

André de Carvalho Ramos

Procurador da República, Doutor em Direito pela USP (concentração: Direito Internacional, tese aprovada com nota máxima), membro da International Law Association - Seção Brasileira, Professor Adjunto de Direito Internacional da Universidade São Judas Tadeu (SP), Professor do Curso de Mestrado da Universidade Bandeirante, Coordenador, pelo Ministério Público Federal, do Núcleo Estadual de São Paulo da Escola Superior do Ministério Público da União, Conselheiro do Conselho Editorial da Escola Superior do Ministério Público da União, membro do Centro de Estudos de Direito Internacional (CEDI), Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor (BRASILCON), membro do Instituto de Estudos "Direito e Cidadania" (IEDC).

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

*Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis.
Teoria e prática do Direito Internacional*

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo
2004

aborda-se os princípios gerais do conteúdo da responsabilidade internacional. Já o capítulo segundo refere-se às formas de reparação admitidas. O capítulo terceiro estabelece o regime relativo às violações sérias de *normas imperativas* do Direito Internacional.

A terceira parte, contendo 13 artigos, consiste no estabelecimento de um procedimento de *implementação* (*mise en oeuvre*) da responsabilidade internacional do Estado, analisando-se a aplicação de sanções e suas condições de licitude.

Por fim, a quarta parte contém disposições gerais em 5 artigos, que esclarece o uso subsidiário do Direito consuetudinário sobre o tema, bem como a possibilidade de responsabilização individual de um agente público, em paralelo à responsabilização do Estado.

Este livro utiliza-se do projeto da Comissão de Direito Internacional apontando a sua *face de codificação* do Direito costumeiro já vigente e também sua *face de desenvolvimento* do Direito Internacional, rumo a novos parâmetros para a responsabilidade internacional do Estado.⁸⁷

87 Cabe salientar, como já visto, que os exaustivos estudos da Comissão de Direito Internacional são a grande referência sobre o tema da responsabilidade internacional do Estado, conforme atesta a decisão da Corte Internacional de Justiça em caso envolvendo a Hungria e a Eslováquia. Com efeito, em recente caso, a Corte reconheceu o conceito de "estado de necessidade" como excludente da ilicitude tal qual como definido no projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional. Para a Corte, "50. *In the present case, the Parties are in agreement in considering that the existence of a state of necessity must be evaluated in the light of the criteria laid down by the International Law Commission in Article 33 of the Draft Articles on the International Responsibility of States that it adopted on first reading*". Corte Internacional de Justiça, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros project (Hungary/Slovakia)*, julgamento de 25 de setembro de 1997.

Título III

A teoria geral da responsabilidade internacional do Estado

1. A responsabilidade

A evolução histórica do conceito jurídico da responsabilidade revela que o conceito, o fundamento e as consequências da responsabilidade dependem do *grau de coesão social* e da *visão do justo* em cada comunidade humana.

Entendo a responsabilidade jurídica como sendo a imputabilidade a um sujeito de Direito de efeito do ordenamento jurídico, quando sucede determinado acontecimento significando a vulneração da esfera jurídica de outrem, não importando a fonte da imputação de consequências jurídicas e quais as consequências no momento.

O termo "responsabilidade" vem justamente do latim *respondere* e do verbo *respondere*, que nos transmitem o conceito de existência de um *direito a determinada resposta* frente a uma violação da norma jurídica.

Por outro lado, o conceito jurídico de responsabilidade é justificado pela afirmação da própria natureza do ser humano.

Com efeito, para LARENZ, o ser humano tem o direito de ser respeitado enquanto pessoa e não ser prejudicado em sua existência.⁸⁸ Em outras palavras, da aquisição da persona-

88 De fato, cite-se a definição de Larenz para a chamada 'condição

idade defluiu o *direito a ser titular de direitos*, para empregar-mos a expressão de HANNAH ARENDT.⁸⁹

Ora, com isso, podemos dizer que, como resultado desse 'direito a ter direitos', há o direito ao *respeito* dos mesmos.

Assim sendo, a responsabilidade *aparece como um dos elementos do conceito de pessoa*, um fato da vida ao qual o Direito não pode desconsiderar.

De fato, ter responsabilidade significa aceitar sobre si as conseqüências do próprio atuar e responder por elas. Trata-se de um fenômeno básico da existência, que é, indiscutivelmente, um fato apreciável da consciência humana. A pessoa que sabe responsável de sua ação e de suas conseqüências as imputa a si mesma, não as afasta como algo que não lhe afete.⁹⁰

humana'. Para esse autor, "la condición de persona es la cualidad que distingue al hombre sobre todos los demás seres vivientes. Con ello se considera que el hombre, de acuerdo con su peculiar naturaleza y su destino, está constituido para configurar libre y responsablemente su existencia y su entorno en el marco de las posibilidades dadas en cada caso, para proponerse objetivos e imponerse a sí mismo límites en su actuación". Ver in LARENZ, Karl. *Derecho Civil Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, traduzido do original alemão *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª edição, Munique : C.H. Beck'sche, 1975, p. 44

89 Como salienta Celso Lafer, na análise do pensamento de Arendt, "...o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece". LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos — um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia das Letras, 1991, p. 166.

90 Ver in LARENZ, Karl. *Derecho Civil Parte General*. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, traduzido do original alemão *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª edição, Munique, C.H. Beck'sche, 1975, p. 50

Portanto, quando alguém reconhece haver feito injustiça a outra, reconhece também a necessidade de separar do outro as conseqüências por meio da *reparação devida*. Ao mesmo tempo, aquele que sofreu o dano exige a reparação como direito seu, e faz o outro *responsável* porque este é *pessoa*.

Ou, conforme sustenta LARENZ, ter responsabilidade e ser feito responsável é um *privilegio e uma carga da pessoa*.⁹¹

Nesse diapasão, podemos citar PONTES DE MIRANDA, que afirma estar a responsabilidade inserida no *quadro das tentativas de adaptação social pelo homem*.⁹² Dissemos pelo homem porque não necessariamente o objeto da responsabilidade foi o homem, como demonstram as tentativas de imputação de animais e coisas, mas "a *tentativa de submeter os*

91 Ver in LARENZ, Karl. *Derecho Civil Parte General*. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, traduzido do original alemão *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª edição, Munique, C.H. Beck'sche, 1975, p. 50.

92 Para ele, a "expressão 'responsabilidade' é suscetível de várias acepções. Uma delas, peculiar aos adeptos da doutrina do livre arbítrio, repugna à ciência. Outra, mais restrita, refere-se à distinção, aliás bem vaga e imprecisa, entre psicologia normal e patológica; é o critério dos psiquiatras e da antropologia criminal. Outra, finalmente, existe, que é rigorosamente sociológica, e constitui o objeto das nossas cogitações. As espécies sociais de responsabilidade não se confundem com os fatos e limites que interessam à psicologia normal e patológica, ou à antropologia criminal. A responsabilidade resulta de fatos sociais, de relações da vida, porque também ela é fato social, sujeito a tentativas de caracterização e de exame em estado bruto, ou purificado de elementos que o obscureçam. Quando se pune o assassino ou o ladrão, ou a opinião pública se exalta contra o desencaminhador de mulheres, ou a família afasta do seu seio o membro que a desonrou, tais julgamentos de responsabilidade são reflexos individuais, psicológicos, de fato exterior, social, objetivo, que é a relação de responsabilidade." Ver in PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. tomo LIII, 2ª edição, Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1966, p. 3.

animais e as coisas ao expediente adaptativo, que fóra proficua no homem e falhou nos demais seres"⁹³ é humana.

Logo, do próprio conceito de pessoa defluem posições jurídicas aos indivíduos, fundamento da relação jurídica denominada *relação jurídica de respeito*, base de todas as demais, e que vincula todos os membros da comunidade jurídica indistintamente, permitindo a concreção, pacífica e adequada aos seus próprios fins, das outras relações sociais e jurídicas.⁹⁴

A adaptação do homem ao seu mundo é feita através da manutenção do equilíbrio do mesmo em face de seus semelhanças. Serviço e remuneração, dano e prestação do equivalente, crime e pena são *elementos assaz conhecidos* e que, por isso mesmo, dispensam de longas considerações sobre o princípio da equivalência. A responsabilidade atende ao *princípio da equivalência*, que provê esse equilíbrio.⁹⁵

93 Ver in in PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. tomo LIII, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966, p. 8.

94 Segundo Larenz, a relação de respeito mútuo que cada um deve a qualquer outro é a "relação jurídica fundamental", a qual, segundo sua concepção, é a base de toda a convivência em uma comunidade jurídica. Ver in LARENZ, Karl. *Derecho Civil Parte General*, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, traduzido do original alemão *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª edição, Munique: C.H. Beck'sche, 1975, p. 45 e 46.

95 Neste aspecto, concorda De Cupis que afirma "Il remedio del danno esula assolutamente dalla prevenzione quando è pienamente successivo al fatto produttivo dello stesso danno, talché non può valere che a reprimere, a riparare tale danno, ormai non più, ne anche in parte, impedibile". Continua o autor afirmando que "Nell'impossibilità di impedire il danno, lo stesso rimedio consiste nell'imposizione del carico della sua riparazione ad un soggetto — responsabile — diverso dal danneggiato; l'imposizione di tale carico vale a trasferire l'onere del danno dal secondo al primo soggetto, e concreta il fenomeno giuridico della responsabilità civile. (...) La più esatta definizione della responsa-

Em conclusão, o conceito de pessoa inclui a idéia de responsabilidade pelo próprio fazer e não-fazer. A consciência de ser humano implica na *aceitação das conseqüências* de sua conduta, a partir da constatação de uma causa e de seus efeitos.

2. Os fundamentos da responsabilidade

Consideramos que o Direito é composto de três grandes princípios relacionados com a *responsabilidade*. Além do *altrium non laedere*, há também o *honest vivere* e o *suam cuique tribuere*, respectivamente, *não lesar o próximo, viver honestamente e dar a cada um o que é seu*, conforme consagrado nas fórmulas romanas. Esses princípios informam todo o trabalho do legislador, que os concretiza nas normas de responsabilidade.

A responsabilidade deriva da imputação de conseqüências pela incidência de norma jurídica. Assim, a responsabilidade pode ser resumida da seguinte seqüência de elementos: *ocorrência de um suporte fático* (formado sempre pela violação da esfera jurídica de uma pessoa, causada por um fato, ou por um ato atribuíveis a alguém que não a pessoa lesada), o *nexo causal* entre o fato, ou o ato, e o *dano*, e ainda eventualmente a *culpa* na conduta lesiva.

bilità civile è quella che ravvisa in essa la situazione di svantaggio del soggetto su cui l'ordinamento giuridico trasferisce l'onere del danno privato mediante l'imposizione della sua riparazione: tale soggetto (responsabile) subisce, per l'appunto, la reazione giuridica volta a porre il danno a suo carico coll'imposizione della sua riparazione". Ver in CUPIS, Adriano de. *Il Dano*, vol II, 2ª ed., Milano: Dott. Giuffrè Editore, 1970, p. 14 e 15.

Ou seja, a responsabilidade é expressa pela seguinte *causa de elementos*: ocorre um determinado evento danoso provocado por alguém que não a pessoa lesada, e, estando ausente o válido consentimento desta⁹⁶ — ao que pode o ordenamento jurídico exigir a cumulação de mais algum elemento como, por exemplo, a culpa do agente — e, sobre este suporte fático incide uma regra determinadora do dever de reparação, fazendo com que o referido suporte fático entre no mundo jurídico; deste fato jurídico, *exsurge a consequência imputada*, qual seja, o dever de reparação imputado a alguém, não necessariamente ao causador do dano.

Sobre esse suporte fático incide uma determinada regra, variável de acordo com o caso concreto, que daria entrada ao mundo jurídico do suporte fático, após o qual teríamos um fato jurídico. Desse fato jurídico emana uma relação jurídica entre o autor da conduta lesiva e o titular da posição jurídica violada, que tem por objeto a pretensão de reparação ou de indenização deste em face daquele.

A responsabilidade é justamente a *possibilidade de figurar no pólo passivo desta relação jurídica* cujo objeto é a pretensão reparatória ou indenizatória (ou ainda punitiva no caso da responsabilidade criminal).⁹⁷

⁹⁶ Há direitos disponíveis cuja violação pode ser permitida pelo titular ou por quem tenha o poder de disposição sobre ele e que, neste caso, não ensejam responsabilidade os atos de violação.

⁹⁷ Na magistral lição de Andreas von Tuhr: "junto con la palabra obligación, en nuestro lenguaje jurídico se encuentra la palabra responsabilidad"; los autores se avienen en que las dos expresiones pueden y deben emplearse para expresar conceptos distintos; pero el criterio de distinción es objeto de acaloradas disputas. Los términos de la discusión se complican en alto grado por confundirse consideraciones históricas con concepciones dogmáticas, lo que produce efectos perjudiciales en ambos campos (...). La palabra responsabilidad puede y deber emplearse

O fenômeno da responsabilidade, no caso concreto, é definido como a *relação jurídica entre duas partes, aquele que foi lesado (ou o titular da pretensão ao ressarcimento do dano, pois podemos pensar numa cessão da pretensão reparatória) e aquele que deve reparar o dano* (não necessariamente aquele que provocou o dano) pois adota-se a concepção germinática que distingue dever jurídico de abstenção da conduta causadora de danos à outrem e responsabilidade (*Schuld e Haftung*).⁹⁸

técnicamente, porque necesitamos una designación breve para indicar la situación jurídica del patrimonio del deudor expuesto a la aprehensión del acreedor, y la palabra responsabilidad, en este sentido, no puede sustituirse por ninguna otra expresión de nuestro lenguaje jurídico". Ver in TUHR, A. *Derecho Civil, trad. do original alemão Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* por Tio Rauá, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946, pp. 138 — 141.

⁹⁸ Segundo Pietro Penningieri "...la responsabilidad, in modo del tutto astratto e generale, può essere definita come 'la posizione creata ad un soggetto dalla necessità giuridica di subire la perdita di un bene a titolo di sanzione (riparazione o pena) in dipendenza di un evento determinato e massime in ragione di un torto messo a suo carico" No Código Civil italiano a relação obrigacional engendrada por manifestações de vontade é regrada nos livros IV e V, enquanto a responsabilidade patrimonial foi disposta no Livro VI, respeitante à tutela dos direitos. "Tale collocazione sembra tracciare una separazione tra obbligazione e responsabilità, configurate appunto quali situazione autonome, pur relegando quest'ultima in funzione strumentale di quella, una strumentalità risulante anche dalla lettera dell'art. in esame: il debitore 'risponde' dell'adempimento delle obbligazioni. La responsabilità patrimoniale è dunque strumento di tutela del diritto del creditore e, precisamente, lo strumento del quale egli può valersi in caso di mancato spontaneo adempimento da parte del debitore. In quanto strumento per la realizzazione coattiva del diritto, non è elemento intrinseco del rapporto obbligatorio, ma estrinseco e può essere considerata, da punto di vista funzionale, quale una delle sanzioni per l'inadempimento dell'obbligazione". Ver PERLINGIERI,

Não é o dever jurídico de abstenção de conduta causadora de danos à outrem que consubstancia a responsabilidade. A responsabilidade, pelo contrário, é a *titularidade passiva da preensão reparatória ou indenizatória que, como conteúdo de uma relação jurídica* (de Direito Internacional, de Direito das Obrigações, ou de Direito Administrativo, ou de Direito Constitucional, conforme a topologia da regra incidente) é *diretamente decorrente de uma norma* (com o qual ressaltamos que somente normas, escritas ou não-escritas, podem atribuir posições jurídicas).

Cumpre assinalar que tal relação jurídica é informada e conformada pelas regras jurídicas sobre o caso (*v.g.*, o da responsabilidade por culpa ou objetiva) e que, por sua vez, são projeções de princípios mais abstratos, já resumidos, como sendo o *honest vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

A responsabilidade, na ótica do direito objetivo, aparece como a *feição essencialmente garantidora da ordem jurídica*. A imputação do dever de indenizar quando houver causado dano a outrem importa em atribuir conseqüências desfavorá-

Pietro. *Codice Civile* — *Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. vol VI, Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 229 e p. 230. Luis Díez-Picazo e Antonio Gullon apresentam ponto de vista distinto quanto à relação entre débito e responsabilidade. Para eles: "*Deuda y responsabilidad son dos ingredientes institucionales del fenómeno de la obligación, que no constituyen relaciones jurídicas autonomas y distintas. La responsabilidad sólo encuentra su justificación através de la idea previa de deber jurídico. Se es responsable porque se debe o se ha debido algo. No existe responsabilidad sin previo deber, y un deber que quiera ser calificado como jurídico, constitui bajo una y otra forma un caso de responsabilidad*". DíEZ-PICAZO, Luis e GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. vol. 2, Madrid : Editorial Tecnos, 1978, p. 90.

veis àquele que desatendeu a um prévio dever de não-vulneração da esfera jurídica alheia.⁹⁹

A existência desse dever universal de "não violação" da esfera jurídica alheia, sobre o qual pende a hipótese da sanção, exerce uma função protetora dos interesses de todos, possuindo também uma *feição de garantia* dos bens jurídicos.

No caso do Direito Internacional, a responsabilidade é uma *garantia da ordem jurídica* como um todo, *já que possibilita a manutenção do equilíbrio e da equivalência* entre os Estados-membros da comunidade internacional, o que, de resto, mantém possível a cooperação em um mundo de Estados interdependentes.¹⁰⁰

99 Carlos Alberto da Mota Pinto expõe que "*Quando a lei impõe ao autor de certos fatos ou ao beneficiário de certa actividade a obrigação de reparar os danos causados a outrem, por esses factos ou por essa actividade, depara-se-nos a figura da responsabilidade civil. A responsabilidade civil actua, portanto, através do surgimento da obrigação de indemnização. Esta tem precisamente em vista tornar indenne, isto é, sem dano o lesado; visa colocar a vítima em situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.*" *A responsabilidade civil consiste, por conseguinte, na necessidade imposta pela lei a quem causa prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão*". MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 3a. ed., Coimbra : Coimbra Editora, 1996, p.114.

100 De fato, essa interdependência é empiricamente constatada no atual momento da história da humanidade, no qual os recursos escassos levam necessariamente à cooperação entre os povos da Terra. Segundo Pierre-Marie Dupuy, "*...les notions d'obligations réciproques et de droit partagés, loin de s'affaiblir, prennent plus de poids dans un monde désormais clos, où les nations sont condamnées à la coopération sinon toujours à la solidarité, du fait de leurs inexorable interdépendance*". Ver in DUPUY, Pierre-Marie. "La responsabilité internationale des Etats", 188 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1984), p.110.

3. O conceito de responsabilidade internacional¹⁰¹

A responsabilidade internacional do Estado é um conceito que já foi qualificado por diversos autores¹⁰² como sendo uma obrigação jurídica, situação jurídica e uma instituição pela qual o Direito Internacional estabelece as consequências da violação de suas normas.¹⁰³

101 Sobre o tema da responsabilidade internacional do Estado, a literatura internacional é vasta. Ver, entre outros, BROWNLIE, Ian. *System of the Law of Nations — State Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1983. ANZILOTTI, D., "La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers", 13 *Revue Générale de Droit International Public* (1906), p. 5-29 e 285-309. FAGLETON, C., *The responsibility of States in International Law*. New York: The New York University Press, 1928. SIMMA, Bruno e SPINEDI, Marina (edits.). *United Nations Codifications of State Responsibility*. New York/London/Rome: Oceana Publications Inc., 1987. Ver ZEMANEK, Karl. "La responsabilité des États pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites" in ZEMANEK, Karl e SALMON, Jean. *La responsabilité Internationale*. Paris: Ed. Pedone Paris, 1987, pp. 1-87. PIERNAS, Carlos Jimenez (org.). *La responsabilidad internacional: aspectos de derecho internacional público y derecho internacional: aspectos de derecho internacional Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales — 1989*. Alicante, 1990.

102 Entre os pioneiros na delimitação do conceito de responsabilidade internacional do Estado devemos citar Hugo Grócio, que em sua obra *Jure belli ac pacis* (1625), elaborou considerações sobre o ressarcimento do dano por ato injusto de Estado. Entretanto, o primeiro exame dos princípios da responsabilidade internacional do Estado coube a A.G. Heffter, que sistematizou o estudo do tema pela primeira vez em 1840. Confeir in BROWNLIE, Ian. *System of the Law of Nations — State Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p.7.

103 Para Badervant, em seu clássico Dicionário de Direito Internacional, a responsabilidade consiste em um elo de "rattachement, tant poli-

De fato, nas relações internacionais, assim como no Direito interno, a invasão da esfera juridicamente protegida de um sujeito do Direito Internacional por outro acarreta a responsabilização do último.¹⁰⁴

A responsabilidade é característica essencial de um sistema jurídico, como pretende ser o sistema internacional de regras de conduta¹⁰⁵, tendo seu fundamento de Direito Internacional no princípio da igualdade soberana entre os Estados.¹⁰⁶

tique que juridique, à un Etat de l'initiative et des conséquences' de um comportamento adotado. Ver in BADESVANT, Jules. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*. Paris: Sirey, 1960, p. 540.

104 Segundo Brownlie, "In international relations, as in other social relations, the invasion of the legal interest of one subject of the law by another legal person creates responsibility in various form". BROWNLIE, Ian. *System of the Law of Nations — State Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 1

105 Para Combacau e Sur, "Tous les systèmes de droit comportent plus ou moins élaborés des mécanismes organisant la responsabilité de leurs sujets... La responsabilité, en droit international comme ailleurs, consiste dans la mise à la charge d'un sujet d'une obligation de réparer les conséquences d'un dommage dont, pour une raison ou une autre, il a répondu". Ver in COMBACAU, Jean e SUR, Serge. *Droit International*. 2.ª ed., Paris: Ed. Montchrestien, 1995, p. 527. Neste diapasão, o professor mexicano Alonso Gomes-Robledo Verdugo afirma que "de la afirmación de se entonce el derecho internacional para ser calificado estrictamente de tal, deberá vincularsele a su comisión una medida coercitiva o acto coactivo como reacción a la conducta antijurídica." Ver in VERDUZO, Alonso Gomes-Robledo. *Temas selectos de derecho internacional*, Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma, 1994, p. 283.

106 Ou segundo Dupuy, "C'est précisément parce que tous jouissent formellement d'une égale souveraineté que chacun a le droit de demander à l'autre de "répondre" de ses actes, c'est-à-dire d'être responsable". Ver in DUPUY, Pierre-Marie. "La responsabilité internationale des États", 188 *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye* (1984), p.109.

De fato, salienta IRINEU STRENGER que "todas as relações entre Estados nascem do fato inicial de seu reconhecimento mútuo. Reconhecendo-se mutuamente como soberanos, os Estados se reconhecem como juridicamente iguais no exercício de todas prerrogativas inerentes a esta soberania: as relações futuras que derivarão desse reconhecimento se apoiarão sobre a base de uma perfeita reciprocidade de direitos e deveres. A responsabilidade dos Estados é, pois, na ordem internacional o corolário obrigatório de sua igualdade."¹⁰⁷

A igualdade entre os Estados, então, é pressuposto lógico da responsabilidade internacional, pois um Estado não pode reivindicar para si uma condição jurídica que não reconhece para outro Estado. A universalidade do Direito Internacional é oriunda da aceitação do instituto da responsabilidade internacional do Estado, como bem apontou COHN, em clássico estudo sobre o tema.¹⁰⁸

107 Ver in STRENGER, Iineu. *Responsabilidade do dano em Direito Internacional Privado*, São Paulo: RT, 1973. No mesmo sentido, ensina Shaw que a responsabilidade internacional é um princípio fundamental do Direito Internacional, oriundo diretamente do princípio da igualdade soberana dos Estados. Para o professor, "State Responsibility is a fundamental principle of international law, arising out of the nature of the international legal system and the doctrines of state sovereignty and equality of states. It provides that whenever one state commits an internationally unlawful act against another state, international responsibility is established between the two. A breach of an international obligation gives rise to a requirement for reparation. Ver in SHAW, Malcolm. *International Law*. 3ª ed., Cambridge: Grotius Publications, Cambridge University Press, 1995, p. 481.

108 Para Cohn, "Un Etat ne peut pas avoir le droit d'accomplir envers d'autres un acte qu'il ne veut pas tolérer de leur part. Ce fait implique un élément purement logique, qui peut être très utile pour la constatation de la responsabilité internationale". Ver in COHN, M. G.. "La Théorie de la Responsabilité Internationale", 68 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Internationale de La Haye* (1939), p. 270.

A responsabilidade internacional do Estado é, de regra, apresentada como sendo uma obrigação internacional de reparação em face de violação prévia de norma internacional.¹⁰⁹ Nesse sentido, a responsabilidade internacional é uma verdadeira obrigação de reparar os danos oriundos de violação de norma do Direito Internacional.

Aponta JIMENEZ DE ARÉCHAGA que essa obrigação é uma consequência imediata e automática da violação de um dever internacional.¹¹⁰ No mesmo diapasão posiciona-se REUTER, que aponta que a responsabilidade internacional aparece sob a forma de obrigação de reparação de toda violação de direito cometida por um Estado em face de outro.¹¹¹

Para SCILLE, ACCIOLY, entre outros, a responsabilidade internacional do Estado é uma situação jurídica criada pelo fato internacionalmente ilícito imputado a um sujeito de Direito Internacional.¹¹²

109 É o que expõe Combacau, afirmando que "La responsabilité, en droit international, comme ailleurs, consiste dans la mise à la charge d'un sujet d'une obligation de réparer les conséquences d'un dommage". COMBACAU, Jean e SUR, Serge. *Droit International Public*. 2ª ed., Paris: Montchrestien, 1995, p. 673.

110 Ver in JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. "Responsabilidad Internacional", in SORENSEN, Max (org.), *Manual de Derecho Internacional Publico*, Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1992, pp. 507-568.

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

112 Entre os autores desta corrente, cite-se George Scelle. Le Fur, Stern e no cenário nacional Accioly. Neste diapasão, Stern afirma que a responsabilidade internacional é "la situation juridique résultant de l'imputation d'un fait internationalement illicite à un sujet de droit international". BOLLECKER-STERN, Brigitte. *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris: Pédone, 1973, p. 10.

Por seu turno, para AGO, a responsabilidade internacional do Estado vem a ser a situação de um sujeito de Direito Internacional em face do qual outro sujeito de Direito Internacional tem o direito à reparação ou o direito a impor uma sanção.¹¹³

Além disso, outros autores, como ROUSSEAU, vêem a responsabilidade internacional do Estado como uma instituição jurídica em virtude da qual o Estado infrator deve reparação ao Estado lesado.¹¹⁴

O projeto de convenção internacional sobre a responsabilidade internacional do Estado da ONU, por sua vez, não se preocupa com definições doutrinárias. Pelo contrário, a Comissão de Direito Internacional preferiu não definir o conceito da responsabilidade internacional do Estado em seu projeto de convenção internacional, optando pela determinação do seu nascimento e de suas consequências.

Assim, estipula o artigo n° 1 do projeto de Convenção sobre responsabilidade internacional da Comissão de Direito Internacional da ONU, que todo fato internacionalmente ilícito do Estado acarreta a responsabilidade internacional do mesmo.¹¹⁵ Portanto, a Comissão preferiu resumir a essência

Para Accioly, por seu turno, "La responsabilité internationale est une situation juridique ayant pour base le principe bien connu d'après lequel dans la Communauté des Nations, comme dans la société civile, tous les Membres de la Communauté, dans leurs rapports réciproques, doivent observer des règles de justice et respecter leurs engagements." Ver in ACCIOLY, Hildebrando. "Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence", 96 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1959), p. 353.

¹¹³ Ver o clássico estudo de Ago, obra de referência na matéria, in AGO, Roberto. "Le délit international", 68 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1939), p. 426.

¹¹⁴ Ver in ROUSSEAU, Charles. *Droit International*, 10^a ed., Paris: Dalloz, 1984.

da responsabilidade internacional do Estado através da determinação do seu nascimento, de seus elementos e de suas consequências. Nascida a responsabilidade, passa o projeto a definir seus elementos e seu conteúdo.

A jurisprudência internacional, por seu turno, considerou a responsabilidade internacional do Estado como sendo um princípio geral do Direito Internacional.¹¹⁶ O princípio pelo qual qualquer conduta do Estado que caracterize um fato internacionalmente ilícito acarreta a responsabilidade internacional do citado Estado, é um dos princípios mais enfatizados pela prática dos Estados e pelas decisões judiciais.

De fato, a responsabilidade do Estado consolidou-se no Direito Internacional graças a uma série de casos internacionais que atestou a existência de um princípio de Direito Internacional reconhecido pelos Estados de responsabilização e reparação de fatos internacionalmente ilícitos.¹¹⁷

No caso dos bens britânicos no Marrocos, estabeleceu-se que a responsabilidade internacional é a "consequência do Direito", consistindo na obrigação de reparar o dano causado.¹¹⁸

¹¹⁵ No original em inglês: Art. 1.º "Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State".

¹¹⁶ Por "Princípio Geral do Direito Internacional" entende-se um enunciado, implícito ou explícito, que reúne disposições fundamentais do Direito Internacional. Sobre princípios e sua aplicação no ordenamento jurídico internacional, ver o curso clássico da Academia de Haja de MOLIN, Henry. "Les principes de droit international public", 77 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1950), pp. 5-301.

¹¹⁷ Conferir in ZEMANIEK, Karl. *La responsabilité des états pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites*. Paris: Pedone, 1987.

¹¹⁸ No caso dos bens britânicos no Marrocos espanhol, afirmou o árbitro Max Huber que "la responsabilité internationale est le corollaire

Já no caso do S.S. "Wimbledon", firmou a então Corte Permanente de Justiça Internacional ser um *princípio de Direito Internacional* que qualquer descumprimento de uma obrigação internacional gera a obrigação de efetuar reparação.¹¹⁹

A Corte Permanente de Justiça Internacional *consagrou* esse princípio na análise dos fatos envolvendo a *Fábrica de Chorzów*, estabelecendo o dever, com base no Direito Internacional, do Estado infrator de eliminar todos os danos causados. Com efeito, em uma série de julgamentos, a Corte Permanente de Justiça Internacional interpretou a Convenção relativa à Alta Silésia concluída entre a Alemanha e a Polónia, sob o patrocínio da Liga das Nações e assinada em 1922, ainda sob o signo da rendição incondicionada do *Reich* na 1.ª Guerra Mundial. Nesses casos, abordou-se o direito da Polónia de expropriar propriedades (entre as quais, a fábrica de nitrato localizada em Chorzów) de alemães no novo território poloneses, com base no mencionado Tratado internacional. A Polónia foi condenada a reparar os danos causados, por ter agido contra os dispositivos da Convenção. Como assinalou a Corte Permanente de Justiça Internacional, o Estado deve, *na máxima extensão possível, eliminar todas as consequências de um ato ilegal e reestabelecer a situação que existiria, com toda*

nécessaire du droit... La responsabilité entraîne comme conséquence l'obligation d'accorder une réparation... "Ver *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, in *Recueil des Sentences Arbitrales*, publicação da Organização das Nações Unidas, vol. II, p. 641. E também EISEMAN, Michel e COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent. *Répertoire de la Jurisprudence arbitrale internationale*, Dordrecht : Martinus Nijhoff, Tomo II, nº 2357, pp. 421-422.

¹¹⁹ Ver in Corte Permanente de Justiça Internacional, *Caso S.S. Wimbledon*, P.C.I.J. Series A, nº 1, 1923, p.15.

*probabilidade, caso o citado ato não houvesse sido realizado.*¹²⁰

Já em 1938, a Corte deliberou que, quando um Estado descumpre obrigação internacional em face de outro Estado, a responsabilidade internacional é estabelecida imediatamente entre os dois Estados.¹²¹

A Corte Internacional de Justiça, por seu turno, faz menção ao princípio da responsabilidade internacional do Estado no caso do *Estreito de Corfu*¹²², no parecer consultivo de 1949¹²³ (Reparação por danos sofridos à serviço da Organização das Nações Unidas) e também em seu parecer consultivo de 1950 sobre a interpretação dos tratados de paz com a Búlgária, Hungria e Romênia, no qual foi estabelecido que *a recusa ao cumprimento de uma obrigação convencional gera a responsabilidade internacional do Estado.*¹²⁴

¹²⁰ No original da decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional, o Estado deve "as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed". Corte Permanente de Justiça Internacional, *Case concerning the factory at Chorzów* (Jurisdiction), sentença de 26 de julho de 1927, P.C.I.J. Series A nº 9, p. 21 e Corte Permanente de Justiça Internacional, *Case concerning the factory at Chorzów*, (Merits), julgamento de 13 de Setembro de 1928, P.C.I.J. Series A, nº 17, p. 29.

¹²¹ Para a Corte, a responsabilidade internacional do Estado era estabelecida "immediately as between the two States". Corte Permanente de Justiça Internacional, *Phosphates in Morocco case* (Preliminary Objections), sentença de 14 de junho de 1938, P.C.I.J. Series A/B, nº 74, 1938, p. 28.

¹²² Corte Internacional de Justiça, *Corfu Channel case* (Merits), sentença de 9 de abril de 1949, ICI Reports 1949, p. 23.

¹²³ Corte Internacional de Justiça, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Parecer Consultivo de 11 de abril de 1949, ICI Reports 1949, p. 184.

¹²⁴ Segundo a Corte, um "refusal to fulfill a treaty obligation involves

Observadas essas definições doutrinárias e jurisprudenciais, adotamos a posição conciliatória de COTTEREAU, que aceita ser a responsabilidade internacional do Estado tanto situação jurídica, obrigação, instituição ou mesmo princípio geral do Direito Internacional.

Em essência, a responsabilidade internacional do Estado é uma *reação jurídica*, qualificada como sendo *instituição, princípio geral de direito, obrigação jurídica ou mesmo situação jurídica* pela doutrina e jurisprudência, na qual o Direito Internacional justamente reage às violações de suas normas, exigindo a preservação da ordem jurídica vigente.¹²⁵

4. A responsabilidade internacional do Estado como obrigação secundária

As normas primárias contêm *obrigações de Direito Internacional cujo descumprimento enseja a responsabilidade internacional do Estado*. Já as normas secundárias são regras abstratas que têm por objeto determinar se houve violação de

international responsibility". Corte Internacional de Justiça, *Interpretation of peace treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase)*, Parecer Consultivo de 18 de julho de 1950, ICJ Reports 1950, p. 228.

125 Salienta Gilles Cottereau, que a "La responsabilité est une réaction juridique qualifiée suivant les auteurs d'institution de situation — ou d'obligation — et parfois une combinaison des trois — au travers de laquelle le système juridique maintient à l'intérieur de la sphère du droit les comportements substantiels qui contredisent la règle. Ver in COTTEREAU, Gilles. "Système juridique et la notion de responsabilité", Société Française pour le Droit International (organizador), Colloque du Mans, *La Responsabilité Dans Le Système International*, Paris : Editions A. Pedone, 1991, p. 3

norma primária e quais suas consequências, independentemente do conteúdo da norma violada.¹²⁶

As normas primárias de Direito Internacional representam as regras de conduta, que se violadas, fazem nascer as obrigações secundárias. As normas primárias contêm regras de conduta impostas aos Estados e as secundárias visam *determinar quando se dá o descumprimento da obrigação internacional e as consequências desse descumprimento*.

São consideradas como obrigações secundárias as regras relativas à *determinação, implementação e execução* da responsabilidade internacional do Estado.¹²⁷

O sentido final da obrigação secundária é o de substituir a obrigação primária, o que pode ser feito com o retorno ao *status quo ante*, com a reparação de todos os danos causados e ainda com a aplicação de pena de desestímulo ao Estado infrator.

A distinção entre obrigação primária e secundária é *peça-chave* no projeto da Comissão de Direito Internacional sobre

126 Ver in WELLENS, K.C., "Diversity in secondary rules and the unity of International Law: some reflections on current trends", XXV Netherlands Yearbook of International Law (1994), pp. 3-37. PIERNAS, Carlos Jimenez. "El particular ante el Derecho de la responsabilidad" in Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1987, Vitoria-Gasteiz: Serviço Editorial Universidad del País Vasco, 1987, p. 73. Confira ainda HART, Herbert L.A. O conceito de direito. 2ª ed, Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa : Fundação C. Gulbenkian, 1994, p. 89 e seguintes.

127 Como assinalou Hoogh, "primary rules of international law will be taken to mean substantive rules of international law, and the secondary rules will be taken to mean those rules which involve the determination, implementation and enforcement of the international responsibility of States". Ver in HOOGH, André de. *Obligations Erga Omnes and International Crime*. The Hague/London/Boston : Kluwer Law International, 1996, p. 70.

responsabilidade internacional do Estado e foi introduzido pelo segundo relator do projeto, ROBERTO AGO, que consagrou o princípio "*toute la responsabilité, rien que la responsabilité*". A premissa para tal separação é a possibilidade de se *extraire regras gerais* de responsabilidade internacional *utlizáveis* em todos os ramos do Direito Internacional, inclusive, no que interessa a este livro, para proteção internacional dos direitos humanos.¹²⁸

Por outro lado, essa separação entre regras materiais e regras de responsabilidade tornou-se parte integrante dos trabalhos da Comissão, levando o projeto para um *approach* abstrato e dogmático.

Sendo assim, somente as regras secundárias são objeto de análise por parte da Comissão de Direito Internacional no projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado. A responsabilidade internacional do Estado é, então, um *conceito procedimental* por excelência, sendo que o conteúdo das regras internacionais violadas pertence a um direito substantivo, formador das chamadas "obrigações primárias".

Tais obrigações primárias não são objeto de estudo por parte dos estudiosos da responsabilidade internacional do Estado. Pelo contrário, elas são normalmente ignoradas e citadas apenas como introdução do conceito de responsabilidade internacional e suas conseqüências jurídicas.

Portanto, a construção jurídica da responsabilidade internacional do Estado por parte da Comissão de Direito Internacional revela uma preferência pelo lado formal do instituto.

128 Sobre o tema, ver COMBACAU, J. e ALLAND, D., "Primary and 'Secondary' rules in the law of State Responsibility: categorizing international obligations", in XVI *Netherlands Yearbook of International Law* (1985), pp. 81-107.

Essa preferência tem uma inegável vantagem, que é o tratamento uniforme de várias questões comuns da responsabilidade internacional do Estado por violações de normas primárias, permitindo a discussão em abstrato das conseqüências de uma violação, sem que o conteúdo da norma primária seja também discutido. Assim, os Estados podem chegar a um consenso sobre as regras de responsabilização por fatos ilícitos, sem que necessariamente tenham que acordar sobre o conteúdo desta ou daquela norma primária.¹²⁹

A distinção entre regras primárias e regras secundárias da Comissão, ainda, é elogiável no campo da proteção internacional de direitos humanos, pois permite esclarecer que a responsabilidade internacional do Estado emerge a partir do momento do ilícito (ação ou omissão) internacional, surgindo, então, uma obrigação internacional de reparar os danos causados, como veremos.¹³⁰

129 Como bem definiu o relatório sobre o tema da responsabilidade internacional do Estado apresentado em 1973 pela Comissão de Direito Internacional, "... *that is one thing to define a rule and the obligation it imposes, and another to determine whether there has been a breach of that obligation and what should be the consequences of the breach. Only the second aspect comes within the sphere of responsibility proper; to encourage any confusion on this point would be to raise an obstacle which might once again frustrate any hope of successful codification. That is clear from past experience.*" Ver in *Yearbook of the International Law Commission* — 1973, "Report of the Commission to the General Assembly, Chapter II — State Responsibility", New York: United Nations, 1975, p. 170.

130 Como ensina Antonio Augusto Cançado Trindade, em voto conconcorrente da Corte Internacional de Directos Humanos, "*Hoy se reconoce como una contribución — un elemento aclarador — de la prolongada labor, todavia inacabada, de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad del Estado (en particular de su parte I), la distinción adoptada entre reglas primarias*

Outra vantagem desse enfoque é *consagrar* o avanço do tema da responsabilidade internacional do Estado em todos os campos do Direito Internacional, evitando-se que um determinado conjunto de normas primárias seja privilegiado com a codificação de normas próprias de responsabilização do Estado.

Duas críticas a esse enfoque merecem análise. A primeira afirma que foi criado um *modelo rígido e artificial*, incapaz de ser utilizado em todos os tipos de violações de normas internacionais. A segunda crítica sustenta que tal abordagem teria transformado o projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional em um texto *tão ambicioso*, exigindo tamanho estudo e cautela por parte dos Estados, que tornaria quase impossível sua aprovação.¹³¹

del derecho internacional, las que imponen obligaciones específicas a los Estados, y reglas secundarias del derecho internacional, las que determinan las consecuencias jurídicas del incumplimiento estatal de las obligaciones establecidas por las reglas primarias. Esta distinción contribuye a aclarar que la responsabilidad estatal se compromete a partir del momento del ilícito (facto u omisión) internacional, surgiendo de ahí una obligación subsidiaria de hacer cesar las consecuencias de la violación (lo que puede significar, en las circunstancias de un caso concreto, v.g., modificar una ley nacional) y reparar los daños". Ver in Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Última Tentación de Cristo*, Voto concorrente do Juiz Cançado Trindade, Sentença de Mérito de 5 de fevereiro de 2001, Série C, nº 73, parágrafo 24.

131 Sustenta Gattini que "On connaît également les critiques, formulées principalement du côté anglo-américain, contre le choix de la Commission de codifier exclusivement les normes secondaires, c'est-à-dire les normes qui régissent les conditions d'existence du délit et ses conséquences. D'une part, le côté très abstrait du projet de codification empêche que l'on prenne en considération les thèmes classiques de la responsabilité des États en matière de traitement de étrangers. D'autre part, le corset dogmatique imposé par la Commission empêche cette matière

Em face dessas críticas, podemos ver, em primeiro lugar, que realmente é *impossível* a construção de um modelo único de responsabilidade internacional do Estado para abarcar todo e qualquer tipo de violação de norma internacional.

Entretanto, mesmo a Comissão de Direito Internacional não almejou tanto. Como veremos, adotou-se uma posição realista, fazendo-se concessões e modificações no regime geral da responsabilidade internacional do Estado em face de normas primárias consideradas essenciais para a comunidade internacional.

Aceita-se, por exemplo, que as violações de direitos humanos sejam tratadas segundo as regras gerais da responsabilidade internacional do Estado *acrescidas* de regras específicas, adequadas a atenção especial depositada pela comunidade internacional à proteção de direitos humanos.¹³²

Cite-se, nesse sentido, as regras concernentes à reparação e às sanções unilaterais (parte segunda do projeto da Comissão de Direito Internacional), que *realçam a influência das diversas espécies* de normas primárias na diferenciação dos diversos tipos de reparação e na autorização ou não de sanções.¹³³

intarissable qu'est la responsabilité de États de se libérer d'un modèle rigide et artificiel." Ver em GATTINI, Andrea. "La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale", in *3 European Journal of International Law* (1992), p. 256.

132 Ver in AGUIAR, Asdrúbal. *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericanos, 1997, p. 176.

133 A reparação está mencionada na parte II do projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional. Ver ANNACKER, Claudia. "Part two fo the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility", *37 German Yearbook of International Law* (1994), pp. 206-253.

RIPHAGEN, relator do projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional da Comissão de Direito Internacional durante parte da década de 80, considera ser possível a manutenção da diferenciação conceptual entre as normas primárias e as normas secundárias, ao mesmo tempo em que se aceita a influência de normas primárias no estabelecimento de diferentes normas secundárias.¹³⁴

Logo, a possibilidade da construção de um arcabouço teórico de responsabilidade internacional do Estado absolutamente desconectado das regras primárias deve ser evitada, mas esta não foi a intenção de AGO, RIPHAGEN e outros doutrinadores que advogaram a separação entre as normas primárias e secundárias.

Assim, o projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional levou em consideração as diferenças entre as normas primárias, que acarretam importantes modificações no regramento jurídico das normas secundárias.

Em relação à segunda crítica, que aponta a dificuldade em se conseguir a adesão dos Estados — em virtude do caráter genérico desse enfoque — consideramos-na *infundada*. O tema da responsabilidade internacional do Estado é polémico *por si só*, justamente por tratar de conseqüências de uma conduta tida como reprovável do próprio Estado, e tal dificuldade existiria qualquer que fosse o enfoque adotado.

O fato é que a concentração de esforços na elaboração de regras secundárias gerais permitiu a elaboração do projeto de

convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional em 1996 e finalmente, a aprovação final do projeto de 2001, o que demonstra, no mínimo, que a abordagem proposta por AGO e seus seguidores obteve seus frutos.

5. As novas relações jurídicas advindas do descumprimento de obrigação internacional

A responsabilidade internacional visa superar o conflito existente entre condutas contraditórias de um Estado (a aceitação de determinada obrigação e depois seu descumprimento), engendrando o nascimento, por seu turno, de *novas relações jurídicas*.

Neste ponto, a doutrina divide-se em três correntes.

A corrente clássica ou unitária defende ser a responsabilidade internacional do Estado subsumida em uma única nova relação jurídica entre Estado infrator e o Estado lesado, relação esta de cunho reparatório. A obrigação secundária, então, nascida do descumprimento de obrigação internacional dita primária, *encerra uma única relação jurídica de reparação dos danos porventura causados*.

Essa corrente, defendida por autores clássicos, afirma que a responsabilidade internacional do Estado é a obrigação secundária de reparar o inadimplemento de anterior obrigação internacional.¹³⁵ É uma nova relação jurídica entre o Estado

¹³⁴ Para o ex-relator: "Indeed, the manner in which the 'primary rules' are established and the different functions of those 'primary rules' cannot but influence both the various contents of 'state responsibility' and the modalities of its implementation". Ver RIPHAGEN, Willem. "Second Report on State Responsibility", *Yearbook of the International Law Commission* — 1981, vol II, Part. 1, p. 82.

¹³⁵ Como afirma Accioly, "La conséquence de la violation de ceux-ci ou de celles-là — comme nous le verrons — sera, pour la personne internationale à laquelle un tel acte doit être imputé, l'obligation bien justifiée de réparer la faute commise ou le préjudice causé." Ver in ACCIOLY, Hildebrando. "Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence", 96 *Recueil des*

autor do fato internacionalmente ilícito e o Estado-vítima da ofensa.

Assim, o conteúdo do instituto da responsabilidade internacional do Estado é a reparação do dano causado. Outras medidas ditas coercitivas ou sancionatórias *não seriam consideradas integrantes* do Direito da Responsabilidade Internacional.

Uma segunda corrente, a chamada corrente sancionatória, defendida por KELSEN, vê a ordem jurídica como uma ordem de coerção. O Estado lesado está autorizado pelo Direito Internacional a utilizar medidas de coerção contra o Estado infrator para que este cumpra a obrigação violada.¹³⁶

A terceira corrente, a corrente mista ou eclética, defendida por AGO perante a Comissão de Direito Internacional e incorporada ao projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado, faz uma síntese das duas primeiras. Para esta corrente, a violação de obrigação internacional faz nascer, de acordo com essa concepção, *mas de uma nova relação jurídica*. Essas novas relações jurídicas poderiam ter cunho reparatório, coercitivo e mesmo punitivo.

Sendo assim, o Estado lesado pode exigir reparação, realizar medidas de coerção para obter reparação ou pode infligir puni-

Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (1959), p. 353.

¹³⁶ Para Kelsen, então, "En opposition à la théorie traditionnelle il est ainsi permis d'admettre que le droit international général n'impose pas à un Etat l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé et qu'il n'impose pas non plus à l'Etat lésé l'obligation de chercher à obtenir réparation avant de recourir à des représailles ou la guerre de la part de l'Etat lésé, c'est-à-dire, comme nous le verrons, des actions qui sont les sanctions du droit international". KELSEN, Hans. "Théorie du Droit International Public", 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953), p. 31.

ção ao Estado infrator. Com isso, alargou-se o instituto da responsabilidade internacional do Estado de maneira a defini-lo de modo amplo. No mesmo sentido, afirma GRAEFFRATH que a responsabilidade internacional do Estado pode acarretar o dever de reparar o dano, entre outras consequências.¹³⁷

Portanto, o Estado possui a *faculdade jurídica de reagir a uma violação do Direito Internacional de diversas formas, tanto coercitivas quanto substitutivas*. Podem ser tomadas medidas de coerção para que o Estado ofensor seja coagido a reparar o dano ou podem ser tomadas medidas de execução forçada, de caráter substitutivo.

Além disso, *podem Estados-terceiros serem legitimados a efetuar tais medidas contra o Estado violador*, observadas certas condições. A violação de regra de Direito Internacional, por ação ou omissão atribuída a um Estado, cria relações jurídicas novas entre o Estado ao qual a conduta foi atribuída e outro, ou mesmo outros Estados da comunidade internacional, destinatários da regra violada.¹³⁸

A definição do artigo 1º do projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado é elástica o suficiente para abarcar todas as consequências possíveis advindas da constatação do fato internacionalmente ilícito, tanto as de

¹³⁷ Para o autor, "International responsibility is directed to guarantee observance of an existing international obligation and arises in consequence of its violation. Under certain circumstances, it may also lead to a duty to indemnification." GRAEFFRATH, B. "Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages", in 185 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de l'Haye*, (1984), p. 106

¹³⁸ Ver, entre outros, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo e TANZI, Attila. "La Responsabilité Internationale des Etats", in BEDJAOUI, Mohammed. *Droit International- Bilan et perspectives*. Paris : Editions A. Pedone, 1991, pp.367-403.

cunho meramente reparatório (no sentido amplo), quanto às sanções, a contemporânea teoria da responsabilidade internacional do Estado repudia o uso de sanções com fito meramente punitivo, enfatizando o seu papel funcional, que deve ser o de coagir o Estado infrator a reparar os danos causados.

Entretanto, tal repúdio não descaracteriza o conceito defendido por AGO e adotado nesse trabalho. É que essa *terceira corrente é flexível o suficiente para admitir tal restrição*.

O que releva de interesse para o caso das violações de direitos humanos é que o conteúdo da responsabilidade internacional do Estado não é adstrito a uma única relação reparatória ou sancionatória, mas sim engloba um conjunto de novas relações que devem ter como objetivo a preservação do Direito Internacional violado.

Logo, a teoria da responsabilidade internacional do Estado pode avançar, como assinala GRAEFRATH, rumo à *proteção da ordem internacional* e não somente objetivando indenização de danos causados.¹⁴⁰

139 De fato, segundo a Comissão, "But it must be clear that, by using the term "international responsibility" in article 1, the Commission intended to cover every kind of new relations which may arise, in international law, from the internationally wrongful act of a state, whether such relations are limited to the offending state and the directly injured state or extend also to other subjects of international law, and whether they are centred on the duty of the guilty state to restore the injured state in its rights and repair the damage caused, or whether they also give the injured state itself or other subjects of international law the right to impose on the offending state a sanction admitted by international law". Ver in *Yearbook of the International Law Commission — 1973*, "Report of the Commission to the General Assembly, Chapter II — State Responsibility", New York: United Nations, 1975, p. 175.

140 Assim, evitou-se, com este conteúdo amplo das consequências da

6. A garantia da ordem pública internacional

A responsabilidade pode ser dividida em duas grandes espécies, dependendo das consequências que engendra, a saber, a responsabilidade penal e a responsabilidade civil.

De fato, é o conteúdo das obrigações secundárias que define a natureza cível ou penal da responsabilidade do infrator. Na responsabilidade cível, as obrigações secundárias têm conteúdo reparatório de cunho patrimonial, em geral.

Na responsabilidade penal, *grosso modo*, as obrigações secundárias almejam impor sanções punitivas ao indivíduo, como retribuição ao mal causado e prevenção a ocorrência de condutas semelhantes no futuro.

Sendo o Estado o autor da violação de direitos humanos que origina a sua responsabilização internacional, resta saber qual o tipo de responsabilidade — se cível ou penal — pode ser configurada.

Entendemos que essa dicotomia *não pode ser aplicada ao Direito Internacional*. Esta posição é justificada, primeiramente, na máxima *societas delinquere non potest*. De fato, o Direito Penal contemporâneo, via de regra¹⁴¹, dado a natureza

responsabilidade internacional do Estado, que as atividades da Comissão de Direito Internacional fossem paralisadas pela opção a um tipo de responsabilidade internacional do Estado mais restrita (ao não se aceitar o uso de sanções, por exemplo). No lapidar ensinamento de Graefrath, "By strictly attaching international responsibility to violation of international obligations the content of responsibility is oriented primarily not towards indemnification but towards protection". GRAEFRATH, B. "Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages", in 185 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de l'Haye* (1984), p. 62.

141 Vide o desenvolvimento na doutrina pátria e estrangeira do tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica in ROTHENBURG, Walter. *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Ed. Juruá, 1997.

de suas penas, deve ser aplicado somente aos indivíduos, que são os verdadeiros autores das condutas pretensamente cometidas por entes morais (empresas ou Estados), *para que se cumpra o seu objetivo de retribuição e prevenção de novas condutas delitivas*.

Logo, sendo o Estado uma pessoa jurídica de Direito Internacional não poderia o mesmo ser equiparado a um indivíduo e com isso responsabilizado penalmente.¹⁴²

Esse entendimento *prestigia o Estado enquanto sujeito privilegiado do Direito Internacional e dotado da igualdade soberana* em face de outros Estados. Assim, não poderia ser julgado penalmente por seus pares. Quem pode cometer crimes internacionais são os agentes públicos, por exemplo, agindo em nome deste Estado e em conformidade com suas leis. Mas o Estado em si é imune a uma responsabilização penal.

Além disso, receamos que a caracterização do "Estado criminoso" desvie a atenção da persecução penal internacional daqueles indivíduos que, agindo em nome do Estado, são os verdadeiros autores de condutas bárbaras e odiosas.

A dicotomia cível-penal no âmbito da responsabilidade internacional do Estado seria válida, se, ao lado do projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional, houvesse um claro desenvolvimento da responsabilidade penal do Estado.

142 Como bem apontou Ago: "Mais les choses se compliquent sensiblement si le sujet capable d'imputation est une personne juridique. Et c'est ce qui arrive précisément dans le droit international, où les sujets sont constitués précisément par les plus typiques et les plus parfaites des personnes juridiques, par le personnes juridiques par excellence, c'est-à-dire par les Etats." Ver in AGO, Roberto. "Le délit international", 68 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1939), p.459.

Esse desenvolvimento inexistente. O procedimento penal de responsabilidade internacional do Estado não está definido na seara internacional, havendo mesmo falta de consenso na valoração dos interesses aptos a serem considerados ilícitos penais, como existe no direito interno.¹⁴³

Desta forma, não há ainda um código permanente de delitos estatais, nem órgão acusador e julgador claramente separados e definidos com jurisdição obrigatória e decisões vinculantes, dentro das regras do *due process of law*.

O Conselho de Segurança da ONU, que poderia ser tal órgão julgador, peca pelo peso político das grandes potências com direito ao veto e também por sua competência restrita aos casos de segurança e paz mundiais. Já à Corte Internacional de Justiça falece justamente o caráter obrigatório de sua jurisdição, sujeita à adesão facultativa dos Estados.¹⁴⁴

A superação da dicotomia cível-penal da responsabilidade internacional do Estado acarreta ainda a eliminação de qualquer estigma envolvendo a ameaça de imposição de uma "pena criminal" ao Estado, que poderia se opor a tal imposição alegando ofensa a sua soberania.

143 Como expõe Reuter, "l'absence d'une distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile n'est en droit international que la conséquence de l'absence d'autorité ayant pour fonction propre de défendre les intérêts communs". Ver in REUTER, Paul. "Principes de droit international public", in 103 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1961), p. 584.

144 No mesmo diapasão, reconhecem Combacau e Sur que faltam ainda as condições orgânicas da implementação da responsabilidade penal do Estado no Direito Internacional. Nas palavras dos citados autores: "même si la responsabilité pénale des États n'est pas intellectuellement inconcevable, les conditions organiques de sa mise en place manquent encore..." Ver in COMBACAU, Jean e SUR, Serge. *Droit International Public*. 2ª ed., Paris: Montrestren, 1995, p. 528.

Por outro lado, repudiamos também o entendimento de ser a responsabilidade internacional do Estado por violação de obrigação internacional uma forma de *responsabilidade civil*, obrigação não-penal, já que *há um elemento importante da responsabilização penal que pode ser apropriado na responsabilidade internacional do Estado, em especial no tocante à violação de direitos humanos*.

É o *efeito de prevenção ou desestímulo* trazido pela pena criminal. Esse efeito é de suma importância para prevenir novas violações de direitos humanos em um Estado. Logo, a responsabilidade internacional do Estado, de cunho cível, deveria incorporar as conseqüências punitivas de cunho preventivo ou de desestímulo.

Assim, caminhamos para a superação da dicotomia "responsabilidade cível-penal" com o estabelecimento de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos como uma espécie de *responsabilização garantidora da ordem pública internacional*.

Com isso, a atual responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos tem, como conteúdo de suas obrigações secundárias, tanto as *conseqüências de cunho patrimonial* (equivalente a responsabilidade cível tradicional) quanto as *conseqüências de cunho afluivo-punitivo* visando o desestímulo de novas condutas (equivalente a responsabilidade de penal).

A responsabilidade internacional do Estado em gestação nos dias de hoje afasta-se da dicotomia "cível-penal" e aproxima-se de ser um instituto de *garantia da legalidade interna*. Como instituto de garantia, prevê-se mecanismos e conseqüências diferentes para violações de obrigações internacionais de natureza diversas.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Afirma Kelsen (com justificativa diferente da apontada) que, perante o Direito Internacional, a responsabilidade internacional do Esta-

Outra conseqüência dessa afirmação da responsabilidade internacional do Estado como "garantia da ordem pública internacional" é que a responsabilidade internacional deixa de ser exclusivamente um instituto relacional entre Estado-ofensor e Estado-vítima, para ser considerado um instituto relacional Estado-comunidade internacional em um verdadeiro *contencioso de legalidade*, o que é particularmente correto em face da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, temática que, como vimos acima, interessa a toda sociedade internacional.

7. A responsabilidade internacional objetiva do Estado por violação de direitos humanos

a. A teoria objetiva e a proteção de direitos humanos

A responsabilidade internacional objetiva consagra-se com os escritos de ANZILOTTI¹⁴⁶, logo seguido por vários

do não é de natureza penal ou cível. Para Kelsen inexistente diferença valorativa no Direito Internacional entre os diversos fatos ilícitos, diferenças estas que geraram a divisão tradicional da responsabilidade entre a seara penal e cível. Para o citado jurista: "*En droit international la responsabilité de l'Etat n'est ni civile ni pénale, car ce droit ne connaît pas la distinction du droit civil et du droit pénal. La responsabilité internationale d'un Etat pour le non paiement d'une dette n'est pas différente de la responsabilité qu'il peu avoir pour la violation de n'importe quelle autre obligation internationale*". Entretanto, a realidade atual do Direito Internacional demonstra justamente a crescente valoração dos diversos descumprimentos das obrigações internacionais. KEISEN Hans. "Théorie du Droit International Public", 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953), p.87.

¹⁴⁶ Ver ANZILOTTI, D., *Teoria Generale della responsabilità dello*