

# 5

## O Estado e a Ordem Jurídica Internacional

---

Devemos agora analisar as principais questões atinentes à inserção dos Estados na ordem internacional, destacando o seu importante papel de protagonista do Direito Internacional Público. O Estado, conforme já vimos, é o primeiro sujeito da sociedade internacional, e é definido de modo geral como sendo um agrupamento de indivíduos, estabelecidos em um território determinado, sob a autoridade efetiva de um governo, na qualidade de ser soberano.

Para destacar os aspectos diferentes da noção estatal, examinaremos, de início, sob ângulo das condições necessárias a sua existência, para então tratarmos de alguns tipos estatais. Avaliaremos nesta seção as questões atinentes à responsabilidade internacional do Estado.

### 5.1 O Estado como pessoa do direito internacional

Para que um Estado exista em direito internacional, algumas condições devem ser reunidas, algumas delas físicas, concretas, notadamente a presença, em dado **território**, de uma **população** e uma **organização jurídica**. Tais elementos são necessários, porém insuficientes.

Há requisitos abstratos, os Estados devem ter uma **personalidade jurídica** própria, marcados e impregnados de **soberania**. É, pois, a reunião destas duas categorias de condições que resultará na existência do Estado, em direito inter-

nacional. Ainda, de nada adianta reunir todas essas condições, e se transformar em um Estado, se este não participar da vida em sociedade.

Será, ademais, necessário que ele seja admitido pelos outros sujeitos de direito internacional, pois um Estado não admitido existirá, certamente, no plano jurídico, mas não encontrará parceiros com quem estabelecerá relações na sociedade internacional.

### 5.1.1 Os elementos físicos da definição do Estado

O território é o suporte material necessário para que uma população possa formar um Estado, que deve ali se estabelecer de modo fixo e permanente. Como bem determinou Hauriou, o Estado é um **fenômeno espacial**. São elementos essenciais do **território terrestre** o solo e subsolo do Estado, incluindo os rios, lagos, mares interiores.

O território é submetido de forma absoluta e exclusiva à soberania do Estado, delimitado pelas **fronteiras**, que pode ser definida como a linha divisória entre duas soberanias. Bem determinou a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça na Controvérsia Territorial entre a Líbia e o Chade: “definir um território é definir as suas fronteiras”.

No caso de determinação de **fronteiras terrestres**, não se pode confundir-las com **linhas de demarcações**, que são meras linhas de demarcação de zonas controladas pelas partes em caso de armistício, tampouco com as demarcações entre os entes de um Estado federal, como a divisa entre Minas Gerais e São Paulo, por exemplo.

As fronteiras são demarcações legais entre Estados com um **suporte material**. Elas coincidem com a linha de determinação de onde começa e onde termina os dois Estados vizinhos. Na arbitragem entre a Guiné-Bissau e Senegal, ressaltou-se que uma fronteira internacional é a linha formada pela sucessão de pontos de extremidades do domínio da validade espacial das normas do ordenamento jurídico de um Estado.

Por ser uma linha, deve ser desenhada, levando em consideração, para tanto, elementos geográficos, étnicos, administrativos, ou, simplesmente, marcos trigonométricos. São elementos **geográficos** as montanhas, com suas linhas de cristas e separadores de água, os rios, com a determinação da fronteira na margem, pelo meio do rio ou pelo meio de seu canal navegável. Os elementos **administrativos** são, geralmente, fronteiras paroquiais, advindas da influência católica no local, ou, ainda, da antiga administração colonial, como a divisora de províncias, fenômeno conhecido por **uti possidetis**. As questões **étnicas** fundaram as reclamações da Alemanha nazista sobre os sudetos e o “espaço vital” alemão.

As referências **trigonométricas** para determinação de fronteiras utilizam o grau de longitude e de latitude como parâmetro. Apesar de ser ideal pela sua intrínseca precisão teórica, não leva em conta os fatores locais na sua determinação. Foi particularmente utilizada na África, o que gerou inúmeros conflitos por agrupar etnias rivais em um mesmo território, como ocorreu no massacre em Ruanda.

As diversas técnicas que podem ser empregadas serão decididas pelas partes nas convenções de demarcações. Na prática, há duas etapas. Primeiramente, se delimita uma prévia da demarcação sobre o mapa e se procede, então, a uma adaptação *in loco*. Ela será objeto de acordos, tratados bilaterais ou multilaterais.

O desenvolvimento recente entre o que convencionou chamar de **microestados** parece conduzir a um questionamento sobre a validade do princípio clássico da igualdade formal dos Estados em direito internacional, ao menos no que concerne a adaptações possíveis deste princípio e de sua implementação dentro das organizações internacionais, notadamente.

Em princípio, a dimensão do território do Estado não tem importância para o direito, que impõe a **igualdade soberana** dos Estados, mesmo que não se reflita, também, em uma igualdade de potência econômica ou militar. Com efeito, durante alguns anos, principalmente em decorrência da multiplicação de Estados e territórios que se tornam independentes, essa questão volta à atualidade. Estados como Mônaco, Cidade do Vaticano, Lichtenstein, desprovidos de potência territorial, tinham uma realidade econômica e financeira considerável, além de certo prestígio político ou religioso – no caso do Vaticano – que permitiu neles reconhecer uma **existência jurídica** ao lado do destino comum de Estados.

Deve-se, pois, questionar sobre a aptidão de tais sujeitos de direito a participar da vida internacional, ressaltando, para tanto, a interpretação possível do parágrafo I, do art. 4º da Carta da ONU, *in verbis*:

“A admissão como Membro das Nações Unidas fica aberta a todos os Estados amantes da paz que aceitarem as obrigações contidas na presente Carta e que, a juízo da Organização, estiverem aptos e dispostos a cumprir tais obrigações.”

No momento em que a ONU se esforça para formar contingentes para intervir por intermédio das operações de manutenção da paz, se dedicando para receber as contribuições em atraso de seus membros, podemos dizer que houve uma avaliação exata da possibilidade de independência e da sua capacidade de cumprir com obrigações enquanto membro das Nações Unidas, como a manutenção de paz, quando Tuvalu ou Palau requisitaram sua candidatura? Se não há uma derrogação em Direito Internacional Público da igualdade soberana dos Estados, as questões acima estão longe de ser resolvidas.

No que concerne ao **território marítimo** de um Estado, devemos descrevê-lo partindo da costa, de sua linha básica, em direção ao mar aberto. O texto de referência internacional sobre o tema é a Convenção de Montego Bay sobre o Direito do Mar, que entrou em vigor no dia 16 de novembro de 1994.

Deve-se iniciar pela determinação da linha de base normal, que é a determinada pelo mar baixo – e então, a linha de base certa. A linha de mar baixo é indicada no art. 5º da Convenção de Montego Bay sobre o Direito do Mar que propõe:

“Salvo disposição em contrário da presente Convenção, a linha de base normal para medir a largura do mar territorial é a linha da baixa-mar ao longo da costa, tal como indicada nas cartas marítimas de grande escala, reconhecidas oficialmente pelo Estado costeiro.”

As linhas de bases, segundo o art. 7º da Convenção de Montego Bay sobre o Direito do Mar, determina:

“Nos locais em que a costa apresente recortes profundos e reentrâncias ou em que exista uma franja de ilhas ao longo da costa na sua proximidade imediata, pode ser adotado o método das linhas de base retas que unam os pontos apropriados para traçar a linha de base a partir da qual se mede a largura do mar territorial.”

O traçado das linhas de base não pode se afastar sensivelmente da costa e das extensões de mar localizadas aquém; devem ser suficientemente ligadas ao domínio da Terra para se submeterem ao regime de águas interiores. Ainda, para seu estabelecimento, devem ser levados em consideração os interesses econômicos peculiares da região, cuja qualidade e importância foram consideradas ao longo do tempo. Ressalta-se que esta referência jurisprudencial foi imposta no caso da Jurisdição de Pescas de 1951. As águas internas são aquelas que se localizam entre a praia e a linha básica, incluindo portos, estuários e baías.

A existência de um **mar territorial** é mais interessante, podendo trazer divergências em sua determinação. Da linha de base, indo em direção ao mar aberto, é zona considerada como uma **extensão do território terrestre**, se submetendo à soberania do Estado que lhe é ribeirinho. No passado remoto, foi fixado em três milhas náuticas, então alargada a 12 milhas náuticas pela maior parte dos Estados antes que a Convenção de Montego Bay sobre o Direito do Mar determinasse a mesma largura, em seu art. 3º. A controvérsia sobre tal extensão surgiu com os Estados da América do Sul, que estenderam seu mar territorial, desde 1947, a 200 milhas.

Em águas internas e no seu mar territorial, a **soberania do Estado é completa**, e se sujeita ao chamado **direito de passagem inofensiva**, determinado pelos arts. 17 a 32 da Convenção de Montego Bay sobre o Direito do Mar, que pertence

aos navios de todos os Estados. A **zona contígua**, determinada no art. 33 da Convenção de Montego Bay sobre o Direito do Mar, faixa de mar que complementa o mar territorial, no qual exerce determinadas competências em segurança, alfândega, de polícia de imigração etc., e não pode estender-se além de 24 milhas náuticas de linhas da base.

Esta zona perde relevância com a criação da **Zona Econômica Exclusiva (ZEE)** pela Convenção de Montego Bay, regulamentada em seus arts. 55 a 75, que se define como a zona localizada além do mar territorial e adjacente a este, no qual o Estado costeiro terá seus direitos soberanos de exploração, da conservação e da gestão de recursos naturais, biológicos ou não, dos fundos marítimos e o seu subsolo, suas águas sobrejacentes, bem como no que concerne a outras atividades para a exploração com objetivos econômicos, como uso da água, correntes e de ventos da produção da energia.

Nesta zona, o Estado terá jurisdição em pesquisa científica marinha, proteção e preservação do ambiente marítimo, a instalação e o uso de ilhas artificiais, o direito exclusivo a construção e permitir e a regulamentar a exploração de ilhas artificiais as quais exercerá a sua jurisdição. A zona econômica exclusiva não se estende além das **200 milhas** da linha da base da qual é medida a largura do mar territorial. Se o Estado é dotado de direitos soberanos nesta zona, não se pode falar em soberania neste território. O que se admitem são direitos funcionais, com o objetivo da gestão de recursos, e o poder do Estado não é, por isso, geral.

A **plataforma continental**, presente nos arts. 76 a 84 da Convenção de Montego Bay sobre o Direito do Mar, inclui os fundos marítimos e seus subsolos após o mar territorial, sobre toda extensão do prolongamento natural do território terrestre do Estado até a borda externa da margem continental, ou até 200 milhas da linha de base, quando a borda externa da margem continental é menor que esta distância, ou, ainda, quando a borda externa da margem continental além das 200 milhas, sua distância máxima passa a ser de 350 milhas, ou a uma distância que não exceda 100 milhas da linha isóbata de 2.500 metros. Nesta plataforma continental, o Estado exerce direitos soberanos com objetivos da sua exploração e de seus recursos naturais. Finalmente, o **mar aberto** é aquele em que nenhuma soberania é possível, aberto a todos os Estados, costeiros ou não, e cuja liberdade nestas águas inclui a de navegação, de sobrevoo, de instalação de cabos e oleodutos subaquáticos, de construir ilhas artificiais, de pesca e para pesquisas científicas, sempre para fins pacíficos!

O **território aéreo**, situado sobre os territórios terrestre e marítimo, é submetido à soberania do Estado, conforme fixado pelo tratado de Paris de 1919 e pela Convenção de Chicago de 1944. Os Estados podem livremente permitir, proibir ou regular o sobrevoo e travessia deste território. Se o espaço aéreo releva da autoridade do Estado, o **extra-atmosférico** é livre. Contudo, a demarcação entre

espaço aéreo e o espaço sideral não foi definida pelos Estados, gerando questões interessantes sobre a posição de satélites geostacionários, ou a destruição de satélites espíões.

Há, ainda, alguns institutos vinculados ao território do Estado, que variaram no tempo. As sedes de **embaixadas** foram, por muito tempo, explicadas pelo princípio da extraterritorialidade, que significa que o terreno da embaixada é parte do território do Estado de envio. Não menos importante é o caso da imunidade de **navios de guerra**, também de efeito extraterritorial.

Modernamente, o traço caracterizador é a imunidade funcional, pela noção do respeito ao serviço público estrangeiro, com base no princípio da reciprocidade. Assim, o Estado receptor acorda imunidade ao local e aos diplomatas estrangeiros para que estes exerçam suas funções em total liberdade, para que reciprocamente os seus próprios diplomatas no exterior se beneficiem de condições idênticas. Quanto a navios de guerra, decorreria da soberania de outro Estado que, por natureza, não poderia ser submetido à autoridade de outro Estado.

### 5.1.2 A natureza jurídica do território

Sobre a natureza jurídica do território, algumas teorias foram apresentadas pela doutrina internacional. Para a **teoria subjetiva**, o território é elemento inseparável do Estado, consubstancial, assimilado e dissociável à pessoa do Estado. Ele é um organismo feito da reunião de pessoas, por um território e pela organização legítima soberana, e Jellinek afirmou que “o território do Estado não é parte de um ‘ter’ do Estado, mas do seu ser”.

Esta teoria não é satisfatória, pois sugere que o Estado não possa sobreviver às modificações do seu território e/ou que a sua identidade se modifica a cada vez que sofresse uma modificação desta natureza, contrariada pela prática do direito positivo de continuidade do Estado, malgrado suas modificações territoriais, como no caso paraguaio, que sofreu com a perda de quase 70% do seu território, com a guerra contra o Brasil, o Uruguai e a Argentina.

A **teoria objetiva** dissocia o Estado do seu território, compreendendo que este é o campo da aplicação de um direito real, uma propriedade certa verdadeira ou, ao grau superior, de uma soberania certa verdadeira. Segundo esta teoria, o território é o objeto do poder estatal.

Segundo uma aproximação patrimonial, esta teoria considera que o território é uma coisa, um bem, um objeto por cima do qual o Estado exerce um direito real de propriedade ou soberano sobre o mesmo, é um verdadeiro objeto do poder estatal. Respeitados doutrinadores advogam pela tese segundo a qual o Estado teria um **dominium**, “o campo da aplicação de um direito real de propriedade”, como

afirmou Lauterpacht. Ao pensamento inglês sobreveio a definição do território como “o campo da aplicação de um direito real de soberania”, como defendido por Cavaglieri. Seria um **imperium**.

A teoria objetiva permite levar em conta a evolução territorial dos Estados, pelas cessões, aquisições, fusões, que, nem por isso, implica na perda de sua personalidade. Será, não obstante, possível objetar que a relação entre o Estado e o seu território não se limite ao exercício de um direito verdadeiro e que o paralelismo feito pelos autores não pode ser completo.

A teoria do **território limite** concebe o território como o limitador do poder estatal. O território representa então, para Duguit, “a fronteira material da ação efetiva dos governantes”. Malgrado sua grande aplicação na maioria dos casos, ela esquece os fatos, de que a competência do Estado segue o seu nacional no estrangeiro, não estando adstrita às fronteiras do seu território, como no caso da proteção diplomática.

Para a **teoria da competência**, imputa um conceito legal do território enquanto um dos aspectos da competência do Estado, *ratione loci*, ao lado de outras competências, como a material ou a pessoal. Nada mais é para o jurista do que o critério espacial da eficácia de leis ou todas as competências espaciais dos órgãos e agentes do Estado. O território é o domínio no qual o Estado pode exercer as suas competências, como uma porção do espaço da Terra na qual um sistema de regras jurídicas é aplicável e executável. Esta teoria foi defendida por inúmeros internacionalistas de renome, como Kelsen, Verdross e Scelle.

Segundo Kelsen, para quem há uma identificação entre o Direito e o Estado, este é “o ordenamento jurídico parcial, espacialmente organizado”. Com relação para com o Estado, o território aparece como limite e um título para o exercício de competências do Estado, pois permite dividir a autoridade dos diversos Estados do globo sobre as diferentes populações que ocupam estes territórios. Esta teoria se adapta melhor que as anteriores, no que diz respeito às cessões territoriais, à posição dos territórios coloniais, e no que concerne à descolonização.

### 5.1.3 A população do Estado

Se o Estado se compõe de seu território, não podemos olvidar a existência de seu grupamento humano, unidade estável de seres humanos que se desenvolve no curso do tempo e que se renova sempre. A população que se encontra no território de um Estado não é composta somente de seus nacionais, mas também de estrangeiros (residentes ou de passagem). Relevante é então determinar quais são os critérios que distinguem nacionais dos estrangeiros, o que estudaremos

em capítulo autônomo. Neste momento, recordaremos o conceito umbilicalmente ligado de nação.

O **conceito de nação** é indubitavelmente mais político do que jurídico. Contudo, sem estarem necessariamente ligados, ambos os conceitos têm entre si conexões que não podem ser negligenciados, por serem capazes de explicar o desenvolvimento de algumas normas internacionais, como o direito dos povos de dispor sobre si próprios, ou até algumas políticas de alguns Estados, como a purificação étnica. Há dois grandes conceitos de nação, que levam a consequências diversas.

O conceito **objetivo**, notadamente usado na época hitleriana na Alemanha, considera a comunidade nacional sendo determinada por elementos de fato, tais como raciais, religiosos, linguísticos, étnicos etc. O conceito **subjetivista** não é só voluntarista, mas também histórico, se baseia em uma vontade da adesão a determinado modo de viver, pensar e sentir, resultando de um passado forjado em um conjunto que não necessariamente tem conexões com uma origem étnica e religiosa comum. Ele explica que a história terá um papel essencial na definição desta aproximação.

Uma nação é, por isso, uma grande solidariedade, constituída pelo sentimento dos sacrifícios que foi feita e daqueles que ainda estão dispostos a ser feitos. Ela supõe um passado; ela se resume, contudo, no presente, por um fato tangível: o consentimento, o desejo claramente expresso de continuar a vida comum. A nação aparece como um **querer viver coletivo**. A honra comum no passado, vontade comum no presente, para empreender grandes atos em conjunto, e continuar a querer fazê-lo, são as condições indicadas para estruturar a ideia de povo. O exemplo da Suíça, país em que alguns grupos cuja a língua ou as religiões os levaria naturalmente aos Estados vizinhos (como a França, a Alemanha, a Itália, a Áustria), indica a veracidade de tal entendimento.

A sedimentação histórica da formação da nação indica, portanto, a expressão de uma consciência nacional, de uma solidariedade, lentamente manufaturada pela história e que continua existente. Mancini indicou a presença importante da consciência social na formação da comunidade de vida. A abordagem subjetivista permanece hoje a mais aceita.

Decorrem desta teoria o reconhecimento do **princípio das nacionalidades** e a afirmação do **direito à autodeterminação dos povos**. O primeiro afirmou, na ocasião de tratados assinados no fim da Primeira Guerra Mundial, o princípio de que qualquer nação tem o direito de se constituir em um Estado. O segundo, por sua vez, indica o direito de um povo de determinar livremente dentro da sociedade internacional a situação jurídica e política do território que ocupa, consubstanciando, pois, no direito à independência e no direito de secessão, de separar-se do Estado ao qual ele pertence. É necessário, contudo, recordar que a Carta das Nações

Unidas, no seu art. 1º, § 2º, o menciona como mero ideal político. Ademais, ele também colide com direito do Estado à manutenção da unidade do seu território.

#### 5.1.4 A soberania

Tal característica estatal é consagrada pela prática internacional e afirmada no art. 2º da Carta das Nações Unidas que indica que “a organização é fundada segundo o **princípio da igualdade soberana** de todos os seus membros”. A significação de soberania pode relevar de uma dimensão positiva e uma dimensão negativa. Na primeira, a soberania é a expressão de um **poder supremo**, que se traduz pela independência completa no seu exterior e, com isso, a ausência de qualquer sujeição quanto às outras potências estrangeiras. É o que costuma ser chamado de **soberania externa**.

No que concerne ao plano interior, implica na possibilidade de impor a sua vontade dentro do seu território, não só aos indivíduos, mas a qualquer entidade privada ou pública. É a **soberania interna**, em nome da qual se organiza internamente o Estado. Sob o ângulo da competência estatal, ela determina a exclusividade de competência, a autonomia de competência e a plenitude de competência.

Em abordagem **negativa**, temos que o Estado, em virtude desta soberania, não pode ser obrigado sem seu consentimento no plano internacional, não se submete a nenhuma autoridade ou organismo que lhe imponha uma sanção.

#### 5.2 Direitos e deveres fundamentais do Estado

A teoria dos direitos fundamentais dos Estados surgiu no século XVIII, com os jusnaturalistas racionalistas, destacando o trabalho do já citado Vattel. Ela decorre da afirmação de independência dos Estados em relação ao Papado e ao Império, após os acordos de Westphalia. Seus partidários defendem que os Estados, à semelhança dos indivíduos, possuem direitos naturais, direitos inatos, pelo simples fato de existirem.

Corolários da noção de soberania, a listagem dos direitos básicos dos Estados resulta da teoria clássica do direito internacional, elaborada quando a noção de soberania reinava completamente sobre o Direito das Gentes, na sociedade internacional anárquica que se construía. Houve uma verdadeira transposição das “declarações de direitos” na esfera internacional. O Estado também possui direitos básicos, como o cidadão dentro do território do Estado, e a teoria dos direitos básicos ao Estado é impregnada pelo direito natural.

O **direito de conservação** aparece como o direito à vida, à existência do próprio Estado. Quando um Estado se forma e se organiza, ele não pode ver-se re-

cusar a participação na vida internacional. Este Estado, legalmente estruturado, politicamente organizado, só pode se submeter a outro Estado sob violência. Cada Estado tem o direito de assegurar os meios da sua própria conservação: ele tem o **direito de se armar e de se defender**. O exemplo francês no caso do tratado de não proliferação nuclear indica esta prática estatal bem estabelecida de considerar os meios necessários para a conservação do Estado. Sua ratificação somente aconteceu após o fim dos testes nucleares, considerados fundamentais para o aperfeiçoamento da política de defesa francesa.

Aliás, a própria Corte Internacional de Justiça confirmou esse direito de conservação, no seu parecer de 1996 sobre a licitude do uso e ameaça de uso de armas nucleares,<sup>1</sup> indicando a primazia da sobrevivência do Estado, direito-chave na própria existência da sociedade internacional, senão vejamos:

“Visto o estado atual do direito internacional, bem como elementos de fato dos quais ela dispõe, a Corte não pode, todavia, concluir de forma definitiva que a ameaça ou o emprego de armas nucleares seria lícito ou ilícito em uma circunstância extrema de legítima defesa na qual a própria sobrevivência de um Estado estaria em jogo.”

O **direito de legítima defesa**, consagrado na Carta da ONU e na Carta da OEA, é o maior efeito do direito de conservação do Estado. O mecanismo para garantir a conservação do Estado é a possibilidade de usar a força para se defender.

O **direito à independência** afasta qualquer interferência externa na atividade do Estado. Este direito faz surgir, assim, a aplicação do princípio de não intervenção. Ele significa que um Estado não pode fazer interferir nos assuntos internos de um Estado, ou forçá-lo a agir de determinada maneira. Não somente pressões militares, mas todas as pressões econômicas, diplomáticas, podem ser consideradas ilícitas. O caso da ingerência humanitária e intervenções para fins de assistência humanitária estão no rol dos temas mais atuais do Direito Internacional Público.

O **direito à igualdade** foi concebido pela teoria clássica de modo absoluto. Não se resume, apenas, a uma igualdade teórica e abstrata, mas também a uma igualdade de fato. Ela pode ser analisada como a faculdade que tem um Estado para usar, meramente por ser Estado, as faculdades legais que lhe confere a sua qualidade estatal, em plena igualdade com outros Estados, na vida internacional. A regra de votação das organizações internacionais de “um Estado, um voto” é decorrente deste direito.

O **direito a respeito mútuo** se distingue do direito à igualdade, por ser de conteúdo moral, e encontra seu fundamento na honra e no orgulho nacional.

<sup>1</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Recueil CIJ 1996. Avis consultatif du 8 juillet 1996.

Qualquer signo de desprezo, de discriminação com relação aos símbolos de um Estado, como sua bandeira, provoca em um Estado uma sensação do atento às suas prerrogativas essenciais. Este direito coincide com o surgimento da cortesia internacional, como os privilégios diplomáticos, etiqueta diplomática, cerimonial de viagens, cumprimento à bandeira.

O **direito ao comércio internacional** é o direito admitido tanto aos indivíduos quanto aos Estados de participar do sistema de trocas que fazem parte da vida na sociedade internacional. O direito ao comércio internacional difere, assim, no que concerne à sua natureza jurídica, de outros direitos básicos que refletem os aspectos subjetivos e decorrem da soberania do Estado. Assim, ele é de uma realidade objetiva, uma obrigação dirigida aos Estados de abrir seu território ao comércio.

### 5.3 Surgimento e reconhecimento de Estado e de Governo

O nascimento de um novo Estado é fato de primeira importância para a sociedade internacional. Um novo sistema de relações se estabelece com a chegada de um novo sujeito de direito internacional de natureza estatal. Isso ocorre porque o ajuste deste novo Estado na cena internacional, que exercerá competência soberana sobre seu território, somente se opera às custas da perda de território de outro Estado.

O direito internacional preverá, pois, as modalidades e os procedimentos que permitirão à sociedade internacional assegurar e assumir as modificações do ordenamento jurídico que se seguirá necessariamente a inserção de um novo Estado.

Com efeito, nesta situação, o princípio de independência é de extrema relevância. Logo que estejam reunidos todos os elementos essenciais, **o Estado existe** sem necessidade de intervenção de qualquer outro ator internacional. Mas o sistema de relações entre os Estados que constitui a sociedade internacional deve ser levado em consideração, o que o direito internacional convencionou chamar de **teoria do reconhecimento**.

#### 5.3.1 O reconhecimento

Este mecanismo decorre de dois princípios: o da **efetividade de poder** e da **continuidade do Estado**. Para que um Estado exista, este deve exercer de fato o seu poder soberano. O princípio da continuidade do Estado concerne, na verdade, quando das hipóteses de transformação do Estado.

O reconhecimento é o ato pelo qual a existência de um novo Estado, ou da nova organização de um Estado, é certificada por um ou vários membros da socie-

dade internacional. Este ato tem **caráter meramente declaratório**, pela observação do estado atual de um fato ou conjunto de fatos. Por ser ato declaratório, ele não cria nenhum novo Estado – o chamado **reconhecimento estatal**, e também não tem o condão de legitimar nova forma de governo – ou **reconhecimento de governo**. Assim, quando um novo Estado impõe seu novo governo, o Estado e o governo não esperam o reconhecimento para ter existência jurídica.

O reconhecimento é a constatação oficial da existência da nova pessoa de direito internacional. O que ocorre na prática estatal é que com o reconhecimento, a ação dos terceiros Estados dá precisão e completa a situação jurídica do novo Estado.

Ao seu caráter declaratório, deve-se salientar sua **natureza discricionária**. Ela pode ser recusada, submetida a condições, ser expressa ou tácita, e se realizar de fato ou de direito. O reconhecimento não tem de ocorrer de forma **unânime**, ou em nome de todos os Estados. Cada Estado é livre para fazê-lo ou não, e também para construir os efeitos jurídicos e consequências da existência do novo Estado.

Ressalta-se o papel das **organizações internacionais**, que fazem com que os Estados não sejam mais os únicos entes capazes de conceder este reconhecimento, intervindo, pois, no campo das suas competências. Finalmente, cabe recordar que o Estado que reconheceu o novo ente estatal não pode mais contestar aquele fato, por ser **irrevogável**, e tem efeitos *ex tunc*.

### 5.3.2 Casos de reconhecimento

Dois casos de reconhecimento podem ser diferenciados, conforme já vimos: há casos de reconhecimento de Estados e reconhecimento do governo. A situação de reconhecer o nascimento de um novo Estado, que pode decorrer do estabelecimento de uma população em um novo território, ou pelo colapso de Estados existentes depois de guerras ou movimentos separatistas.

O Estado tem de introduzir todos os elementos essenciais de um Estado – um grupo humano submetido a um poder político em um território determinado. Pouco importa que o novo Estado seja criado de uma comunidade que anteriormente não tinha caráter estatal, como as **antigas colônias**, ou nasça do **desmembramento** de um Estado preexistente, ou criado pela **absorção** de outros Estados. O reconhecimento concerne ao fato de haver um novo Estado, e não ao aspecto político ou jurídico de seu surgimento. Em definitivo, o que se reconhece é um fato: o caso de ter surgido um novo Estado.

Seu processamento ocorre após um pedido do Estado interessado, por intermédio de notificação dirigida aos demais Estados. Já o reconhecimento de governo deve ocorrer sempre que um novo governo se instalar em um Estado, com a

violação do seu sistema constitucional, isto é, quando alcança o poder por meios não previstos no sistema jurídico estatal. Chegando ao poder por golpe ou revolução, terá esse novo governo de ser reconhecido.

É requisito para o reconhecimento de governo a presença de um governo efetivo e independente, que é chamado a cumprir as obrigações internacionais vigentes, pois, se não as mantiver, não serão reconhecidas, estando, portanto, em total conformidade com o direito internacional vigente, além de não poder violar os direitos humanos, e ter chegado ao poder sem qualquer ingerência em outro Estado.

Com relação aos **efeitos do reconhecimento de governo**, temos o estabelecimento de relações diplomáticas; a imunidade de jurisdição; a capacidade e legitimidade para demandar perante os tribunais internacionais e estrangeiros, além da admissão de validade das leis e dos atos de governo.

Além disso, temos a atual problemática do alcance e extensão dos efeitos jurídicos de uma declaração unilateral de independência de Estados, tema que será em breve objeto de parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça no caso do Kosovo.

Reconhecimento é o ato por meio do qual um sujeito de direito internacional aceita determinada situação de fato ou de direito e, eventualmente, declara considerá-la legítima. É ato unilateral de natureza jurídica declaratória, isto é, não cria nem constitui seu objeto. O principal efeito do reconhecimento é que o objeto ou situação reconhecida passa a ser oponível a quem a reconheceu. O Estado que reconheceu não pode mais contestar aquele fato.

### 5.4 Responsabilidade internacional dos Estados

A responsabilidade internacional do Estado é o instituto jurídico através do qual o Estado, ao qual é imputado um ato ou omissão contrário a suas obrigações internacionais, deve ser levado a fornecer a reparação ao Estado que dele tenha sido vítima, conforme expressão clássica de Charles Rousseau. A responsabilidade internacional foi consagrada por textos convencionais, como as Convenções de Haia sobre leis e costumes de guerra, e pela jurisprudência internacional, como o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a interpretação dos tratados de paz.

A ideia de responsabilidade internacional é a de que o Estado responsável pela prática de um ato ilícito segundo o direito internacional deve ao Estado a que tal ato tenha causado dano, uma reparação adequada. A responsabilidade de um sujeito de Direito Internacional Público, seja um Estado ou uma organização, resulta necessariamente de uma conduta ilícita, sendo sempre o direito internacional o ponto de referência para a caracterização da ilicitude do ato e da reparação devida.

### 5.4.1 Condições para aplicação da responsabilidade internacional

Para a caracterização do ilícito internacional, quatro elementos devem estar necessariamente reunidos: **fato imputado a um sujeito de direito internacional**, que **atinja outro sujeito** de direito internacional, que **viole o direito internacional**, além da **existência de um dano**.

Um Estado é responsável pelos seus atos legislativos, administrativos e jurisdicionais. Assim, os fatos imputados a um Estado são aqueles que **emanam de órgãos de um Estado**, assim considerados aqueles que dispõem de prerrogativas de poder público. No caso de entidades que gozem de certa autonomia, como os entes federados, a responsabilidade internacional releva do Estado que represente esta coletividade no plano internacional.

No caso de indivíduos, o Estado somente é responsável se ele faltou com o dever de diligência. Cabe ao Estado uma dupla obrigação de prevenção e repressão de danos causados por seus nacionais, ou residentes em seu território, a estrangeiros.

No que concerne a fato que atinja outras pessoas de direito internacional, qualquer ato que viole direitos de um Estado é ilícito. Como a responsabilidade internacional decorre da relação de Estados com Estados, somente o governo do Estado lesado pode se prevalecer deste mecanismo. Os indivíduos devem ter sua reclamação endossada pelo seu Estado, dentro do sistema da **proteção diplomática**.

Para o uso da proteção diplomática, algumas condições devem estar preenchidas. Ela se condiciona pela **nacionalidade** da reclamação, princípio segundo o qual o Estado somente pode reclamar em nome de um de seus nacionais, e no caso de dupla nacionalidade, a efetiva sobrepõe sobre a secundária, como determinou a Corte Internacional de Justiça no caso *Nottebohn*.

A **conduta do reclamante** é importante para a possibilidade deste mecanismo. Aplica-se, pois, a teoria das **clean hands**, para a qual a vítima não pode ter atuado incorretamente. Finalmente, o **esgotamento das vias de recursos internos** é regra para acesso ao endosso de reclamação por via de seu Estado nacional. Ou as vias são inexistentes, ou já foram esgotadas pelo particular, no mínimo, os efetivos recursos foram esgotados. Em definitivo, é ato **discricionário**.

*Tertius*, é preciso que exista a **afrenta a uma norma de Direito Internacional Público**, seja ela um princípio geral, uma regra costumeira, um dispositivo de tratado em vigor. A ação ou omissão imputável deve ser **internacionalmente ilícita**, e sua ilicitude não pode estar coberta por nenhum caso de exclusões reconhecido pelo direito internacional, como a força maior, ou a legítima defesa.

Há uma tendência atual em considerar também a possibilidade de **responsabilidade objetiva**, ou seja, aquela decorrente de fatos lícitos, por aplicação da

teoria do risco. Os danos nucleares, assim como no Direito Constitucional brasileiro, seriam, assim, reparáveis independentemente de ato ilícito.

### 5.4.2 Efeitos da responsabilidade internacional

A reparação de um dano é a **obrigação subsidiária que decorre da violação de um direito**. Estabeleceu-se, em direito internacional, e tal posição foi confirmada pela Corte Internacional de Justiça no caso *Nicarágua*, que o respeito ao caráter obrigatório da norma exige a cessação do ato ilícito e a reparação do dano.

A reparação foi consagrada, segundo a jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso da *Usina de Chorzow*,<sup>2</sup> ou no caso do *Estreito de Corfu*,<sup>3</sup> perante a Corte Internacional de Justiça, sob duas modalidades: a **satisfação** e a **reparação**.

A primeira modalidade é de cunho moral, e é utilizada normalmente em atentados à honra de um Estado, ou ao seu prestígio. Em relação aos particulares, um recente caso perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dito *19 comerciantes vs. Colômbia*, relativo à detenção, desaparecimento e execução de 19 comerciantes por um grupo paramilitar agindo sob o comando do exército colombiano. A Corte ordenou a Colômbia a construir um monumento em homenagem às vítimas e a realizar um ato público no qual o Estado deveria reconhecer sua responsabilidade internacional em relação aos crimes cometidos.<sup>4</sup>

Nos casos de reparação, duas possibilidades se abrem. A primeira é a da chamada restituição, **restitutio in integrum**. Esta modalidade deseja o restabelecimento do *status quo ante*, apagando os efeitos do ato ilícito. Porém, esta modalidade nem sempre pode ser concretizada, pois a reconstrução da situação prévia à violação é, muitas vezes, impossível. Passa-se então às formas alternativas de reparação – temos, então, o mecanismo das indenizações, os danos materiais e morais podem ser convertidos em um montante pecuniário que visa compensar o dano. São casos de reparação por equivalência. Podem ser objeto o **damnus emergens** bem como o **lucrum cessans**.

Devemos ressaltar o desenvolvimento de mecanismos não contenciosos de reparações. Primeiramente, há casos de reparações **ex gratia**, em decorrência de atos lícitos, mas perigosos, como após os testes estadunidenses no atol de Bikini, ou as

<sup>2</sup> *Usine de Chorzow*, CPJI, Série A, nº 17, Arrêt du 13 septembre 1928.

<sup>3</sup> *Détroit de Corfou*, Recueil CLJ 1948, Arrêt du 25 mars 1948.

<sup>4</sup> *Caso "19 Comerciantes" Vs. Colombia*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 febrero de 2006 (cumplimiento de sentencia).

reparações decorrentes de negociações, como no caso da Comissão para reclamações relativas a bens imobiliários na Bósnia, após o acordo de Dayton, de 1995.

Segundo a doutrina e a prática estatal internacional, há casos que se convertem em excludentes da responsabilidade internacional dos Estados. No caso da **legítima defesa**, pressupõe-se que o caso de agressão ou ataque ilícito, a reação determinada premência de defesa adequada, proporcional e imediata faz desaparecer o caráter possivelmente ilícito de um direito reconhecido. No caso das **represálias**, atos ilícitos se justificam por constituírem o único meio de combate a outros atos igualmente ilícitos. Somente pode afastar a ilicitude se o ofendido não tenha encontrado um meio lícito de impedir a violação de seu direito.

No caso da **prescrição liberatória**, que é o silêncio do credor durante lapso temporal, pode ser invocada, tal como a **culpa concorrente ou exclusiva da vítima**, por se considerar que a responsabilidade do Estado pode desaparecer ou ser atenuada, quando o comportamento do indivíduo tenha dado ensejo ao fato gerador do dano ou ter fortemente contribuído para a sua ocorrência. Finalmente, o **estado de necessidade**, ou a ação pura e simples de um Estado contra outro em defesa de seus interesses.