonta à terminologia de Hart[23], foi fundamental para delimitar, de modo claro, o objeto de estudo da Comissão de Direito Internacional. Ela não mais se ateria à conduta específica que acarretaria responsabilidade. O tipo de conduta dependeria da norma primária violada. A caracterização do ilícito seria realizada

22 ILC, *Yearbook*, 2001, v. II, Part Two, art. 2, §9.

23 No livro o *Conceito de Direito*, Hart diferencia a normas primárias das secundárias. As regras primárias estabelecem diretamente quais são as condutas que devem ser seguidas por seus destinatários. As normas secundárias, por sua vez, são normas sobre normas. Elas permitem a identificação da norma primária a ser aplicada em um caso concreto, a alteração dessas normas e a regulamentação das consequências da violação de uma norma primária. Classificam-se, pois como normas secundárias de reconhecimento, de alteração e de adjudicação, conforme sanem os defeitos da incerteza, da estática e da ineficácia, respectivamente, dos quais um ordenamento jurídico simples, formado exclusivamente por normas primárias, padeceria.

pela norma de conduta; as normas sobre responsabilidade apenas determinariam as consequências da violação da norma primária[24].

Ao delimitar o objeto de estudo da comissão nas normas secundárias, Roberto Ago teve de excluir do âmbito de análise a responsabilidade internacional por ato lícito. Ao concentrar-se nas consequências do ilícito, de acordo com o costume internacional, a Comissão deixou que as eventuais responsabilizações por danos causados por atos não proibidos fossem reguladas por convenções internacionais. Nas décadas seguintes, diversos tratados internacionais foram celebrados, a fim de garantir reparação por danos causados por atos lícitos, notadamente quando se trata de atividade de alto risco, como exploração espacial e utilização de energia nuclear. O conjunto de tratados levou a Comissão de Direito Internacional a elaborar princípios gerais sobre tema, em projetos de 2001, 2004 e 2006, mas dificilmente seria possível alegar que a obrigação de reparar esse tipo de dano derivaria de um costume internacional ou de um princípio geral de direito, senão de regimes convencionais específicos[25].

À época em que proposta por Ago, a distinção entre normas primárias e secundárias foi criticada por alguns membros da Comissão de Direito Internacional. Jiménez de Aréchaga e Tsuruoka, por exemplo, foram resistentes a ela. Afinal, tratava-se de abandonar

24 No relatório da CDI de 1980, lê-se: "It should also be pointed out once again that 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. A strict distinction in this respect is essential if the topic of international responsibility for internationally wrongful acts is to be placed in its proper perspective and viewed as a whole". ILC, *Yearbook*, 1980, p. 27, §23.

25 MONTJOIE, Michel. The concept of liability in the absence of an internationally wrongful act. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 512.

os esforços até então empreendidos, desde os tempos das primeiras tentativas privadas de codificação, uma vez que se abandonavam as normas primárias sobre os danos causados a estrangeiros, em benefício de uma teorização *in abstracto* das consequências decorrentes de violação a qualquer norma internacional[26].

O foco nas normas secundárias mostrou-se, contudo, fundamental para o sucesso do trabalho da comissão, e passou a ser repetido como um mantra em seus relatórios a partir de 1973. De todo modo, na prática, as normas primárias não foram totalmente abandonadas, uma vez que a comissão inseriu as excludentes de ilicitude no projeto de artigos. Essas excludentes não tratam das consequências de um ilícito, como fazem as normas secundárias; determinam, em verdade, o que é necessário para que haja um ilícito e quando este pode ser afastado. São normas, portanto, primárias.

A "Revolução Ago", com seu foco no ilícito e nas normas secundárias, foi responsável pela formulação do direito da responsabilidade internacional contemporâneo. A existência de dano, de dolo ou de culpa não são condições prévias para a existência de responsabilidade; dependerão todos da norma primária violada.

A maior parte da doutrina brasileira sustenta que a responsabilidade internacional é subjetiva enquanto regra e objetiva nos casos em que prevista em tratados, como os relativos a atividades espaciais e nucleares[27]. Não é o caso, contudo. A confusão parece residir na

26 DAVID, Eric. Primary and Secondary Rules. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 28.

27 MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 598-599 [A teoria objetiva] "tem sido utilizada em casos que tratem da exploração cósmica e de energia nuclear, bem como os relativos à proteção internacional do meio ambiente e os direitos humanos". (...) "A jurisprudência internacional, contudo, ainda continua se utilizando em larga escala da teoria subjetivista (ou teoria da culpa), que protege mais o Estado do que a teoria objetivista ou do risco". SIDNEY GUERRA. *Curso de Direito Internacional Público.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 179: "A teoria do risco se aplica de maneira mais satisfatória no âmbito das relações internacionais em virtude de sua

ausência de distinção entre normas primárias e secundárias no direito da responsabilidade, ponto fulcral dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional, e em uso inadequado dos excludentes de ilicitude. A força maior, por exemplo, parece ser excludente de culpa, mas como todas as demais situações previstas nos artigos 20 a 25 do projeto de 2001, exclui, em verdade, a ilicitude da conduta, haja ou não a intenção de cometer o ato. Nesse sentido, dificilmente, o consentimento (artigo 20) ou as contramedidas (artigo 22) poderiam ser concebidos como excludentes de culpa. Trata-se, em todo o caso, de excludentes de ilicitude. O projeto elaborado pela Comissão de Direito Internacional não exige culpa ou dolo para que haja responsabilidade. Basta que haja um ilícito objetivamente verificado.

A responsabilidade internacional do estado, portanto, é objetiva. As normas secundárias não exigem nenhum elemento subjetivo para a verificação da responsabilidade internacional[28].

maior segurança jurídica; entretanto, a jurisprudência internacional consagra predominantemente a teoria da culpa que defere maior proteção ao Estado". VARELLA, Marcelo. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 440: "A regra é a responsabilidade subjetiva, excluindo-se os danos em que não houve culpa. (...) A regra gral é o reconhecimento da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, com culpa do Estado. Assim, o nexo de causalidade entre a ação ou a omissão e o dano precisa estar devidamente demonstrado. No entanto, alguns tratados preveem a responsabilidade sem culpa, objetiva. (...) A Convenção de Londres, de 1972, sobre danos provocados por Atividades espaciais, por exemplo". ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional* público. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 346: "Para a ocorrência da responsabilidade internacional do estado, verificar-se-ia mais uma condição, além das já indicadas: a de haver culpa do estado. Daí dizer-se que o dano resultante de caso de força maior ou de caso fortuito não acarreta a dita responsabilidade (...) Contra essa teoria, reação iniciada por C. H. TRIEPEL, no início do século XX, procura-se dar à responsabilidade base puramente objetiva. A responsabilidade sem culpa. (...) Quer se considere a culpa como condição essencial da responsabilidade, ou se funde esta em critério puramente objetivo, a oposição entre as duas noções só apresenta interesse teórico: resultados equivalentes poderão ser alcançados com qualquer dos dois sistemas". MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 529. "A jurisprudência internacional consagra ainda predominantemente a teoria da culpa (que protege mais o Estado)".

28 STERN, Brigitte. The Elements of an Internationally Wrongful Act. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 210.

A necessidade de eventual dolo ou culpa será determinada pela norma primária, que define a conduta a ser seguida pelos estados, não pelas normas secundárias relativas às consequências do ilícito. Por exemplo, a definição do crime de genocídio inclui um elemento material – o *actus reus* – e um elemento subjetivo – o *dolus specialis* –, de modo que não existe genocídio sem dolo. Não é possível violar a norma que proíbe esse crime sem que haja um elemento subjetivo específico[29]. A exigência do elemento subjetivo nesse caso, contudo, está prevista na norma primária, não nas normas secundárias sobre responsabilidade internacional. Estas exigem apenas um ato ilícito; exigem apenas elementos objetivos.

Com as substanciais alterações realizadas, Roberto Ago pôde, efetivamente, propor à comissão o ponto alto de seu projeto: a distinção, já clamada em seu manifesto de 1939, entre a responsabilidade civil e a penal dos estados. Diante da necessidade de se reconhecer a diferença de gravidade entre os diversos ilícitos internacionais, de modo a penalizar os estados pelos ilícitos mais graves, Roberto Ago introduziu o que viria a ser o famoso artigo 19, em seu relatório de 1976. Reconhecia-se, no seio da Comissão de Direito Internacional, o conceito de "crime de estado".

O artigo 19, sob a rubrica "Crimes e delitos internacionais", reconhecia a existência de obrigações internacionais "essenciais para a salvaguarda dos interesses fundamentais da comunidade internacional". Tratava-se de valores fundamentais, como a manutenção da paz e da segurança internacionais, a salvaguarda do direito de um povo de dispor dele mesmo e a proteção do ser humano e do meio ambiente. Para resguardar esses valores

29 A expressão "responsabilidade objetiva" não é usada pela Comissão de Direito Internacional. Como a existência de eventual elemento subjetivo dependerá da norma primária, James Crawford afirma que "The correct view is that there is no such thing as 'objective' responsibility or 'subjective' responsibility – there is only responsibility properly so called". CRAWFORD, James. *State Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 61.

fundamentais, consagravam-se algumas normas, como a proibição da agressão, da dominação colonial, da escravidão, do genocídio, do *apartheid* e da poluição massiva, cuja violação corresponderia a um crime internacional[30].

Desde que adotado provisoriamente, em 1976, o conceito de "crime de estado", como uma categoria de responsabilidade distinta da civil, sofreu enorme resistência por parte dos estados e foi objeto de muita controvérsia entre os internacionalistas. O suprarreferido artigo foi mantido pelos relatores especiais Arangio Ruiz e Riphagen, que sucederam Ago, e foi adotado, em primeira leitura, no projeto de artigos de 1996, como artigo 19. No entanto, o conceito não encontrava acolhida na jurisprudência, não refletia o costume internacional e continuava sendo objeto de obstinada resistência por parte dos estados. Temia-se, em particular, que a terminologia penal taxasse alguns estados de criminosos por prazo indeterminado, maculando até mesmo as gerações futuras,

30 O artigo original, aprovado em 1976, determinava:

"International crimes and international delicts [wrongs]

1. An act of a State which constitutes a breach of an international obligation is an internationally wrongful act, regardless of the subjectmatter 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 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 widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide, apartheid;

(d) a serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the 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 [wrong]".

que nada tivessem a ver com eventuais atrocidades cometidas por seus antepassados. A manutenção do conceito e a resistência que provocava ameaçava ruir todo o trabalho realizado pela Comissão de Direito Internacional ao longo dos últimos cinquenta anos. Foi com base nisso que James Crawford, o último relator especial da comissão para o tema, resolveu, em 1998, deixar em suspenso o conceito[31]. A distinção entre crime e delito internacional, que foi o ponto de partida para todas as alterações propostas por Ago, que revolucionaram o direito da responsabilidade internacional, teve de ser abandonada.

O ideal de Ago, ao propor o artigo 19, contudo, não se perdeu. A Comissão de Direito Internacional deixou de lado o conceito de crime internacional, mas o substituiu pelo de responsabilidade internacional agravada. Se a terminologia criminal parecia assustadora aos estados, a ideia de uma responsabilidade mais grave por violações de normas de importância destacada parecia natural. O novo conceito foi, portanto, bem aceito pelos estados e pelos internacionalistas em geral. Pautava-se em critérios bem definidos e já consagrados, de modo que arrefeceu quase que por completo a celeuma até então insuperável. A responsabilidade agravada é aquela decorrente da violação de normas de *jus cogens*, conceito consagrado em Direito Internacional ao menos desde a celebração da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em 1969. Ao mesmo tempo, as consequências da responsabilidade agravada, como será visto, são em larga medida as mesmas previstas para os supostos crimes internacionais. Em seu contexto, portanto, a solução encontrada por Crawford foi adequada. Reduziu o drama provocado pela terminologia criminal, ao mesmo tempo em que manteve os pilares lógicos que fundamentavam o conceito. O projeto de artigos finalmente adotado em 2001, em lugar de

31 CRAWFORD, James. International Crimes of States. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 405-414.

adotar uma diferença de tipo de responsabilidade, adotou uma diferença de grau.

O projeto de artigos sobre responsabilidade internacional dos estados por atos internacionalmente ilícitos foi adotado em 2001, por meio de resolução da Assembleia Geral da ONU[32]. A Comissão de Direito Internacional recomendou que o projeto fosse simplesmente anexado a uma resolução da Assembleia Geral, para que, em momento posterior, fosse submetido a uma conferência internacional, com vistas à celebração de uma convenção sobre o tema. Havia, na comissão, receio de que uma conferência no curto prazo apenas provocasse mais celeuma em um tema que já se estendera no seio da comissão por mais de quarenta anos[33]. Seria melhor permitir que, gradativamente, o projeto fosse adotado pelos estados e pelos tribunais domésticos e internacionais, de modo a se consolidar como expressão do costume internacional na matéria, independentemente de documento convencional. A Assembleia Geral da ONU julgou apropriada essa postura cautelosa e, em 2004[34], 2007[35], 2010[36], 2013[37] e 2016[38] chamou a atenção dos estados para o projeto de artigos, solicitou comentários dos membros das Nações Unidas e remeteu o tema ao sexto comitê, com vistas a analisar a conveniência de se realizar uma conferência sobre o tema.

Com base no atual projeto, que efetivamente tem se consolidado como expressão do costume internacional, qualquer

32 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Resolution 56/83 of 12 December 2001.

33 CRAWFORD, James. *State Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 42.

34 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Resolution 59/35 of 2 December 2004.

35 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Resolution 62/61 of 6 December 2007.

36 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Resolution 65/19 of 6 December 2010.

37 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Resolution 68/104 of 16 December 2013.

38 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Resolution 71/133 of 19 December 2016.

ilícito internacional acarreta responsabilidade, o que traz como consequências a necessidade de interrupção da conduta ilícita, o oferecimento de garantias de não repetição, se as circunstâncias exigirem, e a reparação integral do dano eventualmente causado. Este pode ser de natureza material ou moral, e sua reparação pode-se dar por meio de restituição, indenização ou satisfação, que podem ser oferecidas individualmente ou em conjunto. Em caso de violação de norma de *jus cogens*, a responsabilidade agravada decorrente determina que, além das consequências mencionadas, todos os estados cooperem, por todos os meios lícitos, para pôr fim à situação delituosa, e que nenhum estado auxilie o violador ou reconheça como lícita nenhuma situação de fato derivada do ilícito grave. Trata-se da aplicação do princípio *ex injuria jus non oritur*, segundo o qual de uma violação grave do Direito não podem decorrer direitos. O princípio foi aplicado pela Liga das Nações ao recomendar a adoção da Doutrina Stimson[39] e foi reconhecido pela Corte Internacional de Justiça nos casos Namíbia[40] e Construção de um Muro em Território Palestino Ocupado[41].

Caso um estado violador recalcitre em arcar com as referidas consequências, o estado lesado pelo ilícito pode implementar a responsabilidade internacional, por meio de retaliações. Estas subdividem-se em retorsões e contramedidas. As primeiras constituem atos lícitos, que podem ser adotadas livremente pelos

39 A doutrina foi desenvolvida pelo secretário de Estado dos EUA, Henry Stimson, após a invasão da Manchúria pelo Japão, em 1931. Em nota circulada ao Japão e à China em 1932, Stimson denunciava, com base no princípio *ex injuria jus non oritur*, qualquer modificação territorial por meio do uso da força. TURNS, David. The Stimson Doctrine of Non-Recognition: Its Historical Genesis and Influence on Contemporary International Law. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, n. 1, p. 105-143.

40 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). *ICJ Reports.* The Hague: 1971.

41 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. *ICJ Reports.* The Hague: 2004.

estados, dentro do escopo do Princípio Lótus[42]. Já as contramedidas consistem em atos a princípio ilícitos, como o congelamento de bens de um estado estrangeiro protegidos pela imunidade de execução, que, quando adotados como forma de implementar o Direito Internacional, são admitidos. As contramedidas atuam, dessa forma, como excludentes de ilicitude, reconhecidas pelo projeto de 2001[43].

Mais uma vez, foi Roberto Ago quem inseriu as contramedidas nos estudos da Comissão de Direito Internacional. Foi dessa forma que os meios de implementação da responsabilidade foram integrados ao direito da responsabilidade internacional. Até então, o tema era abordado como forma de solução coercitiva de controvérsias, não como meio de fazer valer o Direito Internacional. Isso ocorria, em boa medida, porque, antes da proibição do uso da força, era lícito aos estados adotar medidas constritivas em face de outro mesmo sem um ilícito prévio. A mera violação de um interesse ou uma simples controvérsia, política ou jurídica, poderia ser resolvida por meio da guerra e, naturalmente, por meios de represálias, que, no mais das vezes, envolviam o emprego da força.

Desde que a Carta da ONU consagrou um verdadeiro *jus contra bellum*, em que a guerra é proscrita enquanto meio de solução de controvérsias internacionais, e em que os estados só podem usar a força em casos excepcionais, conforme os princípios e propósitos das Nações Unidas, as represálias armadas são proibidas. Evoluiu-se, portanto, para o conceito de contramedidas, que, em nenhuma

42 O princípio remonta ao caso Lótus, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1926. O princípio Lótus é um corolário da igualdade soberana e determina que os estados têm liberdade de ação, cuja limitação não se pode presumir. CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Affaire du «Lotus» (França vs Turquia). Julgamento n. 9 de 2 agosto de 1926. *Recueil des Arrêts*, Série A, n. 10.

43 Projeto de artigos sobre responsabilidade internacional dos estados por atos internacionalmente ilícitos, artigo 22: "A ilicitude de um ato de um estado em desacordo com uma obrigação internacional em relação a um outro estado será excluída se e na medida em que o ato constitua uma contramedida tomada contra o último estado em conformidade com o Capítulo II da Parte Três".

hipótese, pode incluir o uso da força armada. Mesmo que não envolva o recurso à força, as contramedidas são medidas de coerção e não podem ser utilizadas senão dentro de parâmetros bem delineados pelo Direito Internacional. Como será visto no capítulo 2 existem estritas regulamentações de ordem procedimental e material à imposição de contramedidas.

Além disso, não é todo estado que pode impor contramedidas em face de um estado violador. Não é sequer qualquer estado que pode invocar a responsabilidade do violador, sendo necessário interesse de agir para tanto. De acordo com a teoria tradicional, a ser analisada no capítulo 1, apenas o estado que sofreu prejuízo de ordem material ou moral com a violação da norma primária estaria autorizado a invocar a responsabilidade do violador. O estado lesado tem claro interesse jurídico no cumprimento da norma violada e pode, portanto, recorrer a meios judiciais e extrajudiciais para fazer valer seus direitos. Essa norma secundária, de origem costumeira, está refletida no artigo 42 do projeto de artigos de 2001.

Atualmente, contudo, estados que não o lesado também tem interesse no cumprimento de algumas normas, quando elas se destinam à proteção de um interesse comum a um grupo de estados ou à comunidade internacional como um todo. São os casos das obrigações *erga omnes partes* e *erga omnes*, respectivamente[44]. A existência deste tipo de obrigações foi reconhecida expressamente pela Corte Internacional de Justiça no famoso *obiter dictum* do caso Barcelona Traction, julgado em 1970[45].

44 Análise detida das obrigações *erga omnes* e *erga omnes partes* será realizada no capítulo 1.

45 "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, al1 States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment. *ICJ Reports*. The Hague: 1970, p. 32.

No projeto de artigos aprovado em 2001, a possibilidade de um estado não lesado invocar a responsabilidade do violador em caso de afronta a obrigações *erga omnes* ou *erga omnes partes* encontra-se consagrada no artigo 48. Atualmente, portanto, um estado que não tenha sido lesado pode exigir a interrupção da conduta e, se for o caso, o oferecimento de garantias de não repetição, por parte do violador. Pode, ainda, solicitar a reparação de dano eventualmente causado a outro estado, em benefício do sujeito que tenha sofrido os prejuízos. Isso não significa, contudo, que possa adotar toda e qualquer medida de retaliação, para forçar o estado violador a cumprir o Direito Internacional.

O artigo 54 do projeto de 2001 reconhece que estados não lesados podem impor "medidas lícitas" contra o estado violador. O artigo é ambíguo e permite interpretar que se trata de medidas lícitas por natureza, vale dizer, retorsões, ou medidas ao fim lícitas, o que incluiria as contramedidas, que atuariam como excludente da ilicitude de um ato a princípio ilícito. Diante da ambiguidade do dispositivo, há quem defenda que já existia, em 2001, norma costumeira que autorizasse a imposição das denominadas "contramedidas coletivas", "contramedidas de interesse coletivo" ou "contramedidas de terceiros", impostas por estados não lesados[46].

O tema é controverso, contudo. Em 2001, quando da adoção do projeto, a Comissão de Direito Internacional afirmou que a prática dos estados era "limitada e embrionária"[47], razão pela qual essas contramedidas coletivas não foram expressamente reconhecidas.

46 SICILIANOS, Linos-Alexander. The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility. *European Journal of International Law,* v. 13, n. 5, 2002, p. 1127-1145, p. 1143.

47 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 110.

O artigo 54 funciona, dessa forma, como uma cláusula aberta, de modo a que a prática e a *opinio iuris* dos estados consagre norma costumeira permissiva ou proibitiva no que concerne à adoção de contramedidas por estados não lesados. Desde 2001, houve novos registros desse tipo de prática. Em 2011, por exemplo, os Estados Unidos congelaram ativos do governo da Líbia em resposta às violações de direitos humanos ocorridas no país. Em 2012, por meio do regulamento nº 36/2012, a União Europeia determinou o congelamento de ativos do banco central da Síria, em tentativa de coibir as violações de direitos humanos perpetradas pelo governo sírio. No mesmo ano, Estados Unidos[48] e União Europeia[49] congelaram bens do Banco Central do Irã, para forçar o país a cumprir as resoluções do Conselho de Segurança relativas a seu programa nuclear. Em 2014, após a anexação da Crimeia pela Rússia, os Estados Unidos, além de imporem retorsões contra o país eurasiano, como o cancelamento dos vistos de algumas autoridades, ameaçaram impor-lhe contramedidas, por meio do congelamento de bens protegidos por imunidade de execução. O mesmo ocorreu, em 2015, com a aplicação de sanções unilaterais pelos Estados Unidos contra a Venezuela[50].

O objetivo deste livro é verificar se a evolução do Direito Internacional culminou com o reconhecimento da possibilidade de estados não lesados imporem contramedidas contra estados violadores. Para tanto, é preciso verificar se a prática existente pode ser considerada o elemento material do costume, e se é acompanhada de uma *opinio iuris*. Essa verificação é determinante para a definição jurídica de temas internacionais contemporâneos. A depender da

48 US, Executive Order 13599 of 5 February 2012: Blocking Property of the Government of Iran and Iranian Financial Institutions, 77 FR 6659, 6 février 2012.

49 UE, Decisão 2012/35/PESC do Conselho, de 23 de janeiro de 2012 e Regulamento (UE) nº 267/2012 do Conselho, de 23 de março de 2012, JOUE 2012 L 88/1.

50 Venezuela Executive Order of March 9, 2015.

resposta, a conduta de alguns países pode caracterizar-se como exemplar na coerção de estados recalcitrantes, ou como ilícita e, por sua vez, ensejadora de responsabilidade internacional.

De modo a identificar a evolução do Direito Internacional na matéria, analisa-se, no primeiro capítulo, a influência do bloco de constitucionalidade do Direito Internacional na responsabilidade internacional dos estados. A evolução do Direito das Gentes de um bilateralismo rígido para a consagração de interesses comuns, com uma verdadeira comunitarização das relações internacionais, no seio de um direito de solidariedade, é emblemática no reconhecimento da possibilidade de estados não lesados invocarem a responsabilidade internacional, bem como na consagração da responsabilidade agravada, por violação de normas de *jus cogens*.

No segundo capítulo, analisam-se as diferentes formas de implementação da responsabilidade internacional de um estado. Verifica-se, nesse contexto, a distinção entre as medidas descentralizadas de autoajuda, adotadas pelos próprios estados em sede de retaliação, e as sanções institucionalizadas, adotadas sob a égide de alguma organização internacional. É fundamental, para identificar a prática das contramedidas, diferenciá-las das retorsões, da legítima defesa e das sanções institucionalizadas.

No terceiro capítulo verifica-se, por fim, se estados não lesados podem impor contramedidas de acordo com o Direito Internacional Contemporâneo. Identifica-se, nesse sentido, as posições dos diferentes relatores especiais na matéria, bem como a prática e a *opinio iuris* dos estados até a adoção do projeto de artigos, em 2001, de modo a verificar se já havia, à época, norma consuetudinária permissiva de contramedidas coletivas. Em seguida, analisa-se a prática e a *opinio iuris* dos estados desde 2001, o que permite chegar à conclusão acerca da conduta de estados que, sem terem sido lesados, impõem contramedidas.

Neste último capítulo, identifica-se se essa conduta é medida coercitiva legítima, em favor da justiça universal, ou ilícito internacional, sujeito a responsabilidade.

CAPÍTULO 1
O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

> *A minha ideia, depois de tantas cabriolas, constituíra-se ideia fixa. Deus te livre, leitor, de uma ideia fixa; antes um argueiro, antes uma trave no olho. Vê o Cavour; foi a ideia fixa da unidade italiana que o matou (*Machado de Assis, *Memórias póstumas de Brás Cubas)*.

1.1 O Direito das Gentes entre o bilateralismo e a comunitarização

Em sua clássica obra *Teoria generale dela responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, de 1902, Anzilotti refuta veementemente a possibilidade de um estado não lesado por uma violação do Direito Internacional invocar a responsabilidade de um violador de uma obrigação internacional. De acordo com o doutrinador italiano, é uma abstração perigosa falar em um direito hipotético, sem destinatário[51]. Diante da inexistência de uma verdadeira comunidade internacional organizada, tão somente o

51 ANZILOTTI, Dionisio. *Teoria generale dela responsabilità dello Stato nel diritto Internazionale*. Il problema dela responsabilità di diritto Internazionale. Prima parte. Firenze: F. Lumachi Libraio-Editore, 1902, p. 88.

estado lesado pelo ilícito internacional, poderia erguer-se contra o violador e exigir a reparação dos danos causados.

Anzilotti, um dos autores que mais influenciariam o direito da responsabilidade internacional no século XX, partia da correta premissa de que o Direito Internacional cria obrigações essencialmente bilaterais. Mesmo os tratados multilaterais, por mais numerosas que sejam as partes, criam, em verdade, uma constelação de relações jurídicas bilaterais. Essa natureza "bilateralista" do Direito Internacional é posta em evidência quando se analisa, por exemplo, o instituto das reservas a tratados. As reservas geram efeitos jurídicos bilaterais, entre o estado que a formulou e os estados que a aceitaram. Não afeta, contudo, as relações entre as demais partes no tratado entre si. Da mesma forma, o instituto da emenda a tratados multilaterais, ao criar multiplicidade de regimes jurídicos, diante da não aceitação da emenda por parte de alguns estados, evidencia que um tratado não se aplica de maneira idêntica com relação a todas as partes. Em verdade, as obrigações criadas pela convenção dependem da relação bilateral de que se trate.

Verdross utilizava a expressão "normatividade relativa" para se referir ao "bilateralismo" típico do Direito Internacional. Realmente, dentro dessa premissa, como explica Charles Rosseau, apenas os estados lesados podem invocar a responsabilidade de um estado violador. Como confirmou a Corte Internacional de Justiça, no caso Reparação de danos sofridos a servido das Nações Unidas, de 1949: "apenas a parte à qual uma obrigação internacional é devida pode mover uma ação a respeito de seu descumprimento"[52].

52 Tradução do autor. No original: "only the party to whom an international obligation is due can bring a claim in respect of its breach". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Reparação de Danos sofridos a serviço das Nações Unidas, Parecer Consultivo, 11 de abril de 1949, p. 181-182.

No entanto, esse "bilateralismo" clássico, típico do direito privado, é insuficiente para explicar a complexidade do Direito Internacional Contemporâneo. Ao longo do século XX, como explica Verdross, a sistemática do Direito das Gentes deixou de ser pautada no direito privado para adotar uma lógica publicista[53]. Por conseguinte, passaram-se a reconhecer normas de hierarquia diferenciada, peremptórias de Direito Internacional. Igualmente, obrigações *erga omnes* foram consagradas no famoso *obiter dictum* da Corte Internacional de Justiça, no caso Barcelona Traction, em 1970. Emerge, gradativamente, uma verdadeira comunidade internacional, dotada de uma ordem pública, com valores comuns, os quais todos os estados têm interesse de preservar.

Diante dessa evolução, Roberto Ago, enquanto relator especial da Comissão de Direito Internacional para responsabilidade internacional, promoveu sua "revolução" no tema, que já tinha como "manifesto" seu curso da Haia de 1939[54]. Ago promoveu o afastamento da visão clássica de Anzilotti ao propor, em 1976, o que viria a ser o famoso artigo 19, sobre crimes de estado. Por polêmica, a expressão seria posteriormente afastada e substituída pela responsabilidade agravada, nos termos dos artigos 40 e 41 do projeto finalmente adotado em 2001.

Consagrou-se, de todo modo, a possibilidade de um estado que não o lesado invocar a responsabilidade internacional do violador, nos termos do artigo 48 proposto por Crawford, quinto e último relator especial da Comissão de Direito Internacional sobre responsabilidade do estado. Sempre que uma obrigação *erga omnes* é gravemente violada, independentemente da existência de dano, dolo ou culpa por parte do violador, qualquer estado da comunidade

53 VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Madrid: Lege Aguilar, 1974, p. 86.

54 PELLET, Alain. The ILC's Articles on State Responsibility. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

internacional pode invocar essa responsabilidade, a fim de exigir a interrupção da conduta e a reparação dos danos em favor do lesado. Trata-se de concepção contemporânea do Direito Internacional, que se difere do clássico bilateralismo do século XIX e do início do século XX. Trata-se de uma concepção jusinternacionalista típica de um Direito das Gentes em processo de constitucionalização e de consequente afirmação de valores e interesses comuns à toda a comunidade internacional.

Não é a primeira vez, contudo, que essa concepção cosmopolita do Direito Internacional emerge. Em verdade, ela era predominante quando do nascimento da disciplina.

1.1.1 O universalismo regional do Direito Internacional no tempo moderno

Era natural aos fundadores do Direito das Gentes a noção de comunidade internacional. Por mais que diferenciassem os povos conforme seu grau de evolução civilizacional, tendo como parâmetro os padrões europeus cristãos, autores como Francisco de Vitória, Francisco Suárez e Hugo Grócio concebiam o direito natural como fundamento de uma unidade entre os diferentes povos.

Francisco de Vitória foi um teólogo tomista da escola de Salamanca, a quem alguns autores conferem o título de "pai e fundador do Direito Internacional moderno"[55]. Em suas *Relectiones de indis*, Vitória reconhecia a soberania das comunidades indígenas do Novo Mundo. Para ele, os índios exerciam, tanto pública quanto privadamente, domínio sobre seus bens, os quais não se lhes poderia tirar, sob o pretexto de não serem verdadeiros senhores[56].

55 ROBLEDO, Antonio Gomez. Le jus cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions. *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 24. Para Casella, Vitória representa o marco de transição para o tempo moderno no Direito Internacional. CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Medieval e Moderno até Vitória*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 36.

56 VITÓRIA, Francisco de. *Relectiones sobre os índios e sobre o poder civil*. Brasília: FUNAG, 2016, p. 116.

O teólogo, portanto, defendia os direitos dos indígenas, dando sequência ao pensamento de Bartolomeu de las Casas, no seio do despertar da consciência cristã, "à qual não interessavam vantagens pessoais ou políticas, mas a justiça e o amor cristão"[57]. De todo modo, Vitória reconhecia que os espanhóis poderiam pregar o Evangelho contra a vontade dos indígenas, realizando conversões forçadas em caso de resistência. Nesses casos, seria justo mover guerra contra os indígenas que resistissem à pregação e, sendo o caso, reduzi-los à escravidão[58].

Vitória fazia referência frequente ao *totus orbis*, uma verdadeira comunidade internacional orgânica, que incluía todos os povos e que constituía um princípio superior, que limitava a soberania dos estados. Essa entidade, fruto da solidariedade natural entre os seres humanos, estaria, de acordo com o teólogo de Salamanca, acima da vontade individual dos estados. O *totus orbis,* que chegaria mesmo a editar normas internacionais e a assegurar sua execução, teria como fundamento a solidariedade humana. Como herdeiro da tradição tomista, concebia o estado como uma organização natural de indivíduos. No âmbito internacional, os estados, igualmente, comporiam uma entidade natural: "E o Mundo todo, que de certo modo forma uma república, tem o poder de prescrever, a todos os súditos, leis justas, como são as de Direito das Gentes"[59]. Dessa forma, um evento político que afeta um estado seria do interesse de todos os demais.

Para Cançado Trindade, Vitória apresentava uma "visão verdadeiramente universalista (*totus orbis*) e humanista. Em um mundo marcado pela diversificação (dos povos e culturas) e pelo

57 HÖFFNER, Joseph. *Colonização e Evangelização: Ética da colonização espanhola no século de ouro.* Rio de Janeiro: Presença Edições, 1986, p. 179.

58 VITÓRIA, Francisco de. *Relectiones sobre os índios e sobre o poder civil*. Brasília: FUNAG, 2016, p. 153.

59 VITORIA, Francisco de. *Relectio de Potestate Civili*: estudios sobre su filosofia política. Edição crítica por Jesús Cordero Pando. Madrid: CSIC, 2008, p. 191.

pluralismo (de ideias e cosmovisões), este novo *jus gentium* assegurava a unidade da *societas gentium*"[60]. Assegurava-se, dessa forma, uma unidade fundamental dos seres humanos, ao se enfatizar o conjunto da humanidade. Formulava-se, como afirma Casella, a ideia de interdependência e solidariedade entre os homens[61].

Em benefício do orbe, seria possível mover guerra contra os malfeitores, que, caso contrário, molestariam impunemente os inocentes, espalhando caos pelo orbe[62]. A *communitas totius orbis* consagraria uma comunhão entre todos os povos, cristãos e não cristãos. Zelesco explica que essa concepção fundamentaria a primitiva intervenção humanitária[63]. De fato, Vitória legitimava o uso da força para impedir o sacrifício de nativos inocentes[64]. Diante de tamanha tirania e opressão, seria lícito aos espanhóis usar a força para salvar seu próximo de uma morte injusta. De acordo com Zelesco, o "pecado grave", que, à época, legitimaria uma intervenção cristã, pois que seria um pecado permitir a continuidade de tamanhas injustiças, equivaleria, atualmente, aos "crimes contra a humanidade"[65].

No entanto, Vitória não se debruça sobre o objeto de estudo *totus orbis*; usa-o como um conceito natural, que não demandasse explicações. De acordo com Borges de Macedo, o *totus orbis*

60 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Visão Universalista e Humanista do Direito das Gentes: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitória. In: Prefácio de VITÓRIA, Francisco de. *Relectiones sobre os índios e sobre o poder civil*. Brasília: FUNAG, 2016, p. 20.

61 CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Medieval e Moderno até Vitória*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 609.

62 VITORIA, Francisco de. *Relectio de Iure Belli o Paz Dinámica*. Org. por Luciano Pereña *et al*. Madrid: CSIC 1981, p. 109.

63 BARRETO, Rafael Zelesco. *O conceito de ius gentium em Tomás de Aquino e Francisco de Vitoria*. 2016, 176 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Mimeo, p. 339

64 VITÓRIA, Francisco de. *Relectiones sobre os índios e sobre o poder civil*. Brasília: FUNAG, 2016, p. 155.

65 BARRETO, Rafael Zelesco. *O conceito de ius gentium em Tomás de Aquino e Francisco de Vitoria*. 2016, 176 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Mimeo, p. 339.

corresponderia a um sucedâneo da concepção de *orbis christianus*, verdadeira abstração marginal da *Respublica Christiana*[66], projeto medieval de hegemonia da moral cristã. O *jus gentium*, dessa forma, regularia as relações entre cristãos e não cristãos; tratar-se ia do "direito interno de uma comunidade multirreligiosa, mas de jurisdição cristã". Assim como o Império do Meio acreditava ser o mundo inteiro, taxando de bárbaros os demais povos, o *totus orbis* de Vitória remontava a um universalismo limitado ao mundo cristão.

Também Francisco Suárez concebe a existência de uma comunidade universal de homens, fundada nos preceitos naturais do amor e da solidariedade. Suárez era um teólogo. Um dos maiores intérpretes de São Tomás de Aquino, o professor de Coimbra inseria-se na esteira do pensamento católico, e é considerado parte da Escola de Salamanca. Para ele, por mais que estivesse dividido em diferentes povos, sempre haveria alguma unidade no gênero humano; uma unidade baseada nos preceitos naturais do amor mútuo e da misericórdia. Para o bem do universo, as gentes deveriam viver em paz e justiça. Para este fim serviria o Direito das Gentes: para promover o bem-comum da humanidade[67]. Para Suárez, a humanidade estaria unida por vínculos político-morais, que extrapolariam o vínculo meramente biológico. Dessa forma, o Direito das Gentes teria vocação universal. Conforme a tese de Macedo, para o jurista de Coimbra, o fundamento do Direito das Gentes corresponde ao segundo mandamento de Cristo: o amor ao próximo[68].

66 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. *O Nascimento do Direito Internacional*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 70.

67 VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Madrid: Lege Aguilar, 1974, p. 51.

68 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. *O Nascimento do Direito Internacional*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 287.

Por mais que o gênero humano estivesse dividido em diferentes povos e reinos, haveria sempre, para Suárez, certa unidade, como indicariam os preceitos naturais do amor mútuo e da misericórdia. Dessa forma, como afirma Casella, existiria uma *civitas* perfeita; uma república perfeita na qual cada integrante pode-se dizer membro de uma única comunidade universal de seres humanos[69].

Apesar de sua vocação universal, o *jus gentium* de Suárez não se estende a todos os povos. Afinal, a Caridade só obrigaria os autointitulados "povos civilizados". A prática de canibalismo ou de sodomia, por exemplo, excluiria um povo dessa solidariedade dos seres humanos. "O Direito das Gentes aplica-se somente a povos civilizados"[70].

Para Suárez, existe apenas uma lei natural, que é a mesma em todos os lugares e em todos os tempos; afinal, ela não decorre de um determinado estado da natureza humana, senão da natureza humana em si mesma. O relativismo cultural não é tolerável. O direito natural é imutável e universal. O que ocorre, com a passagem da história e de suas diferentes circunstâncias, é a maior ou menor aplicação, pelos homens, de determinados preceitos. A eventual não aplicação de determinada norma não lhe retira a validade, contudo. Há apenas ignorância da parte de alguns. Para os "pais fundadores" do Direito Internacional, o *jus gentium* baseava-se em uma *lex praeceptiva*, apreendida pela razão humana[71]. Alguns preceitos são evidentes em si mesmos para todos os homens; outros, contudo, por mais que evidentes em si

69 CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Moderno de Suárez a Grócio.* São Paulo: Atlas, 2014, p. 112-113.

70 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. *O Nascimento do Direito Internacional*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 288.

71 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Visão Universalista e Humanista do Direito das Gentes: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitória. In: Prefácio de VITÓRIA, Francisco de. *Relectiones sobre os índios e sobre o poder civil*. Brasília: FUNAG, 2016, p. 26.

mesmos, são intelectíveis apenas aos mais doutos. Existem outros preceitos normativos que não são evidentes e identificá-los requer raciocínio e dedução. Essas normas continuam fazendo parte do direito natural, mas não são conhecidas de muitos[72].

Com isso, Suárez desenvolve sofisticada análise intelectual, que lhe permite racionalizar os dogmas religiosos. Afinal, a existência de diferentes costumes entre diferentes povos punha em xeque a própria existência do direito natural. Para ele, contudo, era necessário distinguir a existência da norma de seu conhecimento. Nem todos os povos, segundo ele, teriam conhecimento desses preceitos naturais. Não era o caso de se questionar a sabedoria do que os teólogos consideravam natural. Tratava-se de simples ignorância dos povos bárbaros que adotavam costumes como a homossexualidade, e que, para os teólogos de Salamanca, atentavam contra a lei natural.

A tese de Borges de Macedo é a de que Hugo Grócio recebeu grande influência de Suárez, notadamente no que concerne ao reconhecimento do costume como fonte de Direito Internacional e à existência de uma *mundi civitas*, baseada na sociabilidade natural dos homens[73]. Por conseguinte, a universalidade do Direito das Gentes era elemento subjacente à obra do jurista holandês[74].

Em seu *De mare liberum*, Hugo Grócio já reconhecia a existência de obrigações devidas à comunidade internacional como um todo. Segundo ele, nenhuma nação teria mais direito do que outra à navegação. Muito antes da consolidação, em Montego Bay,

72 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. *O Nascimento do Direito Internacional*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 138.

73 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. *O Nascimento do Direito Internacional*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 363. Também Casella reconhece a influência que Suárez exerceu sobre o jurista de Delft. *Direito Internacional no Tempo Moderno de Suárez a Grócio*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 97.

74 Prosper Weil, em seu curso geral de Direito Internacional na Academia da Haia, ao tratar da universalização do Direito das Gentes, afirmava: "L'aspiration de Grotius à un ensemble de règles qui gouvernaraient l'intégralité des États se trouve ainsi satisfaite à l'heure actuelle. L'universalité du droit international est devenue une réalité et le débat que cette idée a suscité appartient à l'histoire".

das águas internacionais como domínio público internacional, e dos fundos marinhos como patrimônio comum da humanidade, verdadeiros *res communis*, o jurista de Delft defendia a liberdade dos mares, em contraposição ao alegado *mare clausum* das grandes potências ibéricas. Em suas palavras:

> *Será que o oceano com o qual Deus circundou a Terra por todos os lados e as extraordinárias rajadas de vento, nem sempre soprando do mesmo canto, e por vezes soprando de todos os cantos, não são suficientemente significativos de que a natureza concedeu passagem a todas as nações? (...) Esse direito portanto pertence igualmente a todas as nações*[75].

Por "gentes", Grócio entendia todos os povos dotados de poder civil, não apenas os já conformados em estados soberanos. Dessa forma, a partir de base positivista, o Direito das Gentes de Grócio fundamentava-se na vontade coletiva de toda a humanidade. Se Deus determinava o direito natural primário, a humanidade geraria o direito natural secundário, ou o Direito das Gentes. Para Grócio, haveria uma solidariedade natural entre todos os homens, que derivaria de elos biológicos. A *magna communitas humani generis* era determinada pelo compartilhamento de uma mesma constituição genética; por uma natureza física comum[76].

Grócio concebia uma *civitas mundi*, formada não a partir da necessidade de coexistência dos estados, mas no verdadeiro amor ao próximo. Todos os homens comungam de uma mesma natureza

75 Tradução do autor. No orginal: "For even that ocean wherewith God hath compassed the Earth is navigable on every side around about, and the settled or extraordinary blasts of wind, not always blowing from the same quarter, and sometimes from every quarter, do they not sufficiently signify that nature hath granted a passage from all nations unto all? (…) This right therefore equally appertaineth to all nations". GROTIUS, Hugo. *The Free Sea.* Indianapolis: Liberty Fund Inc, 2004, p. 11.

76 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. *O Nascimento do Direito Internacional.* São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 358.

comum; todos compõem uma mesma espécie. A sociedade mundial de Grócio, que coincide com a *magna communis humani generis* estoica, corresponde à própria humanidade. Não se trata de uma associação de repúblicas, cada qual pautada por seus próprios interesses; trata-se de uma comunidade extranacional, formada a partir da natural sociabilidade entre os homens[77]. Trata-se de uma verdadeira comunidade de povos, de seres humanos[78].

Para Grócio, como para Suárez, a lei natural é não apenas universal; é, também, imutável: nem mesmo pelo próprio Deus poderia ser alterada. Nas palavras do autor, "do mesmo modo, portanto, que Deus não poderia fazer com que dois mais dois não fossem quatro, de igual modo ele não pode impedir que aquilo que é essencialmente mau não seja mau"[79]. Antes do discurso do método, havia, no pensamento ocidental, pouca dúvida quanto à natureza das coisas. Em particular, consagrava-se clara, rígida e imutável distinção entre o bem e o mal.

Grócio representou a síntese última do Direito Internacional Moderno, de acordo com Casella[80], e, apesar de não distinguir a responsabilidade internacional como categoria distinta, reconhecia que o dano causado injustamente gerava a obrigação de reparação. Em seu *De Iure Belli ac Pacis*, Grócio reconhece que o direito natural prevê a necessidade de reparação sempre que uma conduta, de natureza comissiva ou omissiva, provoque prejuízo a outrem. O jurista holandês já reconhecia o que atualmente se

77 "De fato, o homem é um animal, mas um animal de natureza superior (...) É o que testemunham muitas ações próprias do gênero humano. Entre essas, que são próprias ao homem, encontra-se a necessidade de sociedade, isto é, de comunidade, não uma qualquer, mas pacífica e organizada de acordo com os dados de sua inteligência". GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz.* Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, p. 37.

78 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. *O Nascimento do Direito Internacional.* São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 361.

79 GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz.* Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. Livro I, I, §5.

80 CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Antigo.* São Paulo: Atlas, 2012. p. 129.

chama responsabilidade indireta, vale dizer, aquela decorrente de conduta alheia para a qual se contribuiu ou com a qual se é condescendente[81], bem como o fato de que os prejuízos, para fins de responsabilidade, também incluem os frutos, concepção que fundamenta a indenização por lucro cessante. Reconhecia, igualmente, a possibilidade de prejuízo à reputação ou à honra.

Em sua *opus magna*, Grócio trata concomitantemente de disposições de direito interno e de direito das gentes no que diz respeito à responsabilidade. O jurista, de fato, realiza análise de casos de homicídio, furto, sequestro, adultério e guerra no mesmo capítulo[82]. Não traça, dessa forma, nenhuma distinção clara entre a responsabilidade do estado e a do indivíduo. O jurista holandês não pretendeu escrever sequer um trabalho sobre Direito Internacional, senão sobre direito da guerra. Dessa forma, não se poderia mesmo esperar um estudo sobre o direito da responsabilidade internacional enquanto categoria jurídica, ainda que, de modo incidental, o autor tenha abordado o tema[83].

Com o objetivo de punir aqueles que tenham causado prejuízo injustamente, Grócio admitia que lhe fosse movida a guerra[84]. No entanto, não era qualquer delito que justificava a guerra; a injúria causada deveria ter sido grave. Além do *jus ad bellum* do qual gozava o soberano diante de prejuízos causados a ele ou a seus súditos, Grócio defendia a possibilidade de mover guerra contra quem tenha causado injúria a outro povo:

81 "Independentemente daquele que causa o dano por si mesmo e imediatamente, outros também são obrigados, seja fazendo, seja não fazendo. Entre esses que são obrigados por ter feito, uns estão antes de qualquer outro, os outros depois. Antes dos outros, aquele que ordena, que dá o consentimento requerido, que ajuda, que concede refúgio ou que participa no crime de qualquer outra maneira". *O Direito da Guerra e da Paz*. Livro II, cap. XVII, VI.

82 GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. Livro II, cap. XX, XXXVIII.

83 CRAWFORD, James. *State Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 8.

84 GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. Livro II, cap. XX, XXXVIII.

> *deve-se saber que os reis e aqueles que têm um poder igual ao dos reis têm o direito de infligir penas não somente por injúrias cometidas contra eles ou seus súditos, mas também por aquelas que não os tocam particularmente e que violam em excesso o direito de natureza ou das gentes a respeito de quem quer que seja*[85].

Grócio entendia ser ainda mais virtuoso punir um malfeitor em benefício de outrem do que de si mesmo. O altruísmo da conduta é a razão da altivez. O grande exemplo de benfeitor utilizado pelo jurista de Delft é Hércules. Louvado pelos antigos por ter livrado de tiranos as regiões que atravessou, o herói punia os injustos. Não conquistava, libertava[86].

Por isso, Grócio entendia ser justa a guerra movida com o benevolente propósito de pôr fim às iniquidades do mundo; em particular, aos pecados contra a "natureza". De acordo com o jurista, é justa a guerra movida contra aqueles que não têm piedade para com seus pais ou que comem carne humana. Da mesma forma, cabe aos imperadores, como fazia Alexandre, punir os piratas, que molestam os mares. Citando Isócrates, Grócio afirma ser a mais justa a guerra que se faz contra os animais ferozes, e, depois dela, a que se move contra os homens que se comportam como animais[87].

A posição de Grócio deve-se ao fato de que o jurista de Delft concebe o direito de punição não como efeito da jurisdição civil, como pensavam Vitória e Molina, mas do próprio direito natural, anterior aos estados[88]. O Direito Internacional Clássico, com a consolidação do paradigma westfaliano da soberania estatal, alteraria essa concepção jurídica. Distante dos tempos

85 GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. Livro II, cap. XX, LX.

86 GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. Livro II, cap. XX, XXXVIII.

87 GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. Livro II, cap. XX, XXXVIII.

88 GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. Livro II, cap. XX, XXXVIII.

da hegemonia do papado, desapareceria, em prol da igualdade soberana, eventual "direito de punição".

1.1.2 A virada bilateralista do Direito Internacional Clássico

O Direito Internacional viveria uma virada bilateralista no tempo clássico, pós-Westfália[89]. Nas palavras de Cançado Trindade, haveria a fragmentação do *jus gentium* em um *jus inter gentes*[90]. A obra de Vattel personifica essa transição da concepção comunitária de Direito das Gentes para o bilateralismo estrito, que tinha na soberania dos estados a unidade fundamental[91]. A obra de Vattel deve ser compreendida no contexto histórico em que foi escrita. O enfraquecimento das duas instituições de vocação universal – o papado e o império – levara à emergência da igualdade soberana como princípio fundamental do Direito das Gentes. Estava abandonada a ideia de comunidade cristã universal – a *Respublica Christiana*[92] –, e o ímpeto hegemônico do Sacro Império havia sido contido. Era o tempo da consagração do chamado modelo de Westfália, o modelo interestatal por excelência, que teve em Vattel seu mais influente autor.

O princípio da soberania dos estados, enquanto princípio basilar do Direito Internacional Clássico, dá origem a diversas outras normas, como a igualdade jurídica entre os estados, a não intervenção em assuntos internos, a exclusividade da jurisdição

89 "O Direito Internacional 'clássico' é aquele a respeito do qual todos falam, e que todos percebem, o modelo interestatal por excelência". CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Clássico.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

90 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2013, p. 14.

91 NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-State Relations. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, p. 1083-1098, 2002.

92 CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Antigo.* São Paulo: Atlas, 2012, cap. IV, p. 8.

territorial e o consentimento como único fundamento de obrigatoriedade das normas internacionais. Consolida-se, assim, um sistema centrado na soberania e no voluntarismo.

Nesse contexto, Vattel, que já trazia elementos mais desenvolvidos sobre o tema da responsabilidade internacional, reconhecia a obrigação de reparar os eventuais danos que um estado pudesse ilicitamente causar, bem como o direito de o estado lesado reivindicar essa reparação. Em caso de negativa, o lesado poderia, segundo o autor, recorrer a medidas de retorsão ou de represália, estas sempre de modo proporcional ao dano sofrido. Um estado não poderia, contudo, adotar contramedidas caso não fosse lesado pelo ilícito. Rompia-se definitivamente com o Hércules de Grócio:

> *Mas impor represálias contra uma nação em favor de estrangeiros é arrogar-se juiz entre aquela nação e aqueles estrangeiros, o que nenhum soberano tem o direito de fazer. (...) que direito temos nós de julgar se a reclamação de um estrangeiro contra uma nação independente é justa, se houve realmente denegação de justiça?*[93]

As palavras de Vattel não decorriam de simples digressão doutrinária ou mitológica, mas da prática dos estados. O autor usa como exemplo as represálias que a Inglaterra impôs em 1662 contra a Holanda, por danos causados à Ordem de Malta. Na ocasião, a Holanda protestou, afirmando que, de acordo com o direito das nações, as represálias só poderiam ser adotadas com vistas a manter o direito do próprio estado, mas não para se imiscuir em assunto que não lhe dissesse respeito[94].

93 Tradução do autor. No original: "But to grant reprisals against a nation in favour of foreigners, is to set himself up as judge between that nation and those foreigners; which no sovereign has a right to do. (…) what right have we to judge whether the complaint of a stranger against an independent state is just, if it has really been denied justice?" VATTEL, Emer de. *The Law of Nations.* Indianapolis: Liberty Fund, 2008, p. 462.

94 VATTEL, Emer de. *The Law of Nations.* Indianapolis: Liberty Fund, 2008. Livro II, cap. XVIII, § 348.

As represálias, dessa forma, baseiam-se em uma lógica exclusivamente bilateralista. Apenas o estado que foi lesado pelo ilícito cometido poderia solicitar a reparação do dano e, em caso de resposta negativa, impor eventuais represálias.

Inerente à manutenção de um sistema fundamentado na igualdade soberana é a necessidade de se evitar o surgimento de um novo império universal. Nesse sentido, Vattel reconhecia a possibilidade de os estados formarem uma coalização contra um estado que eventualmente se erguesse em um ímpeto de hegemonia. Esse equilíbrio era necessário para a coexistência de entidades paritariamente soberanas e não se confunde com as represálias. Trata-se do princípio do equilíbrio de poder, que, consolidado na Paz de Utrecht (1713), convertera-se no princípio diretor do *jus gentium*[95]. Dessa forma, Vattel entendia ser possível as nações do mundo erguerem-se em confederação, de modo a sancionar uma nação que viole persistentemente o Direito das Gentes. Isso indica uma clara rejeição da justiça privada, ao mesmo tempo em que se reconhece a legitimidade do multilateralismo para evitar surtos hegemônicos de certas potências[96].

A concepção clássica bilateralista do Direito Internacional e consequentemente da responsabilidade dos estados, corporificada na doutrina de Vattel, pautou o desenvolvimento do Direito Internacional no mínimo até meados do século XX. Virtualmente todos os grandes jusinternacionalistas do século XIX e do início do século XX adotaram essa concepção bilateralista da responsabilidade do estado. O Direito Internacional Clássico considera incompatível com a soberania dos estados que um terceiro não afetado por um ilícito rogue-se a capacidade de reclamar um direito que não era seu.

95 VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico.* 4ª ed. Madrid: Tolle, Lege Aguilar, 1974, p. 36.

96 VATEL, Emer de. *The law of nations.* Indianopolis: Liberty Fund. 2008, p. 289, 297.

Conforme a doutrina clássica, a responsabilidade internacional do estado consiste na obrigação de reparar os danos causados por um ilícito. Nesse sentido, o interesse de agir é pautado pelo dano, tradicionalmente considerado o fato gerador da responsabilidade. Obviamente, esse interesse jurídico pertence exclusivamente ao estado que sofreu o prejuízo. A nova relação jurídica criada pela violação original do direito se dá entre o estado violador e o estado lesado. Nenhum outro sujeito pode pretender agir como juiz e exigir o cumprimento de obrigação que não lhe era devida.

Essa foi a posição dos grandes juristas do Direito Internacional Clássico, que rejeitavam os trabalhos de Hércules. Em um contexto de igualdade soberana entre os estados, não se aceitava a figura do herói mitológico, que exigisse o cumprimento de um direito que não o seu.

No século XIX, Henry Wheaton[97] traça seus comentários ao Direito das Gentes a partir de perspectiva bilateralista. Carlos Calvo, no terceiro tomo de sua obra, afirma que a intromissão de um terceiro estado na relação jurídica bilateral criada a partir do dano causado por um ilícito, arrogando-se a capacidade de impor represálias em favor de terceiro, consiste em audaciosa violação de todos os princípios de justiça internacional[98].

Igualmente, autores como Georges Bry e Gastão Junqueira, a partir da clássica perspectiva bilateralista, concebiam as represálias como uma forma de retaliação usada por um estado a fim de reparar

97 WHEATON, Henry. *Commentaire sur les Élements du Droit International et sur l'Histoire des Progrés du Droit des Gens*. Leipzig: Brockhaus, 1868.

98 "Autorizer um Etat tiers à s'associeret à prendre part à des représailes décrétées contre um autre, ou lui donner une sanction morale propre à fortifier les actes hostiles qu'il se propose d'entreprendre, c'est violer audacieusemente tous les principes de justice internationale". CALVO, Charles. *Le Droit International Théorique et Pratique*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1896, p. 533.

uma injustiça cometida contra si[99]. A definição de represália de cada um desses autores deixa claro que apenas o estado lesado poderia invocar a responsabilidade do estado violador e impor-lhe represálias. Eles sequer cogitam ou mencionam a possibilidade de um estado não lesado fazê-lo.

Da mesma forma, Pasquale Fiori, sob influência direta de Vattel, sequer cogita que um terceiro estado pudesse aplicar represálias contra um suposto violador do Direito das Gentes. O autor não reconhece nem mesmo o direito de imposição de represálias por parte do estado lesado sem que o direito alegadamente violado tenha sido confirmado por um órgão arbitral. Fiori posiciona-se de modo cético com relação aos que aplicam represálias, sob o pretexto de terem tido um direito violado. A um estado que guarde qualquer tipo de interesse na questão não se pode reconhecer a discricionariedade para decidir acerca das medidas a serem tomadas.

> *devemos qualificar de contrário ao Direito Internacional qualquer ato de represália positiva empregado por um Estado contra outro antes que a questão surgida entre eles seja submetida à arbitragem e que o direito da parte reclamante tenha sido estabelecido por sentença. (...) não podemos admitir que o mesmo Estado possa ser juiz e parte. Fazer justiça com as próprias mãos é um ato ilegal e contrário à ordem jurídica*[100].

99 "Les représailles sont des moyens de contraintre, plus ou moins rigoureux, dont um État se sert pour ontenir la réparation d'une injustice *commise à son égard* par un autre État" (grifo nosso). BRY, Georges. *Droit International Public.* Paris: L'Arose, 1896, p. 368. "Les actes de violence [retorsões ou represálias] auxquels *l'État lésé* peut avoir recours sont multiples" (grifo nosso). JUNQUEIRA, Gastão. *Droit International Public.* Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1891, p. 160.

100 Tradução do autor. No original: "debemos calificar de contrario al derecho internacional cualquier acto de represalia positiva empleado por un Estado contra otro, antes de que la cuestión entre ellos surgida sea sometida al arbitrage y que el derecho de la parte reclamante haya sido establecido por sentencia. (…) no podemos admitir que el mismo Estado pueda ser juez y parte. El hacerse justicia por si mismo es un acto ilegal y contrario al orden jurídico". FIORI, Pasquale. *Derecho Internacional Público.* Madrid: Gongora, 1894, p. 328.

Em sua teoria geral, Anzilotti demonstra-se adepto do voluntarismo positivista, cunhado na soberania dos estados. Ao considerar a responsabilidade como um instituto reparatório, o autor deixa claro que apenas o estado prejudicado pode exigir a reparação do dano que lhe foi imposto. Ele seria o único com capacidade de agir nesse caso. Ao responder a Holtzendorff, que, *de lege ferenda*, defendia a possibilidade de intervenção de terceiro, o jurista italiano afirma que, diante da inexistência de uma comunidade internacional verdadeiramente organizada, representada por órgãos multilaterais legítimos, seria uma abstração perigosa e deletéria autorizar a exigência de uma reparação sem danos, ou de um direito sem sujeito:

> *Certamente, se a comunidade dos estados fosse juridicamente organizada e se existissem os meios para obrigar a reparação do direito violado, seria possível falar em um direito da própria comunidade de proceder contra o autor da violação; mas, como essa comunidade organizada não existe, e Holtzendorff o reconhece, é uma abstração perigosa falar em um direito hipotético, bem como de um direito sem sujeito. Nenhum estado pode erigir-se em juízo e vindicar a violação do Direito Internacional cometida pelos outros estados; somente quando a violação de uma regra do Direito Internacional ofenda o estado nos seus direitos, ele tem indubitavelmente o direito de reagir contra o ofensor, não para fazer valer contra ele, com propósito satisfatório, a autoridade do Direito Internacional violado, mas para fazer valer,*

com escopo reparatório, o próprio direito injustamente lesado[101].

A teoria de Anzilotti foi adotada pelos demais autores do século XX, até a "revolução" de Roberto Ago. Henry Bonfils, em 1905, tratava da "responsabilidade recíproca dos estados"[102], claramente apoiando-se na doutrina de Vattel e de Anzilotti, e seu viés "bilateralista". Também Raul Pederneiras mantém-se apegado à teoria clássica da responsabilidade, ao tratar da necessidade de "respeito recíproco" entre os estados e de "satisfacção ao Estado offendido" em caso de lesão[103]. O embaixador Hildebrando Accioly ministrou curso na Academia da Haia de Direito Internacional sobre os princípios gerais da responsabilidade internacional sem ensaiar qualquer tentativa de fuga dessa concepção bilateralista clássica[104]. Guggenheim, em seu curso da Haia de 1952, também enfatiza a relação bilateral criada entre o estado violador e o

101 Tradução do autor. No originla: "Certo, se la comunità degli stati forse organizata giuridicamente ed avesse i messi per obbligare ala riparazione del diritto violato, si potrebbe parlare di um diritto dela comunità medesima a procedere contro l'autore della violazione; ma poichè questa comunità organizzata non esiste, ed Holtzendorff lo riconosce, è un'astrazione pericolosa parlare di un diritto ipotetico, anzi di un diritto senza suggeto. Nessuno stato può erigersi a giudice e vidice delle violazioni del diritto internazionale commesse dagli altri stati; solamente quando la violazione d'una regola del diritto internazionale offenda lo stato ne'suoi diritti, egli ha indubiamente il diritto di reagire contro ç'ofesnsore, non già per far valere contro di lui, con scopo soddisfattorio, l'autorità del diritto internazionale violato, ma sibbene per far valere, con scopo riparatorio, il proprio diritto ingiustamente leso". ANZILOTTI, Dionisio. *Teoria Generale dela Responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*. Florence: Lumache, 1902, p. 88.

102 BONFILS, Henry. *Manuel de Droit International Public*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1905, p. 170.

103 PEDERNEIRAS, Raul. *Direito Internacional Compendiado*. Rio de Janeiro, 1931, p. 83-84.

104 "La reconnaissance de la responsabilité internationale a pour conséquence inéluctable le devoir de réparer le dommage causé, ou, dans certains cas, de donner à l'État lésé, directement ou dans la personne de l'un de ses ressortissants, une satidfaction raisonnable". O trecho deixa claro que Accioly, como seus contemporâneos, concebia a responsabilidade como uma relação jurídica criada entre o estado lesado e o estado violador, este que deveria estender àquele as devidas reparações. ACCIOLY, Hildebrando. Les principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence. *RCADI*, 1959-I t. 96, p. 413.

estado lesado a partir de um ilícito[105]. Para todos esses autores, se as normas internacionais davam ensejo a relações jurídicas bilaterais, apenas os estados que sofressem dano a partir de uma lesão a um direito que lhe fosse diretamente devido poderiam invocar a responsabilidade do violador e, por conseguinte, impor as eventuais represálias que julgassem necessárias.

O Direito Internacional Contemporâneo, contudo, reinauguraria um universalismo que levaria a uma verdadeira comunitarização do Direito Internacional, com importantes reflexos no direito da responsabilidade internacional dos estados.

1.1.3 O Direito Internacional Contemporâneo e o bilateralismo inevitável

O Direito Internacional, tradicionalmente, cria obrigações *inter partes*. Uma norma internacional cria, enquanto regra, uma relação jurídica bilateral. Mesmo em tratados multilaterais, o que se verifica, em verdade, é um conjunto de relações bilaterais recíprocas. Essa natureza bilateral é posta em evidência quando se analisa o instituto das reservas, das emendas e da celebração de tratados sucessivos sobre o mesmo tema.

Uma reserva a um tratado multilateral afeta as relações jurídicas entre o estado que a formulou e os estados que a aceitaram, sem alterar as relações jurídicas entre os demais estados entre si[106].

105 "La reconnaissance de l'obligation de réparer présuppose un accord entre le violateur et le sujet qui prétend avoir subi un dommage". GUGGENHEIM, Paul. Les principes de droit international public. *Recueil des cours*, v. 80, 1952-I, p. 1-189, p. 143.

106 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969: "Artigo 21

1. Uma reserva estabelecida em relação a outra parte, de conformidade com os artigos 19, 20 e 23:

a) modifica para o autor da reserva, em suas relações com a outra parte, as disposições do tratado sobre as quais incide a reserva, na medida prevista por esta; e

b) modifica essas disposições, na mesma medida, quanto a essa outra parte, em suas relações com o Estado autor da reserva.

2. A reserva não modifica as disposições do tratado quanto às demais partes no tratado em suas relações *inter se*.

Trata-se de um conjunto de vínculos jurídicos bilaterais, a partir da formulação da reserva, que tem como eixo o estado que a formulou. Dentro da mesma lógica bilateralista, se uma parte no tratado se opõe à reserva e se manifesta contrariamente à entrada em vigor da reserva, o tratado não entrará em vigor nas relações entre esse estado e o que formulou a reserva[107]. Cria-se, mais uma vez, um efeito jurídico bilateral.

Pelo Direito dos Tratados, uma emenda a um tratado multilateral vincula apenas os estados que com ela consentem. As demais partes no tratado continuarão a estar vinculados pelo texto original[108]. Um estado que adira ao instrumento internacional após a entrada em vigor do acordo de emenda estará por este vinculado. Em suas relações, contudo, com os estados que não aderiram à emenda, vigerá o texto original[109]. Percebe-se, nesse particular, clara duplicidade de regimes jurídicos com relação ao mesmo estado aderente. O texto a ser aplicado dependerá da relação bilateral de que se trate. A figura torna-se ainda mais complexa quando há sucessivas emendas a tratados multilaterais,

3. Quando um Estado que formulou objeção a uma reserva não se opôs à entrada em vigor do tratado entre ele próprio e o Estado autor da reserva, as disposições a que se refere a reserva não se aplicam entre os dois Estados, na medida prevista pela reserva".

107 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969: "Art. 20(4)(b) a objeção feita a uma reserva por outro Estado contratante não impede que o tratado entre em vigor entre o Estado que formulou a objeção e o Estado autor da reserva, a não ser que uma intenção contrária tenha sido expressamente manifestada pelo Estado que formulou a objeção".

108 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969: "Art. 40 (4). O acordo de emenda não vincula os Estados que já são partes no tratado e que não se tornaram partes no acordo de emenda; em relação a esses Estados, aplicar-se-á o artigo 30, parágrafo 4 (b)".

109 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969: "Art. 40(5) Qualquer Estado que se torne parte no tratado após a entrada em vigor do acordo de emenda será considerado, a menos que manifeste intenção diferente:

a) parte no tratado emendado; e

b) parte no tratado não emendado em relação às partes no tratado não vinculadas pelo acordo de emenda".

configurando verdadeira multiplicidade de regimes jurídicos, sempre tendo como fundamento essas relações sinalagmáticas.

Se algumas partes em um tratado celebram acordos posteriores sobre o mesmo tema, que sejam parcialmente incompatíveis com o primeiro tratado, este será parcialmente revogado pelas normas posteriores, na medida de sua incompatibilidade com o acordo posterior. Nas relações bilaterais entre esses estados e aqueles que não fazem parte do tratado subsequente, contudo, vige na íntegra o primeiro tratado[110].

Dessa forma, um tratado multilateral é bem menos uniforme do que poderia parecer à primeira vista. Ao se considerar o conjunto de reservas, objeções à reserva e à entrada em vigor do tratado com a reserva, as emendas a tratados multilaterais e a celebração sucessiva de tratados sobre um mesmo tema entre apenas algumas partes dos tratados anteriores, verifica-se uma teia complexa de relações bilaterais entre os estados. A tônica principal do Direito Internacional é o bilateralismo das relações jurídicas. Enquanto regra, tratados multilaterais criam constelações de obrigações *inter partes*.

Essa lógica bilateralista, porém, é insuficiente para explicar a complexidade das relações jurídicas internacionais contemporâneas. Gradativamente, o Direito Internacional evolui para uma lógica comunitária, em que se consagram interesses comuns e os equivalentes institutos e instituições jurídicos destinados a protegê-los.

110 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969: "Art. 30 (3). Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59, o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior.

4. Quando as partes no tratado posterior não incluem todas a partes no tratado anterior:

a) nas relações entre os Estados partes nos dois tratados, aplica-se o disposto no parágrafo 3;

b) nas relações entre um Estado parte nos dois tratados e um Estado parte apenas em um desses tratados, o tratado em que os dois Estados são partes rege os seus direitos e obrigações recíprocos".

1.1.4 A comunitarização do Direito Internacional Contemporâneo

Após a fragmentação do *jus gentium* em um *jus inter gentes*, durante o tempo clássico do Direito Internacional[111], com a subsequente prevalência do soberanismo sobre o humanismo, começam-se a rever os preceitos fundadores do Direito Internacional. A expansão da subjetividade jurídica e a humanização que marca o pós-guerra, aliados à "virada kantiana" e à "virada cosmopolita" no direito, tem, gradativamente, trazido à tona preceitos de justiça universal, consagrando a consciência jurídica universal como a verdadeira fonte material do novo *jus gentium*[112].

Gradativamente, consolidam-se valores comuns da comunidade internacional[113]. A manutenção da paz e da segurança internacionais é do interesse comum de todos os povos. Igualmente, a preservação do meio ambiente, o desarmamento nuclear e a proteção dos direitos humanos não se prestam ao interesse particular de estados individualmente considerados, mas da comunidade internacional como um todo.

Diferentemente da clássica legitimidade da aquisição de *terra nullius*, atualmente, resguardam-se o *res communis*, que não estão sujeitos a apropriação por nenhum estado. Os fundos marinhos – a denominada "Área" – constituem patrimônio comum da humanidade. São preservados pela Convenção de Montego Bay e pela Autoridade Internacional de Fundos Marinhos. Só se podem realizar atividades nos fundos marinhos "em benefício da

111 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2013, p. 14.

112 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2013, p. 139.

113 SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 250, VI, 1994, p. 235.

humanidade em geral"[114]. Em noção que remonta ao *Mare Liberum*, de Grócio, constituem, assim como o alto mar, *res communis*. Esse também é o caso do espaço extra-atmosférico e dos astros celestes, conforme previsto no Tratado de 1967 sobre o Espaço Sideral e no Tratado da Lua de 1979. É o caso, ainda, da Antártida, nos termos do tratado de 1959.

Sob a lógica clássica do sistema de Westfália, o Direito das Gentes era um mero direito de coexistência. Formado por normas proibitivas, visava a manter o sistema de estados. Em 1926, no caso Lótus, a Corte Permanente de Justiça Internacional afirmava, de fato, que o propósito do Direito Internacional, ao reger as relações entre os estados era assegurar a coexistência dessas comunidades independentes[115].

Ao longo do século XX, normas positivas passaram a consolidar um direito de cooperação. Os estados passaram a fazer concessões mútuas, de modo a que todos gozassem dos benefícios da cooperação internacional. Em 1984, no caso da fronteira marítima no Golfo de Maine, a Corte Internacional de Justiça deixou claro que o Direito das Gentes destina-se não apenas a assegurar a

114 Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar: "Artigo 140 Benefício da humanidade

1. As atividades na Área devem ser realizadas, nos temos do previsto expressamente na presente Parte, *em benefício da humanidade em geral*, independentemente da situação geográfica dos Estados, costeiros ou sem litoral, e tendo particularmente em conta os interesses e as necessidades dos Estados em desenvolvimento e dos povos que não tenham alcançado a plena independência ou outro regime de autonomia reconhecido pelas Nações Unidas de conformidade com a resolução 1514 (XV) e com as outras resoluções pertinentes da sua Assembleia Geral.

2. A autoridade, através de mecanismo apropriado, numa base não discriminatória, deve assegurar a distribuição equitativa dos benefícios financeiros e dos outros benefícios econômicos resultantes das atividades na Área de conformidade com a subalínea i) da alínea f) do parágrafo 2º do artigo 160" (grifo nosso).

115 "Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs". CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Affaire du «Lotus» (França ***vs*** Turquia). Julgamento n. 9 de 2 agosto de 1926. *Recueil des Arrêts*, Série A, n. 10, p. 18.

coexistência, mas também a cooperação entre os membros da sociedade internacional[116].

Atualmente, encontra-se em formação um verdadeiro Direito Internacional de solidariedade[117]. Gradativamente, o Direito das Gentes começa a resguardar os interesses comuns da humanidade. No âmbito do Direito Internacional do meio ambiente, o princípio do desenvolvimento sustentável consagra uma preocupação com as gerações futuras, no seio de uma justiça intergeracional. No direito penal internacional, existem instrumentos, como o Estatuto de Roma, que tipificam crimes contra a humanidade, considerada, por alguns autores, como sujeito de direito. A própria finalidade do ordenamento jurídico internacional evolui. Para além do bilateralismo rígido de outrora, interesses verdadeiramente comunitários começam a se delinear[118].

Cada vez mais, o Direito Internacional destina-se a proteger bens comuns. Atualmente, para além de destinar-se à mera coexistência entre os estados, para além mesmo de contribuir para a cooperação multilateral, o Direito das Gentes passa a resguardar valores fundamentais da humanidade. Consolidam-se instituições representativas da comunidade internacional, a exemplo da Autoridade Internacional de Fundos Marinhos. Gesta uma lógica de solidariedade entre os povos, a resguardar o bem-estar da humanidade. Consolida-se uma ordem pública internacional. Interesses coletivos ganham espaço; caminha-se para a consolidação de uma verdadeira comunidade internacional.

116 "Il ne faut pas rechercher dans le droit international coutumier un corps de règles détaillées. Ce droit comprend en réalité un ensemble restreint de normes propres à assurer la coexistence et la coopération vitale des membres de la communauté internationale". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, *CIJ Recueil*, 1984, § 111.

117 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 687.

118 SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 250, VI, 1994.

Nesse contexto, a própria comunidade internacional poderia e deveria ser considerada um sujeito de Direito Internacional[119]. Evolui-se, dessa forma, para um novo *totus orbis*, uma nova comunidade orgânica de seres humanos, uma nova *mundi civitas*, baseada na sociabilidade natural dos homens, aos moldes de Vitória, Suárez e Grócio. No contexto do fortalecimento do ser humano e de sua tentativa de se livrar do signo de Leviatã[120], gradativamente, consolida-se um novo e verdadeiro *jus gentium*, pautado não por uma *raison d'État*, mas por uma *raison d'humanité*[121].

Esse processo tem como corolário a constitucionalização do Direito Internacional.

1.2 O bloco de constitucionalidade do Direito Internacional Contemporâneo

O Direito Internacional Contemporâneo, surgido das cinzas da Segunda Guerra Mundial, é universal. O Direito das Gentes não é mais um mero *jus europaeum*, limitado às nações autointituladas "civilizadas"[122]. Atualmente, é reconhecida a igualdade de direitos de todos os povos, e pode-se afirmar que todas as comunidades com identidade política têm acesso à vida jurídica internacional[123] e virtualmente todas têm acesso ao parlamento das Nações Unidas.

119 DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit International Public*. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 402.

120 CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Moderno de Suárez a Grócio.* São Paulo: Atlas, 2014, p. 641.

121 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *The access of individuals to international justice.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 208.

122 Ainda nos idos de 1895, em sentença arbitral entre Inglaterra e Transvaal, afirmava-se que "não é de presumir que o Direito Internacional comum ultrapasse os confins da civilização europeia". BRAGA, Leopoldo. *O homem nas relações internacionais.* Baía: 1939, p. 42.

123 MIRANDA, Jorge. O Direito Internacional no início de um novo século. In: REIS, Tarcísio e GOMES, Eduardo. *Desafios do Direito Internacional no século XXI*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007, p. 18.

O Direito Internacional Contemporâneo insere-se em um contexto histórico e cultural de aumento do número de atores internacionais, como as empresas transnacionais e as organizações não governamentais. O advento do meio técnico-científico-informacional, em um contexto de globalização, torna os espaços mais fluidos, a partir da maior intensidade de circulação de produtos, de pessoas, de informações e de capital[124]. Os fluxos materiais e informacionais consolidaram, na pós-modernidade, a universalização da produção, das trocas, dos preços, do capital, dos mercados, das técnicas, do trabalho, dos gostos, da cultura e da moralidade[125].

Nesse contexto, atores não estatais ganham espaço na vida jurídica internacional e, progressivamente, são reconhecidos como sujeitos de Direito das Gentes. A humanização é uma clara tendência do que Casella denomina Direito Internacional Pós-Moderno. Para o autor, ensaia-se, gradativamente, a configuração de uma kantiana sociedade civil internacional, a partir da reconfiguração humanista do mundo, orientada pela busca da eunomia internacional[126]. Essa recentralização se dá por meio de alterações no corpo normativo constitucional da sociedade internacional.

A constituição é um conjunto de normas que resguarda direitos fundamentais e organiza um sistema de governança. No caso das constituições dos estados, trata-se de normas que protegem os valores essenciais de uma dada sociedade e que organizam os poderes do estado[127]. Com vistas a garantir segurança

124 SANTOS, Milton e SILVEIRA, María Laura. *O Brasil Território e sociedade no início do século XXI*. Record: Rio de Janeiro, 2012, p. 52-53.

125 SANTOS, Milton. *Metamorfoses do Espaço Habitado*. São Paulo: Edusp, 2012, p. 18.

126 CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 24-25.

127 HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 81. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43.

jurídica e estabilidade, é comum inserir essas normas em um texto formal e solene, redigido em processo constituinte específico: a constituição em sentido formal[128]. Se, eventualmente, uma norma contida no texto constitucional não disser respeito ao sistema de governança estatal ou aos direitos fundamentais dessa sociedade, será uma norma constitucional apenas em sentido formal. Em contrapartida, normas que resguardam valores fundamentais são materialmente constitucionais, independentemente da forma jurídica que venham a tomar.

Em sentido amplo, as normas constitucionais regulamentam, ainda, os elementos constitutivos de uma determinada entidade política. No caso do estado, trata-se das normas básicas a respeito do território, da população, do governo e das relações com outros estados[129]. Esses são os elementos constitutivos dos estados, e as normas que os regulamentam são normas constitucionais[130]. Essas normas determinam a organização espacial do território nacional, as regras relativas à nacionalidade de sua população, a organização dos poderes governamentais e as relações externas do estado. A essas normas que organizam a formação do estado, sua organização interna e suas relações com os demais estados convém denominar normas estruturais. Trata-se de normas materialmente constitucionais, que podem ou não estar previstas em um texto formalmente constitucional.

128 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

129 De acordo com José Afonso da Silva, "considerando a ampliação das funções estatais atualmente, chegaremos à conclusão inelutável de que o conceito de Direito Constitucional também se ampliou, para compreender as normas fundamentais da ordenação estatal, ou, mais especificamente, para regular os princípios básicos relativos ao território, à população, ao governo e às finalidades do Estado e suas relações recíprocas". SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43.

130 De acordo com a Convenção de Montevidéu sobre direitos e deveres dos Estados, assinada na Sétima Conferência Pan-Americana, em 1933: "Art. 1: O Estado como pessoa de Direito Internacional deve reunir os seguintes requisitos: I – população permanente; II – território determinado; III – governo; IV – capacidade de entrar em relações com os demais Estados".

O Supremo Tribunal Federal adota concepção formalista, ao considerar que apenas gozam de *status* constitucional as normas que passam pelas formalidades necessárias para fazer parte do corpo da Constituição Federal de 1988[131]. Dessa forma, além das produzidas pelo constituinte originário, apenas as normas aprovadas por três quintos das duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, poderiam gozar de hierarquia constitucional, uma vez que este é o procedimento previsto no artigo 60 da Carta Magna para a aprovação de emendas ao texto constitucional. Essa concepção formalista leva a dispositivos como o § 3º do art. 5º da Carta, segundo o qual os tratados de direitos humanos apenas gozariam de hierarquia constitucional se fossem aprovados por meio das formalidades destinadas às normas constitucionais. Essa concepção é passível de críticas, contudo.

Qualquer norma que resguarde direitos fundamentais e organize um sistema de governança é norma constitucional, independentemente de suas formalidades de aprovação, porque, afinal, trata de matéria constitucional. No âmbito do direito brasileiro, qualquer norma internacional de direitos humanos, independentemente do objeto principal do tratado em que estejam inseridas, é norma materialmente constitucional, nos termos do art. 5º §2º da Carta de 1988. A elas deve-se reconhecer hierarquia compatível com sua matéria.

O conjunto de normas materialmente constitucionais denomina-se bloco de constitucionalidade[132]. De acordo com a Corte Constitucional da Colômbia,

131 STF, RE 466.343-SP, 2008.

132 FAVOREU, Louis. El Bloque de la Constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 5, enero-marzo 1990, p. 46. YEPES, Rodrigo Uprimny. *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Consejo Superior de la Judicatura, 2008, p. 31.

> *O bloco de constitucionalidade é composto pelas normas e princípios que, sem aparecer formalmente no articulado do texto constitucional, são utilizados como parâmetros de controle de constitucionalidade das leis, porque terão sido normativamente integrados à Constituição (...) São, pois, verdadeiros princípios e regras de valor constitucional*[133].

A terminologia abrange, dessa forma, as normas constitucionais que eventualmente não estejam inseridas em um corpo normativo formal denominado "constituição". Qualquer norma que assegure direitos fundamentais de uma determinada sociedade e que organize o sistema de governança dessa sociedade é norma constitucional, que compõe o bloco de constitucionalidade do referido ordenamento jurídico. No Direito Internacional também existem normas com essas características.

O bloco de constitucionalidade do Direito Internacional Geral é formado por três tipos de normas. Em primeiro lugar, as normas denominadas *estruturais*, que fundam a estrutura básica da comunidade internacional. Em segundo lugar, a *Carta da ONU*, cujas normas são materialmente constitucionais por resguardarem valores fundamentais da sociedade internacional e por distribuírem um sistema de governança a nível mundial. Por fim, as normas de *jus cogens*, que protegem os direitos fundamentais da comunidade internacional.

Todas as normas que compõem o bloco de constitucionalidade do Direito Internacional criam obrigações *erga omnes*. Escapam,

133 Tradução do autor. No original: "El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución (…) Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional". CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia 225, 1995.

portanto, da lógica "bilateralista" clássica, para se inserirem na tendência de "comunitarização" do novo *jus gentium*.

1.2.1 As normas constitucionais estruturais

O Direito Internacional é o conjunto de normas que regula as relações entre os sujeitos de direitos e obrigações no âmbito internacional. Nesse sentido, existem normas que estruturam esse ordenamento, identificando as fontes e os sujeitos de Direito Internacional, bem como o processo de produção de normas e as relações desses sujeitos entre si. Trata-se de normas que determinam os elementos constitutivos da comunidade internacional juridicamente organizada.

O caráter materialmente constitucional dessas normas é amplamente reconhecido pela doutrina jus-internacionalista. Alfred Verdross já reconhecia que normas que regulam a ordem básica da comunidade internacional, como o *pact sunt servanda* e a igualdade soberana, seriam materialmente constitucionais. Segundo o autor, a evolução do Direito Internacional, de uma sistemática privatista para uma publicista contribuiu para o processo de constitucionalização do Direito das Gentes. Afinal, sob esse viés publicista, parte-se de um conceito de comunidade, no caso do Direito das Gentes, a comunidade internacional. Nas palavras de Verdross, "as normas que constituem essa comunidade podem ser consideradas como a constituição da comunidade dos estados, no sentido material da palavra"[134].

Essas normas que organizam a estrutura jurídica da comunidade internacional denominam-se normas estruturais. Elas são materialmente constitucionais. São, em geral, costumeiras, mas muitas vezes encontram-se previstas em tratados internacionais.

134 Tradução do autor. No original: "las normas que constituyen esa comunidad pueden considerarse como la constitución de la comunidad de los Estados, en el sentido material de la palabra". VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico.* Madrid: Lege Aguilar, 1974, p. 86.

Normas constitucionais estruturais subdividem-se em: i) normas fundamentais; ii) normas processuais; e iii) normas subjetivas, sendo que estas se subdividem em subjetivas propriamente ditas e intersubjetivas[135].

1.2.1.1 *Normas fundamentais*

De acordo com Kelsen, a norma fundamental é aquela que serve como fundamento de validade para todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa. É ela que confere competência para que uma autoridade legiferante produza normas jurídicas[136]. Trata-se de normas que conferem poderes para a determinação de outras normas.

A natureza constitucional desse tipo de norma é reconhecida por Kelsen. Segundo o autor, a norma fundamental "é a constituição – lógico-jurídica – do Direito Internacional"[137]. O autor chegou a afirmar que a norma fundamental do Direito Internacional era o *pacta sunt servanda,* com base na ficção de que o costume deveria ser considerado um tratado tácito[138]. Posteriormente, abandona essa concepção, para adotar a tese de que a norma fundamental do Direito das Gentes é o *consuetudo est servanda*. Segundo ele, pressupõe-se "uma norma fundamental que institui o costume dos estados como fato produtor de Direito. O seu teor é: os estados (...) devem conduzir-se nas suas relações mútuas em harmonia com um dado costume dos estados"[139]. Essa mudança de concepção deve-se ao entendimento de que a própria norma *pacta sunt servanda* tem origem costumeira.

135 Classificação proposta pelo autor.

136 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 216-217.

137 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 241.

138 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 425.

139 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 240-241.

A concepção de Kelsen está sujeita a críticas, contudo. O *pacta sunt servanda* não é uma simples norma consuetudinária, caso contrário, estaria sujeita a ser revogada por outra norma costumeira, ou, como sugere Thirlway, por norma convencional[140]. Não é o caso, contudo. Certamente a norma pela qual os pactos devem ser cumpridos não pode ser revogada por norma costumeira nem convencional, esta que por sua vez só é obrigatória em função da própria *pacta sunt servanda*. Em verdade, como será visto, normas fundamentais não podem ser revogadas por nenhuma outra norma, nem mesmo as de *jus cogens*. Tampouco dependem de aquiescência ou de fundamento de validade ulterior. A dificuldade de se classificar o *pacta sunt servanda* como uma norma costumeira reside no fato de que ela não parece depender de uma *opinio iuris*. Enquanto norma fundamental, sua própria fundamentação é objetiva, ou pressuposta, ao menos para a teoria pura do direito. Não seria possível, por exemplo, consolidar, via costume, um *pacta non sunt servanda*.

Para Kelsen, haveria uma única norma fundamental. Existem, contudo, dificuldades práticas em se admitir a fundamentação do *pacta sunt servanda* no costume internacional, como visto. Além disso, o autor não previa a consolidação de outras fontes de Direito das Gentes, como os atos unilaterais dos estados, que dificilmente encontram fundamentação no costume. Ainda, Kelsen parece confundir, como esclarece Celso Mello[141], a noção de fontes com a de fundamentos. Estes identificam aquelas. Norma fundamental é aquela que determina a obrigatoriedade de outras normas. As fontes, por sua vez, são os meios aptos à produção de normas jurídicas internacionais. As regras relacionadas às fontes não fundamentam, são fundamentadas. Não são, por

140 THIRLWAY, Hugh. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 32.

141 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 203.

exemplo, as normas sobre direito dos tratados que determinam a obrigatoriedade dos acordos celebrados consoante elas: é o *pacta sunt servanda* que os fundamenta.

Dessa forma, é possível chegar a duas conclusões: em Direito Internacional, não há uma única norma que fundamente todas as outras e não é qualquer norma que tem o condão de conferir o fundamento de validade de outras.

Normas fundamentais, para os fins do presente trabalho, são aquelas que fundamentam outras normas, vale dizer, que lhes conferem obrigatoriedade. Nesse sentido, a imagem geométrica da pirâmide kelseniana é insuficiente para explicar a complexidade das relações jurídicas contemporâneas[142]. Em Direito das Gentes, essas normas acabam por identificar os meios aptos à produção de normas jurídicas internacionais. No que diz respeito à fundamentação do Direito Internacional, portanto, a imagem mais adequada é a da coroa de três pontas, em que três normas fundamentam as demais. São elas: *pacta sunt servanda, consuetudo est servanda* e *acta sunt servanda*.

Essas normas fundamentam a obrigatoriedade jurídica das normas advindas de tratados, costumes, princípios gerais de direito, atos unilaterais de estados, decisões de organizações internacionais e de instâncias jurisdicionais. A jurisprudência internacional e doméstica não deve ser considerada fonte de Direito Internacional, sendo apenas meio auxiliar na interpretação do direito. As decisões jurisdicionais, por sua vez, na medida em que criam obrigações, cuja violação acarreta responsabilidade

142 LEGALE, Siddharta Ferreira. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: Carmen Tirburcio. (Org.). *Direito Internacional – Coleção 80 anos da UERJ*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 543-570. OST, François e KERCHOVE, Michel van de. *De La pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production Du droit*. R.I.E.J. 44, 2000.

internacional, devem ser consideradas fontes de obrigações e, portanto, de Direito Internacional.

O *pacta sunt servanda* fundamenta os tratados internacionais e, indiretamente, as decisões de organizações internacionais e as decisões jurisdicionais, uma vez que estas são obrigatórias nos termos dos tratados constitutivos das organizações internacionais de que emanam as decisões, bem como dos estatutos dos tribunais e dos compromissos arbitrais e judiciais correspondentes.

A norma *consuetudo est servanda*, por sua vez, confere fundamentação ao costume internacional e aos princípios gerais de direito. Não parece bastar, contudo, para fundamentar a obrigatoriedade dos atos unilaterais dos estados[143]. De acordo com Thirlway[144], parece haver um *servandum* de base unilateral, para além do *pactum* e do *consuetudo*. Trata-se do princípio *acta sunt servanda*[145], que fundamenta a obrigatoriedade dos atos unilaterais expressos publicamente e acompanhados da vontade de se obrigar. Esses atos unilaterais, conforme jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, criam direitos e obrigações e devem ser considerados fontes do Direito Internacional[146].

143 Ainda que autores como Celso Mello entendam que sim. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 303.

144 THIRLWAY, Hugh. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 51.

145 GOODMAN, Camille. *Acta Sunt Servanda?* A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law. *Australian Yearbook of International Law*, n. 47, 2006.

146 No caso Testes Nucleares, a Corte Internacional de Justiça afirmou: "It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding. In these circumstances, nothing in the nature of a quid pro quo, nor any subsequent acceptance of the declaration, nor even any reply or reaction from other States, is required for the declaration to take effect, since such a requirement would be inconsistent with the strictly unilateral nature of the juridical act by which the pronouncement by the State was made". INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Nuclear Tests

São três, portanto, as normas estruturais fundamentais: *pacta sunt servanda, consuetudo est servanda* e *acta sunt servanda*. Essas normas fundamentam todas as demais normas de Direito Internacional e identificam as fontes do Direito das Gentes. Elas não especificam, contudo, os modos pelos quais essas normas serão produzidas, papel que cabe a outro tipo de norma estrutural.

1.2.1.2 *Normas processuais*

O que Norberto Bobbio convencionou chamar "normas de estrutura" são tratadas aqui como uma espécie de norma constitucional estrutural, a que se denomina *normas processuais*. Trata-se de normas que regulamentam o processo legislativo internacional. É o caso dos princípios basilares do direito dos tratados, como o do livre consentimento e o da boa-fé. É o caso, ainda, do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que consagra a teoria dos dois elementos quanto à formação das normas costumeiras internacionais. Para usar as palavras do jurista italiano, essas normas

> *Podem ser consideradas como normas para a produção jurídica: ou seja, normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam um comportamento, mas regulam o modo de regular um comportamento; ou, mais precisamente, o comportamento que elas regulam é aquele de produzir regras*[147].

(New Zealand *vs* France), Judgment. *ICJ Reports*. The Hague: 1974, p. 457, §46. Também no caso do templo de Preah Vihear a Corte considerou que um ato unilateral, nesse caso tácito, poderia criar direitos e obrigações. Na ocasião, a Tailândia silenciara após receber um mapa do Camboja que incluía em seu território referido templo. Havendo conhecimento do fato, existindo interesse jurídico e tendo expirado um prazo razoável, a Corte interpretou essa conduta da Tailândia como um reconhecimento tácito da configuração territorial. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia *vs* Thailand), Merits, Judgment of 1.5 June 1962. *ICJ Reports*. The Hague: 1962, p. 6.

147 BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 196.

As normas constitucionais processuais não incluem toda e qualquer norma relacionada ao processo legislativo. Não são todas as normas de direito dos tratados, por exemplo, que se caracterizam como constitucionais. Apenas as normas gerais, de natureza principiológica, devem ser consideradas constitucionais processuais. É o caso do princípio do livre consentimento. Essa norma geral determina a entrada em vigor de um tratado, regulamenta o instituto das reservas, da denúncia, da nulidade, da extinção e da suspensão da execução de tratados. Se houver, por exemplo, um vício no consentimento do estado, como ocorre nos casos de erro, dolo, corrupção ou coação, o tratado será nulo[148]. Da mesma forma, por vontade unânime das partes ou por celebração de novo tratado sobre o mesmo tema, extingue-se o tratado anterior[149]. A cláusula *rebus sic stantibus* igualmente tem fundamento do princípio constitucional do livre consentimento: havendo uma mudança fundamental nas circunstâncias que determinaram o consentimento do estado, o tratado pode ser extinto[150].

O princípio da boa-fé é outro exemplo de norma constitucional processual. Ele determina as formas de aplicação e de interpretação dos tratados, as causas de nulidade de tratados e os efeitos dessa nulidade. A conduta de má-fé de um estado contratante dá ensejo à nulidade do tratado. É o que ocorre quando se age com dolo, ou quando se corrompe ou coage um representante de um estado, quando se coage o próprio estado, ou, ainda, quando se explora uma restrição específica no poder de um negociador para celebrar um tratado, estando ciente dessa

148 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969, artigos 48 a 52.

149 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969: artigos 57 e 59.

150 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969, artigo 62.

limitação[151]. Além disso, nos casos em que a nulidade do tratado se dá por um vício de consentimento sem que tenha havido má-fé, como ocorre nos casos de erro, os atos praticados de boa-fé são preservados, mesmo após a declaração de nulidade do tratado, que possui efeitos *ex tunc*[152]. O princípio da boa-fé é, portanto, norma geral que orienta os institutos de direito dos tratados. É norma constitucional processual.

Em seu curso na Academia da Haia de Direito Internacional, Herman Mosler afirma que qualquer comunidade, por mais desorganizada que possa ser, deve ter uma regra constitucional essencial, na ausência da qual não seria mais que um conjunto de indivíduos. Trata-se da norma por meio da qual o direito é criado[153]. Apesar de não oferecer exemplos, o autor claramente se refere às normas aqui denominadas fundamentais. Além disso, prossegue Mosler, é necessário que haja, por mais rudimentares que possam ser, normas que prescrevam os procedimentos adequados para a alteração de normas jurídicas. De acordo com o autor, desde tempos remotos, existem esses elementos constitucionais na comunidade internacional, como o princípio do livre consentimento para a criação de normas[154]. Mosler se refere às normas aqui denominadas processuais.

1.2.1.3 *Normas subjetivas*

As normas constitucionais subjetivas dizem respeito aos sujeitos de Direito das Gentes. Elas subdividem-se em (i) subjetivas propriamente ditas, que identificam os sujeitos de Direito

151 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969, artigos 49, 50, 51, 52 e 47, respectivamente.

152 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969, artigo 69 (2) (b).

153 MOSLER, Hermann. The international society as a legal community. *Recuiel des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 140, IV, 1974, p. 32.

154 MOSLER, Hermann. The international society as a legal community. *Recuiel des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 140, IV, 1974, p. 32.

Internacional e (ii) intersubjetivas, que regulam as relações desses sujeitos entre si.

A norma subjetiva propriamente dita por excelência é o princípio da soberania. De acordo com Ian Browlie, a soberania representa a doutrina constitucional essencial do Direito das Gentes[155]. É ela que determina serem os estados os sujeitos primários e plenos de Direito Internacional[156]. Igualmente, é ela que, em última instância, confere personalidade jurídica aos demais sujeitos de Direito das Gentes.

Com efeito, todos os demais sujeitos têm personalidade jurídica internacional derivada da e limitada à vontade dos estados. As organizações internacionais, por exemplo, não são dotadas de todas as capacidades jurídicas internacionais, como os estados; gozam apenas das capacidades que lhe forem atribuídas explícita ou implicitamente pelos estados em seu tratado constitutivo, com base no princípio da especialidade[157]. Uma organização internacional apenas será sujeito de direito quando seus estados-membros tenham tencionado "investi-la das competências necessárias para o exercício efetivo de suas funções"[158]. Sua personalidade jurídica deriva, portanto, da personalidade dos estados. Suas capacidades jurídicas também são limitadas. Para verificar as capacidades de que goza uma organização

155 "The sovereignty and equality of states represent the basic constitutional doctrine of the law of nations, which governs a community consisting primarily of states having a uniform legal personality". BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 289.

156 CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 71.

157 "International organizations are subjects of international law which do not, unlike States, possess a general competence. International organizations are governed by the 'principle of speciality', that is to say, they are invested by the States which create them with powers, the limits of which are a function of the common interests whose promotion those States entrust to them". INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion. *ICJ Reports*. The Hague: 1996, p. 66, § 25.

158 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Reparação de Danos sofridos a serviço das Nações Unidas, Parecer Consultivo, 11 de abril de 1949, p. 179.

internacional, é necessário identificar o objetivo e a finalidade de seu tratado fundador, a fim de se determinar quais capacidades os estados intencionaram conceder-lhe. Da mesma forma, ainda que em extinção, a eventual personalidade jurídica de movimentos de libertação nacional, de beligerantes ou de insurgentes só ocorre quando o grupo é reconhecido por algum estado soberano. Sua personalidade jurídica será limitada a esse reconhecimento, vale dizer, será dependente e derivada da vontade dos estados.

A personalidade jurídica dos indivíduos não é diferente. Ainda no século XXI há quem defenda que os indivíduos não gozam de personalidade jurídica internacional[159]. Embora esse entendimento fosse majoritário há um século, atualmente, parece evidente que o indivíduo se enquadra na definição de sujeito de Direito das Gentes adotada pela Corte Internacional de Justiça[160]. O ser humano não apenas possui direitos na esfera internacional, previstos em diversos tratados de direitos humanos, como os pactos de 1966, mas também possui deveres e pode ser responsabilizado internacionalmente por certos crimes, como demonstra o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Além disso, os indivíduos têm acesso direto a diversos tribunais internacionais, como a Corte Centro-Americana de Justiça, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. É bem verdade, contudo, que os indivíduos não têm capacidade para criar normas jurídicas internacionais, e quem lhes atribui direitos e obrigações são os estados. Isso significa que a

159 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 188.

160 No caso Reparação de Danos sofridos a serviço das Nações Unidas, a Corte Internacional de Justiça entendeu que um sujeito de Direito Internacional é uma organização que "tem a capacidade de ser titular de direitos e deveres internacionais, com capacidade de fazer prevalecer os seus direitos através de reclamação internacional". No original: "a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et qu'elle a capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Reparação de Danos sofridos a serviço das Nações Unidas, Parecer Consultivo, 11 de abril de 1949, p. 179.

personalidade jurídica dos indivíduos é derivada da vontade dos estados e é, ao mesmo tempo, limitada por ela.

Dessa forma, os indivíduos não têm as mesmas capacidades jurídicas internacionais. Estas dependem, em verdade, dos regimes jurídicos disponíveis a eles, criados com base na vontade dos estados. A capacidade postulatória do ser humano, por exemplo, existe nos sistemas europeu e africano de proteção aos direitos humanos, mas não no sistema americano. Em realidade, a personalidade e as capacidades jurídicas internacionais do indivíduo dependem e derivam da vontade dos estados. Em última instância, constituem-se a partir do princípio da soberania.

É bem verdade que os estados são formados por indivíduos e devem atuar em benefício do ser humano. Em seu voto separado no Parecer Consultivo sobre a Declaração Unilateral de Independência do Kosovo, Cançado Trindade afirma que os "estados existem para os seres humanos, e não o contrário"[161]. De fato, os estados são criações dos seres humanos, constituídos para atuar em favor deles. De forma mais matizada, contudo, é possível afirmar que os estados foram criados pelas famílias, pelos estamentos ou pelas classes política e economicamente dominantes dentro de certo espaço geográfico, em benefício dessas famílias, desses estamentos ou dessas classes, e, em raras ocasiões, em benefício de toda a população. Ainda que o indivíduo, gradativamente, ganhe terreno no plano internacional, eles não são os sujeitos originários de Direito Internacional, e sua capacidade jurídica de ação ainda depende dos estados.

Por mais que o ser humano devesse ser o centro de qualquer sistema normativo, o Direito Internacional ainda se constitui

161 "States exist for human beings and not vice-versa". TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Voto separado. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion. *ICJ Reports*. The Hague: 2010, p. 403, §239.

subjetivamente pela *raison d'État*, vale dizer, pelo princípio estrutural subjetivo da soberania dos estados. Dessa forma, ainda que o indivíduo seja sujeito de direitos e obrigações internacionais, o é tão somente porque os estados resolveram atribuir-lhe esses direitos e obrigações.

O princípio da soberania é parte do que Lasalle denominaria "constituição real", determinada pelos "fatores reais de poder"[162]. Ainda que os estados sejam, em última análise, compostos por indivíduos, e por mais que toda a ciência jurídica decorra do intelecto humano e deva ter o bem-estar do indivíduo como finalidade primordial, nas relações internacionais, são os estados que determinam os fatores reais de poder e que, portanto, gozam de direitos e assumem obrigações. Em Direito Internacional, apenas os estados são soberanos[163].

Por fim, as normas estruturais intersubjetivas são normas constitucionais que regulam as relações entre os sujeitos de Direito Internacional, em particular, as relações entre os estados. O princípio da igualdade soberana é o mais notável nesse sentido. Ele determina, por exemplo, a distribuição das jurisdições entre os estados[164]. Como reconheceu a Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso Lótus, a jurisdição é eminentemente territorial, sendo certo que, se por um lado, não se presumem limitações ao exercício da jurisdição estatal em seu próprio território, por outro lado, por força do princípio da igualdade soberana, "a limitação primordial que o Direito Internacional impõe ao estado é a de excluir – salvo regra

162 LASALLE, Ferdinand. Que é uma constituição? São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 30.

163 "One principle upon which there seems to be universal agreement is that sovereignty is an attribute of statehood, and that only sates can be sovereign". HANNUM, Hurst. *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996, p. 15.

164 CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 49.

permissiva em contrário – qualquer exercício de sua jurisdição sobre o território de um outro estado"[165].

Marcelo Kohen vê no princípio da igualdade soberana uma "norma estrutural ou estruturante" da sociedade internacional[166]. Christian Tomuschat, em curso ministrado em 1993 na Academia da Haia de Direito Internacional, identificava a igualdade soberana como núcleo duro da constituição material da comunidade internacional. Verdadeira pedra angular da ordem jurídica internacional, essa norma faz parte da própria estrutura da comunidade de estados, da qual não se pode escapar[167]. O consentimento dos estados é, nesse sentido, irrelevante. Em realidade, o próprio poder legiferante do consentimento decorre da igualdade soberana. Essa norma encontra-se na base do sistema jurídico internacional. Os estados não têm de consentir com ela. Trata-se de norma constitucional estrutural.

Também a vedação à intervenção em assuntos internos dos estados é norma estrutural intersubjetiva. A norma regula não apenas as relações entre os estados, mas também entre estes e organizações internacionais. O artigo 2(7) da Carta da ONU, por exemplo, determina que a organização não pode intervir em assuntos que dependam exclusivamente da jurisdição dos estados, nem pode obrigá-los a submeter tais assuntos a uma solução.

165 Tradução do autor. No original: "la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État". CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Affaire du «Lotus» (França *vs* Turquia). Julgamento n. 9 de 2 agosto de 1926. *Recueil des Arrêts*, Série A, n. 10, p. 30.

166 "Le principe de l'égalité souveraine des Etats est ainsi un principe structurel (ou plutôt structurant) de la société internationale". KOHEN, Marcelo. Article 2 paragraphe 1. In: PELLET, Alain; FORTEAU, Mathias; COT, Jean-Pierre. *La Charte des Nations Unies Commentaire article par article*. Paris: Economica, 2005, p. 401.

167 "Sovereign equality lies at the heart of the constitution of the international community. No individual State can challenge that cornerstone of the international legal order". TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for States without or against their will. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 241, IV, 1993, p. 292.

Dessa forma, as organizações internacionais não devem interferir no domínio reservado dos estados. Além disso, não devem constrangê-los a solucionar suas questões internas de alguma forma específica. Isso não prejudica as decisões de organizações internacionais, as quais os estados se comprometeram a cumprir. Igualmente, o princípio da não intervenção não afeta decisões judiciais de tribunais cuja jurisdição os estados reconhecem. Um tribunal não pode, contudo, obrigar um estado a solucionar, na prática, uma controvérsia sem o seu consentimento prévio, como reconheceu a Corte Permanente de Justiça Internacional no caso Carélia Oriental[168].

1.2.1.4 *A perenidade das normas estruturais*

As normas estruturais não são estáticas, mas são rígidas. Alterar a própria estrutura do Direito Internacional é possível, mas é um processo lento e gradual. Durante muito tempo, os estados foram considerados, salvo exceções *sui generis*, como a Santa Sé e a Ordem de Malta, os únicos sujeitos de Direito das Gentes. A emenda dessa estrutura foi demorado processo constitucional, que culminou, ao longo do século XX, com o reconhecimento da personalidade jurídica das organizações internacionais e do ser humano. A Corte Internacional de Justiça reconhece que a natureza e a extensão da personalidade jurídica internacional dos mais diversos sujeitos de Direito das Gentes varia conforme as necessidades da comunidade internacional, a depender da quadra histórica de seu desenvolvimento:

> *Os sujeitos de direito, em um sistema jurídico, não são necessariamente idênticos quanto à sua natureza ou quanto à extensão de seus direitos; e sua natureza depende*

168 CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *O* status *da Carélia Oriental*. Opinião Consultiva de 23 de julho de 1923. Série B, n. 5.

> *das necessidades da comunidade. O desenvolvimento do Direito Internacional, ao longo de sua história, tem sido influenciado pelas exigências da vida internacional e o aumento progressivo das atividades coletivas dos estados já fez surgir exemplos de ações exercidas no plano internacional por certas entidades que não os estados*[169].

Dessa forma, o reconhecimento de novos sujeitos de Direito Internacional é possível, mas depende de alterações na própria identidade política da comunidade internacional, conforme se modifiquem as necessidades da vida internacional. O reconhecimento das empresas como sujeitos de Direito das Gentes, por exemplo, deverá se consolidar ao longo do século XXI[170]. Uma alteração na estrutura da sociedade internacional é possível, mas depende de demorado processo de reforma constitucional.

Dentro do que se conhece, desde o século XVIII, por Direito Internacional[171], as normas constitucionais estruturais não estão sujeitas a revogação. O *pacta sunt servanda* e as demais normas fundamentais, por exemplo, não podem ser revogadas, sob pena de desaparecimento do próprio direito. Da mesma forma, o princípio da igualdade soberana só poderá ser colocado em xeque, como reconhece Marcelo Kohen, no dia em que os estados deixarem

169 Tradução do autor. No original: "Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits ; et leur nature dépend des besoins de la communauté. Le développement du droit international, au cours de son histoire, a été influencé par les exigences de la vie internationale, et l'accroissement progressif des activités collectives des États a déjà fait surgir des exemples d'action exercée sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des États". COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif. *CIJ Recueil* 1949, p. 174, p. 178.

170 Para Shaw, as corporações transnacionais são fortes candidatas à personalidade jurídica internacional. SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 249.

171 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 79.

de ser os principais sujeitos de Direito Internacional[172]. Apenas em outra estrutura jurídica mundial é possível conceber o direito sem as referidas normas estruturais. Pode chegar o dia em que os estados deixem de ser soberanos; em que deixem de ser, portanto, as mais relevantes formas de organização humana e deixem de determinar os "fatores reais de poder" nas relações internacionais. Esse futuro remoto, contudo, não será regido pelo que atualmente se conhece por Direito Internacional Público, originado a partir dos trabalhos dos "pais fundadores" da disciplina nos séculos XVI e XVII. Tratar-se-á de um Direito Pós-Internacional, de um novo *jus inter gentes* ou um novo *jus gentium*, pautado por outra lógica e fundado em outra estrutura, e, consequentemente, em outras normas constitucionais estruturais.

O que pode acontecer é uma mudança na interpretação dessas normas estruturais, ou de sua regulamentação. Enquanto normas gerais, sua aplicabilidade pode variar. Por exemplo, a forma de se conceber a soberania dos estados mudou muito ao longo das últimas décadas. Atualmente, o fato de um indivíduo poder mover ação diretamente em um tribunal internacional em face de um estado não é entendido como uma violação à soberania do estado; tampouco o é a atribuição de competências típicas de um ente soberano, como a política monetária, a uma organização supranacional, como a União Europeia. Ainda que muitos tratem do tema como um caso de "cessão de soberania", não se trata de mais do que uma simples atribuição de competências a um organismo internacional. De todo modo, todos estão de acordo em que o estado não deixa de ser soberano ao ingressar na zona do euro.

172 KOHEN, Marcelo. Article 2 paragraphe 1. In : PELLET, Alain; FORTEAU, Mathias; COT, Jean-Pierre. *La Charte des Nations Unies Commentaire article par article.* Paris: Economica, 2005, p. 415.

Igualmente, a interpretação quanto ao domínio reservado dos estados e o princípio da não intervenção em assuntos internos sofreu substancial alteração ao longo do século XX. No início do século, os direitos humanos, por exemplo, faziam parte do domínio reservado dos estados, e não cabia aos estados estrangeiros intervir na matéria[173]. Após gradual mudança de percepção, em 1945, os direitos humanos saíram definitivamente do domínio reservado dos estados. À época, contudo, a interpretação majoritária acerca do princípio da não intervenção ditava que a Organização das Nações Unidas não poderia investigar a situação dos direitos humanos dentro dos estados. A Comissão de Direitos Humanos, portanto, limitava-se a realizar estudos, relatórios e projetos de tratados internacionais. Em 1967, contudo, essa interpretação mudou, e a mesma Comissão passou a publicar relatórios periódicos sobre a situação dos direitos humanos em diversos países. O princípio da não intervenção não foi revogado, nesse caso; ele apenas passou a ser aplicado de modo diverso, a partir de nova interpretação majoritária. O mesmo acontece com todas as demais normas estruturais.

Dentro da estrutura que o Direito Internacional apresenta desde sua constituição pelos "pais fundadores" do século XVI e XVII, as normas constitucionais estruturais não podem ser revogadas. Podem, no máximo, ser reinterpretadas, ou, enquanto normas gerais, ser regulamentadas de modo distinto. Dentro da atual estrutura da comunidade internacional dos estados, contudo, elas não podem deixar de existir, porque são elas que constituem a própria estrutura.

173 "In the nineteenth century, the positivist doctrines of state sovereignty and domestic jurisdiction reigned supreme. Virtually all matters that today would be classified as human rights issues were at thae stage universally regarded as within the sphere of national jurisdiction". SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 270.

1.2.2 A Carta da ONU como carta constitucional

Alguns autores consideram a Carta das Nações Unidas como a constituição formal do Direito Internacional Geral. Para Alfred Verdross, já o Pacto de sua predecessora, a Sociedade das Nações, podia ser considerado uma constituição em sentido formal. Para o autor, tratava-se da primeira tentativa de se organizar a comunidade internacional[174]. Também o juiz Padilla Nervo, em seu voto separado no caso Namíbia, afirma ter o Pacto da Liga natureza constitucional[175].

O papa Bento XV, em sua mensagem de 1917, já propunha um plano de "paz justa e duradoura", que visava não apenas ao fim da guerra, mas também à consolidação de uma nova ordem de paz nas relações internacionais[176]. Um ano e meio depois, Woodrow Wilson, imbuído do "excepcionalismo moral dos Estados Unidos, de dimensão universal"[177], cunhou seus famosos 14 pontos, entre os quais se encontrava a constituição de uma sociedade geral de nações. Wilson estava convencido de que a política externa das democracias era moralmente superior, porque os povos são

174 "El Pacto fundacional, de 26 artículos, que abarca la sección I de los tratados de paz de 1919, constituye el primer intento de *organización* de la comunidad internacional. Y fue, en realidad, la primera constitución de la comunidad internacional en sentido *formal*". VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico.* Madrid: Lege Aguilar, 1974, p. 427.

175 "The Covenant is in the nature of a constitutional legal instrument". NERVO, Padilla. Separate Opinion. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). *ICJ Reports.* The Hague: 1971, p. 93.

176 VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico.* Madrid: Lege Aguilar, 1974, p. 42.

177 KISSINGER. *Diplomacy.* New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2002, p. 46. O excepcionalismo moral dos estados é dogma alimentado na retórica oficial do país. Barack Obama, por exemplo, defendeu-o em seu discurso na academia militar estadunidense, em 28 de maio de 2014: "I believe in American exceptionalism with every fiber of my being". OBAMA, Barack. Remarks by the President at the United States Military Academy Commencement Ceremony. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/05/28/remarks-president-united-states-military-academy-commencement-ceremony>. Acesso em: 5 jun. 2016. Sóbria exceção pode ser encontrada em BENDER, Thomas. *A nation among nations.* New York: Hill and Wang, 2006.

naturalmente amantes da paz[178]. Dessa forma, era preciso difundir a democracia pelo mundo, para que a diplomacia secreta desse lugar aos clamores da opinião pública, e, assim, a força das armas fosse substituída por uma nova diplomacia, baseada na mesma moral que se exigia dos indivíduos. Tratava-se de substituir o sistema europeu de balança de poder pelo sistema de segurança coletiva, que teria grandes nações democráticas como garantes.

Essa nova organização da comunidade internacional seria realizada, de acordo com Verdross, por meio de uma constituição formal, que se somaria às normas estruturais, de origem consuetudinária[179]. Diante da falta de sucesso da Liga das Nações em manter a paz e a segurança internacionais, e ao fim da segunda grande guerra a que a Europa arrastou o mundo, nova tentativa de organização da comunidade internacional foi empreendida, com vistas a livrar as gerações futuras do flagelo da guerra. Mais uma vez, essa organização se deu sob os auspícios de documento constitucional.

Também para Bardo Fassbender, a Carta da ONU seria uma constituição em sentido formal[180]. Para o autor, não haveria Direito Internacional Geral fora do escopo da Carta[181]. Como uma verdadeira constituição, a Carta das Nações Unidas seria,

178 KISSINGER. *Diplomacy*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2002, p. 46.

179 "La constitución de la comunidad universal de los Estados es de D.I. consuetudinário, completado por algunos tratados colectivos, como el pacto Kellog. Pero desde la creación de la S.D.N. y de la O.N.U., la comunidad internacional está dotada, además, de un documento constitucional, es decir, de una constitución en sentido formal". VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico.* Madrid: Lege Aguilar, 1974, p. 86.

180 FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as a Constitution of the International Community. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 36, 1998, p. 529-619.

181 "There is no room for a category of 'general international law' existing independently beside the Charter. Instead, the Charter is the supportive frame of all international law and, at the same time, the highest layer in a hierarchy of norms of international law". FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as a Constitution of the International Community. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 36, 1998, p. 585.

para Fassbender, o fundamento de validade de todo o Direito Internacional e, ao mesmo tempo, o documento de maior valor hierárquico no ordenamento jurídico internacional. Para ele, a comunidade internacional, reunida em assembleia, em 1945, encontrou-se dotada do poder de rejeitar total ou parcialmente qualquer norma internacional até então em vigor. É clara a analogia com um Poder Constituinte Originário, a princípio ilimitado para criar uma nova ordem constitucional.

Nesse contexto, Fassbender sustenta que normas constitucionais costumeiras e convencionais anteriores à Carta teriam sido incorporadas a ela, expressamente, como a proibição do uso da força, ou tacitamente, como o *pacta sunt servanda*. Normas ordinárias anteriores a São Francisco, como as normas costumeiras sobre Direito do Mar, teriam sido recepcionadas pela Carta. Normas constitucionais que eventualmente tenham surgido posteriormente à criação da ONU poderiam ser consideradas constitucionais à medida que desenvolvessem progressivamente o direito constitucional previsto na Carta. Essas seriam normas constitucionais de natureza acessória, porque simplesmente complementariam os dispositivos da Carta[182].

Essa concepção é exagerada. A Carta da ONU não é a constituição formal da comunidade internacional. Os trabalhos preparatórios da Conferência de São Francisco revelam que os estados intencionavam sim reorganizar a comunidade internacional. Criaram, para tanto, normas materialmente constitucionais. Formalmente, contudo, a Carta da ONU é um tratado multilateral, como reconhece a Corte Internacional de Justiça[183].

182 FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as a Constitution of the International Community. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 36, 1998, p. 588.

183 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2 of the Charter). Advisory Opinion of 20 July 1962. *ICJ Reports*. The Hague: 1962, p. 157.

A Carta tampouco comporta todo o Direito Internacional. Sendo formalmente um tratado internacional, a ela são aplicadas as regras sobre direito dos tratados, entre elas, as regras de interpretação de tratados, como tem reconhecido a Corte Internacional de Justiça[184]. Além disso, no Caso Nicarágua, a Corte Internacional de Justiça reconheceu que duas normas de conteúdo idêntico podem subsistir, mesmo que advenham de fontes diferentes. Segundo a Corte, essas normas, conservam sua existência distinta[185]. No caso, a Corte considerou que a proibição do uso da força não advém apenas da Carta da ONU, mas também do costume internacional, verdadeiro Direito Internacional Geral subsistente fora do escopo da Carta de São Francisco.

Tampouco há de se sustentar que a Carta tenha supremacia hierárquica em Direito Internacional. Com efeito, o documento constitutivo das Nações Unidas, bem como as decisões vinculantes do Conselho de Segurança, goza de hierarquia superior, por força do artigo 103 da Carta. As normas de *jus cogens*, contudo, gozam de hierarquia ainda superior à da Carta e das resoluções do Conselho de Segurança. Estas podem, portanto, ser objeto de controle de legalidade, tendo como parâmetro as normas de *jus cogens*, como já reconhecido pela Câmara de Apelação do Tribunal Penal *ad hoc* para

184 "On the previous occasions when the Court has had to interpret the Charter of the United Nations, it has followed the principles and rules applicable in general to the interpretation of treaties, since it has recognized that the Charter is a multilateral treaty, albeit a treaty having certain special characteristics". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2 of the Charter). Advisory Opinion of 20 July 1962. *ICJ Reports*. The Hague: 1962, p. 157.

185 "De nombreuses raisons conduisent à considérer que, même si deux normes provenant des deux sources du droit international apparaissent identiques par leur contenu, et même si les Etats considérés sont liés par les règles en question sur les deux plans conventionnel et coutumier, ces normes conservent une existence distincte. Il en est ainsi du point de vue de leur applicabilité". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, de 26 de junho de 1986, §178.

a ex-Iugoslávia, no caso Tadic[186], em decisão de 1998, e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Kadi-I, em decisão de 2005[187].

De todo modo, é inegável que a Carta da ONU tem características constitucionais, uma vez que resguarda direitos fundamentais da comunidade internacional e distribui um sistema de governança[188]. Ela é parte integrante do bloco de constitucionalidade do Direito Internacional e seus dispositivos são verdadeiras normas materialmente constitucionais. Celebrada em "momento constitucional", a Carta da ONU não apenas possui vocação universalista,[189] mas também consolida hierarquia normativa internacional, inaugura lógica jurídica de subordinação e vincula terceiros estados a seus princípios.

De acordo com Otávio Augusto Drummond Cançado Trindade, a Carta da ONU foi celebrada em "momento constitucional"[190]. Os delegados reunidos em São Francisco, cuja alusão a um Poder Constituinte Originário foi feita pelo próprio anfitrião, Harry Truman, redefiniram os valores fundamentais da comunidade internacional e delinearam os marcos jurídico-institucionais de limitação do poder estatal. Depois do trauma da Segunda Guerra

186 ICTY, *Prosecutor vs Dusko Tadic*, IT-94-1-A-R77.

187 COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, caso T-315.01, sentença de 21 de setembro de 2005.

188 SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 250, VI, 1994, p. 261. MOSLER, Hermann. The international society as a legal community. *Recuiel des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 140, IV, 1974, p. 32. TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for States without or against their will. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 241, IV, 1993, p. 236. DUPUY, Pierre-Marie. The constitutional dimension of the Charter of the United Nations Revisited, *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, n. 1, 1997, p. 1-33.

189 Entre Dumbarton Oaks e São Francisco, o Chile sugeriu que a então nascitura organização das Nações Unidas fosse denominada "Comunidade Internacional".

190 TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. *A Carta das Nações Unidas uma leitura constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 113.

Mundial, os estados abdicaram de seu tradicional *jus ad bellum*, em benefício da paz internacional. Consolidou-se um verdadeiro *jus contra bellum*, em que o monopólio da força pertence à ONU, que atua por meio de seu Conselho de Segurança. Os estados, apenas excepcional e temporariamente, readquirem seu *jus ad bellum*, para fazer valer seu direito inerente à legítima defesa[191]. Os direitos humanos definitivamente saíram do domínio reservado dos estados. A Carta da ONU, indubitavelmente, deu início a uma nova ordem internacional. O ano de 1945, não por acaso, é marco na transição do Direito Internacional Clássico para o Direito Internacional Contemporâneo.

Uma das mais notáveis características constitucionais da Carta da ONU é sua universalidade[192], verdadeira relativização do voluntarismo no Direito Internacional. O art. 2(6) da Carta determina: "a Organização fará com que os estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais". As interpretações ao dispositivo podem variar de uma análise mais literal, pela qual estados não membros estariam vinculados apenas pelos princípios elencados no art. 2º e apenas no que disser respeito à manutenção da paz e da segurança internacional, até uma interpretação extensiva, pela qual todos os estados estão vinculados por todos os dispositivos da Carta em todo

191 PEREIRA, Antônio Celso Alves. O recurso à força pelos estados e a legítima defesa no Direito Internacional Contemporâneo. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coord.) *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 10.

192 VITZTHUM, Wolfgan Graf. Art. 2(6). In: SIMMA, Bruno; MOSLER, Hermann; RANDELHOFER, Albrecht; TOMUSCHAT, Christian; WOLFRUM, Rüdiger. *The Charter of the United Nations a Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 142. PELLET, Alain; FORTEAU, Mathias; COT, Jean-Pierre. *La Charte des Nations Unies Commentaire article par article*. Paris: Economica, 2005, p. 482. ROTA, Marie; SOUTY, Vincent. Art. 2 §6. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Comentário à Carta das Nações Unidas*. Belo Horizonte: CEDIN, 2008, p. 120.

e qualquer caso[193]. De todo modo, a Carta da ONU efetivamente cria obrigações para terceiros estados, independentemente de seu consentimento. O artigo 2(6) difere-se muito do artigo 17 do Pacto da Liga das Nações, que simplesmente convidava estados não membros a se submeterem às obrigações do pacto.

Além de a própria Carta criar obrigações para terceiros estados, a prática do Conselho de Segurança revela que o órgão também cria, em suas resoluções, obrigações para estados não membros. Na resolução 277 de 1970, sobre a Rodésia do Sul, agindo sob a égide do capítulo VII da Carta, o Conselho dirigiu-se especificamente aos estados não membros, exigindo-lhes que cumprissem a resolução[194]. Na resolução 418, de 1977, o Conselho dirigiu-se a todos os estados, sem distinção, exigindo-lhes que não fornecessem material bélico para a África do Sul. Desde então, o Conselho costuma emitir resoluções vinculantes para todos os estados, ao dirigir-se a todos, sem exceção. O artigo 2(6) da Carta consiste, portanto, em clara exceção ao princípio do *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, consagrado no artigo 34 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual tratados não criam direitos e obrigações para terceiros estados sem o seu consentimento.

Além disso, a Carta da ONU prevê um sistema de emenda diferenciado, tipicamente constitucional. Os artigos 108 e 109 adotam o procedimento de maioria qualificada de dois terços dos membros, incluindo os membros permanentes do Conselho de Segurança, para a entrada em vigor de uma emenda à Carta. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969,

193 FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as a Constitution of the International Community. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 36, 1998, p. 584.

194 "The Security Council (...) Urges, having regard to the principle stated in article 2 of the Charter, States not members of the United Nations to act in accordance with the provisions of the present resolution".

prevê, em seu artigo 40, que os estados contrários à emenda não se vinculam pelo texto alterado do tratado, senão pelo texto anterior. Uma emenda constitucional, contudo, não pode ser aplicável apenas a alguns membros da comunidade. Dessa forma, confirmando a materialidade constitucional da Carta da ONU, o artigo 108 determina a entrada em vigor da emenda para todos os membros, inclusive os estados dissidentes no processo de alteração. Mesmo sendo manifestamente contrários ao novo texto, esses estados estarão vinculados por ele.

É característica emblemática das constituições a superioridade normativa de seus dispositivos; nesse contexto, também se reveste de natureza constitucional a Carta da ONU. Seu artigo 103 cria verdadeira hierarquia de normas em Direito Internacional, superando o sistema horizontal, característico do Direito Internacional Clássico[195]. Sua redação em muito se difere do artigo 20 do Pacto da Liga das Nações[196]. Não se trata de simples cláusula de desincompatibilização, comum a muitos tratados internacionais. Trata-se, em verdade, da consagração da hierarquia normativa da Carta da ONU. Uma interpretação simplesmente gramatical do dispositivo poderia levar a crer que a Carta prevalece tão simplesmente sobre outros tratados internacionais. Não prevaleceria, contudo, sobre normas de origem diversa, como as costumeiras e as principiológicas. É o que defende, por exemplo, o juiz Rezek, no voto dissidente nas exceções preliminares do

195 Carta da ONU, art. 103: "No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outroacordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta".

196 Pacto da Liga das Nações, "Art. 20. Os membros da Sociedade reconhecem, cada um no que o concerne, que o presente Pacto ab-roga as obrigações ou acordos inter se incompatíveis com seus termos e comprometem-se solenemente a não contrair semelhantes acordos ou obrigações para o futuro. Se antes de sua entrada na Sociedade, um membro assumiu obrigações incompatíveis com os termos do Pacto, deverá tomar medidas imediatas para delas se libertar".

Caso Lockerbie[197]. No entanto, se não existe hierarquia entre as fontes de Direito Internacional, as normas originadas de tratados e de costumes têm, a princípio, a mesma hierarquia normativa. Sendo a Carta superior às normas convencionais ordinárias, o será também com relação às normas consuetudinárias ordinárias. Essa interpretação extensiva do artigo 103 é, de fato, a que melhor respaldo encontra entre os internacionalistas[198].

Além disso, o artigo 103 não trata simplesmente da prevalência da Carta sobre demais normas internacionais. O dispositivo determina que prevalecerão sobre as normas ordinárias as "obrigações decorrentes da Carta". Isso significa que outras normas advindas da Carta, como as previstas em resoluções vinculantes do Conselho de Segurança, também são hierarquicamente superiores em Direito Internacional. Essa superioridade normativa das resoluções do Conselho leva ao questionamento sobre se o órgão estaria acima da lei, se seria um *legibus solutus*. Não é o caso, contudo. Como analisado, a Carta da ONU e as resoluções do Conselho de Segurança gozam de superioridade, não de supremacia normativa. Podem ser objeto de controle de legalidade, tendo como parâmetro as normas de *jus cogens*[199]. Além disso, resoluções

197 De acordo com Rezek, «L'article 103 de la Charte est une règle de solution de conflit entre traités: il présuppose avant tout l'existence d'une opposition entre la Charte des Nations Unies et un autre engagement conventionnel. Il résout le conflit en faveur de la Charte, sans égard à la chronologie des textes. Mais il n'entend pas opérer au détriment du droit international coutumier et moins encore au préjudice des principes généraux du droit des gens». Opinion Individuelle de M. Rezek. Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etas-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt. *CIJ Recueil* 1998, p. 115.

198 "It seems sound to join the prevailing opinion that Article 103 should be read extensively – so as to affirm that charter obligations prevail also over United Nations Member States' customary law obligations". KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law.* Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 April 2006, § 345.

199 AZIZ, Saliba. *Conselho de Segurança da ONU Sanções e limites jurídicos.* Curitiba: Juruá, 2009, p. 132.

adotadas *ultra vires,* de modo incompatível com a Carta da ONU, não são vinculantes, pois não têm força jurídica[200].

Não apenas as obrigações advindas de resoluções do Conselho de Segurança prevalecem sobre as demais obrigações internacionais, nos termos do artigo 103. Todos os deveres criados a partir de decisões vinculantes de qualquer órgão da ONU prevalecem. É o caso das decisões da Corte Internacional de Justiça e dos tribunais *ad hoc* criados na década de 1990 como órgãos subsidiários do Conselho de Segurança, para julgar as atrocidades cometidas na ex-Iugoslávia e em Ruanda. O Tribunal Penal Internacional chega mesmo ao exagero de afirmar que obrigações decorrentes de mandados de prisão emitidos por seu procurador, a partir de situação remetida ao tribunal pelo Conselho de Segurança, prevaleceriam, por exemplo, sobre a obrigação de se respeitar a imunidade de chefes de estado em exercício[201]. Ocorre que não existe relação direta entre o envio de uma situação pelo Conselho e o início de um caso pelo procurador. O Conselho de Segurança apenas chama a atenção para uma situação em que se supõe haja ocorrido algum dos crimes da jurisdição do tribunal. O procurador, por sua vez, é independente; cabe a ele decidir se dá início a algum caso relacionado à situação.

O "sistema de governança" instituído pela Carta é uma de suas mais importantes características constitucionais. Dada a universalidade e primazia do documento, trata-se de verdadeira distribuição de competências a nível universal. A Carta institui instâncias legislativas, executivas e judiciárias em âmbito internacional. A Corte Internacional de Justiça, por exemplo,

200 KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law.* Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 April 2006, § 331.

201 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Situation in Darfur, Sudan (the prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al Bashir).* Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court. Pre-Trial Chamber II. Decisão de 9 de abril de 2014, §§30-31.

é órgão judiciário de ampla competência *ratione materiae*, que se encontra à disposição dos estados para a solução de qualquer controvérsia jurídica. O Conselho de Segurança, por sua vez, é verdadeiro órgão legiferante e executório. Emite resoluções vinculantes para os estados em geral e tem poderes para executar, por exemplo, decisões da Corte Internacional de Justiça, nos termos do artigo 94 da Carta. O sistema de governança criado conta ainda com um plenário global, verdadeiro parlamento democrático da humanidade, consubstanciado na Assembleia Geral, e com estrutura administrativa, representada pelo Secretariado. As Nações Unidas podem até mesmo realizar uma administração direta de território, como *de iure* previsto no sistema de tutela, ou como *de facto* ocorrido no Kosovo e no Timor Leste, por meio de missões de paz de terceira geração criadas pelo Conselho de Segurança, a UNMIK e a UNTAET[202].

O sistema de governança instituído pela ordem constitucional das Nações Unidas não é perfeito. A Corte Internacional de Justiça não possui jurisdição compulsória sobre os estados-membros da organização, e não há um sistema formal de "freios e contrapesos" entre os seis principais órgãos da ONU. Se, por um lado, as resoluções do Conselho de Segurança podem ser objeto de controle de legalidade, não existe, por outro lado, um procedimento formal de revisão judicial dessas resoluções perante a Corte Internacional de Justiça[203], que não pode realizar análise de sua legalidade senão de modo incidental[204].

Não há dúvida, de todo modo, que o sistema de governança estipulado pela Carta da ONU organiza institucionalmente a comunidade internacional, sendo, dessa forma, o elemento

202 TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. *A Carta das Nações Unidas uma leitura constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 203.

203 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Namibia Case. *ICJ Reports.* The Hague: 1971, p. 45.

204 AZIZ, Saliba. *Conselho de Segurança da ONU Sanções e limites jurídicos.* Curitiba: Juruá, 2009.

constitucional mais marcante do documento. O Direito regula as relações sociais, mas também é influenciado por elas. Não se poderia presumir, portanto, que a constituição da sociedade internacional seria alheia a seu caráter descentralizado.

Seria exagerado considerar a Carta da ONU como uma constituição em sentido formal. Em sua forma, ela é um tratado multilateral. Sua matéria, contudo, é constitucional. A Carta resguarda valores fundamentais da comunidade internacional, como a preservação da paz, e organiza um sistema de governança universal. Trata-se, claramente, de normas materialmente constitucionais, que compõem o bloco de constitucionalidade do Direito Internacional Geral.

1.2.3 As normas de *jus cogens* como normas constitucionais

Não é nova a ideia de normas aplicáveis à comunidade internacional como um todo, independentemente do consentimento específico de cada grupo político. Gomez Robledo, em seu curso na Academia da Haia de Direito Internacional, afirma que Francisco de Vitória já havia realizado a "profecia" quanto ao surgimento de uma comunidade universal, dotada de personalidade jurídica, fundada no direito natural. Tratava-se do *totus orbis* vitoriano[205].

Para Casella, Vitória, por mais que não fizesse uso da expressão *jus cogens*, claramente apontava seu conteúdo, ao reconhecer que nenhum estado se poderia desvincular do Direito das Gentes quando se trata de questões graves[206]. Efetivamente, há grande semelhança entre o direito natural dos clássicos do Direito das Gentes e do atual

205 ROBLEDO, Antonio Gomez. Le jus cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions. *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 189.

206 CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Medieval e Moderno até Vitória*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 610.

jus cogens. Também Suárez, Gentili e Grócio reconheciam a existência de normas peremptórias de direito natural[207]. Emer de Vattel, em seu clássico *The Law of Nations*, também reconhecia a existência de um "direito necessário", imutável, vinculante para todos os estados, com base no direito natural[208].

No direito romano, era comum distinguir-se as normas em peremptórias ou absolutas, denominadas normas de *jus publicum* ou *jus cogens*, e as normas de direito permissivo, denominadas *jus dispositivum*. As normas peremptórias limitavam a liberdade contratual dos indivíduos. Os sujeitos de direito, portanto, podiam criar direitos e obrigações *inter se* com base no direito do qual podiam dispor, o *jus dispositivum*. Deviam sempre, contudo, respeitar a moldura normativa estabelecida pelo *jus publicum*[209].

Diante do reconhecimento, desde a fundação do Direito Internacional, da existência de normas de direito natural ou de direito necessário, inderrogáveis, vinculantes para todos os estados, a ideia de limitação da liberdade contratual dos estados não é recente. Mesmo os positivistas do século XIX e do início do século XX, com raras exceções, aceitavam a existência desses limites, normalmente com base em princípios "universalmente" reconhecidos pelas autointituladas nações civilizadas.

Oppeiheim, por exemplo, afirma que as obrigações consuetudinárias relativas aos princípios universalmente reconhecidos de Direito Internacional não podem ser afastadas por tratados entre

207 ALEXIDZE, Levan. Legal nature of jus cogens in contemporary international law. *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 228.

208 "We call that the necessary law of nations which consists in the application of the nature to nations. It is necessary because nations are absolutely bound to observe it". VATTEL, Emer de. *The Law of Nations*. Indianapolis: Liberty Fund, 2008, p. 70.

209 ALEXIDZE, Levan. Legal nature of jus cogens in contemporary international law. *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 233.

os estados[210]. Paquale Fiori, por sua vez, chega a fundamentar a limitação do objeto jurídico lícito de um tratado nos preceitos da "moral e da justiça universal"[211].

Após a Revolução Russa, a doutrina soviética do Direito Internacional, que buscou dar origem a um novo tempo das relações interestatais, passou a reiterar a importância de algumas normas essenciais, como a da igualdade soberana entre os estados. Mesmo sem utilizar o *nomen iuris jus cogens*, os doutrinadores soviéticos defendiam que tratados claramente incompatíveis com essas normas básicas deveriam ser considerados nulos[212]. Era o caso dos tratados que instauravam regime de subordinação do tipo colonial. A União Soviética buscava democratizar o Direito Internacional, com base em mutação constitucional do princípio intersubjetivo da igualdade soberana.

No Ocidente, contudo, essa concepção apenas ganhou fôlego nas décadas de 1950 e 1960, com os trabalhos da Comissão de Direito Interacional sobre direito dos tratados. De acordo com Alexidze, a doutrina soviética exerceu papel primordial na consolidação do conceito de *jus cogens*, como aquele formado por normas cuja derrogação não seria possível pela vontade individual dos estados. Em

210 "It is a unanimously recognised customary rule of International Law that obligations which are at variance with universally recognised principles of International Law cannot be the object of a treaty. If, for instance, a State entered into a convention with another State not to interfere in case the latter should appropriate a certain part of the Open Sea, or should command its vessels to commit piratical acts on the Open Sea, such treaty would be null and void, because it is a principle of International Law that no part of the Open Sea can be appropriated, and that it is the duty of every State to interdict to its vessels the commission of piracy on the High Seas". OPPEIHEIM, LLD. *International Law a Treatise*. London: Longmans, 1905, p. 528.

211 "No state may by a treaty engage to do anything contrary to positive international law or to the precepts of morals or universal justice. No state may by treaty absolutely renounce its fundamental rights". FIORI, Pasquale. *International Law Codified*. New York: Baker, 1918, p. 333.

212 ALEXIDZE, Levan. Legal nature of jus cogens in contemporary international law. *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 219-270, p. 229.

seu esforço intelectual, os soviéticos teriam encontrado o respaldo dos países em desenvolvimento e dos países de independência recente[213].

Efetivamente, foram os países socialistas e os países em desenvolvimento os grandes responsáveis pela introdução do conceito de *jus cogens* na agenda internacional[214]. Esses estados defendiam que normas que resguardavam valores fundamentais deveriam possuir *status* diferenciado em Direito Internacional. Essas normas incluiriam a proibição da agressão, o genocídio, a autodeterminação dos povos e a segregação racial ou *apartheid*. De acordo com Robledo, os países de independência recente buscavam consolidar juridicamente sua luta anticolonial, e os países socialistas buscavam sedimentar a coexistência pacífica, com o respeito e a cooperação mútuas entre os estados das mais diferentes orientações sociais, econômicas e culturais[215].

Inicialmente, o conceito enfrentou resistência dos países europeus, em particular, da França, que, na Conferência de Viena, votaria contra o artigo que incorporava o conceito[216]. Gradativamente, contudo, os países desenvolvidos foram aceitando o conceito proposto, em parte devido ao entusiasmo com que o conceito foi recebido por alguns publicistas desses países. Verdross foi, certamente, o "doutrinador supremo do *ius cogens*"[217] na Europa. Ao fim e ao cabo, segundo Cassese, chegou-se a uma solução de compromisso: os países desenvolvidos aceitariam

213 ALEXIDZE, Levan. Legal nature of jus cogens in contemporary international law. *RCADI*, 1981-III, t. 172.

214 CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 199.

215 "Those principles were intended to defend the values forming the common heritage of all peoples, for example peace and international security, for they represented the keystone of coexistence and co-operation between States. On that basis alone could a new system of relations between States develop". Discurso da delegação da Romênia, na Conferência de Viena. UN Conference on the Law of Treaties, First Session (1968). *Official Records*, p. 312-313.

216 UN Conference on the Law of Treaties, Second Session (1969), *Official Records*, p. 93-95.

217 ROBLEDO, Antonio Gomez. Le jus cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions. *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 71.

a inclusão do conceito de *jus cogens* na Convenção de Viena sobre direito dos tratados, com a condição de que seria estabelecido algum mecanismo de determinação judicial acerca das normas de *jus cogens* em espécie[218]. Era a origem dos artigos 53, 64 e 66 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, respectivamente sobre nulidade de tratado incompatível com *jus cogens,* extinção de tratado em caso de *jus cogens* superveniente, e a cláusula compromissória que remete à Corte Internacional de Justiça qualquer controvérsia relacionada a essas normas peremptórias.

A época da inclusão do conceito na Convenção de Viena, muitos afirmavam se tratar de desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, consolidação convencional de *lege ferenda*. Afinal, à época, não havia nenhum registro do conceito na jurisprudência internacional. No entanto, por mais que não existisse o *nomen iuris*, a ideia de que a liberdade contratual dos estados encontrava limites em normas de *jus publicum* encontrava respaldo histórico na doutrina internacionalista. Além disso, a existência de normas constitucionais anteriormente à convenção de Viena, como as normas estruturais e as normas previstas na Carta da ONU, que já criavam obrigações *erga omnes*, fazia com que fosse difícil admitir uma liberdade absoluta de ação contratual por parte dos estados. Nesse sentido, muitos afirmavam que o *jus cogens* já consistia *lege lata* quando da conferência de Viena, tendo sido, portanto, apenas codificado[219]. Para a delegação brasileira, por exemplo, "não restava dúvida de que o *jus cogens* não se tratava apenas de um princípio

218 CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 199.

219 ALEXIDZE, Levan. Legal nature of jus cogens in contemporary international law. *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 232.

ou de uma aspiração, mas de uma realidade confrontando todos os estados no Direito Internacional Contemporâneo"[220].

As normas de *jus cogens* foram conceituadas pelo artigo 53 da Convenção de Viena de 1969:

> *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.*

As normas peremptórias gozam de supremacia normativa. Isso fica claro da leitura do artigo 53. Se a Carta da ONU é dotada apenas de superioridade com relação às normas ordinárias, o *jus cogens* insere-se no topo da pirâmide – ou do trapézio[221] – de hierarquia normativa. Não existe norma internacional superior a elas. Elas constituem o núcleo duro do Direito Internacional, que não pode ser alterado por nenhuma outra norma que não tenha natureza igualmente peremptória. Qualquer norma incompatível com o *jus cogens* será nula *ab initio*, independentemente de sua origem. O artigo 53 da Convenção de Viena prevê a nulidade absoluta de tratados que, sendo incompatíveis com o *jus cogens*, possuem objeto ilícito, por violar a ordem pública internacional. A mesma lógica aplica-se, contudo, a todas as demais normas internacionais, sejam elas costumeiras, principiológicas, ou advindas de atos unilaterais ou de decisões de organizações internacionais. Qualquer norma

220 No original: "There could be no doubt that jus cogens was not just a principle or an aspiration, but a reality confronting all States in contemporary international law". UN Conference on the Law of Treaties, First Session (1968). *Official* Records, p. 318.

221 LEGALE, Siddharta Ferreira. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: Carmen Tirburcio. (Org.). *Direito Internacional – Coleção 80 anos da UERJ.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 543-570.

incompatível com uma norma de *jus cogens* é nula e não produz efeitos jurídicos. Essa regra inclui as resoluções do Conselho de Segurança e demais normas de hierarquia superior. Esse raciocínio foi incorporado por Koskenniemi, em relatório encomendado pela Comissão de Direito Internacional[222].

É comum afirmar que as normas de *jus cogens* pertencem ao direito natural[223]. Estariam elas baseadas em preceitos objetivos superiores à vontade dos estados, como já clamado pela Antígona de Sófocles. Dessa forma, o direito peremptório representaria evidência da objetivação do Direito das Gentes, verdadeira corrosão do voluntarismo positivista como fundamento do Direito Internacional. De fato, essas normas criam direitos e obrigações para todos os estados, independentemente de seu consentimento[224] e parecem ter, portanto, fundamento objetivista.

Contudo, a fundamentação do *jus cogens* não é incompatível com a concepção voluntarista do Direito das Gentes[225]. Em particular, esse tipo de norma pode ser concebido a partir da teoria

222 "Three types of conflict situation may be envisaged. A norm of jus cogens might conflict with a regular treaty, a rule of (general) customary international law, and with another norm of jus cogens. The first situation is the simplest. Conflict of a treaty with jus cogens renders the treaty – or a separable provision thereof – invalid. It makes no difference whether the treaty is bilateral or multilateral. As pointed out above, the Charter of the United Nations constitutes no exception. The same goes for resolutions of international organizations. The same logic applies to a conflict between jus cogens and (general) customary law. A conflict between them renders the latter invalid. The question concerning the relationships between conflicting jus cogens norms – for example the question of the right to use force in order to realize the right of self-determination – is much more difficult. At this stage, it cannot be presumed that the doctrine of jus cogens could itself resolve such conflicts: there is no hierarchy between jus cogens norms inter se". KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law.* Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 April 2006, §367.

223 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 157.

224 TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for States without or against their will. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 241, IV, 1993, p. 306.

225 ALEXIDZE, Levan. Legal nature of jus cogens in contemporary international law. *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 219-270, p. 242.

da vontade coletiva dos estados, de Heinrich Triepel[226]. Afinal, as normas peremptórias são aquelas "aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos estados como um todo". É bem verdade que, individualmente, um Estado pode se ver vinculado por essas normas sem o seu consentimento, mas a criação do *jus cogens* se dá a partir da vontade coletiva dos estados. O rol dessas normas, portanto, evolui conforme evoluem as percepções dos estados em uma determinada quadra histórica. A escravidão, por exemplo, é, atualmente, rechaçada pela comunidade internacional como um todo, sendo vedada por norma peremptória. No passado, contudo, já constituiu prática corriqueira entre os estados; Santo Tomás a considerava perfeitamente natural[227], e Vitória seguia o pensamento de Aristóteles no sentido de que "alguns são servos por natureza e a esses, evidentemente, é melhor servir que dar ordens"[228]. A subjugação colonial de outros povos, igualmente, é repudiada na atualidade, sendo proibida por norma de *jus cogens*. Já se considerou, contudo, quanto aos "bárbaros", que pouco diferem "dos animais irracionais e são de todo incapazes de governar", que "é melhor que eles sejam governados por outros a que se governem a si próprios"[229]. Há pouco mais de um século, a dominação dos povos bárbaros era considerada uma benesse; era o "fardo do homem branco".

O *jus cogens*, portanto, não parece ter um fundamento absoluto, afinal, "não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos"[230].

226 TRIEPEL, Heinrich. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye,* t. I, p. 77-119, 1923-I.

227 COMPARATO, Fábio Konder. Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 154.

228 VITÓRIA, Francisco de. *Relectiones sobre os índios e sobre o poder civil*. Brasília: FUNAG, 2016, p. 106.

229 VITÓRIA, Francisco de. *Relectiones sobre os índios e sobre o poder civil*. Brasília: FUNAG, 2016, p. 106.

230 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

Nesse sentido, Humphrey Waldock, último relator especial da Comissão de Direito Internacional para direito dos tratados, explicava que a comissão se baseou muito mais no direito positivo que no direito natural para desenvolver o conceito de *jus cogens*[231]. Talvez por isso, a definição formalista escolhida pela comissão identifique diferenças entre as normas de *jus* cogens e as de direito natural. Estas, por exemplo, costumam ser vistas como imutáveis, enquanto que as normas peremptórias podem ser modificadas por normas posteriores de mesma natureza[232].

Independentemente da fundamentação[233], as normas de *jus cogens* estão previstas em direito positivo[234]. Seu corpo normativo é criado e alterado pela vontade da comunidade internacional, e depende das concepções prevalecentes em cada quadra histórica. Uma vez criadas, contudo, todos os estados da comunidade internacional estão vinculados por essas normas. Nesse sentido, não se mostra necessária a conjugação de vontade unânime de todos os estados, mas de ampla e virtualmente consensual maioria. Em especial, a criação de norma dessa natureza deve levar em consideração que a comunidade internacional é universal, formada por todos os povos com independência jurídica. Nenhum estado isoladamente pode pretender definir o que é o "bem comum".

231 UN Conference on the Law of Treaties, First Session (1968). *Official Records*, p. 327.

232 "The historical background of jus cogens lies in an anti-voluntarist, often religiously inclined natural law, the presumption of the existence of "absolute" norms on human conduct. While most people (and States) still hold it important – indeed very important – that such norms exist, the vocabularies of present-day diplomacy and law seem unable to produce a plausible justification for them". KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law.* Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 April 2006, §375.

233 De acordo com Celso Mello, o "Direito Natural e o Direito Positivo não se opõem; o primeiro se concretiza no segundo". MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 156.

234 ALEXIDZE, Levan. Legal nature of jus cogens in contemporary international law. *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 253; NASSER, Salem Hikmat. Jus cogens: ainda esse desconhecido. In: REIS, Eduardo; GOMES, Tarcísio (org.) *Desafios do Direito internacional no século XXI*. Ijuí: Editora Unijuí, 2007, p. 50.

Uma norma de *jus cogens*, aceita pela comunidade internacional dos estados como um todo, deve necessariamente ser aceita por um número razoável de estados com sistemas políticos, sociais, econômicos e culturais diferentes. Caso contrário, correr-se-ia o risco de alguns poucos estados arrogarem-se o direito de falar em nome da comunidade internacional como um todo, sem qualquer legitimidade para tanto. Correr-se-ia o risco de transformar o "interesse comunitário" em política hegemônica de superpotência.

Os redatores da Convenção de Viena optaram, propositalmente, por uma definição formalista. O artigo 53 não analisa a matéria sobre a qual essas normas versam. Tampouco estabelece quais seriam essas normas ou qual critério deveria ser adotado para sua identificação. Em função da celeuma da época, a Comissão de Direito Internacional julgou por bem deixar a cargo da prática posterior dos estados e da jurisprudência internacional a identificação das normas de *jus cogens* em espécie.

Não há rol taxativo e unânime de normas peremptórias. Cada autor costuma apresentar seu próprio elenco de normas de *jus cogens*. De todo modo, pode-se afirmar que algumas normas constituem o núcleo duro do conceito. São normas reconhecidas pela jurisprudência internacional e pela Comissão de Direito Internacional, sobre cuja natureza peremptória não há controvérsia. É o caso da proibição da agressão[235], da proibição da escravidão e do tráfico de escravos, da proibição da tortura[236], da proibição da pirataria, da proibição do *apartheid* e da discriminação racial,

235 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, de 26 de junho de 1986, §190.

236 "Selon la Cour, l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (jus cogens)". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium *vs* Senegal), Judgment, *ICJ. Reports*, 2012, §99.

do princípio da autodeterminação dos povos[237], dos princípios fundamentais de Direito Internacional humanitário – como a proibição de crimes de guerra[238] –, da proibição do genocídio e da proibição de crimes contra a humanidade.

As normas de *jus cogens* são materialmente constitucionais, porque resguardam valores fundamentais da comunidade internacional. São normas de ordem pública internacional. Elas são, portanto, hierarquicamente superiores, porque tratam de matéria constitucional. A alteração dessas normas é possível, mas é processo lento e gradual, porque depende da alteração dos próprios valores fundamentais da comunidade internacional. Trata-se de uma constituição rígida. As normas de *jus cogens* podem ser modificadas por normas posteriores de mesma hierarquia, mas, na prática, não é de se esperar que, nem mesmo no longuíssimo prazo, as normas que constituem o rol fundamental de direito peremptório sejam revogadas.

O *jus cogens* não se confunde com as normas constitucionais estruturais. Como analisado, estas subdividem-se em normas fundamentais, processuais e subjetivas. São normas que promovem a organização da comunidade internacional. Não são normas hierarquicamente superiores, como as normas de *jus cogens*. Extrapolam, em verdade, a lógica da hierarquia.

O princípio da supremacia constitucional não é um dogma jurídico. Ele cumpre uma função: a de assegurar que as normas mais relevantes, porque resguardam valores fundamentais, prevaleçam sobre qualquer outra norma posterior. É por isso que as normas de *jus cogens* são dotadas de supremacia hierárquica. Assegura-se

237 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso relativo ao Timor Leste (Portugal *vs* Austrália). *ICJ Reports*. The Hague: 1995.

238 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Imunidades Jurisdicionais dos Estados. (Alemanha *vs* Itália). *ICJ Reports*. The Hague: 2012, §97.

que os mais importantes valores da comunidade internacional prevalecerão em qualquer hipótese. A supremacia evita, portanto, que essas normas sejam revogadas por norma posterior de menor relevância. A hierarquia normativa só é necessária, nesse caso, porque as normas de *jus cogens* podem ser revogadas. As normas constitucionais estruturais, como o *pacta sunt servanda*, contudo, não estão sujeitas a serem derrogadas, porque são elas que estruturam o próprio sistema de normas. Como não correm o risco da derrogação, a hierarquia normativa não é relevante para as normas estruturais.

1.2.4 As obrigações *erga omnes*

O *Institut de Droit International*, em sua sessão da Cracóvia, de 2005, adotou resolução sobre as obrigações *erga omnes*, em que as define como

> *(a) uma obrigação, perante o Direito Internacional Geral, que um estado deve, em qualquer caso, à comunidade internacional, diante de seus valores comuns e de seu interesse no cumprimento dessa obrigação, de modo que uma violação autoriza todos s estados a agir; ou*
>
> *(b) uma obrigação perante um tratado multilateral que um estado parte no tratado deve, em qualquer caso, a todos os outros estados partes no mesmo tratado, tendo em vista os seus valores comuns e a sua preocupação com o cumprimento dessa obrigação, de modo que uma violação autoriza todos esses estados a agir*[239].

239 Tradução do autor. No original: "(a) an obligation under general international law that a State owes in any given case to the international community, in view of its common values and its concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all States to take action; or

(b) an obligation under a multilateral treaty that a State party to the treaty owes in any given case to all the other States parties to the same treaty, in view of their common values and concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all these States to take action".

O Instituto faz referência às obrigações *erga omnes* e à sua espécie, as obrigações *erga omnes partes*, respectivamente. De modo sintético, essas obrigações são aquelas voltadas para a proteção dos interesses comuns dos estados, independentemente do número de estados. Se a obrigação resguardar um interesse comum a toda a comunidade internacional, será uma obrigação *erga omnes*; se resguardar um interesse comum a apenas um grupo de estados, uma obrigação *erga omnes partes*. Inserem-se no contexto de comunitarização do Direito Internacional. Contrapõem-se, dessa forma, às obrigações *inter partes*, que, a partir de lógica bilateralista, criam relações jurídicas duais, por mais que possam estar previstas em tratados multilaterais.

A existência dessas obrigações, devidas à comunidade internacional como um todo, foi reconhecida pela Corte Internacional de Justiça no famoso *obiter dictum* do caso Barcelona Traction[240]. Na ocasião, a Corte deixou clara a diferença entre as obrigações *inter partes*, que um estado deve reciprocamente a outro e as obrigações *erga omnes*, devidas à comunidade internacional como um todo:

> *Em particular, uma distinção essencial deve ser estabelecida entre as obrigações de um estado perante a comunidade internacional como um todo e aquelas que surgem* vis-à-vis *um outro estado, no âmbito da proteção diplomática. Por sua própria natureza, aquelas são do interesse de todos os estados. Diante da importância dos direitos envolvidos, todos os estados têm um interesse jurídico em sua proteção; elas são obrigações erga omnes*[241].

240 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Barcelona Traction Case. *ICJ Reports.* The Hague: 1970.

241 Tradução do autor. No original: "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

As obrigações *erga omnes* não se confundem com as normas de *jus cogens*. Em primeiro lugar, porque, em geral, obrigações não se confundem com normas. Aquelas advêm destas. De fato, normas criam direitos e obrigações. Em segundo lugar, porque as normas de *jus cogens* são caracterizadas fundamentalmente por sua supremacia hierárquica, as obrigações *erga omnes*, por seu alcance. Dessa forma, enquanto a caracterização de uma norma como peremptória determina sua supremacia hierárquica, a de uma obrigação como *erga omnes* identifica sua abrangência. Além disso, por mais que toda norma de *jus cogens* crie obrigações *erga omnes*, a recíproca não é verdadeira. Nem toda obrigação *erga omnes* advém de norma de *jus cogens*. Como visto, as normas fundamentais, processuais e subjetivas, como o *pacta sunt servanda,* a boa-fé e a igualdade soberana, respectivamente, criam obrigações *erga omnes*, mas não são normas de *jus cogens*. São normas constitucionais estruturais.

O reconhecimento das obrigações *erga omnes* exerceu importante influência no direito da responsabilidade internacional dos estados, uma vez que criou o ambiente adequado para o rompimento com o padrão bilateralista até então determinante da invocação da responsabilidade. Como fica claro do *obiter dictum* da Corte Internacional de Justiça e da resolução do Instituto de Direito Internacional, qualquer estado pode agir para assegurar o cumprimento desse tipo de obrigação. Isso significa que todos os estados têm interesse de agir, de modo que podem invocar a responsabilidade internacional de um estado violador, inclusive em instâncias judiciais, independentemente de terem sofrido algum dano ou prejuízo com o ilícito internacional.

interest in their protection; they are obligations erga omnes". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, ICJ. Reports 1970*, p. 32.

1.2.5 Os blocos de constitucionalidade funcionais e regionais

A sociedade internacional é descentralizada. É natural que o Direito dessa sociedade também o seja. Enquanto as normas estruturais, a Carta da ONU e as normas de *jus cogens* constituem o bloco de constitucionalidade do Direito Internacional Geral, diversas organizações internacionais, de cunho regional ou funcional, consolidam regimes internacionais especiais, dentro dos quais novos aspectos constitucionais surgem com intensidade variada.

Cada tratado constitutivo de cada organização internacional é um tratado-constituição. Consolida uma comunidade normativa, com seu próprio sistema de governança[242]. Cria instituições legislativas e jurisdicionais; desenvolve sistema jurídico próprio, por vezes supranacional, que se complementa com o Direito Internacional Geral e com o direito interno dos estados.

Os blocos de constitucionalidade funcionais e regionais são formados por tratados constitutivos de regimes especiais em âmbito regional – como é o caso da União Europeia – e funcional – como a Organização Mundial do Comércio – e por normas de *jus cogens* regional. Essas normas, materialmente constitucionais, protegem valores fundamentais e, principalmente, estabelecem sistemas de governança em âmbito regional e funcional. Trata-se do que Siddharta denomina "Constituições Parciais":

> *Tais Constituições limitam-se a determinados sistemas econômicos, científicos ou culturais, procurando ampliar o processo de constitucionalização do Direito Internacional em harmonia com a "Constituição global". À semelhança da Carta das Nações Unidas, o Tratado-Constituição da*

242 PETERS, Anne. Global Constitutionalism Revisited. *International Legal Theory*, v. 11. The American Society of International Law, 2005.

> *OIT ou o Tratado da OMC (...) poderiam ser considerados como Constituições parciais. A parcialidade decorre do fato desses tratados voltarem-se com especial importância especificamente à regulamentação das relações de trabalho ou de comércio internacional*[243].

No âmbito regional europeu, por exemplo, a Constituição formal que se pretendeu aprovar em 2004 foi rejeitada por referendo na França e na Holanda. No entanto, o Tratado de Lisboa, em vigor desde 2009, é composto por normas materialmente constitucionais, que determinam o funcionamento do sistema de governança regional europeu supranacional. No Direito da União Europeia, reconhece-se a aplicabilidade imediata, no direito interno dos estados, da normativa secundária editada em nível supranacional[244]. Além disso, a jurisdição constitucional da União Europeia reconhece a primazia do direito comunitário sobre o direito interno dos estados. Nesse sentido, tem-se no caso *Costa vs ENEL* (1964), julgado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o equivalente lógico do que representou *Marbury vs Madison* (1801) nos Estados Unidos[245]. Ambos os casos reconheceram a supremacia hierárquica das normas constitucionais e sua consequente utilização como parâmetro para controle de legalidade das leis, em âmbito europeu e estadunidense, respectivamente.

243 LEGALE, Siddharta Ferreira. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: TIRBURCIO, Carmen (org.). *Direito Internacional – Coleção 80 anos da UERJ.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 560.

244 Tratado da União Europeia, artigo 288.

245 LEGALE, Siddharta Ferreira. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: TIRBURCIO, Carmen (org.). *Direito Internacional – Coleção 80 anos da UERJ.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 561.

Aos tratados constitucionais regionais agregam-se os conceitos de obrigações *erga omnes partes* e de *jus cogens regional*. Como analisado, as obrigações *erga omnes partes* são aquelas destinadas a resguardar interesses comuns de um grupo de estados. Os sistemas regionais de proteção de direitos humanos conferem ilustrativo exemplo nesse sentido. As obrigações neles previstas são absolutas entre as partes. São verdadeiras obrigações integrais. Não se lhes pode opor, por exemplo, o artigo 60 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados: essas obrigações não podem ser suspensas ou extintas em decorrência de seu descumprimento. Se um estado americano viola o Pacto de São José da Costa Rica e não respeita o direito à liberdade de expressão de seus nacionais, por exemplo, isso não confere aos demais estados americanos o direito de suspender a aplicação da mesma norma. A obrigação não é recíproca ou *inter partes*, é *erga omnes partes;* não se destina à proteção de interesses particulares de cada um dos estados, mas de um interesse comum a todos os estados americanos.

O *jus cogens* regional ou particular surge a partir do compartilhamento de valores essenciais por membros de um determinado grupo, que não necessariamente é compartilhado por outros estados no momento histórico em que surge. Esse tipo de norma deve ser entendido simplesmente como uma de norma de hierarquia superior, em âmbito regional, por resguardar valores mais relevantes para um grupo de estados. Robledo, por exemplo, afirma ser possível o surgimento de um *jus cogens* regional no âmbito da atual União Europeia, uma vez que, segundo ele, os estados europeus gozam do "mais alto nível de civilização"[246]. Na América, já surgiram normas dessa natureza. A Corte Americana de Direitos Humanos reconhece que a proibição do desaparecimento forçado

246 ROBLEDO, Antonio Gomez. Le jus cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions. *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 23.

de pessoas é norma peremptória[247]. Essa norma pode vir a se tornar parte do *jus cogens* universal, a partir do momento em que vier a ser reconhecida como norma de importância fundamental para a comunidade internacional dos estados como um todo. A ideia de um *jus cogens* regional coaduna-se com uma concepção voluntarista das normas peremptórias, com base na vontade coletiva dos estados, a partir do mesmo processo de formação dos costumes regionais e bilaterais. Harmoniza-se também com a teoria jusnaturalista se entendida como uma fase do processo de concepção racional das normas objetivas de direito natural.

Não é só no interior dos estados e no Direito Internacional Geral que existem normas constitucionais, destinadas a resguardas valores fundamentais e a distribuir um sistema de governança. Em âmbito regional e funcional, essas normas também existem e dialogam constantemente com o direito doméstico dos estados e com o Direito Internacional Geral. Todos esses regimes jurídicos influenciam-se mutuamente.

Por um lado, o Direito Internacional Geral abarca as "Constituições Parciais". A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, por exemplo, aplica-se ao direito da Organização Mundial do Comércio; seu Órgão Permanente de Apelação utiliza frequentemente as regras de interpretação de tratados previstas nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena. Por outro lado, as Constituições Parciais também influenciam o Direito Internacional Geral. O método evolutivo para interpretação de tratados emerge do sistema europeu de proteção dos direitos humanos para influenciar outros sistemas. Da mesma forma, se, por um lado, as normativas secundárias da União Europeia no mais das vezes exercem efeito direto no interior dos estados, por outro lado, as

247 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("guerrilha do araguaia") vs. Brasil.* Sentença de 24 de novembro de 2010, §137.

"tradições constitucionais" europeias influenciam a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, como ficou claro no julgamento do caso Kadi[248].

Ao mesmo tempo, as constituições dos estados abrem-se ao Direito Internacional conforme teoria do estado constitucional cooperativo, de Peter Haberle[249]. As constituições nacionais são cada vez mais abertas ao Direito das Gentes, em um processo que alguns denominam "internacionalização do direito constitucional"[250]. Como a influência é recíproca, pode-se afirmar que existe verdadeira integração sistemática entre o Direito Interno e o Direito Internacional[251].

Diante da complexidade de blocos de constitucionalidade complementares, que envolvem os estados, as regiões e o globo, verifica-se um constitucionalismo em rede. Esse processo compreende as Constituições dos estados nacionais, as "Constituições parciais" e o bloco de constitucionalidade do Direito Internacional Geral. Todos esses blocos se influenciam mutuamente. Conforma-se, desse modo, uma rede constitucional transnacional, que abrange os estados, as regiões, as organizações que tratam de temas específicos da agenda internacional e a organização universal por excelência, a ONU.

248 COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, casos C-402.05 P e C415.05 P, sentença de 3 de setembro de 2008.

249 HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

250 LEGALE, Siddharta. Internacionalização do direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. *Revista da SJRJ*, v. 20, 2013, p. 109-142.

251 MIRANDA, Jorge. O Direito Internacional no início de um novo século. In: REIS, Tarcísio e GOMES, Eduardo. *Desafios do Direito Internacional no século XXI*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007, p. 26.

1.3 Dos crimes de estado à responsabilidade internacional agravada

A década de 1970 revelou-se o momento propício para a revolução a que se procedeu no direito da responsabilidade internacional. As normas de *jus cogens* haviam sido reconhecidas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em 1969, e, em 1970, a Corte Internacional de Justiça reconhecia a existência, em Direito das Gentes, de obrigações *erga omnes*. Consolidava-se o bloco de constitucionalidade do Direito Internacional Geral.

Em 1976, Roberto Ago implementava sua revolução ao sugerir, em seu quinto relatório à Comissão de Direito Internacional, distinção entre delitos e crimes, como categorias distintas de responsabilidade, sendo este o decorrente de violação de obrigação destinada a resguardar interesse fundamental da comunidade internacional como um todo[252]. A gravidade desse tipo de violação daria ensejo, como posteriormente consagrado pela Comissão, a consequências mais graves para o estado violador, bem como a repercussões importantes em termos de invocação da responsabilidade internacional. Como o crime de estado violaria um interesse jurídico de toda a comunidade internacional, não seria apenas o estado material ou moralmente prejudicado que teria direitos de reivindicar as consequências da responsabilidade. Dentro do parâmetro comunitário, a relação jurídica criada a partir do ilícito não seria uma relação bilateral, senão comunitária.

O conceito de crime de estado, como categoria distinta de responsabilidade internacional foi mantido pelos relatores especiais Riphagen e Arangio-Ruiz, que sucederam Ago, e foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Direito Internacional

252 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fifth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II n. 1, 1976.

no projeto de artigos adotado em primeira leitura em 1996[253]. O artigo proposto por Ago em 1976 foi aprovado como artigo 19, praticamente sem alterações[254].

À época, não havia precedentes em tribunais internacionais que reconhecessem a distinção entres delito e crime. De acordo com a Comissão de Direito Internacional, isso não poderia ser entendido como prova de que a distinção não existisse. Em verdade, os estados não estariam dispostos a submeter a solução jurisdicional controvérsias que envolvessem ilícitos de maior gravidade, e, de todo modo, os tribunais internacionais costumam-se limitar a determinar se houve uma violação do Direito das Gentes e que tipo de reparação é cabível, sem, contudo, excluir explicitamente a possibilidade de que um ilícito acarretasse outras consequências, como as sanções[255].

253 CRAWFORD, James. International Crimes of States. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 405-414, p. 407.

254 "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.

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".

255 ILC, *Yearbook*, 1976, v. II, n. 1, §§8-10.

Para a Comissão de Direito Internacional, havia evidências suficientes da aceitação da distinção entre crime e delito em Direito Internacional, em particular, o reconhecimento das normas de *jus cogens*, a obrigação de punir indivíduos por crimes internacionais, como os crimes contra a paz, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, e a existência de um regime de sanções, no seio das Nações Unidas, para violações de normas de importância fundamental, como a proibição da agressão, do apartheid e da dominação colonial[256].

A caracterização de um ilícito internacional como crime depende de elementos qualitativos e quantitativos. Não basta a violação de uma norma de importância fundamental; essa violação deve ter certa gravidade[257]. Não seria qualquer violação à autodeterminação dos povos, por exemplo, que acarretaria responsabilidade criminal. A gravidade do ato é parte da própria definição de crime.

A Comissão de Direito Internacional pretendia desenvolver um conceito de crimes de estado claro o suficiente para que a jurisprudência e a prática dos estados pudessem se desenvolver em torno deles, mas, ao mesmo tempo, flexível o suficiente para permitir a inclusão de novos crimes, conforme evoluísse a concepção dos estados acerca dos valores fundamentais da comunidade internacional. Precisamente por isso os crimes elencados não constituem rol exaustivo, senão exemplificativo de condutas criminosas[258].

Dessa forma, os critérios adotados para definir os crimes de estado resumiam-se a dois. Em primeiro lugar, a obrigação gravemente violada deveria, em razão de seu conteúdo, proteger

256 ILC, *Yearbook* 1976, v. II, n. 1, §§17-22.

257 "Breaches of the obligations in question are not regarded by States as falling within the category of 'international crimes' unless they exhibit a certain degree of seriousness". ILC, *Yearbook* 1976, v. II, n. 1, §34.

258 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on state responsibility with commentaries thereto adopted by the international law commission on first reading*. 1997, p. 129, §61.

um interesse fundamental da comunidade internacional. Em segundo lugar, caberia à própria comunidade internacional como um todo definir se a obrigação violada é efetivamente essencial[259]. Os critérios podem parecer tautológicos, como reconhece a própria comissão. Evidenciam, contudo, o viés comunitarista do conceito: a análise objetiva acerca da essencialidade da obrigação violada deve ser feita pela comunidade internacional dos estados como um todo. Não é exigida unanimidade, o que, como alerta a Comissão, conferiria aos estados um inapropriado poder de veto. A análise, contudo, deve ser feita por um grupo de estados representativos da comunidade internacional[260]. Admitir que um estado individualmente considerado, ou um pequeno e pouco representativo grupo de estados arroguem-se para si o direito de determinar se uma obrigação é essencial para a comunidade internacional constituiria tenebrosa deturpação do conceito.

A distinção entre crime e delito acarretaria a criação de dois regimes de responsabilidade internacional, cada qual com suas consequências específicas. A responsabilidade por delito internacional acarretaria a obrigação de o estado violador interromper a conduta ilícita, caso esta tivesse natureza contínua, eventualmente oferecer garantias de não repetição e reparar

259 "The criterion formulated in paragraph 2 of article 19 has two aspects. One is the requirement that the obligation breached shall, by virtue of its content, be essential for the protection of fundamental interests of the international community; the other, which complements the first and provides a guarantee that is essential in such a delicate matter, makes the international community as a whole responsible for judging whether the obligation is essential and, accordingly, whether its breach is of a 'criminal' nature". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on state responsibility with commentaries thereto adopted by the international law commission on first reading*. 1997, p. 129, §61.

260 "It is clear what is meant by this reference to the international community as a whole. It certainly does not mean the requirement of unanimous recognition by all the members of that community, which would give each State an inconceivable right of veto. What it is intended to ensure is that a given internationally wrongful act shall be recognized as an 'international crime', not only by some particular group of States, even if it constitutes a majority, but by all the essential components of the international community". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on state responsibility with commentaries thereto adopted by the international law commission on first reading*. 1997, p. 129, §61.

integralmente os danos causados. Esta reparação poderia ser realizada por meio de restituição, de compensação ou de satisfação, a serem oferecidas isoladamente ou em conjunto. De todo modo, a restituição não poderia envolver um fardo desproporcional ao benefício que o estado lesado auferiria com uma restituição em lugar de uma compensação. A restituição tampouco poderia afetar a independência política ou estabilidade econômica do estado violador[261]. No mesmo sentido, a satisfação não poderia ser de modo a afetar a dignidade do estado violador[262].

A responsabilidade criminal do estado, por sua vez, acarretaria consequências mais graves. Para além das decorrentes da responsabilidade civil, consequências adicionais adviriam de um crime de estado. Inicialmente, a compensação e a satisfação não estariam sujeitas aos limites mencionados; o estado violador poderia ter sua independência política e sua estabilidade econômica afetadas por uma restituição e poderia ter sua dignidade afetada por uma satisfação a ser obrigatoriamente oferecida[263]. Além disso, todos os demais estados da sociedade internacional teriam a obrigação de não reconhecer como lícita nenhuma situação de fato derivada de um crime, de não oferecer auxílio ou assistência ao estado criminoso na manutenção da situação criada e de cooperar para pôr fim à situação derivada do crime[264].

O conceito de crime de estado, da forma como foi adotada em primeira leitura, padecia de falta de clareza. A Comissão de Direito Internacional, em seus comentários ao artigo 19 do projeto de 1996, afirmava, por exemplo, que os crimes de estado não derivam necessariamente de violações de normas de *jus cogens*. Segundo

261 Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado de 1996, art. 43 (c) e (d).

262 Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado de 1996, art. 45 (3).

263 Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado de 1996, art. 52.

264 Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado de 1996, art. 53.

ela, os conceitos são diferentes, sendo este mais abrangente que o elencado no artigo 19[265]. Na década de 1970, Roberto Ago resolvera não equiparar o conceito de crime de estado ao de *jus cogens* justamente para fugir à polêmica que envolvia este. Como visto, nesse período, alguns países europeus, com destaque para a França, ainda se opunham à noção de normas peremptórias em Direito das Gentes. Em 1996, contudo, essa cautela já não se justificava, e a ausência de critérios objetivos para diferenciar os dois conceitos gerou apenas confusão[266]. A imprecisão do conceito de crime de estado como categoria distinta de responsabilidade sofreria aguerrida resistência por parte dos estados.

Algumas dificuldades de ordem teórica ergueram-se contra o conceito de responsabilidade criminal do estado. Havia o obstáculo, por exemplo, de se atribuir a uma pessoa jurídica uma conduta orquestrada e realizada por indivíduos. "Crimes contra o Direito Internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas, e apenas punindo os indivíduos que cometeram tais crimes é possível fazer valer os comandos do Direito Internacional"[267]. Ressoavam altas as palavras do Tribunal

265 "It can be accepted that obligations whose breach is a crime will 'normally' be those deriving from rules of jus cogens, though this conclusion cannot be absolute. But above all, although it may be true that failure to fulfil an obligation established by a rule of jus cogens will often constitute an international crime, it cannot be denied that the category of international obligations admitting of no derogation is much broader than the category of obligations whose breach is necessarily an international crime". ILC, INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on state responsibility with commentaries thereto adopted by the international law commission on first reading*. 1997, p. 129, §62.

266 The Character of the Violated Obligation. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 416. GAETA, Paola. The Character of the Breach. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 425.

267 Tradução do autor. No original: "Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced". INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*. Nuremberg: International Military Tribunal, v. 22, 466.

de Nuremberg. Isso levava ao infortúnio de eventualmente se punir uma população inteira por atos com os quais ela, em sua maioria, nada teve que ver. Estaria todo um povo taxado de criminoso, se a responsabilidade não fosse individualizada. As gerações seguintes trariam a marca da criminalização de seu estado. O que é ainda pior, criminalizar-se-iam as próprias vítimas, que, no mais das vezes, são compatriotas dos criminosos.

A essas dificuldades de ordem teórica, somavam-se algumas de ordem prática. Em uma sociedade internacional ainda descentralizada, fica no ar a questão sobre quem teria legitimidade para determinar a existência de um crime. Na ausência de jurisdição universal de um órgão jurisdicional imparcial, o regime de responsabilidade criminal, argumenta Crawford, seria retórica utilizada em benefício das grandes potências[268]. Um regime penal de subordinação não parecia compatível com o atual estágio descentralizado da sociedade internacional[269].

Ao mesmo tempo, foi grande a mobilização pela manutenção do conceito, ainda que sob outra roupagem ou nomenclatura[270]. A responsabilidade por ilícitos mais graves era a evolução, no direito da responsabilidade internacional, dos interesses comunitários. Era passo fundamental no desenvolvimento progressivo de uma verdadeira comunidade internacional, em que a violação de uma norma de importância fundamental afetaria a todos. Não havia dúvida de que a resposta a um genocídio não deveria ser a mesma resposta dada ao descumprimento de um acordo comercial.

268 CRAWFORD, James. International Crimes of States. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 413.

269 OLLIVIER, Antoine. International Criminal Responsibility of the State. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 714.

270 Can a State Commit a crime? Definitely yes. *European Journal of International Law*, v. 10, n 2, 1999, p. 425-434. ABI-SAAB, Georges. The uses of Article 19. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 2, 1999, p. 339-351.

A solução encontrada por Crawford foi a substituição do conceito de "crime de estado" pelo de "responsabilidade internacional agravada". Dessa forma, obtinha-se a aprovação dos estados, ao se excluir a polêmica linguagem criminal, ao mesmo tempo em que se mantinha, em essência, o conceito desenvolvido por Ago. As consequências da responsabilidade agravada são análogas às do crime de estado: todos os demais estados têm a obrigação de não reconhecer como lícita nenhuma situação de fato derivada de um ilícito grave, de não prover assistência ou auxílio ao estado violador e de cooperar, por todos os meios lícitos, para pôr fim à violação grave do Direito Internacional. Por mais que haja algumas distinções entre o instituto da responsabilidade agravada e o do crime de estado, pode-se considerá-los "irmãos gêmeos"[271].

Além de o conceito de responsabilidade agravada ser muito mais palatável aos estados, ele é muito mais objetivo que o antigo conceito de crime de estado. No projeto de artigos aprovado em 2001, a responsabilidade agravada decorre de violação de norma de *jus cogens*. Trata-se de violação de norma de importância fundamental, com base em conceito já consagrado em Direito Internacional. Se, por um lado, a responsabilidade criminal e as consequentes punições foram excluídas, por outro lado, reforçou-se a comunitarização do Direito das Gentes. Existem normas de importância fundamental, que criam obrigações devidas à comunidade internacional como um todo, e não a estados individualmente considerados. Violações de normas peremptórias dessa natureza acarretam consequências mais graves.

Para além da interrupção do ilícito e da reparação integral do dano, consequências da responsabilidade internacional ordinária, consequências adicionais surgem em caso de responsabilidade

271 WYLER, Eric. From 'State crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2003, p. 1147-1160.

agravada, conforme previsto no artigo 41 do projeto adotado em 2001:

> *Art. 41. Consequências particulares da violação grave de uma obrigação consoante este Capítulo*
>
> *1. Os estados deverão cooperar para pôr fim, por meios lícitos, a toda violação grave no sentido do artigo 40.*
>
> *2. Nenhum estado reconhecerá como lícita uma situação criada por uma violação grave no sentido do artigo 40 nem prestará auxílio ou assistência para manutenção daquela situação.*
>
> *3. Este artigo não prejudica as demais consequências referidas nesta Parte bem como outras consequências que uma violação a qual se aplique este Capítulo possa acarretar, de acordo com o Direito Internacional.*

A obrigação negativa de não reconhecer nenhuma situação de fato derivada de um ilícito consiste na aplicação do conhecido princípio geral *ex injuria jus non oritur*, segundo o qual de um ato ilícito não podem decorrer direitos. O princípio visa a evitar a consumação jurídica de um fato decorrente de ilícito grave e faz parte de uma bem estabelecida prática internacional, que remonta à doutrina Stimson, adotada pela Liga das Nações, no sentido de proibir o reconhecimento do estado fantoche de Manchukuo, criado pelo Japão na Manchúria a partir de violação do Pacto Briand-Kellog, de proscrição da guerra. Na história das Nações Unidas, a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança já exigiram o não reconhecimento de pretensos estados, como a Rodésia do Sul, sob o regime racista de Ian Smith, em 1966, os Bantustans, criados pela África do Sul para segregar os negros, na década de 1970, a República Turca do Chipre do Norte, criada a partir da invasão turca ao Chipre, na década de 1980, e a República Srpska,

que pretendia evitar a independência da Bósnia, na década de 1990. Além disso, a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança da ONU reconheceram como ilícita a ocupação da Namíbia pela África do Sul após o fim do mandato que lhe havia sido conferido pela Liga das Nações. Na resolução 269, de 1969, o Conselho determinou que todos os estados deveriam abster-se de manter relações com a África do Sul quando esta tentasse agir em nome da Namíbia. No mesmo sentido, já tendo sido reconhecida a ilicitude da ocupação de territórios palestinos por Israel, o Conselho de Segurança determinou, nas resoluções 476 e 478, de 1980, que nenhum estado poderia reconhecer o pleito de Israel sob Jerusalém Oriental; em particular, os estados deveriam retirar suas representações diplomáticas da cidade.

A Corte Internacional de Justiça também teve a oportunidade de reiterar a aplicação do princípio *ex injuria jus non oritur*. No Parecer Consultivo sobre a ocupação continuada da Namíbia em violação às resoluções do Conselho de Segurança, de 1971, a Corte afirmou que:

> *122. (...) os estados-membros têm a obrigação de se absterem de celebrar tratados com a África do Sul em todos os casos em que o governo da África do Sul pretenda agir em nome da ou no que disser respeito à Namíbia. No que concerne aos tratados bilaterais já em vigor, os estados-membros devem abster-se de invocar ou de aplicar tratados ou dispositivos de tratados concluídos pela África do Sul em nome da ou no que disser respeito à Namíbia, que envolvam ativa cooperação intergovernamental. No que concerne a tratados multilaterais, no entanto, essa regra não pode ser aplicada a certas convenções gerais, como as de caráter humanitário, cujo não cumprimento pode afetar diversamente o povo da Namíbia. Recairá sobre os órgãos internacionais competentes a responsabilidade de tomar as medidas específicas a esse respeito.*

123. os estados-membros, em respeito ao dever de não reconhecimento imposto pelos parágrafos 2 e 5 da resolução 276 (1970), têm a obrigação de se abster de enviar missões diplomáticas ou missões especiais com jurisdição sobre o território da Namíbia para a África do Sul, de se abster de enviar agentes consulares para a Namíbia, e de retirar tais agentes que já se encontrem lá. Eles devem ainda deixar claro para a África do Sul que a manutenção de relações diplomáticas ou consulares com a África do Sul não implica reconhecimento de sua autoridade sobre a Namíbia.

124. As restrições que estão implícitas no não reconhecimento da presença da África do Sul na Namíbia e as disposições explícitas do parágrafo 5 da resolução 276 (1970) impõem aos estados-membros a obrigação de se absterem de entrar em relações econômicas e outras formas de relações ou tratativas com a África do Sul em nome ou no que diz respeito à Namíbia, que possam sustentar sua autoridade sobre o Território[272].

272 Tradução do autor. No original: "122. (…) member States are under obligation to abstain from entering into treaty relations with South Africa in al1 cases in which the Government of South Africa purports to act on behalf of or concerning Namibia. With respect to existing bilateral treaties, member States must abstain from invoking or applying those treaties or provisions of treaties concluded by South Africa on behalf of or concerning Namibia which involve active intergovernmental co-operation. With respect to multilateral treaties, however, the same rule cannot be applied to certain general conventions such as those of a humanitarian character, the non-performance of which may adversely affect the people of Namibia. It will be for the competent international organs to take specific measures in this respect.

123. Member States, in compliance with the duty of non-recognition imposed by paragraphs 2 and 5 of resolution 276 (1970), are under obligation to abstain from sending diplomatic or special missions to South Africa including in their jurisdiction the Territory of Namibia, to abstain from sending consular agents to Namibia, and to withdraw any such agents already there. They should also make it clear to the South African authorities that the maintenance of diplomatic or consular relations with South Africa does not imply any recognition of its authority with regard to Namibia.

124. The restraints which are implicit in the non-recognition of South Africa's presence in Namibia and the explicit provisions of paragraph 5 of resolution 276 (1970) impose upon member States the obligation to abstain from entering into economic and other forms of relationship or dealings with South Africa on behalf of or concerning Namibia which may entrench its authority over the Territory". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Namibia Case. *ICJ Reports.* The Hague: 1971.

No mesmo sentido, no Parecer Consultivo sobre a construção por Israel de um Muro em Território Palestino Ocupado, proferido em 2004, a Corte Internacional de Justiça afirmou que, em vista da importância das obrigações violadas e da gravidade das violações, "todos os estados têm a obrigação de não reconhecer a situação ilícita decorrente da construção de um muro no território palestino ocupado, que inclui o interior e os arredores de Jerusalém Oriental"[273].

O caso do estado da Palestina[274] é emblemático, porque a ocupação de seu território ainda perdura. Nesse sentido, a aplicação do princípio *ex injuria jus non oritur* é crucial para que não se legitime juridicamente um *fait accompli*. A postura do estado brasileiro, em não aceitar Dani Dayan como chefe de missão diplomática de Israel no Brasil é exemplo de cumprimento do princípio. Dayan havia integrado o Conselho Yesha, de representação dos assentados israelenses em território palestino, e, em 2015, o governo israelense fez saber sua intenção de nomeá-lo embaixador em Brasília. O Brasil sequer respondeu. Posteriormente, Israel recuou e desistiu da nomeação[275].

Em caso de responsabilidade agravada, os estados têm ainda a obrigação de não prestar assistência ou auxílio ao estado violador para manter a situação ilícita[276]. Essa obrigação se apresenta depois

273 Tradução do autor. No original: "tous les Etats sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. *ICJ Reports.* The Hague: 2004, §159.

274 SLOBODA, Pedro Muniz Pinto. Palestina: Estado nacional. In: XIII Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2015, Fortaleza. *Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, v. 1, 2015, p. 1-16.

275 *Israel anuncia desistência de Dayan para embaixador no Brasil e recua*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/03/1750990-israel-anuncia-desistencia-de-dayan-para-embaixador-no-brasil-e-recua.shtml>. Acesso em: 11 jul. 2016. *Israel recua de disputa com Brasil sobre nomeação de embaixador.* Disponível em: <http://br.reuters.com/article/topNews/idBRKCN0WU0Q8>. Acesso em: 11 jul. 2016.

276 JORGENSEN, Nina HB. The Obligation of Non-Assistance to the Responsible State. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

do cometimento do ilícito, o que a diferencia da responsabilização indireta, prevista no artigo 16 do projeto de 2001, com base na qual o estado pode ser indiretamente responsabilizado por auxiliar o violador no cometimento do ilícito. Em caso de responsabilidade agravada, todos os estados têm a obrigação de não auxiliar tanto no cometimento do ilícito quanto na manutenção da situação de fato dele derivada. Isso foi determinado pelo Conselho de Segurança, por exemplo, na resolução 218, de 1965, na qual determinava que nenhum estado poderia auxiliar Portugal na manutenção de seu regime colonial, e na resolução 418, de 1977, pela qual determinava que todos os estados deveriam abster-se de auxiliar a África do Sul a desenvolver armas nucleares.

No caso Namíbia, a Corte Internacional de Justiça determinou que os estados deveriam reconhecer a ilegalidade da ocupação da Namíbia pela África do Sul e deveriam se abster de prestar qualquer assistência com relação a essa ocupação. No mesmo sentido, a Corte determinou, no Caso Construção de um Muro, que os estados têm "a obrigação de não prestar auxílio ou assistência na manutenção da situação criada por essa construção"[277].

A obrigação de não auxiliar o estado violador restringe-se aos atos relacionados à situação decorrente do ilícito grave. Não existe propriamente a obrigação de se isolar completamente o estado, ainda que muitos possam suspender a cooperação em outras áreas, como anunciava o Brasil na abertura da Assembleia Geral da ONU de 1985, com relação ao regime racista da África do Sul[278].

277 Tradução do autor. No original: "l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. *ICJ Reports.* The Hague: 2004, §159.

278 Em seu discurso, José Sarney afirmou: "As the President of my country, I reconfirmed a few weeks ago the ban on licenses and patents to South Africa, as well as on exports of oil and its by-products and arms and ammunition; I also suspended all cultural and artistic or sports activities with the Goverment in Pretoria". In: CORRÊA, Luiz Felipe de Seixas (org.). *Brazil in the United Nations* (1946--2011). Brasília: FUNAG, 2013, p. 557.

Finalmente, em caso de responsabilidade agravada, os demais estados têm a obrigação de cooperar, por meios lícitos, para pôr fim à situação criada pelo ilícito grave[279]. Trata-se de obrigação positiva, fundada na solidariedade internacional em face de violação de norma que resguarda interesse comum. Trata-se de obrigação já prevista na Declaração sobre os Princípios que Regem as Relações Amistosas entres os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas, aprovada por meio da resolução 2625 da Assembleia Geral da ONU, em 1970. Um desses princípios é justamente a cooperação entre os estados para a manutenção da paz e da segurança internacionais e para a preservação dos direitos humanos. De acordo com a Corte Internacional de Justiça, essa Declaração reflete o costume internacional[280], de modo que a obrigação de cooperar nos casos nela previstos é *lege lata*, a consolidar a solidariedade internacional.

De qualquer forma, a cooperação entre os estados deve-se limitar a atos lícitos. Isso significa que não existe um dever por parte dos demais estados de impor contramedidas em caso de responsabilidade agravada, menos ainda de promover intervenções armadas unilaterais. Nesse sentido, o uso da força empreendido pela OTAN no Kosovo, em 1999, sob o pretexto de proteger direitos humanos, foi reconhecidamente ilegal. Medidas mais duras a serem tomadas em caso de responsabilidade agravada devem ser decididas pelas instâncias multilaterais competentes. Significativamente, a Corte Internacional de Justiça, no Caso Construção de um Muro, afirmou:

> *A Organização das Nações Unidas, e, especialmente, a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança devem,*

279 JORGENSEN, Nina HB. The Obligation of Cooperation. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

280 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, de 26 de junho de 1986, §188.

> *tendo em mente o presente parecer consultivo, examinar que novas medidas devem ser tomadas, com vistas a colocar um fim à situação ilícita decorrente da construção do muro e do regime a ele associado*[281].

A doutrina do *punitive damages* advém do sistema da *common law*. Consiste no pagamento de valor adicional ao dano efetivamente causado, com vistas a punir o violador por algum agravante em sua conduta, como o uso de violência, dolo ou fraude. Diferencia-se do pagamento de indenização adicional por dano moral, uma vez que seu objetivo não é reparar um dano imaterial sofrido pela vítima, mas punir o violador por algum comportamento que agrave sua conduta. O uso dessa doutrina em Direito Internacional não é *lege lata,* e sua aplicação pelos estados é, na melhor das hipóteses, inconsistente. Por essa razão, ainda que tenha sido cogitado por membros da Comissão de Direito Internacional, o conceito não foi adotado em primeira nem em segunda leitura do projeto de artigos[282]. Ao final, a ausência de uma indenização punitiva parece coadunar-se com a exclusão da lógica criminal do projeto de 2001. Nada impede, contudo, que o direito da responsabilidade internacional recepcione essa doutrina a partir de seu desenvolvimento progressivo.

Assim como o crime de estado, a responsabilidade agravada contém componentes qualitativos e quantitativos. Não basta que haja violação a um tipo de norma específica, essa violação deve ser grave. De acordo com o artigo 40 do projeto de 2001,

281 Tradução do autor. No original: "l'organisation des Nations Unies, et spécialement l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, doivent, en tenant dûment compte du présent avis consultatif, examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. *ICJ Reports.* The Hague: 2004, §160.

282 WITTICH, Stephan. Punitive Damages. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 673.

para que haja responsabilidade agravada, a violação de norma peremptória deve ser grave, no sentido de consistir em massivo ou sistemático descumprimento da obrigação advinda da norma. Em seus comentários, a Comissão de Direito Internacional esclarece que o elemento gravidade foi utilizado como forma de não tornar trivial a responsabilidade agravada[283]. Os comentários induzem ao raciocínio de que um uso da força que não tenha gravidade suficiente para constituir um ataque armado, por exemplo, não acarretaria responsabilidade agravada. No entanto, quando se leva em consideração a singeleza das consequências adicionais da responsabilidade agravada, essa exigência de gravidade pode parecer sem sentido. Dificilmente seria admitido que os estados pudessem reconhecer como lícita uma situação de fato derivada de um uso da força não equivalente a ataque armado, ou que pudessem fornecer auxílio ou assistência para a manutenção dessa situação. O elemento gravidade fazia sentido no contexto de um regime diferenciado de responsabilidade, como o de crimes de estado. Nesse caso, haveria verdadeiras punições, desproporcionais aos danos causados. Quando se trata de diferença de grau, e não de regime, como é o caso da responsabilidade agravada, o elemento gravidade é menos relevante[284].

Existem muitas semelhanças entre as consequências da responsabilidade agravada e do que seriam os crimes de estado. No entanto, há diferenças notáveis entre os institutos, promovidas pela eliminação da lógica de subordinação típica das punições criminais. A implementação da responsabilidade internacional, atualmente, não tem natureza jurídica punitiva, senão instrumental

283 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 112.

284 GAETA, Paola. The Character of the Breach. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 426.

e reparatória. Não existe no atual projeto de artigos previsão de que o estado que arque com responsabilidade agravada tenha sua independência política e sua estabilidade econômica afetadas por uma restituição, ou sua dignidade afetada por uma satisfação, como havia no projeto de 1996. Curioso como possa parecer, a responsabilidade agravada não acarreta nenhuma consequência adicional para o estado violador, apenas para os demais estados. Como quaisquer irmãos gêmeos, há muitas distinções entre os institutos da responsabilidade agravada e do crime de estado.

Com a exclusão da ideia de crime de estado do atual projeto de artigos, a responsabilidade internacional dos estados não é, atualmente, nem civil, nem penal, ainda que apresente características ora de uma, ora de outra modalidade de responsabilização. Não há de se classificá-la nesses termos. Trata-se da responsabilidade internacional propriamente dita. Nas palavras de Pellet:

> *Nem civil, nem penal, mas incorporando um e outro, a responsabilidade internacional apresenta características próprias e não se poderia assemelhar às categorias de direito interno, da mesma forma que a sociedade internacional tem pouco que ver com a comunidade nacional*[285].

A solução alcançada por Crawford, de substituir o conceito de crime de estado pelo de responsabilidade agravada parece compatível com a sociedade internacional contemporânea, ainda descentralizada e institucionalmente imperfeita. A responsabilidade criminal do estado, com seu viés punitivo, não parece a que melhor se coaduna com o princípio estrutural intersubjetivo da igualdade soberana, no

285 Tradução do autor. No original: "Ni civile, ni pénale, mais tenant de l'une et de l'autre, la responsabilité internationale présente des caractères propres et ne saurait être assimilée aux catégories du droit interne tant il est vrai que la société des Etats a peu à voir avec la communauté nationale". PELLET, Alain. Vive le crime! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international. In: *Le Droit International à l'aube du XXI siècle. Reflexions des codificateurs*. New York: Nations Unies, 1997, §17.

atual estágio de evolução da sociedade internacional, em que não existe uma jurisdição universal. O desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, contudo, pode levar a uma reinterpretação desse princípio constitucional, de modo a consolidar essa lógica de subordinação em termos de responsabilidade. Para tanto, é preciso fortalecer as instituições multilaterais. Por enquanto, o Direito Internacional conta principalmente com mecanismos de implementação da responsabilidade, não de punição do violador. Os matizes sancionatórios limitam-se às medidas adotadas no seio de organismos internacionais como a ONU.

1.4 Quem pode invocar a responsabilidade internacional de um estado

"Invocar" a responsabilidade de um estado significa tomar uma medida relativamente formal, a fim de exigir que o violador arque com as consequências do ilícito cometido. Significa, em particular, exigir a interrupção da conduta ilícita e a reparação integral do dano. Essa invocação pode ser feita de modo descentralizado ou por vias jurisdicionais, ao se recorrer a tribunal internacional ou a instância arbitral. Para tanto, o estado que invoca a responsabilidade deve ter interesse jurídico na questão. Não se trata de mero protesto ou reserva de direitos, mas de procedimento relativamente formal, ainda quando descentralizado. O termo não está definido no projeto de artigos de 2001, mas a Comissão de Direito Internacional, em seus comentários ao artigo 42 afirma:

> *Para esses fins, invocação deve ser entendida como a tomada de medidas de caráter relativamente formal, por exemplo, o acionamento de outro estado ou o início de procedimentos em uma corte ou tribunal internacional. Um estado não invoca a responsabilidade de outro simplesmente porque o critica por um ilícito*

e o conclama a cumprir a obrigação, ou mesmo porque reserva seus direitos ou protesta. Para os fins destes artigos, um protesto, por si só, não é uma invocação da responsabilidade; ele assume diversas formas e propósitos e não se limita a casos envolvendo responsabilidade estatal. Não é necessário, em geral, que um estado apresente nenhum título ou interesse específico para protestar contra uma violação do Direito Internacional por outro estado ou para lembrá-lo de suas responsabilidades internacionais com relação a um tratado ou a outra obrigação pela qual ambos estejam vinculados. Tais contatos diplomáticos informais não equivalem à invocação da responsabilidade, a menos e até que envolvam exigências específicas por parte do estado envolvido, como a de compensação por um ilícito que o afete ou uma ação específica, como o início de uma ação perante um tribunal internacional competente, ou até mesmo a adoção de contramedidas. Para tomar tais medidas, vale dizer, para invocar a responsabilidade no sentido dos artigos, é necessário algum título específico. Em particular, para que um estado invoque ele próprio a responsabilidade, ele deve ter um direito específico de fazê-lo, por exemplo, um direito de agir especificamente previsto em um tratado, ou ele deve ser considerado um estado lesado[286].

286 Tradução o autor. No original: "For this purpose, invocation should be understood as taking measures of a relatively formal character, for example, the raising or presentation of a claim against another State or the commencement of proceedings before an international court or tribunal. A State does not invoke the responsibility of another State merely because it criticizes that State for a breach and calls for observance of the obligation, or even reserves its rights or protests. For the purpose of these articles, protest as such is not an invocation of responsibility; it has a variety of forms and purposes and is not limited to cases involving State responsibility. There is in general no requirement that a State which wishes to protest against a breach of international law by another State or remind it of its international responsibilities in respect of a treaty or other obligation by which they are both bound should establish any specific title or interest to do so. Such informal diplomatic contacts do not

A evolução do Direito Internacional de um viés eminentemente bilateralista para uma natureza parcialmente comunitária alterou profundamente o instituto da responsabilidade internacional. Conforme a clássica lógica bilateral, apenas os estados diretamente lesados pelo ilícito internacional podiam invocar a responsabilidade do estado violador. Ainda que um estado pudesse estar vinculado pela mesma norma com relação a diversos estados, no seio de um costume internacional, por exemplo, a relação de responsabilidade possuía dimensão eminentemente bilateral. A norma primária criaria uma constelação de obrigações *inter partes*, de modo que as relações secundárias relativas à responsabilidade também se dariam dentro dessa lógica bilateral.

Conforme foi se consolidando o bloco de constitucionalidade do Direito Internacional Geral, interesses comunitários e normas devidas à comunidade internacional como um todo foram sendo estabelecidos. Uma norma de *jus cogens*, por exemplo, cria obrigações *erga omnes*, devidas a toda a comunidade internacional. Nesse contexto, as relações jurídicas criadas não se limitam à dinâmica bilateral. Trata-se de obrigações integralmente devidas a todos. Em caso de violação de norma dessa natureza, todos são juridicamente afetados, de modo que todos têm interesse de agir, mesmo que não tenham sido diretamente afetados pelo ilícito.

amount to the invocation of responsibility unless and until they involve specific claims by the State concerned, such as for compensation for a breach affecting it, or specific action such as the filing of an application before a competent international tribunal, or even the taking of countermeasures. In order to take such steps, i.e. to invoke responsibility in the sense of the articles, some more specific entitlement is needed. In particular, for a State to invoke responsibility on its own account it should have a specific right to do so, e.g. a right of action specifically conferred by a treaty, or it must be considered an injured State". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, Part Two, 2001, p. 117.

1.4.1 Estados lesados

De acordo com o projeto de artigos adotado em primeira leitura, em 1996, todo estado que tivesse um direito violado deveria ser considerado um estado lesado. Nesse sentido, em caso de violação de obrigações bilaterais criadas por tratados entre dois estados ou por decisão jurisdicional, o outro estado seria o lesado para fins de invocação da responsabilidade. Em casos de tratados multilaterais e de costumes internacionais, estado lesado seria aquele que teve um direito violado, vale dizer, que não teve cumprida a obrigação com relação a si, dentro da relação jurídica bilateral criada pelo tratado ou pelo costume. Ainda, qualquer estado parte em um tratado multilateral seria considerado lesado, na medida em que o tratado criasse obrigações *erga omnes partes*. Em casos de crimes de estado, todos os estados seriam considerados lesados, podendo, portanto, invocar a responsabilidade do violador[287].

287 Article 40 Meaning of injured State 1. For the purposes of the present articles, "injured State" means any State a right of which is infringed by the act of another State, if that act constitutes, in accordance with Part One, an internationally wrongful act of that State. 2. In particular, "injured State" means: (a) if the right infringed by the act of a State arises from a bilateral treaty, the other State party to the treaty; (b) if the right infringed by the act of a State arises from a judgment or other binding dispute settlement decision of an international court or tribunal, the other State or States parties to the dispute and entitled to the benefit of that right; (c) if the right infringed by the act of a State arises from a binding decision of an international organ other than an international court or tribunal, the State or States which, in accordance with the constituent instrument of the international organization concerned, are entitled to the benefit of that right; (d) if the right infringed by the act of a State arises from a treaty provision for a third State, that third State; (e) if the right infringed by the act of a State arises from a multilateral treaty or from a rule of customary international law, any other State party to the multilateral treaty or bound by the relevant rule of customary international law, if it is established that: (i) the right has been created or is established in its favour; (ii) the infringement of the right by the act of a State necessarily affects the enjoyment of the rights or the performance of the obligations of the other States parties to the multilateral treaty or bound by the rule of customary international law; or (iii) the right has been created or is established for the protection of human rights and fundamental freedoms; (f) if the right infringed by the act of a State arises from a multilateral treaty, any other State party to the multilateral treaty, if it is established that the right has been expressly stipulated in that treaty for the protection of the collective interests of the States parties thereto. 3. In addition, "injured State" means, if the internationally wrongful act constitutes an international crime, all other States.

O projeto de artigos finalmente adotado em 2001, em segunda leitura, adotou concepção mais matizada e complexa de estado lesado. Nem todo estado com interesse jurídico no cumprimento de uma norma é considerado lesado. Ao mesmo tempo, o estado lesado nem sempre sofre dano de ordem material ou moral com o cometimento do ilícito. Nos termos do artigo 42 do projeto:

> *Um estado terá o direito, como estado lesado, de invocar a responsabilidade de outro estado se a obrigação violada existe:*
>
> *a) em relação a este estado individualmente; ou*
>
> *b) em relação a um grupo de estados, do qual este estado faça parte, ou a comunidade internacional como um todo, e a violação da obrigação:*
>
> *i. especialmente afeta este estado; ou*
>
> *ii. for de tal natureza que modifique radicalmente a situação de todos os outros estados em relação aos quais exista a obrigação de ulterior cumprimento.*

De acordo com o projeto, devem ser considerados estados lesados, em primeiro lugar, aqueles que tiveram direitos violados em uma relação bilateral. O dispositivo inclui, obviamente, estados a quem uma obrigação decorrente de tratado bilateral, decisão jurisprudencial ou promessa, efetuada por ato unilateral, não é cumprida. Estão incluídas também obrigações *inter partes* criadas por tratados multilaterais ou por costumes internacionais. Assim, se um estado sofre com o desrespeito ao artigo 22 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, relativo à obrigação de proteger os locais da missão diplomática, ele será considerado um estado lesado. Mesmo que se trate de um tratado multilateral, a obrigação criada caracteriza-se como *inter partes*. Apenas o estado a quem a obrigação não é cumprida pode, enquanto lesado, invocar

a responsabilidade do violador. Em 2009, por exemplo, quando o estado de Honduras cercou e cortou a eletricidade, o abastecimento de água e o sinal de telefone da embaixada brasileira em Tegucigalpa, apenas o Brasil poderia ser considerado estado lesado para fins de invocação da responsabilidade internacional de Honduras[288].

Com relação às obrigações *erga omnes* e *erga omnes partes,* um estado pode invocar a responsabilidade do violador como estado lesado, nos termos do artigo 42, ou como não lesado, nos termos do artigo 48. Não é acidental a distinção dos estados que podem invocar a responsabilidade pela violação de uma mesma norma internacional. O estado que invoca a responsabilidade como lesado pode adotar medidas de implementação que o estado não lesado está impedido de tomar, por mais que ambos estejam autorizados a invocar a responsabilidade de um mesmo estado pela violação de uma mesma obrigação.

O artigo 42(b) trata das obrigações *erga omnes* e *erga omnes partes*. De acordo com a alínea (i), um estado pode invocar a responsabilidade de um estado por violação de uma obrigação dessa natureza quando é especialmente afetado pela violação. A obrigação não é devida exclusivamente a ele. Não se trata de vínculo bilateral, em sede de obrigação *inter partes*. Trata-se de obrigação integral, destinada a resguardar um interesse coletivo. Nesses casos, um estado a quem, entre outros, a obrigação era devida, será considerado lesado se for especialmente afetado, em particular, se sofrer dano material ou moral com a violação. A Comissão de Direito Internacional menciona o exemplo de uma poluição massiva, ocorrida em violação ao artigo 194 da Convenção das Nações Unidas sobre direito do mar. Nesse caso, será considerado

288 *Honduras corta eletricidade, água e telefone da Embaixada do Brasil*. 22/9/2009. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/internacional/2009/09/22/ult1859u1469.jhtm>. Acesso em: 11 jul. 2016.

lesado o estado que, por exemplo, tiver suas praias poluídas, em função da violação da obrigação por outro estado.

O artigo 42(b) (ii) trata das chamadas obrigações interdependentes. Trata-se de obrigações multilaterais que, se desrespeitadas por um único estado, modificam radicalmente o alcance das obrigações dos demais estados, a ponto de, muitas vezes, extinguir as obrigações. É o caso dos tratados que criam zonas desmilitarizadas ou livres de armas nucleares. O Tratado de Tlatelolco, de 1967, por exemplo, cria obrigações dessa natureza. O documento cria uma zona livre de armas nucleares na América. Com efeito, com exclusão da América Anglo-Saxônica, todo o continente conforma uma área de paz e de cooperação, na qual não existem armas nucleares. Trata-se de obrigações interdependentes, porque se um único país americano obtém armas dessa natureza, todo o regime desmorona. Afinal, a zona livre de armas nucleares só existe na medida em que todos os estados-membros do tratado de Tlatelolco respeitam as obrigações dele decorrentes. Em caso de descumprimento, qualquer estado parte no tratado é considerado lesado, porque a violação do tratado altera radicalmente as relações jurídicas entre todos os estados partes. Nesses casos, os estados considerados lesados não sofrem, na maior parte das vezes, dano material ou moral.

1.4.1 Estados não lesados

Estados não lesados também podem ter interesse jurídico no cumprimento de algumas normas internacionais. É o que ocorre nos casos de obrigações *erga omnes* e *erga omnes partes*, que protegem interesses coletivos.

Nos casos da África do Sudoeste, Etiópia e Libéria ingressaram na Corte Internacional de Justiça em face da África do Sul, alegando que ela teria violado dispositivos do acordo de mandato,

estabelecido sob a égide da Sociedade das Nações, com relação ao território da África do Sudoeste, em particular no que diz respeito à implantação do *apartheid*. Apesar de a Corte afirmar sua jurisdição sobre o caso na decisão preliminar de 1962, que parecia reconhecer o *locus standi* dos autores, na decisão de mérito, de 1966, devido a alterações na composição da Corte, adotou-se, por apertada maioria, o entendimento de que Etiópia e Libéria não tinham interesse jurídico na questão[289]. Tratava-se de controversa interpretação do interesse de agir como questão de mérito, e não de admissibilidade[290]. Na decisão, a Corte Internacional de Justiça, com o voto de minerva de seu presidente, negou a existência de uma *actio popularis* em Direito Internacional:

> *Observada por outro ângulo, ademais, o argumento equivale a um pleito de que a Corte deveria permitir o equivalente a uma actio popularis, ou o direito de qualquer membro da comunidade de adotar medidas legais para vindicar um interesse público. Mas, apesar de um direito dessa natureza ser conhecido em certos sistemas jurídicos domésticos, ele não é conhecido no Direito Internacional como ele se apresenta atualmente*[291].

Alguns votos dissidentes, contudo, como os dos juízes Kotaro Tanaka e Philip Jessup, reconheceram que a existência de interesse

289 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. South West Africa, Second Phase, Judgment. *ICJ Reports*. The Hague: 1966, p. 6.

290 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law.* Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 469.

291 Tradução do autor. No original: "Looked at in another way moreover, the argument amounts to a plea that the Court should allow the equivalent of an 'actio popularis', or right resident in any member of a community to take legal action in vindication of a public interest. But although a right of this kind may be known to certain municipal systems of law, it is not known to international law as it stands at present". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. South West Africa, *ICJ Reports*. The Hague: 1966, §88.

jurídico por parte de qualquer estado exige sua proteção pelos meios adequados[292].

Quatro anos depois, em espécie de *corrigendum*, a Corte Internacional de Justiça reconheceu o interesse de agir de qualquer estado da comunidade internacional quando a obrigação violada é *erga omnes*. A Corte passava a impressão de querer aprimorar sua afirmação anterior; tanto é que reconheceu esse interesse jurídico por meio de um *obiter dictum,* no caso Barcelona Traction:

> *Em particular, uma distinção essencial deve ser estabelecida entre as obrigações de um estado perante a comunidade internacional como um todo e aquelas que surgem vis-à-vis um outro estado, no âmbito da proteção diplomática. Por sua própria natureza, aquelas são do interesse de todos os estados. Diante da importância dos direitos envolvidos, todos os estados têm um interesse jurídico em sua proteção; elas são obrigações erga omnes*[293].

Seguindo o contexto da decisão do caso Barcelona Traction, Roberto Ago, como visto, inseriu a noção de crime internacional, que permitia que qualquer membro da comunidade internacional invocasse a responsabilidade do violador, independentemente de ter sido lesado. O abandono da ideia de crime de estado, quando da adoção do projeto de artigos final não excluiu, contudo, essa

292 DISSENTING OPINION OF JUDGE JESSUP. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. South West Africa, Second Phase, Judgment. *ICJ Reports*. The Hague: 1966, p. 6. DISSENTING OPINION OF JUDGE TANAKA. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. South West Africa, Second Phase, Judgment. *ICJ Reports*. The Hague: 1966, p. 6.

293 Tradução do autor. No original: "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". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment. *ICJ Reports*. The Hague: 1970, p. 32.

possibilidade de um estado não lesado invocar a responsabilidade internacional em alguns casos específicos. Dessa forma, o artigo 48 do projeto de artigos de 2001 prevê a possibilidade de estados não lesados invocarem a responsabilidade internacional de um estado faltoso em casos de violações de obrigações *erga omnes* e *erga omnes partes*:

> *1. Qualquer estado, além do lesado, pode invocar a responsabilidade de outro estado de acordo com o parágrafo 2, se:*
>
> *a) a obrigação violada existe em relação a um grupo de estados incluindo aquele estado, e está estabelecida para a proteção de um interesse coletivo do grupo; ou*
>
> *b) a obrigação violada existe em relação à comunidade internacional como um todo.*

Não se trata de obrigação *inter partes*. Em qualquer hipótese, as obrigações às quais se refere o artigo 48 do projeto extrapolam o nível bilateral. Criam obrigações para um grupo de estados, no interesse coletivo desse grupo. A fonte da obrigação não é relevante, podendo a norma advir de um tratado, de um costume ou de outra fonte de Direito Internacional. Tratados de direitos humanos constituem exemplo notório desse tipo de obrigação. A liberdade de expressão, por exemplo, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, não visa a proteger um interesse de um estado específico; objetiva resguardar um interesse comum ao grupo de estados que faz parte da convenção. Se um estado americano desrespeita a referida obrigação, isso não dá aos demais estados o direito de suspender a execução ou de extinguir a obrigação. Esse tipo de obrigação deve ser cumprido *in totum*. Trata-se de obrigação absoluta, ou integral. Nesse caso, qualquer estado parte no tratado pode invocar a responsabilidade do estado violador. Qualquer desses estados poderá, portanto, ingressar na

Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou em outro tribunal internacional competente, para fazer valer a obrigação violada.

No que diz respeito às consequências de um ilícito, o bloco de constitucionalidade do Direito Internacional Geral influencia o direito da responsabilidade do estado de duas formas. Em primeiro lugar, violações de normas de *jus cogens* geram responsabilidade agravada, com consequências adicionais à interrupção do ilícito e à reparação do dano. Em segundo lugar, como o bloco de constitucionalidade gesta uma lógica de solidariedade entre os estados, por meio da criação de obrigações *erga omnes*, todos têm interesse em ver cumpridas as obrigações devidas à comunidade internacional como um todo. Consagra-se a evolução de um sistema de responsabilidade bilateralista para um sistema comunitário, em que todos têm interesse de agir, mesmo que não sejam diretamente afetados pelo ilícito. Mesmo os estados não lesados – ou indiretamente lesados, como alguns preferem denominar – têm interesse no cumprimento de obrigações comunitárias; podem, portanto, invocar a responsabilidade do violador.

"Invocar" a responsabilidade não significa, contudo, implementar a responsabilidade. Existem diversos tipos de medidas coercitivas que podem ser tomadas, a fim de obrigar um estado violador a arcar com as consequências da responsabilidade internacional. Essas constrições podem ser institucionalizadas ou descentralizadas, pautadas por uma lógica de autoajuda. Neste caso, contudo, não é qualquer estado que pode impor qualquer tipo de retaliação. Mesmo entre os estados autorizados a invocar a responsabilidade, as medidas a serem tomadas são diferentes. A distinção entre estado lesado e não lesado, explicitada pelo projeto de artigos de 2001, não é mero preciosismo vocabular.

CAPÍTULO 2
A IMPLEMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

> *Essa ideia era nada menos que a invenção de um medicamento sublime, um emplasto anti-hipocondríaco, destinado a aliviar a nossa melancólica humanidade. Na petição de privilégio que então redigi, chamei a atenção do governo para esse resultado, verdadeiramente cristão (*Machado de Assis*, Memórias póstumas de Brás Cubas).*

Todo ato internacionalmente ilícito acarreta responsabilidade internacional e gera, necessariamente, a obrigação de interrupção do ato ilícito, se contínuo, e a reparação de eventuais danos. Isso não significa, contudo, que, necessariamente, um estado com interesse jurídico na questão invocará a responsabilidade do violador. Significa, menos ainda, que necessariamente haverá algum tipo de sanção contra este estado. De todo modo, o cometimento de um ato ilícito abre caminho para que estados lesados e, em alguns casos, estados não lesados reajam, por meio dos institutos jurídicos adequados.

Implementar a responsabilidade internacional significa invocar a responsabilidade de um estado violador, nos termos dos artigos 42

e 48, analisados no capítulo 1, do projeto de artigos de 2001, e, se for o caso, adotar as medidas sancionatórias apropriadas, de modo a forçar o estado violador a arcar com as consequências de seu ilícito. Essas sanções podem se dar de modo descentralizado, impostas pelos próprios estados, dentro da lógica de coordenação típica da sociedade internacional estruturada pela norma intersubjetiva da igualdade soberana, ou podem ser aplicadas de modo institucionalizado, no seio de alguma organização internacional. Cada uma dessas formas de implementação da responsabilidade tem suas características próprias e deve ser detidamente analisada.

2.1 Sanções descentralizadas: retaliações

O ordenamento jurídico doméstico dos estados é caracterizado pela existência de uma autoridade superior aos indivíduos, que garante a criação e a implementação das normas jurídicas. Esse sistema é pautado, portanto, por uma lógica vertical de subordinação, em que o governo detém o monopólio legítimo da força, sendo vedado aos indivíduos a justiça privada. Diante de um direito violado, cabe à autoridade judiciária, e não aos indivíduos, aplicar as regras secundárias de julgamento, fazendo uso, se for preciso, do processo de execução. O mesmo não acontece no sistema internacional.

A sociedade internacional é descentralizada, pautada por uma lógica de coordenação entre os estados que a compõem[294]. Os teóricos das relações internacionais afirmam que ela é anárquica, no sentido de que não há um governo mundial com poderes supranacionais, subordinando todos os estados[295]. Essa característica é fruto da norma constitucional estrutural intersubjetiva da igualdade soberana entre os estados, analisada

294 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 2v. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 57.

295 BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p. 263.

no capítulo 1. Dessa forma, os mecanismos jurídicos que operam nessa sociedade são também, em boa medida, descentralizados.

Um estado que tenha sido lesado por uma violação do Direito Internacional pode invocar a responsabilidade do estado violador, a fim de exigir a interrupção da conduta e, se for o caso, garantias de não repetição, bem como a reparação completa dos prejuízos causados[296]. Acontece que, nem sempre, o responsável pelo ilícito está disposto a arcar com as consequências de suas condutas. Em situações como essa, os estados podem recorrer a mecanismos de autoajuda denominados retaliações, vale dizer, podem impor medidas coercitivas, com o objetivo de forçar o estado violador a cumprir com suas obrigações internacionais. Essas retaliações dividem-se em retorsões e contramedidas.

2.1.1 Retorsões

De acordo com a Comissão de Direito Internacional, em seus comentários ao projeto de artigos de 2001, retorsões são "condutas inamistosas que não são inconsistentes com nenhuma obrigação internacional do Estado que as promove, mesmo que seja uma resposta a um ilícito internacional"[297]. São, portanto, atos intrinsecamente lícitos, como cancelamento de vistos, suspensão de cooperação financeira, rompimento de relações diplomáticas ou embargos. Esses atos não são inconsistentes com nenhuma obrigação internacional, e os estados são livres para adotá-los quando julgarem mais conveniente. O projeto de artigos aprovado pela Comissão de Direito Internacional não apresenta nenhuma regulamentação detalhada do instituto, porque ele não necessariamente será usado como uma forma de implementação da responsabilidade. Afinal, sendo atos lícitos, fazem

296 Art. 42 do projeto de artigos sobre responsabilidade internacional dos estados por atos internacionalmente ilícitos.

297 UNITED NATIONS. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, Parte III, §3.

parte da liberdade dos estados. Não há a necessidade de que o estado objeto das retorsões tenha cometido um ilícito anteriormente; ele pode, simplesmente, ter agido de maneira pouco amigável.

A imposição de retorsões é considerada uma liberdade do estado, pautada, portanto, pelo princípio Lótus, que remonta ao caso julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1926[298]. O caso dizia respeito à controvérsia entre França e Turquia, após esta ter julgado o comandante francês da embarcação Lótus, responsável por abalroamento com embarcação turca em alto mar, que vitimara oito pessoas. A França ingressara na CPJI alegando que a Turquia não poderia ter julgado o comandante, por não haver norma internacional permissiva nesse sentido. A Turquia, por sua vez, defendera que, na ausência de norma internacional proibitiva, e diante do dano causado à embarcação turca, ela teria competência para julgar o caso. Em célebre passagem, a CPJI, dando ganho de causa à Turquia, afirmou que, no que diz respeito à jurisdição exercida em seu próprio território, "limitações às independências dos estados não se presumem"[299].

Muitos conceberam essa sentença como expressão de uma *in dubio pro libertate*, com base em uma presunção segundo a qual a soberania dos estados prevaleceria sobre o Direito Internacional[300]. Essa concepção é imprecisa, contudo, e não resiste à afirmação seguinte ao célebre excerto: "No entanto, a limitação primordial que o Direito Internacional impõe aos estados é aquela de excluir

298 CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Affaire du «Lotus» (França *vs* Turquia). Julgamento n. 9 de 2 agosto de 1926. *Recueil des Arrêts*, Série A, n. 10. Segundo a Corte, "as limitações à independência do Estado não se presumem".

299 «Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la Coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas». CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Affaire du «Lotus» (França *vs* Turquia). Julgamento n. 9 de 2 agosto de 1926. *Recueil des Arrêts*, Série A, n. 10, p. 30.

300 SPIERMANN, Ole. Judge Max Huber at the Permanent Court of International Justice. *European Journal of International Law*, v. 18, n. 1, 2007, p. 130.

– salvo existência de norma permissiva em contrário – qualquer exercício de seu poder sobre o território de um outro estado"[301].

Em realidade, a decisão do caso Lótus não fez mais que reafirmar a importância do princípio constitucional da igualdade soberana, que estrutura as relações entre os estados. O desdobramento prático desse princípio, reconhecido pela CPJI, é a distribuição da jurisdição dos estados em seus próprios territórios. Cada estado exerce sua jurisdição exclusiva sobre seu próprio território, salvo norma proibitiva em contrário, de modo que a Turquia poderia julgar o comandante francês. Em contrapartida, fora de seu território, a presunção inverte-se: o estado não poderá exercer sua jurisdição, salvo existência de norma permissiva em contrário. De acordo com a Corte: "nesse sentido, a jurisdição é certamente territorial; ela não poderia ser exercida fora do território senão em virtude de uma regra permissiva decorrente do Direito Internacional costumeiro ou de uma convenção"[302].

Como explica Alain Pellet, a soberania dos estados, no plano internacional, não é absoluta, como seria no plano interno. Ela encontra limites justamente na soberania dos demais estados[303]. Na medida em que os estados se relacionam com base no princípio da igualdade soberana, a liberdade de um estado encontra seu limite na liberdade dos outros estados. O território seria justamente o

301 Tradução do autor. No original: « Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État ». CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Affaire du « Lotus » (França vs Turquia). Julgamento n. 9 de 2 agosto de 1926. *Recueil des Arrêts*, Série A, n. 10, p. 30.

302 Tradução do autor. No original: « Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention ». CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Affaire du « Lotus » (França vs Turquia). Julgamento n. 9 de 2 agosto de 1926. *Recueil des Arrêts*, Série A, n. 10, p. 30.

303 PELLET, Alain. *Lotus que de sottises on profere en ton nom!* Remarques sur le concept de souverainete dans la jurisprudence de la cour mondiale. In: *Melanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, p. 221. Disponível em: <http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Lotus.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

critério usado para definir esses limites. O Direito Internacional Geral prescrevia a soberania territorial, enquanto os tratados poderiam criar outras obrigações. A limitação dos estados pelos tratados, contudo, não poderia ser presumida[304].

O princípio Lótus não pode ser concebido, portanto, como o reconhecimento de uma desordem internacional, em que a soberania dos estados não encontre limites, ou em que sua liberdade prevaleça sobre o Direito Internacional. Em verdade, o princípio Lótus deve ser entendido como o direito de liberdade dos estados dentro dos limites exigidos pelo Direito Internacional. Os estados são livres para atuar, desde que dentro da moldura geral imposta pelo Direito das Gentes.

O princípio Lótus rege a imposição de retorsões. Estas, por consistirem em atos lícitos por natureza, não precisam, diferentemente das contramedidas, ser proporcionais a eventuais danos sofridos. Podem, também diferentemente das contramedidas, ter uma natureza retributiva ou punitiva, e não precisam necessariamente ser temporárias ou reversíveis[305]. Sendo atos intrinsecamente lícitos, podem ser adotados livremente pelos estados.

Isso não significa, no entanto, que as retorsões possam ser ilimitadas. Nesse sentido, o princípio Lótus é esclarecedor quanto a seu escopo. Afinal, o estado é livre para impor essas medidas, desde que elas não violem os princípios gerais de Direito das Gentes. Os embargos, por exemplo, são medidas lícitas, desde que não sejam incompatíveis com nenhum tratado em vigor. Afinal, um estado tem total liberdade de determinar com quem as empresas de sua nacionalidade irão comercializar. Nenhum estado é obrigado a manter relações comerciais com todos os demais estados. Um

304 SPIERMANN, Ole. Judge Max Huber at the Permanent Court of International Justice, *European Journal of International Law*, v. 18, n. 1, 2007, p. 131.

305 CRAWFORD, James. *State Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 677.

embargo corresponde, portanto, a uma conduta intrinsecamente lícita. Contudo, essa conduta pode converter-se em um ato ilícito internacional, a depender de seus propósitos, de seu escopo, de suas dimensões e de seus impactos, porque pode converter-se em uma forma de intervir em assuntos internos de outros estados. Nesse sentido, o embargo dos Estados Unidos contra Cuba é ilustrativo. Apesar de a natureza jurídica da conduta ser lícita, seus impactos e seus propósitos são incompatíveis com o princípio da não intervenção. Este princípio é corolário da igualdade soberana entre os estados e, além de decorrer do artigo 2(1) da Carta da ONU[306], constitui norma costumeira internacional, reproduzida na Resolução 2625 da Assembleia Geral da ONU, de 1970:

> *nenhum Estado pode adotar ou encorajar o uso de medidas econômicas, políticas ou de qualquer outra natureza para coagir outro Estado com o objetivo de obter dele a subordinação do exercício de seus direitos soberanos e para obter dele vantagens de qualquer tipo*[307].

Por mais que a imposição de um embargo seja intrinsecamente lícita – desde que não haja tratado comercial com ele incompatível –, no que concerne às finalidades, o embargo a Cuba não tem por objetivo assegurar o respeito ao Direito Internacional; seu objetivo deliberado é alterar o sistema político, econômico e social da ilha[308], o que é reconhecido pelo próprio Departamento de

306 NOLTE, Georg. Art. 2(7) In SIMMA, Bruno; MOSLER, Hermann; RANDELHOFER, Albrecht; TOMUSCHAT, Christian; WOLFRUM, Rüdiger. *The Charter of the United Nations a Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

307 Tradução livre. Na versão original: «aucun Etat ne peut appliquer ni encourager l'usage de mesures économiques, politiques ou de toute autre nature pour contraindre un autre Etat à subordonner l'exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit».

308 "Although the original reasons for the US imposition of measures in 1960 included responding to violations of international law by the revolutionary government in Cuba, its maintenance over five decades appears almost exclusively a matter of ideology and politics". WHITE, Nigel D. *The Cuban Embargo under International Law: el bloqueo*. New York: Taylor and Francis Group, 2015, p.1.

Estado dos Estados Unidos[309]. No que concerne às consequências internas do embargo, deve-se admitir que, efetivamente, o sistema econômico e social é negativamente afetado desde a implementação das medidas[310]. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos "reitera sua posição sobre o impacto de tais sanções sobre os direitos humanos do povo cubano e, por conseguinte, insiste em que o embargo tenha fim[311]". No mesmo sentido, a Anistia Internacional afirma que o embargo provoca graves consequências sociais em Cuba, acarretando violações de direitos humanos[312].

Por esses motivos, a comunidade internacional como um todo condena o embargo a Cuba como ilegal. Desde 1992, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova uma resolução anual, denunciando o embargo a Cuba como contrário ao princípio da não intervenção, e reafirmando a necessidade de pôr fim a ele. Esse tipo de afirmação, reiterada há quase um quarto de século por virtualmente todos

309 "A política dos Estados Unidos para Cuba foca-se em encorajar reformas econômicas e democráticas, bem como um maior respeito pelos direitos humanos por parte do governo cubano". Tradução do autor. No original: "U.S. policy toward Cuba is focused on encouraging democratic and economic reforms and increased respect for human rights on the part of the Cuban Government." Disponível em: <http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/2886.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

310 "Os efeitos diretos para o nível de vida do povo cubano foram imediatos. Um país submetido a um esquema de economia primário-exportadora, dependendo da venda de um único produto no mercado internacional e praticamente um único comprador – os EUA –, se via de um dia para o outro, ao decidir romper com essa dependência, privado das fontes de abastecimento e do mercado com que sempre havia contado. A burguesia de Cuba viajava de manhã a Miami para fazer compras e voltava de tarde. Houve momentos em que até o pão chegava da Flórida. O governo norte-americano sabia, portanto, os efeitos que o bloqueio provocaria na economia cubana". SADER, Emir. *Cuba: um Socialismo em construção.* Petrópolis: Vozes, 2001, p. 76.

311 Tradução do autor. No original: "With respect to the economic and trade embargo imposed by the United States on Cuba since 1961, the IACHR reiterates its position regarding the impact of such sanctions on the human rights of the Cuban people and, therefore, insists that the embargo be lifted". INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *2008 Annual Report, Status of Human Rights in Cuba*, Chapter IV, para 154, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 February 2009.

312 "The restrictions imposed on trade and financing, with their extra-territorial aspects, severely limit Cuba's capacity to import medicines, medical equipment and the latest technologies, some of which are essential for treating life-threatening diseases and maintaining Cuba's public health programmes". AMNESTY INTERNATIONAL. *The US embargo against Cuba: its impact on economic and social rights.* London: Amnesty International Publications, 2009.

os estados da sociedade internacional[313], consolida interpretação sólida quanto à incompatibilidade com o princípio[314].

As retorsões consistem em atos inamistosos, mas intrinsecamente lícitos. Fazem parte da liberdade do estado, dentro do escopo do princípio Lótus. Os resultados da conduta, seus objetivos e seus impactos, contudo, não podem torná-la incompatível com o Direito das Gentes.

2.1.2 Contramedidas

As contramedidas são atos unilaterais intrinsicamente ilícitos, como o congelamento de bens protegidos por imunidade de execução, mas que são legitimados pelo Direito Internacional quando tomados contra um estado violador. Basicamente, consistem na suspensão unilateral do cumprimento de uma obrigação internacional devida a um estado que tenha violado uma norma de Direito das Gentes, como forma de forçá-lo a respeitar o Direito Internacional[315].

Justamente por se tratar de instituto pelo qual uma conduta por natureza ilícita torna-se legítima em Direito das Gentes, as contramedidas são consideradas pelo artigo 22 do projeto de 2001 como excludentes de ilicitude[316]. A rigor, contudo, não é a medida

313 Tradicionalmente, apenas Estados Unidos e Israel votam de modo contrário a essa resolução. Por vezes, alguns poucos estados do Pacífico, como Ihas Marshall, Palau e Micronésia, votam também contrariamente à resolução.

314 SLOBODA, Pedro Muniz Pinto. *O Embargo a Cuba à Luz do Direito Internacional*. In: Cleyson de Moraes Mello; Vanderlei Martins; João Eduardo de Alves Pereira. (Org.). O DIREITO EM MOVIMENTO. 1ª ed. Juiz de Fora: Editar, 2015, p. 87-100.

315 Para Alland, podem-se definir contramedidas como "pacific unilateral reactions which are intrinsically unlawful, which are adopted by one or more States against another State, when the former consider that the latter has committed an internationally wrongful act which could justify such a reaction". ALLAND, Denis. The Definition of Countermeasures. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1135.

316 Projeto de artigos sobre responsabilidade internacional dos estados por atos internacionalmente ilícitos, art. 22: "*Art. 22. Contramedidas em relação a um ato internacionalmente ilícito.* A ilicitude de um ato de um Estado em desacordo com uma obrigação internacional em relação a um outro Estado será excluída se e na medida em que o ato constitua uma contramedida tomada contra o último Estado em conformidade com o Capítulo II da Parte Três".

em si o excludente de ilicitude, senão, em verdade, o ilícito original. É ele que legitima a contramedida adotada como resposta[317].

A natureza jurídica das contramedidas não é punitiva, é instrumental[318]. Seu objetivo não é punir nem subjugar nenhum estado, mas simplesmente levar um estado violador a respeitar o Direito Internacional. Como são medidas descentralizadas, adotadas unilateralmente pelos estados, as contramedidas inserem-se na lógica bilateralista do Direito Internacional Clássico. São pautadas, portanto, pela norma estrutural intersubjetiva da igualdade soberana. Sendo os estados iguais, não existe nenhuma lógica de subordinação entre eles, e nenhum tem o direito, portanto, de punir outro. Essa natureza instrumental das contramedidas é evidenciada pelo artigo 49(1) do projeto de 2001:

> *Art. 49. Objeto e limites das contramedidas*
>
> *1. Um Estado lesado somente pode adotar contramedidas contra um Estado que seja responsável por um ato internacionalmente ilícito com o objetivo de induzi-lo a cumprir com suas respectivas obrigações dispostas na Parte Dois.*

O objetivo de um estado lesado, ao adotar contramedidas não pode ser, portanto, o de punir ou de qualquer outra forma tentar subordinar o estado violador, de modo incompatível com a igualdade soberana. O estado lesado pode impor contramedidas tão somente com o propósito de fazer o estado violador interromper sua conduta ilícita, se ela for contínua, e de reparar integralmente

317 ALLAND, Denis. The Definition of Countermeasures. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1132.

318 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 128, §3. KAMTO, Maurice. The Time Factor in the Application of Countermeasures. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1172.

os danos eventualmente causados. A própria Comissão de Direito Internacional, em seus comentários ao artigo 49, chama a atenção para a natureza excepcional dessa medida de justiça privada, salientando a importância do vocábulo "somente" no referido dispositivo[319].

As contramedidas consistem em um mecanismo de autoajuda, uma forma de justiça privada, que foge de qualquer concepção comunitarista do Direito das Gentes. De modo geral, sua aplicação se dá fora do controle institucionalizado de uma organização internacional; fora, portanto, de um sistema de governança característico de um Direito das Gentes que se constitucionaliza. Sem um controle rigoroso de sua aplicação, as contramedidas tendem a minar as bases de um Direito das Gentes institucionalizado, ameaçando os interesses compartilhados da comunidade internacional, em benefício dos interesses privados de cada estado, que tenta, pelas contramedidas, fazer valer o direito com as próprias mãos. O caráter unilateral das contramedidas abre margem, como reconhece a Comissão de Direito Internacional, para os mais diversos abusos[320], razão pela qual o instituto deve ser cuidadosamente regulado pelo Direito Internacional.

Como a própria denominação deixa claro, a contramedida consiste em uma medida tomada como resposta a uma conduta ilícita anterior. Ocorre que, enquanto regra, não existe uma avaliação objetiva e imparcial anterior à adoção da contramedida, porque,

319 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. The limited object and exceptional nature of countermeasures are indicated by the use of the word "only" in paragraph 1 of article 49. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 130, §1.

320 "Like other forms of self-help, countermeasures are liable to abuse and this potential is exacerbated by the factual inequalities between States". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 128, §2.

sendo uma ação descentralizada, é adotada pelo próprio estado que se sente de alguma forma lesado por uma conduta adotada por outro estado. Dessa forma, na prática, as contramedidas não são a consequência de um ilícito, mas da crença, por um estado, de que outro estado cometeu um ilícito. O juízo acerca da licitude da conduta original é feito pelo próprio estado que adota a contramedida, de modo subjetivo e, muitas vezes, tendencioso, o que torna perigoso o instituto. Para justificar a imposição de contramedidas, os estados que a adotam fundamentam-se não em um ilícito claro e objetivamente identificado, mas na retórica de que supostamente o ilícito ocorreu. Nas palavras de Denis Alland:

> *A característica unilateral das contramedidas implica na discricionariedade da análise de sua imposição (...) isso significa que, quando um estado adota contramedidas em face de outro, isso não corresponde, como comumente se afirma de imediato, às consequências de um ato internacionalmente ilícito cometido por este estado, senão às consequências da crença do estado que reage de que tal ato ilícito tenha sido cometido. Em outras palavras, a medida é adotada como consequência da interpretação unilateral do estado que adota as contramedidas acerca de um ato ou uma situação, e não da interpretação de um tribunal ou de outro órgão competente. Evidentemente, é esse aspecto das contramedidas que evidencia o perigo que elas representam na ordem jurídica internacional: elas abrem a possibilidade para que qualquer estado tome medidas prejudiciais, contrárias às obrigações*

> *que o vinculam, com base em alegações unilaterais subjetivas*[321].

Naturalmente, quando os estados recorrem a contramedidas, por acreditarem que houve uma violação anterior de norma internacional, mesmo que essa violação não seja clara, assumem o risco de incorrer em responsabilidade internacional, caso sua crença se mostre infundada[322]. Se para excluir a ilicitude intrínseca à conduta adotada como contramedida é imprescindível a existência de um ilícito anterior, a adoção inapropriada de contramedida não exclui a ilicitude da conduta que, mantendo-se ilícita, acarreta responsabilidade internacional, nos termos do artigo 1º do projeto de 2001. Os estados, ao apoiarem-se na alegação de contramedidas para excluir a ilicitude de suas condutas, assumem o risco relacionado ao seu juízo quanto à ilicitude do ato original.

Nesse sentido, o congelamento de bens do Banco Central iraniano pela União Europeia parecia representar ilícito internacional. O organismo alegava imposição de contramedidas em face de suposta violação do Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares pelo

321 Tradução do autor. No original: "The unilateral character of countermeasures goes hand in hand with their self-assessed character. (...) This means that if a state adopts countermeasures against another, this is not, as is often immediately said, the consequence of na internationally wrongful act committed by the later State, but the consequence of the belief of the reacting State that such a wrongful act has been committed. In other words, the measure is adopted as a consequence of the unilateral interpretation of the reacting State to na act or a situation and not the interpretation adopted by a competente judicial or another organ. Evidently, it is this aspect of countermeasures which manifests the danger they represent in the international legal order: they open the possibility to all States to take prejudicial measures contrary to the obligations incumbente upon them on the basis of subjective unilateral claims". ALLAND, Denis. The Definition of Countermeasures. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1129.

322 A State taking countermeasures acts at its peril, if its view of the question of wrongfulness turns out not to be well founded. A State which resorts to countermeasures based on its unilateral assessment of the situation does so at its own risk and may incur responsibility for its own wrongful conduct in the event of an incorrect assessment. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 130, §3.

Irã[323]. Ocorre que, dificilmente, uma análise jurídica objetiva, livre de contaminações políticas, levaria a essa conclusão. O tratado reconhece, no artigo 4º, o "direito inalienável de todas as Partes do Tratado de desenvolverem a pesquisa, a produção e a utilização da energia nuclear para fins pacíficos, sem discriminação". O documento proíbe, apenas, a aquisição de armas nucleares, o que o Irã, sabidamente, não fez[324]. O Irã não violava o Tratado de Não Proliferação. As sanções unilaterais da União Europeia não pareciam conter fundamento jurídico. De todo modo, a controvérsia em torno do programa nuclear iraniano, destinado a pesquisas médicas, foi solucionada pacificamente, com o Plano Abrangente de Ação Conjunta, celebrado em 2015. Em janeiro de 2016, conforme previsto no acordo, a União Europeia pôs fim ao congelamento ilícito dos bens iranianos[325].

Os Estados Unidos, contudo, que mantêm suas contramedidas em face do país persa, que incluem congelamento de bens do seu banco central, são réus na Corte Internacional de Justiça, em ação protocolada pelo Irã em junho de 2016, em que questiona as referidas sanções unilaterais[326].

O conceito de contramedida é recente na história do Direito Internacional. Tradicionalmente, falava-se em "represálias",

323 THOUVENIN, Jean-Marc. Gel des fonds des banques centrales et immunité d'exécution. In: PETERS, Anne; LAGRANGE, Evelyne; TOMUSCHAT, Christian; OETER Stefan. *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*. Nijhof, 2014, p. 18.

324 Tratado de Não Proliferação Nuclear, Art. 2: "Cada Estado não nuclearmente armado, Parte deste Tratado, compromete-se a não receber a transferência, de qualquer fornecedor, de armas nucleares ou outros artefatos explosivos nucleares, ou o controle, direto ou indireto, sobre tais armas ou artefatos explosivos; a não fabricar, ou por outros meios adquirir armas nucleares ou outros artefatos explosivos nucleares, e a não procurar ou receber qualquer assistência para fabricação de armas nucleares ou outros artefatos explosivos nucleares".

325 Joint statement by EU High Representative Federica Mogherini and Iranian Foreign Minister Javad Zarif. 16/1/2016. Disponível em: <https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/2991_en>. Acesso em: 15 out. 2016.

326 Iran institutes proceedings against the United States with regard to a dispute concerning alleged violations of the 1955 Treaty of Amity. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/164/19032.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2016.

definidas no artigo primeiro da resolução de 1934 da sessão de Paris do *Institut de Droit International* como:

> *Medidas constritivas, derrogatórias de regras ordinárias de Direito das Gentes, tomadas por um estado após o cometimento de atos ilícitos que lhe sejam prejudiciais por um outro estado, e que tenham por objetivo impor a este, por meio de um dano, o respeito ao direito*[327].

De acordo com a definição adotada pelo Instituto, as represálias poderiam ser armadas ou pacíficas, conforme envolvessem ou não o recurso à força armada[328]. Dessa forma, o instituto das represálias não costumava ser analisado pela doutrina internacionalista como forma de implementação da responsabilidade internacional, senão como meio coercitivo de controvérsias, em contraposição aos meios pacíficos[329].

Em 1945, contudo, o uso da força foi definitivamente proscrito do Direito Internacional[330]. Com a celebração da Carta da ONU, parte integrante do bloco de constitucionalidade do

327 Tradução do autor. No original: "des mesures de contrainte, dérogatoires aux règles ordinaires du Droit des Gens, prises par un Etat à la suite d'actes illicites commis à son préjudice par un autre Etat et ayant pour but d'imposer à celui-ci, au moyen d'un dommage, le respect du droit". INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Régime des représailles en temps de paix*. Session de Paris, 1934. Para Kelsen: "On définit habituellement les représailles en disant qu'elles sont des actes normalement illicites, mais exceptionnellement permis s'ils sont la réaction d'un Etat contre la violation d'un de ses droits par un autre Etat". KELSEN, Hans. Théorie générale du droit international public. Académie de droit international. *Recueil des Cours*, v. 84, p. 1-204, 1953, p. 33.

328 INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Régime des représailles en temps de paix*. Session de Paris, 1934. Article 3: Les représailles sont de diverses catégories. Elles se distinguent notamment en représailles armées et en représailles non armées. Les représailles armées sont celles qui comportent le recours à la force sous quelque forme que ce soit, militaire, navale ou aérienne.

329 FIORI, Pasquale. *Derecho Internacional Público.* Madrid: Gongora, 1894, p. 324. BONFILS, Henry. *Manuel de Droit International Public*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1905, p. 559. PEDERNEIRAS, Raul. *Direito Internacional Compendiado*. Rio de Janeiro, 1931, p. 201. WHEATON, Henry. *Commentaire sur les Élements du Droit International et sur l'Histoire des Progrés du Droit des Gens*. Leipzig: Brockhaus, 1868. VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico.* Madrid: Lege Aguilar, 1974, p. 345. ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 101.

330 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. Propósitos e princípios. Artigo 2º. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Comentário à Carta das Nações Unidas*. Belo Horizonte: CEDIN, 2008, p. 86.

Direito Internacional Geral, o uso e a ameaça de uso da força foram definitivamente proibidos pelo artigo 2(4), verdadeira pedra angular de todo o sistema Nações Unidas[331], que, como se sabe, cria obrigações até mesmo para os estados não membros da ONU, criando verdadeira obrigação *erga omnes*. Em 1945, o Direito das Gentes tornou-se um *jus contra bellum*.

Dessa forma, a partir de 1945, passaram-se a considerar ilícitas as represálias armadas, por mais que alguns autores ainda a admitissem[332]. Além disso, como o próprio conceito de represália estava inevitavelmente associado ao de uso da força, a sociedade internacional, gradativamente, abandonou a ideia de represália e passou a adotar o conceito de contramedida, denominação neutra, sem a carga semântica belicosa que acompanhava as represálias.

Dessa forma, em seu segundo relatório sobre direito dos tratados, de 1957, Fitzmaurice adotava a expressão "contra-ação", para designar os remédios que poderiam ser adotados em caso de descumprimento de um tratado[333]. Gradativamente, passou-se a adotar a expressão "contramedida", que entraria definitivamente no vocabulário jurídico internacional com o julgamento arbitral do caso *Air Service Agreement of 27 March 1946*, que opôs Estados Unidos e

331 "The prohibition against the use of force is a cornerstone of the United Nations Charter". INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo vs Uganda). *ICJ Reports.* The Hague: 2005, §148.

332 KELSEN, Hans. Théorie générale du droit international public. Académie de droit international. *Recueil des Cours*, v. 84, p. 1-204, 1953, p. 33.

333 "The concept of fundamental breach is defined in article 19, paragraph 2, and this is commented on below. It is distinguished from 'ordinary' breaches not only by its character, but by its potential consequences, ordinary breaches having no effect on the continued existence of the treaty, and merely justifying counter-action in the way of corresponding or other non-observances of a more or less significant kind, as the case may be. This matter does not enter into the present subject, since it concerns the general question of remedies for breach of treaty and not that of termination". FITZMAURICE, Gerald. Second Report on the Law of Treaties, *ILC Yearbook*, 1957, v. II, p. 53, §121.

França, cujo laudo foi emitido em 1978[334]. Ainda assim, foi gradual a aceitação do termo pelos internacionalistas. Ainda em 1983, por exemplo, Reuter afirmaria, na Comissão de Direito Internacional, que a expressão "contramedida" não significava nada[335]. Atualmente, contudo, a denominação é amplamente reconhecida pelos estados, pela doutrina e pelos tribunais internacionais[336]. O instituto das contramedidas, já amplamente aceito, foi inserido no projeto de artigos de 2001 sobre responsabilidade internacional, que regula sua imposição no capítulo II da Parte III, entre os artigos 49 e 54.

Observa-se, dessa forma, que, por mais que o conceito seja relativamente novo, as contramedidas consistem na evolução do instituto das represálias, típico do Direito Internacional Clássico, pautado pelo bilateralismo das relações interestatais descentralizadas. As contramedidas não podem envolver o uso da força, mas elas têm fundamento na mesma lógica sinalagmática das represálias. Não guardam relação, portanto, com a tendência contemporânea de comunitarização do *jus gentium,* pautada por interesses coletivos. A própria ideia de justiça privada, alheia a qualquer centralização institucional, afasta as contramedidas de um Direito Internacional de solidariedade. Elas representam uma antiga lógica de autoajuda, ao estilo de Talião, ainda presente no Direito Internacional.

334 Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France. Sentence arbitrale du 9 décembre 1978. *Recueil des Sentences Arbitrales*, v. XVIII, p. 417--493. Nations Unies, 2006, p. 454.

335 "The United States of America had started using the word 'countermeasure', which meant nothing but had established itself by being adopted by an arbitral tribunal seeking to avoid the words 'reciprocal obligations' or 'reprisals'". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*, v. I, 1983, p. 102, §23.

336 A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, já utilizou a expressão em diversas ocasiões. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso do pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos no Irã. *ICJ Reports.* The Hague: 1980, §53. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, de 26 de junho de 1986, §127. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Gabcikovo-Nagymaros. *ICJ Reports*. The Hague: 1997, §82.

Sendo fruto de uma avaliação subjetiva unilateral por parte do próprio estado que se sente afetado, as contramedidas oferecem o risco de serem usadas de modo abusivo. Historicamente, como explica o juiz Padilla Nervo, o direito da responsabilidade internacional serviu, muitas vezes, como um meio de usurpação e de exploração de estados mais fracos por parte de estados mais fortes. Em diversas ocasiões, acordos humilhantes foram impostos aos estados mais fracos sob o pretexto de assegurar o cumprimento dos direitos dos povos ditos civilizados[337]. Atualmente, as contramedidas constituem um resquício dessa história de espoliação e, se não reguladas de modo apropriado, podem abrir espaço para a perpetuação de abusos. Afinal, é grande a assimetria de poder entre os estados, e, em particular, existem importantes centros de produção de consensos[338] que ameaçam substituir o direito pela retórica. Como as contramedidas se baseiam, por definição, em um discurso unilateralmente construído, sua imposição sem o devido controle jurisdicional consagraria a anomalia de a parte interessada atuar como o próprio juiz da causa. Contra essa possibilidade já se insurgia Fiori no século XIX[339]. No século XXI, não se poderia permitir a imposição de contramedidas sem um controle estrito e imparcial.

Dessa forma, de modo a evitar abusos, as contramedidas devem ser estritamente reguladas pelo Direito Internacional. Em particular, alguns requisitos devem ser respeitados. De acordo

337 NERVO, Padilla. Opinion individuelle du Juge PADILLA NERVO sous C.T.J., arrêt du 5 février 1970, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique e. Espagne), deuxième phase, Rec. 1970, p. 24-26.

338 CHOMSKY, Noam; HERMAN, Edward. *Manufacturing Consent* – The Political Economy of the Mass Media. New York: Pantheon Book, 2002.

339 "Debemos calificar de contrario al derecho internacional cualquier acto de represalia positiva empleado por un Estado contra otro, antes de que la cuestión entre ellos surgida sea sometida al arbitrage y que el derecho de la parte reclamante haya sido establecido por sentencia. (…) no podemos admitir que el mismo Estado pueda ser juez y parte. El hacerse justicia por si mismo es un acto ilegal y contrario al orden jurídico". FIORI, Pasquale. *Derecho Internacional Público.* Madrid: Gongora, 1894, p. 328.

com o projeto de 2001, as contramedidas devem i) respeitar um procedimento prévio; ii) ser temporárias; iii) ser reversíveis; iv) ser proporcionais; e v) não podem afetar determinadas obrigações.

Para que a contramedida possa ser considerada lícita, ela deve respeitar todos os parâmetros previstos pelo Direito Internacional, de modo a que se aplique, sobre a conduta inerentemente ilícita, a excludente de ilicitude. Caso a contramedida desrespeite ou extrapole algum requisito, a conduta permanecerá ilícita, ausente a excludente de ilicitude, e acarretará responsabilidade internacional do estado que recorre a ela.

2.1.2.1 *Procedimentos relativos às contramedidas*

De modo a evitar os abusos inerentes à possibilidade de um estado agir ao mesmo tempo como juiz e parte, a Comissão de Direito Internacional, sob a relatoria de Arangio-Ruiz, adotou, em primeira leitura, em 1996, o então artigo 48, que prescrevia certos procedimentos a serem respeitados quando da imposição de contramedidas diante de um suposto ilícito. O então dispositivo previa, acertadamente, procedimentos a serem adotados *ex ante* e *ex post*. Inicialmente, o estado supostamente lesado, deveria "cumprir a sua obrigação de negociar" com o estado sobre o qual recaía a suspeita de violação do Direito Internacional. Essa obrigação não prejudicaria, segundo o artigo, a possibilidade de medidas interinas, quando necessário[340]. Caso as negociações não surtissem efeito, e as contramedidas fossem efetivamente impostas, o estado que sofresse essas contramedidas – alegadamente um estado violador – poderia recorrer a um tribunal arbitral com

340 Projeto de artigos sobre responsabilidade internacional dos estados adotado em primeira leitura, 1996. Art. 48(1): "Prior to taking countermeasures, an injured State shall fulfil its obligation to negotiate provided for in article 54. This obligation is without prejudice to the taking by that State of interim measures of protection which are necessary to preserve its rights and which otherwise comply with the requirements of this Chapter".

jurisdição compulsória sobre o caso, a ser criado conforme o anexo II do projeto de artigos de 1996[341].

Essa possibilidade de análise objetiva e imparcial *ex post* por um tribunal arbitral devidamente constituído evitaria o cometimento de abusos sob o disfarce retórico das contramedidas. Trata-se de verdadeira necessidade do direito da responsabilidade internacional, destinado a evitar a violação do Direito das Gentes por parte de estados que, alegadamente, pretendem fazer justiça. Ocorre que, diante da resistência de alguns governos, em seus comentários ao projeto de 1996, essa necessária medida de controle *ex post* das contramedidas foi lamentavelmente excluída do projeto final de artigos, adotado em 2001[342].

O projeto de artigos de 2001 apresenta procedimentos necessários, mas insuficientes para regular as contramedidas. Em particular, falhou a Comissão ao abandonar a afirmação de uma jurisdição arbitral compulsória, para realizar um controle jurisdicional das contramedidas *a posteriori*. O artigo 52 adotado em 2001 exige apenas procedimentos *ex ante*, quais sejam, a necessidade de invocar a responsabilidade e requerer o cumprimento do Direito Internacional (art. 52(1)(a))[343] e a obrigação de notificar o estado

341 Projeto de artigos sobre responsabilidade internacional dos estados adotado em primeira leitura, 1996. Art. 48(2): "An injured State taking countermeasures shall fulfil the obligations in relation to dispute settlement arising under Part Three or any other binding dispute settlement procedure in force between the injured State and the State which has committed the internationally wrongful act". E Art. 58 (2): "In cases, however, where the dispute arises between States Parties to the present articles, one of which has taken countermeasures against the other, the State against which they are taken is entitled at any time unilaterally to submit the dispute to an arbitral tribunal to be constituted in conformity with annex II to the present articles".

342 IWATSUKI, Naoki; IWASAWA, Yuji. Procedural Conditions. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1151. COULÉE, Fréderique. Arbitration. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1112.

343 Projeto de artigos sobre responsabilidade internacional dos estados, 2001. *Art. 52. Condições relativas a recorrer a contramedidas*. 1. Antes de tomar as contramedidas, um Estado lesado deverá: a) requerer ao Estado responsável, de acordo com o artigo 43, que cumpra com suas obrigações em conformidade com a Parte Dois;

violador sobre as intenções de impor contramedidas e se colocar à disposição para negociar, de sorte a solucionar pacificamente a controvérsia (art. 52(1)(b))[344].

Dessa forma, antes de se imporem contramedidas é preciso, em primeiro lugar, invocar a responsabilidade do estado dito violador, exigindo que ele interrompa a conduta ilícita ou repare eventuais danos causados. Trata-se de exigência bem estabelecida no costume internacional. Esse requisito foi salientado, por exemplo, pela Corte Internacional de Justiça no Caso Gabcikovo-Nagymaros, quando esta reconheceu que uma contramedida não é apropriada quando não é precedida do referido requerimento. Na ocasião, a Corte afirmou que o "estado lesado deveria ter solicitado, ao estado violador, que interrompesse a prática ou que a reparasse"[345].

Caso o suposto estado violador se recuse a arcar com as consequências da responsabilidade internacional, o estado lesado deve, ainda, empreender uma tentativa de solucionar a controvérsia pacificamente. Dessa forma, de acordo com o projeto de 2001, o estado que invoca a responsabilidade deve notificar o estado violador de sua intenção de impor contramedidas e deve se colocar à disposição para negociar. Efetivamente, os artigos 2(3)[346] e 33[347] da Carta da ONU obrigam os estados a solucionar

344 *Art. 52. Condições relativas a recorrer a contramedidas*. 1. Antes de tomar as contramedidas, um Estado lesado deverá: b) notificar o Estado responsável acerca de qualquer decisão de tomar contramedidas e oferecer para negociar com aquele Estado.

345 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Gabcikovo-Nagymaros. *ICJ Reports*. The Hague: 1997, p. 7. Tradução livre.

346 "Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais".

347 "As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha".

suas controvérsias de modo pacífico. Por mais que alguns autores aleguem que as contramedidas seriam um meio pacífico de solução de controvérsias, uma vez que não envolvem o uso da força[348], não é essa a correta exegese dos dispositivos da Carta da ONU. Em verdade, o artigo 2(3) contrapõe a solução pacífica de controvérsias não à solução bélica, mas a todo e qualquer tipo de solução coercitiva de controvérsias:

> *Um estado não iria permitir que suas controvérsias fossem solucionadas por meio da força, nem que se exercesse uma coerção e se lutasse para impor sua própria solução para a controvérsia*. O parágrafo, portanto, estabelece claramente o princípio da solução pacífica versus solução coercitiva. *Nessa mesma ordem de ideias, partes em uma controvérsia devem ser encorajadas a solucionarem-nas eles mesmos por meios pacíficos* (grifo nosso)[349].

Dessa forma, parece claro que os meios pacíficos de solução de controvérsia devem ser esgotados antes que uma contramedida possa ser adotada. Isso serve ao propósito de não escalar o conflito, porque, caso contrário, o estado que sofre as contramedidas pode julgá-las inadequadas e injustas e decidir, por sua vez, também de modo unilateral, impor "contracontramedidas", agravando a controvérsia. Dessa forma, deve-se reconhecer que,

348 "Recourse to counter-measures not involving the threat or use of force is in itself a *peaceful* means of settling a dispute arising from an internationally wrongful act Therefore, the requirement of prior exhaustion 'of all the amicable settlement procedures available under general international law, the United Nations Charter or any other dispute settlement instrument to which [a State seeking redress] is a party' is questionable from a systemic as well as from a practical point of view". SIMMA, Bruno. *Counter-measures and Dispute Settlement:* A Plea for a Different Balance. European Journal of International Law, 1997, p. 103.

349 Tradução do autor. No original: "A state would not be permitted to settle its disputes by force or to exert coercion and fight in order to impose its own solution to a controversy. The paragraph thus establishes clearly the principle of peaceful solution versus coercive solution. In that same order of ideas, parties to a controversy shall be encouraged to settle it themselves by peaceful means". UNITED NATIONS. *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, 1945, v. 6, 399 e 147.

enquanto regra, os meios pacíficos devem ser esgotados antes de uma contramedida ser imposta. Portanto, as contramedidas só podem ser adotadas caso o estado violador se recuse a negociar, ou a solucionar a controvérsia por qualquer outro meio pacífico. Se, no entanto, a controvérsia estiver submetida a um meio diplomático, político ou jurisdicional, agindo ambas as partes de boa-fé, o estado lesado deve se abster de impor contramedidas. Em particular, se o caso estiver sendo analisado por um órgão jurisdicional com competência sobre as partes, estas não poderão adotar contramedidas, conforme prevê o projeto de 2001[350].

A necessidade de esgotar os meios pacíficos de solução de controvérsias evidencia que as contramedidas possuem um caráter subsidiário e excepcional[351]. Não devem ser adotadas como primeira medida, portanto. Nos termos do artigo 33 da Carta da ONU, os estados deverão, "antes de tudo" buscar uma solução por meios pacíficos, vale dizer, não coercitivos. De todo modo, é evidente que ambos os estados devem se engajar, de boa-fé, para alcançar uma solução pacífica, e se o estado violador não se empenhar para obter essa solução – por exemplo se recusando a negociar ou procrastinando excessivamente as diligências diplomáticas – o estado lesado pode impor contramedidas enquanto se dispõe a solucionar pacificamente a controvérsia[352]. Para alguns autores, isso se explicaria pela controversa tese de que o estado violador se

350 Projeto de artigos sobre responsabilidade internacional dos estados por atos internacionalmente ilícitos, 2001, Art. 52 (3) "As contramedidas não podem ser tomadas, e se já tomadas devem ser suspensas sem atraso injustificado caso: b) a disputa esteja pendente perante uma corte ou tribunal que tenha a autoridade para proferir decisões vinculantes para as partes".

351 IWATSUKI, Naoki; IWASAWA, Yuji. Procedural Conditions. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1153.

352 "The principle of peaceful settlement of disputes should not always bar States from resorting to countermeasures while an amicable means is being pursued". IWATSUKI, Naoki; IWASAWA, Yuji. Procedural Conditions. In CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1152.

tornaria mais cooperativo e dócil quando sofresse contramedidas. A retaliação, nesse caso, não agravaria o conflito, mas contribuiria para sua solução pacífica. Ainda que não haja evidência empírica disso, trata-se de discurso comum de alguns estados[353].

A adoção de contramedidas sob a alegação de que o estado violador não tem intenção de alcançar uma solução pacífica é, contudo, perigosa, e abre margem para abusos. É comum os estados transferirem, por meio da retórica, sua falta de vontade de negociar para a outra parte. Durante muito tempo, por exemplo, alegou-se que o Irã não tinha vontade de negociar uma solução para a controvérsia que envolvia seu programa nuclear. Essa suposta falta de disposição para negociar era o pretexto usado para a implementação da diplomacia coercitiva, em particular, por parte dos Estados Unidos. Os dados objetivos, contudo, evidenciam o contrário: enquanto o então presidente do Irã convocava debates com o presidente dos Estados Unidos[354] – convites devidamente ignorados –, estes recusavam-se a negociar; a rejeição do acordo nuclear de 2010 foi evidência dessa contradição retórica[355]. Essa adoção abusiva das contramedidas evidencia a necessidade de submeter esse tipo de sanção a uma análise objetiva e imparcial, a ser realizada, ainda que *ex post*, por um órgão jurisdicional.

A necessidade desse controle jurisdicional da legalidade das contramedidas é mais clara quando se tem em mente as contramedidas urgentes, reconhecidas pelo artigo 52(2) do

353 PARSI, Trita. *No, Sanctions Didn't Force Iran to Make a Deal*. Disponível em: <http://foreignpolicy.com/2014/05/14/no-sanctions-didnt-force-iran-to-make-a-deal/>. Acesso em: 16 out. 2016.

354 *Iran's Ahmadinejad invites Obama to debate at UN*. Disponível em: <http://www.globaltimes.cn/content/432691.shtml>. Acesso em: 16 out. 2016.

355 *US rejects Iran nuclear deal brokered by Turkey and Brazil and sets up new sanctions*. Disponível em: <http://www.thenational.ae/world/us-rejects-iran-nuclear-deal-brokered-by-turkey-and-brazil-and-sets-up-new-sanctions>. Acesso em: 16 out. 2016.

projeto de 2001[356]. Essas podem ser impostas excepcionalmente sem a necessidade de esgotamento dos meios pacíficos e sem a necessidade de seguir os procedimentos elencados no mesmo artigo. Poderiam ser impostas, portanto, sem a necessidade de notificação. A Comissão de Direito Internacional, em seus comentários a esse artigo, alega que, se um estado é notificado da intenção, por exemplo, de congelamento de seus bens, ele terá tempo de retirá-los do país que pretende implementar a contramedida, que, nesse caso, não será efetiva[357]. O artigo 52(2), contudo, dificilmente poderia ser considerado um exercício de codificação, reflexo de um costume que tenha relativizado o artigo 33 da Carta da ONU. Sua legalidade e sua conveniência parecem, portanto, controversas. De todo modo, a aceitação dessa possibilidade no projeto de artigos evidencia a necessidade de controle jurisdicional das contramedidas, de modo a evitar abusos[358]. Esse controle, previsto no projeto de 1996 por meio de cláusula compromissória para jurisdição arbitral, infelizmente, foi excluído do projeto de 2001.

2.1.2.2 *Proporcionalidade*

As contramedidas devem ser proporcionais ao prejuízo sofrido. Esse é um corolário lógico da natureza instrumental

356 Projeto de artigos sobre responsabilidade internacional dos estados, 2001, art. 52(2): "Sem desconsiderar o 1(b), o Estado lesado pode tomar contramedidas urgentes que sejam necessárias para preservar seus direitos".

357 "Under modern conditions of communications, a State which is responsible for an internationally wrongful act and which refuses to cease that act or provide any redress therefore may also seek to immunize itself from countermeasures, for example by withdrawing assets from banks in the injured State. Such steps can be taken within a very short time, so that the notification required by paragraph 1(b) might frustrate its own purpose". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 136, §6.

358 "If the injured State escapes from procedural conditions in the name of urgency, a notion susceptible to abuse, countermeasures fall into the 'law of the jungle' destroying the 20th century development of legal conscience and amicable procedures concerning peaceful settlement of disputes". IWATSUKI, Naoki; IWASAWA, Yuji. *Procedural Conditions*. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1155.

dessas medidas. Se o propósito desse tipo de retaliação não é punir o estado infrator, mas apenas assegurar o cumprimento do Direito Internacional, não há que se falar em uma medida que cause mais dano do que o decorrente da violação da norma primária. Eventual contramedida desproporcional será ilícita na medida exata de sua desproporcionalidade, acarretando, na mesma medida, a responsabilidade internacional do estado que a impõe[359].

A exigência de proporcionalidade na imposição de contramedida consiste em bem consolidada regra de Direito Internacional costumeiro. Já na resolução sobre as represálias em tempos de paz, adotada em sua sessão de Paris, em 1934, o *Institut de Droit International* reconhecia a necessidade de que as então denominadas represálias fossem proporcionais "à gravidade do ato denunciado como ilícito e ao dano sofrido"[360]. O Tribunal Arbitral do caso *Air Service Agreement*[361] e a Corte Internacional de Justiça, no caso Gabcikovo-Nagymaros[362], também reconheceram a necessidade de que uma contramedida seja proporcional ao dano sofrido.

Atualmente, a regra costumeira apresenta-se refletida no artigo 51 do projeto de 2001: "As contramedidas devem ser estabelecidas de acordo com o prejuízo sofrido, levando em consideração a gravidade do ato internacionalmente ilícito e os direitos em questão". A regra adotada no artigo comporta elementos não apenas quantitativos, mas também qualitativos,

359 CRAWFORD. *Ibidem*, p. 698; COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Ibidem*, p. 105.

360 Tradução do autor. No original: "à la gravité de l'acte dénoncé comme illicite et à l'importance du dommage subi". INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire de l'Institut de Droit International*. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1931. Article 6(2).

361 TRIBUNAL ARBRITRAL. Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France. Sentence arbitrale du 9 décembre 1978. *Recueil des Sentences Arbitrales*, v. XVIII, p. 417-493. Nations Unies, 2006, §83.

362 "The Court thus considers that the diversion of the Danube carried out by Czechoslovakia was not a lawful countermeasure because it was not proportionate". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Gabcikovo-Nagymaros. *ICJ Reports*. The Hague: 1997.

para a verificação da proporcionalidade das contramedidas, como evidencia o elenco da "gravidade do ilícito" e dos "direitos em questão". De acordo com a Comissão de Direito Internacional, em seus comentários ao dispositivo:

> *Considerando a necessidade de assegurar que a adoção de contramedidas não leve a resultados injustos, a proporcionalidade deve ser aferida levando-se em consideração não apenas o elemento puramente "quantitativo" do prejuízo sofrido, mas também fatores "qualitativos", tais como a importância do interesse protegido pela norma violada e a gravidade da violação. O artigo 51 relaciona a proporcionalidade principalmente ao prejuízo sofrido, mas "levando em consideração" dois critérios adicionais: a gravidade do ato internacionalmente ilícito e os direitos em questão*[363].

Ocorre que a aferição da proporcionalidade de uma medida é um ato necessariamente inexato, realizado a partir de uma análise subjetiva[364]. De acordo com a própria Comissão de Direito Internacional, "o que é exatamente proporcional não é uma questão que possa ser determinada com precisão"[365]. Mesmo em uma

363 Tradução do autor. No original: "Considering the need to ensure that the adoption of countermeasures does not lead to inequitable results, proportionality must be assessed taking into account not only the purely 'quantitative' element of the injury suffered, but also 'qualitative' factors such as the importance of the interest protected by the rule infringed and the seriousness of the breach. Article 51 relates proportionality primarily to the injury suffered but 'taking into account' two further criteria: the gravity of the internationally wrongful act, and the rights in question". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 135, §6.

364 O'KEEFE, Roger. Countermeasures and Proportionality. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1165.

365 Tradução do autor. No original: "what is proportionate is not a matter which can be determined precisely". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 135, §5.

análise de danos materiais, para fins de avaliação quantitativa de contramedidas, pode haver controvérsia, relacionada ao valor dos bens danificados. Quando se soma a essa apreciação quantitativa análise qualitativa relacionada aos direitos em questão e à gravidade do ilícito, a avaliação da proporcionalidade torna-se ainda mais subjetiva e sujeita, portanto, a imprecisões. Essa natureza inerentemente inexata da aferição de proporcionalidade ressalta a necessidade de que as contramedidas estejam sujeitas a um controle jurisdicional, de modo a que a proporcionalidade seja analisada por um órgão imparcial e desinteressado.

2.1.2.3 *Duração das contramedidas*

As contramedidas são, por definição, temporárias. De acordo com o artigo 49(2) do projeto de 2001, as "contramedidas são limitadas ao não cumprimento temporal de obrigações internacionais do estado que adota as medidas em relação ao estado responsável". De acordo com a Comissão de Direito Internacional, o caráter temporário das contramedidas decorre de sua natureza instrumental[366]. A manutenção das contramedidas depois que o estado violador já cessou a conduta ilícita ou já reparou o dano não se justifica, uma vez que seu propósito – de fazer cumprir a obrigação – já terá sido alcançado.

Dessa forma, as contramedidas devem cessar imediatamente, tão logo o estado responsável interrompa o ato ilícito e repare os danos eventualmente causados[367]. É o que determina o artigo 53 do projeto de 2001: "As contramedidas deverão cessar tão logo

366 "Since countermeasures are intended as instrumental – in other words, since they are taken with a view to procuring cessation of and reparation for the internationally wrongful act and not by way of punishment –they are temporary in character". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 129, §6.

367 They are essentially temporary measures, taken to achieve a specified end, whose justification terminates once the end is achieved. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 128, §4.

o estado responsável cumpra com suas obrigações em relação ao ato internacionalmente ilícito consoante a Parte Dois". Se o objetivo das contramedidas é tão somente fazer com que o estado responsável cumpra com as obrigações decorrentes de seu ilícito, nada justifica a manutenção das contramedidas após o devido cumprimento dessas obrigações. Como afirma Maurice Kamto, "nenhum atraso é aceitável nessa hipótese, nem mesmo um atraso razoável. Qualquer atraso, independentemente de sua duração, constituirá uma violação de uma obrigação internacional por parte do estado lesado, suscetível a acarretar sua responsabilidade"[368].

2.1.2.4 *Reversibilidade*

Além de temporárias, as contramedidas devem ser reversíveis. A Corte Internacional de Justiça reconheceu a necessidade desse requisito de maneira inequívoca, no caso Gabcikovo-Nagymaros[369]. Estranhamente, contudo, a Comissão de Direito Internacional adotou, no artigo 49(3) do projeto de 2001, uma relativização pouco convincente desse requisito. De acordo com o artigo: "As contramedidas deverão, na medida do possível, ser tomadas de tal modo a permitir a retomada da realização das obrigações em questão". A expressão "na medida do possível" abre brecha para exceções. A Comissão, nos comentários a esse dispositivo, ao mesmo tempo em que reconhece que "infligir dano irreparável ao estado responsável equivaleria a uma punição, ou a uma sanção por descumprimento, não a uma contramedida, tal como concebida no

368 Tradução do autor. No original: "no delay is accpetable in this hypothesis, even a reasonable delay. Any delay, however long, will constitute a breach of an international obligation of the injured State capable of engaging its responsibility". KAMTO, Maurice. The Time Factor in the Application of Countermeasures. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1176.

369 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Gabcikovo-Nagymaros. *ICJ Reports*. The Hague: 1997, §87.

artigo"[370], afirma que a expressão "na medida do possível" indica "que, se o estado lesado tem escolha entre um determinado número de contramedidas lícitas e efetivas, ele deve escolher a que permita a retomada da obrigação suspensa em virtude da contramedida"[371].

Esse dispositivo do projeto de 2001 parece algo incoerente, e nenhum precedente internacional corrobora, direta ou indiretamente, essa posição. Há, segundo Kamto, uma discrepância entre a jurisprudência internacional contemporânea e esse dispositivo específico do projeto de 2001, que abre brecha para eventual irreversibilidade das contramedidas[372].

2.1.2.5 *Obrigações que não podem ser afetadas pelas contramedidas*

Mesmo que as contramedidas respeitem o procedimento prévio especificado, e mesmo que sejam temporárias, proporcionais e reversíveis, elas não podem afetar algumas obrigações, que, de acordo com a Comissão de Direito Internacional, seriam sacrossantas[373]. Nesse sentido, o artigo 50 do projeto de 2001 divide-se em duas partes. A primeira diz respeito às obrigações que,

370 Tradução do autor. No original: "inflicting irreparable damage on the responsible State could amount to punishment or a sanction for non-compliance, not a countermeasure as conceived in the article". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 131, §9.

371 Tradução do autor. No original: "that if the injured State has a choice between a number of lawful and effective countermeasures, it should select one which permits the resumption of performance of the obligations suspended as a result of countermeasures". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 131, §9.

372 KAMTO, Maurice. The Time Factor in the Application of Countermeasures. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1175.

373 UNITED NATIONS. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, art. 50 §§1-2.

por sua natureza, não podem, em nenhuma hipótese, ser objeto de contramedidas:

> *Art. 50. Obrigações não afetadas pelas contramedidas*
>
> *1. As contramedidas não deverão afetar:*
>
> *a) a obrigação de abster-se da ameaça ou uso de força como disposto na Carta da ONU;*
>
> *b) obrigações estabelecidas para a proteção de direitos humanos fundamentais;*
>
> *c)obrigações de caráter humanitário proibindo represálias;*
>
> *d) outras obrigações consoante as normas imperativas de Direito Internacional Geral.*

Em primeiro lugar, as contramedidas não podem envolver, em nenhuma hipótese, o uso da força. Como visto, desde a celebração da Carta da ONU, o uso da força é universalmente proscrito, conforme o artigo 2(4) e (6) da Carta. Gradativamente, a ideia de represália, relacionada ao uso da força, foi abandonada em benefício do conceito de contramedida. Nesse sentido, a Declaração sobre os Princípios que regem as Relações Amistosas entre os Estados em Conformidade com a Carta das Nações Unidas, aprovada pela Resolução 2625, de 1970, da Assembleia Geral da ONU, deixa claro: "Os estados têm o dever de se abster de atos de represália que envolvam o uso da força"[374].

Sendo a proibição do uso da força verdadeira norma constitucional de *jus cogens*[375], represálias armadas são consideradas crimes de agressão. De acordo com a Comissão de Direito Internacional:

374 Tradução do autor. No original: "States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force".

375 Caso Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, de 26 de junho de 1986, §190.

> *A proibição das represálias ou contramedidas armadas, como uma consequência do artigo 2º, parágrafo 4º da Carta é ainda consistente com o claramente majoritário entendimento doutrinário e com um vasto número de autorizados pronunciamentos de órgãos internacionais, judiciais e políticos. (...) de acordo com o entendimento dominante na literatura, que é compatível com a jurisprudência internacional, a proibição de represálias ou contramedidas armadas adquiriu o status de uma norma costumeira de Direito Internacional de caráter peremptório*[376].

Em segundo lugar, os direitos humanos não podem ser suspensos para forçar um estado violador a cumprir o Direito Internacional. Afinal, as obrigações decorrentes das normas de direitos humanos são *erga omnes* ou, pelo menos, *erga omnes partes,* porque não se destinam a resguardar interesses recíprocos dos estados, mas a proteger os direitos de todos os seres humanos. Trata-se de obrigações integrais, ou absolutas, cujo cumprimento não pode ser suspenso por violação anterior. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma, ao comentar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que:

> *o objeto e finalidade da Convenção não é o intercâmbio recíproco de direitos entre um número limitado de estados,*

376 Tradução do autor. No original: "The prohibition of armed reprisals or countermeasures as a consequenceof Article 2, paragraph 4, of the Charter is also consistent with the decidedly prevailing doctrinal view; as well as a number of authoritative pronouncements of international judicial and political bodies. (...) According to a prevailing view in the literature which is consistent with international jurisprudence, the prohibition of armed reprisals or countermeasures has acquired the status of a customary rule of international law of a peremptory character". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on state responsibility with commentaries thereto adopted by the international law commission on first reading.* 1997, p. 323-325.

> *senão a proteção dos direitos de todos os seres humanos na América, independentemente de sua nacionalidade*[377].

O artigo 50(1)(b) do projeto de 2001 não apenas veda a suspensão de direitos humanos para fins de contramedidas, mas também proíbe, de modo mais amplo, que sejam afetadas obrigações estabelecidas para a proteção de direitos humanos. Isso significa que, além de não suspender diretamente direitos humanos, as contramedidas não podem ter um efeito deletério, ainda que indiretamente, sobre esses direitos. Isso é relevante, em particular, quando se tem em mente os efeitos das sanções econômicas sobre os direitos humanos nos estados afetados. Nesse sentido, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já salientou que "quaisquer que sejam as circunstâncias, tais sanções devem sempre levar em total consideração as provisões do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais"[378]. As contramedidas serão ilícitas, portanto, à medida que afetem, direta ou indiretamente, direitos humanos fundamentais.

Além disso, as chamadas "represálias beligerantes" são proibidas pelo Direito Internacional Contemporâneo. Era comum, durante a maior parte do Direito das Gentes, que os estados deixassem de respeitar as normas relacionadas ao direito da guerra como retaliação por eventuais violações do direito humanitário. Em seu curso de 1953 na Academia da Haia de Direito Internacional,

377 Tradução do autor. No original: "el objeto y fin de la Convención no son el intercambio recíproco de derechos entre un número limitado de Estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independientemente de su nacionalidade". CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinião Consultiva. Série A, n. 2, 1982, §27.

378 Tradução do autor. No original: "whatever the circumstances, such sanctions should always take full account of the provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights". UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). General Comment No. 8: The relationship between economic sanctions and respect for economic, social and cultural rights. UM Doc. E/C.12/1997/8, 12 December 1997. §1.

por exemplo, Hans Kelsen usava a suspensão do *jus in bello* para exemplificar os meios legítimos de represália[379].

Atualmente, contudo, diversos tratados internacionais proíbem as represálias beligerantes. É o caso da Terceira Convenção de Genebra de 1949, que proíbe represálias contra prisioneiros de guerra[380], da Quarta Convenção de Genebra de 1949, que proíbe represálias contra pessoas protegidas e seus bens,[381] bem como do Protocolo Adicional I, de 1977, às convenções de Genebra de 1949, que proíbe represálias contra populações civis[382]. Além disso, a Convenção da Haia de 1954 proíbe represálias contra o patrimônio cultural[383] em tempos de guerra, obrigação que, caso violada, também constitui crime de guerra[384].

Apesar dos dispositivos convencionais e por mais que as represálias beligerantes sejam absolutamente "contrárias às leis da humanidade e às exigências da consciência pública"[385], já apresentadas como limites às contramedidas pelo *Institut de Droit International* em sua resolução de 1934, ainda atualmente, a prática

379 "En temps de guerre il peut ne pas tenir compte des normes sur la conduite de la guerre si l'autre Etat ne les a pas respectées en employant par exemple des gaz toxiques". Théorie générale du droit international public. Académie de droit international. *Recueil des Cours*, v. 84, p. 1-204, 1953, p. 33.

380 Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de agosto de 1949, art. 13(3): "São proibidas as medidas de represália contra os prisioneiros de guerra".

381 Convenção de Genebra Relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 12 de agosto de 1949, art. 33(3): "As medidas de represália contra as pessoas protegidas e seus bens são proibidas".

382 Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais. Art. 51(6): "São proibidos os ataques dirigidos a título de represália contra a população civil ou pessoas civis".

383 Protocolo para a Proteção de Bens Culturals em caso de Conflito Armado, Haia, 1954. Art. 4(4) [As Altas Partes Contratantes] "Comprometem-se a não tomar medidas de represália contra os bens culturais".

384 SOARES, Anauene Dias. *Destruição do patrimônio cultural: crime de guerra.* 2015. Mimeo.

385 Tradução do autor. No original: "contraire aux lois de l'humanité et aux exigences de la conscience publique". INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Régime des représailles en temps de paix*. Session de Paris, 1934. Art. 6(4).

de alguns estados permite que sejam lançadas dúvidas quanto à natureza consuetudinária dessa limitação[386]. De fato, ainda é comum o desrespeito recíproco pelo direito humanitário por parte de beligerantes, como exemplificam as sistemáticas violações do *jus in bello* na atual guerra na Síria[387]. Além disso, muitos estados parecem arrogar-se o direito de atacar civis inocentes, sob o pretexto de fazer valer o *jus in bello*, diante de uma violação dessas normas pela parte inimiga[388].

Apesar da prática lastimável de alguns estados, a natureza costumeira da proibição de represálias contra civis em zonas de combate não deve ser posta em xeque. Ela foi consagrada pelo Tribunal Penal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, no caso *Prosecutor vs Martic*, em decisão de 8 de março de 1996, quando a Câmara de Julgamento do tribunal afirmou que "no que diz respeito ao direito costumeiro, a regra segundo a qual a população civil, bem como os indivíduos civis, não podem ser objeto de ataque, é uma regra fundamental do Direito Internacional humanitário, aplicada a todos os conflitos armados"[389].

No caso *Prosecutor vs Kupreskic*, julgado em 2000, a Câmara de Julgamento do Tribunal Penal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, se, por

386 OLLESON, Simon; BORELLI, Silvia. Obligations relating to Human Rights and Humanitarian Law. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1191.

387 Essas violações estão amplamente documentadas. Ver, por exemplo, <https://www.amnesty.org/en/countries/middle-east-and-north-africa/syria/report-syria/> e <https://syriaaccountability.org/topic/documentation/>. Acesso em: 19 out. 2016.

388 Segundo Olleson, os Estados Unidos, por exemplo, usam como uma de suas principais alegações para não ratificar o Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949 o fato de que ele proíbe essas represálias beligerantes. O mesmo autor afirma que as reservas formuladas por França, Itália e Alemanha ao Protocolo Adicional I também revelariam a relutância em aceitar a proibição das represálias beligerantes. OLLESON, Simon; BORELLI, Silvia. Obligations relating to Human Rights and Humanitarian Law. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1192-1193.

389 Tradução do autor. No original: "as regard customary law the rule that the civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack, is a fundamental rule of international humanitarian law applicable to all armed conflict". ICTY, *Prosecutor vs Martic*. IT-95-11-R61. §10.

um lado, reconheceu que não havia uma prática estatal consistente que fundamentasse como norma costumeira a proibição das represálias beligerantes, afirmou que:

> *Realmente, não parece ter emergido recentemente um corpo de prática estatal consistentemente a favor da proposição de que tomou forma um dos elementos do costume, nomeadamente, o* usus *ou* diuturnas. *Essa é uma área, contudo, em que a* opinio iuris sive necesitatis *pode exercer um papel muito mais importante que o* usus*, como consequência da já mencionada cláusula Martens. À luz da forma como estados e tribunais a têm implementado, essa cláusula mostra claramente que princípios de Direito Internacional humanitário podem emergir por meio de um processo costumeiro pautado pela pressão das demandas de humanidade ou dos ditames da consciência pública, mesmo onde a pratica estatal é escassa ou inconsistente*[390].

Atualmente, não pode haver dúvida, apesar da reincidência dos estados, a proibição de represálias beligerantes, em particular contra civis desarmados, que não tomam parte nas hostilidades, é proibida por norma costumeira com natureza de *jus cogens*. Sua violação acarreta, portanto, responsabilidade agravada para os perpetradores. Obrigações decorrentes das normas fundamentais de Direito Internacional Humanitário não podem ser afetadas por contramedidas.

390 Tradução do autor. No original: "Admittedly, there does not seem to have emerged recently a body of State practice consistently supporting the proposition that one of the elements of custom, namely usus or diuturnitas has taken shape. This is however an area where opinio iuris sive necessitatis may play a much greater role than usus, as a result of the aforementioned Martens Clause. In the light of the way States and courts have implemented it, this Clause clearly shows that principles of international humanitarian law may emerge through a customary process under the pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience, even where State practice is scant or inconsistent". ICTY, *Prosecutor vs Kupreskic*. IT-95-16-T. §527.

Por fim, as contramedidas não podem afetar nenhuma outra norma de *jus cogens*[391]. Obviamente, se a vontade conjugada de dois estados não tem o condão de afastar uma norma imperativa de Direito Internacional Geral, nos termos do artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, com muito mais razão, esse tipo de norma não pode ser afastado pela vontade unilateral e discricionária de um único estado, em nível de contramedidas[392]. Normas de *jus cogens* não podem ser desrespeitadas em hipótese alguma. De acordo com a Comissão de Direito Internacional, "um genocídio não pode justificar outro genocídio"[393].

Em certa medida, essa primeira parte do artigo 50 do projeto não deixa de ser uma evolução do artigo 60(5) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, que proíbe a extinção ou a suspensão do tratado em caso de tratados de direitos humanos ou de direito humanitário[394]. Afinal, trata-se de obrigações integrais, na expressão de Fitzmaurice[395], que exigem cumprimento absoluto por parte dos estados. Sendo obrigações *erga omnes*, devidas à comunidade internacional como um todo, as obrigações previstas no artigo 50 do projeto não podem ser objeto de contramedidas,

391 LEBEN, Charles. Obligations Relating to the Use of Force and Arising from Peremptory Norms of International Law. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, §1198.

392 INTERNATIONAL LAE COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 132, §9.

393 UNITED NATIONS. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, art. 26, §4.

394 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969, art. 60(5): "Os parágrafos 1 a 3 não se aplicam às disposições sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário, especialmente às disposições que proíbem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados".

395 "The obligation has an absolute rather than a reciprocal character – it is, so to speak, an obligation towards all the world rather than towards particular parties. Such obligations may be called self-existent, as opposed to concessionary, reciprocal or interdependent obligations". FITZMAURICE, Gerald. Second Report on the Law of Treaties. *ILC Yearbook* 1957, v. II, p. 54, §126.

porque são incompatíveis com a lógica bilateralista da reciprocidade de violações e de retaliações. Naturalmente, não se pode conceber a suspensão de uma obrigação devida a todos os estados, sob o pretexto de fazer valer um direito violado por um único estado.

A segunda parte do artigo 50 diz respeito a obrigações que tampouco podem ser suspensas em decorrência das contramedidas, menos por seu conteúdo material que por sua importância procedimental na solução de controvérsias e na manutenção adequada de relações diplomáticas entre os estados[396]. Essas obrigações devem ser mantidas, de modo a que sejam maximizadas as possibilidades de solução pacífica para a controvérsia. Nos termos do artigo 50(2) do projeto de 2001:

> *2. Um Estado que realize as contramedidas não está isento de cumprir com suas obrigações:*
>
> *a) de acordo com qualquer procedimento de solução de controvérsias aplicável a ele e ao Estado responsável;*
>
> *b) e respeitar a inviolabilidade de agentes diplomáticos e consulares, locais, arquivos e documentos.*

O artigo 50(2)(a) assegura que qualquer regime específico para solução de controvérsias eventualmente aplicável às partes deverá ser cumprido. O dispositivo não deixa de ser um reconhecimento de eventual *lex specialis,* o que é reforçado pelo artigo 55 do projeto. Como será visto, as contramedidas podem ser reguladas de modo mais estrito, no âmbito de regimes específicos de solução de controvérsias. Esses requisitos adicionais que eventualmente se imponham são preservados exatamente pelo dispositivo em apreço.

396 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 133, §11.

O artigo 50(2)(b) encontra-se no mesmo contexto. Afinal, a Corte Internacional de Justiça, no Caso do Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos no Irã, afirmou que o direito diplomático possui suas próprias formas de sanção em caso de atividades ilícitas por parte do pessoal diplomático ou consular. Entre essas sanções encontram-se a declaração de *persona non grata* e a própria ruptura de relações diplomáticas. Segundo a Corte:

> *As regras de direito diplomático, em suma, constituem um regime especial, que, por um lado, determina as obrigações do estado acreditado no que diz respeito às liberdades, privilégios e imunidades a serem concedidos às missões diplomáticas e, por outro lado, prevê a possibilidade de abuso por parte dos membros da missão e especifica os meios à disposição do estado acreditado para conter qualquer de tais abusos*[397].

Dessa forma, verifica-se que a *rationale* da segunda parte do artigo 50 é a de preservar regras específicas de Direito Internacional relativas à imposição de contramedidas. Com efeito, no Direito Internacional Contemporâneo, existem diversos regimes especiais que preveem uma regulamentação própria, em geral mais rigorosa, para a imposição dessas retaliações.

2.1.2.6 *Contramedidas em regimes internacionais especiais*

O projeto de artigos aprovado pela Comissão de Direito Internacional em 2001 regula o Direito Internacional Geral em matéria de responsabilidade dos estados. Ele não prejudica,

397 Tradução do autor. No orginal: "The rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained regime which, on the one hand, lays down the receiving State's obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving State to counter any such abuse". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso do pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos no Irã. *ICJ Reports.* The Hague: 1980, §83.

contudo, regras específicas sobre responsabilidade internacional. Quando existente, as normas especiais prevalecerão sobre o previsto no projeto de artigos. A regra reflete a máxima *lex specialis derogat legi generali* e evidencia, segundo a Comissão de Direito Internacional, o caráter residual do projeto de artigos de 2001[398]. Nos termos do artigo 55 do projeto:

> *Art. 55. Lex specialis.*
> *Estes artigos não se aplicam se e na medida em que as condições de existência de um ato internacionalmente ilícito, o conteúdo ou a implementação da responsabilidade internacional de um Estado são regidas por normas especiais de Direito Internacional.*

De acordo com a Comissão de Direito Internacional, o artigo 55 aplica-se às chamadas formas "fracas" de *lex specialis*, como, por exemplo, a previsão de algum tratado específico sobre restituição, e às formas "fortes", relacionadas a regras previstas nos chamados *self-contained regimes*[399].

Dessa forma, a Organização Mundial do Comércio, por exemplo, prevê um sistema mais controlado de contramedidas, que, no sistema de solução de controvérsias da organização, são denominadas "suspensão de concessões". Essas regras específicas estão previstas no Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC), anexo II à Ata de Marraqueche, que criou a OMC, em 1994. Para evitar abusos no âmbito do comércio internacional, existe um controle rigoroso sobre a aplicação de contramedidas por estados lesados. Uma controvérsia é apreciada, no âmbito da OMC, pelos grupos especiais e pelo

398 UNITED NATIONS. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 140, §2.

399 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 140, §5.

Órgão Permanente de Apelação – os órgãos técnicos imparciais da organização. Um relatório emitido por esses órgãos torna-se vinculante após ser adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), nos termos dos artigos 16 e 17 do ESC. Se o estado que se beneficia do relatório entende que o mesmo não está sendo cumprido, ele não está autorizado a impor contramedidas imediatamente. Deverá, antes de tudo, solicitar ao OSC que realize o controle da implementação do relatório. Nesse caso, o OSC remeterá a controvérsia novamente para o grupo especial, órgão técnico que analisará imparcialmente se há, de fato, descumprimento do relatório, nos termos do artigo 21 do ESC. Da manifestação do grupo especial cabe recurso ao Órgão Permanente de Apelação. Confirmado o descumprimento do relatório, o OSC poderá autorizar o estado lesado a impor contramedidas, nos termos do artigo 22 do ESC. A proporcionalidade da contramedida não será, contudo, aferida unilateralmente pelo estado lesado; ela terá sido analisada pelos órgãos técnicos. O estado lesado, portanto, apenas poderá impor as contramedidas especificamente autorizadas pelo OSC, no valor exato autorizado pelo órgão. Ainda assim, se o estado que sofre as contramedidas entender que elas não são apropriadas, poderá ainda submetê-las à arbitragem.

Percebe-se, no âmbito da OMC, rigoroso controle sobre a imposição de contramedidas, de modo a evitar abusos. O controle técnico e imparcial sobre essas sanções é realizado antes e depois de sua adoção. De fato, esse controle é necessário, sob pena de se desconstruir o sistema de comércio internacional, diante de ciclo vicioso de afastamento das normas comerciais sob a alegação de estar um outro estado violando os tratados comerciais.

O sistema de solução de controvérsias do Mercado Comum do Sul também conta com mecanismo de avaliação jurisdicional

das contramedidas, denominadas, nesse sistema específico, "medidas compensatórias". O controle sobre essas medidas não é tão rigoroso quanto na OMC, e se verifica apenas *a posteriori*. Existe, de todo modo, a possibilidade de aferição objetiva e imparcial das contramedidas impostas. Conforme o artigo 31 do Protocolo de Olivos sobre solução de controvérsias no Mercosul, de 2002, o estado que se beneficia do laudo arbitral ou de decisão do Tribunal Permanente de Revisão transitada em julgado pode impor medidas compensatórias, caso considere que o laudo não está sendo inteiramente cumprido[400]. Se o estado afetado pelas contramedidas entender, contudo, que elas são excessivas, ou se considerar que o laudo estava sendo devidamente cumprido, poderá, nos termos do artigo 32 do protocolo, questionar as contramedidas aplicadas, no Tribunal Arbitral *ad hoc* ou no Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul[401].

400 Artigo 31

Faculdade de Aplicar Medidas Compensatórias

1. Se um Estado parte na controvérsia não cumprir total ou parcialmente o laudo do Tribunal Arbitral, a outra parte na controvérsia terá a faculdade, dentro do prazo de um (1) ano, contado a partir do dia seguinte ao término do prazo referido no artigo 29.1, e independentemente de recorrer aos procedimentos do artigo 30, de iniciar a aplicação de medidas compensatórias temporárias, tais como a suspensão de concessões ou outras obrigações equivalentes, com vistas a obter o cumprimento do laudo.

2. O Estado-parte beneficiado pelo laudo procurará, em primeiro lugar, suspender as concessões ou obrigações equivalentes no mesmo setor ou setores afetados. Caso considere impraticável ou ineficaz a suspensão no mesmo setor, poderá suspender concessões ou obrigações em outro setor, devendo indicar as razões que fundamentam essa decisão.

3. As medidas compensatórias a serem tomadas deverão ser informadas formalmente pelo Estado-parte que as aplicará, com uma antecedência mínima de quinze (15) dias, ao Estado-parte que deve cumprir o laudo.

401 Artigo 32

Faculdade de Questionar Medidas Compensatórias

1. Caso o Estado-parte beneficiado pelo laudo aplique medidas compensatórias por considerar insuficiente o cumprimento do mesmo, mas o Estado-parte obrigado a cumprir o laudo considerar que as medidas adotadas são satisfatórias, este último terá um prazo de quinze (15) dias, contado a partir da notificação prevista no artigo 31.3, para levar esta situação à consideração do Tribunal Arbitral *ad hoc* ou do Tribunal Permanente de Revisão, conforme o caso, o qual terá um prazo de trinta (30) dias desde a sua constituição para se pronunciar sobre o assunto.

Os regimes especais de solução de controvérsias têm reconhecido a necessidade premente de se controlar a imposição de contramedidas por um órgão técnico imparcial, normalmente jurisdicional. Esse controle pode ser feito *ex ante* ou *ex post*, mas mostra-se necessário para evitar abusos no que diz respeito à imposição dessas retaliações. O projeto de artigos de 2001, diferentemente do adotado em primeira leitura, em 1996, não incluiu um controle jurisdicional da imposição de contramedidas. De todo modo, a criação de um órgão para realizar esse controle, ou a inclusão de uma cláusula compromissória para algum tribunal internacional já existente não é um trabalho de codificação do direito costumeiro. Consiste, em realidade, em sugestão para que, no momento em seja celebrado um tratado com base no projeto de artigos, essa necessidade de controle seja levada em consideração. Independentemente do projeto de artigos, uma convenção sobre responsabilidade dos estados no Direito Internacional Geral deve incluir, em alguma fase do procedimento de imposição de contramedidas, a possibilidade de controle jurisdicional sobre elas.

2.1.2.7 *Contramedidas e exceção de descumprimento*

As contramedidas não se confundem com a exceção de descumprimento de tratado consagrada na máxima *exceptio*

2. Caso o Estado-parte obrigado a cumprir o laudo considere excessivas as medidas compensatórias aplicadas, poderá solicitar, até quinze (15) dias depois da aplicação dessas medidas, que o Tribunal *ad hoc* ou o Tribunal Permanente de Revisão, conforme corresponda, se pronuncie a respeito, em um prazo não superior a (trinta) 30 dias, contado a partir da sua constituição.

i) O Tribunal pronunciar-se-á sobre as medidas compensatórias adotadas. Avaliará, conforme o caso, a fundamentação apresentada para aplicá-las em um setor distinto daquele afetado, assim como sua proporcionalidade com relação às conseqüências derivadas do não cumprimento do laudo.

ii) Ao analisar a proporcionalidade, o Tribunal deverá levar em consideração, entre outros elementos, o volume e/ou o valor de comércio no setor afetado, bem como qualquer outro prejuízo ou fator que tenha incidido na determinação do nível ou montante das medidas compensatórias.

3. O Estado-parte que aplicou as medidas deverá adequá-las à decisão do Tribunal em um prazo máximo de dez (10) dias, salvo se o Tribunal estabelecer outro prazo.

inadimpleti contractus[402]. Este possibilita a suspensão ou a extinção de um tratado em decorrência de sua violação por uma das partes e está prevista no artigo 60 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969:

> *Artigo 60*
>
> *Extinção ou Suspensão da Execução de um Tratado em Consequência de sua Violação*
>
> *1. Uma violação substancial de um tratado bilateral por uma das partes autoriza a outra parte a invocar a violação como causa de extinção ou suspensão da execução de tratado, no todo ou em parte.*
>
> *2. Uma violação substancial de um tratado multilateral por uma das partes autoriza:*
>
> *a) as outras partes, por consentimento unânime, a suspenderem a execução do tratado, no todo ou em parte, ou a extinguirem o tratado, quer:*
>
> *i) nas relações entre elas e o Estado faltoso;*
>
> *ii) entre todas as partes;*
>
> *b) uma parte especialmente prejudicada pela violação a invocá-la como causa para suspender a execução do tratado, no todo ou em parte, nas relações entre ela e o Estado faltoso;*
>
> *c) qualquer parte que não seja o Estado faltoso a invocar a violação como causa para suspender a execução do tratado, no todo ou em parte, no que lhe diga respeito, se o tratado for de tal natureza que uma violação substancial*

402 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two, p. 128, §4.

> *de suas disposições por parte modifique radicalmente a situação de cada uma das partes quanto ao cumprimento posterior de suas obrigações decorrentes do tratado.*

Existem importantes distinções entre as contramedidas e a exceção de descumprimento. Fundamentalmente, as lógicas que dão ensejo a cada instituto são diferentes. A própria natureza jurídica das contramedidas é a de ser uma forma de coerção descentralizada, destinada a forçar um estado violador a cumprir o Direito Internacional e a reparar eventuais danos. A exceção de descumprimento, por sua vez, visa simplesmente a não onerar um estado com uma obrigação devida a uma outra parte que não cumpre obrigação equivalente com relação a ele. Se, por um acordo comercial, dois estados se comprometem a reduzir barreiras alfandegárias, diante do descumprimento dessa obrigação por um estado, não há razão para a outra parte arcar sozinha com essa obrigação evidentemente recíproca. Nesse caso, não necessariamente o estado que se utiliza da exceção de descumprimento pretende obter o respeito à obrigação[403]. Pode ocorrer de ambos os estados terem chegado à conclusão que o acordo não é favorável, resolvendo abandoná-lo.

A suspensão ou extinção prevista da Convenção de Viena ocorre apenas com relação ao tratado violado, não podendo afetar outra obrigação devida ao estado que o haja descumprido. As contramedidas, por sua vez, podem consistir na suspensão do cumprimento de outra obrigação ou de outras obrigações decorrentes de outros tratados internacionais que não o violado. Além disso, no caso da exceção de descumprimento, não há necessidade de se seguirem os procedimentos necessários para a imposição de contramedidas, notadamente a invocação da responsabilidade, o requerimento de que o estado cumpra com

403 CRAWFORD, James. *State Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 679.

a obrigação, a notificação da intenção de suspender a obrigação e a disposição para negociar.

Com relação à exceção de descumprimento, não é claro se o instituto consiste em princípio geral de direito, nos termos do artigo 38(1)(c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, podendo ser aplicado fora do escopo do direito dos tratados, como defendeu o juiz *ad hoc* Roucounas em seu voto dissidente no caso *Interim Accord*[404], ou se o instituto encontra-se limitado ao previsto na Convenção de Viena, não podendo ser, portanto, aplicado a normas de origem costumeira, como defendeu, no mesmo caso, o juiz Simma, em seu voto separado[405]. No caso das contramedidas, não há dúvida: elas podem suspender obrigações decorrentes de normas costumeiras, seja para forçar o estado responsável a cumprir um costume, seja para persuadi-lo a respeitar um tratado.

Além disso, a exceção de descumprimento prevista na Convenção de Viena permite a extinção definitiva do tratado, enquanto as contramedidas consistem tão somente na suspensão necessariamente temporária de uma obrigação. Ademais, o instituto previsto na Convenção de Viena permite a suspensão do tratado entre todas as partes, o que em nenhuma hipótese ocorre no caso das contramedidas. Estas suspendem uma obrigação apenas entre o estado violador e o estado que as impõe e não podem afetar terceiros.

404 "Il s'ensuit que l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités n'est pas l'expression exclusive de l'*exceptio*. L'exception opposée au non-accomplissement de la prestation due est un principe général du droit, l'un de ceux que consacre l'alinéa *c)* du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour". ROUCOUNAS. Opinion dissidente de m. le juge *ad hoc* Roucounas. Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia *vs* Greece). *ICJ Reports.* The Hague: 2011, §66.

405 "The functional synallagma attached to treaties embodying reciprocal obligations finds its (not neces- sarily Latin) expression entirely in the primary rules of the law of treaties". SIMMA, Bruno. Separate opinion of judge Simma. Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia *v.* Greece). *ICJ Reports.* The Hague: 2011, §20.

Por fim, como explica o juiz Simma em seu voto separado no caso *Interim Accord*, a exceção de descumprimento insere-se no âmbito das normas primárias, codificadas na Convenção de Viena de 1969. As contramedidas, por sua vez, enquadram-se no âmbito das normas secundárias sobre responsabilidade internacional, inseridas no projeto de 2001 da Comissão de Direito Internacional[406].

2.1.2.8 *Contramedidas e legítima defesa*

As contramedidas tampouco se confundem com a legítima defesa. Seus objetivos, suas motivações, seus métodos e seus procedimentos são muito distintos. O objetivo das contramedidas é forçar o estado violador a interromper o ato ilícito ou a reparar os danos eventualmente causados. O objetivo da legítima defesa, por sua vez, é assegurar a existência do estado que sofre um ataque armado[407]. O princípio da necessidade, que pauta o uso da força em legítima defesa, deixa claro que seu propósito não é implementar a justiça internacional ou exigir reparação de danos, mas simplesmente assegurar a sobrevivência do estado atacado. Por isso, a legítima defesa é considerada um direito inerente[408], ou um direito natural[409].

A motivação para a imposição de uma contramedida é um ato internacionalmente ilícito, em outras palavras, é a adoção, por um estado, de uma conduta incompatível com uma obrigação internacional, qualquer que seja a natureza ou a origem dessa

406 SIMMA, Bruno. Separate opinion of judge Simma. Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia *vs* Greece). *ICJ Reports.* The Hague: 2011, §20.

407 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1463.

408 Na versão em língua inglesa do artigo 51 da Carta da ONU: "the inherent right of individual or collective self-defence".

409 Na versão em língua francesa do artigo 51 da Carta da ONU: "droit naturel de légitime défense".

obrigação. A violação de normas ordinárias ou de *jus cogens* previstas em tratados, em costumes, em princípios gerais de direito, atos unilaterais de estados, decisões de organizações internacionais ou até mesmo de obrigações decorrentes de decisões judiciais e de laudos arbitrais podem dar ensejo à responsabilidade internacional, e, portanto, motivar a adoção de contramedidas. Já a legítima defesa só pode ser usada diante de um ataque armado, que constitua violação da proibição da agressão, prevista no artigo 2(4) da Carta da ONU. Tão somente uma violação dessa obrigação, que constitua um ataque armado, pode dar ensejo à legítima defesa. Nem mesmo um uso da força que não tenha gravidade suficiente para ser considerado um ataque armado pode motivar a legítima defesa[410].

As contramedidas não podem, em nenhuma hipótese, envolver o uso da força. Como visto, a proibição das represálias armadas é norma consagrada em Direito Internacional, notadamente desde a celebração da Carta da ONU. A obrigação de não usar a força não pode, em nenhuma hipótese, ser suspensa em sede de contramedidas. A legítima defesa, por sua vez, consiste, normalmente, no uso da força, para repelir um ataque armado sofrido. Naturalmente, nos casos em que um estado pode empregar licitamente a força, meios menos graves, como o congelamento de bens ou a suspensão de tratados em vigor também podem ser empregados de forma lícita[411]. Como explica Frowein em seu curso na Academia da Haia de Direito Internacional, essas medidas têm

410 No caso Nicarágua a Corte Internacional de Justiça traçou distinção entre o uso da força e um ataque armado, com base no critério da gravidade do ato. Segundo a corte, "É necessário distinguir as formas mais graves de uso da força (aquelas que constituem ataque armado) daquelas formas menos graves". Tradução do autor. No original: "it will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms". *CIJ*, Caso Nicarágua, 1986, §191.

411 "Where force may be applied lawfully, lesser means must also be lawful". FROWEIN, Jochen. Reactions by not directly affected States to breaches of public International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 248, IV, 1994, p. 370.

fundamento no artigo 51 da Carta da ONU[412] e são, portanto, consideradas formas de legítima defesa.

As contramedidas, por definição, são usadas em momento posterior ao ilícito e, no mais das vezes, a conduta ilícita já cessou, e o estado pretende apenas assegurar a reparação dos danos causados. O uso da força em legítima defesa, por sua vez, deve ser imediato[413]. Se o propósito da legítima defesa é proteger o estado de um ataque armado, e não punir ou se vingar de uma agressão sofrida, é inadmissível uma alegação intempestiva de legítima defesa. Uma vez que o ataque armado já tenha cessado, a força não pode ser usada em legítima defesa; isso seria incompatível com o princípio da necessidade.

Os procedimentos que devem ser seguidos também diferenciam as contramedidas da legítima defesa. Como visto, antes de impor contramedidas, o estado lesado deve invocar a responsabilidade, requerer a interrupção do ilícito, notificar de sua intenção de retaliar e colocar-se à disposição para negociar. No caso da legítima defesa, a força é usada tão logo o estado sofra a agressão, e o estado deve imediatamente comunicar o Conselho de Segurança, para que este tome as medias apropriadas[414].

412 FROWEIN, Jochen. Reactions by not directly affected States to breaches of public International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 248, IV, 1994, p. 370.

413 A Comissão de Direito Internacional rejeita qualquer tentativa de equiparação entre a legítima defesa, reconhecida como um direito inerente, e as represálias armadas, claramente proibidas no Direito Internacional contemporânero. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on state responsibility with commentaries thereto adopted by the international law commission on first reading*, p. 323-325.

414 Carta da Onu, artigo 51: "Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pêlos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais".

Os institutos da legítima defesa e das contramedidas, portanto, são muito distintos entre si, e não se deve confundir as hipóteses que fundamentam a utilização de cada um deles[415].

2.2 Sanções institucionalizadas

A institucionalização é uma tendência evolutiva do Direito Internacional[416]. Desde 1945, multiplicaram-se as organizações internacionais, de cunho universal, regional e temático. Cada organização possui o seu próprio tratado constitutivo, que determina, com seus protocolos adicionais, a estrutura institucional, ou o sistema de governança da organização, bem como os valores fundamentais que a regem. Em outras palavras, consolidam-se, em nível universal, regional e temático, blocos de constitucionalidade parciais. Dentro de sua estrutura institucional, as organizações internacionais podem impor sanções em casos de violação de normas ou de valores fundamentais da organização.

Essas são consideradas sanções *stricto sensu*, porque se inserem em uma lógica de subordinação típica da sujeição dos estados às regras da organização. É bem verdade que essa subordinação é normalmente fundada no consentimento do próprio estado, ao ingressar na organização. De todo modo, a tradicional lógica de coordenação que normalmente pauta a sociedade internacional passa a coexistir com uma incipiente lógica de subordinação, no bojo das organizações internacionais. A implementação do Direito Internacional não se resume tão somente a mecanismos de autoajuda.

415 "O conceito de legítima defesa é estrito e de cautelosa aplicação, não se confundindo com o conceito mais amplo de contramedida". RAMOS, André de Carvalho. Comentários ao artigo 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi (org.). *Direito dos Tratados*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

416 MIRANDA, Jorge. O Direito Internacional no início de um novo século. In: REIS, Tarcísio e GOMES, Eduardo. *Desafios do Direito Internacional no* século XXI. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007, p. 26.

As organizações internacionais podem impor, a seus estados-membros, as sanções que julgarem pertinentes, não sendo necessário que elas sejam proporcionais ao dano causado. Em verdade, sequer é preciso que haja dano ou mesmo ilícito anterior. As organizações internacionais podem impor sanções mesmo que não tenha havido qualquer violação prévia do Direito Internacional. Pode ter havido, simplesmente, afronta a um valor fundamental da organização, não necessariamente de uma norma prevista sob sua institucionalidade. Pode ocorrer, ainda, de o estado representar, a juízo da organização, apenas uma ameaça a uma norma ou a um valor essencial a ela. Dessa forma, a natureza jurídica das sanções impostas por organizações internacionais não será necessariamente apenas instrumental; pode ser também punitiva. Isso é possível devido à lógica de subordinação inerente a um sistema institucionalizado.

As sanções durante muito tempo impostas pela ONU ao Irã exemplificam bem a natureza punitiva das sanções *stricto sensu*. Mesmo que o programa nuclear do país tivesse propósitos medicinais, dentro do direito inalienável de todo estado de explorar a energia nuclear para fins pacíficos, ao Conselho de Segurança da ONU era lícito impor-lhe sanções, por considerar que o país representava ameaça à paz internacional. Não constitui qualquer óbice à ação do Conselho a inexistência de ilícito ou de dano material ou moral decorrente da conduta iraniana.

Enquanto regra, as sanções são impostas pelos órgãos decisórios das organizações internacionais. No que concerne à organização universal por excelência, a ONU, é ao Conselho de Segurança que cabe emitir resoluções vinculantes[417], cabendo a ele a responsabilidade primordial por assegurar a manutenção

417 Carta da ONU, art. 25: "Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta".

da paz e da segurança internacionais. Sob a égide do art. 41 da Carta da ONU, o Conselho de Segurança tem competência para impor sanções que não envolvam o uso da força, como embargos de diversos tipos e congelamento de bens[418]. Em diversas ocasiões, o órgão fez uso dessa competência, ao, por exemplo, determinar embargo comercial contra a Rodésia do Sul, em função de seu regime racista,[419] embargo de armas como resposta a golpes de estado no Haiti[420] e em Serra Leoa[421], e amplas sanções, a fim de prevenir a proliferação de armas nucleares, contra o Irã[422] e contra a Coreia do Norte[423].

No Direito Internacional Contemporâneo, a implementação da responsabilidade internacional dos estados por meio da força só pode ser autorizada pelo Conselho de Segurança, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo Capítulo VII da Carta da ONU. Em diversas ocasiões o Conselho de Segurança autorizou o uso da força para coibir violações do Direito Internacional. A resolução 82, de 1950, por exemplo, autorizou o uso da força para coibir a invasão norte-coreana da Coreia do Sul. Em 1990, a resolução 678 autorizou o uso da força para repelir a agressão promovida pelo Iraque de Saddam Hussein contra o Kuwait. Em seguida, o Conselho criou uma Comissão de Compensação, para compelir o Iraque a prover as reparações necessárias após a

418 Carta da ONU, art. 41: "O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas".

419 Por exemplo, nas resoluções 232 (1966); 253 (1968); 314 (1972) e 409 (1977).

420 Resolução 841 (1993).

421 Resolução 1132 (1997).

422 Resolução 1737 (2006), Res. 1929 (2010).

423 Resolução 1718 (2006).

intervenção. Em 2011, a resolução 1973 permitiu que a força fosse usada para proteger civis na Líbia.

Por mais que, em muitos casos, essas sanções sejam executadas pelos estados, elas não se confundem com contramedidas. Não se trata de uma retaliação descentralizada, dentro de um mecanismo de autoajuda, mas de uma sanção propriamente dita, decidida no seio institucionalizado de uma organização internacional. Se o Conselho de Segurança decide pelo congelamento de bens de algum estado ou de alguns indivíduos suspeitos de envolvimento com o terrorismo, os estados em cujos territórios esses bens se encontrarem terão a obrigação, como membros das Nações Unidas, de executar essa decisão, nos termos do artigo 25 da Carta. Não se trata, portanto, de uma contramedida decidida pelo estado, mas de simples execução de uma sanção adotada pela ONU. O mesmo ocorre nos casos de intervenções armadas decididas pelo Conselho de Segurança. Como a ONU não possui um exército próprio, diante da ineficácia do artigo 43[424], são os estados que, por meio de suas forças militares, devem executar as sanções armadas decididas pelo Conselho. Isso não pode ser entendido, em nenhuma hipótese, como um ato de agressão. Trata-se, simplesmente, da execução de uma sanção adotada pelo Conselho. Trata-se de uso lícito da força, porque sob a chancela do órgão sobre o qual recai a principal responsabilidade pela manutenção da paz.

No âmbito das Nações Unidas, outras formas de sanção que podem ser aplicadas contra membros que violem reiteradamente os princípios da organização são a suspensão e a expulsão. Ambas as medidas são adotadas por decisão da Assembleia Geral mediante

424 Carta da ONU, art. 43: "Todos os Membros das Nações Unidas, a fim de contribuir para a manutenção da paz e da segurança internacionais, se comprometem a proporcionar ao Conselho de Segurança, a seu pedido e de conformidade com o acordo ou acordos especiais, forças armadas, assistência e facilidades, inclusive direitos de passagem, necessários à manutenção da paz e da segurança internacionais".

recomendação do Conselho de Segurança, nos termos dos artigos 5 e 6 da Carta, respectivamente[425].

Organizações regionais também podem impor determinadas sanções a membros que violem o Direito Internacional ou que afrontem valores essenciais da organização. No âmbito do Mercosul, os estados podem ser suspensos dos direitos decorrentes do processo de integração se violarem princípios considerados fundamentais. De acordo com o Protocolo de Ushuaia, de 1998, uma ruptura da ordem democrática em um estado-membro pode dar ensejo a sanções que podem ir da "suspensão do direito de participar nos diferentes órgãos dos respectivos processos de integração até a suspensão dos direitos e obrigações resultantes destes processos"[426].

Em 2012, após ruptura da ordem democrática no Paraguai, ainda que sob uma aura de institucionalidade, as consultas realizadas imediatamente, *in loco*, não lograram êxito na manutenção da vigência plena da ordem democrática no país. O Paraguai foi, dessa forma, suspenso, nos termos do Protocolo de Ushuaia, deixando de gozar, temporariamente, de alguns direitos decorrentes do processo de integração, entre eles, o direito de deliberar sobre a entrada de novos membros, motivo pelo qual a Venezuela foi admitida como membro pleno do bloco logo em seguida, mesmo sem a anuência do Paraguai. Em 2013, empossado o presidente democraticamente eleito, foram extintos os efeitos da suspensão.

425 Carta da ONU, art. 5: "O Membro das Nações Unidas, contra o qual for levada a efeito ação preventiva ou coercitiva por parte do Conselho de Segurança, poderá ser suspenso do exercício dos direitos e privilégios de Membro pela Assembleia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança. O exercício desses direitos e privilégios poderá ser restabelecido pelo conselho de Segurança"; art. 6: "O Membro das Nações Unidas que houver violado persistentemente os Princípios contidos na presente Carta, poderá ser expulso da Organização pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança."

426 Protocolo de Ushuaia, art. 5.

Nos termos do Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul, celebrado em 2005, em vigor desde 2010, o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais é condição essencial para a vigência e evolução do processo de integração. Dessa forma, seu desrespeito sistemático sujeita o estado violador a sanções que vão da "suspensão do direito a participar deste processo de integração até a suspensão dos direitos e obrigações emergentes do mesmo"[427].

Outras organizações internacionais podem, sob a égide da mesma lógica vertical de subordinação dos estados, impor sanções de naturezas diversas. A Organização dos Estados Americanos e a União das Nações Sul-Americanas, por exemplo, têm cláusulas democráticas que preveem sanções em termos análogos à do Mercosul[428]. Com base nessas cláusulas, a OEA sancionou Honduras, em 2009, pela deposição do presidente Manuel Zelaya, e a Unasul, o Paraguai, em 2012, pela ruptura democrática ocasionada pelo impedimento de Fernando Lugo.

Por mais que as sanções adotadas por organizações internacionais possam ser desproporcionais, isso não significa que elas possam violar o Direito Internacional. Afinal, as organizações internacionais também estão sujeitas à responsabilidade internacional por atos internacionalmente ilícitos, nos termos do projeto de artigos sobre responsabilidade das organizações internacionais, aprovado pela Comissão de Direito Internacional em 2011[429]. Além disso, por mais que as resoluções do Conselho

427 Protocolo de Assunção, art. 4.

428 As cláusulas democráticas da OEA e da Unasul estão previstas, respectivamente, na Carta Democrática Interamericana, de 2001, e no Protocolo de Gerogetown, em vigor desde 2014.

429 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries 2011. *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, v. II, Part Two. *Article 3 Responsibility of an international organization for its internationally wrongful acts*: Every internationally wrongful act of an international organization entails the international responsibility of that organization.

de Segurança da ONU, em particular, gozem de superior hierarquia em Direito Internacional, isso não significa que o órgão seja um *legibus solutus*[430]. Ele não está acima da lei, e suas resoluções podem ser objeto de controle de legalidade, tendo como parâmetro as normas de *jus cogens*, como reconhecido no caso Kadi pelo Tribunal de Justiça da União Europeia[431]. As resoluções do Conselho devem, ainda, respeitar as disposições da própria Carta da ONU, da qual o órgão tira sua autoridade[432].

De todo modo, a lógica de subordinação necessária para que se possa falar em punição propriamente dita pelo cometimento de um ato internacionalmente ilícito existe apenas no seio de organizações internacionais. Sanções de natureza punitiva, com viés de exemplaridade, desproporcionais ao dano causado pelo ilícito ou impostas sem existência de dano só podem ser instituídas por organizações internacionais. Caso um estado, interessado na promoção da justiça internacional, julgue imprescindível a imposição desse tipo de sanção, deve recorrer às instituições multilaterais apropriadas, a fim de implementá-las. Sua imposição unilateral corresponderia a ilícito, estando o pretenso arauto da justiça, ironicamente, sujeito a responsabilidade internacional.

430 SALIBA, Aziz. *Conselho de Segurança da ONU*: Sanções e limites Jurídicos. Belo Horizonte: Juruá, 2008, p. 132.

431 "O Tribunal pode fiscalizar, de forma incidental, a legalidade das resoluções em causa do Conselho de Segurança, à luz dos *jus cogens*, entendido como uma ordem pública internacional que se impõe a todos os sujeitos do Direito Internacional, incluindo as instâncias da ONU, o qual não é possível derrogar". COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Yassin Abdullah Kadi vs Council of the European Union and Commission of the European Communities*, caso T-315.01, sentença de 21 de setembro de 2005.

432 SALIBA, Aziz. *Conselho de Segurança da ONU*: Sanções e limites Jurídicos. Belo Horizonte: Juruá, 2008, p. 112.

CAPÍTULO 3
ESTADOS NÃO LESADOS E A IMPOSIÇÃO DE CONTRAMEDIDAS

> *Agora, porém, que estou cá do outro lado da vida, posso confessar tudo: o que me influiu principalmente foi o gosto de ver impressas nos jornais, mostradores, folhetos, esquinas, e enfim nas caixinhas do remédio, estas três palavras: Emplasto Brás Cubas. Para que negá-lo? Eu tinha a paixão do arruído, do cartaz, do foguete de lágrimas. Talvez os modestos me arguam esse defeito; fio, porém, que esse talento me hão de reconhecer os hábeis. Assim, a minha ideia trazia duas faces, como as medalhas, uma virada para o público, outra para mim. De um lado, filantropia e lucro; de outro lado, sede de nomeada. Digamos: – amor da glória (*Machado de Assis, *Memórias póstumas de Brás Cubas)*.

3.1 A Comissão de Direito Internacional e as Contramedidas Coletivas

Como visto, o Direito Internacional Clássico, surgido da virada bilateralista pós-Westfália que abandonara o ideal de

comunidade cristã universal – a *Respublica Christiana* – era avesso à ideia de justiça universal a ser implementada por potências hegemônicas, como o Sacro Império Romano-Germânico[433]. Nesse sentido, o equilíbrio de poder, consagrado na Paz de Utrecht, em 1713, seria convertido no princípio diretor do *jus gentium* e não seria lícito a nenhum estado arrogar-se o direito de impor a justiça sem ter sofrido uma injustiça, ou a reivindicar um direito lesado, que não o seu.

Dessa forma, os autores do tempo clássico, pós-Westfália, com destaque para Vattel, tratavam da responsabilidade internacional como uma relação jurídica bilateral entre o estado faltoso e o estado lesado. Um sujeito de Direito das Gentes que não tivesse sofrido qualquer prejuízo decorrente do ato ilícito não poderia sequer invocar a responsabilidade do violador; poderia, menos ainda, impor represálias contra o estado faltoso.

A comunitarização do Direito Internacional, e a consolidação de seu bloco de constitucionalidade, evidentes ao menos desde 1945, trariam nova dimensão ao instituto das contramedidas. A conformação gradual de interesses comuns a nações unidas, a emergência embrionária de um direito de solidariedade, o empoderamento do ser humano em âmbito internacional, a condenação de crimes contra a humanidade, a consagração de bens comuns aos povos e a consolidação de uma *magna communitas humani generis,* unida por laços de fraternidade, moldaram um novo ideal de justiça universal. Isso trouxe à tona novo debate acerca das formas de implementação

433 "O Sacro Império Romano-Germânico, considerado como successor espiritual e secular do Império Romano, em sua relação com os demais príncipes e entidades políticas da Europa – já enfraquecido depois da cisão das igrejas protestantes, no século XVI –, ainda era uma ordem hierarquizada, onde o império reclamava autoridade moral e precedência política sobre os demais integrantes do sistema. Essa concepção da *respublica christiana* teria recebido golpe fatal com a paz de Westfália, quando esta confirma a existência e a Liberdade de operação de outros estados então existentes, tais como a França e a Suécia, ao mesmo tempo em que novos estados surgiram, tais como os Países Baixos e a Suíça". CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Clássico.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 9-10.

das obrigações internacionais, notadamente, as voltadas para a proteção de interesses coletivos – as obrigações *erga omnes*.

Roberto Ago foi o maior responsável pela introdução desse viés jurídico "comunitarista" nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional sobre responsabilidade do estado, ao inserir em seu quinto relatório, em 1976, o conceito de crime de estado, como o de um crime de agressão ou de uma violação grave de uma obrigação essencial para a proteção de interesses fundamentais da comunidade internacional como um todo, e que tivesse como propósito i) a proteção do princípio da igualdade de direito entre todos os povos e a autodeterminação; ii) o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem qualquer distinção; ou iii) a conservação e o livre gozo dos recursos comuns à toda a humanidade[434].

O conceito de crime de estado destinava-se a proteger interesses comuns da humanidade e da comunidade internacional como um todo. Condutas como um ato de agressão; a dominação de um povo por outro, nos moldes coloniais; o extermínio ou a discriminação institucionalizada de um povo; e a destruição do meio

434 O artigo proposto determinava: "*Article 18. Content of the international obligation breached*

1. The breach by a State of an existing international obligation incumbent upon it is an internationally wrongful act, regardless of the content of the obligation breached.

2. The breach by a State of an international obligation established for the purpose of maintaining international peace and security, and in particular the breach by a State of the prohibition of any resort to the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of another State, is an "international crime".

3. The serious breach by a State of an international obligation established by a norm of general international law accepted and recognized as essential by the international community as a whole and having as its purpose:

(a) respect for the principle of the equal rights of all peoples and of their right of self-determination; or

(b) respect for human rights and fundamental freedoms for all, without distinction based on race, sex, language or religion; or

(c) the conservation and the free enjoyment for everyone of a resource common to all mankind is also an "international crime".

4. "The breach by a State of any other international obligation is an 'international delict'". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fifth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1976, p. 54.

ambiente humano[435] eram consideradas tão graves que afetariam toda a comunidade internacional. Todos os estados, portanto, seriam considerados lesados por condutas dessa natureza. Seria do interesse de todos os estados ver protegidos os bens comuns da humanidade. A partir dessa perspectiva, qualquer estado poderia invocar a responsabilidade do violador, e seu interesse de agir deveria fundamentar a imposição de retaliações.

Ago, contudo, reconheceu o perigo de se deixar a cargo dos estados a análise acerca da natureza da conduta do estado violador. De fato, seria arriscado permitir que a identificação de um crime internacional fosse realizada de modo unilateral e subjetivo por todo e qualquer estado. O relator especial reconhecia que mesmo especificando individualmente cada categoria de obrigação internacional cuja violação seria considerada um crime, "haveria, não obstante, uma considerável margem de incerteza relativa à questão sobre se um ato de um estado poderia ser categorizado como um 'crime internacional'"[436].

Ago já antecipava, portanto, certa resistência dos governos que analisassem sua proposta. Afinal, se todos os estados fossem considerados afetados por um crime internacional, todos poderiam invocar a responsabilidade do suposto violador, sob o pretexto de se tratar de um crime de estado. Por isso, ao propor a nova categoria de crime internacional, imaginava que sua identificação, no caso concreto,

435 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fifth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1976, p. 52, §148.

436 "Even if, in the article we now propose to adopt, we were to specify individually the categories of international obligations whose breach is an international crime, there would nevertheless remain a considerable margin of uncertainty concerning the question whether an act of a State should be categorized as an 'international crime'". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fifth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1976, p. 53, §152.

devesse ser realizada por uma instância internacional competente, como a Corte Internacional de Justiça. Em suas palavras:

> *Em vista da gravidade das consequências que tal categorização implica, é esperado que muitos governos, caso aceitem a distinção entre duas categorias diferentes de atos ilícitos, o façam novamente sob a condição de que a identificação da existência de um "crime internacional" seja feita, em um caso concreto, por uma instância internacional, seja essa instância o Conselho de Segurança, seja a Corte Internacional de Justiça*[437].

De modo a que essa análise fosse realizada por instância internacional competente, o relator concebia a inclusão de uma cláusula compromissória, nos moldes do artigo 66 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, que remete à Corte Internacional de Justiça qualquer controvérsia surgida, nos termos da convenção, acerca do conceito de *jus cogens*, que o documento então introduzia. O relator Ago não chegou a realizar a proposta de uma cláusula compromissória dessa natureza simplesmente porque entendia que ela deveria ser inserida no capítulo sobre as formas de responsabilidade aplicadas aos crimes internacionais ou no capítulo final, sobre as disposições gerais, partes do projeto sobre as quais a Comissão ainda não se estava debruçando[438].

437 Tradução do autor. No original: "In view of the gravity of the consequences implied by such a categorization, it is to be expected that many Governments, if they accept the distinction between two different categories of internationally wrongful acts, will again do so subject to the condition that the finding of the existence of an 'international crime' should be made, in a specific case, by an international instance, whether that instance be the Security Council or the International Court of Justice". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fifth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1976, p. 53, §152.

438 "It would, of course, be possible to insert a clause to that effect in the body of the article. However, it seems to us that the article which we shall subsequently devote to the determination of the forms of responsibility applicable to international crimes would be more appropriate for the inclusion of such a clause. Another possible solution would obviously be to include the clause in question, and possibly some others as well, in a final section of the draft, as was done in the case of the Convention

No que diz respeito à implementação, via retaliação, da responsabilidade internacional eventualmente invocada por estado não lesado, Roberto Ago até reconheceu, em seu oitavo relatório, de 1979, que o antigo monopólio do estado lesado para sancionar o estado violador não era mais absoluto[439]. Um crime internacional afetaria não apenas o estado que eventualmente sofresse dano em decorrência da conduta; afetaria a comunidade internacional como um todo. Dessa forma, a comunidade internacional teria o direito não só de invocar a responsabilidade, mas também de implementá-la, via sanções.

Isso não significa, contudo, que Ago aprovasse contramedidas de terceiros contra o suposto estado "criminoso" nos casos de violação dessas obrigações *erga omnes*. Por mais que se pudesse argumentar que um crime internacional lesaria todos os estados, que poderiam, nesse caso, sancionar o violador[440], Ago chamava a atenção para os riscos de se reconhecer esse princípio. De fato, em seu relatório, Ago considerava perigoso que eventualmente viesse a ser reconhecido o direito de qualquer estado impor sanções contra quem houvesse cometido um crime internacional[441].

on the Law of Treaties". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fifth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1976, p. 53, §152.

439 "We noted in passing that the former monopoly of the State directly injured by the internationally wrongful act of another State, as regards the possibility of resorting against that other State to sanctions which would otherwise be unlawful, is no longer absolute in modern international law". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/CN.4/318 and Add.1-4: Eighth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1976, p. 43, §91.

440 "It probably still subsists in general international law, even if, *in abstractor* some might find it logical to draw certain inferences from the progressive affirmation of the principle that some obligations – defined in this sense as obligations *erga omnes* – are of such broad sweep that the violation of one of them is to be deemed an offence committed against all members of the international community, and not simply against the State or States directly affected by the breach". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/CN.4/318 and Add.1-4: Eighth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1976, p. 43, §91.

441 "In reality, one cannot underestimate the risks that would be involved in pressing recognition of this principle – the chief merit of which, in our view, is that it affirms the need for universal solidarity in dealing

Para Ago, a responsabilidade decorrente da violação de uma obrigação *erga omnes*, devida à comunidade internacional como um todo, deveria ser implementada pelos órgãos representativos dessa comunidade internacional. Claramente, Roberto Ago era contrário à possibilidade de se permitir que um estado não lesado impusesse unilateralmente contramedidas em face do suposto estado "criminoso"[442]. Para ele, deveria recair sobre as instituições multilaterais a competência exclusiva para, em primeiro lugar, determinar se houve, efetivamente, uma violação de uma norma de importância fundamental para a comunidade internacional, e para, em segundo lugar, decidir as medidas a serem tomadas e quem deveria implementá-las[443].

O entendimento de Ago é correto. Afinal, não se trata de obrigações *inter partes*, senão de obrigações *erga omnes*. Como visto no capítulo 1, estas não se limitam a uma constelação de relações jurídicas bilaterais. Um tratado multilateral, por mais que possa incluir todos os estados do mundo, não cria, enquanto

with the most serious assaults on international order – to the point where any State would be held to be automatically authorized to react against the breach of certain obligations committed against another State and individually to take punitive measures against the State responsible for the breach". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/CN.4/318 and Add.1-4: Eighth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1976, p. 43, §91.

442 "Ago was opposed to providing the possibility for states nor directly injured to take unilaterally decided measures (except in relation to self-defence measures). He envisaged a system of coordinated countermeasures (if possible in the context of an international organization), to be added to the one provided for by the Charter". SPINEDI, Marina. From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codifictaion of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002, p. 1122.

443 "It is understandable, therefore, that a community such as the international community, in seeking a more structured organization, even if only an incipient 'institutionalization', should have turned in another direction, namely towards a system vesting in international institutions other than States the exclusive responsibility, first, for determining the existence of a breach of an obligation of basic importance to the international community as a whole, and thereafter, for deciding what measures should be taken in response and how they should be implemented". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/CN.4/318 and Add.1-4: Eighth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1976, p. 43, §91.

regra, obrigações *erga omnes*. Estas não se definem pelo número de partes que vinculam, mas pelos interesses que protegem. Obrigações *erga omnes* resguardam valores fundamentais da comunidade internacional como um todo, não de cada estado individualmente considerado. Se essas obrigações são devidas à comunidade internacional, para proteger valores inerentes a ela, sua implementação não pode se dar por mecanismos unilaterais de justiça privada. É a comunidade internacional como um todo que deve assegurar o adimplemento das obrigações a ela devidas. Isso deve ser feito, obviamente, por meio dos órgãos multilaterais responsáveis, os únicos dotados da representatividade necessária para agir em nome da comunidade internacional. Nenhum estado, qualquer que seja, pode arrogar-se, unilateralmente, representante da comunidade internacional, para impor contramedidas sem a autorização dos órgãos multilaterais competentes.

Obrigações *erga omnes* não podem ser implementadas *inter partes*. Se elas resguardam interesses públicos, sua implementação deve ser decidida coletivamente. A justiça privada obviamente não é o meio adequado para a implementação do interesse público. Um estado que pretendesse agir unilateral e discricionariamente, para fazer valer os valores caros à comunidade internacional, não estaria implementando a justiça universal, para o bem da humanidade, como eventualmente alegado. Estaria, como o Sacro Império, tentado exercer sua hegemonia temporal, em benefício próprio, invocando como pretexto para seu excepcionalismo valores unilateralmente universalizados. Essa conduta não seria compatível com a atual comunitarização do Direito das Gentes. Contramedida coletiva, nesse caso, seria eufemismo para hegemonia de superpotência.

Para que a implementação da responsabilidade decorrente de violação de obrigação *erga omnes* seja legítima, ela deve ser decidida e conduzida pela comunidade internacional, por meio dos organismos

multilaterais competentes. Ago parecia sugerir que esse organismo seria a Organização das Nações Unidas. Segundo o relator:

> *De acordo com a Carta das Nações Unidas, essas responsabilidades recaem sobre os órgãos competentes da Organização. Esses órgãos – e esse é o ponto que nos interessa no contexto da matéria dessa seção – tem a competência não apenas para autorizar, mas até mesmo para determinar que um estado-membro que não o diretamente lesado por um ilícito internacional específico, ou um grupo de estados-membros, ou, em alguns casos, todos os estados-membros, adotem certas sanções que não envolvam o uso da força contra o estado que tenha cometido um ilícito de um conteúdo e gravidade específica*[444].

Uma concepção comunitarista do Direito Internacional deve levar, invariavelmente, a essa conclusão. É a comunidade internacional como um todo que deve implementar, por meio das instâncias multilaterais competentes, a responsabilidade dos estados por violação de obrigações devidas à comunidade internacional como um todo. Seria incoerente utilizar um recurso de justiça privada para promover a justiça comunitária.

Foi exatamente nesse sentido que a Comissão de Direito Internacional afirmou, em seu relatório à Assembleia Geral da ONU, em 1979, que:

444 Tradução do autor. No original: "Under the United Nations Charter, those responsibilities are vested in the competent organs of the Organization. These organs – and this is the point which interests us in the context of the subject matter of this section – are empowered not only to authorize, but even to direct a Member State other than the one directly injured by a particular international offence, or a group of Member States, or at times all Member States, to apply certain sanctions not involving the use of force against a State which has committed an offence of a specified content and gravity". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/CN.4/318 and Add.1-4: Eighth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1976, p. 43, §92.

> *A progressiva afirmação, no Direito Internacional Contemporâneo, do princípio de que algumas obrigações – denominadas obrigações erga omnes – possuem um escopo tão amplo que uma violação de qualquer dessas obrigações é considerada uma ofensa a todos os estados da comunidade internacional e não apenas ao estado ou estados diretamente afetados por elas, levou a comunidade internacional a um* sistema que investe as instituições internacionais que não os estados da responsabilidade exclusiva para, em primeiro lugar, determinar a existência de uma violação de uma obrigação de importância fundamental para a comunidade internacional como um todo e para, em seguida, decidir sobre as medidas a serem tomadas e sobre como elas deverão ser implementadas[445] (grifo nosso).

Ao assumir a relatoria dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional, Riphagen confirmou a necessidade de uma análise coletiva antes de terceiros estados tomarem quaisquer medidas contra um estado que tenha violado uma obrigação *erga omnes*. Riphagen apoia suas conclusões no parecer consultivo emitido pela Corte Internacional de Justiça no caso Namíbia, em que a Corte afirmou:

> *A determinação precisa dos atos permitidos ou autorizados, quais medidas estão disponíveis e podem*

445 Tradução do autor. No original: "The progressive affirmation in modern international law of the principle that some obligations – termed obligations *erga onmes* – are of such broad sweep that a breach of any one of them is to be deemed an offence against all the members of the international community and not simply against the State or States directly affected by the breach, has led the international community to turn towards a system which vests in international institutions other than States exclusive responsibility, first, for determining the existence of a breach of an obligation of basic importance to the international community as a whole, and, thereafter, for deciding what measures are to be taken in response and how they are to be implemented". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/34/10 Report of the International Law Commission on the work of its Thirty-first session, 14 May-3 August 1979. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 2, 1979.

> *ser adotadas, quais delas devem ser escolhidas, qual deve ser seu escopo e por quem devem ser adotadas é matéria que recai sob a competência dos órgãos políticos das Nações Unidas, atuando dentro de suas autoridades determinadas pela Carta. Dessa forma, cabe ao Conselho de Segurança determinar qualquer medida adicional às já decididas por ele no que diz respeito à questão da Namíbia*[446].

Diante disso, Riphagen confirma, em seu relatório preliminar, de 1980 que "uma decisão coletiva é necessária antes que terceiros estados possam tomar qualquer ação sob uma 'nova relação jurídica' criada por um ato ilícito entre o estado violador e terceiros estados"[447]. Em seu terceiro relatório, em 1982, Riphagen refere-se à Organização das Nações Unidas como a "comunidade internacional organizada", responsável por determinar quais seriam as consequências adicionais do cometimento de um "crime internacional"[448].

446 Tradução do autor. No original: "The precise determination of the acts permitted or allowed, what measures are available and practicable, which of them should be selected, what scope they should be given and by whom they shouid be applied is a matter which lies within the competence of the appropriate political organs of the United Nations acting within their authority under the Charter. Thus it is for the Security Council to determine any further measures consequent upon the decisions already taken by it on the question of Namibia". INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). *ICJ Reports.* The Hague: 1971, §120.

447 Tradução do autor. No original: "This, then, rather seems to confirm the statement that a collective decision is required before third States can take any action under a 'new legal relationship', created by a wrongful act, between the guilty State and third States". Em seguida, Riphagen passa a analisar a possibilidade de uma eventual obrigação de não cooperar com o estado violador nos casos de crimes internacionais. Ao fim dos estudos da Comissão de Direito Internacional, essa obrigação seria considerada uma consequência adicional da responsabilidade agravada, não podendo ser considerada uma contramedida propriamente dita. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Document A/CN.4/330:* Preliminary report on the content, forms and degrees of international responsibility (Part 2 of the draft articles on State responsibility), by Mr. William Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1980, p. 120, §71.

448 "The definition of 'international crime' in article 19, paragraph 3, of part 1 of the draft articles implies that the international community as a whole is injured by such wrongful act. It may therefore be presumed that the organized international community, that is,the United Nations Organization, has a role to play in determining the special legal consequences entailed by such act, even if the

No ano seguinte, em seu quarto relatório, ao comentar os crimes internacionais, Riphagen afirma que "a comunidade internacional organizada, isto é, a ONU, tem jurisdição sobre a situação". Para ele, no entanto, "qual órgão da ONU pode tomar que tipo de ação permanece uma questão de interpretação e de aplicação da Carta"[449]. No mesmo relatório, Riphagen reconhece que os estados não aceitariam sofrer contramedidas de quaisquer outros estados diante da simples alegação de que teriam cometido crimes internacionais. Para o relator, seria pouco provável que os estados aceitassem esse tipo de contramedida coletiva sem que houvesse uma análise independente e autorizada dos fatos e do direito aplicável. Uma deliberação coletiva seria necessária para que esse tipo de contramedida pudesse ser aplicado, e o organismo apropriado para realizá-la seria, enquanto regra, a Organização das Nações Unidas[450].

maintenance of international peace and security is not considered to be involved (...) it may be presumed that the international community as a whole, in 'recognizing' as a crime the breach by a State of certain international obligations, at the same time accepts a role of the organized international community, i.e., of the United Nations system, in the further stages of determining the legal consequences of such a breach and of the 'implementation' of State responsibility in that case". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Document A/CN.4/354 and Add.l and 2.* Third report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the Initernational Law Commission*, v. II, n. 1, 1982, p. 48 e 49, §5 e 14.

449 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Document A/CN.366 and Add. 1.* Fourth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission.* 1983, v. II, n. 1, §60.

450 "The Special Rapporteur is of the opinion that there is little chance that States generally will accept a legal rule along the lines of article 19of part 1of the draft articles without a legal guarantee that they will not be charged by any or all other States with having committed an international crime, and be faced with demands and countermeasures by any or all other States without an independent and authoritative establishment of the facts and the applicable law. In this respect there is a clear analogy with what happened in respect of the *jus cogens* clause in the Vienna Convention. (...) the individual States will not accept a duty to support countermeasures taken by another State, or a duty to participate in collective countermeasures, without such an independent and authoritative statement and a collective discussion and decision on the sharing of the burden of implementation". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Document A/CN.366 and Add. 1.* Fourth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the iNternational Law Commission*, v. II, n. 1, 1983, p. 12 e 13, §55 e 56.

Nesse contexto, Riphagen, em seu quinto relatório, reconheceu a possibilidade de contramedidas coletivas – o que confirmou no sexto relatório[451] – desde que a comunidade internacional deliberasse sobre elas. O artigo 5º proposto por Riphagen incluía todos os estados da comunidade internacional como "estados lesados" em casos de crimes internacionais[452]. Ao mesmo tempo, o artigo 9 conferia, a qualquer "estado lesado", a faculdade de impor contramedidas em face do estado violador[453]. Para tanto, contudo, seria necessário que a comunidade internacional deliberasse, por meio dos órgãos competentes, acerca da responsabilidade pelos crimes internacionais, o que incluiria as consequências e as formas de implementação[454]. Pelo artigo 14(3) proposto[455],

451 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Document A/CN.4/389.* Sixth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles); and "Implementation" *(miseen oeuvre)* of international responsibility and the settlement of disputes (part 3 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1985, p. 14, §2.

452 Article 5 For the purposes of the present articles, "injured State" means: e) If the internationally wrongful act constitutes an international crime, all other States. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Document A/CN.4/380.* Fifth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1984, p. 3.

453 Article 9 (1). Subject to articles 10 to 13, the injured State is entitled, by way of reprisal, to suspend the performance of its other obligations towards the State which has committed the internationally wrongful act. (2). The exercise of this right by the injured State shall not, in its effects, be manifestly disproportional to the seriousness of the internationally wrongful act committed. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Document A/CN.4/380.* Fifth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1984, p. 3.

454 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Document A/CN.4/389.* Sixth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles); and "Implementation" *(miseen oeuvre)* of international responsibility and the settlement of disputes (part 3 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission,* v. II, n. 1, 1985, p. 14, §6.

455 "Unless otherwise provided for by an applicable rule of general international law, the exercise of the rights arising under paragraph 1 of the present article and the performance of the obligations arising under paragraphs 1 and 2 of the present article are subject, *mutatis mutandis,* to the procedures embodied in the United Nations Charter with respect to the maintenance of international peace and security". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Document A/CN.4/389.* Sixth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles); and "Implementation"

caso não houvesse nenhuma decisão específica da comunidade internacional como um todo, seriam aplicados os procedimentos relativos à manutenção da paz e da segurança internacionais, no seio das Nações Unidas[456]. Em outras palavras, salvo decisão em contrário por parte da comunidade internacional, o Conselho de Segurança da ONU seria o órgão responsável por identificar um crime internacional e por decidir e implementar as reações adequadas a ele.

A necessidade de controle coletivo e de implementação coletiva das contramedidas coletivas parecia evidente. A dificuldade surgia sobre como realizar esse controle e, especificamente, sobre que órgãos seriam competentes para tanto. Riphagen sugeriu fazê-lo por meio dos organismos internacionais já existentes, em particular, por meio das Nações Unidas, que ele denominava "comunidade internacional organizada". Para o terceiro relator especial da CDI, o Conselho de Segurança seria o órgão mais apropriado para realizar esse controle. No entanto, como aponta Pierre Klein, diversas críticas foram levantadas a essa proposta de Riphagen[457]. A começar pela crítica conjuntural, mas pertinente, da paralisia institucional do Conselho de Segurança durante a Guerra Fria. Além disso, o órgão enfrentaria uma limitação *ratione materiae* em sua atuação: sua função e sua competência é para

(miseen oeuvre) of international responsibility and the settlement of disputes (part 3 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1985, p. 13.

456 "The procedural aspect is dealt with in paragraph 3 of the present article. It contains a residual rule, since, as noted above, the international community as a whole may determine otherwise". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Document A/CN.4/389*. Sixth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles); and "Implementation" *(miseen oeuvre)* of international responsibility and the settlement of disputes (part 3 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1985, p. 14, §7.

457 KLEIN, Pierre. Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002, p. 1246.

promover a paz e a segurança internacionais, não para implementar a responsabilidade internacional. Dessa forma, nos casos de crimes de estado que não constituíssem uma agressão, o Conselho não poderia, segundo os críticos, atuar. Por fim, questionava-se a legitimidade do Conselho para representar a comunidade internacional. De fato, o órgão apresenta uma composição assimétrica, em que são privilegiados os interesses de seus cinco membros permanentes. Se o grande problema das contramedidas coletivas era a arbitrariedade da análise dos estados, não haveria grande evolução em substitui-la pela arbitrariedade do Conselho de Segurança[458].

Diante das críticas, Arangio-Ruiz, ao suceder Riphagen como relator especial da CDI para o tema, propôs complexa solução alternativa, de modo a assegurar essa análise coletiva legítima das consequências da responsabilidade por crime internacional, incluindo as formas de sanção. À época, algumas propostas foram feitas no sentido de criar uma nova estrutura institucional, destinada especificamente a lidar com o tema. Foi sugerido, por exemplo, que o Conselho de Segurança ou a Assembleia Geral da ONU criassem um órgão subsidiário, de natureza judicial, para analisar casos em que se suspeitasse haver um crime internacional. Foi sugerida, ainda, a criação de um comitê de juristas com esse propósito[459]. Além disso, foram propostos novos procedimentos a serem implementados em instituições já existentes. Dupuy, por exemplo, sugeriu que se investisse algum órgão da ONU com as funções de uma espécie de procurador. Dessa forma, a Assembleia Geral poderia votar pela condenação de um

458 KLEIN, Pierre. Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002, p. 1249.

459 KLEIN, Pierre. Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002, p. 1250.

estado, ao passo que o Conselho de Segurança determinaria as consequências dessa violação[460].

Arangio-Ruiz optaria pela criação de um novo procedimento no seio das Nações Unidas. Mantinha-se a possibilidade de qualquer estado recorrer a contramedidas[461] contra um estado que houvesse cometido um crime internacional, mas a adoção dessas contramedidas deveria ser necessariamente precedida de "alguma forma de pronunciamento por um ou mais órgãos internacionais, pelo menos para determinar a existência e a atribuição desse crime"[462].

Segundo o complexo procedimento proposto por Arangio--Ruiz, em primeiro lugar, qualquer estado-membro das Nações Unidas poderia acionar a Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança quando entendesse ter havido um crime internacional. Esses órgãos decidiriam, por maioria qualificada – dois terços dos membros presentes e votantes no caso da Assembleia Geral e nove dos membros presentes e votantes, incluindo os membros permanentes, no caso do Conselho de Segurança – se haveria razões suficientes para justificar a preocupação da comunidade internacional. Se esse fosse o caso, qualquer membro das Nações Unidas parte na convenção sobre responsabilidade internacional

460 DUPUY, Pierre-Marie. Implications of the Institutionalization of International Crimes of States. In: WEILER, Joseph; CASSESE, Antonio; SPINEDI, Marina. *International Crimes of State*. A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on state Responsibility. New York: Walter de Gruyter, 1989, p. 182.

461 "The option to resort to countermeasures, reserved, in the case of most delicts, to one or more States, extends in the case of crimes – as does the right to claim compliance with the special or supplementary substantive consequences – to all States". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document: A/CN.4/469 and Add.1-2 Seventh report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio--Ruiz, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1995, p. 11, §35.

462 "the taking of countermeasures against a State which has committed or is committing a crime should be preceded by some form of pronouncement by one or more international organs, as to at least the existence of a crime and its attribution" INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document: A/CN.4/469 and Add.1-2 Seventh report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 1, 1995, p. 12, §41.

– inclusive o membro contra quem recaía a acusação – poderia levar o caso à Corte Internacional de Justiça, para que esta decidisse se o crime internacional fora efetivamente cometido[463].

Esse procedimento asseguraria que os três mais relevantes órgãos da ONU atuassem em conjunto, a fim de determinar a existência, as consequências e as sanções a serem tomadas em caso de crimes internacionais. Era, contudo, por demais complexo, e foi objeto de acirradas críticas. O procedimento poderia ser muito moroso, paradoxalmente dificultando as reações contra os ilícitos graves em comparação com os simples delitos. Além disso, invocou-se eventual incompatibilidade com a Carta da ONU, por exemplo, no que diz respeito à limitação *ratione materiae* do

463 Na íntegra, prescrevia o artigo proposto: "Article 19

1. Any State Member of the United Nations Party to the present Convention claiming that an international crime has been or is being committed by one or more States shall bring the matter to the attention of the General Assembly or the Security Council of the United Nations in accordance with Chapter VI of the Charter of the United Nations.

2. If the General Assembly or the Security Council resolves by a qualified majority of the Members present and voting that the allegation is sufficiently substantiated to justify the grave concern of the international community, any Member State of the United Nations Party to the present Convention, including the State against which the claim is made, may bring the matter to the International Court of Justice by unilateral application for the Court to decide by a judgment whether the alleged international crime has been or is being committed by the accused State.

3. The qualified majority referred to in the preceding paragraph shall be, in the General Assembly, a two thirds majority of the members present and voting, and in the Security Council, nine members present and voting including permanent members, provided that any members directly concerned shall abstain from voting.

4. In any case where the International Court of Justice is exercising its competence in a dispute between two or more Member States of the United Nations Parties to the present Convention, on the basis of a title of jurisdiction other than paragraph 2 of the present article, with regard to the existence of an international crime of State, any other Member State of the United Nations which is a Party to the present Convention shall be entitled to join, by unilateral application, the proceedings of the Court for the purpose of paragraph 5 of the present article.

5. A decision of the International Court of Justice that an international crime has been or is being committed shall fulfil the condition for the implementation, by any Member State of the United Nations Party to the present Convention, of the special or supplementary legal consequences of international crimes of States as contemplated in articles 16, 17 and 18 of the present part". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document: A/CN.4/469 and Add.1-2 Seventh report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 2, 1995, p. 30.

Conselho de Segurança. Outra crítica dizia respeito a uma eventual violação da máxima *ex turpi causa non oritur actio*, uma vez que o estado criminoso poderia recorrer a esse sistema, de modo a procrastinar qualquer reação contra si, impedindo, pelo menos por algum tempo, qualquer contramedida. Por fim, questionou-se a necessidade de se seguir tão complexo procedimento diante de um crime de agressão, para o qual já existia sistema mais célere e eficaz no âmbito do Conselho de Segurança[464].

A proposta de Arangio-Ruiz foi objeto de críticas tão acirradas que não foi adotada pela Comissão de Direito Internacional. Ao fim, o projeto de artigos sobre responsabilidade internacional adotado pela CDI em primeira leitura, em 1996, permitia que qualquer estado impusesse contramedidas em caso de crimes internacionais, sem a necessidade de qualquer análise coletiva prévia. Afinal, todos os estados eram considerados "lesados" em caso de um crime internacional, e os estados lesados poderiam impor contramedidas. De todo modo, isso não significava ausência de controle imparcial da imposição dessas contramedidas coletivas. Afinal, conforme analisado no capítulo 2, o estado que sofria as contramedidas poderia sempre recorrer ao sistema arbitral criado pelo projeto de artigos. Por mais que o controle coletivo, realizado pelos órgãos multilaterais competentes para representar a comunidade internacional, idealizado por todos os relatores especiais desde a Revolução Ago, houvesse sido abandonado, o juízo sobre as contramedidas estava, de qualquer forma, sujeito a um controle jurisdicional neutro.

Como já analisado, o quinto e último relator especial da CDI sobre responsabilidade dos estados, James Crawford, substituiu o conceito de crime de estado, pelo de responsabilidade internacional

464 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document: A/CN.4/469 and Add.1-2 Seventh report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, n. 2, 1995, p. 55, §305.

agravada, menos polêmico e mais palatável aos estados. Ao mesmo tempo, eliminou o sistema de solução de controvérsias aprovado em primeira leitura, em 1996, diante das críticas de que seria muito abrangente[465]. Ocorre que isso eliminou o reconhecimento de uma jurisdição arbitral que pudesse realizar o necessário controle jurisdicional sobre as contramedidas, inclusive as impostas por estados não diretamente afetados. Afinal, foram eliminados os dispositivos que estabeleciam o tribunal arbitral a ser criado em caso de controvérsia. Além disso, Crawford retomou a clássica distinção entre estados lesados e não lesados. Estes possuem sim interesse de agir quando se trata de obrigações *erga omnes* ou *erga omnes partes*. Não sofrem prejuízo, contudo, e não podem, por exemplo, requerer reparação de danos senão em favor do estado lesado.

No projeto de artigos aprovado provisoriamente pelo Comitê de Rascunho em 2000, previa-se expressamente, no artigo 54, por sugestão de Crawford, a possibilidade de um estado não lesado impor contramedidas em casos de i) solicitação por parte do estado lesado; e ii) responsabilidade agravada.

Esse artigo, contudo, foi rejeitado pela Assembleia Geral da ONU. De fato, sem a possibilidade de controle jurisdicional das contramedidas, qualquer estado poderia suspender obrigações internacionais em face de qualquer estado diante da simples alegação de que supostamente teria havido uma violação de uma norma supostamente de *jus cogens*, acarretando, portanto, uma suposta responsabilidade agravada.

Rejeitado o artigo que propunha o reconhecimento das contramedidas coletivas, inseriu-se o atual artigo 54, genérico,

465 COULÉE, Fréderique. Arbitration. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1108.

aprovado no projeto de artigos definitivamente adotado pela CDI, em segunda leitura, em 2001:

> *Art. 54. Medidas tomadas pelos Estados que não sejam o lesado*
>
> *Este Capítulo não prejudica o direito de qualquer Estado, apto, de acordo com o art. 48, parágrafo 1º, de invocar a responsabilidade de outro Estado para tomar medidas lícitas contra o Estado a fim de assegurar a cessação da violação e a reparação no interesse do Estado lesado ou dos beneficiários da obrigação violada.*

Por um lado, pode-se interpretar que o artigo, ao mencionar "medidas lícitas", refere-se a medidas intrinsecamente lícitas, vale dizer, as retorsões[466]. O artigo, que usa a expressão "medidas", não "contramedidas" não poderia se referir a estas, porque elas constituem condutas intrinsecamente ilícitas. Diante da reprovação do artigo que autorizava explicitamente as contramedidas de terceiros, essa parece ser a melhor interpretação. Afinal, deve-se presumir a boa-fé dos redatores do projeto, e não se poderia imaginar ter havido a intenção de se aprovar um artigo que autorizasse implícita e sub-repticiamente as contramedidas que acabaram de ser rejeitadas pela Assembleia Geral.

Por outro lado, também é possível entender que, ao tratar de "medidas lícitas", o artigo pretende autorizar as contramedidas de terceiros, porque elas, apesar de serem a princípio ilícitas, são, ao final, lícitas, pois se lhes aplica a excludente de ilicitude correspondente. Sicilianos alega, em favor dessa tese, que o artigo

466 ALLAND, Denis. *Justice Privée et ordre juridique international* – éthude théorique des contremesures em droit international public. Paris: Pédone, 1994, p. 370-371.

se encontra no capítulo relativo às contramedidas, e que o projeto não trata de retorsões, porque essas são, afinal, lícitas[467].

O artigo é realmente ambíguo, e essa ambiguidade é proposital. Diante da impossibilidade de se chegar a um acordo, aprovou-se a cláusula aberta, que permite múltiplas interpretações.

De todo modo, se as contramedidas de terceiros consistem em condutas inerentemente ilícitas, elas apenas se legitimariam diante da aplicação inequívoca de um excludente de ilicitude. Não existe uma autorização clara para que um estado não lesado imponha esse tipo de retaliação, e o artigo 54 é, na melhor das hipóteses, ambíguo. Mesmo que o dispositivo estivesse em vigor, seria no mínimo arriscado afirmar que sua redação imprecisa poderia afastar a aplicação do Direito das Gentes, por meio de contramedidas. Excludentes de ilicitude não devem ser presumidos.

Ocorre que, de toda forma, o artigo 54 não está em vigor. Como se sabe, projeto de artigos não é fonte de Direito Internacional e não cria, portanto, nenhuma obrigação jurídica. O projeto de artigos é mero *soft law*; seus dispositivos só têm força jurídica vinculante à medida exata que refletem o costume internacional. Mesmo que o artigo fosse claro e eventualmente autorizasse explicitamente as contramedidas coletivas, ele não teria nenhuma validade jurídica, a menos que refletisse o direito costumeiro à época. É preciso, portanto, analisar o estágio da prática e da *opinio iuris* dos estados na matéria quando da adoção do projeto de artigos, em 2001.

3.2 A prática dos estados em 2001

Um costume internacional é, nos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, "uma prática geral aceita como sendo direito". Para que se possa afirmar a existência

467 SICILIANOS, Linos-Alexander. The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002, p. 1143.

de uma norma de origem consuetudinária, é necessário, portanto, que os dois elementos do costume estejam presentes, quais sejam, i) o elemento objetivo, ou material; e ii) o elemento subjetivo, ou psicológico.

De acordo com essa doutrina dos dois elementos, adotada pela Corte Internacional de Justiça[468], e que adquiriu, em meados do século XX, "aparência de inserção 'óbvia' e 'inquestionável'"[469], o elemento material corresponde à "repetição constante, uniforme e geral de um comportamento"[470]. Não basta, portanto, que haja uma prática, para que se verifique a existência do elemento material do costume. A conduta deve ser geral, reiterada, constante e uniforme. É bem verdade que não se exige unanimidade dos estados da comunidade internacional[471]; a generalidade dos estados costuma ser suficiente. Uma prática esparsa, embrionária, disforme ou sem constância, contudo, não conforma o elemento material do costume.

O elemento objetivo, *per se*, no entanto, não é suficiente para que se possa afirmar a existência de uma norma costumeira internacional. Afinal, seria absurdo afirmar, por exemplo, que havia, na década de 1950, uma norma costumeira proibindo o lançamento de objetos ao espaço, porque até então havia uma prática unânime, reiterada e uniforme de não lançar objetos ao

468 "[I]l est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'opinio juris des Etats, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant". COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), Arrêt, *CIJ Recueil*, 1985, p. 29-30, §27. Ver ainda: COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), arrêt, *CIJ Recueil*, 1969, p. 44, §77 e CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Imunidades Jurisdicionais dos Estados. (Alemanha *vs* Itália). *ICJ Reports.* The Hague: 2012, §55.

469 LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Os Métodos no Direito Internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 86.

470 LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Os Métodos no Direito Internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 81.

471 SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 80.

espaço. Obviamente, os estados adotavam essa conduta omissiva não porque tinham a convicção de que o Direito Internacional a exigia, mas simplesmente porque lhes faltava, ainda, conhecimento técnico para dar início à exploração espacial[472]. Para que se possa afirmar que uma prática geral, reiterada e uniforme constitui um costume internacional, é imprescindível que essa conduta seja acompanhada da convicção de que aquela prática é exigida pelo Direito das Gentes. É necessário que haja o "reconhecimento da obrigatoriedade da conduta seguida repetidamente"[473]. Nesse sentido, já deixou claro a Corte Internacional de Justiça:

> *O ponto essencial nesse sentido – e parece necessário salientar isso – é que mesmo se essas hipóteses de ação por estados não partes da Convenção fossem muito mais numerosas do que elas de fato são, elas não seriam, mesmo em seu conjunto, suficientes para, por si só, constituir a opinio iuris; porque, para atingir esse resultado, duas condições devem ser preenchidas. Não apenas devem os atos concernentes equivalerem a uma prática estabelecida, mas eles devem também ser de tal modo, ou implementados de tal forma a ser evidência de uma crença de que essa pratica é obrigatória em função da existência de uma norma jurídica que a exige. A necessidade de tal convicção,* i.e. *a existência de um elemento subjetivo, está implícita na própria noção de* opinio iuris sive necessitatis. *Os estados envolvidos devem, portanto, sentir que estão agindo em conformidade com o que corresponde a uma obrigação jurídica. A frequência, ou até mesmo o caráter habitual dos atos não é em si suficiente. Existem muitos*

472 SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 81.

473 LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Os Métodos no Direito Internacional.* São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 82.

> *atos internacionais,* e.g. *no campo do cerimonial e do protocolo que são praticados quase que invariavelmente, mas que são motivados apenas por certas considerações de cortesia, conveniência ou tradição, e não por um sentido de dever legal*[474].

Nesse sentido, verificava-se, em 2001, uma escassa e concentrada prática relacionada às contramedidas coletivas. De modo reiterado e uniforme, tão somente os Estados Unidos e a então Comunidade Europeia, além de alguns poucos países da Europa Ocidental, adotavam contramedidas sem terem sido lesados. Com apenas uma exceção, todas as contramedidas adotadas por esses países tinham como destinatário países do mundo em desenvolvimento. Na maior parte dos casos, os estados que impunham as contramedidas sem terem sido lesados usavam como pretexto violações de direitos humanos, entendidos como violações de direitos civis e políticos, sendo que as contramedidas, em algumas ocasiões tinham impactos negativos nos direitos econômicos sociais e culturais, porque afetavam o comércio e o auxílio ao desenvolvimento.

Em raras ocasiões, outros estados adotaram, como reações a ilícitos, o que Oliveira e Proukaki classificam como contramedidas coletivas. Em todo caso, eram estados do mundo desenvolvido,

474 Tradução do autor. No original: "The essential point in this connection-and it seems necessary to stress it-is that even if these instances of action by non-parties to the Convention were much more numerous than they in fact are, they would not, even in the aggregate, suffice in themselves to constitute the opinio juris; for, in order to achieve this result, two conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitua1 character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty". COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), arrêt, *CIJ Recueil*, 1969, p. 44, §77.

como Japão, Austrália, Nova Zelândia e Canadá. A prática desses estados, contudo, não tinha muita constância, e, em geral, não se fiava em um eventual direito de impor contramedidas coletivas.

A adoção de contramedidas coletivas por países em desenvolvimento parece ser praticamente nula, e se resume a um único caso, em que a comunidade internacional como um todo, estimulada pelos órgãos multilaterais responsáveis, condenou de modo virtualmente unânime a África do Sul do *apartheid*, pelas violações graves do *jus cogens* internacional.

Elena Proukaki realiza minuciosa pesquisa acerca de precedentes que busca classificar como contramedidas[475]. Também Danielle Oliveira, em sua tese de doutorado sobre o tema, realiza criteriosa e extensiva análise sobre a prática dos estados com relação à imposição de contramedidas coletivas. A autora elenca diversos casos em que estados não lesados adotaram contramedidas em face do estado violador, anteriormente à adoção do projeto de artigos em 2001[476].

Para Danielle Oliveira, a prática de contramedidas coletivas seria tão antiga quanto as sanções adotadas pelos Estados Unidos contra a Coreia do Norte em 1950, depois que esta desrespeitou o paralelo 38 e invadiu, com auxílio da China comunista, a Coreia do Sul, na tentativa de reunificar o país. Nesse contexto, os Estados Unidos conseguiram, no Conselho de Segurança, aprovar uma missão militar, sob sua liderança, para restabelecer a paz na península da Coreia. A aprovação da resolução só foi possível devido à interpretação *contra legem* realizada do artigo 27(3) da Carta da ONU, diante da ausência da União Soviética,

475 PROUKAKI, Elena Katselli. *The Problem of Enforcement in International Law.* New York: Routledge, 2010.

476 OLIVEIRA, Danielle Candido. *A Responsabilidade Internacional dos Estados por violações a Normas Protetoras de Direitos Humanos.* A possibilidade de aplicação de contramedidas por estados "não diretamente lesados", 2011, 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

que protestava contra a exclusão da China continental do órgão. Como analisado no capítulo anterior, essas medidas de força não correspondem a retaliações unilaterais, senão a sanções de organização internacional, adotadas no seio institucionalizado da ONU. Antes da resolução do Conselho de Segurança, contudo, os Estados Unidos já haviam imposto sanções unilaterais, que incluíam o congelamento de bens da China e da Coreia do Norte[477]. Como se sabe, bens estatais são protegidos por imunidade de execução, de modo que a conduta dos Estados Unidos deve ser caracterizada como uma contramedida, sem que o país, contudo, tivesse sofrido qualquer dano com a agressão coreana.

Em diversas outras ocasiões, os Estados Unidos impuseram contramedidas sem que tivessem sofrido qualquer tipo de prejuízo. Em 1978, por exemplo, por meio do *Uganda Embargo Act*, o país declarou unilateralmente que o governo de Idi Amin havia cometido genocídio, e determinou amplo embargo ao país, de modo inconsistente com as obrigações decorrentes do GATT[478]. Idi Amin era um polêmico líder africano, de forte viés anti-imperialista, que havia realizado deportações em massa de migrantes de origem asiática e que era frequentemente acusado de graves violações de direitos humanos, que incluíam crimes contra a humanidade e genocídio[479]. Estranhamente, o presidente Kimmy Carter, dos Estados Unidos, conhecido por sua campanha global em favor dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que autorizava a imposição

477 OLIVEIRA, Danielle Candido. *A Responsabilidade Internacional dos Estados por violações a Normas Protetoras de Direitos Humanos.* A possibilidade de aplicação de contramedidas por estados "não diretamente lesados", 2011, 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 356.

478 OLIVEIRA, Danielle Candido. *A Responsabilidade Internacional dos Estados por violações a Normas Protetoras de Direitos Humanos.* A possibilidade de aplicação de contramedidas por estados "não diretamente lesados", 2011, 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 367.

479 MEREDITH, Martin. *The State of Africa.* A History of the Continent since Independence. London: Simon & Schuster, 2011, p. 238.

de contramedidas em face do sanguinário regime de Idi Amin, em Uganda, recebia, na Casa Branca, o Xá Rezha Pahlevi, que liderava brutal ditadura no Irã, e era reconhecido como um dos maiores violadores de direitos humanos da época[480].

Outro caso de contramedidas adotadas pelos Estados Unidos sem ter sofrido qualquer tipo de lesão se deu após Lei Marcial na Polônia, em 1981, pela qual o país responsabilizou a União Soviética. Na ocasião, o país anglo-americano suspendeu a execução de uma convenção sobre pesca e de um tratado de aviação civil com a Polônia, além de suspender tratado bilateral de aviação com a União Soviética[481].

Um dos casos mais emblemáticos de contramedida coletiva adotada pelos Estados Unidos foi analisado pela Corte Internacional de Justiça no Caso Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, julgado em 1986[482]. Após a chegada ao poder do regime sandinista na Nicarágua, o país anglo-americano passou a adotar uma série de sanções, visando a evitar a proliferação do comunismo nas Américas. A conduta dos Estados Unidos contra a Nicarágua culminaria em ataques armados e em atividades militares e paramilitares equivalentes a atos de agressão, condenados, em 1986, pela Corte da Haia. Mas as sanções impostas pelo país anglo-

480 "In the area of individual freedom and political rights, the regime was about as repressive as the state of Iranian technology allowed. The coercive system, best known for its internal security and information organization known by its acronym 'SAVAK', was highly effective. It was considered by most Iranians to be omniscient, omnipotent and omnipresent. Press and speech were tightly controlled and Iran's modern history was rewritten. The number of political prisoners ranged between 3,500 – the admitted official figure – and 125,000 – the top figure given by opposition leaders". COTTAM, Richard. Human Rights in Iran under the Shah. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 12, n. 1, 1980, p. 127.

481 OLIVEIRA, Danielle Candido. *A Responsabilidade Internacional dos Estados por violações a Normas Protetoras de Direitos Humanos.* A possibilidade de aplicação de contramedidas por estados "não diretamente lesados", 2011, 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 361.

482 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, de 26 de junho de 1986.

-americano envolveram medidas coercitivas sem o uso da força, como a suspensão de direitos de aviação e de navegação assegurados por tratados, e um amplo embargo comercial, incompatível com as obrigações decorrentes do GATT. A alegação estadunidense era tratar-se de reação à intervenção nicaraguense nos assuntos internos de El Salvador. A conduta dos Estados Unidos contra a Nicarágua certamente envolveu contramedidas coletivas.

Essas retaliações foram, no entanto, condenadas pelo principal órgão judiciário das Nações Unidas. Nesse caso, a Corte Internacional de Justiça rejeitou taxativamente a possibilidade de que um terceiro estado impusesse contramedidas. Segundo a corte:

> *Os atos imputados à Nicarágua, mesmo a supor que eles realmente tenham sido cometidos e que lhe sejam imputáveis, não poderiam ter justificado as contramedidas proporcionais senão por parte do estado que foi vítima desses atos, isto é, El Salvador, Honduras ou Costa Rica*. Eles não poderiam justificar contramedidas tomadas por um terceiro estado, *os Estados Unidos, e, em particular, não poderiam justificar uma intervenção que envolvesse o uso da força*[483] (grifo nosso).

Mesmo após a confirmação da ilicitude das contramedidas impostas por estados não lesados, os Estados Unidos insistiram, em pelo menos duas ocasiões, até 2001, nessa prática ilegal. Em 1988, foram adotadas contramedidas contra o Panamá do general Noriega, por meio do congelamento de bens do estado e da suspensão do pagamento devido à Comissão do Canal do Panamá.

483 Tradução do autor. No original: "Les faits reprochés au Nicaragua, à supposer même qu'ils aient été établis et qu'ils lui soient imputables, n'auraient pu justifier des contre-mesures proportionnées que de la part de 1'Etat qui en aurait été victime, c'est-à-dire El Salvador, le Honduras ou le Costa Rica. Ils ne sauraient justifier des contre-mesures prises par un Etat tiers, les Etats-Unis et en particulier une intervention impliquant l'usage de la force". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, de 26 de junho de 1986, §249.

No ano seguinte, o país anglo-americano realizaria intervenção militar unilateral, invocando o infundado direito de legítima defesa de nacionais[484]. A intervenção foi devidamente repudiada na Assembleia Geral da ONU e na Organização dos Estados Americanos.

Em 1990, as forças iraquianas de Saddam Hussein invadiram e anexaram o Kuwait. Em resposta, antes mesmo das sanções impostas pelo Conselho de Segurança, pela resolução 611, alguns estados não lesados impuseram contramedidas em face do Iraque. Os Estados Unidos, por exemplo, por meio da Ordem Executiva 12.722, bloquearam bens do Iraque e impuseram amplo embargo comercial, em clara suspensão da imunidade de execução de estados soberanos e de alguns acordos comerciais em vigor. Novamente, em 1997, por meio da Ordem Executiva 13067, os Estados Unidos reincidiram na prática condenada pela Corte Internacional de Justiça, ao congelar bens do estado iraquiano, sob alegação de que ele violava direitos humanos.

Também a Comunidade Europeia apresentava, em 2001, prática reiterada e uniforme de imposição de contramedidas mesmo sem ser lesada. A conduta deve ser atribuída à Comunidade Europeia enquanto sujeito de Direito das Gentes, não a seus estados-membros. Afinal, era a organização que tinha o controle efetivo das medidas, conforme critério de atribuição adotado pela Comissão de Direito Internacional no projeto de artigos sobre responsabilidade das organizações internacionais. Afinal, as normativas secundárias da organização são caracterizadas pela aplicabilidade imediata no direito interno dos estados-membros e pela supremacia hierárquica com relação ao direito doméstico dos estados.

484 GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 92.

Dessa forma, em 1973, a Comunidade Europeia, então formada por apenas seis estados, suspendeu a execução do tratado de associação com a Grécia, alegando violações a direitos humanos. Diante da ausência de dispositivo convencional permitindo essa suspensão, a conduta da Comunidade Europeia pode ser considerada uma contramedida de terceiro. A Comunidade Europeia, contudo, apresentou-se muito relutante quanto à legalidade de sua conduta, e não chegou a invocar contramedida coletiva como fundamento, aparentemente por ter ciência de sua impossibilidade[485].

Também na década de 1970, a Comunidade Europeia retaliou a Uganda de Idi Amin Dada, por meio da suspensão da Convenção de Lomé[486]. Na mesma década, a Comunidade Europeia retaliou a República Centro-Africana, suspendendo a mesma Convenção de Lomé, especificamente no que dizia respeito à ajuda ao desenvolvimento. As contramedidas foram impostas em 1979, sob o pretexto de pressionar o país, por alegadas violações de direitos humanos.

Em 1982, a Argentina invadiu as Ilhas Malvinas a fim de restabelecer controle sobre essa parte de seu território. Sabe-se que a histórica ocupação britânica das ilhas não possui título jurídico, mas, de todo modo, as controvérsias entre os estados devem ser solucionadas de modo pacífico, nos termos de norma constitucional prevista na Carta da ONU. Dessa forma, a invasão argentina foi repudiada pelo Conselho de Segurança, que exigiu, na resolução 502, a retirada imediata das tropas.

485 "The European Commission was reluctant for legal reasons to suspend or terminate the Association Agreement in the absence of express provision, despite calls from the European Parliament to do so". PROUKAKI, Elena Katselli. *The Problem of Enforcement in International Law.* New York: Routledge, 2010, p. 120.

486 OLIVEIRA, Danielle Candido. *A Responsabilidade Internacional dos Estados por violações a Normas Protetoras de Direitos Humanos.* A possibilidade de aplicação de contramedidas por estados "não diretamente lesados", 2011, 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 367.

A pedido do Reino Unido, a Comunidade Europeia declarou amplo embargo a produtos argentinos, o que contrariava regras do GATT e de dois acordos setoriais entre a Comunidade Europeia e o país americano. Os países europeus não alegaram tratar-se de contramedidas, senão de uma exceção de segurança prevista no artigo XXI do GATT. No que diz respeito aos acordos setoriais, no entanto, como explica Oliveira, essa exceção não se aplicaria. A Comissão de Direito Internacional chegou a elencar essas medidas como reações de estados não lesados, em seus comentários ao artigo 54 do projeto adotado em 2001, dando a entender tratar-se de contramedidas. Essas reações não devem ser concebidas dessa forma, contudo. Afinal, como visto no capítulo 2, constituindo reação a um ataque armado, essas medidas derivam do artigo 51 da Carta das Nações Unidas e devem ser consideradas uma espécie de legítima defesa coletiva, não de contramedida.

Em 1984, a Comunidade Europeia também sancionou a Libéria, por ocasião do golpe de estado de Samuel Doe[487]. O pretexto, mais uma vez, para suspender a ajuda ao desenvolvimento, nos termos do Acordo de Lomé, era a suposta violação de direitos civis e políticos por parte do governo no poder.

Alguns outros países ocidentais também adotaram, em algumas poucas ocasiões, reações a ilícitos que alguns autores, como Oliveira e Proukaki, buscam classificar como contramedidas coletivas. Em 1979, a França adotou contramedidas em face da República Centro-Africana. Essas medidas foram tomadas para além das retaliações determinadas pela Comunidade Europeia. A França suspendeu a execução de assistência técnica militar à sua ex-colônia, acusando o regime do coronel Bokassa de graves

487 PROUKAKI, Elena Katselli. *The Problem of Enforcement in International Law.* New York: Routledge, 2010, p. 135.

violações de direitos humanos. Ainda em 1979, o coronel seria retirado do poder por um golpe de estado estimulado pela França[488].

Outro caso de retaliação unilateral de um país da Europa Ocidental contra uma ex-colônia foi o da Holanda, que, na década de 1980, suspendeu o Tratado de Cooperação para o Desenvolvimento com o Suriname, depois do golpe de estado do coronel Bouterse. A suspensão teve como pretexto pressionar o país americano a interromper as graves violações de direitos humanos de que era acusado. Por mais que Proukaki tente classificar a conduta como uma contramedida de estado não lesado, não foi essa a fundamentação jurídica invocada pela Holanda[489]. Em verdade, o país europeu invocou a cláusula *rebus sic stantibus*, prevista no artigo 62 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, para suspender o tratado[490]. Naturalmente, pode-se discutir a adequação

488 OLIVEIRA, Danielle Candido. *A Responsabilidade Internacional dos Estados por violações a Normas Protetoras de Direitos Humanos.* A possibilidade de aplicação de contramedidas por estados "não diretamente lesados", 2011, 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 369.

489 PROUKAKI, Elena Katselli. *The Problem of Enforcement in International Law.* New York: Routledge, 2010, p. 134.

490 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969: "Artigo 62

Mudança Fundamental de Circunstâncias

1. Uma mudança fundamental de circunstâncias, ocorrida em relação às existentes no momento da conclusão de um tratado, e não prevista pelas partes, não pode ser invocada como causa para extinguir um tratado ou dele retirar-se, salvo se:

a) a existência dessas circunstâncias tiver constituído uma condição essencial do consentimento das partes em obrigarem-se pelo tratado; e

b) essa mudança tiver por efeito a modificação radical do alcance das obrigações ainda pendentes de cumprimento em virtude do tratado.

2. Uma mudança fundamental de circunstâncias não pode ser invocada pela parte como causa para extinguir um tratado ou dele retirar-se:

a) se o tratado estabelecer limites; ou

b) se a mudança fundamental resultar de violação, pela parte que a invoca, seja de uma obrigação decorrente do tratado, seja de qualquer outra obrigação internacional em relação a qualquer outra parte no tratado.

3. Se, nos termos dos parágrafos anteriores, uma parte pode invocar uma mudança fundamental de circunstâncias como causa para extinguir um tratado ou dele retirar-se, pode também invocá-la como causa para suspender a execução do tratado".

da cláusula ao caso concreto, mas certamente a Holanda não se fiou em um suposto direito de impor contramedidas coletivas para justificar sua conduta.

Em 1979, a União Soviética invadiu o Afeganistão, sob a alegação de ter havido um convite do governo constituído do país, com o objetivo de se repelir suposta intervenção armada ocidental. As alegações se mostraram falsas, contudo, e a conduta soviética foi repudiada pela Assembleia Geral da ONU, por meio da resolução 35/37. Nesse contexto, alguns países do bloco capitalista adotaram uma série de medidas intrinsecamente lícitas, como o boicote às olimpíadas de Moscou, em 1982. Dois países, contudo, impuseram também medidas intrinsecamente ilícitas: Canadá e Nova Zelândia suspenderam direitos de pesca da União Soviética, que eram assegurados por tratados internacionais em vigor[491]. Sendo uma reação coletiva a um ataque armado, contudo, essa conduta mais se assemelha à legítima defesa que às contramedidas.

Igualmente, em 1982, por ocasião da Guerra das Malvinas, dois estados não europeus, membros da *Commonwealth of Nations*, a pedido do Reino Unido, impuseram medidas constritivas contra a Argentina. Com efeito, Canadá e Nova Zelândia impuseram, respectivamente, embargos econômicos e suspensão de tratado bilateral de aviação[492]. Como visto, contudo, as medidas recaem sob a categoria de legítima defesa coletiva, não de contramedida. De fato, foi o artigo 51 da Carta da ONU o fundamento jurídico invocado pelo Canadá.

491 OLIVEIRA, Danielle Candido. *A Responsabilidade Internacional dos Estados por violações a Normas Protetoras de Direitos Humanos.* A possibilidade de aplicação de contramedidas por estados "não diretamente lesados", 2011, 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 359.

492 PROUKAKI, Elena Katselli. *The Problem of Enforcement in International Law.* New York: Routledge, 2010, p. 160.

Em 1983, França, Espanha, Alemanha, Finlândia e Suíça, sem terem sido lesados, suspenderam tratados bilaterais de aviação com a União Soviética depois que um jato soviético abateu um avião de carreira sul-coreano, ocasionando a morte de 269 pessoas[493].

Como visto, contudo, em 1986, a Corte Internacional de Justiça declarou ilícita qualquer contramedida adotada por um estado não lesado. Dessa forma, nenhuma das práticas até então analisadas deve ser considerada para fins de prova do elemento material do costume. Afinal, mesmo se elas fossem representativas, e, principalmente, mesmo se tivessem a generalidade necessária para a conformação desse elemento material, esse tipo de conduta foi explicitamente declarado ilícito pela Corte Internacional de Justiça. Os ilícitos cometidos – pela Nicarágua, no caso julgado – "não poderiam justificar contramedidas tomadas por um terceiro estado", asseverava a Corte[494].

A sentença exarada pela Corte Internacional de Justiça, em 1986, deve levar à conclusão de que, à época, o Direito Internacional não permitia a aplicação de contramedidas por um estado não lesado, de modo que todas as contramedidas até aqui relatadas devem ser consideradas ilícitas. A decisão da corte não poderia impedir, contudo, que a prática posterior dos estados consagrasse esse direito pela via do costume.

Posteriormente à decisão da Corte Internacional de Justiça, a Comunidade Europeia continuou aplicando contramedidas diante de ilícitos internacionais graves, mesmo sem sofrer qualquer tipo de prejuízo. Proukaki identifica como contramedidas as reações, na década de 1990, quando da invasão do Kuwait pelo Iraque, antes

493 PROUKAKI, Elena Katselli. *The Problem of Enforcement in International Law.* New York: Routledge, 2010, p. 165.

494 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, de 26 de junho de 1986, §249.

das sanções adotadas pelo Conselho de Segurança. Na ocasião, a Comunidade Europeia adotou embargos comerciais e restrições a serviços aéreos. Também os Estados Unidos determinaram um embargo comercial em face do Iraque e o congelamento de ativos financeiros do país. O Japão, igualmente, adotou embargos e congelou ativos do Iraque[495]. Novamente, contudo, essas medidas assemelham-se mais à legítima defesa coletiva que às contramedidas. Tratava-se de reações a uma agressão armada, com o objetivo de preservar a existência do estado agredido.

Ainda na década de 1990, países da Europa Ocidental impuseram contramedidas em face da Sérvia, então chamada República Federal da Iugoslávia, por graves violações de direitos humanos e de direito humanitário cometidas no Kosovo. Na ocasião, foram congelados bens do país e suspensos direitos de voo. As reações não armadas contra o país foram o prenúncio da agressão que se concretizou em 1998, sob o pretexto humanista de constituir uma intervenção humanitária, por mais que o direito humanitário fosse violado no processo[496].

Como pode ser claramente observado, a prática de adotar contramedidas coletivas era adotada por um número mínimo de estados, notadamente os da Europa Ocidental e os Estados Unidos, além de, em casos mais raros, alguns poucos estados ocidentais desenvolvidos. Em praticamente todos os casos, os países que sofreram as contramedidas eram países do então chamado terceiro mundo. No entanto, em uma tentativa de legitimar essa prática de contramedidas coletivas, Danielle Oliveira alega que, em alguns casos, países em desenvolvimento também teriam adotado contramedidas mesmo sem serem diretamente lesados

495 PROUKAKI, Elena Katselli. *The Problem of Enforcement in International Law.* New York: Routledge, 2010, p. 180-181.

496 PINTO, Paulo Edvandro. *Intervenção Humanitária*: Discurso ou Norma Internacional? Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 132.

pelo ilícito. Em particular, a autora invoca quatro supostos precedentes: sanções da OEA contra a República Dominicana, em 1969; sanções da OPEP contra os Estados Unidos, em 1973; sanções da União Africana contra a África do Sul do apartheid; e sanções da União Africana contra o Burundi em 1996. Apenas o caso de alguns poucos embargos adotados contra a África do Sul, contudo, pode ser considerado contramedida coletiva, como se passa a analisar.

Oliveira elenca como contramedidas as sanções impostas pela Organização dos Estados Americanos em 1960, após tentativa de assassinato do presidente da Venezuela, Romulo Bettancourt, atribuída ao governo Trujillo da República Dominicana, onde o ex-ditador venezuelano Pérez Jiménez se havia abrigado. Nesse contexto, Venezuela e Costa Rica uniram-se aos Estados Unidos, e, ao mesmo tempo em que condenavam a infiltração comunista na América, conseguiam a concordância na imposição de sanções contra a República Dominicana[497]. De fato, na VI Reunião de Consulta dos chanceleres dos estados da OEA, realizada em 1960, aprovava-se resolução que determinava a interrupção parcial de relações econômicas com o país centro-americano, de modo pouco compatível com o Acordo Geral de Tarifas (GATT)[498].

Essas sanções econômicas não podem, contudo, ser consideradas contramedidas. A decisão não foi tomada de modo unilateral pelos estados, senão pela Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores dos Estados Americanos, atuando como Órgão de Consulta para os fins de aplicação do

497 MOREIRA, Luiz Felipe Viel; QUINTEIROS, Marcela Cristina; SILVA, André Luiz Reis. *As Relações Internacionais da América Latina.* Petrópolis: Vozes, 2010, p. 229.

498 OLIVEIRA, Danielle Candido. *A Responsabilidade Internacional dos Estados por violações a Normas Protetoras de Direitos Humanos.* A possibilidade de aplicação de contramedidas por estados "não diretamente lesados", 2011, 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 356.

Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), cujo artigo 8º determina:

> *Para os efeitos deste tratado, as medidas que o Órgão de Consulta decida compreenderão uma ou mais das seguintes: a retirada dos chefes de missão; a ruptura de relações diplomáticas; a ruptura de relações consulares; a interrupção parcial ou total de relações econômicas ou das comunicações ferroviárias, marítimas, aéreas, postais, telegráficas, telefônicas, radiofônicas ou rádio telegráficas, e o emprego da força armada*[499].

A Reunião de Chanceleres é um dos principais órgãos da Organização dos Estados Americanos, nos termos do artigo 53(b) da Carta de Bogotá, e atuou no âmbito das competências da organização, sancionando um estado-membro da própria organização, nos termos dos tratados celebrados sob a égide da organização.

Tratou-se, portanto, de sanção de organização internacional, no seio da estrutura de subordinação analisada no capítulo 2. Não foram retaliações unilaterais dos estados, com base em lógica de autoajuda. É bem verdade que se pode questionar a compatibilidade das sanções com o artigo 53 da Carta da ONU, que impede a tomada de qualquer medida coercitiva por organização regional sem o aval do Conselho de Segurança[500]. Nesse sentido, parece evidente que o emprego da força armada por uma entidade regional só pode

499 Tradução do autor. No original: "Para los efectos de este Tratado, las medidas que el Organo de Consulta acuerde comprenderán una o más de las siguientes: el retiro de los jefes de misión; la ruptura de las relaciones diplomáticas; la ruptura de las relaciones consulares; la interrupción parcial o total de las relaciones económicas, o de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, telefónicas, radiotelefónicas o radiotelegráficas, y el empleo de la fuerza armada".

500 Carta da ONU, art. 53: "O conselho de Segurança utilizará, quando for o caso, tais acordos e entidades regionais para uma ação coercitiva sob a sua própria autoridade. Nenhuma ação coercitiva será, no entanto, levada a efeito de conformidade com acordos ou entidades regionais sem autorização do Conselho de Segurança, com exceção das medidas contra um Estado inimigo como está definido no parágrafo 2 deste Artigo, que forem determinadas em consequência do artigo 107 ou em acordos regionais destinados a impedir a renovação de uma política agressiva por parte de qualquer desses

ocorrer quando autorizado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. No que diz respeito a sanções econômicas, contudo, como explica Frowein, em seu curso na Academia da Haia, o Conselho de Segurança entendeu, diante das reclamações a ele levadas pela República Dominicana, que as medidas tomadas pela OEA eram compatíveis com a Carta da ONU[501]. Não se tratava de contramedidas unilaterais. Tratava-se de sanções institucionalizadas, adotadas por organização internacional com competência para tanto.

Oliveira também pretende identificar como contramedidas coletivas as sanções impostas pela Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) contra estados que apoiaram Israel durante a Guerra do Yom Kippur, em 1973. A organização decidiu, na ocasião, além de reduzir a produção de petróleo, o que causou súbito aumento de preços, conhecido como o primeiro choque do petróleo, reduzir a exportação do produto para países como os Estados Unidos, em função de sua "relação especial" com Israel. Oliveira chama atenção especificamente para o caso do Kuwait, que era membro do GATT. Segundo a autora, o país teria, ao respeitar a decisão da OPEP, desrespeitado o artigo 11 do GATT[502].

Há um problema nessa avaliação, contudo. Foram os estados árabes que começaram a guerra[503]. Israel agia em legítima defesa. A conduta do Kuwait, portanto, dificilmente poderia ser enquadrada na categoria de contramedida, uma vez que Israel, na

Estados, até o momento em que a Organização possa, a pedido dos governos interessados, ser incumbida de impedir toda nova agressão por parte de tal Estado".

501 FROWEIN, Jochen. Reactions by not directly affected States to breaches of public International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 248, IV, 1994, p. 389.

502 OLIVEIRA, Danielle Candido. *A Responsabilidade Internacional dos Estados por violações a Normas Protetoras de Direitos Humanos.* A possibilidade de aplicação de contramedidas por estados "não diretamente lesados", 2011, 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 358.

503 ROGAN, Eugene. *The Arabs*: A History. London: Penguin Books, 2012, p. 462. GILBERT, Martin. *História de Israel.* São Paulo: Edições 70, 2010, p. 493.

ocasião, não cometera qualquer ilícito, menos ainda os estados que o auxiliaram. Se confirmada eventual violação do GATT pelo Kuwait, seria o caso de um ilícito propriamente dito, não de uma contramedida a um ilícito.

Danielle Oliveira também tenta alegar que o amplo embargo comercial adotado por países africanos contra o Burundi, decidido na Cúpula de Arusha, de 1996, seria um exemplo de contramedidas[504]. Não foi o caso. A decisão adotada encontrou respaldo na União Africana e na ONU. De fato, a Resolução 1.072, de 1996, do Conselho de Segurança, autorizou o embargo pleiteado pelos países africanos. Em verdade, a Cúpula de Arusha propusera o embargo econômico como uma alternativa à intervenção militar, justamente porque esta não teria o aval do Conselho de Segurança e não se consagraria lícita, diferentemente da sanção econômica adotada. Não se tratou, portanto, de uma contramedida, adotada unilateralmente pelos estados. De modo muito diferente, consistiu em uma sanção de organização internacional contra seus membros. A sanção foi proposta em uma Cúpula de Chefes de Estado de seis países africanos, e fora aceita pela União Africana, organização regional que levou a cabo as medidas coercitivas com o aval do Conselho de Segurança, nos termos do artigo 53 da Carta da ONU.

Por fim, Danielle Oliveira caracteriza como contramedidas coletivas os embargos adotados por alguns países em desenvolvimento, notadamente africanos, à África do Sul. Enquanto durou a política do *apartheid* no país, houve amplo repúdio da comunidade internacional à prática incompatível com valores constitucionais da comunidade de estados. Ocorre que as contramedidas observadas nesse caso foram muito mais restritas e limitadas do que supõe

504 OLIVEIRA, Danielle Candido. *A Responsabilidade Internacional dos Estados por violações a Normas Protetoras de Direitos Humanos.* A possibilidade de aplicação de contramedidas por estados "não diretamente lesados", 2011, 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 373.

a autora. Afinal, as medidas tomadas pelos países africanos foram, em verdade, execuções das sanções impostas pela União Africana. Como visto no capítulo 2, há importante diferença entre as centralizadas e institucionalizadas sanções de organizações internacionais, de um lado, e as descentralizadas medidas de autoajuda, que são as retaliações, de outro. No entanto, outros países em desenvolvimento, como Indonésia, Kuwait, Malásia e Paquistão também adotaram embargos comerciais contra a África do Sul. Esses embargos tinham como fundamento resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, como a resolução 1761, de 1962, que exigiu, por parte dos estados-membros, a imposição de embargos comerciais ao país, e a resolução 2871, de 1971. As sanções tinham, ainda, como fundamento, resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, como a resolução 569, de 1985, que recomendava que os estados adotassem medidas de embargo contra a o país africano. Ocorre que, como se sabe, resoluções da Assembleia Geral da ONU não são vinculantes e não teriam, portanto, o condão de decidir sobre sanções centralizadas a serem tomadas pela organização. Da mesma forma, por mais que as resoluções do Conselho de Segurança sejam vinculantes nos termos do artigo 25 da Carta da ONU, o que determina a criação de obrigação nova e que, dessa forma, chancelaria uma sanção da ONU propriamente dita, é a linguagem usada pelo Conselho. Como na resolução 569 o órgão simplesmente "recomendou" a adoção de embargos, ele, a rigor, não decidiu sobre a adoção de sanções, apenas conclamou os estados a adotarem suas próprias medidas de embargo contra o país. A rigor, as medidas tomadas pelos estados podem sim ser consideradas contramedidas. De todo modo, não há dúvida que essas sanções foram amplamente reivindicadas pela comunidade internacional como um todo, convocadas e conclamadas pelos órgãos legitimados.

Também Sicilianos, em tentativa de provar que haveria, em 2001, uma prática consistente e representativa de imposição de contramedidas coletivas, alega que a prática não era restrita exclusivamente a uma parte do mundo capitalista ocidental desenvolvido. Para tanto, alega que os países socialistas também impunham contramedidas sem serem lesados pelo ilícito, porque concederam, em diversas ocasiões, apoio a movimentos de libertação nacional, no contexto do processo de descolonização afro-asiática[505]. Segundo o autor, o auxílio a esses movimentos seria uma contramedida coletiva, porque suspenderia a aplicação do princípio da não intervenção. É difícil, no entanto, aceitar essa análise. Um povo que tem direito à autodeterminação e à independência pode "lutar por todos os meios necessários" para obter sua independência, como reconhecido por diversas resoluções da Assembleia Geral da ONU[506]. Esses povos têm, igualmente, o direito de receber auxílio externo em sua luta por independência. Trata-se de consolidada norma primária. Se esse auxílio é amplamente reconhecido em Direito Internacional costumeiro[507], não há que se falar de suspensão de nenhuma obrigação internacional. Se não há suspensão de qualquer obrigação devida ao estado colonizador, não há que se falar, em nenhuma hipótese, de contramedida.

Como visto, o princípio da não intervenção é uma norma constitucional estrutural, decorrente da igualdade soberana. Enquanto norma estrutural, não pode ser derrogada nem suspensa. Enquanto princípio geral, contudo, sua aplicação pode

505 SICILIANOS, Linos-Alexandre. Countermeasures in Response to Grave Violations of Obligations owed to the International Community. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1147.

506 Ver, por exemplo, Res. 2105 (1965), Res. 2708 (1970), Res. 3314 (1974).

507 Ele está previsto, por exemplo, na Res. 2625 (1970) da AGNU, nomeada Declaração dos Princípios que regem as relações amistosas entre os estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas, reconhecida pela Corte Internacional de Justiça como reflexo do costume internacional.

variar, conforme os valores da comunidade internacional. Nesse sentido, não há dúvida: a assistência à libertação dos povos do jugo colonial não viola o princípio da não intervenção.

Até o limiar do século XXI, apenas um grupo muito concentrado de estados, pouco representativos da comunidade internacional, adotava a prática de contramedidas sem ter sido lesado. Como visto, basicamente os Estados Unidos e a Comunidade Europeia e, com menos frequência, alguns poucos estados capitalistas ocidentais desenvolvidos adotavam essas condutas. As tentativas de parte da doutrina de atribuir ao mundo em desenvolvimento esse tipo de prática são inconsistentes.

Em 2001, por ocasião da adoção do projeto de artigos sobre responsabilidade internacional dos estados, claramente não havia uma prática que pudesse ser considerada o elemento material do costume. Se havia precedentes, eles eram esparsos e inconsistentes, tendo sido reputados ilícitos pela Corte Internacional de Justiça. A prática existente estava longe de ser geral; pelo contrário, era concentrada em menos de uma dezena de estados. Claramente, não se tratava de uma prática geral, reiterada e uniforme.

3.3 A *opinio iuris* em 2001

Se nem sequer o elemento material do costume estava presente em 2001, no que diz respeito às contramedidas coletivas, menos ainda seria possível falar em uma *opinio iuris*. Certamente não havia uma convicção, mormente após a decisão do Caso Nicarágua, de que a esparsa prática existente era autorizada pelo Direito Internacional. Com relação às contramedidas adotadas contra a República Federal da Iugoslávia, por exemplo, alguns estados europeus deixaram de cumprir tratados de aviação sem respeitar o prazo de 12 meses necessário para sua denúncia. Parecia clara, contudo, a ausência de justificativa jurídica para a conduta.

Na ocasião, o próprio governo do Reino Unido pareceu reconhecer isso, ao justificar as medidas adotadas em bases exclusivamente morais e políticas, mas não jurídicas:

> *A piora no desempenho do presidente Milosevic na proteção dos direitos humanos significa que, com* base em justificativas morais e políticas, *ele perdeu seu direito de invocar o prazo de 12 meses de aviso prévio, que seria normalmente aplicado*[508] (grifo nosso).

A Comissão de Direito Internacional reconheceu expressamente, em seu relatório de 2000, a ausência de *opinio iuris* relacionada à esparsa prática adotada: "a prática dos estados na matéria era embrionária, parcial, não claramente universal e controversa. A *opinio iuris* a ela associada também era incerta"[509].

Mesmo reconhecendo a inexistência de norma consuetudinária nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional julgou pertinente propor, como forma de desenvolvimento progressivo do Direito das Gentes, o reconhecimento de contramedidas coletivas nos casos em que elas fossem i) solicitadas pelo estado lesado; ou ii) uma resposta a uma violação de obrigação *erga omnes* ou *erga omnes partes*. Dessa forma, em 2000, a CDI propôs o então artigo 54:

> *Contramedidas por estados que não o lesado*
>
> *1. Qualquer estado autorizado, nos termos do artigo 49, a invocar a responsabilidade de outro estado pode adotar contramedidas mediante o requerimento e em nome de*

508 UNITED NATIONS. *Op. cit.*, p. 349. Tradução livre. No original: "President Milosevic's ... worsening record on human rights means that, on moral and political grounds, he has forfeited the right of his Government to insist upon the 12 months notice which would normally apply".

509 Tradução do autor. No original: "State practice in such regard was embryonic, partial, not clearly universal, and controversial. The *opinio juris* associated with that practice was also unclear". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/55/10: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session (1 May – 9 June and 10 July – 18 August 2000). *Yearbook of the Internacional Law Commission*, v. II, n. 2, 2000, §356.

> *qualquer estado lesado pelo ilícito, à medida que este estado possa adotar contramedidas nos termos deste capítulo.*
>
> *2. Nos casos previstos no artigo 41, qualquer estado pode adotar contramedidas nos termos deste capítulo.*
>
> *3. Quando mais de um estado adotarem contramedidas, os referidos estados devem cooperar para que as condições previstas neste capítulo para a doção de contramedidas sejam respeitadas*[510].

A proposta foi objeto de acirradas críticas por parte dos estados, o que evidenciou a convicção jurídica de que, realmente, os estados não concebiam, à época, qualquer direito à contramedida coletiva advindo do direito costumeiro. Os comentários do Japão foram emblemáticos dessa verdadeira *opinio non iuris*. Ao sugerir a exclusão do projeto da possibilidade de qualquer estado adotar contramedidas em caso de violação de obrigação *erga omnes*, o país afirmou que:

> *Autorizar qualquer estado a impor contramedidas da maneira como previsto no artigo 54, parágrafo 2, vai muito além do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional. Na verdade, isso deveria ser chamado*

510 Tradução do autor. No original: "Countermeasures by States other than the injured State

1. Any State entitled under article 49, paragraph 1 to invoke the responsibility of a State may take countermeasures at the request and on behalf of any State injured by the breach, to the extent that that State may itself take countermeasures under this Chapter.

2. In the cases referred to in article 41, any State may take countermeasures, in accordance with the present Chapter in the interest of the beneficiaries of the obligation breached.

3. Where more than one State takes countermeasures, the States concerned shall cooperate in order to ensure that the conditions laid down by this Chapter for the taking of countermeasures are fulfilled". UNITED NATIONS. A/CN.4/L.600. Draft articles provisionally adopted by the Drafting Committee on second Reading. 2000.

> *de desenvolvimento "inovador" ou "revolucionário" do Direito Internacional*[511].

A posição do Japão é ainda mais significativa porque o país, como visto, já havia, em esparsas ocasiões, adotado reações a ilícitos sem ter sido lesado, em condutas que alguns autores tentam classificar de contramedidas coletivas. E não foi o único desse pequeno grupo a criticar a proposta. Também o Reino Unido manifestou ressalvas a essa possibilidade, afirmando que ela seria altamente desestabilizadora:

> *Uma outra dificuldade substancial diz respeito ao previsto no artigo 54, parágrafo 2, do projeto, que autoriza qualquer estado, em casos de "violação grave", a adotar contramedidas "no interesse do beneficiário da obrigação violada". Mesmo quando, com base no* dictum *do caso Barcelona Traction, puder haver um interesse jurídico dos estados em geral com relação à violação de certas obrigações, isso não significa que todos os estados possam automaticamente vindicar tais direitos da mesma forma que os estados diretamente lesados. Além disso, a presente proposta autorizaria qualquer estado a impor contramedidas, mesmo quando o estado lesado decidisse não as impor. Isso traz o potencial de ser altamente desestabilizador para as relações jurídicas*[512].

511 Tradução do autor. No original: "Entitlement of any State to countermeasures in such a manner stipulated in article 54, paragraph 2, goes far beyond the progressive development of international law. Rather, it should be called 'innovative' or 'revolutionary' development of international law".

512 Tradução do autor. No original: "A further substantial difficulty concerns the provision in draft article 54, paragraph 2, which would permit any State, in the case of "serious breach", to take countermeasures "in the interests of the beneficiaries of the obligation breached". Even where, on the basis of the *Barcelona Traction* dictum, there may be a legal interest of States at large in respect of violations of certain obligations, it does not necessarily follow that all States can vindicate those interests in the same way as directly injured States. Moreover, the current proposal would enable any State to take countermeasures even when an injured State itself chose not to do so. This is potentially highly destabilizing for treaty relations".

Essa postura aparentemente contraditória desses países pode ser explicada por uma distinção que merece ser reiterada. Se a violação da obrigação *erga omnes* consiste em um ataque armado, isso dá ensejo à legítima defesa, individual ou coletiva, que, normalmente, consiste no uso da força contra o agressor, por parte do estado agredido ou de um grupo de estados, mediante solicitação da vítima. Ora, se, nesse caso, estados não lesados podem usar a força contra o estado violador, com igual razão podem adotar medidas coercitivas que não envolvam o uso da força, como é o caso de embargos comerciais. Como explica Frowein, em seu curso na Academia da Haia de Direito Internacional, "quando a força pode ser licitamente empregada, meios menos graves também devem ser lícitos"[513]. Essas medidas têm fundamento no artigo 51 da Carta da ONU[514] e devem, portanto, ser consideradas uma forma de legítima defesa, não de contramedida. Isso poderia explicar, por exemplo, os comentários tão reativos do Japão, que havia imposto embargos ao Iraque quando da invasão do Kuwait.

Ressalte-se que esse tipo de legítima defesa só pode ser realizado, obviamente, diante de ataque armado. Diante de uso da força que não possua gravidade suficiente para corresponder a ataque armado, não é cabível nenhum tipo de legítima defesa, seja por meio da força armada, seja por meio de medidas coercitivas que não envolvam o uso da força, como os embargos econômicos. Foi precisamente o que asseverou a Corte Internacional de Justiça no caso Nicarágua.

Em 2001, mesmo os estados que manifestaram alguma simpatia pela proposta realizada por Crawford de aceitação das contramedidas coletivas reconheciam que ela não refletia o costume internacional da época – caso da Argentina e da Holanda – e exigiam

513 Tradução do autor. No original: "where force may be applied lawfully, lesser means must also be lawful". FROWEIN, Jochen. Reactions by not directly affected States to breaches of public International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 248, IV, 1994, p. 370.

514 FROWEIN, Jochen. Reactions by not directly affected States to breaches of public International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 248, IV, 1994, p. 370.

um maior controle sobre essas contramedidas coletivas por parte da comunidade internacional – caso da Holanda –, de modo a evitar arbitrariedades por parte dos estados mais poderosos, como ressaltou a República da Coreia[515].

Os comentários da China davam a dimensão da preocupação da comunidade internacional, diante de possibilidade tão perturbadora de justiça anárquica. Ao recomendar vivamente a exclusão completa do artigo proposto, o país afirmou:

> Isso seria contrário ao princípio básico de que as contramedidas podem ser tomadas tão somente pelos estados lesados por um ato internacionalmente ilícito. *O que é ainda mais sério, "contramedidas coletivas" poderiam se tornar mais um pretexto para uma política de poder nas relações internacionais, porque apenas estados e blocos de estados poderosos encontram-se em posição de adotar contramedidas contra estados mais fracos. Além disso, "contramedidas coletivas" são incompatíveis com o princípio da proporcionalidade enunciado no artigo 52. As mesmas contramedidas se tornariam mais duras se estados não lesados também as adotassem, levando a consequências indesejáveis, extrapolando significativamente os danos. Por fim, como as "contramedidas coletivas" tornariam ainda mais complexa a questão das contramedidas, e, levando em consideração as objeções levantadas contra as "contramedidas coletivas" por muitos estados, a China sugere que os artigos 49 e 54 sejam inteiramente deletados do texto revisado*[516] (grifo nosso).

515 INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *DOCUMENT A/CN.4/515 and Add.1-3*. Comments and observations received from Governments, p. 90-94.

516 Tradução do autor. No original: "This would run counter to the basic principle that countermeasures should and can only be taken by States injured by an internationally wrongful act. More seriously, 'collective countermeasures' could become one more pretext for power politics in international relations, for only powerful States and blocs of States are in a position to take counter-measures against weaker States.

Em seu quarto e último relatório, Crawford reiterou que a proposta realizada em 2000 não refletia o costume internacional, uma vez que a prática dos estados na matéria era ainda embrionária[517] e que a reação dura dos estados havia deixado claro que não havia qualquer *opinio iuris* relacionada à limitada prática existente:

> *A pressão dos comentários dos governos é no sentido de que o artigo 54, especialmente seu parágrafo 2, não tem fundamento no Direito Internacional e seria desestabilizador. Isso é ressaltado tanto por aqueles países que se mostram normalmente preocupados com a "subjetividade" e com os riscos de abuso inerentes à adoção de contramedidas, quanto por aqueles que apoiam as contramedidas como meios para resolver disputas sobre responsabilidade*[518].

Dessa forma, a Comissão de Direito Internacional limitou-se a incluir no projeto de artigos finalmente adotado em 2001, a cláusula de salvaguarda já analisada, aprovada como o atual artigo 54. Diante da prática internacional escassa e da ausência de *opinio iuris,* não é possível afirmar que houvesse, em 2001, um costume

Furthermore, 'collective countermeasures' are inconsistent with the principle of proportionality enunciated in article 52. The same countermeasures would become tougher when non-injured States join in, leading to undesirable consequences greatly exceeding the injury. Finally, as 'collective countermeasures' further complicates the already complex question of countermeasures, and taking into account the objection to 'collective countermeasures' expressed by many States, China suggests that draft articles 49 and 54 in the revised text be deleted entirely". INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *DOCUMENT A/CN.4/515 and Add.1-3*. Comments and observations received from Governments, p. 79.

517 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *DOCUMENT A/CN.4/517 and Add.1*. Fourth report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, p. 18, §71.

518 Tradução do autor. No original: "The thrust of Government comments is that article 54, and especially paragraph 2, has no basis in international law and would be destabilizing. This is stressed both by those Governments which are generally worried about the 'subjectivity' and risks of abuse inherent in the taking of countermeasures, and by those who are more supportive of countermeasures as a vehicle for resolving disputes about responsibility". INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *DOCUMENT A/CN.4/517 and Add.1*. Fourth report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, p. 18, §72.

internacional que autorizasse um estado não lesado a impor contramedidas contra um estado violador. Dessa forma, em seus comentários ao artigo 54, a CDI reconheceu que:

> *o atual estágio do Direito Internacional, com relação a contramedidas impostas na defesa do interesse geral ou coletivo é incerta. A prática dos estados é esparsa e envolve um número limitado de estados. Atualmente, parece não haver autorização claramente reconhecida aos estados referidos no artigo 48 para impor contramedidas na defesa do interesse coletivo. Consequentemente, não é apropriado incluir, no presente artigo, um dispositivo relativo à questão se outros estados, identificados no artigo 48, estão autorizados a impor contramedidas, com o objetivo de induzir o estado responsável a cumprir com suas obrigações. Diferentemente, o capítulo II inclui uma cláusula de salvaguarda que deixa a resolução da matéria para o desenvolvimento futuro do Direito Internacional*[519].

Diante da ausência de costume que autorizasse contramedidas de terceiros, não se aplicaria a estas condutas, intrinsecamente ilícitas, a excludente de ilicitude apropriada. Em 2001, todas as contramedidas impostas por estados não lesados deveriam ser consideradas ilícitas, ensejadoras, portanto, de responsabilidade. De todo modo, a Comissão de Direito Internacional, como visto, deixou a questão para ser resolvida pelo desenvolvimento futuro do Direito Internacional. É o que se passa a analisar.

519 UNITED NATIONS. *Op. cit.*, p. 350-351. Tradução livre. 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".

3.4 A prática dos estados desde 2001

Desde 2001, houve novos registros de contramedidas de terceiros. Essa prática continuou, contudo, igualmente concentrada em um número pequeno e pouco representativo de sujeitos de Direito Internacional. Esse comportamento, atualmente, é limitado basicamente aos Estados Unidos, à União Europeia e aos mesmos poucos países capitalistas ocidentais desenvolvidos, como Austrália e Canadá.

Atualmente, os Estados Unidos mantêm sanções unilaterais contra 20 países[520]. Todos são do mundo em desenvolvimento. Se muitas das sanções aplicadas classificam-se como retorsões, algumas podem ser consideradas contramedidas, em particular, o congelamento de bens de estados estrangeiros ou de autoridades protegidas por imunidades internacionais, e embargos econômicos incompatíveis com tratados comerciais em vigor. As medidas são tomadas com base em leis aprovadas pelo Congresso e por ordens executivas aprovadas pelo presidente da República, exercendo questionáveis efeitos extraterritoriais.

Muitas vezes, as medidas consistem em verdadeira lição de "novilíngua diplomática". É emblemática, nesse sentido, a "Lei para a Defesa dos Direitos Humanos e da Sociedade Civil da Venezuela", de 2014, pela qual o Congresso Nacional manifestou preocupação com a inflação na Venezuela, bem como com o controle de capitais, com a violência policial e com a parcialidade do sistema judiciário[521] e permitiu a aplicação de sanções unilaterais contra o país, sem que os Estados Unidos houvessem sofrido qualquer

520 Lista de países disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/Programs.aspx>. Acesso em: 25 out. 2016.

521 Essas preocupações encontram-se elencadas na seção 2 da lei. Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act of 2014. Disponível em: <https://www.congress.gov/113/plaws/publ278/PLAW-113publ278.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

dano a partir dos supostos ilícitos cometidos. As sanções eram a princípio compostas por retorsões, como a expulsão e revogação de vistos de autoridades governamentais. A lei permite, contudo, a imposição de contramedidas, como o congelamento de bens de altas autoridades, dotadas de imunidade de jurisdição e de execução em estados estrangeiros, o que de fato seria implementado em 2017.

A lei aprovada pelo Congresso em 2014, foi regulamentada pela Ordem Executiva de 9 de março de 2015,[522] prorrogada em 2016. A princípio, apesar do discurso grandiloquente, as sanções foram muito brandas. Apenas sete autoridades, entre procuradores, chefes de polícia e militares, foram sancionadas. Essas sanções violavam, no máximo, alguns direitos subjetivos, pois impunham medidas constritivas sem direito ao contraditório ou à ampla defesa. Com o agravamento da crise venezuelana, contudo, as sanções se intensificaram e passaram a incluir contramedidas. Esse foi o caso da Ordem Executiva de 24 de agosto de 2017, aprovada por Donald Trump, que impunha sanções contra o governo da Venezuela, incluindo medidas constritivas em face do presidente Maduro e do Banco Central do país[523].

Outros exemplos de discursos orwellianos são a "Lei da Liberdade e da Não Proliferação no Irã"[524], de 2013, a "Lei para a Redução da Ameaça Iraniana e para os Direitos Humanos na Síria"[525], de 2012, e a "Lei da Liberdade e da Democracia em

522 Ordem Executiva disponível em: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/03/09/fact-sheet-venezuela-executive-order>. Acesso em: 30 maio 2016.

523 Ordem Executiva disponível em: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/08/25/presidential-executive-order-imposing-sanctions-respect-situation>. Acesso em: 7 set. 2017.

524 Iran Freedom and Counter-Proliferation Act. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/pl112_239.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

525 Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/hr_1905_pl_112_158.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

Burma"[526], de 2003. A promoção da liberdade, da democracia e dos direitos humanos são os pretextos mais frequentes para as sanções. Naturalmente, em se tratando de medidas unilaterais, os pretextos têm por fundamento a concepção de liberdade, de democracia e de direitos humanos de quem as aplica.

Essas sanções são adotadas com base em um discurso humanista. O objetivo é proteger a humanidade e a comunidade internacional do "Eixo do Mal", que ameaça o "mundo livre" e se esconde do "mundo civilizado"[527]. As contramedidas coletivas são oferecidas como verdadeiros "emplastos", a curar a humanidade da tirania e do terror. Trata-se do lado externo da medalha. Altruísmo e filantropia.

Também a União Europeia tem usado largamente de sanções unilaterais, com o objetivo deliberado de promover os valores europeus pelo mundo. O artigo 215 do Tratado de Funcionamento da União Europeia permite que sejam adotadas medidas coercitivas contra terceiros estados, com o objetivo de alcançar os objetivos da política exterior comum europeia[528].

526 Burma Freedom and Democracy Act. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/bfda_2003.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

527 Conforme discurso sobre o Estado da União de Bush Junior. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=29644>. Acesso em: 25 out. 2016.

528 Tratado de Funcionamento da União Europeia: Artigo 215

"1. Quando uma decisão, adotada em conformidade com o Capítulo 2 do Título V do Tratado da União Europeia, determine a interrupção ou a redução, total ou parcial, das relações económicas e financeiras com um ou mais países terceiros, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta conjunta do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança e da Comissão, adota as medidas que se revelarem necessárias. O Conselho informa o Parlamento Europeu desse facto.

2. Quando uma decisão, adotada em conformidade com o Capítulo 2 do Título V do Tratado da União Europeia, o permita, o Conselho pode adotar, de acordo com o processo a que se refere o nº 1, medidas restritivas relativamente a pessoas singulares ou coletivas, a grupos ou a entidades não estatais.

3. Os atos referidos no presente artigo compreendem as disposições necessárias em matéria de garantias jurídicas".

As sanções impostas pela União Europeia devem ser atribuídas à organização, afinal, é ela que tem o controle efetivo sobre a tomada de decisões e até mesmo sobre a implementação das sanções, uma vez que os regulamentos pelos quais as sanções são determinadas têm efeito direto no direito interno dos estados partes. Além disso, os regulamentos têm precedência hierárquica sobre o direito interno dos estados[529]. O critério do controle efetivo foi adotado pela Comissão de Direito Internacional no projeto de artigos sobre responsabilidade internacional de organizações internacionais, como o critério apropriado para atribuir uma conduta à organização[530]. A conduta de imposição de medidas unilaterais não pode, portanto, ser atribuída aos estados. Trata-se da prática de um único sujeito de Direito Internacional.

Como se trata de sanções aplicadas exclusivamente contra terceiros estados, elas não podem ser consideradas sanções de organizações internacionais no sentido analisado no capítulo 2. A lógica de subordinação inerente a esse tipo de sanção existe apenas entre a organização e os estados que dela fazem parte. Afinal, esses estados consentiram em respeitar as regras e as decisões da organização. Essa relação de subordinação fundada no consentimento não existe, por razões óbvias, entre a organização e os estados que dela não fazem parte. As medidas impostas pela União Europeia são, portanto, verdadeiras retaliações, descentralizadas e unilaterais, pautadas na lógica de autoajuda

529 "In Union law Regulations are directly applicable in all EU Member States. They have general application and are binding in their entirety. EU Regulations take precedence over conflicting measures of a Member State". Disponível em: <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/restrictive_measures-2016-10-11-clean.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

530 Projeto de artigos sobre reponsabilidade das organizações internacionais, 2011, "Article 7 Conduct of organs of a State or organs or agents of an international organization placed at the disposal of another international organization

The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct".

do Direito Internacional Clássico. Essas retaliações consistem em retorsões e contramedidas, e, no mais das vezes, a organização não pode ser considerada lesada pelos ilícitos que pretende retaliar. A única peculiaridade, nesse caso, é que as sanções unilaterais são adotadas por uma organização internacional, não por um estado.

Atualmente, a União Europeia impõe sanções contra 36 estados, sendo 35 do mundo em desenvolvimento. É notável que a organização imponha medidas de retaliação contra os Estados Unidos. Isso evidencia o potencial de escalada inerente a retaliações indevidas. Afinal, as sanções da União Europeia consistem em resposta defensiva aos efeitos extraterritoriais das retaliações aplicadas pelos Estados Unidos contra Cuba, em particular, as decorrentes da Lei Helms-Burton.

O mundo em desenvolvimento não registra práticas de contramedidas coletivas. Sanções de organizações internacionais, adotadas dentro de suas regras, contra seus próprios membros, dentro da lógica de subordinação fundada no consentimento, como já analisado, são comuns. O Mercosul, por exemplo, suspendeu o Paraguai em 2012, e a Venezuela, em 2016. A Unasul também suspendeu o Paraguai no ano de 2012. A União Africana aplica, com certa frequência, sanções contra estados-membros que tenham sofrido ruptura da ordem democrática[531]. Também a Associação dos Países do Sudeste Asiático (ASEAN) adota sanções contra seus membros. Essas medidas, contudo, não podem, de modo algum, ser confundidas com as contramedidas, que, quando adotadas por organizações internacionais tem como alvo terceiros estados, o que permite que sejam caracterizadas como medidas unilaterais e descentralizadas. Todas as medidas coercitivas adotadas por organizações internacionais do mundo em desenvolvimento

531 HELLQUIST, Ellin. Interpreting Sanctions in Africa and South East Asia. *International Relations*, v. 29, n. 3, 2015, p. 319-333.

caracterizam-se como sanções *stricto sensu,* aplicadas por organizações internacionais contra seus próprios membros.

Observa-se, dessa forma, que a prática relacionada a contramedidas coletivas é muito esparsa. Ela se restringe a poucos sujeitos de Direito Internacional. Não se pode de modo algum afirmar que é uma prática generalizada. Além disso, quando se leva em consideração que os sujeitos que a adotam não são conhecidos exatamente por seu amor ao Direito Internacional, essa prática se torna ainda menos representativa do atual estágio do direito costumeiro internacional. Se existe uma prática reiterada e uniforme, ela está longe de ser geral.

Diante da esparsa prática, adotada por tão poucos sujeitos de Direito das Gentes, não é possível afirmar que existe um costume internacional que autorize contramedidas coletivas. Afinal, para que se verifique o elemento material do costume, "os precedentes coletados não podem se resumir à prática de alguns poucos estados"[532]. Não se verifica, portanto, o elemento material do costume. Não existe norma costumeira que autorize um estado não lesado a impor contramedidas em face do suposto violador.

3.5 Uma *opinio non iuris*

Como visto, não é possível afirmar que o elemento material do costume esteja presente no que diz respeito às contramedidas coletivas. Mas mesmo que essa prática fosse generalizada e pudesse representar o elemento material do costume, em nenhuma hipótese seria razoável afirmar que ela é acompanhada de uma *opinio iuris*. O elemento psicológico do costume, qual seja, a convicção de que a prática é permitida pelo Direito Internacional, não se verifica. O que se observa, em realidade, é uma verdadeira *opinio non iuris,* uma verdadeira rejeição explícita e generalizada dessa

532 LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Os Métodos no Direito Internacional.* São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 131.

prática, considerada espúria, ilegítima e ilícita pela comunidade internacional como um todo.

Diversos grupos de países, organizações internacionais de cunho regional e universal, comissões das Nações Unidas e a própria Assembleia Geral da ONU têm rejeitado, enfaticamente, as "sanções unilaterais". Nos discursos políticos, o termo usado é genérico, e dificilmente se faz a distinção técnica-jurídica entre retorsões e contramedidas. De toda forma, é evidente nas declarações, resoluções e discursos dos mais diversos órgãos, estados e organizações, que esse repúdio generalizado se destina não apenas às retorsões que afetam a independência política e a igualdade soberana dos estados, como é o caso das sanções dos Estados Unidos contra Cuba, mas também às contramedidas coletivas, como as aplicadas contra a Síria, a Líbia, o Irã e o Sudão. É clara a convicção da comunidade internacional de que contramedidas coletivas são incompatíveis com o Direito Internacional, com os princípios das Nações Unidas e com a igualdade soberana entre os estados.

Em 2001, por exemplo, a resolução 57/179 da Assembleia Geral das Nações Unidas, intitulada "Medidas econômicas unilaterais como meio de coerção política e econômica contra estados em desenvolvimento", rejeitou esse tipo de sanção e encorajou a comunidade internacional a adotar medidas urgentes para eliminar esse tipo de retaliação e para não reconhecer nenhum de seus efeitos. Nesse sentido, a Assembleia Geral:

> *Conclama a comunidade internacional a adotar medidas urgentes e efetivas para eliminar o uso de medidas econômicas coercitivas unilaterais contra países em desenvolvimento que não sejam autorizadas pelos órgãos competentes das Nações Unidas ou que sejam incompatíveis com os princípios de Direito*

> *Internacional previstos na Carta das Nações Unidas e que contravenham os princípios básicos do sistema multilateral de comércio*[533].

Por mais que a expressão possa ser genérica, é possível identificar, em muitos discursos realizados na Assembleia Geral, que a expressão "sanções unilaterais" claramente inclui as contramedidas coletivas. A Organização da Conferência Islâmica, por exemplo, que se manifestou na Assembleia Geral da ONU por meio do representante do Sudão, reproduziu a condenação genérica prevista na resolução, mas condenou também, explicitamente, algumas contramedidas impostas por estados não lesados, em particular, as impostas contra o Irã, a Líbia e o Sudão[534].

Na mesma sessão, o Movimento dos Países não Alinhados, representados pelo diplomata da África do Sul, ao rejeitar nos mais fortes termos as sanções unilaterais, mencionou explicitamente o "congelamento de bens"[535], conduta que, se adotada em resposta a um ilícito, só se pode classificar como contramedida.

O Movimento dos Países Não Alinhados, de fato, tem historicamente rejeitado o uso de sanções unilaterais de modo

533 Tradução do autor. No original: "Urges the international community to adopt urgent and effective measures to eliminate the use of unilateral coercive economic measures against developing countries that are not authorized by relevant organs of the United Nations or are inconsistent with the principles of international law as set forth in the Charter of the United Nations and that contravene the basic principles of the multilateral trading system".

534 "The Islamic Group has repeatedly called on States that impose unilateral sanctions on the States members of the OIC to desist from such practices, since they contravene the principles of international law and the United Nations Charter. It has expressed solidarity with the Libyan Arab Jamahiriya, the Islamic Republic of Iran, my own country, Sudan, and other States that suffer from unilateral economic sanctions". Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/642/02/PDF/N0264202.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

535 "The Summit also condemned certain States that persist in intensifying unilateral coercive measures and in using domestic legislation with extraterritorial effects against developing countries. These refer to actions that include blockades, embargoes and the freezing of assets with the purpose of preventing developing countries from exercising their right to fully determine their political, economic and social systems while freely expanding their international trade".

geral, e de contramedidas de terceiros, em particular. Na Cúpula de Teerã, em 2012, o grupo reiterou seu posicionamento, e, ao mesmo tempo que se opôs e condenou "a categorização dos países como do bem ou do mal, com base em critérios unilaterais e injustificáveis"[536], repudiou como ilícitas as sanções unilaterais adotadas por algumas poucas potências, em prejuízo do multilateralismo das Nações Unidas:

> *O Movimento reiterou a sua forte preocupação com o crescente recurso ao unilateralismo e a medidas impostas unilateralmente, que enfraquecem a Carta da ONU e o Direito Internacional, e além disso reiterou seu comprometimento com a promoção, preservação e fortalecimento do multilateralismo e do processo multilateral de tomada de decisão através das Nações Unidas, por meio da estrita adesão à sua Carta e ao Direito Internacional, com o objetivo de criar uma ordem mundial e uma governança global democrática, justa e equitativa, e não uma baseada no monopólio dos poucos poderosos*[537].

O mesmo posicionamento foi reiterado na cúpula de 2014 realizada em Algiers, e na Cúpula de 2016, de Isla Margarita[538].

536 "Oppose and condemn the categorisation of countries as good or evil based on unilateral and unjustified criteria". 16th Summit of Heads of State or Government of the Non-Aligned Movement. Final Document. Tehran, Islamic Republic of Iran 26-31 August 2012, p. 17.

537 Tradução do autor. No original: "The Movement reiterated its strong concern at the growing resort to unilateralism and unilaterally imposed measures that undermine the UN Charter and international law, and further reiterated its commitment to promoting, preserving and strengthening multilateralism and the multilateral decision making process through the UN, by strictly adhering to its Charter and international law, with the aim of creating a just and equitable world order and global democratic governance, and not one based on monopoly by the powerful few". 16th Summit of Heads of State or Government of the Non-Aligned Movement. Final Document. Tehran, Islamic Republic of Iran 26-31 August 2012, p. 15.

538 De acordo com o parágrafo 6 da declaração final: "They expressed their condemnation at the promulgation and application of unilateral coercive measures against countries of the Movement, in violation of the Charter of the United Nations and international law, particularly the principles of non-intervention, self-determination and independence of States subject of such practices. In this respect, they reiterated their determination to denounce and demand the repeal of such measures, which affect human rights and prevent the full economic and social development of the peoples who are subjected to them. Similarly,

O Movimento dos Países Não Alinhados é composto por 120 países, que representam virtualmente todo o continente africano, a Ásia Meridional, o Sudeste Asiático e boa parte do continente americano. Dificilmente, um costume internacional poderia ser formado diante da oposição de grupo tão representativo da comunidade internacional.

O G77 é um grupo de estados ainda mais representativo da comunidade internacional. É composto por 131 estados, o que corresponde a mais de dois terços dos estados-membros das Nações Unidas, e inclui virtualmente todo o continente americano, todo o continente africano, toda a Ásia Meridional, todo o Sudeste Asiático e países emergentes como Brasil, China, Índia e África do Sul. É um grupo que detém grande representatividade, portanto, não podendo um costume internacional ser formado diante de sua aguerrida oposição. Também o G77 manifesta-se reiteradamente contra a imposição de sanções unilaterais ilícitas, em particular, as contramedidas adotadas por estados não lesados. Em 2004, por exemplo, o grupo emitiu declaração, encaminhada ao secretário-geral das Nações Unidas, na qual afirma:

> *Nós rejeitamos energicamente as leis e regulamentos que têm efeitos extraterritoriais e todas as outras formas de medida de constrição de caráter econômico, que incluem a aplicação unilateral de sanções contra países em desenvolvimento, e reiteramos a necessidade de eliminá-los imediatamente. Nós sublinhamos que (...)* essas medidas violam os princípios consagrados pela Carta das Nações Unidas e pelo Direito Internacional. *(...) Nós constatamos, com preocupação, a aplicação unilateral de sanções contra a Síria pelo governo dos Estados Unidos e consideramos que a lei da*

they reaffirmed that each State has full sovereignty over the totality of its wealth, natural resources and economic activity, exercising it freely".

> *responsabilidade síria (Syrian Accountability Act) vai de encontro ao* Direito Internacional e constitui uma violação dos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas[539] (grifo nosso).

A menção explícita às sanções unilaterais impostas contra a Síria, que incluem congelamento de bens e suspensão de acordos comerciais, não pode deixar dúvida: o G77 repudia especificamente as contramedidas adotadas por estados não lesados. Em suas reuniões ministeriais anuais, o G77 rejeita reiteradamente a adoção de sanções unilaterais. Na reunião de 2016, por exemplo, o grupo repudiou esse tipo de medida:

> *Os ministros reafirmaram sua firme rejeição à imposição de leis e regulamentos com impactos extraterritoriais, bem como todas as outras medidas de coerção econômica, incluindo sanções unilaterais contra países em desenvolvimento, e reiteraram a necessidade urgente de eliminá-las imediatamente. Eles enfatizaram que tais ações não apenas enfraquecem os princípios inscritos na Carta das Nações Unidas e o Direito Internacional, mas também ameaçam severamente a liberdade de comércio e de investimento. Os ministros, portanto, conclamam a comunidade internacional a adotar medidas urgentes e efetivas para eliminar o uso de*

539 AGNU, Annexe à la lettre datée du 15 octobre 2004, addressée au Secrétaire général par le Représentant permanent du Qatar auprès de l'Organisation des Nations Unies: Déclaration ministérielle, 21 octobre 2004, A/59/450, paras. 55 et 57. Tradução livre. No original: "nous rejetons énergiquement les lois et règlements ayant des effets extraterritoriaux et toutes les autres formes de mesures de contrainte à caractère économique, y compris l'application unilatérale de sanctions contre des pays en développement, et réitérons la nécessité urgente de les éliminer immédiatement. Nous soulignons que (…) ces mesures bafouent les principes consacrés par la Charte des Nations Unies et le droit international, (…) Nous constatons avec préoccupation l'application unilatérale de sanctions contre la Syrie par le Gouvernement des Etats-Unis et considérons que la loi sur la responsabilité syrienne ('Syrian Accountability Act') va à l'encontre du droit international et constitue une violation des buts et principes de la Charte des Nations Unies".

medidas coercitivas econômicas unilaterais contra países em desenvolvimento[540].

Na declaração, depois de rejeitar de modo genérico as sanções unilaterais, os 131 estados que compõem o grupo repudiaram especificamente algumas contramedidas coletivas, como as impostas contra o Sudão, o Irã e a Síria. Segundo o G77, essas sanções unilaterais têm impacto negativo no desenvolvimento e na prosperidade desses países, razão pela qual o grupo conclama o imediato levantamento dessas sanções.

Apenas essa rejeição de grupos tão representativos da comunidade internacional seria suficiente para impedir uma norma costumeira, caso houvesse uma prática consistente. Mas os protestos contra essas medidas são ainda mais enfáticos, generalizados e reiterados.

A Assembleia Geral das Nações Unidas tem reiteradamente repudiado sanções unilaterais, que não contem com a devida autorização por parte dos organismos multilaterais responsáveis. Essa posição foi afirmada e reiterada, por exemplo, nas resoluções 44/215 de 22 de dezembro de 1989, 46/210 de 20 de dezembro de 1991, 48/168 de 21 de dezembro de 1993, 50/96 de 20 de dezembro de 1995, 52/181 de 18 de dezembro de 1997, 54/200 de 22 de dezembro 1999, 56/179 de 21 de dezembro de 2001, 58/198, de 23 de dezembro de 2003, 60/185, de 22 de dezembro de 2005, 62/183, de 19 de dezembro de 2007, 64/189, de 21 de dezembro de 2009, 66/186 de 22 de dezembro de 2011, 68/200, de 20 de

540 Tradução do autor. No original: "The Ministers reaffirmed their firm rejection of the imposition of laws and regulations with extraterritorial impact and all other forms of coercive economic measures, including unilateral sanctions, against developing countries and reiterate the urgent need to eliminate them immediately. They emphasized that such actions not only undermined the principles enshrined in the Charter of the United Nations and international law but also severely threatened the freedom of trade and investment. The Ministers therefore called upon the international community to adopt urgent and effective measures to eliminate the use of unilateral coercive economic measures against developing countries".

dezembro de 2013, e 70/185, de 22 de dezembro de 2015. Todas essas resoluções, aprovadas por vasta maioria, condenam o uso de medidas econômicas coercitivas unilaterais, em particular, contra países do mundo em desenvolvimento, que, como visto, são os mais afetados pelas contramedidas coletivas. Depois de conclamar a comunidade internacional a tomar medidas imediatas e urgentes para eliminar essas medidas, a Assembleia Geral das Nações Unidas convoca a comunidade internacional a condenar e rejeitar essas medidas, notadamente quando usadas como instrumento de coerção contra países em desenvolvimento[541].

Essas resoluções também determinam que o secretário-geral da ONU monitore a aplicação de sanções unilaterais e envie relatório, após ouvidos os estados-membros da ONU, para a Assembleia Geral. Esses documentos consistem em outros importantes meios de prova da *opinio iuris* dos estados com relação às contramedidas coletivas. No relatório de 2003, alguns estados externaram suas posições acerca da imposição de sanções unilaterais, por estados não lesados por ilícitos internacionais, sem a devida autorização dos órgãos multilaterais competentes. Nesse relatório do secretário-geral, foram registrados os posicionamentos de Argentina, Costa Rica, Cuba, República Tcheca, Irã, Líbia, Síria, Tailândia, Tunísia e Venezuela. Todos os estados manifestaram-se contra a imposição de sanções unilaterais, por serem incompatíveis com a Carta da ONU, com o Direito Internacional Geral e com os princípios que regem as relações amistosas entre os estados[542].

541 "Nos termos da resolução 70/185, de 2015, por exemplo: "Urges the international community to adopt urgent and effective measures to eliminate the use of unilateral coercive economic measures against developing countries that are not authorized by relevant organs of the United Nations or are inconsistent with the principles of international law as set forth in the Charter of the United Nations and that contravene the basic principles of the multilateral trading system; 3. Calls upon the international community to condemn and reject the imposition of the use of such measures as a means of political and economic coercion against developing countries";

542 Dsiponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/policy/publications/general_assembly/a_58_301.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

Em relatório de 2011, também elaborado a pedido da Assembleia Geral, o secretário-geral das Nações Unidas registrou o posicionamento de alguns países no que diz respeito às sanções unilaterais, de modo geral, e às contramedidas coletivas, em particular. Armênia, Brunei, Colômbia, Cuba, Egito, Gabão, Guatemala, Líbano, Malásia, Malta, Ilhas Maurício, México, Mianmar, Omã, Catar, Sudão, Ucrânia e Vietnã registraram o seu repúdio contra esse tipo de medida na ocasião. Além desses estados, também registraram seu repúdio às sanções unilaterais a Comissão Econômico-Social da Ásia Ocidental, uma das cinco comissões regionais das Nações Unidas, composta por 18 membros, e a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento, organização internacional ligada à Assembleia Geral da ONU, que atualmente conta com 194 membros.

A Comissão Econômico-Social para a Ásia Ocidental denominou as sanções unilaterais "punições coletivas", em função de seu impacto no bem-estar da população dos estados afetados pelas medidas. A Comissão apresentou relatório sobre as contramedidas aplicadas pelos Estados Unidos contra o Sudão e a Síria. A Comissão conclui que os embargos comerciais adotados impactam negativamente no desenvolvimento econômico e social desses países, colocando em xeque o cumprimento das metas de desenvolvimento do milênio e prejudicando o gozo adequado dos direitos humanos das populações, em particular, os direitos econômicos, sociais e culturais. Parece que as sanções, cuja missão civilizadora se dá pela "Lei dos Direitos Humanos na Síria", na novilíngua diplomática dos Estados Unidos, afeta negativamente os direitos humanos.

No relatório de 2011, até mesmo a Organização para Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), composta por 34 países, incluindo 24 europeus e os Estados Unidos,

rejeitaram as sanções unilaterais. A afirmação da organização deixa claro que ela apenas reconhece como lícitas as sanções impostas no seio de sistemas de solução de controvérsias estabelecidos por tratados internacionais, dando a entender que contramedidas de terceiros são incompatíveis com o Direito Internacional:

> *A OCDE não concorda com a imposição de medidas econômicas unilaterais como instrumentos de coerção política e econômica contra países em desenvolvimento. A OCDE apoia o funcionamento harmônico do sistema multilateral de comércio baseado no direito, sob o qual sanções econômicas (i.e., comerciais) são implementadas após uma decisão que resolva a controvérsia*[543].

Pode parecer estranho que um grupo de estados que por vezes reage a ilícitos de modo unilateral, em condutas que alguns classificam de contramedidas, registre uma declaração dessa natureza. Como visto, contudo, nem mesmo esses países apresentam *opinio iuris* favorável a contramedidas coletivas. As resistências do Reino Unido e do Japão registradas em seus comentários ao artigo 54 proposto por Crawford em 2000 evidenciam isso. Afinal, no mais das vezes, as reações a ilícitos adotadas por esses países não se fiam em um suposto direito de contramedidas coletivas senão em um direito de legítima defesa coletiva, como deixaram claro Canadá e Nova Zelândia em suas reações à invasão soviética do Afeganistão e à invasão argentina das Ilhas Malvinas. Em outras ocasiões, as reações por vezes classificadas por parte da doutrina como contramedidas coletivas invocavam como fundamento jurídico a cláusula *rebus sic stantibus,* como deixou claro a Holanda em suas retaliações contra o Suriname. Em outros casos, por fim, estados

543 Tradução do autor. No original: "OECD does not agree with the imposition of unilateral economic measures as instruments of political and economic coercion against developing countries. OECD supports the smooth functioning of the rules-based multilateral trading system under which economic (*i.e.* trade), sanctions are enacted following a dispute settlement ruling".

membros da OCDE simplesmente reagiram a ilícitos movidos por razões de consciência moral, sem estarem convencidos de que suas condutas teriam respaldo no Direito Internacional. As medidas adotas contra a Iugoslávia por países europeus na década de 1990 evidenciam essa ausência de *opinio iuris*. A esparsa prática de contramedidas coletivas não é acompanhada de *opinio iuris* nem mesmo por parte dos estados que a adotam.

Em relatório análogo, de 2015, o secretário-geral da ONU registrou o repúdio às sanções unilaterais realizado por Brunei, Camboja, República Centro-Africana, Chile, Congo, Cuba, Equador, Letônia, Madagascar, Mongólia, Omã, Paraguai, Senegal, Sri Lanka, Síria, Tunísia, Turquia, Emirados Árabes Unidos, Venezuela e Zimbábue.

Os estados condenaram as sanções unilaterais, considerando-as incompatíveis com a Carta da ONU, com as normas de Direito Internacional, com o sistema multilateral de comércio e, em alguns casos, com os direitos humanos das populações afetadas por essas sanções. Particular preocupação é demonstrada com relação ao caráter seletivo dessas retaliações, que afetam, quase que exclusivamente, países em desenvolvimento. Alguns estados manifestaram seu repúdio a sanções direcionadas a países específicos, muitas das quais envolvem contramedidas coletivas. Foi o caso do Equador, que repudiou as contramedidas aplicadas em face do Irã[544]; e da Síria, que condenou as contramedidas impostas contra Sudão, Zimbábue, Belarus, Irã, Coreia do Norte, entre outros, reputando-as ilícitas[545]. Também a Turquia condenou

544 Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/policy/publications/general_assembly/a_70_152_uni_econ.pdf>, p. 10. Acesso em: 25 out. 2016.

545 Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/policy/publications/general_assembly/a_70_152_uni_econ.pdf>, p. 13. Acesso em: 25 out. 2016.

especificamente o congelamento de bens do banco central do Irã por Estados Unidos e União Europeia[546].

O impacto das sanções unilaterais nos direitos humanos, notadamente dos grupos mais vulneráveis, como mulheres e crianças, também é reconhecido pelas Nações Unidas. Em 2016, na resolução 71/193, intitulada "Direitos humanos e medidas coercitivas unilaterais", a Assembleia Geral da ONU, ao salientar a incompatibilidade das sanções unilaterais com os direitos humanos:

> *Conclama todos os estados a cessarem de adotar ou implementar qualquer medida unilateral incompatível com o Direito Internacional, com o Direito Internacional humanitário, com a Carta das Nações Unidas e com as normas e princípios que regem as relações amistosas entre os estados, em particular aquelas de natureza coercitiva, com todos os seus efeitos extraterritoriais, que criam obstáculos às relações comerciais entre os estados, impedindo assim a plena realização dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos, em particular o direito dos indivíduos e dos povos ao desenvolvimento*[547].

Em 2014, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou a resolução 27/21, na qual afirmou que "as medidas coercitivas unilaterais são contrárias ao Direito Internacional, ao direito

546 Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/policy/publications/general_assembly/a_70_152_uni_econ.pdf>, p. 15. Acesso em: 25 out. 2016.

547 Tradução do autor. No original: "Urges all States to cease adopting or implementing any unilateral measures not in accordance with international law, international humanitarian law, the Charter of the United Nations and the norms and principles governing peaceful relations among States, in particular those of a coercive nature, with all their extraterritorial effects, which create obstacles to trade relations among States, thus impeding the full realization of the rights set forth in the Universal Declaration of Human Rights and other international human rights instruments, in particular the right of individuals and peoples to development".

humanitário internacional, à Carta das Nações Unidas e às normas e princípios que regem as relações amistosas entre os estados". Afirmou, ainda, que "no longo prazo, medidas coercitivas unilaterais podem resultar em problemas sociais e provocar preocupações humanitárias no estado alvo das medidas". Nesse sentido, o Conselho de Direitos Humanos:

> *Conclama todos os estados a interromperem a adoção, a manutenção ou a implementação de medidas coercitivas unilaterais incompatíveis com o Direito Internacional, com o Direito Internacional humanitário, com a Carta das Nações Unidas e com as normas e princípios que regem as relações amistosas entre os estados, em particular aquelas de natureza coercitiva com efeitos extraterritoriais, que criam obstáculos às relações comerciais entre os estados, assim impedindo a plena realização dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos, em particular o direito dos indivíduos e dos povos ao desenvolvimento;*
>
> *Condena a continuidade da aplicação e da implementação, por certas potências, de tais medidas, como um instrumento de pressão política ou econômica contra qualquer país, em particular contra países em desenvolvimento, com o objetivo de impedir esses países de exercerem seu direito de decidir, por sua própria e livre vontade, seu próprio sistema político, econômico e social;*
>
> *Expressa grave preocupação com o fato de que, em alguns países, a situação das crianças e das mulheres é negativamente afetada por medidas coercitivas unilaterais incompatíveis com o Direito Internacional e com a Carta, que criam obstáculos às relações comerciais entre os*

> *estados, impede a plena realização do desenvolvimento econômico e social e prejudica o bem-estar da população dos países afetados, com consequências particularmente graves para mulheres, crianças, incluindo adolescentes, idosos e pessoas com deficiência;*
>
> *Sublinha o fato de que medidas coercitivas unilaterais constituem um dos maiores obstáculos à implementação da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, e, nesse contexto, conclama todos os estados a evitar a imposição unilateral de medidas econômicas coercitivas e a aplicação extraterritorial de leis internas que vão de encontro aos princípios do livre comércio e que entravam o desenvolvimento dos países em desenvolvimento*[548].

Os impactos das sanções unilaterais discricionárias, que incluem contramedidas coletivas, nos direitos humanos das populações dos estados que as suportam são tão graves que o Conselho de Direitos Humanos da ONU nomeou Idriss Jazairy

548 Tradução do autor. No original: "Calls upon all States to stop adopting, maintaining or implementing unilateral coercive measures not in accordance with international law, international humanitarian law, the Charter of the United Nations and the norms and principles governing peaceful relations among States, in particular those of a coercive nature with extraterritorial effects, which create obstacles to trade relations among States, thus impeding the full realization of the rights set forth in the Universal Declaration of Human Rights and other international human rights instruments, in particular the right of individuals and peoples to development;

Condemns the continued unilateral application and enforcement by certain powers of such measures as tools of political or economic pressure against any country, particularly against developing countries, with a view to preventing these countries from exercising their right to decide, of their own free will, their own political, economic and social systems;

Expresses grave concern that, in some countries, the situation of children and women is adversely affected by unilateral coercive measures not in accordance with international law and the Charter that create obstacles to trade relations among States, impede the full realization of social and economic development and hinder the well-being of the population in the affected countries, with particular consequences for women, children, including adolescents, the elderly and persons with disabilities;

Underlines the fact that unilateral coercive measures are one of the major obstacles to the implementation of the Declaration on the Right to Development, and in this regard calls upon all States to avoid the unilateral imposition of economic coercive measures and the extraterritorial application of domestic laws that run counter to the principles of free trade and hamper the development of developing countries".

como relator especial para o tema. Em seus sucessivos relatórios, Jazairy tem enfatizado o impacto dessas sanções unilaterais nos direitos humanos dos povos afetados e tem deixado claro que essas sanções prejudicam o direito ao desenvolvimento e afetam, em especial, os grupos mais vulneráveis, como mulheres e crianças[549].

Além da Assembleia Geral da ONU, da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento, do G77 e do Conselho de Direitos Humanos, organismos de representatividade universal, também organizações regionais têm rejeitado, com regularidade, a imposição de contramedidas coletivas.

A Liga dos Estados Árabes foi criada em 1945, e reúne, atualmente, 22 estados, do Magrebe e do Mashrek. Incluindo todo o norte da África, o chifre da África e a península arábica, a organização é legítima representante dos povos árabes. No que diz respeito às contramedidas adotadas por estados não lesados, a organização tradicionalmente rejeita esse tipo de sanção unilateral. Em 2004, por exemplo, protestou contra as sanções adotadas contra a Síria pelos Estados Unidos[550]. Em 2014, igualmente, o organismo pan-árabe aprovou a resolução intitulada "o embargo injusto imposto pelos Estados Unidos contra o Sudão", em que rejeitava expressamente as contramedidas adotadas contra o país árabe, ao mesmo tempo em que apoiava o processo de paz em curso no país[551].

A Organização Afro-Asiática de Consulta Jurídica (OAACJ), criada em 1956, como um dos frutos da Conferência de Bandung, também rejeita enfaticamente as contramedidas de terceiros.

549 Relatórios disponíveis em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/UCM/Pages/Reports.aspx>. Acesso em: 25 out. 2016.

550 Disponível em: <http://www.publico.pt/mundo/noticia/arabes-condenam-sancoes-impostas-pelos-eua-a-siria-1193608>. Acesso em: 25 out. 2016.

551 Disponível em: <http://www.sudantribune.com/spip.php?article50248>. Acesso em: 25 out. 2016.

A organização é formada por quarenta e seis estados, e inclui os principais estados da África e da Ásia. Entre os membros encontram-se o Japão, a Indonésia, a Malásia e o Kuwait, países que alguns autores alegam já terem adotado contramedidas sem ter sido lesados.

O tema das sanções unilaterais encontra-se na pauta da organização desde 1997, e a organização tem rejeitado reiterada e sistematicamente a imposição unilateral de sanções, como incompatíveis com a Carta das Nações Unidas, com o princípio da não intervenção e com os direitos humanos dos povos que sofrem as sanções[552].

Também o BRICS, agrupamento de países emergentes formado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul, manifesta-se contrariamente às sanções unilaterais, adotadas em violação ao Direito Internacional. Nas declarações finais das Cúpulas de Ufá, de 2015, e de Goa, de 2016, os países do BRICS repudiaram essas sanções unilaterais[553].

Todos os estados americanos protestaram contra as sanções impostas pelos Estados Unidos contra a Venezuela, que consideraram arbitrária e ilegal. O Mercosul, atualmente, congrega todos os estados do continente, entre membros e associados. Já na Cúpula de Paraná, em 2014, os estados partes da organização haviam aprovado a "Declaração especial das Presidentas e dos Presidentes do Mercosul sobre a Aprovação

552 Disponível em: <http://www.aalco.int/53rdsession/Extraterritorial%202014.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

553 Declaração de Ufá. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/10465-vii-cupula-do-brics-declaracao-de-ufa-ufa-russia-9-de-julho-de-2015>. Acesso em: 25 out. 2016. Declaração de Goa. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/14931-viii-cupula-do-brics-goa-india-15-e-16-de-outubro-de-2016-declaracao-e-plano-de-acao-de-goa>. Acesso em: 12 jul. 2017.

de Sanções contra a República Bolivariana da Venezuela"[554]. Igualmente, em comunicado conjunto de 16 de julho de 2015[555] e em comunicado especial de 30 de março de 2016[556], o continente, em uníssono, pela via institucional do Mercosul, condenou as sanções unilaterais impostas pelos Estados Unidos, que violam o princípio da não intervenção em assuntos internos de outros estados. Reiteradamente, o continente exigiu a revogação da ordem executiva que, segundo os países da região, constitui medida coercitiva unilateral incompatível com o Direito Internacional[557].

O repúdio às contramedidas coletivas é generalizado, quase unânime. Pode-se afirmar que a comunidade internacional como um todo deplora a adoção de sanções unilaterais como incompatíveis com o Direito Internacional e com o princípio da não intervenção. Essas sanções incluem, como visto, não apenas as retorsões abusivas, mas também as contramedidas coletivas.

Claramente, está longe de existir uma norma costumeira que permita a um estado não lesado impor contramedidas, sob o pretexto de resguardar um interesse coletivo da comunidade internacional. Mesmo que houvesse uma prática consistente, não haveria a *opinio iuris* necessária para a configuração do costume. Nem mesmo uma concepção mais frouxa de norma costumeira, que menospreze o papel do elemento psicológico do costume, e

554 Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/4677/3/innova.front/declaracões-e-decisões-presidenciais>. Acesso em: 25 out. 2016.

555 Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4488/1/comunicado_conjuntoep-ea_es_final_18_08.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

556 Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/7551/2/innova.front/comunicado-especial----mercosur>. Acesso em: 20 maio 2016.

557 As sanções que os países da região adotaram posteriormente contra a Venezuela, como a suspensão do Mercosul, deram-se no âmbito institucionalizado da organização internacional competente, não se caracterizando como contramedidas, conforme analisado no capítulo 2.

pretenda presumi-lo[558], poderia concluir pela existência da norma. Como visto, nem mesmo os estados que aplicam contramedidas coletivas estão seguros de sua legitimidade. A comunidade internacional como um todo repudia esse tipo de sanção unilateral, que, sob o pretexto de proteger interesses comuns da comunidade internacional, ignora o multilateralismo e as instituições representativas dessa comunidade de estados. Além de não haver uma prática geral que consolide o elemento material do costume, e além de não haver um elemento psicológico que acompanhe a esparsa prática, existe uma verdadeira *opinio non iuris* no que diz respeito às contramedidas de terceiros.

Rejeitada a prática pela sociedade internacional, não existe norma internacional que autorize um estado que não o lesado a impor contramedidas contra um estado violador. Diante da ausência de norma permissiva dessa natureza, deve-se concluir que os estados que impõem as referidas contramedidas cometem um ato ilícito. Ironicamente, os arautos da justiça violam o Direito Internacional. Estão sujeitos, portanto, à responsabilidade. Naturalmente, os estados lesados podem, de modo legítimo, impor-lhes contramedidas.

3.6 Uma conduta interessada

Não seria razoável supor que os Estados Unidos sancionam Cuba porque pretendem ver florescer a soberania popular na ilha comunista. Não seria coerente imaginar que os Estados Unidos sancionam a Venezuela porque se interessam altruisticamente com os direitos humanos dos venezuelanos, ou que tenham imposto pesadas contramedidas contra a Nicarágua governada pelo regime sandinista motivados pelo espírito de solidariedade.

558 OLIVEIRA, Danielle Candido. *A Responsabilidade Internacional dos Estados por violações a Normas Protetoras de Direitos Humanos.* A possibilidade de aplicação de contramedidas por estados "não diretamente lesados", 2011, 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 379.

Da mesma forma, seria ingênuo imaginar que as sanções impostas contra a Síria se devem a uma preocupação humanista com os impactos da guerra que o Ocidente ajudou a escalar. Não é uma coincidência que seja a Síria e não a Arábia Saudita. Não é coincidência que o programa nuclear do Irã dos aiatolás, que apresenta finalidades medicinais, seja objeto de contramedidas "de interesse coletivo" e que o de Israel, que, sabidamente, tem propósitos militares, não seja sequer questionado.

As sanções unilaterais aplicadas parecem adotar uma concepção reducionista de Direito Internacional, que pretende dividir o mundo entre o bem e o mal. Não por acaso, todos os países do chamado "Eixo do Mal" são sancionados. A adoção de contramedidas coletivas parece ser uma reedição da luta entre civilização e barbárie, em que o "homem branco" parece ainda acreditar que seu "fardo" é levar a civilização para os povos bárbaros. E, como diria Euclides da Cunha, no mais das vezes, a luz da civilização chega aos incultos pelos clarões de disparos.

Dentro da perspectiva maniqueísta frequentemente adotada nas relações internacionais, é sempre "o outro" que comete atrocidades, que viola direitos humanos, que desrespeita a democracia. A "novilíngua" diplomática é capaz de malabarismos retóricos bem consolidados, como a diferença entre "terrorista" e "freedom fighter", ou "rebelde moderado", que não existe senão dentro de um discurso tendencioso, sem qualquer fundamento na realidade, reproduzido por uma "engenharia de produção de consensos"[559]. Uma verdadeira obra-prima de retórica, que daria inveja aos personagens de George Orwell.

Essa "novilíngua" é utilizada pelos poucos países que adotam contramedidas coletivas, em uma tentativa de dividir o mundo entre

559 CHOMSKY, Noam; HERMAN, Edward. *Manufacturing Consent* – The Political Economy of the Mass Media. New York: Pantheon Books, 1988.

o bem e o mal. Esses discursos são pouco convincentes, contudo, e mal disfarçam os interesses geopolíticos que efetivamente motivam as sanções unilaterais.

Não é coincidência que as contramedidas coletivas sejam contra o programa nuclear da Coreia do Norte e não contra o da Índia. Não é coincidência que sejam contra o Irã dos aiatolás, não o de Reza Pahlevi. Não é coincidência que tenham sido contra o Panamá de Noriega, e não o de Tojillos; contra a Nicarágua dos sandinistas, não a de Chamorro. Não é coincidência que seja contra a Venezuela de Chávez e Maduro, não a de Bettancourt.

As contramedidas coletivas têm como pretexto a proteção de interesses universais; o bem-estar da humanidade e o espírito de solidariedade. No entanto, diante da concentração do meio técnico-científico-informacional[560], e, notadamente, do discurso internacional, por meio da engenharia de produção de consensos, deve-se questionar em que medida a universalização do Direito Internacional não é mera reprodução quantitativa do antigo *jus europeaum*; em que medida não é uma retomada de um universalismo regional. Levando-se em consideração que os discursos humanistas mal disfarçam os propósitos geopolíticos das ações internacionais, e atentando-se às lições da história, deve-se questionar a autoridade dos estados para monopolizar o discurso que define e implementa o interesse comunitário. A adoção seletiva dessas contramedidas põe em xeque a credibilidade dos estados para autointitularem-se "bem-dispostos" a lutar contra o "Eixo" ou o "Império" do mal.

A completa rejeição da proposta de se permitir a aplicação de contramedidas por estados não lesados e o repúdio generalizado às sanções unilaterais devem-se a esse uso tendencioso e interessado das sanções. Muitas vezes, essas retaliações têm como objetivo

560 SANTOS, Milton. *O Brasil* – Território e Sociedade no início do século XXI. Rio de Janeiro: Recordo, 2012, p. 52.

intervir em assuntos internos de outros estados, buscando determinar seu sistema político ou econômico, em total afronta ao princípio da autodeterminação dos povos. Como explica o juiz Padilla Nervo, em seu voto separado no caso Barcelona Traction:

> *A história da responsabilidade dos estados com relação ao tratamento a estrangeiros é uma história de abusos, intervenções indevidas na jurisdição doméstica de estados mais fracos, reclamações injustas, ameaças e até mesmo de agressão militar sob a bandeira do exercício do direito de proteção, e da imposição de sanções com o objetivo de obrigar um governo a realizar as reparações demandadas*[561].

Não foi por acaso que os estudos sobre responsabilidade internacional dos estados tiveram início com a responsabilidade por danos causados a estrangeiros e a seus bens, incialmente a partir de esforços privados de codificação, com destaque para o projeto de Harvard, e, em seguida, com a relatoria de García Amador, um exilado cubano da revolução, na Comissão de Direito Internacional. O instituto da responsabilidade internacional surgiu como uma forma de proteger os interesses de nacionais dos países desenvolvidos nos estados que faziam parte da periferia do sistema internacional. De acordo com Padilla Nervo:

> *Acordos especiais para o estabelecimento de tribunais arbitrais eram, em muitas ocasiões, concluídos sobre pressão, por meio de ameaças políticas, econômicas ou militares. Os estados protetores, em muitos casos, estão mais preocupados em obter compensações financeiras do*

561 Tradução do autor. No original: "The history of the responsibility of States in respect to the treatment of foreign nationals is the history of abuses, illegal interference in the domestic jurisdiction of weaker States, unjust claims, threats and even military aggression under the flag of exercisiiig rights of protection, and the imposing of sanctions in order to oblige a government to make the reparations demanded". Separate Opinion of jugde Padilla Nervo. ICJ, Barcelona Traction Light and Power Company. *ICJ Reports*. The Hague: 1970, p. 247.

> *que em preservar princípios. Contra a pressão da proteção diplomática, estados mais fracos não poderiam fazer mais do que preservar e defender os princípios do Direito Internacional, enquanto cediam, sob o disfarce de aceitarem soluções amigáveis, fosse concedendo a reparação demanda, fosse estabelecendo comissões de reclamação, que tinham como ponto de partida a aceitação da responsabilidade por atos ou omissões, quando o país não era, nem de fato, nem de direito, realmente responsável*[562].

Muitas vezes, o direito da responsabilidade internacional foi usado como forma de imposição dos interesses dos países mais fortes sobre os países mais fracos. A "Revolução Ago" deixou essa história de usurpação e de abusos para trás. O pleito pelo reconhecimento de contramedidas coletivas, advindo de meios acadêmicos de países desenvolvidos, é uma ameaça de retrocesso.

A proteção dos interesses coletivos da comunidade internacional e o bem-estar da humanidade é o pretexto. É um lado da medalha, voltado para fora; a filantropia. Os interesses geopolíticos individuais das grandes potências são a motivação. É o outro lado da moeda, voltado para dentro; a sede de nomeada. O amor da glória.

562 Tradução do autor. No original: "Special agreements to establish arbitral tribunals were on many occasions concluded under pressure, by political, economic or military threats. The protecting States, in many instances, are more concerned with obtaining financial settlements than with preserving principles. Against the pressure of diplomatic protection, weaker States could do no more than to preserve and defend a principle of international law, while giving way under the guise of accepting friendly settlements, either giving the compensation demanded or by establishing claims commissions which had as a point of departure the acceptance of responsibility for acts or omissions, where the government was, neither in fact nor in law, really responsible". Separate Opinion of jugde Padilla Nervo. ICJ, Barcelona Traction Light and Power Company. *ICJ Reports*. The Hague: 1970, p. 247.

CONCLUSÃO

> *Senão quando, estando eu ocupado em preparar e apurar a minha invenção, recebi em cheio um golpe de ar; adoeci logo e não me tratei. Tinha o emplasto no cérebro; trazia comigo a ideia fixa dos doudos e dos fortes. Via-me, de longe, ascender do chão das turbas, e remontar ao céu, como uma águia imortal, e não é diante de tão excelso espetáculo que um homem pode sentir a dor que o punge. No outro dia estava pior; tratei-me enfim, mas incompletamente, sem método, nem cuidado, nem persistência; tal foi a origem do mal que me trouxe à eternidade. Sabem já que morri numa sexta-feira, dia aziago, e creio haver demonstrado que foi a minha invenção que me matou. Há demonstrações menos lúcidas e não menos triunfantes (*Machado de Assis, *Memórias póstumas de Brás Cubas).*

O Direito Internacional Contemporâneo reconhece a possibilidade de um estado não lesado invocar a responsabilidade de um estado violador. Trata-se de consagração da evolução de um Direito Internacional eminentemente bilateralista, marcado pelo padrão clássico, para um Direito das Gentes com matizes comunitaristas,

dentro de uma lógica embrionária de solidariedade. Dessa forma, nos termos do artigo 48 do projeto adotado pela Comissão de Direito Internacional em 2001, todos os estados têm interesse de agir em casos de violações de obrigações *erga omnes*. Além disso, qualquer estado a quem uma obrigação *erga omnes partes* seja devida pode invocar a responsabilidade do suposto violador, mesmo sem ter sofrido prejuízo com a violação.

No que concerne à implementação da responsabilidade internacional, diferentemente, os estados que não tenham sido lesados podem impor apenas retorsões, espécie de retaliação inerentemente lícita, que faz parte da liberdade de atuação dos estados. Não podem, no entanto, impor contramedidas. O direito costumeiro atual não permite a aplicação desse excludente de ilicitude a uma conduta coercitiva inerentemente ilícita. Não existe prática geral que constitua o elemento material de eventual norma costumeira nesse sentido; muito menos uma *opinio iuris* que caracterize o elemento subjetivo dessa escassa e embrionária prática. Em realidade, existe, como visto, generalizado repúdio a esse tipo de conduta, que conforma uma *opinio non iuris,* vale dizer, a comunidade internacional como um todo está convencida de que contramedidas coletivas são ilícitas. Os poucos estados que insistem em adotar essa prática incorrem em ilícito internacional e estão sujeitos às consequências de suas condutas, podendo ser sancionados por outros estados ou por organizações internacionais. Ironicamente, os que impõem contramedidas sem ser lesados, arrogando-se o direito de preservar o Direito Internacional, podem sofrer contramedidas, legitimamente impostas pelos estados originalmente violadores do Direito das Gentes.

Em casos de violações de obrigações internacionais, as sanções a serem impostas aos responsáveis devem ser determinadas pelos estados lesados ou pelas instâncias multilaterais de decisão.

Estados que não o lesado devem recorrer, portanto, a sanções no âmbito de organizações internacionais. Nesses casos, os recursos a mecanismos descentralizados de autoajuda devem-se limitar às medidas legais denominadas retorsões. As medidas constritivas devem ser determinadas no âmbito multilateral, recorrendo-se às instituições já existentes.

Em muitos casos, as instâncias multilaterais responsáveis encontrar-se-ão impedidas de atuar, em decorrência de suas próprias lógicas de poder. É irrealista imaginar, por exemplo, que membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, que possuem poder de veto em resoluções não procedimentais, sejam sancionados por violação de normas de *jus cogens*. Isso evidencia a necessidade de uma reforma ampla da governança global, que a torne mais representativa, legítima e efetiva. O *deficit* de democracia de alguns foros multilaterais, contudo, não justifica contramedidas de terceiros. A solução não é atribuir as competências dos órgãos multilaterais a estados individualmente considerados. Isso seria ainda menos democrático, ainda menos representativo e ainda menos legítimo; seria regredir para uma lógica bilateralista de justiça privada. Com o agravante do uso da retórica universalista.

Possíveis soluções

Em uma futura convenção internacional sobre a responsabilidade internacional dos estados por atos internacionalmente ilícitos, que seja elaborada tomando como base o projeto de artigos redigido pela Comissão de Direito Internacional, algumas propostas deveriam ser levadas em consideração, de modo a evitar a discricionariedade das contramedidas, ao mesmo tempo em que se assegura a efetividade das normas jurídicas internacionais, por meio de mecanismos apropriados de implementação da responsabilidade.

O presente estudo chamou atenção, em primeiro lugar, para a necessidade de um controle jurisdicional imparcial quando da imposição de contramedidas por um estado lesado. Afinal, a natureza unilateral e discricionária desse tipo de retaliação abre margem para abusos, diante da simples alegação de ter sido prejudicado por uma conduta alegadamente ilícita cometida por um estado. Dessa forma, torna-se imprescindível que haja em algum momento – *a priori* ou *a posteriori* – uma análise jurisdicional imparcial das contramedidas, como já é realizado em alguns regimes específicos, como o Mercosul e a OMC.

No caso de uma convenção geral sobre responsabilidade internacional dos estados, o órgão jurisdicional mais apropriado é a Corte Internacional de Justiça, porque sua competência *ratione materiae* é ampla, e ela é acessível a qualquer membro das Nações Unidas. A jurisdição da Corte poderia ser facilmente afirmada por meio de uma cláusula compromissória relativa ao capítulo sobre contramedidas, a ser inserida no tratado. Dessa forma, estaria assegurada a possibilidade de o estado que sofre as contramedidas questioná-las em juízo. Isso garantiria a adequação desse mecanismo de justiça privada e coibiria eventuais abusos. Essa cláusula não deveria estar sujeita a reserva, sob pena de se enfraquecer o sistema. As disposições gerais do tratado deveriam determinar, portanto, a impossibilidade de aposição de reserva a essa cláusula.

Alternativamente, a convenção poderia criar uma instância arbitral, para solucionar qualquer lide relacionada à imposição de contramedidas. Ainda que mais trabalhosa, essa alternativa apresentaria a vantagem de permitir a invocação da responsabilidade internacional de um estado por uma organização internacional, que não teria acesso à Corte Internacional de Justiça.

É necessário, contudo, resguardar a possibilidade de as partes na controvérsia recorrerem a outros mecanismos de solução de controvérsias, cujas manifestações sejam vinculantes, como as de alguns sistemas especiais, como o Mercosul e a OMC. De modo a evitar problemas decorrentes do que se convencionou chamar "fragmentação" do Direito Internacional, a cláusula compromissória pode conter um parágrafo que atue como cláusula de eleição de foro, à semelhança do artigo 1º do Protocolo de Olivos sobre solução de controvérsias no Mercosul. Assim, as partes poderiam optar pelo foro exclusivo a solucionar a controvérsia.

Quanto aos estados não lesados, o direito costumeiro contemporâneo, como visto, não permite que eles imponham contramedidas diante de um suposto ilícito internacional. A comunidade internacional como um todo repudia veementemente esse tipo de sanção unilateral, que pretende implementar um interesse coletivo por meio de um mecanismo de justiça privada. Uma futura convenção sobre responsabilidade internacional dos estados deve, portanto, vedar expressamente, de modo claro e inequívoco, a imposição de contramedidas por um estado não lesado.

Nos casos em que a obrigação violada for devida à comunidade internacional como um todo, é a comunidade internacional como um todo, por meio de seus órgãos multilaterais, que deve determinar se houve efetivamente o ilícito, quais as consequências que dele derivam, como deve ser implementada a responsabilidade e quem deve implementá-la. Deve haver a apreciação do caso por parte de um órgão jurisdicional e de um órgão executivo, portanto. Mais uma vez, a Corte Internacional de Justiça apresenta-se como a instância jurisdicional mais apropriada para realizar essa análise. Uma segunda cláusula compromissória no tratado poderia afirmar sua jurisdição. Essa cláusula deveria permitir que qualquer estado

não lesado, nos termos do artigo 48, recorresse à CIJ para, em espécie de *actio popularis*, ver cumprida a obrigação *erga omnes*.

Dessa forma, além de legitimada pelas instâncias multilaterais apropriadas, a implementação da responsabilidade seria eficaz, porque o Conselho de Segurança pode executar as sentenças da Corte Internacional de Justiça, garantindo, por meios coercitivos, se necessário, o cumprimento da decisão. A Corte Internacional de Justiça asseguraria a imparcialidade na verificação da existência do ilícito e de suas consequências; o Conselho de Segurança garantiria a eficácia da determinação judicial.

Essa segunda cláusula compromissória deveria, diferentemente da primeira, estar sujeita a reservas. Caso contrário, estar–se-ia consagrando a jurisdição universal da Corte Internacional de Justiça para julgar violações de obrigações *erga omnes*. Afinal, a CIJ teria jurisdição para julgar qualquer caso iniciado por qualquer estado diante de alegada violação de obrigação dessa natureza. Por mais que essa expansão da jurisdição internacional seja desejável e revitalize o ideal de Kelsen, ela seria objeto de enorme resistência por parte dos estados, e a convenção teria baixa adesão. Além disso, o complexo tema da jurisdição universal não é o objeto do tratado, e a impossibilidade de reservas traria apenas confusão. Dessa forma, melhor seria permitir a formulação de reservas por parte dos estados que não desejem reconhecer a jurisdição da CIJ de modo tão amplo, deixando a cláusula compromissória aberta aos estados que atualmente demonstram, de modo unilateral, tamanho interesse na implementação da justiça universal.

Alternativamente, caso o número de reservas a essa segunda cláusula compromissória seja muito grande, o que seria de se esperar, pode-se substituí-la pela possibilidade, expressa no tratado, de os estados partes formularem, a qualquer tempo, uma declaração unilateral reconhecendo a jurisdição da Corte Internacional

de Justiça para controvérsias surgidas no âmbito do artigo 48. A declaração produziria os mesmos efeitos jurídicos da cláusula compromissória, e pode ser proposta alternativa a fim de dirimir eventuais impasses surgidos ao longo das negociações do tratado.

Nesse sentido, conclui-se o presente estudo com a sistematização das seguintes sugestões:

Contramedidas e estados lesados

1) Contramedidas impostas por estados lesados devem estar sujeitas, *a priori* ou *a posteriori*, a controle jurisdicional compulsório;
2) O órgão mais autorizado para realizar esse controle jurisdicional é a Corte Internacional de Justiça. Para tanto, basta incluir, na futura convenção sobre responsabilidade internacional, uma cláusula compromissória, não sujeita a reserva, que remeta à Corte Internacional de Justiça qualquer controvérsia surgida no âmbito do capítulo sobre contramedidas;
3) Alternativamente, poder-se-ia submeter as contramedidas a controle jurisdicional realizado por instância arbitral a ser criada pelo tratado;
4) Seria conveniente incluir cláusula de eleição de foro, de modo a preservar a vontade das partes de eventualmente recorrer a algum regime específico de responsabilidade, como o da OMC ou o do Mercosul.

Contramedidas e estados não lesados

1) Estados não lesados não podem impor contramedidas. Não há norma costumeira permissiva nesse sentido. A comunidade internacional como um todo rejeita essa

possibilidade. De modo a garantir segurança jurídica, a futura convenção sobre responsabilidade internacional dos estados deve proibir expressamente que estados não lesados imponham contramedidas;

2) A implementação da responsabilidade internacional decorrente de violação de obrigação *erga omnes,* devida à comunidade internacional como um todo, deve ser realizada pela comunidade internacional, por meio dos órgãos multilaterais com legitimidade para representá-la;

3) A futura convenção sobre responsabilidade internacional dos estados deve conter uma segunda cláusula compromissória, dessa vez sujeita a reservas, que remeta à Corte Internacional de Justiça qualquer controvérsia que envolva os estados não lesados, nos termos do artigo 48 do projeto de 2001. Garante-se, dessa forma, análise jurisdicional imparcial, acerca da existência e das consequências do ilícito internacional;

4) Alternativamente, caso essa segunda cláusula compromissória provoque muita celeuma, pode-se substituí-la pela possibilidade de formulação de declaração unilateral reconhecendo a jurisdição da CIJ nos casos que envolvam os estados do artigo 48;

5) A implementação da responsabilidade fica a cargo, em ambas as alternativas, do órgão executivo da organização universal por excelência. Como se sabe, qualquer decisão da Corte Internacional de Justiça pode ser executada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

A Síndrome

Brás Cubas morreu por uma ideia. Pretendia desenvolver um emplasto anti-hipocondríaco, destinado a aliviar a nossa

melancólica humanidade. Afinal, o benevolente e altruísta personagem desejava profundamente aliviar as dores do ser humano. Como cidadão consciente que era, sentia-se no dever de cumprir a bendita tarefa em prol de toda a humanidade. Os seres humanos têm o direito de viver com dignidade e saúde. Cabe, portanto, aos homens de bem trabalhar em benefício dos mais necessitados. Inspirado pela compaixão e pela esperança de ver um mundo melhor, Brás Cubas trabalhou incansavelmente em seu projeto filantropo, até que um golpe de ar ceifou-lhe a vida.

Discursos como esse são comuns na comunidade internacional. Quando um estado vilão ameaça o mundo civilizado e os valores humanistas que o fundamentam, os estados de bem sentem-se na obrigação de combater a vil afronta. Em particular, quando se trata de resguardar os direitos humanos conquistados a duras penas ao longo das revoluções burguesas, os arautos da paz e da justiça devem erguer-se contra as injustiças que, infelizmente, ainda assolam este mundo. Não se pode deixar que o Eixo do Mal estenda suas garras e espalhe seus desígnios maléficos para outros rincões do planeta. A comunidade internacional não pode assistir atônita, inerte e inerme à proliferação do mal. É dever dos bem-dispostos combater essas injúrias e proteger o mundo livre.

Depois de morto, contudo, Brás Cubas confessou, em suas memórias póstumas, que seu objetivo de criar o tal emplasto não guardava qualquer relação com o bem comum da humanidade. O que o personagem desejava, em verdade, era ter a satisfação pessoal de ver seu nome estampado nos jornais, mostradores, folhetos e caixinhas de remédio: "Emplasto Brás Cubas". O que lhe movia, fundamentalmente, não era filantropia; não era solidariedade, nem compaixão. Era a sede de nomeada. Era o amor da glória.

Na sociedade internacional contemporânea, a democracia, os direitos humanos e outros valores ocidentais são muitas vezes

usados como verdadeiros emplastos. Sob o pretexto de preservar a paz e o Direito Internacional, alguns estados cometem ilícitos internacionais, muitas vezes da maior gravidade. Sob o pretexto de proteger direitos humanos, direitos humanos são violados. Sob o pretexto de impor a democracia liberal, nos moldes ocidentais, macula-se o direito de autodeterminação, inerente a todos os povos, de escolher livremente seu sistema político e econômico. Sob o pretexto de proteger os valores fundamentais da comunidade internacional, em benefício da humanidade, corroem-se os fundamentos do Direito Internacional, com graves prejuízos ao bem-estar dos povos.

O pretexto é, em geral, altruísta e solidário: promover os direitos humanos e a democracia. É um lado da medalha, voltado para fora. O objetivo é egoísta e interessado: defender os próprios interesses geopolíticos. Por isso, a prática é seletiva. Cobra-se apenas dos concorrentes; os aliados são poupados do assédio unilateral. É o outro lado da moeda, camuflado pela retórica; voltado para dentro. É o amor da glória.

Um pretenso direito à imposição de contramedidas por parte de estados não lesados busca fundamento em uma retórica frágil, em um discurso que pretende dividir o mundo entre um "eixo do mal" e uma "coalizão dos dispostos", retomando, em alguma medida, a distinção, ainda reproduzida, entre "civilização" e "barbárie". É uma retórica que não encontra fundamento no Direito das Gentes. A proposta de se permitir que um estado não lesado imponha contramedidas sem que haja qualquer tipo de controle pela comunidade internacional organizada é uma ideia fixa, como a do emplasto de Brás Cubas. Essa proposta não encontra respaldo no Direito das Gentes e deve padecer com um golpe de ar. Esse tipo de sanção unilateral não é um direito; é uma síndrome.

REFERÊNCIAS

ABI-SAAB, Georges. The uses of Article 19. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 2, 1999, p. 339-351.

ACCIOLY, Hildebrando. Les principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence. *RCADI*, 1959-I, t. 96.

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ACKERMAN, Bruce. *The Holmes Lectures: The Living Constitution*. Yale Law School. Faculty Scholarship Series. Paper 116, 2007.

AGNU. Annexe à la lettre datée du 15 octobre 2004, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent du Qatar auprès de l'Organisation des Nations Unies: Déclaration ministérielle, 21 octobre 2004, A/59/450.

AGO, Roberto. Third Report on State Responsibility. *YILC*, 1971-II.

AGO, Roberto. Le délit international. *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, v. II, 1939.

ALLAND, Denis. *Justice Privée et ordre juridique international* – étude théorique des contremesures em droit international public. Paris: Pédone, 1994.

ALLAND, Denis. Countermeasures of General Interest. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002, p. 1221-1239.

ALLAND, Denis. The Definition of Countermeasures. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ALVES, André; MOREIRA, José. *The Salamanca School*. London, New York: Bloomsbury Academic, 2013.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ALEXIDZE, Levan. Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law. *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 219-270.

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2013.

ANDREIOULO, Maurício. *Poder Constituinte Supranacional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000.

ANZILOTTI, Dionisio. *Teoria Generale dela Responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*. Florence: Lumache, 1902.

ÁVILA, Rafael; RANGEL, Leandro de Alencar. *A Guerra e o Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

AZIZ, Saliba. *Conselho de Segurança da ONU Sanções e limites jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *A Segunda Guerra Fria* – geopolítica e dimensão estratégica dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

BARBOZA, Julio. International Criminal Law. *RCADI*, 1999, t. 278.

BARRETO, Rafael Zelesco. *O conceito de ius gentium em Tomás de Aquino e Francisco de Vitoria*. 2016, 176 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Mimeo.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *La globalización* – Consecuencias humanas. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

BENDER, Thomas. *A nation among nations*. New York: Hill and Wang, 2006.

BENNOUNA, Mohammed. Les sanctions économiques de l´ONU. *RCADI*, 2002, t. 300, p. 9-78.

BERNER, Vanessa; Boiteux, Luciana (org.). *A ONU e as Questões Internacionais Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014.

BIERRENBACH, Ana Maria. *O conceito de responsabilidade de proteger e o Direito Internacional humanitário.* Brasília: FUNAG, 2011.

BINDING, Karl. *La culpabilidad en Derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2007.

BLIX, Hans. *Desarmando o Iraque.* São Paulo: A Girafa Editora, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2010.

BONFILS, Henry. *Manuel de Droit International Public*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1905.

BORIES, Clémentine. The Hague Conference of 1930. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BRAGA, Leopoldo. *O homem nas relações internacionais.* Baía: 1939.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Comentário à Carta das Nações Unidas.* Belo Horizonte: CEDIN, 2008.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; LAGE, Délber Andrade; CREMASCO, Suzana Santi (coord.). *Direito Internacional Contemporâneo.* Curitiba: Juruá Editora, 2011.

BRIÈRE, Y. de la. Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de répresailles. *RCADI*, 1928-II, t. 22, p. 237-294.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

BRY, Georges. *Droit International Public*. Paris: L'Arose, 1896.

CALVO, Charles. *Le Droit International Théorique et Pratique*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1896.

CANNIZZARO, Enzo. The Role of Proportionality on the Law of International Countermeasures. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 5, p. 889-916.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 2003.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Antigo*. São Paulo: Atlas, 2012.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Medieval e Moderno até Vitória*. São Paulo: Atlas, 2012.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Moderno de Suárez a Grócio*. São Paulo: Atlas, 2014.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Clássico*. São Paulo: Atlas, 2015.

CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CASPERSEN, Nina. *Unrecognized States*. Cambridge: Polity, 2012.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

CASSESE, Antonio. The Character of the Violated Obligation. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CASSESE, Antonio. A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and *Opinio Necessitatis*. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 4, 1999, p. 791-799.

CASSESE, Antonio. *Ex injuria jus oritur*: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures? *European Journal of International Law*, v. 10, 1999, p. 23-30.

COTTAM, Richard. Human Rights in Iran under the Shah. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 12, n. 1, 1980.

CHAZOURNES, Laurence Boisson de. Other non-Derogable Obligations. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CHINEN, Mark. Complexity Theory and the Horizontal and Vertical Dimensions of State Responsibility. *European Journal of International Law*, v. 25, n. 3, 2014, p. 703-732.

CHOMSKY, Noam. *Pirates and Emperors: International terrorism in the real world*. Vermont: Amana Books, 1990.

CHOMSKY, Noam; HERMAN, Edward. *Manufacturing Consent* – The Political Economy of the Mass Media. New York: Pantheon Book, 2002.

CHOMSKY, Noam. *The Essential Chomsky*. New York: The New press, 2008.

COHN, M. G. La Théorie de la Responsabilité Internationale. *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, v. II, 1939.

COMBACAU, Jean. *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U.* Paris: Pedone, 1974.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

CORRÊA, Luiz Felipe de Seixas (org.). *Brazil in the United Nations* (1946-2011). Brasília: FUNAG, 2013.

COULÉE, Frédérique. Arbitration. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CRAVEN, Matthew. Humanitarianism and the Quest for Smarter Sanctions. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 1, 2002, p. 43-61.

CRAWFORD, James. *State Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CRAWFORD, James. International Crimes of States. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law*

of International Responsibility. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 405-414.

CRAWFORD, James; PEEL, Jacqueline; OLLESON, Simon. The ILC's articles on Responsibility of States for wrongful acts: Completion of the Second Reading. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 5, 2001.

CRAWFORD, James. *The Creation of States in International Law.* Oxford: Clarendon Press, 2011.

DAVID, Eric. Primary and Secondary Rules. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DAWIDOWICZ, Martin. *Public Law Enforcement without Public Law Safeguards?* – An analysis of state practice on third-party countermeasures and their relationship to the UN Security Council. Oxford: Oxford University Press, 2007.

DAWIDOWICZ, Martin. The Obligation of Non-Recognition of a Unlawful Situation. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*. Barueri, SP: Manole, 2004.

DUPUY, Pierre-Marie. The constitutional dimension of the Charter of the United Nations Revisited. *Max Plank Yearbook of United Nations Law,* n. 1, 1997, p. 1-33.

DUPUY, Pierre-Marie. Implications of the Institutionalization of International Crimes of States. In: WEILER, Joseph; CASSESE, Antonio; SPINEDI, Marina (org.). *International Crimes of State*.

A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on state Responsibility. New York: Walter de Gruyter, 1989.

EVANS, Malcolm (org). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as a Constitution of the International Community. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 36, 1998, p. 529-619.

FAVOREU, Louis. El Bloque de la Constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 5, enero-marzo 1990.

FIORI, Pasquale. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Gongora, 1894.

FIORI, Pasquale. *International Law Codified*. New York: Baker, 1918.

FITZMAURICE, Gerald. Second Report on the Law of Treaties. *ILC Yearbook*, 1957, v. II.

FITZMAURICE, Malgosia; SAROOSHI Dan. *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*. Oxford and Oregon: Hart Publishing, 2004.

FONSECA JÚNIOR, Gelson. *A Legitimidade e outras Questões Internacionais*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

FROWEIN, Jochen. Reactions by not directly affected States to breaches of public International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 248, IV, 1994.

GABAGLIA, Raja. *Guerra e Direito Internacional*. São Paulo: Saraiva, 1949.

GAETA, Paola. The Character of the Breach. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

GAJA, Giorgio. The Concept of an Injured State. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. The Law of International Responsibility. Oxford: Oxford University Press, 2010.

GAJA, Giorgio. States Having an Interest in Compliance with the Obligation Breached. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

GARCIA, Eugênio Vargas. *O Brasil e a criação da ONU.* Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

GARCIA, Eugênio Vargas. *Cronologia das Relações Internacionais do Brasil.* Brasília: Contraponto, 2005.

GARETH, Evans. *Implementing the responsibility to protect*. Statement to United Nations General Assembly Interactive Dialogue on the Responsibility to Protect, New York, 23 July 2009.

GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra (De Iure Belli Libri Tres)*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

GILBERT, Martin. *História de Israel.* São Paulo: Edições 70, 2010.

GOODMAN, Camille. *Acta Sunt Servanda?* A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law. *Australian Yearbook of International Law*, n. 47, 2006.

GOTT, Richard. *Cuba: uma nova história*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GROTIUS, Hugo. *The Free Sea*. Indianapolis: Liberty Fund Inc, 2004.

GROTIUS, Hugo. *Commentary on the Law of Prize and Booty*. Indianapolis: Liberty Fund Inc, 2004.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. 2 v. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

GUGGENHEIM, Paul. Contribution à l'histoire des sources du droit des gens. *Recueil des cours*, v. 94, 1958-II, p. 1-84.

GUGGENHEIM, Paul. Les principes de droit international public. *Recueil des cours*, v. 80, 1952-I, p. 1-189.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

HANNUM, Hurst. *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996.

HELLQUIST, Ellin. Interpreting Sanctions in Africa and South East Asia. *International Relations*, v. 29, n. 3, 2015, p. 319-333.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÖFFNER, Joseph. *Colonização e Evangelização*: Ética da colonização espanhola no século de ouro. Rio de Janeiro: Presença Edições, 1986.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JORGENSEN, Nina HB. The Obligation of Non-Assistance to the Responsible State. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

JORGENSEN, Nina HB. The Obligation of Cooperation. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

JUNQUEIRA, Gastão. *Droit International Public*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1891.

KAMTO, Maurice. The Time Factor in the Application of Countermeasures. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KAUL, Hans-Peter. Art. 27. In: SIMMA, Bruno; MOSLER, Hermann; RANDELHOFER, Albrecht; TOMUSCHAT, Christian; WOLFRUM, Rüdiger. *The Charter of the United Nations a Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, t. 14, 1926.

KELSEN, Hans. Théorie générale du droit international public. Académie de droit international. *Recueil des Cours*, v. 84, 1953, p. 1-204.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KISSINGER. *Diplomacy*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2002.

KLEIN, Pierre. Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002.

KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 April 2006.

LAITHIER, Lucie. Private Codification Efforts. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 53.

LASALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LEBEN, Charles. Obligations Relating to the Use of Force and Arising from Peremptory Norms of International Law. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

LE FUR. Le développement historique du droit international: de l'anarchie internationale à une communauté organisé. *RCADI*, 1932-III, t. 41, p. 501-602.

LEGALE, Siddharta Ferreira. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: Carmen Tirburcio. (Org.). *Direito Internacional – Coleção 80 anos da UERJ.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 543-570.

LEGALE, Siddharta Ferreira. Internacionalização do direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. *Revista da SJRJ,* v. 20, 2013, p. 109-142.

LEGALE, Siddharta Ferreira. *A Constitucionalização inclusão e o advento das Constitucionais transnacionais.* Mimeo.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. *O Nascimento do Direito Internacional.* São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. *Guerra & Cooperação Internacional.* Curitiba: Juruá, 2003.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. *O caso da fragata ara libertad: a ampliação da jurisdição internacional.* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=382e69243f57d266>.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. Estado, segundo o Direito Internacional. *Revista de Direito cosmopolita*, n. 1, 2013.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. A Genealogia Da Noção De Direito Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 10, 2010.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. Propósitos e princípios. Artigo 2º. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Comentário à Carta das Nações Unidas*. Belo Horizonte: CEDIN, 2008.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Os Métodos no Direito Internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2007.

MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Mar Territorial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais* – Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEREDITH, Martin. *The State of Africa*. A History of the Continent since Independence. London: Simon & Schuster, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. Cascais: Principia, 2002.

MIRANDA, Jorge. O Direito Internacional no início de um novo século. In: REIS, Tarcísio e GOMES, Eduardo. *Desafios do Direito Internacional no s*éculo XXI. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

MONTJOIE, Michel. The concept of liability in the absence of an internationally wrongful act. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MOREIRA, Luiz Felipe Viel; QUINTEIROS, Marcela Cristina; SILVA, André Luiz Reis. *As Relações Internacionais da América Latina*. Petrópolis: Vozes, 2010.

MOSLER, Hermann. The international society as a legal community. *Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de la Haye*, v. 140, IV, 1974.

MÜLLER, Daniel. The Work of García Amador on State Responsibility for Injury Caused to aliens. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

NASSER, Salem Hikmat. *Jus cogens*: ainda esse desconhecido. In: REIS, Eduardo; GOMES, Tarcísio (org.) *Desafios do Direito internacional no século XXI*. Ijuí: Editora Unijuí, 2007.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NERVO, Padilla. Separate Opinion. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). *ICJ Reports*. The Hague: 1971.

NERVO, Padilla. Opinion individuelle du Juge PADILLA NERVO sous C.T.J., arrêt du 5 février 1970, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique et Espagne), deuxième phase, Rec. 1970.

NOLLKAEMPER, André. Internationally wrongful acts in domestic courts. *The American Journal of International Law*, v. 101, 2007, p. 760-799.

NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-State Relations. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002, p. 1083-1098.

NOLTE, Georg. Art. 2(7) In: SIMMA, Bruno; MOSLER, Hermann; RANDELHOFER, Albrecht; TOMUSCHAT, Christian; WOLFRUM, Rüdiger. *The Charter of the United Nations a Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

O'KEEFE, Roger. Countermeasures and Proportionality. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

OLLESON, Simon; BORELLI, Silvia. Obligations relating to Human Rights and Humanitarian Law. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

OLIVEIRA, Danielle Candido. *A Responsabilidade Internacional dos Estados por violações a Normas Protetoras de Direitos Humanos*. A possibilidade de aplicação de contramedidas por estados "não diretamente lesados". 2011, 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

OLLIVIER, Antoine. *International Criminal Responsibility of the State*. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

OPPEIHEIM, LLD. *International Law a Treatise*. London: Longmans, 1905.

ORWELL, George. *1984*. New York: Signet Classics, 1977.

OST, François e KERCHOVE, Michel van de. De La pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit. *R.I.E.J.* 44, 2000.

PEDERNEIRAS, Raul. *Direito Internacional Compendiado*. Rio de Janeiro, 1931.

PEEL, Jacqueline. Notice of Claim by an Injured State. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

PELLET, Alain; FORTEAU, Mathias; COT, Jean-Pierre. *La Charte des Nations Unies Commentaire article par article*. Paris: Economica, 2005.

PELLET, Alain; DAILLER, Patrick. *Droit International Public*. Paris: L.G.D.J., 2002.

PELLET, Alain. Cours Général: le Droit International entre la souveraineté et communauté internationale. In: *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. v. 2. Belo Horizonte: 2007.

PELLET, Alain. The ILC's Articles on State Responsibility. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

PELLET, Alain. Can a State Commit a crime? Definitely yes. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 2, 1999, p. 425-434.

PELLET, Alain. Remarques sur une révolution inachevée, le projet d'articles de la Commission du Droit international sur la responsabilité des Etats. *Annuaire français de droit international*, v. 42, 1996, p. 7-32.

PELLET, Alain. Vive le crime! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international. In: *Le Droit International à l'aube du XXI siècle*. Réflexions des codificateurs. New York: Nations Unies, 1997, p. 287-315.

PELLET, Alain. Les articles de la c.d.i. sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite suite – et fin? XLVIII *Annuaire français de droit international*. Paris: CNRS Éditions, 2002.

PELLET, Alain. Les Rapports de Roberto Ago à la C.D.I. sur la Responsabilité des États. *FORUM du droit international*. Netherlands: Kluwer Law International, 2002, p. 222-229

PELLET, Alain. Le nouveau projet de la c.d.! Sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite: *requiem* pour le crime? In: VOHRAH, L.C. (org.). *Man's Inhumanity to Man*. Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 655-684.

PELLET, Alain. Lotus que de sottises on profère en ton nom! – Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la cour mondiale. In: *Melanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*. Disponível em: <http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Lotus.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo; CITTADINO, Rodrigo Cerveira. *A responsabilidade de proteger no Direito Internacional Público*: a intervenção militar como último recurso. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. O recurso à força pelos estados e a legítima defesa no Direito Internacional Contemporâneo. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3-24.

PETERS, Anne. Global Constitutionalism Revisited. International Legal Theory. *The American Society of International Law*, v. 11, 2005.

PINTO, Paulo Edvandro. *Intervenção Humanitária* – Discurso ou Norma Internacional? Belo Horizonte: Arraes, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PROUKAKI, Elena Katselli. *The Problem of Enforcement in International Law*. New York: Routledge, 2010.

PROULX, Vincent-Joel. *Institutionalizing State Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Comentários ao Artigo 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi (org.). *Direito dos Tratados*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

REIS, Tarcísio e GOMES, Eduardo. *Desafios do Direito Internacional no s*éculo XXI. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2014.

REZEK, José Francisco. *Opinion Individuelle de M. Rezek*. Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de

1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etas-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil, 1998, p. 1-15.

ROBLEDO, Antonio Gomez. Le jus cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions. *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 9-217.

ROGAN, Eugene. *The Arabs* – A History. London: Penguin Books, 2012.

ROTA, Marie; SOUTY, Vincent. Art. 2 §6. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Comentário à Carta das Nações Unidas*. Belo Horizonte: CEDIN, 2008.

ROUSSEAU, Charles. *Le Droit des Conflits Armés*. Paris: Pedone, 1983.

SADER, Emir. *Cuba: um Socialismo em construção*. Petrópolis: Vozes, 2001.

SAID, Edward. *A Questão da Palestina*. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

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

SALIBA, Aziz Tuffi (org.). *Direito dos Tratados*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

SALIBA, Aziz Tuffi. *Conselho de Segurança da ONU* – Sanções e limites jurídicos. Belo Horizonte: Juruá, 2008.

SANTOS, Milton; SILVEIRA, María Laura. *O Brasil Território e sociedade no início do século XXI*. Record: Rio de Janeiro, 2012.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2011.

SANTOS, Milton. *Metamorfoses do Espaço Habitado*. São Paulo: Edusp, 2012.

SASSOLI, Marco. State Responsibility for violations of humanitarian international law. *RICR*, v. 84, n. 846, 2002.

SCELLE, Georges. Règles Générales du Droit de la Paix. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 45, 1933 – IV.

SCOBBIE, Iain. The Invocation of Responsibility for the Breach of 'Obligations under Peremptory Norms of General International Law'. *European Journal of International Law*, n. 13, 2002, p. 1201-1220.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SICILIANOS, Linos-Alexander. The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility. *European Journal of International Law,* v. 13, n. 5, 2002, p. 1127-1145.

SICILIANOS, Linos-Alexander. Countermeasures in Response to Grave Violations of Obligations owed to the International Community. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SIMMA, Bruno; MOSLER, Hermann; RANDELHOFER, Albrecht; TOMUSCHAT, Christian; WOLFRUM, Rüdiger. *The Charter of the United Nations a Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de la Haye*, v. 250, VI, 1994.

SIMMA, Bruno. The contribution of Alfred Verdross to the theory of international law. *European Journal of International Law*, v. 6, n. 1, 1995, p. 33-54.

SIMMA, Bruno. Universality of International Law from the perspective of a practitioner. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 2, 2009, p. 265-297.

SIMMA, Bruno. Counter-measures and Dispute Settlement: a Plea for a Different Balance. *European Journal of International Law*, 1994.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SLOBODA, Pedro Muniz Pinto. O Embargo a Cuba à Luz do Direito Internacional. In: Cleyson de Moraes Mello; Vanderlei Martins; João Eduardo de Alves Pereira (org.). *O direito em movimento*. 1ª ed. Juiz de Fora: Editar, 2015, p. 87-100.

SLOBODA, Pedro Muniz Pinto. Palestina: Estado nacional. In: *XIII Congresso Brasileiro de Direito Internacion*al, 2015, Fortaleza. Congresso Brasileiro de Direito Internacional, v. 1, 2015, p. 1-16.

SLOBODA, Pedro Muniz Pinto; FRANCE, Guilherme Jesus. A Democracia e o Bloco de Constitucionalidade do Direito Internacional na América Latina. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo; MENEZES, Wagner (org.). *A Democracia e o Bloco de Constitucionalidade do Direito Internacional na América Latina*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2015, p. 535-546.

SLOBODA, Pedro Muniz Pinto; TAVARES Sérgio Maia. Direito Interno e Direito Internacional: Integração Sistemática. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIAÇÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes (org.). *Direito Internacional em Expansão*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, v. III, p. 504-514.

SOARES, Anauene Dias. *Destruição do patrimônio cultural: crime de guerra*. 2015. Mimeo.

SPIERMANN, Ole. Judge Max Huber at the Permanent Court of International Justice. *European Journal of International Law*, v. 18, n. 1, 2007.

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*, v. 13, n. 5, 2002, p. 1099-1125.

STARACE, Vincenzo. Responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale. *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, v. II, 1976.

STERN, Brigitte. The Elements of a Internationally Wrongful Act. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SUÁREZ, Francisco de. *De legibus ac Deo legislatore*. Neapoli: Ex typis fibrenianis, 1872.

SZUREK, Sandra. La Charte des Nations Unies: Constituion Mondiale? In: PELLET, Alain; FORTEAU, Mathias; COT, Jean-Pierre. *La Charte des Nations Unies Commentaire article par article*. Paris: Economica, 2005.

TAMS, Christian. Do Serious Responsibility Give Rise to any Specific Obligation of the Responsible State? *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002, p. 1161-1180.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pliriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

THOUVENIN, Jean-Marc. Gel des fonds des banques centrales et immunité d'exécution. In: PETERS, Anne; LAGRANGE, Evelyne; TOMUSCHAT, Christian; OETER, Stefan. *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*. Nijhof, 2014.

THOUVENIN, Jean-Marc; WEISS, Norman. *The Influence of Human Rights on International Law*. Springer, 2015.

THOUVENIN, Jean-Marc. *Après la Libye. Avant la Syrie? L'ingérence. Le problème*. Paris: PUF, 2014.

THIRLWAY, Hugh. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for States without or against their will. *Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de la Haye*, v. 241, IV, 1993.

TRIEPEL, Heinrich. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International. *Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de la Haye*, t. I, p. 77-119, 1923-I.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*. Brasília, FUNAG, 2012. 5 v.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *The access of individuals to international justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Visão Universalista e Humanista do Direito das Gentes: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitória. Prefácio de VITÓRIA, Francisco de. *Relectiones sobre os índios e sobre o poder civil*. Brasília: FUNAG, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Voto separado. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*. Advisory Opinion, ICJ Reports, 2010, p. 403.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento dos recursos internos no Direito Internacional.* Brasília: Editora UNB, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção dos direitos humanos e o Brasil.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.

TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. *A Carta das Nações Unidas uma leitura constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

TURNS, David. The Stimson Doctrine of Non-Recognition: Its Historical Genesis and Influence on Contemporary International Law. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, n. 1, p. 105-143.

UNITED NATIONS. *International Law Commission Yearbook,* 1957, v. II.

UNITED NATIONS. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two.

UNITED NATIONS. *The Work of the International Law Commission*. New York: UN, 2012.

VAÏSSE, Maurice. *Les Relations Internationales depuis 1945*. Paris: Arman Colin, 2012.

VATTEL, Emer de. *The Law of Nations*. Indianapolis: Liberty Fund, 2008.

VAURS-CHAUMETTE, Anne-Laure. The International Community as a Whole. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional*. Domesticando o Rinoceronte. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Madrid: Lege Aguilar, 1974.

VITÓRIA, Francisco de. *Relectiones sobre os índios e sobre o poder civil*. Brasília: FUNAG, 2016.

VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de Iure Belli o Paz Dinámica*. Org. por Luciano Pereña *et al*. Madrid: CSIC 1981.

VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de Potestate Civili:* estudios sobre su filosofia política. Edição crítica por Jesús Cordero Pando. Madrid: CSIC, 2008.

WEIL, Prosper. Le Droit International em quête de son identité. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*.

WEILER, Joseph; CASSESE, Antonio; SPINEDI, Marina. *International Crimes of State*. A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on state Responsibility. New York: Walter de Gruyter, 1989.

WEISS, Thomas; FORSYTHE, David; COATE, Roger; PEASE, Kelly--Kate. *The United Nations and Changing World Politics*. New York: Westview Press, 2014.

WHEATON, Henry. *Commentaire sur les Élements du Droit International et sur l'Histoire des Progrès du Droit des Gens*. Leipzig: Brockhaus, 1868.

WHITE, Nigel D. *The Cuban Embargo under International Law: el bloqueo*. New York: Taylor and Francis Group, 2015.

WITTICH, Stephan. Punitive Damages. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

WYLER, Eric. From 'State crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2003, p. 1147-1160.

YEPES, Rodrigo Uprimny. *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Consejo Superior de la Judicatura, 2008.

Casos

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia 225, 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia 191, 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. El efecto de las

reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinião Consultiva. Série A, n. 2, 1982.

CIDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs* Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

CIDH. Caso Gomes Lund e outros ("guerrilha do Araguaia") *vs* Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Estreito de Corfu. *ICJ Reports*. The Hague: 1949.

CIJ. Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif. *CIJ Recueil* 1949, p. 174.

CIJ. Caso Haya de la Torre, 13 de junho de 1951.

CIJ. Caso Nottebohm, 6 de abril de 1955.

CIJ. Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2 of the Charter). Advisory Opinion of 20 July 1962. *ICJ Reports*. The Hague: 1962.

CIJ. Casos do Sudoeste Africano (Etiópia *vs* África do Sul; Libéria *vs* África do Sul). Objeções Preliminares. *ICJ Reports*. The Hague: 1962.

CIJ. Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia *vs* Thailand), Merits, Judgment of 1.5 June 1962. *ICJ Reports*. The Hague: 1962.

CIJ. Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), arrêt, *CIJ Recueil*, 1969.

CIJ. Casos do Sudoeste Africano (Etiópia *vs* África do Sul; Libéria *vs* África do Sul). Segunda Fase. *ICJ Reports*. The Hague:1966.

CIJ. Barcelona Traction Case. *ICJ Reports*. The Hague: 1970.

CIJ. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). *ICJ Reports*. The Hague: 1971.

CIJ. Nuclear Tests (New Zealand *vs* France), Judgment. *ICJ Reports*. The Hague: 1974.

CIJ. Western Sahara Case. *ICJ Reports*. The Hague: 1975.

CIJ. Caso do pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos no Irã. *ICJ Reports*. The Hague: 1980.

CIJ. Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, Arrêt. *CIJ Recueil*, 1984.

CIJ. Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), Arrêt. *CIJ Recueil*, 1985.

CIJ. Caso Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, de 26 de junho de 1986.

CIJ. Caso relativo ao Timor-Leste (Portugal *vs* Austrália). *ICJ Reports*. The Hague: 1995.

CIJ. Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, *ICJ Reports*. The Hague: 1996.

CIJ. Parecer consultivo sobre a Legalidade do Uso ou da Ameaça de Uso de Armas Nucleares, de 8 de julho de 1996.

CIJ. Oil Platforms Case (Islamic Republic of Iran *vs* United States of America). *ICJ Reports*. The Hague: 1996.

CIJ. Caso Gabcikovo-Nagymaros. *ICJ Reports*. The Hague: 1997.

CIJ. Parecer consultivo sobre a Imunidade de Jurisdição do Relator Especial da Comissão de Direitos Humanos. *ICJ Reports*. The Hague: 1999.

CIJ. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. *ICJ Reports*. The Hague: 2004.

CIJ. Avena e outros nacionais mexicanos (México *vs* EUA). *ICJ Reports*. The Hague: 2004.

CIJ. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo *v.* Uganda). *ICJ Reports*. The Hague: 2005.

CIJ. Advisory opinion on Kosovo. *ICJ Reports*. The Hague: 2010.

CIJ. Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia *vs* Greece). *ICJ Reports*. The Hague: 2011.

CIJ. Caso Imunidades Jurisdicionais dos Estados. (Alemanha *vs* Itália). *ICJ Reports*. The Hague: 2012.

CIJ. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium *vs* Senegal), Judgment. *ICJ Reports*. The Hague: 2012.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Affaire du «Lotus» (França *vs* Turquia). Julgamento n. 9 de 2 agosto de 1926. *Recueil des Arrêts*, Série A, n. 10.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. O *Status* da Carélia Oriental. Opinião Consultiva de 23 de julho de 1923. Série B, n. 5.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Yassin Abdullah Kadi *vs* Council of the European Union and Commission of the European Communities, caso T-315.01, sentence de 21 de setembro de 2005.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation *vs* Council of the European Union and Commission of the European Communities, casos C-402.05 P e C415.05 P, sentença de 3 de setembro de 2008.

ICTY. Prosecutor vs Dusko Tadic, IT-94-1-A-R77.

ICTY. Prosecutor vs Martic. IT-95-11-R61.

ICTY. Prosecutor vs Kupreskic. IT-95-16-T.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Situation in Darfur, Sudan (the prosecutor *vs* Omar Hassan Ahmad al Bashir). Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court. Pre-Trial Chamber II. Decisão de 9 de abril de 2014.

TRIBUNAL ARBRITRAL. Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France. Sentence arbitrale du 9 décembre 1978. *Recueil des Sentences Arbitrales*, v. XVIII, p. 417-493. Nations Unies, 2006.

TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Appeals Chamber. Prosecutor *vs* Tihomir Blaškić ("Lasva Valley"), Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of

the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997. Case No. IT-95-14, 29 October 1997.

Documentos

AMNESTY INTERNATIONAL. *The US embargo against Cuba: its impact on economic and social rights*. London: Amnesty International Publications, 2009.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire de l'Institut de Droit International*. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1931.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Régime des représailles en temps de paix*. Session de Paris, 1934.

INTERAMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *2008 Annual Report, Status of Human Rights in Cuba*, Chapter IV, para 154, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 February 2009.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, Part One, 1971.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*, 1980.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fifth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, v. II, n. 1.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/CN.4/318 and Add.1-4: Eighth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of

the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, v. II, n. 1.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/34/10 Report of the International Law Commission on the work of its Thirty-first session, 14 May – 3 August 1979. *Yearbook of the International Law Commission*, 1979, v. II, n. 2.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/CN.4/330: Preliminary report on the content, forms and degrees of international responsibility (Part 2 of the draft articles on State responsibility), by Mr. William Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, v. II, n. 1.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/CN.4/354 and Add.l and 2. Third report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the Initernational Law Commission*, 1982, v. II, n. 1.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/CN.366 and Add. 1. Fourth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission,* 1983, v. II, n. 1.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/CN.4/380. Fifth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, 1984, v. II, n. 1.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/CN.4/389. Sixth report on the content, forms and degrees of international

responsibility (part 2 of the draft articles); and "Implementation" *(miseen oeuvre)* of international responsibility and the settlement of disputes (part 3 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, 1985, v. II, n. 1.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Document A/CN.4/469 and Add.1-2 Seventh report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law Commission*, 1995, v. II, n. 1.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on state responsibility with commentaries thereto adopted by the international law commission on first reading*. 1997.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session (2000)*. United Nations General Assembly. A/CN.4/513, 15 February 2001.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, v. II, Part Two.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries 2011. *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, v. II, Part Two.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*. Nuremberg: International Military Tribunal.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Resolution 56/83 of 12 December 2001.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Resolution 59/35 of 2 December 2004.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL Resolution 62/61 of 6 December 2007.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Resolution 65/19 of 6 December 2010.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Resolution 68/104 of 16 December 2013.

Formato	**15,5 x 22,5 cm**
Mancha gráfica	**10,9 x 17cm**
Papel	**pólen soft 80g (miolo), cartão supremo 250g (capa)**
Fontes	**AaronBecker 16/22, Warnock Pro 12 (títulos); Chaparral Pro 11,5 (textos)**

“Essa ideia era nada menos que a invenção de um medicamento sublime, um emplasto anti-hipocondríaco, destinado a aliviar a nossa melancólica humanidade”. (Machado de Assis, Memórias Póstumas de Brás Cubas).

No direito internacional do século XXI, um ilícito grave cometido em qualquer lugar do planeta afeta toda a comunidade internacional. Qualquer estado, portanto, tem interesse jurídico no cumprimento das normas que resguardam valores essenciais da comunidade internacional.

Ocorre que, para implementar a justiça universal, tem sido comum a aplicação de medidas de justiça privada. Frequentemente, sanções unilaterais são impostas sob o pretexto de preservar valores coletivos, como direitos humanos e democracia. No mais das vezes, essas sanções são aplicadas por estados não lesados, sem qualquer tipo de controle por parte da comunidade internacional.

Este livro analisa a regulamentação jurídica das sanções unilaterais, em particular, das chamadas contramedidas de terceiros. Essas sanções são impostas sob o manto de uma retórica humanista, com o pretexto de preservar os valores essenciais da comunidade internacional, em benefício da humanidade. Mas a prática é concentrada e seletiva. E a conveniência geopolítica dessas medidas põe em xeque as boas intenções. Como reconheceu Brás Cubas, em suas memórias póstumas:

“A minha ideia trazia duas faces, como as medalhas, uma virada para o público, outra para mim. De um lado, filantropia e lucro; de outro lado, sede de nomeada. Digamos: – amor da glória”.

ISBN 857631761-3
9 788576 317616

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO
www.funag.gov.br