



*International
Law Association*

SPDI
SOCIEDADE PORTUGUESA DE
DIREITO INTERNACIONAL

QUESTÕES DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

Atas da Conferência realizada na Escola de Direito da Universidade do Minho no dia 4 de dezembro de 2015

Organização

Maria de Assunção do Vale Pereira

Braga

Setembro de 2016

Apoio



Universidade do Minho
Escola de Direito

elsa

The European Law Students' Association
UMINHO

QUESTÕES DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

Atas da Conferência realizada na Escola de Direito da Universidade do Minho no dia 4 de dezembro de 2015

FICHA TÉCNICA

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Questões de Responsabilidade Internacional

COORDENADORES

Maria de Assunção do Vale Pereira

DATA DE PUBLICAÇÃO

Setembro de 2016

EDIÇÃO

SPDI – Sociedade Portuguesa de Direito Internacional

www.spdi.org.pt

Escola de Direito da Universidade do Minho

www.direito.uminho.pt

IBSN

978-989-99693-0-8

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO

Maria de Assunção do Vale Pereira

vii

PARTE I

1

INTERVENÇÃO DE ABERTURA

Manuel de Almeida Ribeiro

3

I SESSÃO - A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL PELAS CONSEQUÊNCIAS PREJUDICIAIS DOS ATOS NÃO PROIBIDOS PELO DIREITO INTERNACIONAL

9

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR DANO
ECOLÓGICO: UMA MIRAGEM?

Carla Amado Gomes

11

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL PELO RISCO: PARÂMETROS E
CONTROLE

Natália de Almeida Moreno

43

II SESSÃO - A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR FACTOS ILÍCITO

71

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR FACTOS
ILÍCITOS: O LONGO CAMINHO PARA UMA CONVENÇÃO?

Patrícia Galvão Teles

73

ALGUNS ASPETOS DA IMPUTAÇÃO AO ESTADO DE ILÍCITOS DE DIREITO
INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Maria de Assunção do Vale Pereira

77

PROJECTO DE ARTIGOS SOBRE A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL
DOS ESTADOS À LUZ DA CIRCUNSTÂNCIA DO “ESTADO FALHADO”

Bruno Reynauld de Sousa

89

**III SESSÃO - A RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL DO
INDIVÍDUO: OS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS CRIMINAIS**

103

O ESTATUTO DO PROCURADOR INTERNACIONAL NO PROCESSO
INTERNACIONAL

Wladimir Brito

105

PARTE II - PAPERS RECEBIDOS

115

A VIOLAÇÃO DO DIREITO A UMA DECISÃO JUDICIAL EM PRAZO
RAZOÁVEL E OS CRITÉRIOS DETERMINANTES DA SUBSIDIARIEDADE DO
TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Ana Aquilina Cunha Ribeiro

117

RESPONSABILIDADE GLOBAL, PEQUENOS CONTRIBUTOS
NACIONAIS – A CONTRATAÇÃO PÚBLICA VERDE

Ana Rita Carneiro

131

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL PELA PROTEÇÃO DO
CONSUMIDOR NA UNIÃO EUROPEIA: APLICAÇÃO DO TRATADO DE
LISBOA, DA CONVENÇÃO DE VIENA E DA DIRETIVA 1999/44/CE
NA EFETIVAÇÃO DE COMPRAS NO COMÉRCIO ELETRÓNICO
INTERNACIONAL?

Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto

143

O CONTROLO DE CONVENCIONALIDADE COMO ELEMENTO
CARACTERÍSTICO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

Filipe Venade de Sousa

157

CONSIDERAÇÕES SOBRE INIMIZADE E RESPONSABILIDADE - UMA
APROXIMAÇÃO BIOPOLÍTICA AO CONFLITO ISRAELO-PALESTINIANO

Pedro Jacob Morais

171

A DOCTRINA DA RESPONSABILIDADE DE PROTEGER E A INTERVENÇÃO
HUMANITÁRIO NA LÍBIA

Raissa Pacheco da Rocha Ribeiro

179

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR FACTOS
ILÍCITOS À LUZ DO PROJETO DA CDI

Rita Guimarães Fialho d'Almeida

195

QUESTÕES DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL: CAUSAS DE
EXCLUSÃO DA ILICITUDE DE ATOS INTERNACIONAIS [TÍPICOS]
DO ESTADO

Roberta Karolinnny Rodrigues Alvares

209

APRESENTAÇÃO

Na sequência da divulgação, em maio de 2015, na página da Sociedade Portuguesa de Direito Internacional (SPDI), da criação de um Núcleo do Norte da referida Sociedade, a ser por nós coordenado, foi acordado com o Senhor Presidente da SPDI, Prof. Doutor Manuel Almeida Ribeiro, a realização de uma Conferência por esta nova secção, ainda nesse ano.

Propusemos o tema da Responsabilidade Internacional por entendermos ser uma das matérias fundamentais do Direito Internacional¹, que deve ser devidamente estudada e implementada para que este ramo do Direito possa afirmar a sua, tantas vezes contestada, eficácia. Além disso, no que concerne especificamente à responsabilidade dos Estados por factos internacionalmente ilícitos, é sabido tratar-se de uma questão que se encontra na ordem do dia, não tanto em virtude de grandes controvérsias ou polémicas acerca do conteúdo do texto em que se verte o essencial do seu regime jurídico – o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por factos Internacionalmente Ilícitos, elaborado pela Comissão de Direito Internacional –, mas sobretudo no que concerne à forma que o mesmo deve assumir, nomeadamente se deve revestir a de convenção ou tratado internacional, como é claramente o nosso entender.

Todavia, se é verdade que a questão da responsabilidade internacional do Estado por factos ilícitos é matéria que durante décadas prendeu a atenção da comunidade internacional – e, em concreto, da referida Comissão de Direito Internacional –, a ela não se reconduz a problemática da Responsabilidade Internacional. Daí termos optado, como título da Conferência, o de Questões de Responsabilidade Internacional, que nos permitia incluir outras dimensões da responsabilidade internacional, como a responsabilidade internacional pelas Consequências Prejudiciais dos Atos não Proibidos pelo Direito Internacional², a responsabilidade internacional penal, a responsabilidade internacional das organizações internacionais³, etc.

¹ Documento adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da resolução AG 56/83, de 28 de janeiro de 2002.

² Matéria também objeto da atenção da Comissão de Direito Internacional, que elaborou um Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional pelas Consequências Prejudiciais Decorrentes de Atividades não Proibidas pelo Direito Internacional (prevenção de danos transfronteiriços que resultem de atividades perigosas),

³ Também sobre este tema a referida Comissão elaborou um Projeto de Artigos.

Foi decidido realizar a referida conferência no dia 4 de dezembro. Tendo em conta os contributos recebidos pelas pessoas convidadas que generosamente aceitaram o nosso convite, decidimos dividir a conferência em três sessões fundamentais, distribuídas pela parte da manhã e da tarde. A manhã foi preenchida com uma conferência introdutória proferida pelo Presidente da SPDI, Prof. Doutor Manuel Almeida Ribeiro, e uma sessão subordinada ao tema A responsabilidade internacional pelas Consequências Prejudiciais dos Atos não Proibidos pelo Direito Internacional, que contou com as intervenções das Prof.as Doutoras Carla Amado Gomes e Marta Chantal Ribeiro, bem como da Dr.^a Natália Moreno. Durante a tarde, realizaram-se mais duas sessões: uma primeira incidiu sobre A Responsabilidade internacional do Estado por Factos Ilícitos, em foram oradores as Prof.as Doutoras Patrícia Galvão Teles e Maria de Assunção do Vale Pereira, assim como o Doutor Bruno Reynauld de Sousa; a última sessão versou sobre A responsabilização internacional do indivíduo: os tribunais internacionais criminais, e nela fora oradores o Prof. Doutor Wladimir Brito e o Mestre Pedro Miguel Freitas.

Além disso foi lançado um call for papers, tendo, de entre as contribuições aceites pela comissão científica, algumas sido selecionadas para serem apresentadas nas sessões acima referidas e outras sido aceites para publicação.

O livro que agora se apresenta corresponde, por isso, às atas da Conferência em questão, tendo uma primeira parte (I Parte) que inclui os contributos dos oradores convidados que nos brindaram com o seu texto, organizada segundo a estrutura da conferência; e uma segunda parte (II Parte) que integra os textos recebidos em resposta ao call for papers e aceites pelo Comité científico. Nesta II Parte, os textos são ordenados por ordem alfabética do nome respetivos autores.

Resta-nos agradecer o apoio da Escola de Direito da Universidade do Minho, que generosamente cedeu as instalações para a realização da Conferência, bem como dos membros da Elsa-UMinho, que se disponibilizaram para ajudar na receção aos participantes e nas tarefas burocráticas

Braga, de setembro de 2016,

Maria de Assunção do Vale Pereira⁴

⁴ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Coordenadora do Núcleo do Norte da Sociedade Portuguesa de Direito Internacional.

PARTE I

CONTRIBUTOS DOS ORADORES CONVIDADOS

Intervenção de Abertura

*Manuel de Almeida Ribeiro*¹

A própria existência do Direito Internacional pressupõe a responsabilidade internacional dos Estados. Se aceitamos que existem normas criadas pelos Estados que regulam as suas relações recíprocas, temos de aceitar como consequência que o ato de um Estado que viole as suas obrigações internacionais e cause prejuízo a outro Estado implica o dever por parte do Estado autor da violação de ressarcir o Estado lesado.

No período anterior ao final do século XVIII, em que o Príncipe se identificava com o Estado, era aquele o responsável pelos atos dos seus funcionários e agentes mas, num mundo em que os meios de ação por parte do lesado se limitavam à autotutela e em que *o jus belli* era a razão última dos Estados, muito dificilmente a determinação da responsabilidade podia apresentar resultados satisfatórios.

O sucesso das arbitragens resultantes do Jay Treaty em 1794, realizadas para ressarcir os prejuízos causados pela guerra da independência dos Estados Unidos e resolver disputas territoriais em aberto com a Grã-Bretanha, abriu novas perspectivas de resolução de conflitos por meios pacíficos. A resolução, também através da arbitragem, do caso “Alabama”, em 1872, reforçou a convicção de que estava encontrado o meio de evitar a guerra ou, pelo menos, muitas guerras.

Foi essa convicção que esteve na base da criação do Tribunal Permanente de Arbitragem, em 1892, no âmbito das Conferências da Haia. Embora não seja verdadeiramente nem um tribunal nem permanente, o TPA foi depositário da esperança de se conseguir a “paz pelo direito”.

Como todos sabemos, a paz não foi um objetivo conseguido no século XX que, pelo contrário, foi o período em que ocorreram os mais sangrentos

¹ Professor Associado do ISCSPP (Universidade de Lisboa, Presidente da Sociedade Portuguesa de Direito Internacional.

conflitos da História da Humanidade. O século passado foi também, contudo, o século do Direito Internacional.

O Direito Internacional que temos é ainda o direito “sem tribunal e sem polícia” mas, paradoxalmente, uma das características da sua recente evolução é a sua designada “crescente jurisdicionalização”.

Embora falte no ordenamento jurídico internacional um tribunal com jurisdição universal e compulsória, são crescentes as áreas em que a garantia do cumprimento pelos Estados das obrigações por eles assumidas se baseia em dispositivos jurisdicionais, arbitrais ou judiciais.

Esta questão é, a meu ver, inseparável da problemática da responsabilidade internacional dos Estados e é por essa razão que aqui a refiro. De facto, sem garantia, sem meios de assegurar o reconhecimento por uma entidade imparcial da ilicitude de atos imputados a sujeitos de Direito Internacional, de pouco servirão os tratados que venham a ser celebrados neste importante domínio.

O Direito Internacional tende a progredir e a alargar o seu âmbito, quando os Estados em geral sentem que a resolução de conflitos por meios exclusivamente políticos é insuficiente.

Por esta razão, costumo referir aos meus alunos, na sua primeira aula de Direito Internacional, a título de primeiríssima noção que devem ter presente ao longo dos seus estudos, que todo o Direito Internacional resulta da política internacional quer através da negociação, como acontece no caso dos tratados, quer através da abstenção de oposição a uma prática, como acontece no processo de formação do costume. É também, refira-se, a política internacional que destrói o direito existente, quer pela sua substituição por novas normas, quer pelo desuso.

Será que a Sociedade Internacional está preparada para a adoção universal de um regime da responsabilidade internacional dos Estados?

Se olharmos para a experiência histórica, podemos, a meu ver, concluir que em momentos determinados, por se verificarem condições políticas muito específicas, foi possível criar dispositivos normativos consagrados a domínios específicos da responsabilidade internacional, como aconteceu nas Conferência da Haia de 1907, em que foi aprovada a Convenção IV sobre a responsabilidade decorrente de atos cometidos por forças militares em campanha, no quadro da celebração de um alargado número de tratados sobre a conduta de hostilidades.

Noutros casos, é geral e manifesta a necessidade de entendimento, visto tratar-se de matérias cujo tratamento convencional é tão necessário aos Estados mais poderosos como a todos os outros. Foi o caso dos regimes criados para enquadrar a responsabilidade decorrente de acidentes causadores de poluição do mar por hidrocarbonetos, do regime aplicável ao transporte de materiais nucleares ou à responsabilidade decorrente do lançamento de satélites.

Nestes domínios, em que todos os Estados estão expostos aos mesmos riscos, os prejuízos podiam ser de grande dimensão e havia que definir como entidades privadas ou organizações internacionais deveriam ser chamadas a resarcir danos resultantes de atividades desenvolvidas por si ou no seu interesse.

Durante o período que mediou entre as duas guerras mundiais, as questões de responsabilidade internacional que foram objeto de arbitragens no âmbito de comissões internacionais para a apreciação de reclamações, como a as comissões criadas entre os Estados Unidos e o México e a França e o México ou de julgamento pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional, tiveram que ver maioritariamente com o tratamento de estrangeiros.

Como refere Cassese,

Cito

“As regras costumeiras sobre as consequências jurídicas de atos ilícitos eram normalmente associadas, quer por Estados, quer por vários jusinternacionalistas anglo-americanos, com as regras substantivas que regulavam a conduta dos Estados, em especial as regras costumeiras relativas ao tratamento de estrangeiros”. (...) A partir daí verificou-se a tendência para associar as regras sobre responsabilidade dos Estados às regras relativas a violações que impunham aos Estados a obrigação de respeito pelos direitos dos estrangeiros e pelas suas propriedades.”²

Fim de citação

A criação de um regime jurídico internacional que codificasse as regras relativas à responsabilidade internacional dos Estados por atos internacionalmente ilícitos suscitou, após o final da I Guerra Mundial grande interesse por parte de personalidades individuais, instituições universitárias e associações privadas que se dedicam ao estudo do Direito Internacional e à promoção do seu desenvolvimento.

De referir os estudos de Strupp e Roth, respetivamente de 1927 e 1932, da Harvard Law School e do Instituto Americano de Direito Internacional.

No âmbito multilateral, o tema foi objeto de uma Conferência que se reuniu na Haia em 1930.

Nenhuma destas iniciativas se traduziu num projeto que recebesse uma aceitação generalizada por parte da Sociedade Internacional.

Os trabalhos sobre a codificação foram retomados no quadro da Organização das Nações Unidas, através da Comissão de Direito Internacional, em cuja agenda o tema foi introduzido em 1953, tendo beneficiado de excecionais

² Antonio CASSESE, *International Law*, second edition, Oxford, 2005, pag. 243.

contributos de um conjunto de relatores de grande prestígio: Garcia Amador, Robert Ago, W. Riphagen, G. Arangio-Ruiz e J. Crawford.

A Robert Ago deve-se, em particular, ter cortado o verdadeiro nó górdio que permitiu o progresso para a versão atual do Projeto de Artigos (PA): a distinção entre as normas primárias, ou seja, as relativas às obrigações substantivas dos Estados, como a imunidade dos Estados, o tratamento dos estrangeiros, as imunidades diplomáticas e consulares, o respeito pela soberania etc., e as normas secundárias, relativas à determinação das circunstâncias em que ocorre uma violação e às consequências jurídicas dessa violação. Foi apenas no quadro destas últimas que o PA se fixou.

Em consequência dessa distinção entre normas primárias e secundárias, as matérias que o PA se propôs tratar passaram a ser as seguintes:

- a O papel do Direito Internacional como distinto do direito interno do Estado em questão no que concerne à caracterização da conduta como ilícita;
- b A determinação das circunstâncias nas quais uma conduta é atribuída ao Estado enquanto sujeito de Direito Internacional;
- c A determinação do período temporal onde se verificou ou verifica a violação por um Estado de uma obrigação internacional;
- d A determinação das circunstâncias nas quais um Estado pode ser responsável pela conduta de outro Estado que é incompatível com uma obrigação internacional deste último;
- e As causas de exclusão da ilicitude;
- f A especificação do conteúdo da responsabilidade do Estado, ou seja, as novas relações jurídicas que resultam da prática por um Estado de um ato internacionalmente ilícito, no que se refere à cessação do ato e à reparação de qualquer consequência danosa do mesmo;
- g A determinação de quaisquer pré-condições processuais ou substantivas que se devem verificar para um Estado poder invocar a responsabilidade de outro Estado e as circunstâncias em que o direito de invocar a responsabilidade pode cessar;
- h A determinação das condições em que um Estado tem direito a responder a uma violação de uma obrigação internacional através da

aplicação de contramedidas destinadas a assegurar o cumprimento das obrigações do Estado responsável nos termos destes Artigos.

Quase meio século decorreu até à publicação do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Factos Internacionalmente Ilícitos.

O projeto aponta, sem dúvida, para um grande avanço nesta matéria. Das inovações que contém, parecem-me serem as mais significativas:

- a A possibilidade de verificação de responsabilidade internacional sem dano, dependendo, assim, apenas da verificação da ilicitude do ato;
- b A limitação da suscetibilidade de aplicação de contramedidas e a sua forte limitação, designadamente pela obrigação de proteção dos direitos humanos fundamentais, das obrigações de carácter humanitário e das obrigações decorrentes de normas imperativas de Direito Internacional;
- c A introdução do conceito de “graves violações de obrigações decorrentes de normas perentórias de Direito Internacional geral” configurando o que Cassese designa como um novo conceito de “Responsabilidade Internacional agravada”.
- d A legitimidade de qualquer Estado, mesmo que não lesado, para invocar a responsabilidade de outro Estado, quando se trate da violação de uma obrigação para com a “Sociedade Internacional no seu todo”.

No que se refere a estes dois últimos pontos, torna-se difícil, contudo, no atual estado de desenvolvimento do Direito Internacional, responder com eficácia a estas situações. Recordemos, a título de exemplo como no caso “Timor-Leste” o Tribunal Internacional de Justiça, embora reconhecendo a incontestabilidade da afirmação de Portugal de que o direito à autodeterminação tem um carácter *erga omnes*, não se considerou competente por razões de natureza processual (litisconsórcio passivo necessário da Austrália e da Indonésia) para apreciar a responsabilidade da Austrália pela prática de atos violadores desse direito. Esta decisão do Tribunal foi, aliás, objeto de duras críticas de dois dos juizes, que votaram vencidos, em particular do juiz Weeramantry.

A “outra metade” da temática da responsabilidade internacional é constituída pela responsabilidade internacional pelo risco. A falta de disponibilidade por parte da maioria dos Estados para a adoção de um regime convencional de âmbito alargado para esta matéria é manifesta.

Certo é que alguns passos têm sido dados, como o excelente documento histórico e comparatístico elaborado sobre o assunto pela Comissão de Direito Internacional, os projetos de artigos sobre a Prevenção de Danos Transfronteiriços Resultantes de Atividades Perigosas e sobre a Alocação de Danos Resultantes de Atividades Perigosas aprovados, respetivamente, pelas 56.^a e 58.^a sessões da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Facto é, contudo, que alguns poucos casos reiteradamente invocados, como por exemplo o caso *Trail Smelter* ocorreram em circunstâncias históricas tão específicas que, a meu ver, a sua força como precedente fica manifestamente prejudicada.

Por ora, a disponibilidade dos Estados parece mais orientada para a resolução de situações desta natureza pela via da negociação política, sem prejuízo de acordo em relação à inscrição de alguns princípios em instrumentos de *soft law*.

Não foi meu propósito, de modo algum, nesta breve intervenção inaugural desvalorizar o tema da responsabilidade internacional dos Estados, que nos traz aqui hoje. Trata-se de uma matéria apaixonante, e por ela passam certamente os caminhos da evolução do Direito Internacional do século XXI.

O mais recente número publicado do Anuário de Direito Internacional do Ministério dos Negócios Estrangeiros elegeu o PA como tema do “dossier”, por Portugal estar, em conjunto com outros Estados empenhado na adoção do projeto como tratado. Muitos outros Estados, entre os quais algumas das maiores potências mundiais, têm manifestado oposição a que tal aconteça num futuro próximo.

O avanço que a adoção do PA como tratado significaria é inegável, mesmo que, como atrás referi, a falta de meios compulsórios de resolução de diferendos fosse limitativa da sua produção de efeitos práticos. Acresce que certamente muitos Estados não o ratificariam num futuro próximo mas, como todos sabemos, é assim que o Direito Internacional avança.

I SESSÃO

A responsabilidade internacional pelas
Consequências Prejudiciais dos Atos não Proibidos
pelo Direito Internacional

Responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico: uma miragem?

Carla Amado Gomes¹

0. *Era uma vez* uma fundição na fronteira do Canadá com os Estados Unidos...: o caso *Trail Smelter* e o mito da responsabilidade ambiental dos Estados; **1.** A protecção do ambiente como “interesse da comunidade internacional no seu todo” e o incumprimento de obrigações de fazer e de não fazer: da responsabilidade penal à hipótese civil; **2.** Os *Draft articles on State responsibility* de 2001: um quadro normativo curto para a responsabilidade ambiental (e ainda mais para o dano ecológico); **3.** Os *Drafts* de 2001 e 2006: da responsabilidade do Estado por omissão de deveres de controlo de actividades potencialmente lesivas para o ambiente até à responsabilidade (objectiva) dos operadores que desenvolvem aquelas actividades; **4.** A inexistência de um princípio geral de (prevenção e) reparação do dano ecológico em zonas fora de jurisdição; **4.1.** Danos ambientais ocorridos na Área e o parecer do Tribunal Internacional para o Direito do Mar no caso 17; **5.** A responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico: questões difíceis (ou impossíveis?)

¹ Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

0. Era uma vez uma fundição na fronteira do Canadá com os Estados Unidos...: o caso Trail Smelter e o mito da responsabilidade ambiental dos Estados

“A reparação do dano no Direito Internacional do Ambiente está ainda na infância”, afirma KOIVUROVA². Ninguém diria, se pensarmos que a decisão *Trail Smelter* tem quase 80 anos. Esse caso traduz, contudo, um duplo equívoco: por um lado, não se trata, em estrito rigor, de um litígio “ambiental” – na verdade, resume-se a um conflito de vizinhança. O que estava em jogo na decisão *Trail Smelter*³ nada tinha a ver com a integridade do ambiente enquanto grandeza com valor intrínseco, mas antes com o bem estar das populações residentes, e bem assim com a viabilidade das culturas agrícolas, no território americano, ambas perturbadas pela poluição atmosférica produzida pela fundição *Trail*, situada em território canadiano.

Por outro lado, a decisão arbitral *Trail* só coincidentalmente constitui um litígio internacional, pois não fora a existência de um conflito negativo de competência dos tribunais canadianos e americanos, ter-se-ia traduzido num caso de reparação de danos, pessoais e económicos, a dirimir por um tribunal interno de um dos dois Estados envolvidos — e na verdade o tribunal arbitral baseou-se na legislação interna dos EUA⁴. Note-se que, em 1938/41, embora o Tribunal Permanente de Justiça Internacional já tivesse afirmado o princípio geral de que “any breach of an engagement involves an obligation to make reparation”, no caso *Chorzów Factory* (1928), estava-se ainda longe de aceitar que tal responsabilidade pudesse decorrer de uma omissão de controlo público da actividade económica poluente de uma entidade privada que causa danos transfronteiriços.

Relembrando o parágrafo mais paradigmático desta decisão, não só é clara, da sua leitura, a conclusão sobre a perspectiva antropocêntrica do dano como, e sobretudo, sobre a transfiguração deste litígio interprivados numa questão de preservação da integridade territorial do Estado norte-americano em face do Estado canadiano — no sentido de uma lesão infligida à sua população e/ou território por intrusão de poluentes atmosféricos:

² Timo KOIVUROVA, *Introduction to International Environmental Law*, Londres/ Nova Iorque, 2014, p. 181.

³ Na verdade, trata-se de dois acórdãos, um prolatado em 1938 (que se debruçou sobre danos ocorridos entre 1932 e 1936), outro prolatado em 1941 (que incidiu sobre sobre danos registados entre 1937 e 1940,

⁴ Cfr. Jaye ELLIS, *Has International Law outgrown Trail Smelter?*, 2006, pp. 4-5 (disponível em <http://ssrn.com/abstract=1766142>).

“The Tribunal, therefore, finds that the above decisions, taken as a whole, constitute an adequate basis for its conclusions, namely, that, under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence”.

No que mais directamente releva para esta nossa reflexão, realce-se que na decisão não se menciona o dano ao ambiente *de per se*⁵, nem se admite que a responsabilidade por dano transfronteiriço possa ser accionada em caso de tal dano ter ocorrido em zona — terrestre, aérea ou marinha — fora de jurisdição estatal. Acresce que o nexo de causalidade deve ficar inquestionavelmente estabelecido — o que será, nos casos de responsabilidade ambiental, uma raridade, em função de danos acumulados, pretéritos, órfãos... Enfim, no que toca à avaliação das consequências (*serious consequence*), esta há-de ser realizada em função dos efeitos em pessoas e património⁶, não em função da lesão ao equilíbrio do ecossistema e seus componentes.

A perspectiva exclusivamente antropocêntrica não deve surpreender. Com efeito, nos anos 1940, as raras convenções dedicadas a questões que hoje consideráramos ambientais (sobre caça à foca; sobre caça de animais selvagens) tinham propósitos estritamente utilitários. O princípio da responsabilidade por dano ambiental transfronteiriço ficou gravado na Declaração de Estocolmo, de 1972, no princípio 21, 2ª parte, na sua qualidade de princípio geral de Direito Internacional de base consuetudinária, sendo reafirmado no princípio 2 da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992 — mas por relação a danos pessoais e patrimoniais, como se pode comprovar da leitura do princípio 13 da Declaração do Rio, onde se exorta os Estados a desenhar quadros normativos que permitam atribuir “indenização às vítimas de poluição e de outros danos ambientais”.

É certo que em ambas as Declarações referidas se avançou no sentido de fixar a extensão do dever de indemnizar a espaços fora de jurisdição estatal — o

⁵ Confirmando esta leitura, Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles of International Environmental Law*, 3ª ed., Cambridge, 2012, p. 717, “The two awards of the tribunal did not deal with pure environmental damage *per se*, and rejected the opportunity to assess damages in respect of injurious consequences to the Columbia river. The tribunal basically took a market value approach that did not take account of loss of environmental amenity”. No mesmo sentido, Phoebe OKOWA, “Responsibility for environmental damage”, in *Research Handbook on International Environmental Law*, coord. de Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong e Panos Merkouris, Cheltenham/ Northampton, 2010, p. 307.

⁶ E mesmo quanto à prevalência destes valores, pessoais e patrimoniais, há dúvidas na doutrina quanto ao sentido da decisão. Isto porque, como realça Phoebe OKOWA (“Responsibility...”, *cit.*, pp. 307-308), o Estado norte-americano não quis fazer exigências que pudessem estabelecer precedentes os quais, mais tarde, pudessem voltar-se contra as suas próprias indústrias.

que poderia indiciar, sobretudo se pensarmos no alto-mar, que outros danos, além dos pessoais e patrimoniais, poderiam estar abrangidos. Porém, para além da questão de saber quem reclamaria a reparação de tal dano, sempre restaria o problema de saber que critérios deveriam ser observados nessa operação e quem controlaria a sua adequação e suficiência.

Sem embargo das dificuldades que envolve fixar um conceito universal de *dano ecológico*⁷ — tanto por razões técnicas como jurídicas —, o conceito foi merecendo aproximações pontuais. Vejam-se, a título de exemplo:

o artigo 1, n.º 15, da *Convention on the regulation of Antarctic mineral resource activities* (1988), ainda não em vigor, que estabelece dever entender-se por dano ecológico “any impact on the living or non-living components of that environment or those ecosystems, including harm to atmospheric, marine or terrestrial life, beyond that which is negligible or which has been assessed and judged to be acceptable pursuant to (the) Convention”;

a definição constante do *Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary Liability Protocol* (2010), no artigo 2, 2/b): “‘Damage’ means an adverse effect on the conservation and sustainable use of biological diversity, taking also into account risks to human health, that: i) Is measurable or otherwise observable taking into account, wherever available, scientifically-established baselines recognized by a competent authority that takes into account any other human induced variation and natural variation; and ii) Is significant as set out in paragraph 3 below”.

A Resolução 687 do Conselho de Segurança das Nações Unidas (1991) constitui um bom exemplo no tocante ao cômputo de danos ecológicos — em território sob jurisdição estatal. A Comissão de Compensação das Nações Unidas (*United Nations Compensation Commission*) que ficou encarregada de atribuir indemnizações aos lesados pela invasão iraquiana do Kuwait (onde se incluíram vários Estados da região do Golfo Pérsico), debruçou-se sobre alegações de danos de diversa natureza, desde despesas de avaliação e monitorização de risco futuro para o ambiente, passando por custos de prevenção e mitigação dos efeitos lesivos dos bombardeamentos, até à cobertura de custos de perda de serviços ecossistémicos. A atribuição de indemnizações com estas bases estava sujeita a uma cláusula de “green conditionality”, ou seja, as verbas ficariam depositadas num Fundo que reembolsaria os Estados obrigados a despesas de recuperação ambiental contra prova da efectiva afectação dos montantes a tais fins⁸.

⁷ Sublinhando que a definição de “dano ecológico” constitui uma árdua questão, Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., p. 706. Veja-se também, no plano do direito interno, Pierre-Antoine DEETJEN, “La traduction juridique d’un dommage écologique, le préjudice écologique”, in *RJE*, 2009/1, pp. 39 segs.

⁸ Cfr., desenvolvidamente, Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., pp. 724-725.

Como enfatizam BIRNIE, BOYLE e REDGWELL, os resultados do trabalho da Comissão são extraordinariamente relevantes para a consolidação das bases da responsabilidade internacional dos Estados no plano da protecção do ambiente, na medida em que ficaram enunciados vários pontos nevrálgicos da mesma; no entanto, isso só foi possível, sublinham, porque o Iraque foi considerado responsável e porque foi criado um esquema de reparação *ad hoc* com entidades específicas competentes para se ocupar da situação⁹. Daí que este caso constitua uma excepção no panorama da reparação de danos ecológicos a título de responsabilidade internacional de um Estado.

É verdade que, por exemplo, no plano do combate à poluição marinha por hidrocarbonetos se têm observado progressos no sentido de fazer responder o dono do navio por danos não exclusivamente relacionados com interesses patrimoniais, nomeadamente pelos custos de prevenção de danos ao ambiente. No tocante à aproximação ao dano ecológico, referimo-nos às Convenções de Bruxelas, de 1969 e 1971 (*International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage; International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage Fund*), na redacção alterada pelo Protocolo de Londres, de 1992 (*Protocol to amend the International Convention on civil liability for oil pollution damage*), nomeadamente ao artigo 1, §6º, de onde resulta a definição de “dano de poluição”:

““Pollution damage” means:

(a) loss or damage caused outside the ship by contamination resulting from the escape or discharge of oil from the ship, wherever such escape or discharge may occur, provided that compensation for impairment of the environment other than loss of profit from such impairment shall be limited to costs of reasonable measures of reinstatement actually undertaken or to be undertaken;

(b) the costs of preventive measures and further loss or damage caused by preventive measures”.

Como realçam DUPUY e VIÑUALES, soluções como a indemnização de custos com medidas de limpeza e de contenção de danos, já vão sendo habituais em convenções de luta contra a poluição, ainda que sujeitas a condição de razoabilidade¹⁰. Mas nada comparável com o regime estabelecido na Directiva europeia 35/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, sobre prevenção e reparação do dano ecológico, na qual se autonomiza a noção de “dano ecológico” e se definem critérios de reparação específicos. Ainda assim, em razão do princípio da territorialidade, tal regime apenas se aplica no espaço

⁹ Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, *International Law & the Environment*, 3ª ed., Oxford, 2009, pp. 231-232.

¹⁰ Pierre-Marie DUPUY e Jorge VIÑUALES, *International Environmental Law*, Cambridge, 2015, p. 265.

da União Europeia, ou seja, em território dos seus Estados membros — não em Estados terceiros, ainda que a pretexto de lesão provocada por uma empresa com sede na União Europeia, nem em território não sujeito a jurisdição estatal.

Nas linhas que seguem, percorreremos alguns caminhos trilhados pelo Direito da Responsabilidade internacional do Estado no âmbito da reparação de danos ao ambiente e testaremos as soluções detectadas em sede de reparação do dano ecológico no plano internacional¹¹.

1. A protecção do ambiente como “interesse da comunidade internacional no seu todo” e o incumprimento de obrigações de fazer e de não fazer: da responsabilidade penal à hipótese civil

Muito se escreveu já sobre o “despertar da era ecológica”¹² em final da década de 1960. Com a Conferência de Estocolmo, realizada sob a égide da ONU em 1972, a questão da finitude dos recursos ambientais e do imperativo da sua gestão racional, a bem da sobrevivência no planeta de presentes e futuras gerações, entra na agenda política mundial. A Declaração de Estocolmo afirma, no princípio 2, que os recursos naturais da Terra devem ser objecto de gestão criteriosa, a bem das presentes e futuras gerações; qualifica a Natureza, as espécies selvagens e seus habitats, como uma herança cuja conservação constitui uma responsabilidade comum (princípio 4); caracteriza os recursos não renováveis como especialmente frágeis e investe os Estado no dever de evitar a sua exaustão, a bem da Humanidade (princípio 5); no princípio 7, exorta os Estados a combater todas as formas de poluição, com especial incidência na marinha, que tinha em recentes desastres com petroleiros dado mostras de particular agressividade¹³. Nas décadas seguintes, assistiu-se a uma explosão normativa no plano do Direito Internacional do Ambiente, com alguns sucessos — como o combate

¹¹ Sobre este tema, vejam-se, Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, *International Law*, cit., pp. 214 segs; Louise Angélique DE LA FAYETTE, International liability for damage to the environment, in *Research Handbook on International Environmental Law*, coord. de Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong e Panos Merkouris, Cheltenham/Northampton, 2010, pp. 320 segs; Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., pp. 700 segs; Timo KOIVUROVA, *Introduction...*, cit., pp. 181 segs.; Pierre-Marie DUPUY e Jorge VIÑUALES, *International...*, cit., pp. 252 segs.

¹² Alexandre KISS, “Direito Internacional do Ambiente”, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 174 segs, 174.

¹³ Recorde-se o naufrágio do petroleiro *Torrey Canyon*, em 1967, que inundou a costa britânica com quase 12.000 toneladas de crude.

à redução da camada de ozono através da Convenção de Viena e do Protocolo de Montreal —, e muitos fracassos — sendo o mais paradigmático o da luta contra as alterações climáticas.

Com a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, em vigor desde 1993, ganha letra de forma, em instrumento vinculativo, o conceito de “património comum da Humanidade”¹⁴, corporizado nos Fundos Marinhos — a Área —, cuja gestão está regulada no Cap. XI da Convenção. A importância da protecção de certos recursos para a Humanidade, embora aqui numa perspectiva antropocêntrica e em zona fora de jurisdição estatal, revela o ambiente como uma grandeza de valor metaestadual e metageracional, quebrando a lógica egoística e bilateral tradicional das normas de Direito Internacional¹⁵.

Não se pode afirmar que fosse uma tendência exclusiva do Direito do Ambiente. Na verdade, no plano dos Direitos Humanos, a consciência da necessidade da sua protecção por apelo a valores universais — como a dignidade humana, e malgrado a variabilidade geográfica e cultural do conceito —, gerava um aumento dos mecanismos de tutela, quer no plano universal — com a possibilidade de apresentação de queixas ao Comité dos Direitos do Homem por violação dos direitos consagrados nos dois Pactos da ONU de 1966 —, quer no plano regional — aqui os exemplos mais ilustrativos são os da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (de 1950), com justiciabilidade obrigatória junto do Tribunal de Estrasburgo, e o Tribunal Penal Internacional, constituído em 2002 à luz do Estatuto de Roma (de 1998).

Recorde-se que a noção de obrigações *erga omnes* foi introduzida pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (1970), quando, no §33, obtemperou

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

No que concerne concretamente aos bens ambientais, o Tribunal Internacional de Justiça nunca se pronunciou com carácter vinculativo sobre a na-

¹⁴ Radicado no célebre discurso de Arvid Pardo, proferido em 1967 na Assembleia Geral das Nações Unidas, no qual exortou a que tanto os fundos marinhos como a coluna de água em alto mar fossem reservados a usos exclusivamente pacíficos e em benefício da Humanidade.

¹⁵ Cfr. Santiago VILLALPANDO, “The legal dimension of the international community, how community interests are protected in International Law”, in *The European Journal of International Law*, 2010/2, pp. 387 segs.

tureza *erga omnes* da obrigação de prevenção da sua integridade. Terá sido no parecer *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996), que sobre esse ponto ficou clara a posição do Tribunal, quando no §29 afirmou que

“The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons could constitute a catastrophe for the environment. The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment”.

No estádio actual, não pode, contudo, afirmar-se ter a obrigação de prevenção de danos ambientais adquirido estatuto *erga omnes*, embora o Tribunal Internacional de Justiça não desconheça o problema¹⁶. Curiosamente, no entanto, no domínio da protecção do património cultural, a Convenção da UNESCO de 1972, sobre salvaguarda de bens do património cultural (edificado e natural) universal, a percepção da importância destes bens como testemunho de legado civilizacional, tem gerado um aumento das preocupações internacionais sobre a sua protecção — chegando até a um ponto inédito de formulação de uma acusação, junto do Tribunal Penal Internacional, contra o terrorista Ahmad al-Faqi al-Mahdi por crime contra a Humanidade materializado na ordem de destruição dos templos de Timbuktu, em 2012.

Conforme assinala VILLALPANDO, a adopção de uma perspectiva mais “sinalagmática” das relações internacionais acompanha a alteração da postura dos Estados, de uma atitude mais abstencionista pós Paz de Vestefália para um esquema mais interactivo. Com efeito, o imperativo de protecção do ambiente traduz um propósito universal que força a transição de um modelo de sociedade internacional em que os Estados perseguem sobretudo interesses egoístas para um modelo de comunidade internacional que pressupõe a cooperação na prossecução de interesses que só de forma global podem ser endereçados¹⁷.

Impõe-se reconhecer, em razão da natureza dos bens em jogo, que a salvaguarda da integridade de bens colectivos só pode ser efectivamente alcançada

¹⁶ Leia-se as considerações do Tribunal no §140 do caso *Gabcikovo-Nagymaros* (1997), *“The Court is mindful that, in the field of environmental protection, vigilance and prevention are required on account of the often irreversible character of damage to the environment and of the limitations inherent in the very mechanism of reparation of this type of damage”.* Veja-se também Jutta BRUNÉE, “Common areas, common heritage, and common concern”, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, coord. de Daniel Bodansky, Jutta Brunée e Ellen Hey, Oxford, 2008, pp. 550 segs, 555.

¹⁷ Santiago VILLALPANDO, “The legal dimension...”, *cit.*, pp. 390-392.

através de uma actuação solidária dos Estados, em que coloquem o interesse comum acima do interesse individual. Ora, isso é por demais evidente no caso da protecção do ambiente, no âmbito da qual se identifica facilmente um valor ético associado ao valor físico, além de se constatar uma continuidade geográfica e biofísica dos problemas de degradação ambiental que reclama uma acção concertada dos Estados.

A compatibilização entre a vocação universalista da protecção ambiental vai, no entanto, enfrentar um implacável adversário na vocação nacionalista da soberania permanente sobre os recursos naturais sitos em território estatal¹⁸. Os Estados são ciosos da prerrogativa de delinear as suas políticas de exploração das riquezas naturais que detêm, e o modelo de democracia representativa — mesmo quando com ele não interferem esquemas de corrupção a favor as elites, em Estados dominados por sistemas ditatoriais — é desadequado aos tempos longos da preservação do ambiente, cedendo facilmente ao tempo curto da gestão desregada com vista à conservação do poder.

A alternativa para fazer prevalecer os valores ambientais como valores universais parece ser a da consagração de princípios como a prevenção de danos ao ambiente (seja onde for) e a gestão racional dos recursos naturais (estejam onde estiverem, mas sobretudo em zonas sob jurisdição nacional) como normas com natureza *erga omnes*, isto é, normas que se impõem independentemente de vinculação convencional por traduzirem *obrigações dos Estados em face da comunidade internacional no seu todo*. Malgrado a evidência esta asserção, certo é que, para além dos princípios: da cooperação de boa fé; da responsabilização por danos sérios e de carácter patrimonial ou pessoal decorrentes de actividades perigosas com reflexos transfronteiriços; e da prevenção (de impactos significativos) através do procedimento de avaliação de impacto ambiental — reconhecidos como princípios de Direito Internacional geral pelo Tribunal Internacional de Justiça nos casos *Gabcikovo-Nagymaros* (1997)¹⁹; *Costa Rica vs*

¹⁸ Cfr., sobre este ponto, o nosso “Os bens ambientais como bens de interesse comum da Humanidade, entre o universalismo e a razão de Estado”, in *O Direito*, 2009/5, pp. 1051 segs.

¹⁹ Cfr. o §142 do Acórdão,
“What is required in the present case by the rule *pacta sunt servanda*, as reflected in Article 26 of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties, is that the Parties find an agreed solution within the cooperative context of the Treaty.
Article 26 combines two elements, which are of equal importance. It provides that ‘Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith’. This latter element, in the Court’s view, implies that, in this case, it is the purpose of the Treaty, and the intentions of the parties in concluding it, which should prevail over its literal application. The principle of good faith obliges the Parties to apply it in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized”.

Veja-se também os §§112 e 143.

Nicaragua and Nicaragua vs Costa Rica (2015)²⁰; e *Pulp Mills on river Uruguay* (2010)²¹, respectivamente —; certo é que, como vimos *supra*, a jurisprudência internacional tem-se furtado a qualificar a natureza *erga omnes* da obrigação substantiva de prevenção de danos à integridade de bens ambientais contra o princípio da soberania dos Estados, pelo menos em pronúncias com eficácia decisória.

A Comissão de Direito Internacional avançou, em 1996, com uma proposta demasiado ambiciosa: a criminalização das violações de normas internacionais de protecção ambiental²². Aludimos ao artigo 19, nº 3, alínea d) do fracassado Projecto de artigos sobre responsabilidade internacional do Esta-

²⁰ Cfr. os §§ 141 e 142 do Acórdão,

“... While Nicaragua failed to comply with the obligations under the 2011 Order, it is necessary also to take into account the fact that Nicaragua later complied with the requirements, stated in the Order of 22 November 2013, to “refrain from any dredging and other activities in the disputed territory” and to “cause the removal from the disputed territory of any personnel, whether civilian, police or security” (I.C.J. Reports 2013, p. 369, para. 59). It is to be expected that Nicaragua will have the same attitude with regard to the legal situation resulting from the present Judgment, in particular in view of the fact that the question of territorial sovereignty over the disputed territory has now been resolved.

¹⁴² Costa Rica is entitled to receive compensation for the material damage caused by those breaches of obligations by Nicaragua that have been ascertained by the Court. The relevant material damage and the amount of compensation may be assessed by the Court only in separate proceedings. The Court is of the opinion that the Parties should engage in negotiation in order to reach an agreement on these issues. However, if they fail to reach such an agreement within 12 months of the date of the present Judgment, the Court will, at the request of either Party, determine the amount of compensation on the basis of further written pleadings limited to this issue”.

²¹ Cfr. o §204 do Acórdão,

“In this sense, the obligation to protect and preserve, under Article 41 (a) of the Statute, has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource. Moreover, due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies, would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the régime of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works”.

²² Sobre o movimento doutrinal de criminalização de condutas ofensivas de bens ambientais, cujos quatro crimes principais seriam os crimes de poluição atmosférica, os crimes de desflorestação, os crimes contra animais e os crimes de poluição da água, vejam-se os textos reunidos na obra coordenada por Nigel SOUTH e Avi BRISMAN, *Routledge International Handbook of green criminology*, London & New York, 2013.

do²³, que muito provavelmente deve a essa norma o seu insucesso²⁴. A norma em causa rezava assim:

“Article 19 – International crimes and international delicts:

(...)

2. *An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime.*

3. *Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, inter alia, from:*

(...)

²³ Num outro Projecto do mesmo ano, a alínea g) do artigo 20 (*War crimes*) do *Draft Code of crimes against the peace and security of mankind*, reduziu o âmbito do tipo, tanto no seu contexto (apenas em cenário de guerra), como no seu objecto (a ofensa ao ambiente releva apenas enquanto atentado à vida e saúde das pessoas),

“Any of the following crimes constitutes a crime against peace and security of mankind when committed in a systematic manner or on a large scale,
(...)

g) In the case of armed conflict, using methods or means of warfare not justified by military necessity with the intent to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment and thereby gravely prejudice the health or survival of the population and such damage occurs”.

Desse Projecto de 1996, o que “sobreviveu” no Estatuto de Roma foi a norma do artigo 8, n.º 2/b) iv) — a qual confere relevo autónomo à protecção do ambiente, mas que no fundo justifica a sua destruição em cenário de guerra, salvo se a lesão for manifestamente desproporcionada em relação ao objectivo militar que se pretende alcançar —, que se transcreve,

“The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.

For the purpose of this Statute, ‘war crimes’ means,

(...)

b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts,

(...)

iv) Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated”.

²⁴ Bem assim como à solução de responsabilização quase objectiva que decorria do artigo 21 — cfr. Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, *International Law...*, cit., p. 223.

(d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas”.

2. Os *Draft* articles on State responsibility de 2001: um quadro normativo curto para a responsabilidade ambiental (e ainda mais para o dano ecológico)

Cumpra desde logo observar que os *Draft articles* de 2001 não têm eficácia vinculativa por consubstanciarem um mero projecto (*draft*)²⁵. Depois, deve sublinhar-se que têm uma vocação aplicativa que se resume a Estados — facto que reduz a utilidade do seu quadro normativo em casos de dano ambiental e ecológico a um âmbito muito reduzido, pois as actividades de maior potencial lesivo são maioritariamente desenvolvidas por privados. Claro que existe a possibilidade de considerar a falta de controlo de instalações perigosas, *ab initio*, durante o seu funcionamento ou mesmo na fase de desmantelamento, como uma quebra dos deveres de prevenção a que o Estado está obrigado, por força de compromissos internacionais convencionais ou pela via dos deveres agregados à avaliação de impacto ambiental — nos termos do artigo 8 dos *Draft articles* 2001. Conforme ressalta KOIVUROVA²⁶, neste caso, o apuramento da responsabilidade do Estado que acolhe a instalação perigosa pressupõe a aferição do cumprimento de deveres de controlo preventivo, através de questões como: i) pode ser atribuída a responsabilidade por uma lesão a alguma actividade desenvolvida no território do Estado A?; ii) O Estado A autorizou o projecto?; iii) O Estado A analisou a possibilidade de danos transfronteiriços?; iv) O Estado A notificou o Estado onde os danos se verificaram?

Deve ressaltar-se, no entanto, que tal responsabilidade, a aceitar-se, deverá assumir sempre carácter subsidiário, uma vez que é sobre o operador, que lucra com a actividade, que deverão recair os custos de reparação de danos eventualmente causados pelo funcionamento das instalações. Admitir a responsabi-

²⁵ O que não lhes minimiza a importância. Conforme sublinha Maria Luísa DUARTE (*Direito Internacional Público e ordem jurídica global do século XXI*, Coimbra, 2014, pp. 157-158), “em domínios mais vulneráveis aos efeitos paralisantes da falta de consenso político entre os Estados (...), a aprovação de resoluções e declarações põe em marcha um processo de divulgação e de reiteração de um projecto normativo”. Ou, nas palavras de Jean-Marie DUPUY, em texto especialmente dedicado à importância do *soft law* no Direito Internacional do Ambiente, “In the context of ‘soft’ instruments, one could say, using the classical working of legal theory in regard to the creation of custom, that the cumulative enunciation of the same guideline by numerous non-binding texts helps to express the *opinio juris* of the world community” — “Soft law and the International Law of the Environment”, in *Michigan Journal of International Law*, 1991/2, pp. 420 segs, 432.

²⁶ Timo KOIVUROVA, *Introduction...*, *cit.*, p. 177.

lidade estatal como principal equivaleria a subsidiar as empresas mais poluentes e negar o princípio do poluidor-pagador²⁷.

O facto de os *Draft articles* 2001 disciplinarem um tipo de responsabilidade (civil) muito particular — por se tratar de responsabilidade no plano internacional, o que implica que é accionável perante o simples incumprimento de uma obrigação jurídica e não envolve, portanto e forçosamente, uma conduta que provoque danos no plano dos factos — explica que só se aplique entre Estados, sujeitos de direitos e obrigações internacionais por excelência. Essa circunstância justifica igualmente que só Estados possam invocar a violação de obrigações, devendo caracterizar, em regra, uma lesão de interesses próprios, políticos e/ou sociais (artigo 42 dos *Draft articles* 2001). De resto, para além de organizações internacionais, só Estados têm legitimidade para se apresentar perante a grande maioria dos tribunais internacionais (cfr., paradigmaticamente, o artigo 35 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça), o que significa que só Estados podem reclamar responsabilidade internacional de outros Estados.

Ora, a abertura proporcionada pelo artigo 48 dos *Draft articles* 2001 só ganharia verdadeiro relevo, em primeiro lugar e desde logo, se outros actores, altruístas, pudessem apresentar acções de responsabilização de Estados que praticam — ou permitem, por omissão, a prática por privados — actuações lesivas do ambiente, dentro do seu território ou em zonas fora de jurisdição. É que, descartada que está a possibilidade de um Estado esgrimir contramedidas contra outro Estado em nome da salvaguarda de interesses da comunidade internacional no seu todo (cfr. os artigos 49 e 54 do *Draft articles* 2001), resta a hipótese de um Estado se apresentar a litigar num Tribunal Internacional contra outro Estado sem que esteja a defender um interesse particular — o que, numa perspectiva política realista, é pouco crível, sobretudo se tivermos em mente as diferenças de peso político entre os Estados da comunidade internacional. E ainda que o faça, é duvidoso que a pretensão vá além do pedido de reembolso de custos de limpeza e de reconhecimento do facto ilícito²⁸.

Em segundo lugar, tal derrogação à regra de a legitimidade processual internacional importar necessariamente um interesse directo em agir enfrenta um obstáculo decisivo na posição expressa pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso *East Timor* (1995) e reafirmada no caso *Armed activities in the territory of the Congo* (2006), nos quais o Tribunal esclareceu que, apesar de certos valores serem universais (mesmo que *jus cogens*), isso não significa que o Estado contra

²⁷ Neste sentido, Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, *International Law...*, cit., p. 222).

²⁸ Neste sentido, Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, *International Law...*, cit., p. 235.

o qual se brendem as acusações possa ficar despossuído da faculdade de aceitar a jurisdição da instância internacional perante a qual é demandado²⁹.

Ou seja, e transpondo estas considerações para o domínio que nos ocupa quer a ofensa ao bem ambiental se tenha manifestado em território sob jurisdição estatal (do próprio lesante), quer tenha ocorrido fora dela, o Estado lesante terá sempre que manifestar a sua concordância com a submissão do litígio à jurisdição internacional. Por outras palavras, tal redundaria em que a atribuição de natureza *erga omnes* à obrigação de prevenção e responsabilização por danos ambientais *onde quer que se manifestem* não resolve a questão, adjectiva, da possibilidade de imputação judicial dessa ofensa a um agente que não reconhece a jurisdição do tribunal.

Finalmente e em terceiro lugar, o artigo 48 não resolve a questão substantiva fundamental, que reside na inexistência de um regime específico de reparação do dano ecológico no plano global, nem em termos da fixação de critérios de reparação nem, sobretudo, no plano da reparação do dano ocorrido em zona fora de jurisdição.

Cumpra assinalar e desenvolver, no ponto seguinte, que os *Draft articles on prevention of transboundary harm from hazardous activities*, que a Comissão de Direito Internacional submeteu à Assembleia Geral da ONU também em 2001 (= *Draft articles on prevention 2001*), deram passos assinaláveis no estabelecimento de uma pauta de cooperação preventiva para a redução de poluição transfronteiriça. E não é menos certo que os *Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities* (= *Draft principles 2006*) elaborados pela mesma Comissão e submetidos à Assembleia Geral da ONU em 2006, constituem um esforço sério no sentido de esclarecer as regras de imputação dos danos, também ecológicos, aos operadores privados (em regimes a desenhar pelos Estados no plano do seu Direito interno), e bem assim de traçar princípios de minimização e eliminação dos efeitos das actuações lesivas.

²⁹ Cfr. o §29 do caso *East Timor*,

“However, the Court considers that the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things. Whatever the nature of the obligations invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not a party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right *erga omnes*”,

e o §64 do caso *Armed activities*,

“The same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (*ius cogens*) and the establishment of the Court’s jurisdiction, the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court’s Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties”.

Contudo, apesar dos progressos, continua a revelar-se um quadro insuficiente a vários títulos — e isto para além, repita-se, de estarmos a falar de instrumentos de *soft law*.

3. Os Drafts de 2001 e 2006: da responsabilidade do Estado por omissão de deveres de controlo de actividades potencialmente lesivas para o ambiente até à responsabilidade (objectiva) dos operadores que desenvolvem aquelas actividades

Como se observou, os *Draft articles* 2001 são curtos para enquadrar a maior parte das hipóteses de danos ao ambiente, tanto tomados em sentido amplo como restrito. Isto fundamentalmente porque as actividades (perigosas) económicas (comerciais e industriais) são hoje em dia desenvolvidas esmagadoramente por privados, cabendo ao Estado funções de *command and control* ou de regulação.

Sabe-se que, em Direito Internacional, a imputação de responsabilidade prescinde dos motivos da actuação, nomeadamente se há ou não culpa do agente (por violação dos deveres de diligência — tal pode ser importante para graduar o *quantum* de responsabilidade, mas não a sua verificação). Para haver incumprimento e concomitante responsabilidade, cumpre aferir da actuação segundo uma espécie de diligência objectiva (*due diligence*), que por vezes é assim identificada, outras vezes é subsumida na máxima *pacta sunt servanda*, outra vezes ainda é identificada como um dever de cooperação de boa fé.

Para tal, e considerando que as actividades potencialmente lesivas do ambiente — ou que são susceptíveis de gerar impactos ambientais — devem estar sujeitas a controlo prévio, a demonstração da *due diligence* para efeitos de afastamento da responsabilidade do Estado, de forma directa (em caso de actividades públicas) ou indirecta (em caso de autorização de actividades por privados), em muito fica a ganhar com a descrição dos deveres de prevenção nos *Draft articles on prevention* 2001. Isto porque, através deste elenco, é possível caracterizar de forma objectiva o cumprimento de deveres de prevenção cuja violação pode servir de esteio a uma imputação de responsabilidade, autónoma ou subsidiária, ao Estado onde se sedia a actividade que gera a lesão em face do Estado em cujo território o dano se veio a verificar.

Conforme realçam DUPUY e VIÑUALES, a caracterização da *due diligence* no cumprimento dos deveres de prevenção não preclui a ilicitude nem exonera o Estado de responsabilidade; antes configura uma condição de actuação

da norma primária de responsabilização. Ou seja, o Estado lesado deve provar i) o dano; ii) o seu âmbito e a sua natureza; iii) a não adopção da diligência devida; e iv) a relação causal entre a acção negligente e o dano³⁰.

Note-se, assim, que uma coisa é a *responsabilidade pelo “mero” incumprimento do dever de realizar uma avaliação de impacto ambiental* quando o impacto potencial se revele significativo (ou de outro tipo de obrigação de carácter preventivo, como a aprovação de planos de contingência em caso de desastre natural) — aqui tratase de um incumprimento de obrigação internacional puramente jurídica³¹; outra coisa é a *responsabilidade por danos efectivos ao ambiente provocada por uma actividade não submetida a avaliação de impacto ambiental ou a uma avaliação deficiente* — neste caso, a responsabilidade, sendo também jurídica, tem uma projecção na realidade física³². Ora, nesta situação, impor-se-á — salvo caracterização especial em instrumento convencional vinculativo dos Estados em litígio — apelar à jurisprudência *Trail Smelter*, ao dano sério, a pessoas ou património, e à demonstração da causalidade entre a violação do dever e o dano (ou a agravação) do dano efectivamente causado³³. Malgrado os equívocos que tal decisão encerra.

³⁰ Pierre-Marie DUPUY e Jorge VIÑUALES, *International...*, cit., p. 255.

³¹ Cujá reparação se rege pelos artigos 34 a 39 do *Draft 2001*, que plasmam princípios estabelecidos desde 1928, no caso *Chorzów Factory*, em cuja página 47 se pode ler o seguinte, “*The essential principle contained in the actual notion of an illegal act — a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals — is that reparation must, 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. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it — such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law*”.

³² Esta “dualidade” ficou bem patente na análise do caso *Chorzów Factory*, quando o Tribunal obtemperou que, no que toca à efectivação da responsabilidade internacional três questões se colocam, “*1. The existence of the obligation to make reparation; 2. The existence of the damage which must serve as a basis for the calculation of the amount of the indemnity; 3. The extent of this damage*” (pag 23).

³³ Criticando a postura do Tribunal Internacional de Justiça no caso *Pulp mills on the river Uruguay*, por o Tribunal se ter bastado com a constatação da responsabilidade internacional do Uruguay decorrente de não ter levado a cabo qualquer procedimento de avaliação de impacto ambiental relativamente às fábricas de pasta de papel, descartando a aferição das consequências do incumprimento de deveres de prevenção de danos, Francesco FRANCIONI, “*Realism, utopia and the future of International Environmental Law*”, in *Realizing Utopia, the future of International Law*, coord. de Antonio Cassese, Oxford, 2012, pp 442 segs, 454. Este posicionamento, todavia, deve ser lido não apenas em função do princípio do pedido (a Argentina queria ver satisfeita a sua pretensão de efectivação da responsabilidade internacional do Uruguay através do reconhecimento da quebra de deveres de *due diligence*), como também na perspectiva de que, a querer reparação do dano ambiental, a Argentina teria tido que fazer prova de dano sério directa e exclusivamente provocado pelas descargas das fábricas no rio Uruguay.

Recorde-se que o Tribunal Internacional de Justiça já qualificou o dever de realizar avaliação de impacto ambiental quando se projecta a implementação de actividades que possam causar impacto significativo no ambiente — *maxime*, dano — como uma obrigação assente num princípio de direito internacional geral, no caso *Pulp Mills on the river Uruguay* (tendo-o reafirmado nos casos apensos *Costa Rica vs Nicaragua and Nicaragua vs Costa Rica*). Esta decisão, na qual se realça a exigência de notificação prévia a Estados potencialmente afectados por actividades industriais a implementar por parte do Estado licenciador³⁴, não define, no entanto, o que deve entender-se por procedimento de avaliação de impacto ambiental, tendo deixado de algum modo a sensação de que um passo tão importante tinha, afinal, sido dado em vazio. Nos casos apensos *Nicarágua vs Costa Rica e Costa Rica vs Nicarágua*, o Tribunal pouco mais avançou, limitando-se a frisar que a avaliação de impacto ambiental deve ser um procedimento *prévio* ao início dos trabalhos no terreno e não um diagnóstico de impactos observados três anos após o início dos trabalhos de implementação³⁵.

Teria sido, porventura, uma boa oportunidade para o Tribunal, sem entrar na definição de critérios técnico-científicos de realização da avaliação de impacto ambiental, fazer assentar tal procedimento nos momentos estabelecidos nos *Draft articles on prevention 2001*, ou seja, no percurso: notificação a Estados terceiros – avaliação técnica – consultas, envolvendo audiências públicas internas e externas, caso os Estados terceiros as queiram promover – aprovação de planos de emergência, internos e externos (se a actividade/instalação implicar alto risco de acidente) – decisão com publicitação em todos os Estados.

Independentemente da maior ou menor densificação da noção de avaliação de impacto ambiental, certo é que, por um lado, nem a prova da sua realização afasta o dever de ressarcir danos na realidade física, sérios e causalmente comprovados, nem a prova da sua não realização é factor suficiente de responsabilização, por danos ambientais em sentido amplo. Por outro lado, no estrito âmbito do *Draft articles 2001*, estaremos sempre a considerar danos não ecológi-

³⁴ Cfr. o §120 do caso *Pulp Mills on the river Uruguay*.

³⁵ Cfr. o § 161,

“Nevertheless, the obligation to conduct an environmental impact assessment requires an ex ante evaluation of the risk of significant transboundary harm, and thus ‘an environmental impact assessment must be conducted prior to the implementation of a project’ (...). In the present case, Costa Rica was under an obligation to carry out such an assessment prior to commencing the construction of the road, to ensure that the design and execution of the project would minimize the risk of significant transboundary harm. In contrast, Costa Rica’s Environmental Diagnostic Assessment and its other studies were post hoc assessments of the environmental impact of the stretches of the road that had already been built. These studies did not evaluate the risk of future harm. The Court notes moreover that the Environmental Diagnostic Assessment was carried out approximately three years into the road’s construction”.

cos, e sobretudo danos provocados por actividades estatais (era a situação nos casos apenas *Nicarágua vs Costa Rica e Costa Rica vs Nicarágua*), uma vez que a responsabilidade internacional constitui, primordialmente, um instituto que envolve Estados, só marginalmente (provando-se omissões de fiscalização prévia) possibilitando a responsabilização do Estado quando a conduta lesiva é levada a cabo por entidades privadas.

Esta insuficiência de alcance subjectivo dos *Draft articles on prevention* 2001 justificou a elaboração dos *Draft principles* 2006, nos quais já se aponta para uma responsabilização do agente privado/ operador e, o que é assinalável, a título objectivo — conforme decorre do princípio 4/2: “These measures should include the imposition of liability on the operator or, where appropriate, other person or entity. Such liability should not require proof of fault”. Esta solução foi muito debatida, pois sobre ela se dividiram argumentos entre quem preconizava um modelo de responsabilidade objectiva *do Estado*, e os que a recusavam — pois ou a actividade é proibida (ou está a ser exercida de forma ilícita) e o Estado pode ser responsável por não ter tomado as medidas preventivas adequadas; ou a actividade é permitida e é o operador que, a título objectivo, deverá responder³⁶.

Foi esta última que vingou. O Estado surge aqui investido num papel de promotor do regime legal que permita promover a reparação “pronta e adequada” dos lesados (princípio 4/1 dos *Draft principles* 2006), através do património do operador, ficando este adstrito à realização de seguros, à constituição de fundos ou à prestação de outras garantias financeiras, a fim de poder desenvolver a sua actividade especialmente perigosa³⁷.

Note-se que o *Draft principles* 2006 pressupõe a manutenção, pelo Estado, dos deveres descritos no *Draft articles on prevention* 2001 — leia-se o princípio 5 dos primeiros —, e não é de todo de descartar a ideia, apesar de os principais visados serem entidades privadas, de que o Estado possa vir a responder em segunda linha (o princípio 7/2 do *Draft principles* 2006 permite afirmar isto). Por outras palavras e à semelhança do que sucede em regimes como a reparação de danos provocados por acidentes em centrais nucleares ou por poluição marinha

³⁶ Estas soluções tornam cada vez mais fluida a distinção entre responsabilidade (civil) internacional do Estado e responsabilidade civil decorrente de normas internacionais. A esta miscigenação acrescem as normas que, estabelecendo imputação a título objectivo a operadores privados (cfr. *infra*, nota 38), colocam o Estado numa posição de reparador complementar, caso o dano ultrapasse o tecto fixado no instrumento internacional aplicável — cfr. Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., pp. 700-701.

³⁷ Segundo Caroline FOSTER (“The ILC Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, privatizing risk?”, in *RECIEL*, 2005/3, pp. 265 segs, 270), a norma cobre riscos desconhecidos. Já Alan BOYLE (“Globalising Environmental Liability, The Interplay of National and International Law”, in *Journal of Environmental Law*, 2005/1, pp. 3 segs, 17), e Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL (*International Law...*, cit. p. 221), entendem que estes não estão compreendidos.

por hidrocarbonetos, nos quais se prevê a responsabilidade objectiva do operador³⁸, a responsabilidade internacional do Estado coexiste, embora de forma subsidiária — neste contexto, no entanto, independentemente da verificação da violação de deveres de controlo prévio/vigilância.

Esta subsidiariedade permite salvaguardar na íntegra o princípio da responsabilidade internacional do Estado por danos causados por poluição transfronteiriça — ou seja, deixa intocada a responsabilidade jurídica por incumprimento de dever de prevenção, que só é actuada se este dever tiver sido preterido; e não envolve responsabilidade primária do Estado pelo ressarcimento de danos físicos causados por actividades privadas perigosas desenvolvidas no seu território a pessoas ou património de Estados terceiros³⁹. BOYLE, no entanto, chama a atenção para que o *Draft principles 2006* deveria incluir uma norma sobre exaustão de meios internos pelos lesados como condição de efectivação da responsabilidade internacional⁴⁰. Num paralelo próximo, FOSTER entende que o *Draft principles 2006* deveria conter uma norma sobre litígios entre Estados, em caso de insuficiência do regime legal no Estado onde se situa a fonte de risco, quer a título directo, quer a título de representante dos seus nacionais lesados⁴¹.

Cumpre realçar, na linha do pensamento de FOSTER, que a aplicação conjunta do Draft articles 2001 e do Draft principles 2006 é possível. Ou seja, caso a actividade não proibida seja privada, esteja identificada como potencialmente perigosa, seja passível de responsabilização objectiva do operador e cause danos transfronteiriços, a vítima pode desde logo accionar o operador em termos objectivos e, caso esta responsabilização seja insuficiente, poderá então accionar o Estado onde se situa a fonte de risco geradora do dano e imputar-lhe a responsabilidade no mesmo plano, independentemente da observância dos deveres de vigilância a que estava obrigado⁴².

³⁸ Vejam-se as normas contidas, nos artigos 4º da *Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy* (1960), conforme alterações introduzidas pelos Protocolos adicionais de 1964 e de 1982, e II da *Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage* (1963) — ambas as convenções se encontram interligadas pelo Protocolo conjunto de 1988; no artigo III da *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage* (1969).

Veja-se também o regime criado pelo *Protocol on Liability and Compensation for Damage Resulting from Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal* (1999) — em especial, o artigo 4; e o Anexo VI do *Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty – Liability Arising From Environmental Emergencies* (2005) — cfr. o 6º, nº 3.

³⁹ Nas palavras de Ulrich BEYERLIN e Thilo MARAUHN, *International Environmental Law*, Portland, 2011, p. 368, esta subsidiariedade é absolutamente intencional, tendo ficado claro ao longo dos trabalhos da Comissão que a responsabilidade, a ser objectiva, nunca poderia recair primariamente sobre os Estados.

⁴⁰ Alan BOYLE, “Globalising...”, *cit.*, p. 22.

⁴¹ Cfr. Caroline FOSTER, “The ILC Draft...”, *cit.*, p. 279.

⁴² Caroline FOSTER, “The ILC Draft...”, *cit.*, p. 269.

Uma dúvida que nos fica, uma vez admitida a aplicação conjunta — ou sucessiva — dos dois projectos, é a de saber se esta responsabilidade internacional, ainda que subsidiariamente objectiva, do Estado, cobre danos ambientais apenas no sentido clássico (pessoais e patrimoniais) ou se também abarca danos ecológicos em sentido estrito. A pergunta justifica-se porquanto o *Draft principles 2006* autonomiza o dano (significativo) ecológico dos danos (significativos)⁴³ pessoais, morais e patrimoniais, e até diferencia entre custos de reparação (*reinstatement*) e custos de mitigação (*response*) relativamente ao primeiro. Veja-se o disposto no artigo 2:

“For the purposes of the present draft principles:

(a) “damage” means significant damage caused to persons, property or the environment; and includes:

(i) loss of life or personal injury;

(ii) loss of, or damage to, property, including property which forms part of the cultural heritage;

(iii) loss or damage by impairment of the environment;

(iv) the costs of reasonable measures of reinstatement of the property, or environment, including natural resources;

(v) the costs of reasonable response measures;

⁴³ Anote-se o comentário da Comissão de Direito Internacional ao termo “significativo”, “The term ‘significant’ is understood to refer to something more than ‘detectable’ but need not be at the level of ‘serious’ or ‘substantial’. The harm must lead a real detrimental effect on matters such as, for example, human health, industry, property, environment or agriculture in other States. Such detrimental effects must be susceptible of being measured by factual and objective standards”.

Já no âmbito do artigo 2, nº 3 do *Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary Liability Protocol*, já mencionado no texto, um efeito significativo equivale a,

“A “significant” adverse effect is to be determined on the basis of factors, such as,

i) The long-term or permanent change, to be understood as change that will not be redressed through natural recovery within a reasonable period of time;

ii) The extent of the qualitative or quantitative changes that adversely affect the components of biological diversity;

iii) The reduction of the ability of components of biological diversity to provide goods and services;

iv) The extent of any adverse effects on human health in the context of the Protocol”.

(b) “environment” includes: natural resources, both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora and the interaction between the same factors; and the characteristic aspects of the landscape”.

Assumindo a aplicação subsidiária, a continuidade do regime deve ficar assegurada, ou seja, o âmbito de responsabilização do Estado há-de ser idêntico ao do privado, sob pena de frustração dos objectivos dos documentos — ainda que, repita-se, seja apenas aplicável em caso de insuficiência do património do privado. Esta continuidade regulatória permite afirmar que se assiste a um tímido emergir da responsabilização internacional do Estado por dano ecológico — mas apenas na sequência da insuficiência do património de uma entidade privada, que responde objectivamente, apenas no âmbito de determinadas actividades.

Acresce que, apesar de o modelo de reparação ser ambicioso — uma vez que envolve custos de reintegração do estado dos bens ambientais (*ao statu quo ante* dano)⁴⁴ e de mitigação do agravamento dos danos —, apela a um conceito indeterminado de *reasonable measures* (compreensível mas potencialmente perverso)⁴⁵, e não contempla uma restauração da *situação actual hipotética* dos bens⁴⁶. Finalmente, conforme realçam SANDS e PEEL, deve assinalar-se a ausência de normas sobre prazos de propositura das acções de reparação⁴⁷.

Enfim, independentemente da valia, teórica e prática (mesmo sendo *soft law*) destes documentos, continuamos a enfrentar os problemas assinalados em 2., a que acresce um outro: o da impossibilidade de imputação, a Estados ou a

⁴⁴ Facto que pressupõe a possibilidade de aferição do *statu quo ante* do bem lesado, a fim de calcular a *medida da obrigação* de reparação, bem assim como a *calculabilidade do valor* do dano, sempre que a reparação tiver, por impossibilidade de restauração primária ou compensatória por equivalente ecossistémico, que se traduzir num montante pecuniário (e aqui acresce a questão, a entregar a quem?). Sobre algumas destas questões, veja-se Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., p. 715.

⁴⁵ Vale a pena assinalar a definição de “medidas razoáveis” insita no Anexo VI do *Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty - Liability Arising From Environmental Emergencies* (2005),

“(e) “Reasonable”, as applied to preventative measures and response action, means measures or actions which are appropriate, practicable, proportionate and based on the availability of objective criteria and information, including,

(j) risks to the Antarctic environment, and the rate of its natural recovery;

(ii) risks to human life and safety; and

(iii) technological and economic feasibility”.

⁴⁶ Cfr. Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, *International Law...*, cit., p. 228. Nem tão pouco menciona a reparação de perdas interinas ou, na impossibilidade de reparação in natura, a alternativa da reparação por equivalente ecossistémico.

⁴⁷ Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., p. 706.

entes privados, de danos infligidos a bens ambientais situados em zonas fora de jurisdição estatal.

4. A inexistência de um princípio geral de (prevenção e) reparação do dano ecológico em zonas fora de jurisdição

Em espaços subtraídos a jurisdição estatal — pensamos sobretudo em zonas de alto mar, mas não é de descartar a possibilidade de considerar também hipóteses de danos em espaço extra-atmosférico como, por exemplo, nuvens tóxicas —, a questão da reparação do dano ecológico é especialmente complexa. Isto porque, para além dos problemas, já analisados, relacionados com a inexistência de jurisdição obrigatória, com a não previsão de legitimidade alargada a actores altruístas, com a incerteza sobre o alcance da obrigação de reparação material do dano a componentes ambientais em sentido estrito, com a indefinição do âmbito da expressão “dano ecológico” fora de contextos convencionais específicos, entre outros, temos aqui que enfrentar a ausência de quaisquer normas sobre a obrigação de reparação de danos ecológicos aplicáveis a estas áreas.

Com efeito, realce-se que mesmo considerando o teor das alíneas a) iv), e b), do artigo 2 do *Draft 2006* (*supra* transcrito) — em muito semelhantes, de resto, a normas constantes de convenções sobre poluição marinha⁴⁸, ou da malograda Convenção de Lugano (1993)⁴⁹ —, não resulta daí, nem um regime de reparação do dano ecológico propriamente dito, nem um princípio geral aplicável a

⁴⁸ Recorde-se que, ao abrigo das Convenções de Bruxelas, de 1969 e 1971, sobre danos decorrentes de poluição marinha, em pelo menos três casos já se reconheceu a sua cobertura de danos ecológicos no ambiente marinho. Foram os casos dos naufrágios dos petroleiros, *Patmos* (1985), na costa italiana; *Haven* (1991), nas costas italiana e francesa; e *Erika* (1999), na costa francesa da Bretanha. Este último caso é especialmente interessante na medida em que, já após uma primeira ronda de indemnizações atribuídas pelo Fundo de Compensação, um tribunal francês aceitou uma acção penal contra o mestre do *Erika*, o dono do navio e alguns outros sujeitos. Nessa acção constituíram-se assistentes dezenas de entidades, desde municípios costeiros a pescadores, passando por organizações não governamentais de defesa do ambiente e até sujeitos privados, e nessa acção foram considerados procedentes pedidos de reparação relativamente a bens não avaliáveis em termos de mercado, bem assim como danos morais como perda de fruição de qualidades dos bens ambientais marinhos, danos à imagem dos municípios costeiros e danos por lesão de bens culturais naturais (a paisagem da Bretanha) — cfr. Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., pp. 748-755.

⁴⁹ Extensamente sobre o regime da Convenção de Lugano, celebrada no âmbito do Conselho da Europa — que não está em vigor e que é duvidoso que venha a estar —, Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., pp. 766-770.

zonas fora de jurisdição⁵⁰. Cumpre averiguar, todavia, se esta afirmação vale para uma zona fora de jurisdição estatal que se encontra, ao abrigo da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, submetida a gestão internacional: a Área.

4.1. Danos ao ambiente ocorridos na Área e o parecer do Tribunal Internacional para o Direito do Mar no caso 17

Com a Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, nasceu uma zona marinha que, encontrando-se subtraída a qualquer poder de jurisdição estatal, passou a estar submetida a “jurisdição” internacional, isto é, à gestão de uma Autoridade Internacional para os Fundos Marinhos criada pela Convenção⁵¹. Descartada aqui a questão de saber se alguns Estados da comunidade internacional (muitos, mas não todos⁵²) estão legitimados a investir os fundos marinhos para além das zonas económicas exclusivas nacionais num estatuto de área comum cuja utilização (leia-se: acesso e exploração) carece de autorização de uma Autoridade Internacional, que garante o seu aproveitamento a favor da Humanidade; o que nos interessa, nestas linhas, é averiguar se a constituição desta zona especial envolve algum tipo de deveres de protecção do ambiente — tendo sobretudo em mente a preocupação revelada pela Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar sobre o tema (cfr. o artigo 192).

Nos termos do artigo 153 da Convenção, a Autoridade gere os recursos abióticos presentes nos fundos marinhos — mas não a flora nem muito menos a fauna piscícola cujos habitats aí se situam, no solo e na coluna de água. Não é crível, no entanto, que a Autoridade se encontre desligada dos deveres de prevenção de impactos ambientais que as actividades que autoriza possam causar, tendo em mente a obrigação geral decorrente do artigo 192 da Convenção. Tal interpretação constituiria uma leitura inconsistente do sistema que a Convenção pretendeu criar, no plano da protecção ambiental do meio marinho.

O Regulamento sobre prospecção e exploração de nódulos polimetálicos na Área (*Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area*), adoptado em 2000 pela Assembleia da Autoridade, desenvolve o princípio, estabelecido no artigo 22 do Anexo III à Convenção, que fixa a

⁵⁰ Embora esse princípio surja em vários documentos não vinculativos emanados de instituições tão respeitáveis como o *Institut de Droit International*, a *World Commission for Economic Development* ou o *United Nations Program for the Environment* — cfr. Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, *cit.*, p. 704.

⁵¹ Extensamente sobre o regime da Área, veja-se Fernando LOUREIRO BASTOS, *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, Lisboa, 2005, pp. 449 segs

⁵² Os Estados partes da Convenção são actualmente 168 $\frac{3}{4}$ cfr. <https://www.itlos.org/the-tribunal/states-parties>

responsabilidade do operador privado autorizado a explorar os recursos da Área “for the actual amount of any damage arising out of wrongful acts in the conduct of its operations”. O artigo 16, nº 5, deste Regulamento exige que o operador contrate seguros adequados e suficientes que permitam cobrir os prejuízos causados. O dano para o ambiente marinho é objecto de menção no artigo 1, nº 3/c) e f), alíneas que conjugadamente exigem que este dano constitua uma alteração séria, adversa e significativa para a “produtividade, estado, condição e qualidade do ambiente marinho”⁵³.

Perante estas normas, remanescem, todavia, dúvidas sobre a responsabilidade por dano ambiental, nomeadamente sobre: i) se a Autoridade tem o dever de prevenir danos a *todos* os bens ambientais presentes nos fundos marinhos sob sua gestão decorrentes de actividades económicas levadas a cabo na Área; ii) se os Estados e empresas que aí desenvolvem actividades respondem, e a que título.

O Tribunal Internacional para o Direito do Mar foi consultado pelo Nauru, em 2010, sobre a eventual responsabilidade dos Estados por actividades desenvolvidas na Área por empresas por si patrocinadas (*sponsored*). A resposta foi dada pela Câmara para a Resolução de Litígios da Área, em parecer datado de 1 de Fevereiro de 2011. Cumpre advertir que as questões colocadas ao Tribunal foram três, mais precisamente:

1ª pergunta: quais são as responsabilidades e obrigações do Estados partes da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar quando exploram actividades mineiras na Área?

2ª pergunta: qual é a extensão de responsabilidade do Estado contratante caso a empresa que patrocina viole obrigações de *due diligence*?

3ª pergunta: quais são as medidas necessárias e apropriadas que incumbem ao Estado a fim de prevenir a eclosão de danos decorrentes da exploração dos recursos abióticos da Área por empresas por si patrocinadas?

À primeira questão, o Tribunal respondeu que o Estado que firma o contrato com a empresa assume uma posição de garante — “obligation to ensure” — da conformidade da actuação da empresa com os termos do contrato. Esta obrigação de garante deve traduzir-se nas cláusulas do contrato, através das quais o Estado exige da empresa a adopção das melhores tecnologias de modo a evitar potenciais riscos para o ambiente marinho, bem assim como impõe a constituição de garantias financeiras que permitam fornecer compensação pronta e efectiva em caso de poluição marinha.

⁵³ Louise Angélique DE LA FAYETTE, “International liability...”, *cit.*, p. 347, chama a atenção para que o Regulamento não aborda a questão dos critérios de reparação do estado dos componentes ambientais, a qual, apesar de se afigurar complexa, pelo menos poderia ter sido prevista “wherever possible”.

Sobre a segunda questão, o Tribunal considerou que recai sobre os Estados uma obrigação *in vigilando*. Por outras palavras, não se trata de responsabilidade objectiva mas antes de uma responsabilidade subsidiária que se acciona no caso de se provar que o Estado não adoptou todas as medidas necessárias e suficientes para evitar o dano – nomeadamente, não conduziu a prévia avaliação ambiental do projecto.

No que toca à terceira questão, o Tribunal entendeu que as medidas a exigir do Estado “comitente” devem ser idênticas às que seriam exigíveis à Autoridade caso esta entidade levasse a cabo, por sua conta, a actividade de exploração.

Destas respostas resultam algumas conclusões relevantes, como sejam: i) que existem deveres de prevenção de danos ambientais e responsabilidade por incumprimento desses deveres — claramente afirmada quanto a empresas e Estados “comitentes”, e colateralmente atribuível à Autoridade, uma vez que o Tribunal reconheceu um dever de controlo prévio do Estado sobre as garantias, técnicas e financeiras, de boa execução ambiental do projecto, idêntico ao que recairia sobre a Autoridade caso esta levasse a cabo, directamente, a exploração (além de que estes deveres de controlo prévio estão estabelecidos no Regulamento *supra* referido — cfr. o artigo 21); ii) que a não realização de avaliação de impacto ambiental do projecto submetido pela empresa é condição de responsabilização internacional (subsidiária) do Estado por dano ambiental decorrente da actividade de exploração — o Tribunal invocou expressamente a decisão *Pulp Mills on the river Uruguay* prolatada pelo Tribunal Internacional de Justiça no ano anterior.

Ficam-nos, no entanto, dúvidas sobre a posição do Tribunal quanto à responsabilização — subsidiária? solidária? —, da Autoridade, quando não explora directamente os recursos abióticos, por danos decorrentes da execução de um projecto por si aprovado sem que reunisse os requisitos de conformidade dos deveres de prevenção aplicáveis. Note-se que esse dever decorre, em geral, do seu estatuto de gestora da Área e pode discutir-se se tem assento, em especial, do artigo 21, nº 6, do Regulamento *supra* referido, que atribui à Comissão Técnica e Legal da Autoridade a competência de não aprovação de um plano submetido por um Estado sempre que se trate, nos termos da alínea c), de um projecto a desenvolver numa zona “...disapproved for exploitation by the Council in cases where substantial evidence indicates the risk of serious harm to the marine environment”.

Tanto no Regulamento *supra* citado, como no iter argumentativo deste parecer, se reconhece a autonomia do dano ecológico — na linha do *Draft principles 2006*. Porém, em nenhum dos dois se esclarece nem sobre o nível de recu-

peração dos bens ambientais nem sobre os critérios de reparação⁵⁴. Sobretudo, desde logo porque fora do âmbito da consulta (e fora do âmbito expresso dos poderes/ deveres da Autoridade à luz da Convenção), nada se diz quanto à extensão dos deveres de prevenção e reparação de danos ao ambiente marinho a cargo da Autoridade relativamente a actividades outras que não as de exploração dos recursos minerais dos fundos marinhos — nomeadamente, actividades piscatórias, actividades de investigação científica, transporte de resíduos perigosos.

Assim, e por um lado, no tocante a bens ambientais não integrados nos fundos marinhos e, por outro lado, relativamente a bens ambientais sujeitos à jurisdição da Autoridade mas lesados por actividades diversas das conexas com a exploração mineira dos fundos marinhos, continuamos a ter uma lacuna normativa quanto a um dever de prevenção e concomitante responsabilização do Estado e de privados por danos ecológicos.

5. A responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico: questões difíceis (ou impossíveis?)

Depois deste breve périplo, confirma-se a primeira impressão que deixámos no início deste texto, parafraseando KOIVUROVA: há ainda um longo caminho a percorrer no tocante à construção de um regime universal de responsabilidade internacional por dano ecológico, quer no plano da responsabilização do Estado, directamente ou por omissão de deveres de diligência preventiva, quer no plano da responsabilização de operadores privados⁵⁵.

O modelo da directiva europeia 35/2004⁵⁶, a que já se aludiu, constitui um exemplo a seguir, mesmo que imperfeito — por só prever responsabilização em caso de actividades económicas (excluindo as de lazer e outras); por assentar numa noção algo restrita de dano ecológico (excluindo danos ao ar, ao solo e subsolo); por deixar demasiado solta a opção da responsabilidade objectiva; por não prever a restauração da situação actual hipotética dos bens lesados; entre outros défices. Porém, como já se observou, este regime só vale para entidades a

⁵⁴ No mesmo sentido, Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., p. 708.

⁵⁵ Conclusão confirmada por Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., p. 704, “In the environmental field, no single instrument sets forth the generally applicable international rules governing responsibility and liability”.

⁵⁶ Vejam-se, sobre o regime da directiva, Carole HERMON, “La réparation du dommage écologique. Les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004”, in *AJDA*, 2004/33, pp. 1792 segs; e os textos reunidos na obra colectiva *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, coord. de Delphine Misonne e Benoît Jadot, Louvaine-la-Neuve, 2009.

operar no espaço territorial da União Europeia e para danos verificados em território da União Europeia. Recorde-se que a directiva assenta numa perspectiva pura de dano ecológico e prevê critérios de reparação do dano os quais, embora não apontem para a reposição da situação actual hipotética, contemplam medidas de reparação primária, interina e de compensação por equivalente, que podem ser implementadas cumulativamente face a um mesmo dano.

Um outro modelo, no plano dos contributos institucionais, encontra-se na Resolução do *Institut de Droit International* adoptada, no seio da oitava comissão, na sessão de Estrasburgo, de 1997, cujo relator foi Francisco Orrego Vicuña, intitulada *La responsabilité en droit international en cas de dommages causés à l'environnement*⁵⁷. De entre outros pontos com interesse, realçam-se:

- a sua aplicação quer a espaços sob jurisdição estatal quer a espaços fora de qualquer jurisdição (cfr. o considerando inicial 4º);
- a exortação à formulação de normas de *due diligence* que se pautem em standards objectivos, os quais traduzam uma ideia de actuação do Estado de acordo com as regras da *good governance* (artigo 3);
- a responsabilização primária dos operadores privados, a título objectivo mas sujeita a limites e com causas de exoneração, a qual não prejudica, no entanto, a responsabilidade internacional do Estado caso este não preveja a responsabilidade objectiva por actividades perigosas para o ambiente no seu direito interno (artigos 5, 6, 9);
- a previsão da constituição de Fundos de Reparação especiais a accionar quando o dano tenha causa desconhecida ou quando a previsão da constituição de Fundos de Reparação especiais a accionar quando o dano tenha causa desconhecida ou quando o valor das medidas a implementar ultrapasse os tectos indemnizatórios impostos pela responsabilidade objectiva — podendo, neste último caso, chamar-se os operadores de determinados sectores a contribuir para a constituição de tais fundos (artigo 12);

⁵⁷ Disponível em http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997_str_03_en.PDF

Vê-se também, do mesmo ano, a Resolução sobre *Procedures for the Adoption and Implementation of Rules in the Field of Environment*, cujo relator foi Felipe Paolillo (disponível em http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997_str_04_en.PDF).

- a adoção de um conceito amplo de medidas de reparação, que abranja desde a cessação de actividade à reparação *in natura*, à reparação pecuniária e à satisfação (artigo 24);
- a compensação de qualquer dano ecológico, mesmo que irreparável ou inquantificável (do prisma estritamente económico). Vale a pena aqui transcrever o artigo §2º do artigo 25:

“Lorsque des dommages sont irréparables en raison de conditions physiques, techniques ou économiques déterminées, il convient de recourir à d’autres critères pour les évaluer. La dégradation de l’usage des biens, de la qualité esthétique et d’autres valeurs non liées à l’usage, les lignes directrices nationales ou internationales existantes, l’équité inter-générationnelle et une évaluation équitable dans son ensemble devraient être considérées comme des critères subsidiaires pour la fixation des indemnités”.

- o estabelecimento de normas amplas de legitimidade, que permitam a actores altruístas reclamar a reparação dos danos independentemente da prova de interesse directo (artigo 27);
- a criação de uma entidade internacional, um Alto Comissário para o Ambiente, que tenha por missão monitorizar as operações de reparação de dano ecológico em áreas fora de jurisdição, bem assim como a afectação de eventuais quantias recebidas a título de compensação de danos irreparáveis à recuperação de outras áreas onde tenham eclodido danos ecológicos cujas causas sejam desconhecidas (artigo 28).

Nenhum destes modelos, todavia, se adequa à resolução do grande desafio ambiental do século XXI: as alterações climáticas. Esta magna questão traz consigo, desde a Conferência do Rio de Janeiro de 1992, o problema da “cobrança” da “dívida histórica” dos Estados do hemisfério Sul aos Estados do hemisfério Norte. Recorde-se que, em Declaração anexa à Convenção-quadro sobre a luta contra as alterações climáticas e ao Protocolo de Kioto, quatro Estados do Sul do Pacífico (Fiji, Kiribati, Nauru e Tuvalu) afirmaram não abdicar do seu direito a exigir responsabilidade pela conduta negligente dos Estados do

hemisfério Norte no tocante à emissão desregrada de dióxido de carbono para a atmosfera⁵⁸.

O facto de a industrialização do Norte ter provocado o aquecimento do planeta, pondo em risco o equilíbrio do sistema climático mundial ao gerar cada vez mais fenómenos extremos e, em certos casos, condenando mesmo ao desaparecimento, a breve trecho, Estados insulares — e afectando sobretudo o hemisfério Sul —, já teve repercussões judiciais no sentido da tentativa de responsabilização de Estados como os EUA, tanto por acção — os EUA são os segundos maiores emissores de CO₂ do planeta, a seguir à China $\frac{3}{4}$, como por omissão — recusaram assinar o Protocolo de Quioto e continuam sem ratificar o Acordo de Paris.

É nesta linha que se compreendem acções como a apresentada pela vila de Kivalina, no Círculo Ártico, que está a desaparecer e que processou, em 2012, companhias petrolíferas americanas junto de um tribunal da Califórnia, pedindo o ressarcimento dos danos causados no plano da degradação ambiental e das condições de vida da sua população⁵⁹. Ou como a ameaça do Tuvalu, em 2002, de que iria accionar a Austrália junto do Tribunal Internacional de Justiça a fim de garantir asilo para a sua população, ameaçada no seu espaço vital em razão da subida do nível das águas. Ou ainda, num plano para-judicial, a queixa apresentada pelo povo Inuit à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, em 2005/2006, exigindo a tomada de medidas pelos EUA no sentido de travar a degradação irreversível das condições de vida no seu território, nomeadamente, através da ratificação do Protocolo de Quioto⁶⁰.

Nenhuma destas iniciativas logrou alcançar mais do que repercussão mediática. Isto porque o instituto da responsabilidade civil se mostra inábil

⁵⁸ “Understanding that signature of the convention shall in no way constitute a renunciation of any rights under international law concerning state responsibility for the adverse effects of climate change and that no provisions in the convention can be interpreted as derogating from the principles of general international law.”

⁵⁹ O tribunal desatendeu a pretensão alegando constituir esta um “political issue”, arredado do seu âmbito de competência. O caso subiu ao *Supreme Court*, mas sem sucesso.

⁶⁰ Segundo Meredith WILENSKY (*Climate change in the courts, an assessment of Non-U.S. climate litigation*, Columbia Law School, 2015, p. i. — disponível em <http://delpf.law.duke.edu/article/climate-change-in-the-courts-wilensky-vol26-iss1/>), os EUA são o Estado do mundo no qual mais litígios se registam sobre alterações climáticas. Só em 2013 foram decididos 420 casos, enquanto em todo o resto do mundo se contam 173. Enquanto nos EUA há acções propostas com vista à efectivação de responsabilidade civil por omissão de medidas de minimização de emissões, no resto do mundo essas acções não foram identificadas (*idem, idem*, p. v).

para lidar com estas pretensões⁶¹, em razão do carácter difuso das emissões, da retroactividade da imputação, da dificuldade de estabelecer nexos de causalidade, da variabilidade das projecções dos climatólogos. A estas dificuldades acresce, como aponta VOIGT, a inexistência de consenso sobre uma norma primária vinculativa sobre *due diligence* no tocante à obrigação de prevenção do aumento do nível da temperatura no planeta⁶².

Já uma solução como a do *Green Fund for Climate Change*, criado em 2009 (na COP de Copenhaga), parece revelar-se mais adequada. Está em causa a mobilização de 100 biliões de dólares até 2020, para afectar a acções de adaptação a implementar em Estados em desenvolvimento, de forma a torná-los mais resilientes em face das alterações climáticas. Porém, a verba estimada é astronómica e é altamente incerto que consiga ser reunida. Além de que é duvidoso que possa resolver um problema da magnitude que se apresenta, correndo o risco de se revelar apenas um retardador desculpante de medidas mais drásticas no sentido do controlo das emissões de gases com efeito de estufa.

Como certamente observou Rosalyn HIGGINS, Presidente do Tribunal Internacional de Justiça, “If what is required for something to fall within the law of State responsibility is an internationally wrongful act, then what is internationally wrongful is allowing ... the harm to occur”⁶³. Tal asserção deve ser especialmente repudiada num domínio como a protecção do ambiente. Acrescem as incertezas e debilidades do instituto da responsabilidade civil internacional do Estado assinaladas, que fazem com que a doutrina acentue cada vez mais a necessidade de robustecer os instrumentos preventivos — e é essa a via que tem sido adoptada em vários tratados sectoriais. Na antecipação de danos geralmente irreversíveis vale sempre mais prevenir do que remediar — prevenir cooperati-

⁶¹ Em sentido contrário, defendendo, em teoria, a adequação do instituto da responsabilidade civil para enquadrar pretensões envolvendo o incumprimento de obrigações relacionadas com a redução de emissões de gases com efeito de estufa, Michael G. FAURÉ e André NOLLKAEMPER, “International Liability as an Instrument to Prevent and to Compensate for Climate Change”, in *The Stanford Environmental Law Journal*, 2007, pp. 123 segs. Os Autores reconhecem, no entanto, que “Climate change litigation — and more particularly, liability suits — are not the panacea that will bring about a miraculous solution to the enormous problems that the world faces as a result of global warming. Undoubtedly, regulatory solutions and economic instruments like emissions trading will play a far more important role in reducing GHG emissions than liability suits ever will” (p. 178).

⁶² Christine VOIGT, “State Responsibility for Climate Change Damages”, in *Nordic Journal of International Law*, vol 77, 2008, pp. 1 segs, esp. p. 7 e 15 (ainda que entenda ser possível retirar uma proibição de aumento de emissões para além do nível fixado no Protocolo de Kioto, a partir do momento em que ele entrou em vigor e relativamente aos Estados partes, tempera depois esta afirmação com a constatação de que a lógica das responsabilidades comuns mas diferenciadas entorpece a afirmação de uma obrigação precisa).

⁶³ Rosalyn HIGGINS, *Problems and process, International Law and how we use it*, Oxford, 1994, reimp. de 2003, p. 165.

vamente, pois os problemas são globais⁶⁴; prevenir com base em *standards* uniformes e fixados com recurso à melhor tecnologia disponível; e prevenir sistemática e documentadamente, com submissão periódica dos dados a comissões de verificação independentes⁶⁵.

Recorde-se, aliás, que porventura a vertente mais interessante, do ponto de vista estritamente ambiental, do caso *Trail Smelter*, foi a injunção judicial no sentido da gestão do risco futuro de repetição do dano que passou a recair sobre a fundição *Trail*, através da implementação de um sistema de monitorização⁶⁶. Na verdade, em razão da dimensão económica das actividades poluentes, é pouco crível que os tribunais ordenem o seu encerramento, preferindo, num esquema de balanceamento de interesses, sujeitá-las a, para futuro, exercer um controlo mais eficaz no que tange a salvaguarda da qualidade do ambiente em que se inserem.

Claro que dispensar o instituto da responsabilidade é impensável — quer porque isso significaria degradar a protecção ambiental e regredir no importante percurso já percorrido, quer porque poderia significar premiar os infractores⁶⁷. Porém, reduzir as hipóteses do recurso a ele, antecipando a eclosão de danos por forma a evitá-los, é certamente o melhor caminho⁶⁸. Sobretudo no âmbito dos espaços fora de jurisdição, nos quais a responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico continua a ser, e apesar de alguns esforços em contrário, uma miragem.

⁶⁴ Sobre a ideia de cooperação preventiva, veja-se o nosso “A gestão do risco de catástrofe natural – Uma introdução na perspectiva do Direito Internacional”, Capítulo I da obra colectiva *Direito(s) das catástrofes naturais*, coord. de Carla Amado Gomes, Coimbra, 2012, pp. 15 segs, esp. 29 segs (o texto encontra-se disponível online aqui, http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/catastrofes_naturais.pdf).

⁶⁵ Cfr. Jorge VIÑUALES, “Managing abundance by standards for the protection of the environment”, in *Realizing Utopia, the future of International Law*, coord. de Antonio Cassese, Oxford, 2012, pp. 326 segs, *passim*.

⁶⁶ Neste sentido, Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, *International Law...*, cit., p. 227.

⁶⁷ Embora se deva admitir que, no âmbito dos espaços submetidos a jurisdição, a responsabilidade internacional do Estado por dano, ambiental ou ecológico, será sempre uma via residual, em razão da subsidiariedade realçada no texto. No mesmo sentido, Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, *International Law...*, cit., p. 223.

⁶⁸ Como notam Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL (*International Law...*, cit., p. 237), “Like tort law, [state responsibility] complements, but does not displace, the need for a system of regulatory supervision”.

A Responsabilidade Internacional pelo Risco: Parâmetros e Controle

Natália de Almeida Moreno¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A responsabilidade pelo risco; 3. A responsabilidade internacional derivada de danos emergentes de atividades perigosas; 4. Conclusões.

Resumo:

O presente artigo volta-se, no contexto temático da responsabilidade internacional pelas consequências prejudiciais dos atos não proibidos pelo Direito Internacional, a analisar o instituto da responsabilidade pelo risco, mediante o estudo, a uma, da ratio que lastreia os seus desenvolvimento e instituição; a duas, dos parâmetros que devem conformar a sua aplicação e operação e mecanismos de controle estabelecidos em dois diplomas de Direito Internacional acerca da matéria e no projeto das Nações Unidas de princípios regentes para a responsabilidade internacional derivada de danos emergentes de atividades perigosas.

¹ Doutoranda em Direito Público e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Docente Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada e Jurisconsulta

1. Introdução

A responsabilidade civil é instituto já há muito reconhecido e operado no plano internacional², vindo, porém, a sofrer importantes transformações que acompanharam as próprias mudanças paradigmáticas do Direito Internacional Público³.

De um lado, a gradação valorativa ou hierarquização da normatividade internacional, com o reconhecimento de um Direito Internacional imperativo – de natureza materialmente constitucional – integrado pelas denominadas normas de *ius cogens* e obrigações *erga omnes*, teve por efeito aditar ao regime tradicional da responsabilidade internacional (de tipo subjetiva, pautada na prática de um ato ilícito internacional imputável a um Estado que tenha causado, como consequência direta e imediata daquele, danos a outro Estado), um outro regime, especial, em que se generaliza a legitimação (já não mais circunscrita ao Estado vítima de um específico dano) para reagir contra violações perpetradas a estes interesses fundamentais da comunidade internacional, bem como se coletivizam as respostas (*v.g.*, contramedidas coletivas) passíveis de serem adotadas em decorrência de uma tal violação⁴.

² “Quando atenta para os antecedentes históricos da responsabilidade internacional, a doutrina costuma apontar a existência de uma prática milenar de exigência, aos vencidos, de compensações aos vencedores. Um outro afloramento da responsabilidade internacional manifesta-se nos ensinamentos de Hugo Grócio sobre a compensação devida no caso de guerras injustas. No direito convencional, a emergência da responsabilidade dos Estados é um dado relativamente recente, surgindo o Tratado de Jay, de 1794, entre os Estados Unidos e o Reino Unido, como uma das primeiras referências a um contencioso de responsabilidade internacional, dando lugar a 536 laudos arbitrais entre 1799 e 1804. A doutrina menciona ainda instrumentos convencionais como o Tratado de Francoforte, de 10-5-1971, a IV Convenção de Haia, de 1907, sobre responsabilidade por actos das forças armadas, e o Tratado de Versalhes, de 1919. Por seu lado, no caso *Factory of Chorzów*, o TPJI, sustentou que ‘it is a principle of international law, and even a conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation’. Uma busca exaustiva permitiria certamente avançar com muitas outras manifestações da ideia de responsabilidade internacional” (Jónatas E. M. MACHADO, *Direito Internacional, do paradigma clássico do pós-11 de setembro*. 4 ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 627).

³ Fazemos referência ao nosso Natália de Almeida MORENO, “Regimes Complexos no Cenário Internacional Contemporâneo”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 88, São Paulo, *Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, 2014, pp. 275-316, em que elencamos as principais mudanças sofridas pela disciplina e apresentamos alguns dos problemas decorrentes destas transformações, sobretudo ao nível da sistematicidade e harmonização das normas de Direito Internacional.

⁴ V. o Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos e, exemplificativamente, Jacqueline PEEL, “New State Responsibility Rules and Compliance with Multilateral Environmental Obligations, Some Case Studies of How the New Rules Might Apply in the International Environmental Context”, *in RECIEL* 10 (1) 2001, pp. 82-97.

De outro lado, e paralelamente ao reconhecimento da existência de bens e valores de natureza universal – comuns a toda a humanidade –, a transformação da sociedade industrial em uma sociedade de informação⁵ e de riscos *globais*⁶, com a constatação de que há riscos e problemas que não podem ser limitados nem quanto ao tempo, nem quanto ao espaço – extravasando os limites das jurisdições dos Estados –, veio demandar não só uma regulação cada vez mais intensa das “regras do jogo” pela via internacional⁷, como a transposição para o plano internacional de regimes de responsabilização civil objetiva – particularmente, de responsabilização pelo risco.

É precisamente deste último ponto que nos ocuparemos no presente artigo.

⁵ A revolução informática e tecnológica ensejou o crescimento ininterrupto e exponencial dos dados, informações e comunicações produzidos e comutados no seio social, que são impossíveis de serem integralmente apreendidos e, conseqüentemente, tornam cada vez mais imprecisas e contestáveis as bases em que se tomam decisões. Viktor SCHÖNBERGER, Kenneth CUKIER, *Big Data. A Revolution that will transform how we live, work and think*. London, John Murray Publishers, 2013, “em 2013 Consoante MAYER o montante de informação armazenada no mundo é estimado em cerca de 1,200 exabytes, dos quais menos de 2 por cento é não-digital.

Não há qualquer forma adequada para se pensar sobre o que o tamanho destes dados significa. Se fossem impressos em livros, tais dados cobririam a face dos Estados Unidos em uma camada de grossura corresponde a 52 voltas. Se fossem alocados em CD-ROMs e empilhados, iriam chegar à Lua em cinco diferentes pilhas” (p. 9). E, para além do aumento quantitativo, a sociedade de informação se caracteriza pela resignificação que tais dados e informações possuem na atualidade, elucidando os mencionados autores que “dados não são mais entendidos como estáticos ou rançosos [stale], cuja utilidade é fínida uma vez que os propósitos para os quais foram coletados são atingidos (...). os dados se tornaram matéria-prima [raw material] para negócios, um contributo [input] económico vital, usado para criar novas formas de valor económico” (p. 5).

⁶ Há quase trinta anos diagnosticada por BECK, a sociedade de riscos caracteriza-se pela constatação de que os processos decisórios e a produção de riqueza são acompanhados, sistematicamente, da produção social de riscos e incertezas (Ulrich BECK, *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1998, p. 25), que não são passíveis de mensuração objetiva. (*La Sociedad del Riesgo Global*. Siglo Veintiuno de España Editores, 2001, p. 120). “Ao contrário dos riscos empresariais e profissionais do século XIX e da primeira metade do século XX, estes riscos já não se limitam a lugares e grupos, senão contêm uma tendência à globalização que abarca a produção e a reprodução e não respeita as fronteiras dos Estados nacionais, com que surgem ameaças globais que, neste sentido, são supranacionais e não específicas de uma classe e possuem uma dinâmica social e política nova” (Ulrich BECK, *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*, cit., p. 19).

⁷ Dentre as questões que demandam ações e decisões coletivamente organizadas, é possível enumerar algumas, terrorismo, liberalização do comércio, doenças infecto-contagiosas, regulação económica, regulação da internet, regulação de engenharia genética, regulação financeira, controle de mudanças climáticas e demais questões ambientais, tráfico de drogas, assistência humanitária e difusão de material nuclear.

Pretendemos, então, investigar – ainda que sucintamente, dadas as limitações insitas a trabalhos deste gênero⁸ – em que consiste a responsabilidade pelo risco e as suas positavações no plano internacional.

Apresentaremos, primeiramente, notas sobre a edificação histórica e a *ratio* do instituto para, posteriormente, expor como se encontra consagrado em dois tratados internacionais e de que forma propõe-se estabelecer um regime geral deste tipo de responsabilidade internacionalmente (as situações ativadoras, os parâmetros de ativação e os mecanismos de controle), finalizando com as nossas conclusões.

2. A responsabilidade pelo risco

Para o atingimento dos objetivos pretendidos com o presente trabalho, reputamos fundamental clarificar, antes de mais, em que consiste, no nosso entendimento, o instituto da responsabilidade pelo risco, bem delimitando conceitualmente o objeto de estudo – e, assim, o escopo da pesquisa ora realizada.

Podemos iniciar por expor que, em suma, a construção de uma teoria da responsabilidade pelo risco deu-se em razão de e concomitantemente ao desenvolvimento científico, técnico e tecnológico incitado a partir da Revolução Industrial⁹, vindo a emergir da constatação de que, em certos casos (envolvendo sobretudo acidentes de trabalho e de transporte), tornava-se sobremaneira difícil, quando não impossível, realizar a vítima prova da culpa (e ilicitude da conduta) do perpetrador dos danos¹⁰.

A fim de evitar flagrantes injustiças em deixar sem reparação por motivo da natureza diabólica da prova danos inequivocamente causados, foram evoluindo tanto a doutrina quanto a jurisprudência no sentido de operar, em determi-

⁸ Um artigo científico, principalmente se oriundo de exposições orais temporalmente constringidas em congressos e seminários – como é o caso, em que formalizamos, de modo revisitado, a palestra proferida na *Conferência sobre Questões de Responsabilidade Internacional*, realizada no dia 4 de dezembro de 2015, na Escola de Direito da Universidade do Minho –, não pretende esgotar todos os temas passíveis de análise. Logo, há conceitos e ideias que não serão aprofundados neste estudo, dele constando somente de forma instrumental.

⁹ Não podemos deixar de fazer referência, porém, a algumas normas especiais de responsabilidade civil consagradas antes disso no Código Napoleônico, tais como as responsabilidades do patrão, pai, comitente, dono e proprietário por danos causados, respectivamente, pelos empregados, filhos, comissário, animal e ruína do edifício, que embora se afastassem das hipóteses clássicas da responsabilidade subjetiva, não deixavam de assimilar a lógica da culpa (ainda que indireta/remota) na causação de danos.

¹⁰ Dentre outros, v. Pietro TRIMARCHI, *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Milano, Giuffrè Editore, 1961, pp. 11-1; Gustavo TEPEDINO, *et al. Código Civil Comentado*. Vol. II. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 804-816; Xue HANQUIN, *Transboundary Damage in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 299 e ss.

nados casos, o tradicional mecanismo da responsabilidade extracontratual subjetiva a partir de presunções de culpa do lesante (ora relativas, ora absolutas)¹¹.

Mais além, passou-se a reconhecer que “o exercício de uma indústria comporta necessariamente o verificar-se de toda uma série de incidentes inevitáveis, não obstante o emprego da máxima diligência”¹² por parte do executor da atividade, entendendo-se que a obtenção de lucros pelo empresário importaria, na outra face da moeda, a assunção por sua parte dos riscos do negócio (particularmente, de a sua atividade vir a causar danos a outrem), atraindo, consequentemente, um dever de reparar as vítimas na hipótese de concretizados os potenciais eventos lesivos – deslocando-se o objeto legitimador da responsabilidade desde a ilicitude da conduta para a antijuridicidade do dano¹³.

Posteriormente, ampliou-se – amadurecendo-a – esta ideia, que assim transcendeu o campo de aplicação restrito às atividades industriais e a *ratio* meramente econômica (responsabilidade contraposta ao lucro) para originar uma abrangente teoria de *imputação objetiva*¹⁴.

Tal evolução enquadra-se num contexto mais amplo (sendo deste produto) dos desenvolvimentos transformadores que ensejaram a adjetivação da sociedade contemporânea como uma sociedade de riscos tal como introdutoriamente referida, em que se identifica que não só a produção de riqueza, como os processos decisórios em geral são acompanhados, sistematicamente, pela produção social de riscos e incertezas¹⁵.

¹¹ O que encontra eco ainda em alguns autores e ordenamentos jurídicos, que continuam a limitar o conceito de responsabilidade pelo risco a um mecanismo de inversão ou afastamento do ônus da prova a ser produzida pelo lesado – v., por exemplo, Xue HANQUIN, *Transboundary Damage in International Law*, cit., p. 300 e Carla Amado GOMES, “A responsabilidade administrativa pelo risco na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, uma solução arriscada?”, in *O Direito*, ano 140, III, 2008, pp. 603-626, quando apresenta as diversas teorias desenvolvidas acerca da responsabilidade pelo risco.

¹² Pietro TRIMARCHI, *Rischio e Responsabilità Oggettiva*, cit., p. 13.

¹³ Assim, Marco António da Silva LEMOS, “O Direito como Regulador da Sociedade de Riscos”, in Marcelo Dias VARELLA [org.], *Direito, Sociedade e Riscos, a sociedade contemporânea vista a partir da ideia de risco*. Brasília, UNICEUB, 2006, pp. 321. v. tb. Paulo Neves ANTUNES, “A Responsabilidade Internacional Objectiva dos Estados por Danos Ambientais”, *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, nºs 11/12, jun/dez, 1999, segundo o qual a responsabilidade pelo risco legitima-se na concepção de que “a vítima não pode suportar sozinha todos os danos substanciais causados por uma atividade que é permitida por beneficiar a comunidade” (p. 205).

¹⁴ *Embora, ainda hoje, não aceita indistinta e amplamente pela doutrina, tampouco pelos tribunais e ordenamentos positivos. Como veremos, o conceito da responsabilidade pelo risco (e da responsabilidade objetiva) é amplamente disputado e equívoco – daí a importância por nós atribuída a esse tópico introdutório para, só então, clarificada a noção que assumimos dos institutos, desenvolver os demais temas propostos.*

¹⁵ Ulrich BECK, *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*, cit., p. 25.

Quer dizer, os riscos cuja percepção e consideração outrora cingiam-se a uma fonte externa (a natureza), internalizaram-se, passando-se a reconhecer como também produzidos – e majorados ou minorados – pelas próprias ações e decisões humanas: “os riscos sempre dependem de decisões: é dizer, pressupõem decisões. Surgem da transformação da incerteza e dos perigos em decisões (e exigem a tomada de decisões, que, por sua vez, produzem riscos)”¹⁶.

Assim, de um lado, admite-se que os comportamentos humanos tenham intrinsecamente a si uma propensão típica para gerar dano – *i.e.*, produzem uma esfera de riscos que, vindo a concretizar-se, afetam a esfera jurídica de terceiros.

De outro lado, que as atividades levadas a efeito no seio social não sejam compreensiva e exaustivamente controláveis, tampouco, quanto aos seus efeitos, integralmente inteligíveis e antecipáveis – gerando, por conseguinte, uma grande diversidade de futuros possíveis ou “contestáveis”, que podem ou não manifestar efeitos positivos.

A ideia de risco, portanto, calca-se na constatação de que há proposições, conhecimentos e consequências que a razão humana não pode plenamente, nem objetivamente, apreender e identificar e, por isso, não podem ser nem conclusivamente demonstrados, tampouco evitáveis – e, em alguns casos, não são sequer passíveis de predição.

Diante disso, e partindo da *ratio* e dos fundamentos legitimantes gerais da responsabilidade – “a liberdade positiva em que radica a acção” humana que carrega ínsita a si “o necessário respeito que cada homem concita (responsabilidade pelo outro)”¹⁷ –, assentou-se o entendimento de que, se nestas suas condutas e decisões, o agente gera riscos para terceiros (cria e assume, portanto, uma esfera de risco¹⁸), há-de responder pela sua concretização lesiva.

¹⁶ Ulrich BECK, *La Sociedad del Riesgo Global*, Siglo Veintiuno de España Editores, 2001, p. 118.

¹⁷ Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação, contributo para a compreensão da natureza binária do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Vol. II, Cascais, Príncípia Editora, 2013, p. 874.

¹⁸ “Esfera no âmbito da qual a pessoa responde diante do outro, não apenas pelos danos que cria, mas, a montante, para evitar a lesão de que, ao nível da responsabilidade civil, se cura” (*Idem*, p. 811).

E, considerando-se os cenários complexos e não lineares que se apresentam nesta sociedade de risco¹⁹ –, evoluíram os parâmetros operativos da responsabilidade para uma imputação objetiva, em que “não está em jogo um pensamento de tipo causa efeito nos termos da qual entre comportamento culposo e resultado medeia um hiato logicista a ser preenchido segundo critérios consequencialistas, mas um *a priori* dever de obstar a produção de tal resultado”²⁰, reconduzindo-se ao agente que produziu (ou majorou) e assumiu a esfera de risco o resultado lesivo – independentemente de dolo ou culpa e em superação à ideia tradicional de causalidade linear e imediata operada em cenários simples.

¹⁹ Como já tivemos o ensejo de expor em outra oportunidade, “A quebra da certeza e objetividade que desde sempre acompanharam o saber técnico-científico, somada à impossibilidade de conhecer e coletar todos os dados e informações hoje existentes e produzidos na sociedade desvelam, de forma inequívoca, a *racionalidade limitada* dos decisores, patenteando a incapacidade de chegar-se a decisões precisas, certas e invariáveis, passíveis de subsistir ao tempo e às mudanças cada vez mais rápidas e muitas vezes imprevisíveis que o futuro revela. Em acréscimo, a multiplicação dos atores e interesses que hoje compõem a cena político-normativa e os incessantes avanços tecnológicos experimentados em maior ou menor grau pelos setores econômicos tornam os cenários regulatórios cada vez mais dinâmicos, dados os fluxos de energia, materiais, informações, experiências e comunicações que emanam das inúmeras relações, interações e interfaces que têm lugar nas sociedades contemporâneas. (...) Isto, à evidência, dificulta ainda mais as previsões quanto aos rumos a tomar, deixando o decisor público com meras probabilidades e estimativas acerca do futuro, envoltas em contingências, que se modificam rapidamente à medida que os dinâmicos cenários e interesses pós-modernos vão evoluindo e se conformando mutuamente. Por isso, nestes setores, os processos decisórios e a produção de riqueza vêm mais intensamente acompanhados, sistematicamente, pela produção social de riscos e incertezas não se podendo conhecer ou medir plena e objetivamente as consequências e impactos que as ações, omissões, atividades e serviços diversos levados a efeito terão. Logo, há tanto consequências previsíveis, mas de proporções e naturezas desconhecidas ou impossíveis de serem delimitadas (seja quanto ao tempo, seja quanto ao espaço), como consequências que não são – e, em alguns casos, não podem ser – sequer antevistas, conhecidas ou previstas. Verifica-se, então, uma quebra da linearidade entre causa e efeito, no sentido de que inúmeras causas podem concorrer para a ocorrência de um único efeito; uma única causa tem o condão de gerar plúrimos efeitos; e a concorrência de efeitos podem vir a ser causa (ou uma das causas) para um outro – ou outros – efeito(s). E, como nem todas as causas, tampouco todos os efeitos podem ser apreendidos, medidos e conhecidos pela humanidade, as relações de causalidade tornam-se cada vez mais complexas, turvando responsabilidades e relações, o que não só lhes retira o caráter linear e passível de predição, como, em consequência, dificulta sobremaneira a antevista de efeitos – dada a dinâmica entre causas que nem sempre são ou podem ser todas avaliadas pelo decisor – e a escolha dos meios passíveis de e adequados a evitá-los. (Natália de Almeida MORENO, “Regulação de Setores Dinâmicos”, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* - REDAE, nº 39. Salvador, direitodoestado.com, ago/set/out 2014, pp. IV-3 e IV-4. Disponível em, <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-39-AGOSTO-2014-NATALIA-MORENO.pdf>)

²⁰ Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação, contributo para a compreensão da natureza binária do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Vol. II, cit., p. 746.

Objetivamente: “importa menos saber quem foi o autor material do dano do que descobrir a quem ele pode ser imputado de forma justa”²¹.

É evidente que uma tal imputação objetiva passa pelo – e pressupõe – o exercício de juízos quanto a que tipos, graus e dimensões de riscos serão socialmente aceitáveis e reprováveis²², bem como relativamente à forma com que tais riscos serão distribuídos (entre o agente que os produz/majora, os terceiros eventualmente afetados e a sociedade em geral).

Sendo o risco produto e consequência dos comportamentos e interações inúmeras que se desenvolvem na nossa sociedade contemporânea, é compreensível que grande parte deles seja considerada (co-)natural ao viver coletivo no mundo hodierno.

Outros riscos, porém, ultrapassarão estes lindes – pelo seu grau, pelo potencial, probabilidade e extensão das lesões que possam vir a causar – e, assim sendo, demandarão uma especial resposta do Direito: seja para proibir os comportamentos que os produzem/majoram, seja para impor ao agente que encabeça a esfera de tais riscos deveres acrescidos de prevenção e, concretizando-se um evento danoso, de responsabilidade, para assegurar reparações justas, efetivas e amplas das vítimas.

A imputação objetiva, portanto, rege-se pela lógica de que, assumindo um agente esferas de riscos socialmente reprováveis – a serem reconhecidas e marcadas pelo ordenamento²³ –, passa não só a ter de agir diligentemente no sentido de impedir a convolução do risco (potencial) em lesão (concreta), como a responder pelos efeitos danosos do risco outrora potencial e agora concretizado.

Daí a natureza objetiva da responsabilidade (da imputação, mais propriamente), que se afasta do juízo de valor ínsito à responsabilidade subjetiva relati-

²¹ Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação, contributo para a compreensão da natureza binária do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Vol. I. cit., p. 720.

²² A responsabilidade – não só, mas principalmente a responsabilidade pelo risco – carrega uma importantíssima e ínsita dimensão preventiva. Sobre esse ponto, v. especificamente a nota 1561, na p. 717, de BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação, contributo para a compreensão da natureza binária do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual, cit.*, 2013, sem prejuízo de toda a bibliografia referida neste trabalho, que, em geral – embora nem sempre a reconhecendo como interna à responsabilidade –, identifica a acentuada dimensão da prevenção em cenários de risco – e da responsabilidade que daí advém.

²³ Entendemos que, apesar de poder estar disposta em cláusulas gerais (como, por exemplo, estabelece o artigo 927, § único, do Código Civil Brasileiro), a instituição da responsabilidade pelo risco decorra e dependa sempre de opções e ponderações a serem plasmadas em específicos regimes normativos, sem que existam, portanto, fórmulas gerais, forçadas e fechadas para a matéria.

vamente à conduta do agente (culpabilidade) para focar-se – e com ela bastar-se – na perquirição de uma possível recondução daqueles danos concretos à esfera de risco assumida pelo agente.

Em seguimento, uma vez exposta – e, esperamos, elucidada – a *ratio* fundante da imputação objetiva, há-de se empreender alguns esclarecimentos quanto ao conteúdo e ao alcance da responsabilidade pelo risco, segundo a compreendemos.

Isto importa porque o seu conceito é alvo de profundas divergências, não raras vezes sendo a responsabilidade pelo risco tratada – aos níveis doutrinário, jurisprudencial e normativo – como sinónimo de responsabilidade por atos lícitos, operando-se uma fungibilidade entre conceitos que, para nós, são, porém, materialmente distintos.

Embora nos casos referidos manifeste-se uma clara ruptura com o sistema clássico da responsabilidade civil, fundado na tríade culpabilidade –nexo de causalidade – danos, entendemos que há fundamentos suficientes que permitem diferenciá-los.

Nem toda responsabilidade por ato lícito é responsabilidade pelo risco – e vice-versa.

Pensemos numa obra pública realizada ou contratada pelo Estado que impeça durante seis meses o acesso a uma rua em que esteja situado um edifício garagem.

Aqui a atividade (obra pública) não é intrinsecamente uma atividade de risco (tampouco o prejuízo causado se apresentaria como expressão de um risco concretizado) e, embora sendo lícita, pode fazer assomar danos a particulares (no exemplo, o proprietário do edifício garagem) que sejam especial e anormalmente onerados, fazendo surgir o dever compensatório (a responsabilidade).

É, aliás, oportuna a nota de que, para alguns autores²⁴, estes casos – denominados em Portugal “indenização pelo sacrifício”, conforme o artigo 16.º da Lei 67/2007, de 31 de dezembro (a qual, aliás, diferencia tais casos de indenização pelo sacrifício dos casos de responsabilidade pelo risco, os quais são tratados separadamente, no artigo 11º) –, não configuraram sequer propria-

²⁴ v.g. J. J. Gomes CANOTILHO, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. Dissertação para o exame do Curso Complementar de Ciências Político-Económicas (1970-71) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1970-71, pp. 81 e ss.; José Carlos Vieira de ANDRADE, “Panorama Geral do Direito da Responsabilidade ‘Civil’ da Administração Pública em Portugal”, in J. Luis Martínez LÓPEZ-MUÑIZ, Antonio Calonge VELÁZQUEZ [Coords.]. *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*. III Colóquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo Valladolid, 16-18 de octubre de 1997. Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 39-58; Fernando Facury SCAFF, *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*. 2 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 159-160.

mente responsabilidade civil, mas meras obrigações compensatórias assomadas do princípio da solidariedade social²⁵.

Ainda, segundo entendemos, o instituto da responsabilidade pelo risco é aplicável independentemente de, na hipótese concreta, o ato em questão ter sido ou não lícito, de o sujeito ter agido ou não com dolo/culpa/negligência.

Quer dizer: nem todos os casos de responsabilidade pelo risco serão casos de responsabilidade por ato lícito. É possível que, no âmbito daquela e sem descaracterizá-la, os danos gerados decorram do não cumprimento ou mal cumprimento da legislação (especialmente de deveres positivados de prevenção, de segurança e de cuidado).

Este ponto é extremamente disputado, conceituando parte da doutrina a responsabilidade objetiva como aquela assomada sem que tenha havido dolo ou negligência, sem a ocorrência de ilícito ou, ainda, sem que haja uma prévia violação de qualquer obrigação, ou seja, restrita ao campo dos atos lícitos (ou, no mínimo, não proibidos pelo Direito).

Logo, segundo esta orientação, ocorrendo um ilícito ou a violação de uma qualquer obrigação jurídica e tendo havido dolo/negligência, o caso é de responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpabilidade do lesante. Em contrapartida, nos demais casos (no campo das condutas não proibidas) e somente neles, exsurgiria, havendo danos, a responsabilidade pelo risco.

Assim se entende – e não é este o ponto que suscita a nossa divergência – porque a presença de riscos em uma determinada atividade enseja, como já começamos a delinear acima, ao mesmo tempo dois tipos ou mecanismos de controle – ou, numa aceção que nos parece mais própria, de *gestão de riscos*: a prevenção e a alocação compensatória.

De um lado, os danos potenciais (os riscos, ainda não concretizados) podem ser evitados ou mitigados com a adoção de medidas específicas prévias à sua ocorrência – e aqui a doutrina e a jurisprudência já densificaram bastante bem o leque das medidas que devem ser adotadas: *due diligence*, prestação de informações, cooperação, análises de impacto, etc.

Já a alocação compensatória volta-se a momento posterior à ocorrência do dano (o potencial risco realizado), derivando de uma constatação de que, em determinadas hipóteses especialmente reguladas pelo Direito, a eliminação completa do risco através de medidas de diligência normal (prevenção) é impossível – e, não obstante isso, o agente produtor do risco que veio a se converter em lesão tem o dever de reparar as vítimas.

²⁵ Sobre este ponto, ratificando e explicando a importância da diferença ora apontada, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação, contributo para a compreensão da natureza binária do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Vol. II. cit., pp. 755-757, nota 1643.

Tudo isso é, no nosso entender, acertado. O alvo da discordância ora exposta é, na verdade, a conclusão extraída a partir daí: de que a ruptura culposa ou dolosa do dever de prevenção enseja uma responsabilidade subjetiva (e não também objetiva).

Evidentemente, porque – também já o expusemos – a imputação objetiva depende de juízos prévios quanto aos riscos (reputados socialmente reprováveis) que a convocação e opera sob uma lógica jurídica positiva (nos termos da lei), dependerá sempre uma ou outra solução (aplicar a responsabilidade subjetiva ou objetiva em cada caso) das possibilidades e restrições previamente fixadas pela lei.

De uma forma geral, porém, e em termos dogmáticos, não assentimos com tais conclusões.

Entendemos, reversamente, e antes de mais, que o binômio prevenção/reparação compõem o próprio cerne do instituto geral da responsabilidade (que, já anotamos, traz ínsita a si uma função preventiva), apresentando-se como dois momentos de operação da responsabilidade – e não dois fundamentos diversos a, um, convocar a responsabilidade subjetiva e, outro, a responsabilidade objetiva (restrita, segundo aquele entendimento, ao momento da justa compensação).

Depois, que a lógica sob que opera a responsabilidade pelo risco é diversa da lógica sob que opera a responsabilidade fundada na culpa. O que importa, na primeira, como já começamos por expor *supra*, é saber se o dano em questão é reconduzível a uma esfera de risco pré-existente e já reconhecida pelo Direito como socialmente reprovável. Na segunda, trata-se de avaliar a conduta e a intencionalidade do autor do dano, ou seja, se quis ou não provocar a lesão, se obrou ou não para evitação do resultado – o que só faz sentido, no nosso entender, se o resultado lesivo de que se trata seja propriamente evitável (o que, vimos, não sendo totalmente possível em sede de risco, ensejou a construção de toda uma nova teoria para responsabilização do agente).

Isto não significa, porém, que não reconhecemos a possibilidade de sobreposição entre uma e outra. Na excelente imagem de BARBOSA, “ao actuar culposamente, o sujeito afasta-se do comportamento exigível tendo em conta o respeito pelo outro e os previsíveis efeitos da sua conduta. Define-se, portanto, uma circunferência, em que cada ponto é interligado por um dos focos da previsibilidade do homem médio, representado pelo lesante. Mas esta circunferência é envolvida por uma outra, mais ampla, que se estende até o limite do que não é improvável. Trata-se, aí, de lesões que, não sendo abarcáveis pela previsão do sujeito, se integram, ainda, na zona de influência do risco por ele abraçado. Nessa coroa circular situam-se todos os danos que não são improváveis, ainda

que não sejam prováveis. E por eles deve, ainda, porque ligados àquela esfera de risco encabeçada pelo agente, este ser responsabilizado²⁶.

Podem vir a formar, em alguns casos, portanto, dois círculos concêntricos²⁷, em que, no menor (o círculo da culpabilidade), o agente não só poderia, como tinha o dever de abster-se de produzir/evitar a produção da lesão; no maior (o da responsabilidade objetiva pelo risco), estão englobados não só estes casos, como aqueles em que o evento lesivo ocorre independentemente de culpa do lesante.

Diante disso, não reputamos incorreto afirmar que há resultados danosos provenientes da concretização de riscos gerados por culpa do lesante. O que não assentimos é, por causa disso (da presença de uma culpabilidade), aplicar o regime da responsabilidade civil subjetiva em detrimento da imputação objetiva.

E isto principalmente porque – há-de se reconhecer – a operação da responsabilidade subjetiva implica inúmeras dificuldades adicionais, uma vez que depende da configuração – e, assim, de provas nem sempre de fácil ou possível produção – no caso concreto de todos os seus três elementos essenciais: culpabilidade, nexo causal e dano.

Quanto ao primeiro, impende, antes de mais, comprovar a existência e o conteúdo da norma jurídica violada e a intencionalidade do autor do dano – o que, merece referência, no plano jurídico internacional, apresenta-se muitas vezes problemático, seja em razão da multiplicidade das normas (nem sempre coesas/harmoniosas²⁸), seja em razão dos diferentes graus vinculativos e de densidade normativa (desde normas com o alto grau de coercibilidade até aquelas que beiram o limite do próprio jurídico) que compõe o sistema jurídico internacional.

²⁶ Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação, contributo para a compreensão da natureza binária do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Vol. II, *cit.*, pp. 926-927.

²⁷ “Nem toda responsabilidade com culpa é responsabilidade pelo risco. É por isso possível que se denote, em determinados casos, um imbricamento entre a imputação objectiva e a conduta culposa do agente. Não porque se confundam ou sobreponham, mas porque, traduzindo-se naquele resultado a que se chegue por virtude do cotejo de esferas de risco e responsabilidade, pode a conduta culposa avultar como *ponto de partida do desenho concreto desta* (Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação, contributo para a compreensão da natureza binária do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Vol. II, *cit.*, p. 860). Mas isto não é necessário, podendo haver a concretização do resultado sem culpa do agente e, ao mesmo tempo, “pode existir culpa e, não obstante, ser negativa a resposta imputacional que se busca” (Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação, contributo para a compreensão da natureza binária do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Vol. II, *cit.*, p. 860).

²⁸ Uma vez mais remetemos para Natália de Almeida MORENO, “Regimes Complexos no Cenário Internacional Contemporâneo”, *cit.*, pp. 275-316.

Depois, a averiguação de um nexo de causalidade entre o dano e a conduta culposa do pretenso lesante – a qual, em cenários de risco, muitas vezes é permeada por grandes dificuldades decorrentes das relações não lineares que caracterizam (em maior ou menor grau) estes tipos de atividades e suas respectivas consequências²⁹ (altamente propícias a concausas), dos espaços de ignorância técnico-científica quanto à integralidade dos e possíveis danos que dela decorrem, de nem sempre ser possível estabelecer um nexo direto e imediato entre o dano e o agente produtor do risco, etc.

Ainda, quanto aos danos, verifica-se não raras vezes a impossibilidade de o fato lesivo ser isolado ou isolável, concorrendo não pouco frequentemente com outros de idêntico ou até diverso conteúdo que, cumulativamente, lhe deram existência (v.g., poluição do ar, destruição da camada de ozônio).

Por sua vez, a configuração da responsabilidade objetiva basta-se com a confirmação, vimos acima, de que o dano é concretização de um risco imputável ao agente lesante³⁰.

Isto posto, não é razoável que, precisamente nas hipóteses em que o lesante operou com dolo ou culpa, seja trazido à resolução aquele (mais dificultoso) mecanismo de responsabilização.

Portanto, para nós, se, em ambos os casos, há uma esfera de risco especialmente regulada pelo Direito, não há justificativas que permitam afastar a incidência da mesma lógica operativa (imputação objetiva).

Podemos, então, concluir que, na nossa opinião, a responsabilidade pelo risco torna despicienda a valoração da conduta do sujeito, o que não significa que se restrinja aos danos decorrentes de condutas exclusivamente lícitas: o mérito da ação ou omissão – se lícita ou ilícita – é *indiferente* para efeitos do surgimento da responsabilidade (conquanto possa ser avaliado para fins de fixação da reparação).

Trata-se, assim, de uma responsabilidade *independente* de culpa (e não necessariamente sempre dela desvestida).

²⁹ Agravadas no plano internacional, diante da natureza transfronteiriça dos danos.

³⁰ Tendo em conta, evidentemente, a incoerência de quaisquer das excludentes da responsabilidade objetiva, quais sejam e tipicamente, fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e fortuito, que nós interpretamos como incluindo as zonas de incerteza, já que, nos riscos, embora nem sempre se possa impedir totalmente a ocorrência do evento danoso, é possível, em alguma medida, prevê-lo e controlá-lo (minorar o risco), estando associado a um possível calcular probabilidades de ocorrência e dimensionamento; no âmbito da incerteza, ao revés, não se tratam propriamente de probabilidades, mas meras possibilidades, porquanto são insuscetíveis de cálculo e referem àquelas lacunas do conhecimento e da experiência humanos em que as predições e, consequentemente, a evitação do resultado mostram-se senão impossíveis, altamente contingentes.

Sem prejuízo disso, há, decerto, um amplo leque de possibilidades e escolhas quanto (i) aos riscos socialmente reprováveis, que atrairão imputação objetiva; (ii) aos limites da responsabilidade do agente que encabeça a esfera de risco; e, sobretudo, (iii) à alocação considerada eficiente e equitativa dos riscos, frente ao seu grau, aos potenciais danos iminentes, à probabilidade de se concretizarem, ao agente que os encabeça e à natureza/proveito da conduta que os produz e/ou majora.

Não por acaso que há um rol de atividades perigosas que são especialmente qualificadas e reguladas pelo Direito – que constituem o núcleo paradigmático da responsabilidade pelo risco³¹.

E é precisamente destas atividades que se ocupa a responsabilidade internacional pelo risco, conforme passaremos a expor.

³¹ Há, inclusive, autores – de que, inclusive, nos aproximamos em parte substancial – que circunscrevem a responsabilidade pelo risco unicamente a este tipo de atividades (conhecidas como altamente perigosas e, assim, com grande potencial de causar danos). Parece ser este o posicionamento, por exemplo, de Carla Amado GOMES, “A responsabilidade administrativa pelo risco na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, uma solução arriscada?”, *cit.*, pp. 603-626. V., ainda, Xue HANQUIN, *Transboundary Damage in International Law*, *cit.*, pp. 299-312 para alguns dos diversos posicionamentos doutrinários acerca da matéria, particularmente no campo do Direito Internacional. De nossa parte, concordamos que há importantes diferenças entre os sistemas de responsabilidade objetiva já consagrados ao redor do mundo para além da responsabilidade objetiva nas atividades altamente perigosas, como, por exemplo, a responsabilização objetiva nas relações de consumo, responsabilidade objetiva pelo risco médico, responsabilidade objetiva pelo risco de trânsito. Realmente, em cada um destes casos, há valores e fundamentos especiais a legitimar a objetivação da responsabilidade – marcadamente, nas relações de consumo, o valor da igualdade material, a orientar, pela via da imputação objetiva, a correção da desigualdade entre o produtor e o consumidor hipossuficiente. No entanto, e à luz dos fundamentos da teoria geral da imputação objetiva por nós acima expostos, parece que, em quaisquer destas hipóteses, estará caracterizada (mais ou menos direta e intensamente) uma esfera de risco, a assunção do risco pelo agente ao qual é imputada a conduta lesiva pelo ordenamento – que é, precisamente, vimos, o que justifica a objetivação da responsabilidade. Nas atividades de altíssimo risco, esta *ratio* expressa-se forte e indubitavelmente. Mas também nos outros casos não se pode deixar de reconhecer a presença do fundamento geral da assunção de riscos reputados socialmente reprováveis pelo produtor de bens/fornecedor de serviços, pelo médico, pelo condutor de veículos, etc. Então o risco não deixa de ser ponto comum de todas estas hipóteses. É bem verdade que a ideia de risco, aplicada pela teoria geral da imputação objetiva, parte de um conceito amplo do mesmo, que, porém, não nos repugna, porquanto embora de tipos e graus diversos, são todos, afinal, riscos. Assim, malgrado reconhecendo a especialidade e importância paradigmática da responsabilidade pelo risco nas atividades especialmente perigosas, não entendemos ser estas o objeto único daquela.

3. A responsabilidade internacional derivada de danos emergentes de atividades perigosas

Não obstante alguns importantes precedentes – que as restrições de tempo e espaço não nos permitirão tratar³² –, a responsabilidade internacional pelo risco começa a ser delineada sobretudo a partir da década de 1960, positivamente no campo das atividades nucleares, do emprego e transporte de substâncias tóxicas e especialmente perigosas, da poluição e contaminação do ar, dos rios, do solo e do mar, dos transportes internacionais (aéreos, ferroviários e marítimos) e do espaço extra-atmosférico.

Dentre os diversos diplomas já celebrados, optamos por examinar, a título exemplificativo, inclusive para assinalar a evolução dos regimes de responsabilidade pelo risco ao longo do tempo, a Convenção de Paris – com os seus protocolos adicionais e convenção suplementar – sobre a responsabilidade no campo da energia nuclear e a Convenção de Lugano de 1993 sobre a Responsabilidade Internacional por Danos resultantes de Atividades Perigosas para o Meio Ambiente.

Ao fim, tomaremos nota do regime jurídico geral proposto pela Comissão de Direito Internacional Organização das Nações Unidas para a responsabilidade internacional pelo risco.

I.

Paradigmáticas da responsabilidade pelo risco são as atividades nucleares, pelos potenciais efeitos desastrosos que trazem ínsitas a si.

Não por caso que já em 1960 assinou-se, em Paris, a Convenção sobre a Responsabilidade Civil no Domínio da Energia Nuclear, entretanto suplementada pela Convenção de Bruxelas de 1963 e modificada pelos respectivos Protocolos Adicionais de 1964 e 1982.

Sinteticamente, o regime instituído visa assegurar reparação adequada e equitativa às pessoas que tenham sido vítimas de danos causados por acidentes nucleares, os quais são definidos no art. 1º, “a”, i)³³, como “todo o facto ou sucessão de factos da mesma origem que tenha causado danos, desde que esse facto ou esses factos ou alguns dos danos causados provenham ou resultem quer das propriedades radioactivas, ou simultaneamente, das propriedades radioactivas e das propriedades tóxicas, explosivas ou outras propriedades perigosas

³² Para uma listagem compreensiva do corpo de normas internacionais sobre a matéria, v. Xue HANQUIN, *Transboundary Damage in International Law*, cit., pp. xvi-xxv.

³³ Segundo redação dada pelo Protocolo Adicional de 1983.

dos combustíveis nucleares ou dos produtos ou resíduos radioactivos, quer de radiações ionizantes emitidas por qualquer fonte de radiação que se encontre numa instalação nuclear³⁴.

É instituída uma responsabilidade do tipo objetiva do explorador³⁵ de uma atividade nuclear por “i) *todos* os danos causados a pessoas; e ii) *todos* os danos causados a bens, com excepção: 1) Da própria instalação nuclear e de outras instalações nucleares, mesmo em construção, que se encontrem no sítio onde está implantada essa instalação; 2) Dos bens que se encontrem no mesmo sítio e que sejam ou devam ser utilizados em conexão com uma ou outra dessas instalações, se ficar provado que esse dano (daqui em diante chamado «dano») foi causado por um acidente nuclear ocorrido nessa instalação ou em que estejam implicados materiais nucleares provenientes dessa mesma instalação, sem prejuízo do disposto no artigo 4.º; 2) Nos casos previstos no artigo 4.º, do meio de transporte no qual os materiais nucleares em causa se encontram no momento do acidente nuclear, se ficar provado que este dano (designado daqui em diante por «dano») foi causado por um acidente nuclear em que estejam implicados quer combustíveis nucleares, produtos ou resíduos radioactivos detidos nessa instalação, quer materiais nucleares provenientes dessa instalação, com reserva das disposições do artigo 4.º; b) Quando os danos forem causados conjuntamente por um acidente nuclear e um acidente não nuclear, o dano causado por este segundo acidente, na medida em que não possa ser separado com exactidão do dano causado pelo acidente nuclear, é considerado como um dano causado pelo acidente nuclear. Quando o dano for causado conjuntamente por um acidente nuclear e por uma emissão de radiações ionizantes não prevista pela presente Convenção, nenhuma disposição da presente Convenção limita ou

³⁴ <http://www.gddc.pt/siii/docs/dec33-1977.pdf> e <http://www.gddc.pt/siii/docs/dec69-1983.pdf>

³⁵ Considera-se (art. 1.º, “a”, vi) “«Explorador» de uma instalação nuclear significa a pessoa designada ou reconhecida pela autoridade pública competente como explorador dessa instalação nuclear”. Independentemente disso, o art. 6.º prevê, “a) O direito de exigir uma reparação em virtude de um dano causado por um acidente nuclear só pode ser exercido contra um explorador responsável por esse dano, nos termos da presente Convenção; pode, porém, ser igualmente exercido contra o segurador ou contra qualquer outra pessoa que tenha concedido uma garantia financeira ao explorador, nos termos do artigo 10.º, se o direito nacional previr que o segurador ou qualquer outra pessoa que tenha concedido uma garantia financeira sejam directamente accionados. b) Com reserva do disposto no presente artigo, nenhuma outra pessoa pode ser obrigada a reparar um dano causado por um acidente nuclear; todavia, esta disposição não pode afectar a aplicação dos acordos internacionais no domínio dos transportes que estejam em vigor ou abertos para assinatura, ratificação ou adesão à data da presente Convenção. c) - i) Nenhuma disposição da presente Convenção evita a responsabilidade, 1) De qualquer pessoa física que, por um acto ou uma omissão intencionalmente danosos, tenha causado um dano resultante de um acidente nuclear pelo qual um explorador, nos termos do artigo 3.º, a), ii), 1) e 2), ou do artigo 9.º, não seja responsável em virtude da presente Convenção”.

afecta, por outro modo, a responsabilidade de qualquer pessoa no que respeita a essa emissão de radiações ionizantes”.

Portanto, uma vez concretizado o risco em danos, imputa-se o resultado lesivo objetivamente ao operador da planta geradora nuclear, mesmo no caso de concausas (“acidente não nuclear”) em que não seja possível separar – e aqui nota-se bem um dos motivos fundantes da responsabilidade pelo risco e da imputação objetiva, devido à natureza complexa e não-linear dos cenários pós-modernos – a real causa dos danos.

No caso de transporte de materiais nucleares, incluindo a armazenagem no decurso do transporte, o artigo 4º densifica inúmeras hipóteses quanto ao momento em que é considerado transferido o risco – e, assim, a responsabilidade – pelo material transportado, sendo também exemplar da relação imputação/“esfera de risco” encabeçada pelo agente responsável que vimos no tópico anterior.

Relativamente às excludentes, o art. 6º, “c”, i), 1, estabelece que “Nenhuma disposição da presente Convenção evita a responsabilidade: 1) De qualquer pessoa física que, por um acto ou uma omissão intencionalmente danosos, tenha causado um dano resultante de um acidente nuclear pelo qual um explorador, nos termos do artigo 3.º, a), ii), 1) e 2), ou do artigo 9.º³⁶, não seja responsável em virtude da presente Convenção”, abrindo, assim, vias para defesa calcada em fato exclusivo da vítima, fato de terceiros e fortuito.

Contudo, nas ponderações que, neste tipo de responsabilidade, são abertas quanto, já expusemos, (i) aos riscos socialmente reprováveis; (ii) aos limites da responsabilidade do agente que encabeça a esfera de risco; e, sobretudo, (iii) à alocação considerada eficiente e equitativa dos riscos, o artigo 7º da Convenção prevê limites quantitativos relativamente ao montante máximo de indenizações a pagar³⁷ (“a) O total das indemnizações a pagar por um dano causado por um acidente nuclear não pode ultrapassar o montante máximo da responsabilidade fixado nos termos do presente artigo”), impondo, por outro lado, a instituição de

³⁶ Artigo 9º, “O explorador não é responsável pelos danos causados por um acidente nuclear se esse acidente se dever directamente a actos de conflito armado, de hostilidade, de guerra civil ou de insurreição ou, salvo disposição em contrário da legislação da Parte Contratante no território da qual está situada a sua instalação nuclear, a cataclismos naturais de carácter excepcional”. Faça-se a nota que, desde 1997, o protocolo que emendou a Convenção de Viena sobre responsabilidade civil por danos nucleares, excluiu do escopo exoneratório da responsabilidade os graves desastres naturais.

³⁷ “A natureza, a forma e o âmbito da reparação, assim como a repartição equitativa das indemnizações, são regulados, nos limites previstos pela presente Convenção, pelo direito nacional” (artigo 11).

seguros, garantias financeiras ou fundos privados obrigatórios para fazer face à responsabilidade³⁸.

E, quanto à operação e ao controle da responsabilidade pelo risco, são competentes os tribunais nacionais (preferencialmente da Parte Contratante no território da qual se verificou o acidente nuclear ou, “quando um acidente nuclear se verificar fora dos territórios das Partes Contratantes ou quando o lugar do acidente nuclear não possa ser determinado com exactidão, os tribunais da Parte Contratante no território da qual está situada a instalação nuclear cujo explorador é responsável são os únicos competentes”³⁹), os quais devem, para além de respeitar os limites indemnizatórios, atender ao princípio da igualdade, estando obrigados a aplicar a Convenção sem qualquer discriminação fundada na nacionalidade, no domicílio ou na residência (art. 14).

Na Convenção Complementar de Bruxelas, de 31 de Janeiro de 1963, destaca-se a expansão do escopo geográfico da norma, passando a regular os danos sofridos não apenas no território de um das partes contratantes, mas também “2) No alto mar ou acima deste, a bordo de um navio ou aeronave registados no território de uma Parte Contratante; ou 3) No alto mar ou acima deste, por um nacional de uma Parte Contratante, desde que, em caso de danos num navio ou aeronave, estes estejam registados no território de uma Parte Contratante; sob reserva de que os tribunais de uma Parte Contratante sejam competentes conforme a Convenção de Paris”⁴⁰, e a respectiva majoração dos limites indemnizatórios (art. 3º).

Mas, principalmente, é de salientar a previsão (art. 3º, b), ii e iii) de instituição de fundos públicos⁴¹ para além do conjunto de fundos privados, cuja ativação é obrigatória quando não mais “estiverem disponíveis os fundos previstos no artigo 3.º, b), i) [os fundos privados]”⁴², introduzindo-se, ainda, obrigações instrumentais de informação, cooperação e consulta entre os Estados aquando da ocorrência e das circunstâncias de um acidente nuclear (v. artigos 9, 10, 12 e 16).

Assim, concomitantemente à responsabilidade direta e imediata do operador privado, consagram-se alocações de deveres e responsabilidades *nos*

³⁸ Artigo 10º, em que se lê, na parte geral, “a) Todos os exploradores deverão ser obrigados, para fazer face à responsabilidade prevista por esta Convenção, a ter e manter, no valor do montante fixado nos termos do artigo 7.º, um seguro ou qualquer outra garantia financeira correspondente ao tipo e às condições determinadas pela autoridade pública competente”.

³⁹ Artigo 13, “b”.

⁴⁰ Artigo 2º, ii)

⁴¹ A fórmula de repartição segundo a qual as Partes Contratantes concedem os fundos públicos é calculada com base nos parâmetros estabelecidos no artigo 12.

⁴² Artigo 9º, “c”

Estados em que se encontrem situadas as plantas geradoras nucleares e/ou estejam registrados as aeronaves e navios e/ou ocorram os danos.

II.

De modo mais transversal, a Convenção de Lugano sobre a Responsabilidade Internacional por Danos resultantes de Atividades Perigosas para o Meio Ambiente, desenvolvida no âmbito do Conselho da Europa⁴³, propõe-se a “assegurar uma indemnização adequada pelos danos resultantes de actividades perigosas para o ambiente prevendo também meios de prevenção e de reparação”.

O referido diploma, pendente ainda de 3 ratificações para entrar em vigor⁴⁴, tem o mérito, no seu preâmbulo, de esclarecer que o estabelecimento da responsabilidade objetiva para os casos previstos na Convenção toma por conta o Princípio do Poluidor Pagador – que mais não é uma das concretizações da ideia já por nós aqui exaustivamente exposta de imputação objetiva ao agente que encabeça uma esfera de risco, que, no âmbito da responsabilidade, acaba por concretizar-se em danos.

⁴³ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007c079>

⁴⁴ Que, por sua vez, acaba por tornar operativa a provisão do art. 5º

O escopo material da Convenção repousa sobre atividades perigosas⁴⁵ e os danos delas decorrentes⁴⁶, que englobam, no conceito formulado no n° 7 do artigo 1º, “a) uma perda de vida ou lesão pessoal; b) perda de ou dano à propriedade que não seja aquela própria instalação ou a propriedade sob controle do operador situada no local da atividade perigosa; c) perda ou dano degradantes do meio-ambiente [loss or damage by impairment of the environment] desde que não sejam consideradas danos no âmbito dos conceitos dos subparágrafos a ou b acima, estipulando-se que a compensação pela degradação ambiental, diversa daquela por perda de lucros extraíveis de tal degradação, deve ser limitada aos custos das medidas de restabelecimento efetivamente tomadas ou a serem tomadas; d) custos de medidas preventivas ou qualquer perda ou dano causado por medidas preventivas, na extensão de que os danos ou perdas referidos no subparágrafo acima decorram ou sejam resultado das propriedades perigosas das substâncias lesivas, organismos geneticamente modificados ou resultem de lixo [waste]”.

Em termos geográficos, limita-se a incidência do regime jurídico previsto na Convenção aos espaços de jurisdição arrolados no art. 3º, estabelecendo-se, ainda, dois diferentes regimes operativos de responsabilidade: o regime de responsabilidade em relação a substâncias, organismos e certas instalações ou locais de despejo de lixo (art. 6º) e aquele concernente aos locais de permanente depósito de lixo (art. 7º).

⁴⁵ Definidas no artigo 2º, n° 1 como “uma ou mais das seguintes atividades, desde que operadas profissionalmente incluindo as levadas a efeito por autoridades públicas, a) a produção, manuseio, armazenagem, uso ou despejo de uma ou mais substâncias perigosas ou qualquer operação de natureza similar lidando com tais substâncias; b) produção, cultura, manuseio, armazenagem, uso, destruição, despejo, liberação ou qualquer operação lidando com um ou mais, - organismos geneticamente modificados, modificação genética e as condições sob as quais a operação é exercitada, que coloque risco significativo para o homem, o meio-ambiente ou propriedade; - micro-organismos que como resultado de suas propriedades e as condições sob as quais a operação é exercida coloquem risco significativo para o homem, o meio-ambiente ou a propriedade, tais como aqueles micro-organismos que são patogênicos ou que produzem toxinas; c) a operação de uma instalação ou local para incineração, tratamento, manuseio ou reciclagem de lixo, como aquelas instalações e locais especificados no Anexo II, considerando que as quantidades envolvidas coloquem coloquem risco significativo para os homens, o meio-ambiente ou propriedade; d) a operação de um local permanente de depósito de lixo”. Por sua vez, o n° 2 do referido artigo conceitua “substâncias perigosas” como “substâncias ou preparações que têm propriedades que constituem um risco significativo para o homem, o meio-ambiente ou propriedade. Uma substância ou preparação que é explosiva, oxidante [comburente], extremamente inflamável, inflamável, muito tóxica, nociva [harmful], corrosiva, irritante, sensibilizadora [sensitizing], cancerígena, mutagênica, tóxica por reprodução ou perigosa pelo ambiente no âmbito do conceito de oxidante do Anexo I, Parte A, da Convenção (...); e b) substâncias especificadas no Anexo I, Parte B”, que, neste caso, “sem prejuízo da aplicação do subparágrafo acima, podem ser restritas à especificação de substâncias perigosas a certas quantidades ou concentrações, certos riscos e certas situações”.

⁴⁶ À exceção das circunstâncias expressamente previstas no artigo 4º.

Ambos estipulam, em primeira linha, a responsabilidade objetiva do operador (da atividade/instalação/local), sem prejuízo de um eventual seu direito de regresso contra qualquer outra parte a quem não tenha sido objetivamente imputada a responsabilidade pela Convenção, diferenciando-se, no entanto, sobretudo quanto ao período temporal em que a imputação objetiva pode der operada.

Em qualquer caso, é responsável o operador que esteja exercendo, aquando da ocorrência de perdas e danos, o controle sobre a atividade – por ser aquele que encabeça, com atualidade, a esfera de risco.

Porém, se um incidente consistir numa ocorrência contínua – e aqui, mais uma vez, expressa-se a complexidade das relações causais entre riscos e danos, que atraem a teoria da imputação objetiva –, o art. 6º, nº 1, 2º parte, prevê que todos os operadores que tenham sucessivamente exercido controle sobre a atividade perigosa durante a ocorrência de tais danos serão, conjunta e severamente, responsáveis. Com a ressalva de que o operador que provar que a ocorrência durante o período em que esteve sobre o controle da atividade resultou somente em parte dos danos, seja responsável proporcionalmente.

Do mesmo modo e seguindo a mesma regra da proporcionalidade em concausas (nº 3⁴⁷), se o incidente consiste numa série de ocorrências com origem comum, “os operadores do momento de tal ocorrência devem ser conjunta e severamente responsáveis”.

Não obstante isso (nº 4), “se o dano resultante da atividade perigosa torna-se conhecido após tal atividade na instalação ou local ter cessado”, será responsável civilmente o último operador (o que, por último, assumiu a esfera de risco), “desde que ele ou a pessoa lesada provem que todos ou parte dos danos tenham resultado de um incidente sucedido em momento anterior à operação por aquele agente”, podendo-se considerar proporcionalmente, para efeitos de indenização, o grau e o momento dos riscos assumidos por cada operador.

No segundo regime (o do art. 7º), para além da responsabilidade do operador que atualmente opere o local permanente de depósito de lixo, o nº 1 alarga temporalmente⁴⁸ a imputação na hipótese de os danos só serem conhecidos em momento futuro, densificando, inclusive, que se os danos foram causados pelo depósito de lixo anteriormente ao seu encerramento e tais danos só forem conhecidos posteriormente, o operador continua, do mesmo modo, responsável.

Tal regime é especial relativamente ao do art. 6º (conforme expressamente positivado no nº 2), aplicando-se em substituição daquele mesmo quando (nº 3) “o mesmo operador conduza outra atividade perigosa no local do depósi-

⁴⁷ Que acaba por ser reforçada no artigo 11º

⁴⁸ Mas não sem limites, já que se aplicam os prazos prescricionais do art. 17º.

to permanente de lixo”, o que, porém, não afasta a regra de proporcionalidade prevista naquele artigo na hipótese de concausa, incidindo o regime especial – e com imputação temporalmente alargada – do art. 7º caso o operador ou o lesado demonstrem que os danos provieram apenas em parte da atividade relacionada ao depósito permanente de lixo, e, o do art. 6º, relativamente aos demais danos.

Também neste diploma, fica estipulado a manutenção obrigatória de esquemas de securitização financeira (art. 12º), que trazem em si ínsita a ideia de risco.

Para além, consagra – e nisto avança bastante em termos de densificação de obrigações – os deveres instrumentais de informação/transparência, cooperação e consulta impostos aos Estados (arts. 13 a 18) e estabelece a título de operação e controle do regime de responsabilidade as jurisdições nacionais como competentes, consoante as regras do art. 19º, com os deveres de tratar com igualdade as vítimas e reconhecimento mútuo das decisões emanadas pelas diferentes jurisdições.

As contribuições mais inovadoras e relevantes do diploma recaem, não obstante o já sofisticado mecanismo operatório descrito, no âmbito das excludentes da responsabilidade e na dimensão preventiva e evolutiva dos danos – a qual, já expusemos, é ínsita à própria lógica da responsabilidade pelo risco.

Relativamente às excludentes da responsabilidade objetiva, o art. 9º prevê a exclusão por fato da vítima e, o artigo 8º, nas suas diversas previsões, consagra o fato de terceiro (alíneas b e c) e o fortuito (alínea a).

Mas vem, em sua alínea “d”, apresentar uma importante contribuição ao regime da responsabilidade pelo risco, reconhecendo como excludentes o fato de “d) ter sido a poluição causada em níveis toleráveis sob as relevantes circunstâncias do local; e ou ter sido causado por uma atividade perigosa realizada licitamente no interesse da pessoa que sofreu os danos, afigurando-se razoável relativamente àquela pessoa expô-la aos riscos da atividade perigosa”.

Nota-se, aqui, a operação de um sistema totalmente compatível com a lógica da responsabilidade pelo risco, que permite flexibilizar as hipóteses de imputação à luz das circunstâncias do caso concreto, permeabilizando ao *julgador* realizar ponderações quanto (i) aos riscos socialmente reprováveis; (ii) aos limites da responsabilidade do agente que encabeça a esfera de risco; e, sobretudo, (iii) à alocação considerada eficiente e equitativa dos riscos.

Trata-se, com efeito, de relevantíssimos evoluções e amadurecimento do sistema.

Mais, o diploma inova igualmente ao prever, nos artigos 26 e ss., a criação de um Comitê permanente (Standing Comitee) com funções de (art. 27) “manter sob revisão problemas relacionados a essa Convenção. Pode, em particular: considerar qualquer questão de natureza geral a ela relacionada concernente à

interpretação ou implementação da Convenção” e “propor qualquer emendas necessárias à Convenção, incluindo os seus anexos e examinar aquelas propostas de emenda realizadas em acordo com os artigos 29 a 31”.

Identifica-se, aqui, o reconhecimento de que questões de responsabilidade pelo risco demandam sempre constantes revisões: relativamente aos três parâmetros de ponderação já elencados e, particularmente, aos novos riscos criados na sociedade hodierna.

Logo – e permanentemente –, o Comitê atua preventivamente quanto aos novos riscos e novas hipóteses passíveis de causar danos para além daquelas que, atualmente, se reconhecem como potencialmente lesivas aos bens jurídicos tutelados pela Convenção. E, na sua operação, permeabiliza a Convenção à evolução, abrindo-a para o futuro – seja em termos de interpretações construtivas e evolutivas que poderá vir a adotar, seja em termos de propostas de emendas.

Em termos de riscos – e da linha tênue que os separa das incertezas –, reconhecer e internalizar as lacunas do conhecimento humano – e, assim, da própria legislação – é de importância ímpar, sendo de louvar os avanços conseguidos pela Convenção nos termos expostos.

III.

Sem prejuízo dos diversos diplomas especiais já celebrados para específicas atividades e campos de interesse, a Comissão de Direito Internacional Organização das Nações Unidas, incumbida de estudar e desenvolver parâmetros internacionais para regular a responsabilidade internacionais pelos danos consequentes da execução de “outras atividades”, para além da responsabilidade emergente de atos ilícitos, passou a debruçar-se sobre o tema da responsabilidade internacional pelos danos consequentes de atos não proibidos pelo Direito Internacional, subdividindo os trabalhos⁴⁹, em 1997, em duas partes: prevenção de danos transfronteiriços decorrentes de atividades perigosas e responsabilidade internacional no caso de perdas derivadas de danos transfronteiriços emergentes de atividades perigosas⁵⁰.

⁴⁹ Esta própria subdivisão já denota uma opção quanto ao tipo de responsabilidade a ser convocada em cada um dos momentos de prevenção e compensação dos danos, cuja análise crítica empreenderemos à frente.

⁵⁰ V. sumário de trabalho descrito em <http://www.un.org/en/ga/sixth/68/TransHarm.shtml>.

Daí resultou a formulação de um projeto⁵¹ (ainda não submetido à assinatura) de princípios para regular a alocação de perdas – é a expressão adotada pelo documento – derivadas de danos transfronteiriços [que ultrapassam os limites de jurisdição de um Estado] emergentes de atividades perigosas⁵², que parte do pressuposto fundamental de que “mesmo se o Estado relevante cumprir integralmente com as suas obrigações de prevenção, sob o Direito Internacional, acidentes e outros incidentes podem não obstante ocorrer e ter consequências transfronteiriças que causem danos e perdas sérias a outros Estados e seus nacionais” e “para o propósito do presente projeto de princípios é assumido que os deveres de *due diligence* sob as obrigações de prevenção foram atendidos (...), o foco do presente projeto são os danos causados a despeito do cumprimento de tais deveres”, operando, assim, uma opção – positivada no Princípio 1º – de restringir a consagração da responsabilidade pelo risco somente ao campo dos atos não proibidos pelo Direito (logo, realizando uma diferenciação entre a operação da responsabilidade subjetiva aquando do não cumprimento dos mencionados deveres de prevenção e a operação da responsabilidade objetiva pelo risco somente aquando da não violação destes).

O Princípio 4º, nº 2, consagra, para as hipóteses compreendidas no escopo geral do diploma, uma responsabilidade do tipo *objetiva* (“tal responsabilidade não deve requerer prova de culpa”), que se coaduna não só com o tipo de atividades reguladas (de risco) como com os propósitos estabelecidos no Princípio 3º para instituição de tal regime jurídico, a saber: assegurar compensação rápida e adequada das vítimas de danos transfronteiriços e preservar e proteger o meio ambiente no evento de danos transfronteiriços.

A ativação do regime depende, porém, do tipo e grau de riscos que estão em causa, limitando-se aos riscos subjacentes a atividades que, embora com *baixa probabilidade* de causar danos, tenham potencial de causar lesões transfronteiriças *desastrosas*, bem como as que, com *alta probabilidade* de causar danos, sejam estes ao menos *significativos*.

⁵¹ http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_10_2006.pdf, dos quais foram retiradas todas as citações que referem ao documento.

⁵² E o projeto de princípios, comentado, esclarece que “diversos tipos de atividades podem ser alocadas nessa categoria [das atividades perigosas]. Como o título do projeto de princípios indica, qualquer atividade perigosa ou por implicação qualquer atividade ultraperigosa, que envolvam, no mínimo, um risco de causar danos transfronteiriços, está abrangida. Estas são atividades que têm alta probabilidade de causar um dano significativo ou baixa probabilidade de causar danos desastrosos. O efeito combinado da probabilidade de ocorrência de um acidente e a magnitude de seu impacto lesivo separam tais atividades de qualquer outra”. Porém, apesar de à primeira vista abrangente, o conceito limita-se com diversas exceções, “danos transfronteiriços causados por políticas do Estado em comércio e campos monetário/cambial, sócioeconômico e outros similares estão excluídos do escopo dos presentes princípios”.

O sujeito a que se dirige a norma de imputação objetiva é, naturalmente, o agente que encabeça a esfera de risco: o operador de tais atividades perigosas (Princípio 4º, nº 2), sendo pessoa pública ou privada, vindo o Estado a responder pela compensação só *subsidiariamente* (nº 5) – na hipótese de não serem suficientes as forças daquele.

Não obstante, são atribuídos aos Estados deveres substantivos especiais, quais sejam (Princípio 5º): notificar prontamente todos os Estados afetados ou passíveis de serem afetados do evento lesivo e dos possíveis efeitos dos danos transfronteiriços; assegurar, com o envolvimento apropriado do operador, que respostas e medidas adequadas sejam tomadas e, para este propósito, empregar as melhores técnicas e dados disponíveis; consultar e buscar a cooperação, quando apropriado, dos Estados afetados ou passíveis de serem afetados para mitigar os efeitos dos danos transfronteiriços e, se possível, eliminá-los; quando afetados ou passíveis de serem afetados, tomar todas as medidas possíveis para mitigar e, se possível, eliminar os efeitos de tais danos; e buscar a assistência de organizações internacionais competentes e outros Estados em termos e condições mutuamente aceitos.

Devem os Estados, igualmente, para efeitos de dotar o regime de efetividade (Princípio 6º), dotar os seus órgãos jurisdicionais e administrativos internos das necessárias jurisdição e competência para resolver demandas assumidas da responsabilidade pelo risco consagrada, assegurando que tais órgãos tenham à disposição das vítimas remédios adequados e efetivos – estejam ou não as atividades perigosas situadas em seu território e estejam ou não as vítimas situadas em seu território –, bem assim disponibilizar e facilitar o acesso a todas as informações relevantes acerca dos remédios legais, inclusive o de ações indenizatórias.

Além disso, para o fim de garantir as compensações devidas e a observância das obrigações substantivas arroladas no Princípio 5º (especialmente as de adotar todas as respostas e medidas adequadas para mitigar os efeitos dos danos transfronteiriços e, se possível, eliminá-los), o estabelecimento e manutenção de instrumentos de securitização financeira bastantes a cobrir demandas indenizatórias é *mister*, tal como, em casos apropriados, a instituição, a mando do Estado, de fundos setoriais ao nível nacional (Princípio 4º, nºs 3 e 4).

Tudo isso sem prejuízo (Princípio 7º) da conjugação de esforços estatais de, paralelamente ao proposto regime geral internacional, cumprir e fomentar a conclusão de diplomas especiais que disciplinem a compensação de danos decorrentes de atividades perigosas específicas e o estabelecimento dos referidos fundos (privados e/ou públicos) para prover e assegurar a compensação das vítimas e a mitigação/eliminação dos danos causados.

4. Conclusões

Podemos sintetizar topicamente as nossas conclusões no seguinte:

- i Numa sociedade de riscos, não só a produção de riqueza, como os processos decisórios em geral são acompanhados, sistematicamente, pela produção social de riscos e incertezas;
- ii Isto acaba por edificar cenários complexos e relações de causa-efeito não lineares, mostrando-se, por estas razões, cogente o desenvolvimento de uma compreensiva teoria da imputação objetiva;
- iii Segundo tal teoria, o agente que gera riscos para terceiros (cria e assume, portanto, uma esfera de risco socialmente reprovável), passa não só a ter de agir diligentemente no sentido de impedir a convolução do risco (potencial) em lesão (concreta), como a responder pelos efeitos danosos do risco outrora potencial e afinal concretizado;
- iv A instituição de um regime de responsabilidade objetiva pelo risco passa pela análise e ponderação quanto (a) aos riscos socialmente reprováveis, que atrairão imputação objetiva; (b) aos limites da responsabilidade do agente que encabeça a esfera de risco; e, sobretudo, (c) à alocação considerada eficiente e equitativa dos riscos, frente ao seu grau, aos potenciais danos iminentes, à probabilidade de se concretizarem, ao agente que os encabeça e à natureza/proveito da conduta que os produz e/ou majora;
- v Há atividades perigosas que são especialmente qualificadas e reguladas pelo Direito, no âmbito das quais foram consagrados inúmeros regimes internacionais de responsabilidade pelo risco;
- vi Em geral – traduzido principalmente, nos exemplos que analisamos, na Convenção de Paris sobre a responsabilidade no campo da energia nuclear e no Projeto de Princípios da ONU para regular a alocação de perdas derivadas de danos transfronteiriços emergentes de atividades perigosas –, tais diplomas estipulam a regra geral de responsabilização do operador da atividade, não do Estado, o qual só responde subsidiariamente com base em um princípio geral de que tem o dever de evitar danos no plano internacional⁵³.

⁵³ A exceção paradigmática é o Tratado por danos decorrentes do lançamento de objetos extra-atmosférico.

- vii Também em geral, a regra é da securitização obrigatória da atividade pelo agente econômico com fundos suplementares de natureza pública e, as ações de responsabilidade, são movidas em tribunais nacionais.
- viii E, igualmente de uma maneira geral aos diplomas já consagrados no nível internacional, nem todos os danos são indenizáveis, colocando-se limites quantitativos e temporais à indenização;
- ix Tais estipulações são consonantes com a *ratio* da responsabilidade pelo risco (agente que encabeça a esfera de risco é aquele ao qual serão imputados os danos), embora, no âmbito da responsabilidade subsidiária do Estado, esteja presente mais uma lógica de socialização dos prejuízos que de responsabilidade em sentido estrito;
- x Igualmente, a securitização obrigatória mostra-se em linha com a natureza das atividades e toda a teoria do risco, voltando-se, por outro lado, a garantir o ressarcimento das vítimas sem colocar em causa a continuidade da atividade de interesse social que acabou por gerar os danos;
- xi A opção pela operação e controle por tribunais nacionais é, no nosso entender, acertada, afastando quaisquer questionamentos quanto à elevação do indivíduo a sujeito de direito e deveres internacionais, facilitando o acesso à justiça e assegurando que, a partir de sentenças de natureza final e dotadas de coercitividade, sejam compensadas as vítimas;
- xii A despeito disso, a Convenção de Lugano sobre a Responsabilidade Internacional por Danos resultantes de Atividades Perigosas para o Meio Ambiente é a que se nos apresenta como a mais adequada e sofisticada previsão de responsabilidade pelo risco no plano internacional;
- xiii Isto porque reconhece como excludente da responsabilidade o fato de (art. 8º) “d) ter sido a poluição causada em níveis toleráveis sob as relevantes circunstâncias do local; e ou ter sido causado por uma atividade perigosa realizada licitamente no interesse da pessoa que sofreu os danos, afigurando-se razoável relativamente àquela pessoa expô-la aos riscos da atividade perigosa”, o que permite flexibilizar as hipóteses de imputação à luz das circunstâncias do caso concreto, permeabilizando ao *julgador* a análise da tríade de fatores de ponderação em cenários de risco acima expostos;

- xiv Tal sistema – em vez de limites quantitativos gerais para compensação das vítimas – afigura-se-nos mais condizente com o tipo de atividades, danos, interesses e lógicas que estão em causa, podendo, inclusive, evoluir para o efeito – mais que exclusão da responsabilidade – de cálculo das compensações devidas;
- xv Do mesmo modo, a referida Convenção, ao prever a criação de um Comitê permanente com funções de manter sob revisão problemas relacionados à Convenção, vindo a “considerar qualquer questão de natureza geral a ela relacionada concernente à interpretação ou implementação da Convenção” e “propor qualquer emendas necessárias à Convenção, incluindo os seus anexos e examinar aquelas propostas de emenda realizadas em acordo com os artigos 29 a 31”, permeabiliza-se às importantes dimensões preventiva e evolutiva da responsabilidade pelo risco;
- xvi Tal diploma, no nosso entender, é de importância ímpar, devendo os avanços conseguidos pela Convenção servirem de paradigma seja para o desenvolvimento de novos regimes de responsabilidade internacional pelo risco, seja para a adequação dos já existentes.

II SESSÃO

A Responsabilidade internacional do Estado por
Factos Ilícito

A Responsabilidade Internacional do Estado por Factos Ilícitos: o longo caminho para uma Convenção?

Patrícia Galvão Teles¹

A Comissão do Direito Internacional identificou inicialmente o tópico “Responsabilidade do Estado” como adequado para codificação em 1949. Vários e ilustres Relatores Especiais contribuíram para o trabalho da CDI sobre o tópico, propondo diversos pontos de vista e abordagens. Após mais de cinco décadas de trabalho da Comissão, a Assembleia Geral das Nações Unidas tomou nota, em 2001, do Projeto de Artigos adotado pela CDI e deu início a um eventual processo de negociação de uma Convenção Internacional sobre a Responsabilidade dos Estados por Factos Ilícitos.

Desde 2001, o Projeto de Artigos tem sido objeto de escrutínio por parte da doutrina, jurisprudência e prática dos Estados. A título de exemplo, vários estudos do Secretariado das Nações Unidas demonstram que, até 31 de Janeiro de 2013, mais de 200 decisões de tribunais internacionais e outros organismos se referiram ao Projeto de Artigos, o que constitui um bom indicador da sua relevância. No entanto, como demonstram também os estudos do Secretariado, tais decisões nem sempre são coincidentes quanto à sua interpretação de alguns dos Artigos. Além disso, e apesar do trabalho da CDI ter sido geralmente bem recebido, é um dado conhecido que alguns dos Artigos não gozam do mesmo nível de aceitação por parte dos Estados Membros da Organização das Nações Unidas.

Desde 2001, que a Assembleia Geral tem debatido a oportunidade de preparar uma Convenção sobre este tema. A possibilidade de convocar uma con-

¹ Professora de Direito Internacional Público e Direito da União Europeia na Universidade Autónoma de Lisboa. Professora Convidada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Consultora Jurídica do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Mestre e Doutora em Direito Internacional pelo Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais de Genebra.

ferência diplomática para adotar um tratado com base no Projeto de Artigos foi discutida em 2004, 2007, 2010 e 2013, sem que uma decisão tenha sido tomada até agora. A questão voltará novamente à agenda em 2016. Em 2013, a Assembleia Geral reconheceu a relevância crescente e a utilidade do Projeto de Artigos para a prática diária da comunidade internacional, mas adiou novamente uma decisão sobre a adoção de uma Convenção sobre a Responsabilidade dos Estados para a sua 71ª Sessão em 2016. A questão continua a ser divisiva para a Assembleia Geral e não tem sido possível forjar um consenso sobre a necessidade de adoção de uma Convenção. Contudo, apesar das diferentes posições sobre este assunto, existe um sentimento crescente de que chegou o momento para uma decisão sobre o futuro do Projeto de Artigos.

Os debates na Sexta Comissão da Assembleia Geral e os comentários escritos dos Estados têm revelado que o Projeto de Artigos goza, na sua maioria, de uma aceitação generalizada junto de governos, tribunais e comentaristas acadêmicos, enquanto codificação do direito consuetudinário vigente. Não é expectável que o aditamento de uma decisão sobre o futuro do Projeto de Artigos venha a alterar esta situação de uma forma significativa.

O debate mais recente na Sexta Comissão, em 2013, revelou uma forte pluralidade de Estados, dos vários grupos regionais, que apoiam proceder no sentido da adoção de uma convenção internacional.

Os argumentos a favor apresentados incluem, entre outros:

- Os Artigos já solidificaram o suficiente o direito da responsabilidade internacional para justificarem constituir a base de uma convenção;
- Apesar da receção genericamente positiva do seu conteúdo, o estatuto jurídico do Projeto de Artigos permanece pouco claro, se seria clarificado através da sua transformação num tratado internacional;
- Apesar dessa mesma receção positiva, o trabalho permanece incompleto, e algumas lacunas entretanto identificadas poderiam ser colmatadas, bem como algumas disposições clarificadas;
- Uma conferência diplomática para a negociação de uma convenção internacional permitiriam a participação de todos os Estados, incrementando, desta forma, a aceitação política das normas contidas no Projeto de Artigos e constituiria o fórum indicado para um acordo político sobre algumas das disposições mais controversas como as contramedidas ou as obrigações *erga omnes*); e

- A negociação de um tratado no contexto de uma conferência diplomática não implicaria a renegociação *de novo* do Projeto de Artigos. Ao invés, o Projeto de 2001 serviria como o texto de base. O amplo apoio ao Projeto de Artigos significaria que muitas das suas disposições seriam aceites como integrando uma convenção internacional e quaisquer emendas ao texto de base teria de ser adotadas através de uma maioria de apoio significativa;
- A importância da codificação e o papel central que deve ser desempenhado pelos Estados, como forma de fortalecimento do multilateralismo na criação do Direito Internacional, Direito esse que não deve ser somente uma criação da CDI.

Outro grupo de Estados tem-se manifestado contra a adoção do projeto de Artigos como um tratado, argumentando que a aceitação já existente do Projeto de Artigos diminui a necessidade do esforço e da despesa de uma negociação de uma convenção internacional ou que o risco de reabrir os Artigos, através de uma negociação entre os Estados, é demasiado grande. De acordo com este ponto de vista, será melhor manter o *status quo*, deixando mais espaço e tempo para a estabilização do Projeto de Artigos através da prática dos Estados e das decisões dos tribunais internacionais.

Para preparar melhor o trabalho da Sexta Comissão do próximo ano, um grupo de países, onde se inclui Portugal mas também África do Sul, México, República Checa e Guatemala, tem organizado uma série de painéis onde se tem debatido como:

- conter eventuais tentativas para reabrir o Projeto de Artigos e afetar o equilíbrio existente, tendo por base outros processos de codificação como os relativos à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Estatuto do Tribunal Penal Internacional ou a Convenção sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e sua Propriedade;
- trabalhar com base nos aspetos não contenciosos e amplamente aceites do Projeto de Artigos para evitar abrir uma caixa de Pandora;
- identificar os aspetos mais contenciosos e propor soluções para diminuir as divergências existentes.

O debate na Assembleia Geral em 2016 será, assim, decisivo para o futuro do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados. As

Nações Unidas celebram este ano os seus 70 anos. A CDI fará o mesmo dentro de dois anos e os esforços de codificação da Responsabilidade dos Estados estão também prestes a atingir esta respeitosa idade.

Se as Nações Unidas escolheram como seu lema para o 70º Aniversário “*Strong UN. Better World*”, poderá também argumentar-se “*Strong International Law. Better World*”. Para este propósito, um conjunto codificado de regras jurídicas sobre a Responsabilidade Internacional está certamente no coração de uma ordem jurídica internacional forte. Como foi referido no preâmbulo da Resolução 56/83, de 2001, na qual a Assembleia Geral tomou nota do Projeto de Artigos preparado pela Comissão do Direito Internacional, a questão da responsabilidade internacional é de importância capital para as relações entre os Estados.

É tempo de tomar uma decisão. Os debates na Sexta Comissão e também os painéis a que aludimos, contribuíram para identificar os pontos em comum e os pontos de divergência. Há que preparar bem uma decisão a tomar no próximo ano, tendo em conta o sentimento crescente de que uma convenção internacional será a melhor solução e a mais compatível com o papel central que os Estados devem desempenhar na criação do Direito Internacional em domínios tão vitais como este.

O caminho para lá chegar terá, contudo, de ser cuidadoso para evitar que a negociação descarrile. A ideia de uma negociação em várias fases, com um “travão de emergência” e com várias soluções de alguma flexibilidade que permitam aos Estados sentirem-se confortáveis com o resultado, parece estar a ganhar terreno. Veremos o que se passará no próximo ano...

Alguns aspetos da imputação ao Estado de ilícitos de Direito Internacional Humanitário^{1*}

*Maria de Assunção do Vale Pereira*²

1. Introdução. A imputação como elemento fundamental do facto ilícito do Estado

Face à evolução a que se assiste na forma como são travados os conflitos armados, temo-nos deparado com o facto de serem suscitadas algumas dúvidas no que se refere à atribuição ao Estado de determinados comportamentos ilícito verificado nesse contexto, e, conseqüentemente, quanto à sua possível responsabilização pelos mesmos. Ora, sendo certo que “Todo o facto internacionalmente ilícito de um Estado dá lugar à responsabilidade deste”, como estipula o art. 1.º do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Facto internacionalmente Ilícito (doravante referido como PARI), torna-se importante perceber quais são os elementos desse facto ilícito, o que nos é respondido pelo art. 2.º do mesmo documento que estabelece que, para que haja facto ilícito do Estado, deverá haver um comportamento – positivo ou negativo – que seja ilícito e imputável (ou seja, atribuível) ao Estado³. Percebe-se, portanto, que essa imputação se torna essencial para estabelecer a responsabilidade do dito Estado.

Vamos, por isso, dedicar este estudo à imputação dos comportamentos ao Estado no âmbito específico dos conflitos armados, ou seja, no âmbito regulado pelo Direito Internacional Humanitário (DIH).

¹ * O presente texto baseia-se em parte do nosso artigo «Alguns aspetos relativos à responsabilidade dos Estados por violação do Direito Internacional Humanitário», *Anuário de Direito Internacional*, 2013, Lisboa, Agosto 2015, pp.125-142.

² Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

³ Nesse sentido, dispõe o art. 2.º do PARI: “Há facto internacionalmente ilícito do Estado quando um comportamento que consiste numa ação ou omissão:

a) é atribuível, segundo o Direito Internacional, ao Estado; e

b) constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado”.

2. O âmbito da imputação de comportamentos ao Estado no contexto do DIH

Como é comumente assumido, no contexto dos conflitos armados verificam-se sempre violações das obrigações a que as partes em conflito estão vinculadas, embora se constate seguramente violações mais graves e generalizadas nuns casos do que noutros; por outro lado, há também a consciência de que se trata de um cenário daqueles (se não aquele) em se as violações das obrigações internacionais das partes se traduzem nas mais brutais e violentas violações de direitos fundamentais dos indivíduos⁴.

Daí que se torne importante apurar os responsáveis como via para se conseguir a reparação possível de tão graves danos. Sublinhe-se, no entanto, que em muitos conflitos armados internos os factos ilícitos não são imputáveis ao Estado, nomeadamente quando são travados dentro do território do Estado entre fações sobre as quando o Estado não tem qualquer controlo. Já não é assim quando estamos face a conflitos armados internacionais ou a conflitos internos que opõem as forças governamentais de um Estado e fações – uma ou mais – que lutam contra o poder nele estabelecido.

Vamos, portanto, atentar nos artigos do PARI relativos à imputação de comportamentos aos Estados, focando-nos nos que nos parecem mais pertinentes no âmbito do DIH.

2.1 A imputação dos comportamentos adotados por elementos das forças armadas de um Estado

O caso menos problemático de atribuição de comportamentos ao Estado no contexto de conflitos armados é certamente aquele em que os comportamentos ilícitos são praticados por elementos das suas forças armadas⁵. Nesse contexto, os membros das forças armadas têm o estatuto de combatente, o que

⁴ O que, em versão anterior do PARI, levaria a que muitas desses comportamentos pudessem caber na categoria – entretanto extinta neste contexto – de *crime internacional*. Sobre este aspeto, veja-se José Alberto Azeredo LOPES, “A Responsabilidade Internacional do Estado: entre Codificação e Realidade”, *Nação e Defesa*, Primavera 2001. N.º 97 – 2.ª Série pp. 61-74.

⁵ Segundo o n.º 1 do art. 43.º I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949, adotado em 1977 (doravante I PA), “[a]s forças armadas de uma Parte num conflito compõem-se de todas as forças, grupos e unidades armadas e organizadas, colocadas sob um comando responsável pela conduta dos seus subordinados perante aquela Parte, mesmo que aquela seja representada por um governo ou uma autoridade não reconhecidos pela Parte adversa. Essas forças armadas devem ser submetidas a um regime de disciplina interna que assegure nomeadamente o respeito pelas regras do direito internacional aplicável nos conflitos armados”.

implica que detêm o direito de combater⁶, bem como o direito a que lhes seja reconhecido o estatuto de prisioneiro de guerra caso caiam em poder do inimigo⁷. Ora, nos termos do art. 4.º do PARI, o Estado é responsável pelos comportamentos dos seus órgãos “quer esse órgão exerça funções legislativas, executivas, judiciais ou quaisquer outras, qualquer que seja a posição que ocupa na organização do Estado e qualquer que seja a sua natureza enquanto órgão do governo central ou de uma coletividade territorial do Estado”, explicitando-se, no n.º 2 dessa disposição, que “[u]m órgão compreende qualquer pessoa ou entidade que tenha esse estatuto de acordo com o direito interno do Estado”, estatuto que os diferentes Estados reconhecem às suas forças armadas. Aliás, neste sentido, também o art. 91.º do I PA afirma que o Estado é “responsável por todos os actos cometidos pelas pessoas que fizerem parte das suas forças armadas” -

Como decorre do facto de o combatente ter o direito de participar diretamente nas hostilidades, não há ilicitude no facto de combater, mas apenas no caso de se verificarem violações graves de DIH cometidas por agentes das suas forças armadas, pelo que só nesse caso se pode falar de responsabilidade do Estado por facto ilícito. E tenha-se ainda em conta que responsabilidade se mantém mesmo que o agente exceda as suas funções ou desobedeça a ordens. Nesse sentido, o art. 7.º do PARI determina: “O comportamento de um órgão do Estado ou de uma pessoa ou entidade habilitada a exercer prerrogativas de poder público é considerado como um facto do Estado segundo o Direito Internacional se esse órgão ou essa entidade tiver agido nessa qualidade, mesmo que tenha excedido as suas competências ou desrespeitado instruções”.

2.2 A imputação ao Estado de comportamentos adotados por agentes de empresas militares privadas (EMPs) por ele contratadas

Nas últimas décadas tem-se verificado um recurso crescente, por parte dos Estados – e não só, mas neste caso é o que nos interessa no contexto deste trabalho – à contratação de empresas militares privadas (EMPs) para participar em conflitos armados em substituição das suas forças armadas. Esta participação suscitou, no plano jurídico, *inter alia* a dúvida acerca da sujeição dos seus agentes, quando participavam diretamente nas hostilidades, ao DIH, o que decorria

⁶ Nesse sentido, determina o n.º 2 do I PA: “2 - Os membros das forças armadas de uma Parte num conflito (que não o pessoal sanitário e religioso citado no artigo 33.º da Convenção III) são combatentes, isto é, têm o direito de participar directamente nas hostilidades”.

⁷ Dispõe o n.º 1 do art. 44.º do I PA: “Qualquer combatente, nos termos do artigo 43.º, que cair em poder de uma Parte adversa, é prisioneiro de guerra”.

em larga medida da dificuldade de apurar o estatuto desses agentes face a este ramo do direito internacional⁸.

Porque se tratava de questão da maior relevância, o Governo suíço e o Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV) lançaram, em 2006, uma iniciativa com vista a apurar *as obrigações jurídicas pertinentes e as boas práticas para os Estados no que se refere às operações de empresas militares e de segurança privadas a operar no decurso de conflitos armados*; e a 17 de setembro de 2008, 17 Estados⁹ chegaram a acordo na matéria, que ficou consubstanciado no chamado *Documento de Montreux*, que foi posteriormente – a 6 de outubro de 2008 – apresentado à Assembleia Geral e ao Conselho de Segurança das Nações Unidas¹⁰, depois de enviado ao Secretário-Geral da Organização no dia 2 desse mesmo mês. Nesse documento, afirma-se “[q]ue certas regras bem estabelecidas de direito internacional se aplicam aos Estados nas suas relações com empresas militares e de segurança privadas (EMSP) e às suas operações no decurso de conflitos armados, em particular as do direito internacional humanitário e dos direitos do homem”¹¹.

Afirmada a aplicabilidade do DIH, veio depois questionar-se se as violações graves desse direito resultantes de atuações dos membros das EMPs seriam ou não imputáveis ao Estado que contratou tais empresas. Por nós, não temos dúvidas acerca dessa imputação, que deve ser feita por via do art. 5.º do PARI, que prevê: “O comportamento de uma pessoa ou entidade que não seja um órgão do Estado segundo o artigo 4, mas a quem o direito desse Estado tenha habilitado a exercer prerrogativas de poder público será considerado como facto do Estado segundo o Direito Internacional, desde que, no caso em questão, a pessoa ou entidade tenha agido nessa qualidade”.

Trata-se, obviamente de comportamentos que traduzem o exercício de prerrogativas de autoridade, atendendo a que as matérias relativas à segurança são, de há muito, entendidas como ínsitas no núcleo fundamental da soberania

⁸ Acerca das razões conducentes a este fenómeno e a algumas questões que o mesmo suscita, veja-se Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 262-287.

⁹ A saber, Afeganistão, África do Sul, Alemanha, Angola, Austrália, Áustria, Canadá, China, Estados Unidos da América, França, Iraque, Polónia, Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte, Serra Leoa, Suécia, Suíça e Ucrânia.

¹⁰ Cf. resolução A/63/467-S/2008/636, de 6 de outubro de 2008.

¹¹ Documento de Montreux, Prefácio, par. 1. Refira-se também o Grupo de Trabalho sobre a utilização de mercenários como meio de violar os direitos do homem e de impedir o exercício do direito dos povos à autodeterminação criado no seio da ONU, apresentou ao Conselho dos Direitos do Homem, em 2010, um Relatório que contém um Projeto de Convenção sobre as sociedades militares e de segurança privadas (EMSPs), em cujo art. 7.º esta regra é reiterada (este documento consta como anexo da resolução A/HRC/15/25).

estadual¹², que as EMP foram habilitadas a exercer através de um contrato que celebraram com o Estado¹³.

Sublinhe-se, ainda, que a responsabilidade dos Estados se mantém mesmos que os agentes das EMPs contratadas atuem em excesso de poder ou contrariando instruções, como decorre do supra citado art. 7.º do PARI.

2.3 Atos praticados sob instruções ou direção ou controlo do Estado

Nos termos do art. 8.º do PARI “o comportamento de uma pessoa ou de um grupo de será considerado como um facto do Estado segundo o direito internacional se essa pessoa ou esse grupo de pessoas, ao adotar esse comportamento, agiu de facto sob instruções ou direção ou controlo desse Estado”.

Apesar da aparente clareza do teto, verificou-se na jurisprudência internacional um profundo dissenso na sua interpretação feita por duas jurisdições internacionais: o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) e o Tribunal Internacional Penal para a ex-Jugoslávia (TPIex-J).

O principal órgão judicial das Nações Unidas – o TIJ – teve de lidar com esta via de imputação de comportamentos ao Estado no caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicarágua c. Estados Unidos). Nele, a Nicarágua pedia a condenação dos Estados Unidos por vários atos de cariz bélico (nomeadamente a minagem de portos, ataques a oleodutos, a instalações petrolíferas, a uma base naval, etc.¹⁴), perpetrados por agentes deste último Es-

¹² “O monopólio da violência organizada constitui um dos fundamentos dos Estados modernos” (Francisco LAGUNA SANQUIRICO, «Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la defensa», in *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, Helena Torroja Mateu (dir.) / Sonia Güell Peris (coord.), Barcelona, José María Bosch Editor, 2009, p. 56). Obviamente, o entendimento do que cabe no conceito de *prerrogativas de poder público* não é estanque – sofre variações, nomeadamente com o decurso do tempo –. Apesar disso, a participação direta em hostilidades ao abrigo de um contrato subscrito pelo Estado não nos parece suscitar dúvidas acerca da sua qualificação como *prerrogativa de poder público*.

¹³ Consideramos, portanto, irrelevante a forma como o Estado habilita essas empresas a exercer tais prerrogativas de autoridade, contra aqueles que entendem só poder haver imputação se essa habilitação se concretizasse em ato legislativo ou equivalente. Entendimento diferente poderia levar a que o Estado contratasse essas empresas para prática de atos de lícitude duvidosa ou claramente ilícitos (p. ex., recorrer a armas proibidas), furtando-se assim à sua responsabilidade internacional.

¹⁴ Foram vários os atos ilícitos bélicos invocados pela Nicarágua. Pode ler-se, no par. 81 da sentença proferida pelo TIJ: “Para além da minagem dos portos, as operações que a Nicarágua atribui à ação direta do pessoal dos Estados Unidos ou dos UCLAs seriam as seguintes:” seguindo-se uma listagem de atuações que incluíam ataque a aeroporto, a oleoduto e terminal petrolífero e a depósitos e reservatórios de petróleo, etc. (*ICJ Reports* 1986, p. 48, par. 81).

tado ou membros UCLAs¹⁵; além disso, pretendiam a condenação dos Estados Unidos pelos atos praticados pelos *contras*¹⁶ com o seu apoio (para chamar o menos).

Quanto aos primeiros – ou seja, os ataques alegadamente praticados por agentes dos Estados Unidos ou pelos UCLA – não houve grandes dúvidas em imputar aqueles que foram considerados provados aos Estados Unidos, uma vez que se tratava de atos praticados por órgãos do Estado ou por pessoas ou grupos que agiam de facto sob as suas instruções e o seu controlo. Como foi afirmado pelo TIJ, “ainda que não tenha sido provado que militares dos Estados Unidos tenham tomado parte direta nas operações, agentes dos Estados Unidos participaram no planeamento, direção, apoio e execução das operações”¹⁷.

Quanto aos atos praticados pelos *contras*, o Tribunal começa por reconhecer que se formou uma oposição ao regime sandinista pouco depois da instalação em Manágua, constatando que a mesma “procurava continuar a luta contra ele, mesmo que de modo desorganizado e com meios limitados e ineficazes”, até os Estados Unidos decidirem tirar partido da sua existência. Em consequência, considerou provado que os “Estados Unidos tinham, em larga medida, financiado, treinado, equipado, armado e organizado a FDN”¹⁸. Todavia, o Tribunal considerou necessário, para imputar tais atos aos Estados Unidos, “determinar se as ligações entre os *contras* e o Governo dos Estados Unidos eram de tal modo marcadas pela *dependência*, por um lado, e a *autoridade*, por outro, que haveria fundamento jurídico para assimilar os *contras* a um órgão do Governo dos Estados Unidos ou para considerar que agiam em nome desse Governo”¹⁹. Em decorrência, e mau grado reconhecer o *carácter essencial* da ajuda norte-americana para a prossecução das atividades dos *contras*, concluiu não haver uma

¹⁵ UCLAs é o acrónimo, no plural, de *Unilaterally Controlled Latin Assets*, integrado por militares dos Estados Unidos, bem como por nacionais de países latino-americanos não identificados, pagos pelos Estados Unidos e que atuavam sob instruções diretas do pessoal militar ou dos serviços de informações deste país (cf. *ICJ Reports* 1986, p. 45, par. 75).

¹⁶ “Termo usado para designar os que lutam contra o atual Governo [sandinista] nicaraguense” (*ICJ Reports* 1986, p. 21, par. 20), que os americanos combatiam, por entenderem que promoviam ativamente a *revolução sem fronteiras* em toda a América Central (zona estratégica para a defesa dos Estados Unidos). Aliás, o Tribunal afirma ter conhecimento “da existência e do conteúdo de uma publicação do Departamento de Estado dos Estados Unidos intitulada precisamente *Revolution Beyond Our Borders, Sandinista Intervention in Central America*, que visa justificar a política dos Estados Unidos em relação à Nicarágua” (*ICJ Reports* 1986, 1986, p. 44, par. 73).

¹⁷ *ICJ Reports* 1986, pp. 50-51, par. 86.

¹⁸ *ICJ Reports* 1986, p. 62, par. 108. FDN é o acrónimo de *Fuerza Democrática Nicaragüense*, um dos movimentos abrangidos pela designação *contra*)

¹⁹ *ICJ Reports* 1986, p. 62, par. 109 – itálicos nossos.

“total dependência” dessa ajuda²⁰ e um “controlo efetivo” sobre essas atividades, pelo que recusou a imputação desse atos aos Estados Unidos, entendendo não ser suficiente um controlo sobre toda a estrutura, exigindo-se uma autorização caso a caso das operações realizadas²¹.

Este apertado critério, justamente criticado por parte da doutrina²², foi posto em causa pelo TPIex-J, no caso *Prosecutor v. Duško Tadić*. Ao contrário do TIJ, a Câmara de Apelação entendeu dever distinguir a situação de um indivíduo a quem o Estado encarrega da prática de um particular ato ilícito (caso em que se tornaria necessário demonstrar que o Estado dera instruções específicas nesse sentido para se provar que o indivíduo agiu como agente *de facto* do Estado²³), daquela outra em que nos deparamos com “indivíduos que formam um grupo organizado e estruturado hierarquicamente, tal como uma unidade militar, ou, no caso de uma guerra ou conflito interno, bandos armados de forças irregulares ou rebeldes”. Num caso deste tipo, “um membro do grupo não atua normalmente por si mesmo, mas conforma-se aos padrões pre-valetentes no grupo e está sujeito à autoridade do chefe do grupo”. Agora, “é suficiente, para efeitos de atribuição a um Estado dos atos destes grupos, que o

²⁰ “(...) os elementos de que o Tribunal dispõe levam a pensar que as diversas formas de assistência dadas pelos Estados Unidos aos *contras* foram essenciais para lhes permitir prosseguir a sua atividade, mas não chegam para demonstrar a sua *total dependência* em relação aos Estados Unidos” (*ICJ Reports* 1986, 1986, p. 62, par. 110 – itálicos nossos).

²¹ “O Tribunal considerou (...) que, mesmo *preponderante ou decisiva*, a participação dos Estados Unidos na organização, formação, equipamento, financiamento e aprovisionamento dos *contras*, na seleção dos seus objetivos militares ou paramilitares e na planificação de todas as suas operações permanece insuficiente, em si mesma, (...) para que possam ser atribuídos aos Estados Unidos os atos praticados pelos *contras* no decurso das operações militares ou paramilitares na Nicarágua. Todas as modalidades de participação dos Estados Unidos referidas, e mesmo o *controlo geral* exercido pelo Estado demandado sobre uma força *extremamente dependente dele*, não significam, por si mesmos, (...) que os Estados Unidos tenham *ordenado* ou *imposto* a perpetração dos atos (...) alegados pelo Estado demandante. (...) Para que essa conduta desse lugar à responsabilidade jurídica dos Estados Unidos, teria, em princípio, de ser provado que esse Estado teve *controlo efetivo* das operações militares ou paramilitares no decurso das quais as alegadas violações foram cometidas” (*ICJ Reports* 1986, pp. 64-65, par. 115 – itálicos nossos).

²² Assim, Boyle considerou haver um excesso de cautela do Tribunal, “justificada” pela necessidade de preservar a sua integridade institucional face a previsíveis ataques injustificados, para concluir que a imputação dos crimes internacionais contra a população civil da Nicarágua aos Estados Unidos decorria do próprio *The Law of Land Warfare* (o *Department of Army Field Manual*), pelo que “todos os oficiais do governo dos Estados Unidos e oficiais do exército que exerceram qualquer grau de “controlo” sobre os *contras*, sabiam, ou deviam saber, que estes estavam implicados em crimes de guerra e não fizeram nada quanto a isso, pelo que são responsáveis por tais violações das leis e costumes de guerra”, nomeando aqueles que, ao menos, tinham obrigação de saber da prática dos referidos crimes (cf. Francis A. BOYLE, “Determining U.S. Responsibility for Contra Operations under International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, pp. 86-93).

²³ Caso n. IT-94-1-I, Appeals Chamber, Judgement of 15 July 1999, par. 118.

grupo, no seu conjunto, esteja sob o completo controlo do Estado”²⁴. Portanto, afasta a exigência de que cada ato tenha sido realizado sob instruções específicas Estado para que lhe possa ser imputado, considerando que o critério apropriado à imputação dos atos cometidos pelos sérvios bósnios à Jugoslávia, nos termos do direito da responsabilidade do Estado, era o do “controlo global”, como apelidado pelo TIJ²⁵.

Sendo certo que o TIJ retomou o entendimento que adotara em 1986 no caso *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*, submetido ao Tribunal pela Bósnia-Herzegovina contra a Jugoslávia (Sérvia e Montenegro), e julgado em fevereiro de 2007, parece-nos que interpretação feita pelo TPIex-J é claramente mais consentânea com o texto do art. 8.º do PARE. Nesta disposição são referidas situações alternativas (*instruções* ou *direção* ou *controlo*) que definem diferentes graus de dependência. Como é afirmado no relatório da CDI, de 2001, “os três termos “instruções”, “direção” ou “controlo” são disjuntivos; é suficiente estabelecer qualquer um deles. Simultaneamente, clarifica-se que instruções, direção ou controlo têm de se relacionar com a conduta que se diz acarretar a responsabilidade internacional do Estado”²⁶. Além disso, uma interpretação desta disposição como a que o TIJ faz – que reduz à ideia de *controlo* (e de *controlo efetivo*) a possibilidade de imputação do comportamento ao Estado – abre a porta à impunidade do Estado em situações que a redação da disposição pretendeu que ela fosse afirmada, fazendo, assim, gorar o próprio objetivo da mesma²⁷.

²⁴ Caso n. IT-94-1-I, **Appeals Chamber**, Judgement of 15 July 1999, par. 120.

²⁵ Como se lê na sentença proferida por esse Tribunal no caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), “[a] Câmara de Apelação [do TPIex-J] foi de opinião que de atos praticados pelo sérvios da Bósnia poderiam dar lugar à responsabilidade internacional da RFJ [República Federativa da Jugoslávia] podia ser estabelecida em virtude de atos praticados pelo sérvios da Bósnia, com base no *controlo global* por ela exercido sobre a Republika Srpska e a VRS [Army of the Republika Srpska], sem que seja necessário provar que cada operação, no decurso da qual foram praticados atos contrários ao direito internacional, tinha sido realizada segundo as instruções ou sob o controlo efetivo da RFJY” (ICJ, Judgment of 26 February 2007, p. 209, par. 402 – itálicos nossos).

²⁶ James CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press 2002, p. 11.

²⁷ Acerca desta problemática, veja-se Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009: 291-305 e bibliografia aí citada.

2.4 Atos praticados na ausência ou carência de autoridades oficiais. Referência à *levée en masse*

Dentro deste périplo que vimos fazendo pelos artigos do PARI relativos à imputação de comportamentos ao Estado, encontramos a referência à imputação de atos praticados em situação de carência de autoridades oficiais no art. 9.º do PARE. Neste caso, para que os comportamentos sejam atribuídos ao Estado é necessário que a pessoa ou grupo de pessoas que o pratica esteja de facto a exercer prerrogativas de autoridade pública; que se verifique a ausência ou carência de autoridades oficiais; e que as circunstâncias requeiram o exercício dessas prerrogativas.

No âmbito do DIH, esta hipótese prende-se com situações de *levée en masse*; ou seja, situações em que a população de um território não ocupado pega espontaneamente em armas para combater as tropas de invasão que se aproximam, sem ter tido tempo de se organizar em força armada regular²⁸, sendo os seus membros considerados combatentes na condição de transportarem as armas à vista e respeitarem as leis e costumes da guerra, como decorre do art. 4.º, A., n.º 6, da III Convenção de Genebra, de 1949²⁹. Trata-se de uma situação de carácter interino pois só existe, por definição, na fase em que se verifica a invasão³⁰. Nessas condições, os membros da *levée en masse* têm o estatuto de combatente e, consequentemente, o direito de combater e de que lhes seja reconhecido o estatuto de prisioneiro de guerra se caírem em poder do inimigo.

Portanto, verificados os requisitos do art. 9.º PARE, os atos praticados nestas circunstâncias serão atribuíveis ao Estado-

²⁸ A falta de tempo para que a população se organize é um elemento fundamental desta figura, não se exigindo que seja surpreendida pela invasão do território; da mesma forma o carácter espontâneo não se compadece com atuações em que a população segue ordens do seu governo, transmitidas por meios de comunicação, por exemplo.

²⁹ Aliás, “os participantes de uma *levée en masse* são os únicos atores armados que são excluídos da população civil embora, por definição, operem espontaneamente e lhes falte organização suficiente e comando para serem qualificados como membros das forças armadas. Todas as outras pessoas que participem diretamente nas hostilidades em termos meramente espontâneos, esporádicos ou desorganizados devem ser vistas como civis” (Jean PICTET (dir.), *Commentaire à la III Convention de Genève*, Genève: Comité international de la Croix Rouge, 1956)

³⁰ Porque “se a resistência se prolonga, a autoridade que de que a população que pegou espontaneamente em armas depende, ou da qual se reclama, deverá ou substituí-la, enviando unidades regulares, ou incorporá-la nas suas forças regulares. Caso contrário, a *levée en masse* não poderá sobreviver a uma ocupação total do território que procurou, em vão, defender” (Jean PICTET (dir.), *Commentaire à la III Convention de Genève*, cit., p. 76).

2.5 Atos praticados no decurso de uma insurreição

Como referimos no início deste texto, a questão da responsabilidade do Estado por violações do DIH coloca-se também no caso de conflitos internos em que uma das fações em luta representa o Estado contra forças que se lhe opõem, como acontece em caso de insurreição. Estando as partes vinculadas a cumprir as obrigações decorrentes do DIH, o Estado será responsável pelos atos que as violem e lhe sejam imputados nos termos referidos anteriormente, mas já não será responsável pelos atos praticados pelos elementos dos movimentos insurrecional, uma vez que não tem sobre eles qualquer controlo.

Situação diferente ocorrerá, no entanto, se o movimento insurrecional é bem-sucedido e consegue tornar-se no governo desse Estado ou se consegue criar um novo Estado numa parcela territorial do Estado contra o qual lutava (ou seja, se se verifica uma secessão). Agora, o *continuum* que se constata entre o movimento e o novo governo ou o novo Estado justifica a atribuição da responsabilidade pelos atos por ele praticados ao Estado em que o movimento estabelece o novo governo ou ao novo Estado criado por via de secessão, como prevê o art. 10,º do PARE. Portanto, pode dizer-se que a verificação da responsabilidade de um Estado por atos de um movimento insurrecional violadores do DIH depende do sucesso desse movimento.

No mesmo sentido, pode ler-se no Relatório da Comissão de Direito Internacional, de 2001: “O fundamento da atribuição ao Estado da conduta de um bem-sucedido movimento insurrecional ou outro segundo o direito internacional baseia-se na continuidade entre o movimento e o eventual governo. Portanto, o termo ‘conduta’ apenas se refere à conduta do movimento enquanto tal e não a atos individuais dos membros do movimento, agindo por si mesmos”³¹.

Conclusão

Verifica-se atualmente um interesse perfeitamente justificado pela questão da responsabilização de autores de violações graves do DIH – portanto, indivíduos – por tribunais internacionais de natureza penal, mormente o Tribunal Internacional Penal (TPI), para fazer face à inação dos Estados – por falta de vontade ou de capacidade para os julgarem –, o que traduz o início do fim da impunidade que tem grassado na matéria.

Se este aspeto é sem dúvida da maior importância, deve ter-se em conta que a responsabilização de determinado indivíduo em consequência de um ilícito internacional – no caso, de uma violação grave de DIH – não obsta a que o Estado seja responsabilizado por esse mesmo facto se o ele lhe for imputável.

³¹ James CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 117.

Aliás, nesse sentido, o n.º 4 do art. 25.º do Estatuto do TPI determina: “O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas singulares em nada afectará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional”³². E se isso é importante como questão de princípio (não faria sentido punir um indivíduo pela prática de um crime cometido por conta, ou mesmo a mando, de um Estado e deixar esse Estado impune...), também o será do ponto de vista prático. Basta pensar que violações graves de DIH se traduzem em violações gravíssimas dos direitos do homem e causam prejuízos – quer materiais, quer morais – cuja reparação ascende a montantes elevados, muito mais viável de ser paga por um Estado do que por um indivíduo.

Portanto, por todas as razões e nomeadamente para se garantir a reparação das vítimas é importante que nos casos em que factos ilícitos sejam imputáveis aos Estados se verifique uma efetiva responsabilização dos mesmos, o que infelizmente a prática não vem testemiunhando....

³² Aliás, a inversa é também verdadeira, estabelecendo-se, nesse sentido, no art. 58.º do PARI que “[o]s presentes artigos não prejudicam qualquer questão relativa à responsabilidade individual segundo o Direito Internacional de qualquer pessoa que atue por conta de um Estado”

Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados à luz da circunstância do “Estado falhado”¹

Bruno Reynaud de Sousa²

As diferentes posições académicas sobre a problemática do “Estado falhado” têm pelo menos um ponto em comum³: adotam como referência, sobretudo, Estados do continente africano enquadráveis na noção de países em desenvolvimento ou pertencentes ao chamado “Terceiro Mundo” – Estados qualificados como “Estados frágeis”, Estados em “situação de fragilidade”, ou, mais simples e directamente, Estados “falhados”.

No que ao conceito de Estado respeita, e na senda do entendimento de WLADIMIR BRITO afigura-se como certo que o Estado “não pode ser visto exclusivamente como um fenómeno jurídico, mas sim como uma superestrutura jurídico-política onde o poder se organiza em aparelhos repressivos e ideológicos através dos quais é exercido com o objectivo de assegurar a coesão da unidade de uma dada formação social.”⁴.

¹ A presente comunicação tem por base diferentes partes da nossa tese de doutoramento intitulada “A recuperação do Estado ‘falhado’, uma análise de Direito Internacional e de Relações Internacionais”, inédita à data e apresentada em janeiro de 2014 para obtenção do grau de Doutor em Ciências Jurídico-Políticas na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, cuja defesa em provas públicas ocorreu no dia 11 de fevereiro de 2015 no Centro Regional do Porto da mesma Universidade.

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

³ Para maiores desenvolvimentos, v. Bruno Reynaud de SOUSA (janeiro de 2014), “A recuperação do Estado ‘falhado’, uma análise de Direito Internacional e de Relações Internacionais” (tese de doutoramento). Porto, ed. policopiada, pp. 146 e ss.

⁴ Wladimir BRITO, *Direito Internacional Público*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 348-49.

Alguns de entre os Estados frequentemente associados à problemática do “Estado falhado” confrontaram-se, durante o respectivo processo de formação, com dificuldades decorrentes do período colonial, agravadas pelo contexto da guerra fria e de “afrontamento dos blocos”, algo que contribuiu para que se possa concluir que, Estados houve, não lograram completar os respetivos processos de construção, de consolidação e de modernização.

Cumpre referir, de modo resumido, que à circunstância do “Estado falhado” é associada uma realidade factual caracterizada, em termos gerais, quer pela implosão do monopólio do Estado sobre o exercício do poder, quer pela generalização da violência privada no território do Estado, com a força a ser usada sem restrições por actores não-estaduais, se bem que sem correspondência exacta com um cenário de guerra civil.

Por um lado, de acordo com os autores que aferem o “fracasso” do Estado em ordem à capacidade deste para o desempenho das respetivas tarefas fundamentais, o “Estado falhado” será aquele Estado que evidenciar uma incapacidade para “distribuir” ou “disponibilizar” às populações os chamados “bens públicos” dentro das fronteiras do seu território.

Por outro lado, se o ponto de partida for uma conceção do Estado como em ordem à sua capacidade para o exercício do monopólio do uso da força dentro das fronteiras do respetivo território, as conclusões irão no sentido de que o “Estado falhado” traduzirá um contexto em que as estruturas estaduais, através das quais o poder de autoridade é exercido, estão em rutura, seja esta parcial ou total. Em alternativa, colocando a ênfase na vigência do *Estado de Direito*, o “fracasso do Estado” será a circunstância em que os órgãos de soberania do Estado se tornam total ou parcialmente incapazes de exercer os seus poderes, por efeito de uma desagregação sistémica.

Com efeito, e procurando adoptar uma posição de equilíbrio, a “ausência de governo efectivo”⁵ afigura-se como um critério operacional adequado a aferir em que medida se poderá considerar um Estado como “Estado falhado”.

Note-se, em bom rigor, a existência de elementos conceptuais recorrentes na doutrina que se refere ao “Estado falhado”. Desde logo, resulta evidente a natureza intra-estadual desta problemática, enquanto vicissitude caracterizada pela dissolução total da ordem interna do Estado, que, por conseguinte, é mais profunda do que um fenómeno de fragmentação do poder do Estado no decurso de golpe político interno, ou em consequência directa de um conflito interno, ou daquilo que possa englobar-se na expressão “pressões externas”.

⁵ Cf. Daniel THÜRER, “Der Wegfall Effektiver Staatsgewalt, “The Failed State””, in *Der Wegfall Effektiver Staatsgewalt, “The Failed State” - Referate Und Thesen Von Daniel Thürer, Matthias Herdegen, Gerhard Hohloch, Mit Diskussion*, Heidelberg, C. F. Müller, 1996.

Já no que respeita à dimensão funcional do Estado, o “Estado falhado” resulta como caracterizado por uma ausência de interlocutores capazes de assegurar uma representação externa. Com referência à representação diplomática, a *legitimidade* dos agentes do Estado manter-se-á, se bem que se poderá dizer que na prática os poderes de representação tenderão como que a *dissolver-se* por força do contexto de deliquescência das estruturas estaduais internas.

Muito embora o “Estado falhado” seja incapaz de agir, ou revele um significativo grau de incapacidade para agir enquanto sujeito de Direito Internacional, não temos dúvidas de que esta circunstância não permite concluir de outro modo que não seja pelo da *continuidade* do Estado⁶. Por outras palavras, o facto de, em abstracto, se poder considerar que um dado Estado se caracteriza, num dado momento, pela circunstância do “Estado falhado” não afecta, em absoluto, a continuidade do mesmo Estado⁷.

Centrando a atenção no tema específico da presente comunicação, importa fazer uma ressalva: estamos aqui em terreno muito movediço. Primeiramente, porque a noção de “Estado falhado” tem sido objeto de diferentes análises quer de Direito Internacional, quer de Relações Internacionais, sendo inclusivamente rejeitada como uma manifestação neo-colonialista⁸. Em segundo lugar, porque o Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por factos internacionalmente ilícitos da Comissão de Direito Internacional (doravante, Projeto de Artigos) muito embora tenha sido escrito em forma de artigos, mantém-se enquadrável no âmbito do artigo 38.º, n.º 1, al. d), do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça constituindo apenas “formas ou meios subsidiários para a determinação de regras de direito”. No entanto, é importante sublinhar que, muito embora o Projeto de Artigos não seja Direito vigente, é certo que é mais

⁶ Cf. Chiara GIORGETTI, *A Principled Approach to State Failure, International Community Actions in Emergency Situations, Developments in International Law*, V 64, Boston, Brill, 2010, pp. 52-70.

⁷ Cf. *Ibid.*

⁸ Neste preciso sentido, a título de exemplo, cf. Ruth GORDON, “Saving Failed States, Sometimes a Neocolonialist Notion,” *American University International Law Review* 12, no. 6 (1997). Entre nós, cf. José Manuel PUREZA et al., “Do States Fail or Are They Pushed? Lessons Learned From Three Former Portuguese Colonies”, in *Oficina do CES*, n.º 273 (Abril de 2007) (2007), 1-24, pp. 3-4; JONATHAN HILL, “Beyond the Other? A postcolonial critique of the failed state thesis”, in *African Identities* 3, n.º 2, Dezembro de 2005 (2005), 139-154, p. 139.

do que mera doutrina, podendo afirmar-se que a maioria das normas que dele constam são normas de natureza consuetudinária⁹.

Propomo-nos, então, a considerar o Projecto de Artigos à luz da circunstância do “Estado falhado”¹⁰, já que decorre da actuação de actores não-estaduais característica do “Estado falhado” a questão de saber em que medida

⁹ Não obstante, é de registar que persistirão dúvidas quanto à parte do PARI relativa às contramedidas. Acerca do facto das contramedidas não se encontrarem especificamente incorporadas no PARI, colocando questões relativamente à prática dos Estados nesta matéria e estabelecendo uma ligação com o facto do PARI se referir a *jus cogens*, considerando ainda a questão da responsabilidade internacional, cf. Denis ALLAND, “Countermeasures of General Interest,” *European Journal of International Law* 13, no. 5 (2002). Registe-se a discussão no seio da 6.ª Comissão da ONU a tomada ou não de uma decisão no sentido de se poder ou não recomendar aos Estados avançarem no sentido de adotar os passos necessários a que o PARI possa vir a ser uma Convenção Internacional. Acrescente-se que, para a doutrina que entende que a efetividade do Direito Internacional sairia reforçada pela adoção de uma abordagem dita mais holística dos diferentes regimes de Direito Internacional, o PARI não parece permitir uma maior proximidade entre o regime da responsabilidade e o regime da segurança coletiva. Esta questão, que se reporta, em grande medida, à interpretação do artigo 59.º do PARI, enquadra-se numa visão que diremos progressista, uma tentativa de pensar mais além o PARI, tentando discutir, de forma crítica, de que forma poderia haver uma maior proximidade entre ambos os regimes citados.

¹⁰ Cerca de 45 anos depois da Comissão de Direito Internacional (CDI) ter, pela primeira vez, analisado o tema da responsabilidade do Estado, o texto completo do Projecto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado (PARI) foi aprovado, sem votação, em segunda leitura pela CDI na 53.ª sessão em 2001, tendo sido remetido à Assembleia Geral da ONU. Cf. ONU, Assembleia Geral, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement n.º 10 (A/56/10), Ch. V; cf. ainda os Relatórios do Presidente do Comité de Redação n.º A/CN.4/SR.2681, de 29 de Maio de 2001; n.º A/CN.4/SR.2682, de 30 de Maio de 2001; n.º A/CN.4/SR.2683, de 31 de Maio de 2001; e, n.º A/CN.4/SR.2701, de 3 de agosto de 2001. A CDI adotou uma redação com 59 artigos, a que se juntaram as respetivas anotações, cuja ênfase está nas regras secundárias de Direito Internacional quanto à responsabilidade do Estado, i. é, nas condições gerais sob as quais um Estado pode ser considerado responsável por ações ou omissões ilícitas de acordo com o Direito Internacional, e, quais as consequências que daí podem ser retiradas. A este propósito, cf. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, A/56/10* (9 de junho de 2001), p. 31, § 1. Apesar do formato dado pela CDI à redação, a CDI não recomendou à Assembleia Geral que os artigos fossem considerados para adoção enquanto tratado (a este propósito cf. Jacqueline PEEL, Simon OLLESON, James CRAWFORD, “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Completion of the Second Reading,” *European Journal of International Law* 12, n.º 5 (2001), 963-991, p. 969). Cf. ONU, Resolução 56/83 (2001) da Assembleia Geral, A/56/83 (12 de dezembro de 2001). Importa precisar que muito embora tenha sido escrito em forma de artigos, o Projecto de Artigos é enquadrável no âmbito do Artigo 38/1, d), do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça constituindo apenas “formas ou meios subsidiários para a determinação de regras de direito” (v. artigo 38/1, d) do Estatuto do TIJ). Cf. David D. CARON, “The Ilc Articles on State Responsibility, The Paradoxical Relationship between Form and Authority,” *American Journal of International Law* 96, no. 4 (2002), p. 867.

poderá ter lugar a prática de factos internacionalmente ilícitos susceptível de gerar responsabilidade internacional do Estado¹¹.

Sucintamente, o artigo 1.º do Projeto de Artigos (PARI) estabelece que há lugar a responsabilidade internacional do Estado pela prática de um facto internacionalmente ilícito – quer por acção, quer por omissão, (v. artigo 2.º, al. a) do PARI) –, cujo conceito é composto por dois elementos: um comportamento que consiste numa acção ou omissão atribuível, segundo o Direito Internacional, ao Estado; e, constituindo este comportamento uma violação de uma obrigação internacional do Estado¹².

A Parte I do PARI – no seu Capítulo II, com referência aos artigos 4.º a 11.º – refere-se à atribuição de um determinado comportamento ao Estado. O artigo 4.º abrange comportamentos, quer por acção, quer por omissão, sendo que a não adopção de um comportamento, ou mera inacção, do Estado pode também dar lugar a responsabilidade internacional. Assim, prevê o artigo 4.º, n.º 1, do PARI, que o “comportamento de qualquer órgão estadual será considerado como um facto do Estado” independentemente desse órgão exercer funções “legislativas, executivas, judiciais ou quaisquer outras funções, qualquer que seja a posição que ocupa na organização do Estado e qualquer que seja a sua natureza enquanto órgão do governo central ou de uma unidade territorial do Estado”.

Por conseguinte, ao considerar o caso particular do “Estado falhado”, o estabelecimento de um nexo de imputabilidade entre a prática de um facto ilícito internacional e o Estado pode suscitar acrescidas questões, dada a desintegração dos órgãos do aparelho governativo e consequente perda da capacidade para o exercício do controlo e direcção política do Estado. Aliás, parece que só se poderá entender que seja aplicável o conceito de “autoridade pública”, nos termos do artigo 5.º do PARI, já que os actores não-estaduais – nomeadamente,

¹¹ Entre nós, em termos gerais acerca a responsabilidade dos Estados, cf. Jorge MIRANDA, *Curso De Direito Internacional Público*, 5.ª ed. (Parede, Príncipia, 2012), pp. 349-52. Quanto à responsabilidade internacional do Estado por factos ilícitos com referência ao Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por factos internacionalmente ilícitos da Comissão de Direito Internacional, cf. Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de ALMEIDA, *Direito Internacional Público*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 226-42.

¹² Cf. artigo 1.º e artigo 2.º, do PARI.

“bandos armados”¹³) – tenderão a orientar a sua actuação à prossecução de objectivos e fins de índole privada¹⁴, alheios ao que possa ser o “interesse público” nos termos e para efeitos do Projeto de Artigos.

Note-se que nos termos do artigo 5.º do PARI, se considera facto do Estado o comportamento de um indivíduo ou entidade que – não sendo titular de um órgão do Estado em sentido estrito – esteja habilitado para o exercício de elementos de autoridade pública pelo Direito interno do Estado, desde que, no caso concreto, tenha actuado na qualidade de, diremos, “agente do Estado”.

O artigo 8.º do PARI, (“Comportamento sob a direcção ou controlo do Estado”), prevê a hipótese de imputação ao Estado do comportamento de uma pessoa ou grupo de pessoas que não sejam agentes do Estado. Porém, na medida em que estabelece como requisitos que o comportamento ocorra “sob a direcção ou controlo”, ou, sob as “instruções” do Estado, temos dúvidas quanto à pertinência em considerá-lo com referência à circunstância do “Estado falhado”¹⁵. Nos termos do comentário ao artigo 8.º citado, tratar-se-á aqui daqueles casos em que, por hipótese, civis são recrutados ou cooptados para coadjuvar órgãos do Estado no exercício das suas funções, permanecendo, contudo, fora da hierarquia estadual¹⁶.

¹³ No que respeita à noção de bandos armados (“armed bands”) cumpre notar que a mesma parece surgir apenas após a guerra de 1914-1918, e pode ser melhor compreendida na medida em que se considerar que abrangerá as seguintes situações, “1) a organização de bandos armados de emigrados ou outros grupos irregulares em território nacional, com cumplicidade governamental, para incursão no território de outro(s) Estado(s); 2) organização de tais bandos por governos em território não-nacional para uso em Estados terceiros; 3) apoio a bandos armados já ativos no território de outros Estados; 4) tolerância, com pleno conhecimento, da organização de bandos armados em território nacional; 5) negligência no controlo de bandos armados e grupos de assalto que operem a partir de território nacional; 6) incapacidade para controlar tais grupos em território nacional”, cf. Ian BROWNLIE, “International Law and the activities of armed bands”, in *International and Comparative Law Quarterly* 7(1958), 712-735, pp. 712-713.

¹⁴ O comentário ao artigo 4.º aponta no sentido de que os casos de um comportamento puramente privado não deverão ser confundidos com o caso de um órgão em funções enquanto tal, mas atuando em desvio de poder ou exorbitando competências em violação das regras a que esteja adstrito; neste último caso, considerar-se-á que o órgão atua em nome do Estado, princípio afirmado no artigo 7.º – cf. Comentário ao artigo 4.º, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, A/56/10* (9 de Junho de 2001), p. 42, § 13.

¹⁵ Uma primeira nota neste sentido, está presente, desde logo, no comentário ao artigo 8.º do Projeto de Artigos, que enfatiza que, dado o papel importante desempenhado pelo princípio da efetividade em Direito Internacional, importará ter em linha de conta a existência de um elo de ligação real entre o indivíduo ou grupo autor do comportamento e o aparelho de Estado – cf. Comentário ao artigo 8.º, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, A/56/10* (9 de Junho de 2001), p. 47, § 1.

¹⁶ Neste sentido, cf. *Ibid.*

Quanto às questões que se colocam relativamente ao requisito da “direcção ou controlo”, apenas será imputável ao Estado o comportamento, de pessoa ou grupo de pessoas, que, apenas e só, formem parte integrante de uma operação (ou actuação) específica dirigida ou controlada pelo Estado¹⁷. Neste sentido, parece que o grau de controlo governamental mínimo¹⁸, exigido pelo artigo 8.º, fica para além do controlo que o “Estado falhado” terá capacidade para exercer – quer ao nível dos respectivos agentes, quer ao nível de terceiros – pelo que restam dúvidas quanto à hipótese de imputação de comportamentos ao Estado com base neste artigo do PARI.

O artigo 9.º do PARI, apesar do limitado escopo de aplicação abstractamente considerado, afigura-se como particularmente interessante na análise do “Estado falhado”, posto que considera facto do Estado “o comportamento de uma pessoa ou grupo de pessoas”, no exercício de “poderes de autoridade pública na ausência ou carência das autoridades oficiais e em circunstâncias que [justificassem] o exercício dessas prerrogativas”¹⁹. Tendo em conta os três requisitos estabelecidos, o aspecto relevante parece prender-se com o comportamento, em si mesmo considerado, que terá de ser de índole pública ou governativa – quer haja, ou não haja, um governo em funções. Uma aplicação do estabelecido neste artigo 9.º do PARI à circunstância do “Estado falhado” poderá eventualmente permitir concluir no sentido de considerar “facto do Estado” um comportamento (facto internacionalmente ilícito) de um indivíduo, ou, grupo(s) de indivíduos que se considere(m) ter(em) em agido em nome do Estado, dada a circunstância de estar(em) a exercer um grau (entenda-se, “mínimo”) de autoridade pública, ou governamental²⁰.

¹⁷ Neste sentido, cf. *Ibid*, p. 47, § 3.

¹⁸ É central recordar o caso *Nicarágua c. Estados Unidos* citado, em que o TIJ estabeleceu o critério do *controlo efectivo*.

¹⁹ Cf. artigo 9.º do PARI. A redação deste artigo parece convocar a noção de “levantamento em massa” (ou “*levée en masse*”), que respeita à população civil e a que subjaz a ideia de que esta, confrontada com a iminência de uma invasão e no intuito de frustrar uma ocupação (a noção remonta à Revolução Francesa) se arma de forma espontânea para se defender, sendo que o carácter necessariamente temporário da duração desta resposta flexibiliza o preenchimento dos requisitos para a qualificação como combatente legítimo, cf. Yoram DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2.ª ed. (Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 2010), p. 48. Referindo-se à noção de “*levée en masse*”, cf. Comentário ao artigo 9.º, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, A/56/10* (9 de junho de 2001), p. 49, § 2.

²⁰ O comentário ao artigo 9.º indica o exercício de funções de polícia ou de outras funções semelhantes num contexto de ausência de qualquer outra autoridade estar constituída, cf. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, A/56/10* (9 de Junho de 2001), p. 49, § 6.

A redação deste artigo parece convocar a noção de “levantamento em massa” (ou “*levée en masse*”), que respeita à população civil e a que subjaz a ideia de que esta, confrontada com a iminência de uma invasão e no intuito de frustrar uma ocupação (recorde-se que esta noção remonta à Revolução Francesa) se arma de forma espontânea para se defender, sendo que o carácter necessariamente temporário da duração desta resposta flexibiliza o preenchimento dos requisitos para a qualificação como combatente legítimo. Com efeito, o comentário ao artigo 9.º na versão da Comissão de Direito Internacional refere-se ao exercício de funções de polícia ou de outras funções semelhantes num contexto de ausência de qualquer outra autoridade constituída no Estado.

O requisito da “ausência ou carência das autoridades oficiais” parece à primeira vista eventualmente permitir abranger, quer casos de “fracasso” e de “colapso” do Estado, quer casos em que as autoridades oficiais do Estado tenham a sua capacidade para o exercício do poder parcialmente afectada²¹, posto que não se estabelecem limites, nem quanto às “circunstâncias” que não justificariam o exercício de poderes de autoridade, nem quanto à dimensão e grau de organização do “grupo de pessoas” cujo comportamento haja de estar em causa.

Não obstante, no que respeita à aplicabilidade do artigo 9.º do PARI a comportamentos ocorridos num “Estado falhado” ou “colapsado” haverá que ter presente que a citada circunstância se caracteriza pela prevalência de actores não-estaduais que demonstram não ter pretensões de estadualidade. Isto é, estará ausente do espírito de tais actores não estaduais o que CABRAL MONCADA entendia ser “o elemento ôntico mais importante do Estado”²²: a *ideia* do Estado.

Noutros termos, não podemos alhear-nos do requisito de que o comportamento que eventualmente possa estar em causa, parece ter de estar directamente relacionado com o “fracasso” ou “colapso” do Estado e com a consequente ausência de quaisquer entidades públicas. Ora, neste particular, é difícil imaginar outra circunstância que melhor justifique o exercício temporário de poderes de autoridade do que o colapso da totalidade ou quase-totalidade das estruturas do Estado²³.

²¹ Cf. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, A/56/10* (9 de junho de 2001), p. 49, § 5.

²² Cf. L. Cabral de MONCADA, *Filosofia Do Direito E Do Estado*, vol. II, II vols. Coimbra, Coimbra Editora, 1995; repr., reimpressão, p. 168.

²³ Cf. Michael SCHOISWOHL, *Status and (Human Rights) Obligations of Non-Recognized De Facto Regimes in International Law, The Case of ‘Somaliland’, The Resurrection of Somaliland against All International ‘Odds’, State Collapse, Secession, Non-Recognition, and Human Rights*, Leiden; Boston, M. Nijhoff, 2004, pp. 291-92.

Concretizando, temos dúvidas que o artigo 9.º do PARI possa ser aplicado em situações de “colapso” ou “fracasso” do Estado se o “grupo de pessoas” cujo comportamento possa estar em causa contribuiu activamente para que tais circunstâncias ocorressem, ou mesmo se se arrogou o exercício de poderes de autoridade no seguimento de um cenário de “vazio de poder”, motivado por outras razões que não esta mesma circunstância²⁴. Ou seja, por exemplo, a assunção de poder por um grupo de pessoas com pretensões de exercício do direito de autodeterminação.

No campo das hipóteses com referência quer ao artigo 8.º, quer ao artigo 9.º do PARI, importa referir que poderá ser admissível uma interpretação mais flexível quanto à imputabilidade do regime de responsabilidade internacional previsto naqueles artigos para os casos de ataques transfronteiriços por actores não-estaduais nacionais de um Estado contra um outro Estado²⁵.

Nestes termos, o âmbito do artigo 8.º do PARI poderia, por um lado, ser alargado para permitir abranger ataques quanto aos quais se prove terem sido praticados *maxime* sob o *controlo global*²⁶ de um Estado. Por outro lado, nos demais casos, em que um Estado conheça que no seu território opera um bando armado que praticou ataques transfronteiriços, em todo o caso este facto poderá ser enquadrado nos termos do artigo 11.º do PARI²⁷. Será ainda de admitir que o âmbito do artigo 9.º do PARI poderá ser alargado a ataques de índole não-estadual, que ocorram no contexto de uma ausência, total ou parcial, da autoridade governamental (no Estado de que os atores não-estaduais armados originem, bem entendido)²⁸.

²⁴ Neste sentido e dando como exemplo a assunção de poder por um grupo de pessoas com pretensões de exercício do direito de autodeterminação, cf. SCHOISWOHL, *Status and (Human Rights) Obligations of Non-Recognized De Facto Regimes in International Law, The Case of ‘Somaliland’*, cit., p. 292.

²⁵ Cf. Tom RUYTS, *“Armed Attack” and Article 51 of the UN Charter, Evolutions in Customary Law and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 491. Na busca por pistas que permitam refletir melhor acerca do modo como o Direito Internacional poderá melhor enquadrar determinadas situações internacionais, importará não perder de vista que o recurso à legítima defesa contra atores não estaduais se deverá reger de acordo com as regras primárias de DIP ao invés das regras secundárias de responsabilidade do Projeto de Artigos – aqui de acordo com a classificação de Roberto Ago que entendia as primeiras como aquelas que num ou noutro sector das Relações Internacionais impõem determinadas obrigações aos Estados, enquanto opostas às outras regras assim designadas posto que respeitam a determinar as consequências do não cumprimento das obrigações estabelecidas por aquelas.

²⁶ Cf. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgement, 15 de julho de 1999.

²⁷ Cf. RUYTS, *“Armed Attack” and Article 51 of the Un Charter, Evolutions in Customary Law and Practice*, cit., p. 491.

²⁸ Cf. *Ibid.*

Diferentemente, poder-se-á entender que o artigo 9.º do PARI tem em vista, sobretudo, actos de índole cautelares por indivíduos, ou grupos de indivíduos, ao invés de estruturas “quase-governamentais” notando-se, todavia, a possibilidade de o artigo poder eventualmente vir a ser interpretado extensivamente de modo a enquadrar situações de “colapso” do Estado²⁹.

Com efeito, o afastamento da aplicabilidade, em abstracto, do artigo 9.º do PARI àqueles casos em que, no contexto de um “Estado falhado” ou “colapsado” se constitua por acção de um grupo de indivíduos – actores não-estaduais – um “governo” que não goze de qualquer tipo de reconhecimento, parece implicar uma dificuldade prática de responsabilização: por um lado, a responsabilização do Estado parece estar precluída pela circunstância do “Estado falhado” ou “colapsado”; por outro lado, a entidade não-reconhecida que se arrogou o exercício do poder não será passível de lhe ver ser plenamente atribuído um comportamento que constitua uma violação de uma obrigação internacional do Estado.

Prosseguindo com a análise, temos que o artigo 10.º do PARI se refere, expressamente, ao comportamento de um movimento insurgente ou outro. O comentário ao artigo 10 remete, a título de exemplo, para a definição de “forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados” do artigo 1.º, § 1, do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949³⁰. Aqui, mais uma vez, se coloca a questão da possibilidade de enquadramento de um (ou mais) grupo(s) armado(s), prevalentes no território do “Estado falhado”, na noção de “movimento insurgente”. Ora é importante recordar que o “Estado falhado” se caracteriza globalmente pelo total *vazio de poder*, estando o poder sujeito à apropriação por parte de uma miríade de actores não-estaduais – nomeadamente, bandos armados. Por conseguinte, mesmo que seja possível enquadrar um (ou mais) bando(s) armado(s), activo(s) no território de um “Estado falhado”, no conceito de movimento insurgente, cujo eventual sucesso militar venha a abrir caminho à consolidação do poder, o realismo político contrariará a ideia de atribuição *ao Estado* de comportamentos anteriores daquele outro – enquadráveis no conceito de facto internacionalmente ilícito, (p. ex.: como actos

²⁹ Cf. SCHOISWOHL, *Status and (Human Rights) Obligations of Non-Recognized De Facto Regimes in International Law, The Case of Somaliland*, cit., p. 292-93.

³⁰ . Cf. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, A/56/10* (9 de junho de 2001), p. 51, § 9.

de pirataria, ou o rapto de nacionais de outros Estados ao serviço de ONG no território do “Estado falhado”³¹).

Nestes termos, o artigo 10.º do PARI visará aqueles casos em que, por hipótese, as acções de um movimento insurgente (*i.e.*, insurretos ou beligerantes) – ante a incapacidade do Estado para o subjugar – atinge os seus objectivos de depor o governo do Estado, ou de formar um novo Estado concretizando eventuais intentos secessionistas. Centrando-nos, sucintamente, na primeira hipótese, pode dizer-se que ao substituir o anterior Governo do Estado, a liderança do movimento insurgente se tornará na nova liderança do Estado, sendo que a continuidade que existe entre a nova forma de organização da liderança do Estado e a liderança do movimento insurgente tem por consequência a imputação ao Estado de comportamentos adoptados (factos internacionalmente ilícitos) pelo referido movimento – a par dos comportamentos do Governo substituído – no decurso do conflito, na sequência do qual assumiu a liderança do Governo do Estado. Por conseguinte, na medida em que a entidade não-estadual (movimento insurgente) (1) pretenda, e (2) logre tornar-se um “actor estadual” – seja constituindo-se como governo do Estado, seja fundando um “novo Estado” – poderá haver lugar a responsabilidade internacional do Estado pela prática de factos internacionalmente ilícitos que hajam sido cometidos por aquela mesma entidade.

Por fim, importará sublinhar que permanece sempre em aberto a hipótese de imputação *a posteriori* de comportamentos ao Estado, desde que nos termos do artigo 11.º do PARI o Estado tome conhecimento do(s) comportamento(s) em causa e o(s) aceite como seu(s), o pressuposto sendo o de que de outro modo a conduta não seria imputável ao Estado – no caso de “Estados falhados” factos muito provavelmente praticados por atores não-estaduais (bandos armados). Nestes termos, mesmo ante a especial complexidade da circunstância que é o “Estado falhado”, este caso especial de imputabilidade nos termos do artigo 11.º citado não permitirá concluir pela existência de uma lacuna em matéria de responsabilidade por factos internacionalmente ilícitos no âmbito do Projeto de Artigos.

³¹ Neste sentido, cf. Gerard KREIJEN, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness, Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa, Developments in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 281. Na anotação ao artigo 10.º do Projecto de Artigos, parece rejeitar-se uma aplicação estrita do parágrafo 1 nos casos de Governos de reconciliação nacional, “The State should not be made responsible for the conduct of a violent opposition movement merely because, in the interests of an overall peace settlement, elements of the opposition are drawn into a reconstructed Government [...] the criterion [...] is that of a real and substantial continuity [...]” – cf. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, A/56/10* (9 de Junho de 2001), p. 51, § 7.

Cumprir fazer uma brevíssima referência às causas de exclusão da ilicitude do comportamento considerado *facto* internacionalmente ilícito de um Estado (e, especificamente, de um “Estado falhado”), já que a inclusão desta parte no Projeto de Artigos não é isenta de críticas³².

Por um lado, o artigo 23.º define “força maior” como a “ocorrência de uma força irresistível” – um constrangimento que o Estado foi incapaz de evitar por si próprio – ou um “acontecimento imprevisível, fora do controlo do Estado, que torne materialmente impossível, dadas as circunstâncias” o cumprimento da obrigação que esteja em causa, no caso concreto – um *facto* de índole involuntária.³³ Contudo, a invocação da força maior está precludida naqueles casos em que fique a dever-se (exclusivamente, ou por uma conjugação com outros factores) ao comportamento do próprio Estado, ou em caso do Estado ter assumido o risco da ocorrência da situação de força maior. À primeira vista, então, a aplicação desta causa de exclusão da ilicitude parece ser de âmbito limitado na circunstância de um “Estado falhado”.

Não obstante, poderá ser relevante, sobretudo, naqueles casos em que a força maior invocada fique a dever-se a intervenção humana – por oposição a catástrofes naturais, por exemplo³⁴ – como a perda de controlo pelo Estado (“falhado”) sobre uma determinada parcela do seu território por acção de actores não-estaduais, por hipótese bandos armados formados por nacionais do próprio Estado.

³² Em termos gerais, “a legítima defesa e o consentimento afiguram-se como mais próximas de regras ditas primárias – que definem o conteúdo de obrigações – do que de regras ditas secundárias de Direito Internacional (nos termos da distinção de Roberto Ago). De igual modo, a força maior (artigo 23.º do PARI) parece ser aplicável apenas a atos de guerra e, em determinadas circunstâncias, a danos resultantes de insurreição ou de guerra civil. Ao que acrescem dúvidas quanto ao *facto* de a necessidade existir enquanto *super-categoria*, sendo que em qualquer caso o recurso ao estado de necessidade enquanto causa de exclusão da ilicitude obedece a critérios rigorosos. O uso da força obedece a um regime específico (legítima defesa, coletiva ou de terceiros) e se bem que as represálias armadas estão claramente excluídas pelo direito da Carta das Nações Unidas, já a propriedade das represálias económicas e do argumento da necessidade económica são ainda objeto de controversia.” – cf. James CRAWFORD and Ian BROWNLIE, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8.ª ed., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2012, pp. 563-65.

³³ Cf. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, A/56/10* (9 de junho de 2001), p. 76, § 2.

³⁴ Na anotação ao artigo 23.º do Projecto de Artigos estão excluídas situações em que o cumprimento se tenha tornado (apenas) mais oneroso, “circumstances in which performance of an obligation has become more difficult, for example due to some political or economic crisis. Nor does it cover situations brought about by the neglect or default of the State concerned” – cf. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, A/56/10* (9 de junho de 2001), p. 77, § 3.

Por outro lado, o artigo 25.º do PARI, estabelece critérios que restringem em grande medida as situações de legítima invocação do estado de necessidade, sendo que estará em causa a salvaguarda de interesses essenciais do Estado ou da *comunidade internacional*, considerada enquanto um todo³⁵ – uma situação de conflito com a necessidade de cumprimento da obrigação do Estado³⁶. Sobretudo, importa salientar a previsão da alínea b) do n.º 2 do artigo 25.º citado, na medida em que preclui a invocação do estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude por um Estado nos casos em que ele próprio tenha “contribuído para a situação de estado de necessidade” (v. artigo 25.º, n.º 2, al. b) do PARI). Por conseguinte, tendo em conta o exposto anteriormente acerca do “Estado falhado”, um entendimento em sentido estrito do estatuído no artigo citado, levará a concluir que o aparelho governativo de um Estado que fracassou, contribuirá, em todo o caso, para aquilo que – no mínimo – se pode considerar ser um “estado de necessidade” que tende a perdurar no tempo, se bem que seja temporário na sua essência – uma transitoriedade paradoxal.

Importa atender, ainda, ao estabelecido no artigo 31.º, do PARI³⁷, na medida em que nele se prevê a obrigação de reparação integral do prejuízo causado pelo facto internacionalmente ilícito. Suscita dúvidas adicionais a questão de saber em que medida poderá um “Estado falhado” – tendo sido apurada a sua responsabilidade internacional –, vir a cumprir com a respectiva obrigação de reparação. Por outro lado, na hipótese do “Estado falhado” ser o Estado lesado, para efeitos do exposto no artigo 43.º do Projecto de Artigos, parece certo que ante a evidente deliquescência das instituições estaduais permanecerão dúvidas quanto a saber de que modo poderia proceder um Estado naquelas circunstâncias para a invocar a responsabilidade de um outro Estado ou grupo de Estados (v. artigo 42.º do PARI) e para notificar a sua reclamação enquanto Estado lesado nos termos do artigo 43.º do PARI.

³⁵ Aqui nos termos empregues na declaração de voto do Juiz Shi Jiuyong, cf. *Declaration of Judge Shi, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226-267, 8 de julho 1996, p. 277-278.

³⁶ Seguindo muito de perto o entendimento de SYKES, não é de mais recordar que a verificação na prática de circunstâncias exigentes – não obstante, aquém da circunstância do “fracasso do Estado” – podem conduzir à extinção ou suspensão de obrigações, inclusivamente legitimando o governo de um Estado a confiscar bens de privados, justificando o não cumprimento de determinadas obrigações decorrentes de contrato, ou permitindo que o governo de um Estado adote outros comportamentos face a obrigações decorrentes de tratado. Nestes precisos termos, fazendo uma análise da vertente económica da *necessidade* à luz do tratado de investimento bilateral entre a Argentina e os EUA, cf. Alan O. SYKES, “Economic “necessity” in International Law”. *The American Journal of International Law* 109.2 (2015), 296–323. Cf. ainda, Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, U.S.-Arg., Nov. 14, 1991, 31 ILM 124 (1991).

³⁷ Cf. ainda, artigo 34.º a artigo 39.º do PARI.

Como conclusão da presente comunicação, e pese embora o exposto acerca artigos 9.º e 10.º, do PARI – para além da possibilidade de adopção pelo Estado de um comportamento como seu (v. artigo 11.º, do PARI³⁸) – permanecem dúvidas³⁹ quanto ao modo como o Projecto de Artigos poderá ser aplicado tendo em vista a circunstância do “Estado falhado”, que a título principal se caracteriza por um fenómeno de desagregação, e consequente desintegração, dos órgãos de soberania do Estado – a ausência de governo efectivo.

³⁸ Cf. *Case concerning United States diplomatic and consular staff in Tehran (United States of America v. Islamic Republic of Iran)*, Judgement, ICJ Rep. 3-46, 24 May 1980, §71-75.

³⁹ Acrescem dúvidas quanto ao entendimento a adoptar quanto à previsão do artigo 59 do PARI, no qual pode ler-se, “Os presentes artigos aplicam-se sem prejuízo da Carta das Nações Unidas” (v. artigo 59.º, PARI). A interpretação do artigo 59.º citado, suscita a questão do unilateralismo do regime, posto que o Conselho de Segurança não tem a responsabilidade de determinar “ilícitos”, pelo que parece suscitar-se a interrogação acerca de saber em que medida esta circunstância obrigará a considerar questões de índole política, ou seja, até que ponto deverá o Conselho de Segurança reger-se por princípios de legalidade e não apenas por considerações de índole política.

III SESSÃO

A responsabilização internacional do indivíduo: os tribunais internacionais criminais

O Estatuto do Procurador Internacional no Processo Internacional

Wladimir Brito¹

I – Introdução

A figura do Procurador nos Tribunais Penais Internacionais emerge no ideário jurídico-internacional no exacto momento em que a comunidade internacional toma consciência da necessidade da criação desses Tribunais, podendo dizer-se que tal figura, desde o primeiro momento, é reconhecida como um dos seus pilares. Por isso mesmo, parece-nos não ser exagerado defender que na busca do processo penal internacional está imanente a construção da figura do Procurador e o recorte das suas competências jurídico-processuais. Por essa razão elegemos essa figura para objecto deste nosso estudo sobre o processo penal internacional.

Importa contudo lembrar que, como tivemos já a oportunidade de dizer noutro lugar, a questão da institucionalização de uma garantia jurisdicional séria e capaz de efectivamente assegurar o respeito por todas as normas imperativas (*ius cogens*) do Direito Internacional, nomeada e especificamente as relativas aos direitos fundamentais da pessoa humana, quer individualmente considerada, quer enquanto membro de grupos ou comunidades étnicas, culturais e religiosas, deve ser preocupação de todo iusinternacionalista e que só uma justiça internacional permanente e funcionalmente dotada de independência relativa à vontade dos Estados poderá efectivamente assegurar a defesa da *humanidade*, aqui entendida como um *bem jurídico* de que a sociedade internacional é titular e que se consubstancia no projecto ecuménico da permanente realização da pessoa humana pelo diálogo omnicomprensivo de culturas. Nessa medida, esse bem jurídico é o património cultural comum da sociedade internacional que representa o passado, o presente e o próprio futuro da pessoa humana e que, por

¹ Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho.

isso mesmo, assegura a integral inserção do indivíduo na sua comunidade de origem, a coesão de cada uma e das distintas comunidades humanas, a própria interdependência solidária dessas comunidades e garante a desejável articulação dessas comunidades na sociedade internacional, e, com ela, a coesão desta sociedade. Numa palavra, é o *património cultural (bem) comum* que alicerça a própria unidade do género humano. Por essa razão, esse bem é, como diria Réne Jean Dupuy (1979), *um bem transtemporal*.

É no quadro dessa justiça internacional que se pretende vocacionada a proteger com eficácia esse *bem jurídico humanidade* (verdadeiro, *bem comum universal*) que emerge a figura do Procurador, como entidade judiciária encarregada de perseguir os criminosos e de os acusar junto do Tribunal, entidade que, em nossa opinião, só poderá contribuir para a dignificação e credibilidade da justiça penal internacional através da afirmação dessa sua *autonomia funcional* relativamente aos Estados e demais actores internacionais e da aceitação e respeito desse seu especial Estatuto jurídico-internacional por este conjunto de actores.

Posto isto, podemos agora concentrar a nossa atenção na análise da evolução histórica dessa figura judiciária que é a do Procurador nos Tribunais Penais Internacionais.

II – Evolução histórica da figura jurídica do Procurador nos Tribunais Penais Internacionais

1. – O conhecimento da história de uma dada figura jurídica, na ocorrência, a do Procurador junto dos Tribunais Penais é, em nossa opinião, decisivo para compreender o seu Estatuto jurídico e, até mesmo, a sua acção ao longo da sua existência. Daí a importância da análise, brevíssima, que nos propomos fazer agora.

Pensamos não estar longe da verdade se afirmarmos que a figura do Procurador internacional surge *qua tale* pela primeira vez na Carta do Tribunal Militar Internacional, anexa ao Acordo de Londres de 8 de Agosto de 1945, que institui o Tribunal Militar Internacional, conhecido internacionalmente por Tribunal de Nuremberga.

Na verdade, é no artigo 14.º que se estabelece que “1. *Cada signatário designará um acusador principal para a investigação das acusações contra os principais criminosos de guerra.*”, institucionalizando assim a figura de “Acusador público internacional”, o que até então não acontecera nem com International Prize Court (Tribunal das Presas), onde essa figura não aparece sequer referenciada por a acusação ser deduzida pelos Procuradores nacionais, nem no Tratado de Versailles, de 1919, na parte deste que se refere à criação do Tribunal especial

para julgar o Imperador Guilherme II de Hohenzollern onde a acusação é genericamente formulada no artigo 227.º pelas Altas Partes Contratantes

É, portanto, com a criação do Tribunal de Nuremberga que internacionalmente se consagra a figura jurídico-processual do Procurador, atribuindo-lhe poderes para investigar, coligir e apresentar provas, preparar e deduzir acusação, participar no Julgamento como acusador público. É esta competência que, a partir de Nuremberga, passa a ser a competência base dos Procuradores internacionais, nos Tribunais Penais Internacionais que foram posteriormente criados, começando pelo Tribunal Militar para o Extremo Oriente, conhecido internacionalmente por Tribunal Militar Internacional de Tóquio, como teremos a oportunidade de ver.

2. – Na verdade, entendemos que não é por mero acaso que até à instituição do Tribunal de Nuremberga e de Tóquio a figura do Procurador não era internacionalmente acolhida nos Estatutos dos dois Tribunais Penais que antecederam o Tribunal de Nuremberga. Com efeito, a comunidade internacional, aquando da criação do International Prize Court e mesmo quando no Tratado de Versailles foi criado o Tribunal especial para julgar o Imperador Guilherme II, não conseguira ainda uma definição consensual de ilícito criminal internacional, o que, obviamente, lhe impedia de estruturar as bases fundamentais de um direito penal internacional, que é o específico território jurídico da actuação do acusador público, para além de ser, como justamente afirma Syméon Karagiannis, “*terre de prédilection pour la création de nouvelles juridictions internationales*”, necessariamente, esclarecemos nós de natureza penal. Por outro lado, importa frisar que, até a Convenção de Haia de 1907, estava ainda a comunidade internacional à procura de mecanismos jurídicos que lhe permitissem dissociar com algum grau de eficácia e de credibilidade os Estados dos seus agentes, nestes incluindo os seus dirigentes, com vista a não deixar impune a prática de crimes, mas, ao mesmo tempo, a evitar a directa punição dos Estados pela prática desses crimes por nacionais seus. Para tanto e para resolver os conflitos internacionais provocados pela prática de crimes internacionalmente reconhecidos como tais e cuja punição a comunidade internacional não podia deixar de reclamar, necessitava esta comunidade de, em primeiro lugar, chegar a um consensus político-jurídico(-criminal) internacional sobre o conceito e a tipologia do ilícito criminal e, de seguida, sobre a forma de perseguir, levar a julgamento e de julgar efectivamente os autores desses crimes.

Obtido esse consenso, a comunidade internacional teria de avançar necessariamente para a criação de uma justiça penal internacional capaz de o concretizar, assegurando aquele objectivo primeiro a que nos referimos acima – o de distinguir, para efeitos de punição, pela prática de crimes internacionais, os Estados dos seus agentes – e, também, um outro, não menos importante, que é o de evitar que a justiça internacional se arvorasse em substituto radical da

justiça nacional, o que, a acontecer, provocaria forte resistência dos Estados em instituí-la. Por essa última razão, a justiça internacional nasceu e mantém-se até agora dominada pelo princípio da subsidiariedade ou complementaridade, com base no qual se reconhece a primazia da justiça penal nacional para julgar os criminosos, tendo sido, até à criação do Tribunal Penal Internacional, originariamente uma justiça instituída com vista a “*apaiser les relations internationales à la suite d’un conflit perdu par l’État dont les dirigeants sont jugés*”, isto é, uma justiça dos vencedores.

3. – Ora, até à criação do Tribunal de Nuremberga, a predominância desse princípio da subsidiariedade justificou a acção secundária da residual justiça penal internacional no julgamento dos ilícitos criminais e, mais do que isso, dela decorreu a distinção, ainda hoje nela presente, entre os grandes e os pequenos criminosos, bem recortada no Tratado de Versailles, o que obviamente teve como consequência a relativa dispensabilidade do Procurador internacional. Contudo, o mesmo consenso jurídico(-criminal)-internacional que permitiu a produção de um catálogo de crimes internacionais e a criação de uma justiça penal internacional, também impôs à comunidade internacional a indispensabilidade de um processo penal internacional, o que está bem patente, embora de forma embrionária, na Convenção Relativa à Criação de um International Prize Court. A partir de agora, a ideia da necessidade de autónoma consagração de um processo penal internacional no quadro de uma justiça penal internacional fundada no princípio da subsidiariedade passa a ser regra, tanto mais fácil de cumprir quanto a experiência internacional relativa à criação de regras de processo destinadas à justiça arbitral internacional e a de outros Tribunais internacionais de natureza não penal em matéria de produção das suas próprias “*rules of procedure*” tinha permitido a emergência de um processo internacional não penal e consagrado a prática da atribuição aos Tribunais internacionais de poderes para elaborar as suas próprias regras de processo. É esse princípio da subsidiariedade e é essa prática internacional que vão ser adoptadas na Carta constitutiva do Tribunal de Nuremberga e a partir dela em todos os outros instrumentos internacionais.

Assim, se a consagração dos crimes internacionais ou, se se quiser, de um direito penal internacional (mesmo que embrionário e imperfeito) e também, (importa agora realçar) a responsabilização individual dos agentes públicos do Estado que em nome e em representação deste agem, praticando crimes, foram determinantes para a instituição da justiça penal (*ad hoc*) internacional, não é menos certo que foi com a emergência e a afirmação do processo penal internacional (mesmo na sua fase embrionária) que trouxe para a justiça internacional a figura do Procurador internacional e a sua indispensabilidade.

4. – Podemos assim concluir dizendo que, historicamente, o Procurador internacional aparece na justiça penal internacional e nela a sua presença só se torna indispensável com conjugação dos seguintes factores: a consagração de

crimes internacionais, a instituição de uma justiça penal internacional, mesmo com a natureza de Tribunais *ad hoc*, e a criação de regras de processo penal internacional específicas de cada Tribunal penal *ad hoc*. São assim esses três factores que consagram e tornam imprescindível a presença nesses Tribunais dessa figura.

Mas, exactamente porque, em nossa opinião, só com a criação do Tribunal de Nuremberga é que se dá a conjugação articulada desses três factores é também a partir desse momento histórico que o Procurador internacional, enquanto acusador público, é reconhecido como uma autoridade judiciária com competência internacional específica e com uma configuração idêntica à do acusador público nos Tribunais penais nacionais, e, nessa específica qualidade, passa a ser um actor indispensável da justiça penal internacional.

Feita essa sucinta análise da emergência na cena internacional da figura do Acusador público – Procurador – internacional e tendo em atenção que a primordial base jurídico-internacional da sua configuração está consagrada na Carta que institui o Tribunal de Nuremberga, parece-nos interessante partir dessa base para o estudo do Estatuto jurídico-processual do Procurador Internacional.

III – O Estatuto Jurídico-processual do Procurador Internacional. Dos Tribunais Militar de Nuremberga aos Tribunais Internacionais *ad hoc*.

1. – O primeiro e decisivo Estatuto jurídico-processual do Procurador internacional foi consagrado na Carta do Tribunal Militar Internacional de 8 de Agosto de 1945 – Carta do Tribunal de Nuremberga, a partir de agora – no seu Título III, sob a epígrafe Comité para a Investigação e Acusação dos Principais Criminosos de Guerra, onde essa autoridade judiciária aparece sob a denominação de Acusador principal.

O Acusador principal tem um Estatuto de investigador de crimes e de acusador público, designado por cada um dos Estados-Partes no Acordo de Londres, passando a integrar, como membro, um Comité de Acusadores principais que funciona colectivamente como uma verdadeira Procuradoria internacional. De acordo com esse Estatuto, o principal acto desse procurador – a acusação – tem de ser submetido à apreciação e aprovação do Comité no quadro do qual é regulada previamente a sua acção investigatória e acusatória. Poder-se-á assim dizer que neste Estatuto o Procurador internacional aparece como Acusador principal, que individualmente não tem poderes decisórios em matéria de acusação dos agentes do crime, nem para organizar o seu plano individual de trabalho.

Na verdade, é ao Comité, constituído, lembre-se, por todos os Acusadores principais, que a Carta do Tribunal de Nuremberga confere competência para aprovar o plano de trabalho de cada um deles e da respectiva equipa, como para aprovar a acusação por eles deduzida, competência que exerce em conferência, aprovando ou rejeitando por deliberação maioritária todas as questões submetidas à sua apreciação. Cabe ainda ao Comité, e não a cada Acusador, submeter ao Tribunal a acusação por ele aprovada e os documentos que a acompanham e elaborar e apresentar ao Tribunal, para aprovação, o projeto de seu regimento.

O Procurador internacional tem assim o Estatuto funcional de Acusador público designado pelo seu Estado com competência para investigar, para elaborar projecto de acusação depois agentes de crimes internacionais, bem como para participar como Acusador público nos julgamentos, não sendo o Comité, que, em bom rigor, é o verdadeiro titular da acção penal internacional. É este o seu Estatuto processual. Importa frisar que neste Estatuto o Procurador internacional (e também o Comité enquanto colectivo de Procuradores) não são verdadeiramente independentes dos Estados que os designam, o que até à criação do Tribunal Penal Internacional irá ser a característica dominante dessa figura quer do ponto de vista jurídico-processual quer sob o orgânico-funcional.

2.- Este Estatuto inaugural do Procurador internacional vai servir de modelo para a elaboração dos Estatutos jurídico-processuais dos Procuradores junto dos Tribunais criados depois do de Nuremberga e, desde logo, o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, conhecido como Tribunal de Tóquio. Contudo, ao longo da evolução da justiça internacional verifica-se que progressivamente o Estatuto do Procurador internacional vai sendo aperfeiçoado. Assim, no que se refere ao procurador junto do:

- a - **Tribunal de Tóquio** - Neste Tribunal o Estatuto do Procurador, nele também designado por Acusador principal, é reduzido a um artigo, o 8.º, onde se estabelece quem o nomeia e as funções que exerce. Nomeado pelo Comandante Supremo das Forças Aliadas no Extremo Oriente, o Acusador principal é o responsável pela investigação e a acusação dos criminosos de guerra e é o assessor jurídico (para usarmos a linguagem actual) do Comandante Supremo, a quem “dará toda a assistência legal que seja necessária”. Cabe assim ao Acusador principal deduzir a acusação, com a colaboração dos Acusadores adjuntos, nomeados por qualquer potência que tenha estado em guerra com o Japão para o coadjuvar (ou, para o “assistir”).

Cabe-lhe, ainda, como Acusador público, participar no julgamento, para aí alegar, apresentar e examinar provas e requerer o que tiver por conveniente. Como pode ver-se também nesse Tribunal o Procurador não é independente dos Estados e tem as mesmas competências do Procurador

junto do Tribunal de Nuremberga. Acresce que no Tribunal de Tóquio já não aparece o órgão colectivo – o Comité – titular da acção penal, mas esta titularidade é implicitamente atribuída ao Acusador principal. De facto, é a ele, enquanto titular da acção penal, que a Carta do Tribunal de Tóquio confere directamente poderes para investigar e acusar, poderes que exerce com a colaboração dos Acusadores adjuntos. Tal como acontece com o Comité no Tribunal de Nuremberga, o Procurador internacional aparece aqui como um órgão separado do Tribunal, no sentido de não ser um órgão do Tribunal.

Podemos assim dizer que esta titularidade da acção penal representa a primeira inovação estatutária e anuncia o reconhecimento de uma relativa autonomia funcional do Procurador internacional, na medida em que a acusação por ele deduzida pode ser directamente apresentada ao Tribunal sem a prévia aprovação de qualquer órgão.

- b – **Tribunais Penais Ad Hoc: Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia, Tribunal Internacional para o Ruanda** - Nos Estatutos destes Tribunais (que aqui tratamos conjuntamente por todos terem adoptado o “modelo” do Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia), pela primeira vez na história do Acusador público internacional, este é designado por Procurador e pela primeira vez, de forma expressa se atribui ao Procurador a titularidade da acção penal e se reconhece a sua independência relativamente ao Tribunal e a qualquer Estado ou autoridade. Contudo, este surge como um órgão do Tribunal, o que em nossa opinião, deve ser entendido como um órgão judiciário, exactamente porque nos Estatutos se declara que o Procurador é um órgão distinto no seio do Tribunal. Nesses Tribunais o Procurador não é nomeado por nenhum Estado, mas sim por um órgão da ONU, o Conselho de Segurança, por um período de quatro anos, renovável por igual período.

Podemos assim dizer que o Estatuto do procurador nesses Tribunais assenta nos seguintes pilares: **autonomia funcional jurídico-processual** relativamente ao Tribunal, aos Estados e demais autoridades internacionais, **independência orgânica** relativamente ao Tribunal e **temporalidade do seu mandato e equiparação funcional** aos funcionários superiores da ONU e aos agentes diplomáticos em matéria de imunidades e privilégios.

Com o Tribunal da ex-Jugoslávia a figura do Procurador adquire relevância autónoma, quer sob o ponto de vista orgânico, quer sob o funcional

e é assumida internacionalmente como um órgão indispensável para a investigação criminal. Já com o da Serra Leoa, o seu Estatuto sofre algumas alterações no que se refere à da sua nomeação (pelo Secretário-Geral da ONU), à dos Procuradores-Adjuntos (pelo Governo) e ao dos privilégios e imunidades diplomáticas que passa a ser regido pela Convenção de Viena do Direito Diplomático.

- c – **Concluindo:** Da evolução histórica da figura do Procurador desde o Tribunal de Nuremberga até ao da Serra de Leoa resulta que o seu Estatuto, acompanhando o aperfeiçoamento do processo jurídico-penal internacional, sofreu importantes e decisivas modificações que alteraram profundamente os seus fundamentos jurídico-dogmáticos e político-internacional. Agora esse Estatuto passa a ter como pilares fundamentais a **autonomia funcional jurídico-processual** relativamente ao Tribunal, aos Estados e demais autoridades internacionais, a **independência orgânica** relativamente ao Tribunal e a predefinição da **temporalidade do seu mandato** e a **equiparação funcional** aos funcionários superiores da ONU e aos agentes diplomáticos em matéria de imunidades e privilégios.

Mas, importa dizer que o modelo estatutário criado pelo Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia implica princípios jurídico-processuais que dominam toda a acção do Procurador, e que são o *princípio da legalidade*, que é o sobredeterminante, o *princípio da oficiosidade* e o *da objectividade*, princípios estes que, como se sabe, na opinião de Figueiredo Dias, integram o princípio geral da iniciativa processual. Para além disso, e talvez como consequência desses princípios, nesse modelo, o exercício da acção penal do Procurador não se encontra verdadeiramente submetido a controlo jurisdicional com todas as consequência que resultam desse facto, como de seguida veremos.

Concluindo, podemos assim dizer que o Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia criou uma nova figura e um novo modelo estatutário do Procurador, que indubitavelmente vai influenciar todo o processo de elaboração do Estatuto do Procurador do Tribunal Penal Internacional, como veremos de seguida.

IV – A figura e o Estatuto do Procurador no Tribunal Penal Internacional

1. Neste Tribunal o Estatuto orgânico-funcional e jurídico-processual do Procurador tem na sua base todo o *acquis* histórico da justiça internacional e, em especial, o dos Tribunais *ad hoc*. O novo Estatuto do Procurador no Tribunal Penal Internacional constitui, sem margens para dúvidas, um grande salto em frente na sua construção e na configuração dos seus poderes ou como, resumidamente se expressa Christoph Safferling na comparação que faz entre esses Estatutos, “the Rome Statute went a step further”.

Posto isto, podemos dizer que a figura e o Estatuto do Procurador no Tribunal Penal Internacional estão concretizados, entre outros, nos artigos 9.º, 13.º, 15.º, 17.º, 48.º, 53.º e 54.º do Estatuto deste Tribunal, sendo que no artigo 9.º se recorta a sua dimensão orgânico-funcional, no artigo 48.º se consagram os privilégios e imunidades internacionais de que goza, e nos restantes artigos a sua dimensão jurídico-processual. Numa ou noutra dimensão, o importante é realçar que ao Procurador é reconhecida independência autonomia orgânico-funcional e autonomia jurídico-processual, que lhe reconhece poder para, *ex officio*, abrir inquérito e *motu próprio* decidir não prosseguir com o inquérito, ordenando o seu arquivamento com respeito pelo cumprimento de certos deveres, ou recusar a abertura de inquérito com fundamento no facto de não servir os interesses da justiça – “*interest of the justice*” – o prosseguimento do processo ou de não haver razoável fundamento – “*reasonable basis*” – para crer que tenha havido crime da competência do Tribunal. Contudo, com vista a evitar o exercício arbitrário dos poderes que lhe são conferidos, esses poderes, como veremos, são exercidos com respeito pelos *princípios da legalidade, oficiosidade, objectividade* e da *oportunidade*, e por um conjunto de critérios objectivamente consagrados nos Estatutos e nas “Rules of Procedure” que são controlados pelo Tribunal. Assim, se afasta o receio que alguns países revelaram nas Conferências dos Plenipotenciários de a consagração de um Procurador independente e com poderes de iniciativa processual poder criar “Doctor Strangelove Prosecutor”.

2. Concluindo, podemos dizer que com o Estatuto do Tribunal Penal Internacional poderemos dizer que da ininterrupta evolução da figura e do Estatuto jurídico do Procurador internacional resultou uma radical modificação do seu conceito quer sob o ponto de vista dos poderes que lhe são conferidos, quer sob o da forma como deve exercê-los, o que contribuirá decisivamente para a credibilização e a crescente aceitação da justiça internacional e da legitimidade da sua acção no seio da comunidade internacional.

PARTE II

PAPERS RECEBIDOS

A violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável e os critérios determinantes da subsidiariedade do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Ana Aquilina Cunha Ribeiro¹

Os dias talvez sejam iguais para um relógio, mas não para um homem
Marcel Proust

SUMÁRIO: 1. O direito a uma decisão judicial num prazo razoável. 2. Da subsidiariedade do TEDH na apreciação da violação do direito. 2.1. Introdução. 2.2. Os critérios determinantes do esgotamento das vias de recurso internas. 2.3. Do carácter relativo da subsidiariedade do TEDH. 3. Síntese final.

1. O direito a uma decisão judicial num prazo razoável

À luz do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem², o Estado Português está vinculado à obrigação de garantir uma decisão judicial em tempo razoável, para além de uma série de outras diretrizes. Com efeito, esse é o verdadeiro fundamento legal que permite acionar a atividade do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos³ por violação desse mesmo direito dos cidadãos da União Europeia, não obstante ordinariamente se prever em Portugal uma solução normativa própria no nosso direito interno. De facto, o Regime

¹ Mestranda em Direito Judiciário, na Universidade do Minho

² Doravante CEDH ou Convenção.

³ Doravante TEDH.

da Responsabilidade Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas⁴ apenas prevê que internamente se possa demandar o Estado pela prática de factos ilícitos, numa concretização ordinária do art.º 22.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa⁵, mas é a violação do art.º 6.º da Convenção que permite aos cidadãos portugueses recorrerem à *Cour Européenne*; quer isto significar que ainda que a responsabilidade do Estado pela prática de factos ilícitos não estivesse prevista na Lei 67/2007, de 31 de Dezembro diploma, a Convenção vincularia o Estado Português ao cumprimento das suas normas, à luz do art.º 8.º da CRP. Na verdade, cabe aos Estados-Membros garantir internamente o cumprimento das normas previstas na convenção, pois a ela aderindo vêm-se investidos na pele de fiéis guardiões do seu cumprimento, operando o TEDH como um meio de *ultima ratio* na prevenção de tais direitos humanos⁶. Neste sentido, pode dizer-se que há uma certa identidade entre a responsabilidade por factos ilícitos do estado e a convenção, em termos de matéria sobre a violação do direito a uma decisão judicial em tempo razoável, se bem que o diploma nacional nada mais é do que o resultado da *obrigação* de tutela dos direitos fundamentais previstos na convenção^{7/8}. Este direito pode traduzir-se então numa garantia para as partes envolvidas numa ação judicial «o direito de obter do órgão jurisdicional competente uma decisão dentro dos prazos legais pré-estabelecidos, ou, no caso

⁴ Apontando críticas à nomenclatura do diploma, vide Alexandra LEITÃO, Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa, da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilicitude e presunção de culpa. [Disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/artigo-responsabilidade2.pdf>. [19-11-2015].

⁵ Doravante CRP ou CRP.

⁶ «*The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted*» - Ac. Handyside c. Reino Unido, de 07-09-1976, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/> [02-11-2015]. No mesmo sentido, vide Ireneu Cabral BARRETO, *A convenção europeia dos direitos do homem*. 5.ª Ed. revista e atualizada. Coimbra, Almedina, 2015, pp. 376-377.

⁷ «Quanto ao Direito Internacional, parece estarmos a assistir a um início da compreensão do problema pela nossa jurisprudência administrativa, quando ela tem admitido a responsabilidade do Estado por atraso da justiça parece que por violação directa do art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e não apenas por violação do art. 20.º, n.º 4, da Constituição (que, aliás, nos aparece desnecessariamente repetido no art. 20.º, n.º 5)», Fausto de QUADROS, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado – problemas gerais*. [Em linha], p. 6. Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutor-fausto-de/downloadFile/file/Fq.pdf?nocache=1210675906.12>. [18-11-2015].

⁸ No que tange às disparidades entre os regimes, vide Maria José Rangel de MESQUITA, *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da união europeia*, Coimbra, Almedina, 2009.

de esses prazos não estarem fixados na lei, de um lapso temporal proporcional e adequado à complexidade do processo»⁹.

Com efeito, o inadimplemento de uma decisão judicial em tempo razoável é hoje previsto como um ato ilícito por parte do poder judicial (art.º 12.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro), norma essa que veio revogar, por inconstitucionalidade superveniente, o antigo Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967¹⁰; esta nova lei veio contemplar explicitamente a responsabilidade extracontratual do Estado ao abrigo do art.º 20.º, n.º 4, e art.º 22.º da CRP, pois além do que a letra da lei sugere, os direitos previstos no art.º 20.º têm um sentido mais amplo do que aquele que inicialmente possa parecer¹¹. Todavia, aquela que parece sofrer mais violações a nível interno é, precisamente, o direito a uma decisão em tempo razoável.

Ora, «o atraso na decisão de processos judiciais, quando viola o direito a uma decisão em prazo razoável, é um facto ilícito, gerador de responsabilidade civil do Estado»¹², sendo que este tema tem revelado a sua importância ao longo do tempo uma vez que os cidadãos portugueses são confrontados com a realidade diária de constantes atrasos no sistema judiciário que impedem a prossecução da justiça e o acesso ao Direito. O resultado de tais atrasos são, em muitas ocasiões, fruto da própria deficiência no sistema judiciário, nomeadamente por falta de organização interna do Tribunal ou de recursos humanos. Todavia, casos há em que no uso o poder judiciário as questões processuais sejam apreciadas de forma bastante mecânica, impedindo que seja realizada justiça¹³; ou que as partes façam por protelar o processo propositadamente sem que o Juiz tome as diligências necessárias¹⁴.

⁹ Ac. do TCAN, proc. n.º 00064/10.9BELSB, de 12-10-2012, disponível em www.dgsi.pt [18-11-2015].

¹⁰ Maria José Rangel de MESQUITA, *O regime...*, cit., p. 9.

¹¹ De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira, estão simultaneamente consagrados a par o direito de ação ou acesso aos tribunais, o direito ao processo perante os tribunais, o direito à decisão da causa pelos tribunais e o direito à execução dessa mesma decisão. Vide J. J. Gomes CANOTILHO, Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada, artigos 1.º a 107.º*. Vol. I, 4.ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 414.

¹² Ac. do STA, proc. n.º 090/12, de 10-09-2014, disponível em www.dgsi.pt [15-11-2015].

¹³ A título exemplificativo, tal pode suceder-se quando o Juiz autoriza meios de prova requeridos por uma das partes sem apurar a necessidade daquele elemento probatório e se a dilação que tal trará ao processo é mesmo necessária.

¹⁴ «Existe uma cultura de astúcia, porventura mesmo do malabarismo processual, que legitima o recurso a todos os expedientes para obter vantagens, incluindo aqueles que em nada contribuam para a descoberta da verdade e equilíbrio das decisões» - António Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*. 3.ª Ed. revista, aumentada e atualizada à luz do código de processo civil de 2013, Coimbra, Almedina, 2014, p. 25.

2. Da subsidiariedade do TEDH na apreciação da violação do direito

2.1. Introdução

«*The European Court of Human Rights (ECtHR) is the crown jewel of the world's most advanced international system for protecting civil and political liberties*»¹⁵. Neste sentido, e com vista a conferir-se a tutela efetiva dos direitos previstos na convenção (art.º 29.º da CEDH), dispõe o art.º 32.º de tal diploma que a competência da *Cour* abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação das normas aí elencadas. Quer isto significar que o TEDH arroga-se competente para apreciar todas as questões aduzidas a pleito que digam respeito à violação de todo e qualquer direito ali previsto¹⁶.

Todavia, e como resulta do art.º 35.º desse mesmo diploma supra nacional, a *Cour* só pode ser solicitada a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recursos (ordinários) internas¹⁷. Tal exigência de exaustão dos recursos internos é regra de direito internacional consuetudinário reconhecida nas jurisdições internacionais (nomeadamente no Tribunal Internacional de Justiça), operando como uma forma de respeito à soberania dos estados membros, pois «o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considera que desempenha uma função subsidiária relativamente aos sistemas nacionais de proteção dos direitos do homem, sendo desejável que os tribunais nacionais tenham previamente a possibilidade de resolver as questões de compatibilidade do direito interno com a Convenção»^{18/19}. Como nos ensina a jurisprudência do TEDH, este tribunal «não pode, nem deve usurpar o papel do Estado contratante, cuja responsabilidade é assegurar que os direitos fundamentais e as liberdades aí consagradas [na convenção] são respeitadas e protegidas a um nível interno. A obrigação do esgotamento de recursos internos é assim uma parte indispensável do sistema de

¹⁵ Laurence R. HELFER, «Redesigning the European Court of Human Rights, Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime». *The European Journal of International Law*. Vol. 19, n.º 1, 2008, p. 125. [Em linha]. disponível em http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2591&context=faculty_scholarship [22-11-2015],

¹⁶ Com a exceção dos casos em que tenha havido reserva relativamente a qualquer disposição da Convenção. Neste sentido, *vide* Ireneu Cabral BARRETO, *A convenção...*, cit., p. 376.

¹⁷ Ireneu Cabral BARRETO, *A convenção...*, cit., p. 407.

¹⁸ «A lógica subjacente à regra do esgotamento das vias de recurso internas consiste em proporcionar às autoridades nacionais, em particular aos tribunais, a oportunidade de prevenir ou reparar as alegadas violações da Convenção» – European Court of Human Rights – *Guia prático sobre a admissibilidade*. [Em linha], 2011, p. 22. disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B7e12c345-df43-41aa-b3d3-a7b3d9c43b98%7D.pdf> [22-11-2015],

¹⁹ *Vide* nota de rodapé §5.

proteção. Os Estados estão isentos de responder diante um órgão internacional pelos seus atos antes de terem tido a oportunidade de resolver a questão através do seu próprio sistema legal, e aqueles que desejem apelar à supervisão jurisdicional do Tribunal quanto a queixas contra os Estado estão obrigados a usar primeiro os meios facultados pelo sistema legal nacional»²⁰.

2.2. Os critérios determinantes do esgotamento das vias de recurso internas

De forma muita imediata, esta leitura pode levar à conclusão de que para que a *Cour* se possa pronunciar pela violação das normas tuteladas pela convenção que o lesado se tenha que recorrer, em primeiro lugar, às vias jurisdicionais internas, pressupondo nesse sentido que essas mesmas vias de recurso à via jurisdicional *existam*. Todavia, tal não corresponde à verdade.

No mais recente acórdão que condenou o Estado Português ao pagamento de uma indemnização pela violação ao direito a uma decisão judicial em prazo razoável – o caso Valada Matos das Neves C. Portugal, de 29-10-2015 –, o TEDH fez salientar a necessidade de confirmação, *in casu*, de que aqueles recursos internos são não só *teóricos* mas também *práticos*. Considera a *Cour* então que nada impõe o uso de recurso que não são adequados nem efetivos na reparação desses direitos, pois nem eles próprios prosseguem com as determinações do art.º 6.º da Convenção²¹.

Posto isto, o TEDH tem vindo a estabelecer quatro elementos a verificar para se escarpelizar se existe tutela efetiva do direito à indemnização pela violação do direito a uma decisão em tempo razoável, a saber: 1) a própria ação de indemnização deve ser decidida dentro de um prazo razoável; 2) a tramitação dessa ação deve garantir o processo equitativo exigido pelo art.º 6.º da Convenção; 3) a obrigação de pagamento da indemnização deve ocorrer até 6 meses após o trânsito em julgado da decisão, devendo ser adequado o montante atribuído aos danos sofridos conforme as circunstâncias do caso e consoante o que é decidido em casos semelhantes; 4) as taxas de justiça não devem ser demasiado onerosas para os recorrentes.

²⁰ Ac. Sargsyan c. Azerbaijão, de 16-06-2015, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/> [25-11-2015]. Neste mesmo sentido, *vide* Ac. Burden c. Reino Unido, de 29-04-2008, [24-11-2015] e Ac. Valada Matos das Neves C. Portugal, de 29-10-2015 [02-11-2015], ambos disponíveis em <http://hudoc.echr.coe.int/>. Neste último, diz-se, «*La Cour ne saurait trop souligner qu'elle n'est pas une juridiction de première instance ; elle n'a pas la capacité, et il ne sied pas à sa fonction de juridiction internationale, de se prononcer sur un grand nombre d'affaires qui supposent d'établir les faits de base ou de calculer une compensation financière – deux tâches, qui, par principe et dans un souci d'effectivité, incombent aux juridictions internes*».

²¹ Neste sentido, Ireneu Cabral BARRETO, A convenção..., cit., p. 403.

Há assim uma exigência acrescida de que a garantia do direito violado seja efetivada pelo Tribunal interno que aprecia a violação do seu próprio Estado, tarefa que nem sempre se torna fácil de cumprir. Considere-se, desde logo que a apreciação do cumprimento destes requisitos há de estar sempre dependente das condições político sociais e económicas no Estado em questão, pelo que a regulamentação interna do mesmo varia conforme os tempos, as necessidades e as finanças da comunidade²². Por outro lado, e focando-nos em aspetos mais específicos, a necessidade de se questionar a efetividade do recurso parte desde logo do facto de que tanto o Tribunal de apreciação como o Tribunal “violador” se podem inserir num mesmo sistema e podem operar de forma similar, padecendo dos mesmos erros de organização. Neste sentido, procurando escarpelizar a capacidade e autonomia do Tribunal Administrativo para lidar com a questão, o respetivo estudo pode ser feito apreciando os seguintes pontos:

- A própria ação de indemnização deve ser decidida dentro de um prazo razoável

De acordo com a jurisprudência da *Cour*, a efetividade das vias jurisdicionais internas está diretamente dependente da própria capacidade do Estado-Membro em solucionar a querela, também ela, em tempo razoável²³. Não faz sentido assim forçar o queixoso a passar por novo calvário na ação de indemnização, se nem esse mesmo processo é idóneo a respeitar o direito que visa salvaguardar.

O TEDH não exclui a possibilidade, de forma a precaverem-se dessa de-longa, de que os próprios Estados-membros definam internamente normas que previnam esses efeitos dentro do próprio processo administrativo, como é o caso do direito italiano em que a ação indemnizatória não pode demorar mais do seis meses a ter a sua decisão proferida²⁴. Contudo, mesmo que tal situação ainda assim se verificasse no seio do processo de indemnização, não seria tão grave

²² Ireneu Cabral BARRETO, *A convenção...*, cit., p. 191.

²³ «O Tribunal sublinharia, contudo, que essa conclusão se aplica apenas na condição de uma acção para estabelecimento da responsabilidade não contratual por parte do Estado constituir ela própria uma solução eficaz, suficiente e acessível, no respeitante à morosidade excessiva dos processos judiciais. Consequentemente, seria desejável que os tribunais administrativos dedicassem especial atenção a tais acções, em particular no que respeita ao período de tempo dedicado à sua apreciação. Sem dúvida que não se pode excluir que os atrasos excessivos neste contexto terão efeito sobre se uma acção destinada a estabelecer responsabilidade é uma solução suficiente» – Ac. Paulino Tomás c. Portugal, disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7Bc5186190-b87a-4470-b036-767a081953b8%7D.pdf>. [26-11-2015]

²⁴ Vide Legge Pinto, durata ragionevole del processo ed equa riparazione (lei 89 de 24 de Março de 2001). Prescreve o art.º 4 o seguinte, «La domanda di riparazione può essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento è divenuta definitiva.».

caso o próprio Tribunal reconhecesse a sua própria falha e compensasse o ofendido em acréscimo àquilo que efetivamente lhe será a fim atribuído (e aqui, mais uma vez, se faz apelo ao exemplo italiano, que atribui uma quantia ao lesado a título de indemnização, *ex officio*, que é quantificada por cada período de 12 meses após o decurso daquele anterior prazo)²⁵. Por outras palavras, a demora do processo administrativo não será de grande relevo caso o Tribunal seja capaz de atribuir uma indemnização extra pelo seu próprio atraso, sem que com isso o ofendido tenha de se socorrer, mais uma vez, a reclamação judicial, sendo que caso tal se verifique será um ponto a favor da efetividade dos recursos internos.

- A tramitação dessa ação deve garantir o processo equitativo exigido pelo art.º 6.º da Convenção

Para que as vias jurisdicionais internas sejam ainda idóneas a garantir a efetividade do direito violado, torna-se necessário que o próprio Tribunal garanta um processo equitativo ao abrigo do art.º 6.º. Note-se desde já que aquilo que é da competência do tribunal não é fazer uma reapreciação das provas trazidas ao TEDH, mas tão-somente determinar o cumprimento de um processo justo com fundamento nas possibilidades dadas a cada uma das partes de ver a sua pretensão/resistência satisfeita²⁶. Por isso, vários elementos podem ser colhidos para a determinação da garantia de um processo equitativo, mas para o nosso caso em apreço faz-se alusão aqueles que se consideram mais relevantes para efeitos de tutela do direito mencionado, nomeadamente: o respeito ao caso julgado, ao contraditório e à independência do Tribunal, a necessidade de motivação da sentença e de considerações da subjetividade dos danos para os lesados. Estes pontos relativos à equidade do processo só pode assim ser estudadas casuisticamente e de acordo com o caso concreto, observando o processo no seu conjunto e nunca de forma abstrata²⁷.

Ora, universalmente a todos esses considerandos, o direito a um processo equitativo passa pela interpretação de tal conceito de acordo com o preâmbulo da convenção, que determina desde logo a observância do princípio da segurança das relações jurídicas, que visa concluir que, entre outros aspetos, deve ser atribuída solução definitiva a todo o litígio, consolidando o caso julgado²⁸.

²⁵ Art.º 2-bis, n.º 1, da *Legge Pinto*, «*Il giudice liquida a titolo di equa riparazione una somma di denaro, non inferiore a 500 euro e non superiore a 1.500 euro, per ciascun anno, o frazione di anno superiore a sei mesi, che eccede il termine ragionevole di durata del processo*».

²⁶ Ac. H.F. c. Eslováquia, de 08-11-2005, [29-11-2015] disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/>, «*La Cour rappelle qu'elle n'a pas pour tâche de substituer sa propre appréciation des faits et des preuves à celle des juridictions internes, sa tâche étant de s'assurer que les moyens de preuve ont été présentés de manière à garantir un procès équitable*». Ireneu Cabral BARRETO, *A convenção...*, cit., p. 147 e ss.

²⁷ Ireneu Cabral BARRETO, *A convenção...*, cit., p. 169.

²⁸ Ireneu Cabral BARRETO, *A convenção...*, cit., pp. 168-169.

Esse Tribunal deve ainda ser imparcial e independente, pelo que essas qualidades devem incidir, *a priori*, sobre as restrições ilegítimas ao exercício dos direitos dos lesados: não deve o Tribunal Administrativo, em caso algum, denegar o exercício dos seus direitos processuais e fundamentais, nomeadamente denegando-se o direito de ação (mediante a violação de qualquer dos princípios que o constituem). Por outro lado, estas qualidades do próprio julgador são um requisito “embrionário” de todo e qualquer processo, em que este deve exercer as suas funções, objetiva e subjetivamente, de forma independente e imparcial²⁹.

Por outro lado, deve ver-se salvaguardado o direito ao contraditório e à igualdade de armas. Com efeito, a efetividade do direito de acesso aos tribunais exige que se goze da possibilidade clara e concreta de contestar um ato que constitua uma ingerência nos seus direitos³⁰, bem como ser facultada a possibilidade de estabelecer-se uma audiência contraditória³¹ e ainda a igualdade de armas quanto ao ónus da prova a impugnação dos elementos que dão sustento aos factos aduzidos pela contraparte³². É necessário também que o Tribunal Administrativo que aprecia a responsabilidade do Estado estude as peças processuais aduzidas por ambas as partes, sob pena da violação do direito a que a causa seja examinada pelo Tribunal³³; todos aqueles que se sentem violados no seu direito a uma decisão em tempo razoável devem ter, por isso, direito a que a sua causa seja apreciada pelo Tribunal nacional.

²⁹ «A imparcialidade do juiz pode ser vista de dois modos, numa aproximação subjetiva ou objetiva. Na perspetiva subjetiva, importa conhecer o que o juiz pensava no seu foro íntimo em determinada circunstância; esta imparcialidade presume-se até prova em contrário. Mas esta garantia é insuficiente; necessita-se de uma imparcialidade objetiva que dissipe todas as dúvidas ou reservas, porquanto mesmo as aparências podem ter importância de acordo com o adágio do direito inglês *justice must not only be done; it must also be seen to be done*. Deve ser recusado todo o juiz de quem se possa temer uma falta de imparcialidade, para preservar a confiança que, numa sociedade democrática, os tribunais devem oferecer aos cidadãos» – Ac. do TC n.º 935/96, de 10-07-1996, [02-12-2015], disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

³⁰ Ac. Benefício Cappella Paolini c. S. Marino, de 13-07-2004, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/> [29-11-2015].

³¹ Quando devam ser esclarecidos pontos de facto num processo deve haver sempre audiência contraditória. Neste sentido, *vide* os Ac. Fredin c. Suécia, de 23-02-1994, §22; Ac. Hellborg c. Suécia, de 28-02-2006, §56; Ac. Martinie c. França, de 12-04-2006, §40, disponíveis em <http://hudoc.echr.coe.int/> [10-11-2015].

³² «O cumprimento do princípio do contraditório não se reporta, pelo menos essencial ou determinantemente, às normas que o juiz entende aplicar, nem à interpretação que delas venha a fazer, mas antes aos factos invocados e às posições assumidas pelas partes» – Ac. do TRC, proc. n.º 572/11.4TBCND.C1, de 13-11-2012, disponível em www.dgsi.pt.

³³ Ac. Ganci c. Itália, de 30 de Outubro de 2003 e Ac. Salov c. Ucrânia, de 06-09-2005, disponíveis em <http://hudoc.echr.coe.int/> [29-11-2015]. Quanto a este último, transcreve-se, «*The Court reiterates that the principle of equality of arms is only one feature of the wider concept of a fair trial, which also includes the fundamental right that proceedings should be adversarial*».

Do mesmo modo, importa assegurar no âmbito de tal processo o direito à fundamentação da sentença³⁴. De facto, a fundamentação em geral é um dos elementos fundamentais da sentença para que se dê cumprimento a um Estado de Direito, servindo como um instrumento de *legitimação* da decisão, como garantia do direito ao recurso e a possibilidade de conhecimento mais autêntico pelo tribunal de recurso³⁵; tal dever determina não só como a motivação que leva à decisão, ou seja, as razões por trás da sua determinação, mas também como uma justificação, traduzida na exposição dos pressupostos de facto e de direito que conduziram àquela tomada de decisão³⁶.

Numa outra perspetiva, «para apreciar o carácter adequado e equitativo dum processo é necessário ter em conta este no seu conjunto assim como a gravidade do que está em causa para o requerente»³⁷. Quer isto dizer que o Tribunal Administrativo que aprecia o processo tem ainda de tomar em consideração a relevância da discussão da causa principal para a vida do lesado. Tome-se em consideração que, por exemplo, a delonga num processo de determinação da paternidade sair-se-á, em princípio, muito mais prejudicial para o lesado do que outros processos de cariz patrimonial, na medida em que tais questões interagem com o íntimo do demandante e com a sua formação da personalidade.

³⁴ Neste sentido, *vide* Ac. Hentrich c. França, de 22-09-1994, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/> [29-11-2015], «each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent (see the *Dombo Beheer B.C. c. the Netherlands* judgment of 27 October 1993, Series A no. 274, p. 19, para. 33). In the instant case, the proceedings on the merits did not afford the applicant such an opportunity, on the one hand, the tribunals of fact allowed the Revenue to confine the reasons given for its decision to exercise the right of pre-emption to stating “the sale price declared in the contract of sale [is] too low” (see paragraphs 9 and 15 above) - reasons that were too summary and general to enable Mrs Hentrich to mount a reasoned challenge to that assessment».

³⁵ Ac. do TRC, proc. n.º 319/06.7TASPS.C2, de 19-11-2004, disponível em www.dgsi.pt, «Assim, a fundamentação da decisão deve obedecer a uma lógica de convencimento que permita a sua compreensão pelos destinatários, mas também ao tribunal de recurso».

³⁶ J.J. Gomes CANOTILHO, Vital MOREIRA, *Constituição...*, *cit.*, p. 825. No mesmo sentido, Ac. do TRG, proc. n.º 930/11.4GAFAG1, de 09-09-2013, disponível em www.dgsi.pt, «A fundamentação da decisão tem uma dupla finalidade, por um lado, permite ao comum cidadão que leia a decisão da matéria de facto, conhecer os motivos que determinaram a formação da convicção do julgador em certo sentido, de tal modo a ficar convencido, ou não, que foi a decisão correta; por outro lado, sob uma perspetiva intraprocessual, consente a reapreciação da decisão em sede de recurso e, para a poder reapreciar, o tribunal ad quem tem de conhecer o processo lógico que lhe serviu de suporte, de modo a poder concluir se na decisão posta em causa, se seguiu um raciocínio lógico na apreciação das provas, se a decisão sobre a matéria de facto não foi arbitrária».

³⁷ «Par ailleurs, il est important de veiller à ce que l'équité soit apparente dans l'administration de la justice. Pour apprécier le caractère adéquat et équitable d'une procédure, il convient de prendre en considération l'ensemble de celle-ci ainsi que la gravité de l'enjeu pour le requérant» - Ac. H.F. c. Eslováquia, de 08-11-2005, já mencionado.

- A obrigação de pagamento da indemnização deve ocorrer até 6 meses após o trânsito em julgado da decisão, devendo ser adequado o montante atribuído aos danos sofridos conforme as circunstâncias do caso e consoante o que é decidido em casos semelhantes

Como sabemos do nosso direito interno, «quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação» – art.º 562.º do Código Civil. É no decurso desta máxima universal que se pode considerar que o direito só se encontra efetivamente reparado (ou pelo menos compensado, no caso que se analisa) quando a reconstituição em causa ou o valor da indemnização seja efetivamente atribuído ao lesado, pois a sua satisfação não é alcançada pelo mero reconhecimento da existência do mesmo e da respetiva violação.

Ora, o que daqui se extrai é que o próprio TEDH, além de tomar em consideração todos os aspetos atinentes ao processo judicial em si, tem ainda em consideração os efeitos ulteriores do reconhecimento do direito nesse próprio processo, nomeadamente quanto à execução da sentença proferida. Assim, do mesmo modo que o próprio processo indemnizatório não se deve alongar também ele por período excessivo, a indemnização também não deve tardar sob pena de protelar indefinidamente a *efetivação* do direito. No que toca à indemnização propriamente dita, as circunstâncias do caso serão ainda determinantes para calcular o valor da indemnização, se bem que ao abrigo do princípio da igualdade deve atender-se aos casos semelhantes e ao montante aí atribuído, de forma a permitir aos Tribunais nacionais guiarem-se pela jurisprudência do TEDH³⁸.

- As taxas de justiça não devem ser demasiado onerosas para os recorrentes;

Por último, e no âmbito das questões relativas às custas com o processo, entende o Tribunal Europeu que as mesmas não podem ser demasiado onerosas para o lesado, uma vez que tal pode conduzir a um entrave gravíssimo na reclamação dos seus direitos. Nestes termos, a taxa de justiça a pagar pela ação de indemnização pela responsabilidade extracontratual do Estado não pode ser demasiado elevada ao ponto de constituir ela própria um óbice na instauração da ação por falta de meios económicos do interessado.

O TEDH considera, todavia, que ainda que se considere a existência de uma taxa de justiça, haverá um recurso efetivo caso o Estado confira apoio ju-

³⁸ Certo é que os tribunais nacionais têm de interpretar a CEDH de acordo com a jurisprudência do TEDH, uma vez que a sua doutrina tem uma função de definir não só o litígio para as partes em conflito mas também para definir uma linha orientadora e clarificadora das disposições lá elencadas. Neste sentido, *vide* Ireneu Cabral BARRETO, *A convenção... cit.*, pp. 376-377.

diciário a quem esteja economicamente mais necessitado, bem como o pagamento ao autor, a final, de custas processuais³⁹.

2.3. Do carácter relativo da subsidiariedade do TEDH

Feita esta breve abordagem, podemos assim hoje conhecer um pouco melhor os critérios que ajudam a determinar a se as vias judiciais internas estão devidamente adaptadas para se fazer ajuizar sobre esse direito com justiça. No entanto, casos variados podem existir em que, *ainda que haja um recurso efetivo no seio do sistema judiciário nacional e o lesado a ele não recorra*, o Tribunal abre exceções e “desconsidera” as exigências postuladas na sobredita norma, uma vez que o art.º 35.º não opera de forma imediata⁴⁰.

Tal pode acontecer, desde logo, pelo facto de não ser ao TEDH a quem incumbe apurar, *ex officio*, o esgotamento das vias internas, cabendo sim aos Estados deduzir exceção fundada nesse elemento⁴¹, podendo fazê-lo até ao fim da decisão sobre a admissibilidade da ação em juízo; só factos e circunstâncias supervenientes podem ser aproveitados após tal momento para reverter a decisão da *Cour*⁴². Por outro lado, caso subsista alguma dúvida por o Tribunal não conseguir escalpelizar se foram esgotados os recursos internos, o mesmo deve admitir a queixa apresentada⁴³.

Há ainda uma outra perspetiva, numa exceção mais notória àquele art.º 35.º: nos casos em que se aprecia a questão da violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, e atentas as circunstâncias do caso, pode o Tribunal Europeu ultrapassar a questão relativa à exaustão prévia dos recursos internos – note-se que no caso Valada das Neves, o Tribunal considerou que, ainda que os Tribunais Administrativos hoje apresentassem legislação demonstrativa de melhores garantias quanto ao cumprimento daqueles critérios definidos, não seria

³⁹ Ac. Valada Matos das Neves c. Portugal, de 29-10-2015, disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/\[05-11-2015\]](http://hudoc.echr.coe.int/[05-11-2015]), §85 e 86.

⁴⁰ Ac. Valada Matos das Neves c. Portugal, já mencionado, «*Par ailleurs, la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'accommode pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu*».

⁴¹ Ac. Olsson c. Suécia (n.º 1), de 24-03-1988, [30-11-2015] disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/>, «*The Commission replied that it had followed its constant practice of considering the facts of the case as they stood at the time of the establishment of its report and that, during the course of its proceedings, the Government had not pleaded a failure to exhaust domestic remedies in respect of any of the said decisions*».

⁴² Ireneu Cabral BARRETO, *A convenção...*, cit., pp. 405-406. Tal não impede, todavia, que diante do Tribunal Pleno a exceção possa ser invocada com sucesso.

⁴³ Foi o que sucedeu com o Ac. Aydin c. Turquia, de 25-09-1997, [30-11-2015] disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/>.

justo impor-lhes o recurso a essa mesma via por não existirem certeza, à data da interposição da queixa, de que o seu funcionamento prático seria efetivamente garantístico daqueles pontos⁴⁴.

Do mesmo modo, o TEDH também não força as partes a recorrerem a essas vias internas sempre que se vislumbra que, *a priori*, e independentemente do preenchimento daqueles requisitos, a jurisprudência nacional está “pré-estabelecida” e tende a atribuir insucesso aos recursos apresentados⁴⁵.

3. Síntese final

Com o desenvolvimento deste estudo foi permitido conhecer-se alguns dos aspetos práticos relativos à questão da efetividade dos recursos internos que os Estados-Membros devem conferir aos seus cidadãos, para que se tome de forma mais consciente as opções de recurso que se encontrem à disposição dos lesados no caso da violação deste direito em particular. Longas são, todavia, as ilações que se pode retirar da interpretação do art.º 3.º da CEDH diante de outros atos ilícitos, e que comportam também elas outras especificidades e *nuances*.

Todavia, da presente investigação pôde extrair-se também uma relevante característica do TEDH: a de que este se pauta por um profundo sentimento de justiça em que a burocracia e a tramitação para estabelecida previamente é existente e necessária, mas não *essencial*; o que se verifica é que a definição dos termos legais sobre os quais deve ser interposto o direito de queixa ao TEDH vêm auxiliar a prossecução da sua finalidade, mas não tem em vista fazer observar um cumprimento escrupuloso sob pena de se estrangular aquele mesmo sentimento que o Direito visa proteger. Tal característica é assim de louvar pois antes de qualquer critério de igualdade formal deve a atuação de qualquer Tribunal pautar-se por uma *igualdade material* e por um *juízo equitativo*. Neste sentido, devem os lesados ter especial cuidado a alegar, invocar e demonstrar diante do TEDH as injustiças de que são alvo, e devem fazê-lo da melhor forma que lhes for possível, tanto quando invocam a violação do direito a uma decisão em prazo razoável como a violação de qualquer outro direito.

⁴⁴ Ac. Valada Matos das Neves c. Portugal, já mencionado, «(...) *il ne serait pas équitable d'opposer une voie de recours nouvellement intégrée dans le système juridique d'un État contractant aux individus qui se portent requérants devant la Cour, avant que les justiciables concernés n'en aient eu connaissance de manière effective*». Vide ainda o Ac. Aksoy c. Turquia, de 18-12-1996, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/> [30-11-2015], «*there is no obligation to have recourse to remedies which are inadequate or ineffective. In addition, according to the "generally recognised rules of international law" to which Article 26 (art. 26) makes reference, there may be special circumstances which absolve the applicant from the obligation to exhaust the domestic remedies at his disposal.*».

⁴⁵ Ireneu Cabral BARRETO, *A convenção...*, cit., p. 408.

A violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável e os critérios determinantes da subsidiariedade do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
Ana Aquilina Cunha Ribeiro

Responsabilidade Global, pequenos contributos nacionais – a contratação pública verde

Ana Rita Carneiro¹

Sumário: I. Desenvolvimento Sustentável – responsabilidade global. II. Contratação pública verde – pequeno contributo nacional. III. Momentos ambientalmente sustentáveis no procedimento de formação de um contrato público. IV. Reflexões finais. Enumeração final de fontes.

I. Desenvolvimento Sustentável – responsabilidade global

O laço ente o desenvolvimento, enquanto fenómeno mundial de integração económica, social, cultural, política e, acrescentamos, ambiental, e a globalização é inquebrável.

Cedo assistimos à degradação do meio ambiente em prol do crescimento económico². A necessidade de proteção ambiental foi durante muito (e demasiado) tempo ignorada, quer a nível nacional, quer a nível internacional. Paralelamente ao crescimento e consumo económico alimentados pela reserva natural que, de modo insustentável³, diminuía, os danos ambientais aumentavam. Motivos nacionais, danos ambientais globais⁴.

¹ Mestre em Direito Administrativo pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Vejamos a título de exemplo as revoluções industriais.

³ A organização não governamental *Global Footprint Network* calcula o dia em que a nossa pegada ecológica excedeu a capacidade anual do planeta, 1993 - 21 de outubro; 2003 - 22 de setembro; 2013 - 20 de agosto; 2015 - 13 de agosto. Disponível em http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/earth_overshoot_day/ [29-11-2015].

⁴ Carla Amado GOMES, «Consumo sustentável, ter ou ser, eis a questão...», *Revista do Ministério Público*, 137, outubro, dezembro 2013, p.31.

A história alertou as nações para a insustentabilidade do consumo – as duas crises petrolíferas dos anos 1970 e a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo, 1972⁵).

Mais tarde, novo aviso e compromisso internacionais na Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Relatório *Our Common Future* (O Nosso Futuro Comum), que trazem consigo a definição de desenvolvimento sustentável: «*desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais*»⁶. No Relatório de BRUNDTLAND é reafirmada a censura ao modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados e o atual consumo excessivo de recursos naturais, com especial destaque para os não renováveis.

Num roteiro de compromissos internacionais para a proteção do ambiente e a promoção do desenvolvimento sustentável avançamos para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio - 92). Um programa aceite por 179 governos – Agenda 21 – atentava para os perigos da continuidade do consumo insustentável, desenhado estratégias e medidas para travar e arresar os efeitos da degradação ambiental, apelando a um desenvolvimento compatível com o meio ambiente.

Dez anos volvidos do Rio - 92, na Conferência de Joanesburgo (Rio + 10), renovam-se as preocupações ambientais originadas pelo consumo e pela produção, enfatizando-se as necessidades de participação democrática nas políticas de desenvolvimento sustentável e de cooperação internacional na execução das mesmas.

Surge em 1997⁷, o primeiro tratado jurídico internacional quase global, que pretende limitar as emissões quantificadas de gases com efeito de estufa – o Protocolo de Quioto.

⁵ Neste mesmo ano procede-se à criação do Programa das Nações Unidas para o Ambiente (PNUA).

⁶ Sublinhados nossos. Gro Harlem BRUNDTLAND, *Nosso Futuro Comum*, Rio de Janeiro, Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 49.

⁷ Elaborado na III Conferência das Partes da UNFCCC (COP-3), em 1997, o Protocolo de Quioto apenas entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005.

A Rio + 20 realiza-se em 2012, novamente na cidade do Rio Janeiro, contribuindo para a definição das agendas das décadas futuras relativamente ao desenvolvimento sustentável, examinando-se o papel da economia verde⁸.

Atualmente a 21.^a Conferência do Clima (COP 21) realiza-se em Paris e tem como objetivo principal costurar um novo acordo entre os países para a diminuição da emissão dos gases com efeito de estufa. Resta-nos aguardar pelas suas conclusões.

A proteção ambiental é uma responsabilidade global, pequenos contributos nacionais, como a contratação pública verde, fazem a diferença.

II. Contratação Pública Verde – pequeno contributo nacional

A contratação pública e a sua tradicional visão⁹ – um contrato para satisfazer uma necessidade – sem nenhum outro propósito está ultrapassada. O contrato público já não é visto como um fim em si mesmo, mas sim como um auxiliar no cumprimento de variados objetivos.

Destarte, além de satisfazer o interesse público, a contratação pública prossegue outros objetivos sociais comuns¹⁰, sejam eles ambientais ou sociais.

⁸ Vejamos os compromissos e conclusões a propósito desta *nova* economia, ponto 59 - «We view the implementation of green economy policies by countries that seek to apply them for the transition towards sustainable development as a common undertaking, and we recognize that each country can choose an appropriate approach in accordance with national sustainable development plans, strategies and priorities» e ponto 60 - «We acknowledge that green economy in the context of sustainable development and poverty eradication will enhance our ability to manage natural resources sustainably and with lower negative environmental impacts, increase resource efficiency and reduce waste» - documento gerado com as conclusões e compromissos da Rio + 20 – *The Future We Want* – Disponível em http://www.un.org/disabilities/documents/rio20_outcome_document_complete.pdf. [29-11-2015].

⁹ «[M]eio de aprovisionamento e satisfação das necessidades de funcionamento da máquina administrativa dos Estados» - Cláudia VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.32.

¹⁰ Expressão utilizada pela Comissão Europeia em, Comissão Europeia, Livro Verde «sobre a modernização da política de contratos públicos da UE. Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa», Bruxelas, COM (2011) 15 final, de 27 de janeiro de 2011, p. 4. Disponível em WWW, <URL, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX.52011DC0015&qid=1449096174066&from=EN>. [Consultado em 30 de novembro de 2015].

A contratação pública verde (CPV) é a atualidade, com preocupações passadas, mas com angústias relativas ao futuro. Não podemos olvidar, a dimensão económica que este setor representa - 19% do PIB interno da UE¹¹.

Cúmplices com a carência do desenvolvimento sustentável os contratos públicos *amigos do ambiente* constituem-se como «*instrumento básico para el cambio en el modelo productivo mediante la imposición de câmbios que contribuyan a mejorar el médio ambiente, los derechos sociales o incluso la propia sustentabilidad económica de las Administraciones públicas*»¹². Ou seja, caminhamos para um mercado responsável – «[l]a integración de consideraciones ambientales es un elemento esencial para la configuración de un mercado público responsable, que excluya a las empresas que no internalizan sus costes ambientales, incumpliendo los estándares legales *comunitarios de protección ambiental*»¹³ – aumentamos a velocidade e vamos transpondo barreiras de equilíbrio com outros fins e princípios do mercado único europeu.

A Comissão Europeia, através da sua Comunicação «Contratos Públicos para um ambiente melhor»¹⁴ esmiúça o que será a CPV: «processo mediante o qual as autoridades públicas procuram adquirir bens, serviços e obras com um impacte ambiental reduzido em todo o seu ciclo de vida, comparado com bens, serviços e obras com a mesma função primária que seriam de outro modo adquiridos»¹⁵.

A versão nacional da definição de CPV surge pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 65/2007 de 7 de maio de 2007 - «[e]ntende-se por *compras públicas ecológicas a integração de critérios ambientais no processo de contratação pública de aquisição de bens, prestação de serviços e nas empreitadas, visando a identificação e possível escolha de produtos ou serviços com um melhor desempenho ambiental*»¹⁶.

¹¹ Comissão Europeia, *Comprar ecológico! Manual de contratos públicos ecológicos*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2011, p. 5.

¹² J. José PERNAS GARCÍA, *Contratación Pública Verde*, Madrid, LA LEY, 2011, pp. 13 e ss.

¹³ J. José PERNAS GARCÍA, *Contratación Pública... op. cit.*, p. 32.

¹⁴ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Contratos públicos para um ambiente melhor*. COM (2008) 400 final. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0400&qid=1449096869942&from=EN>. [30-11-2015].

¹⁵ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Contratos públicos para um ambiente melhor*. COM (2008) 400 final, p. 6. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0400&qid=1449096869942&from=EN>. [30-11-2015].

¹⁶ Resolução do Conselho de Ministros n.º 65/2007, de 7 de maio de 2007, p. 2976.

Numa enumeração breve e reduzida destacamos as vantagens da CPV: a adoção da análise dos custos do ciclo de vida do bem, serviço ou obra permitem uma poupança económica, seja pelas poupanças energéticas, por exemplo, seja pelos diminutos custos do ciclo de vida¹⁷; a capacidade de influenciar o mercado a adotar novos padrões de produção e consumo; incentivo da inovação; dupla eficiência da contratação pública, isto é, satisfação do interesse público e a possibilidade de adjudicar os contratos públicos ao desenvolvimento de outras políticas públicas e por fim, o auxílio no cumprimento de metas (como a redução das emissões dos gases com efeito de estufa) e compromissos (como a Agenda 21 e o Protocolo de Quioto) internacionais¹⁸.

Não podemos avançar sem olharmos primeiramente o panorama europeu. O Ato Único Europeu eleva a proteção e ação ambiental a direito primário, *constitucionalizando-as*¹⁹. Desde então, a produção normativa europeia aumentou exponencialmente. Atualmente, presentes no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, artigos 11.º e 191.º do Tratado do Funcionamento do União Europeia e no artigo 37.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a proteção ambiental (com destaque para o princípio da integração) e o desenvolvimento sustentável fazem parte da missão e objetivos europeus.

Inicialmente, a UE atenta as fases da vida dos produtos com um grande impacto ambiental²⁰ e, como tal necessitam de um tratamento especial para reduzir os efeitos nocivos no ambiente.

¹⁷ Vejamos o exemplo da aldeia de Montesinho, em Bragança, que se tornou a primeira região do Norte de Portugal, com iluminação pública LED, que vai permitir uma poupança anual de 1.500 euros e uma redução de 65 por cento no consumo de energia. Com um investimento na ordem dos 2.400 euros, o município substituiu as 48 lâmpadas da iluminação pública pela nova tecnologia LED, *amiga do ambiente* que não necessita de manutenção durante 15 anos; ou a cidade de Gondomar que nas iluminações natalícias utilizou mais de 14 mil lâmpadas LED, em vez das tradicionais lâmpadas.

¹⁸ A opção de uma entidade adjudicante por veículos elétricos, em detrimento dos tradicionais veículos movidos a combustíveis fósseis, para a renovação da sua frota, reduz drasticamente as emissões de gases poluentes para a atmosfera.

¹⁹ Expressão utilizada por Alexandra ARAGÃO, «Artigo 37º Proteção do ambiente», in Alessandra Silveira / Mariana Canotlho (coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 447.

²⁰ Vg. Diretiva 91/157/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de março; Diretiva 94/62/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de dezembro; Diretiva 2000/53/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro; Diretiva 2002/96/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de janeiro de 2003. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre «o Plano de Acção para um Consumo e Produção Sustentáveis e uma Política Industrial Sustentável», COM (2008) 397 final, Bruxelas, 16 de julho de 2008.

No Direito europeu da contratação pública as primeiras Diretivas pre-ocupam-se com a liberalização e regulação do mercado comum²¹. Apenas existe uma referência direta à possibilidade de integração de considerações ambientais nos contratos públicos nas Diretivas 2004/ 17/CE e 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004. Até então, as entidades adjudicantes podiam contratar de forma *amiga do ambiente* através dos elencos exemplificativos, que não proibiam a inclusão de referências e exigências ambientais nos procedimentos de formação dos contratos públicos.

Ainda no panorama histórico europeu outros dois *atores*, no âmbito da CPV, merecem destaque. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) com os acórdãos *Beentjes*²² *Concordia Bus*²³ e *EVN*²⁴, um acervo vanguardista de arestos, que dirimam conflitos relacionados com a possibilidade de inclusão de considerações ambientais (e sociais), isto é, sem tradução direta e imediata económica, nos contratos públicos.

Relativamente à Comissão Europeia afigura-se-nos possível identificar dois momentos na sua atividade, no que toca à CPV – um primeiro momento como *guardião do mercado único* e um segundo momento de *ecologização*. No seu primeiro momento destacamos as variadas intervenções retráidas, quanto à possibilidade de inclusão de considerações ambientais (e sociais) nos contratos públicos, divergindo do TJUE, quanto aos requisitos para tal. É relevante a diferente visão das duas instituições da UE no que concerne à instrumentalização dos contratos públicos de quais os limites das *sinergias*²⁵ entre políticas.

²¹ «1.ª fase, As directivas de liberalização, constituindo a 1ª regulação em matéria de contratação pública, remontando aos anos 70; 2.ª fase, As diretivas de aprofundamento e coordenação, constituindo a 2.ª sequência de regulação neste domínio; 3.ª fase, As directivas garantias ou recursos, destacando-se um novo desiderato na regulamentação comunitária em matéria de contratação pública; 4.ª fase, As directivas de consolidação e sistematização, correspondendo a uma 4.ª geração de directivas» – Isabel Celeste M. FONSECA, *Direito da Contratação Pública – Uma Introdução em Dez aulas*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 76-77.

²² Acórdão do TJ, de 20 de setembro de 1988, processo 31/87, *Gebroeders Beentjes BV / Estado dos Países Baixos*. O acórdão *Beentjes* abre a porta à inclusão de considerações não económicas, neste caso sociais, no procedimento de formação do contrato. Destacamos neste âmbito os acórdãos de 28 de março de 1995, processo C-324/93, *The Queen / Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd e Macfarlan Smith Ltd.* e de 26 de setembro de 2000, processo C-225/98, *Comissão das Comunidades Europeias / República Francesa*.

²³ Acórdão do TJ, de 17 de setembro de 2002, processo C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab, anteriormente Stagecoach Finland Oy Ab / Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne*.

²⁴ Acórdão do TJ, de 4 de dezembro de 2003, processo C-448/01, *EVN AG e Wienstrom GmbH / Republik Österreich*.

²⁵ Expressão utilizada na Comunicação da Comissão Europeia «Os Contratos Públicos na União Europeia», COM (1998) 143 final. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998DC0143&qid=1449097387913&from=EN> [29-11-2015].

O Livro Verde «Os contratos públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro», COM (96) 583, de 27 de novembro de 1996 e na Comunicação da Comissão Europeia «Os Contratos Públicos na União Europeia», COM (1998) 143 final, de 11 de março de 1998 reflete a proteção do mercado único – «o objectivo da contratação pública é essencialmente económico»²⁶.

A *ecologização* das atividades da Comissão é notável com a aprovação das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE refletindo-se nas comunicações que se seguiram²⁷.

A linha de pensamento europeia está desenhada a longo prazo, as políticas de hoje pensam no amanhã. A estratégia Europa 2020²⁸, lançada em 2010, esboça o plano futuro para os próximos dez anos da União e dos Estados-Membros, no que se refere ao seu crescimento e saída inteligente da crise, apontando novos rumos como o crescimento sustentável e inclusivo.

A CPV não foi posta de parte, aliás, foi chamada à posição de protagonista. Se a sua importância havia sido evidenciada pela primeira vez na Comunicação da Comissão sobre Política Integrada de Produtos²⁹, em 2001, recomendando que os Estados-Membros lançassem mão de planos de ação nacionais para CPV, na Estratégia Europa 2002 têm reservado um dos papéis principais.

Nascida num período de pernicioso crise económica, a Comissão colocou o ênfase no novo crescimento económico que se adivinha, devendo o mesmo ser:

- *Crescimento inteligente: desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação.*

- *Crescimento sustentável: promover uma economia mais eficiente em termos de utilização dos recursos, mais ecológica e mais competitiva.*

²⁶ Comunicação da Comissão Europeia «Os Contratos Públicos na União Europeia», COM (1998) 143 final, p. 28. Disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX_51998DC0143&qid=1449097387913&from=EN [29-11-2015].

²⁷ Com especial referência para a Comunicação da Comissão COM (2008) 400 final e Comissão Europeia, Livro Verde COM (2011) 15 final.

²⁸ Comunicação da Comissão Europeia «Europa 2020. Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo», COM (2010) 2020 final. Disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX_52010DC2020&qid=1449097535527&from=EN. [Consultado em 30 de novembro de 2015].

²⁹ Comissão Europeia, Livro Verde «sobre a política integrada relativa aos produtos», COM (2001) 68, Bruxelas, de 7 de janeiro de 2001.

- *Crescimento inclusivo: fomentar uma economia com níveis elevados de emprego que assegura a coesão territorial e social*³⁰.

Os compradores públicos terão um papel fundamental no alcance destas metas, recorrendo ao seu poder de compra para contratar bens, serviços ou obras inovadoras, ecológicas, com baixos níveis de consumo energético e como reduzidas emissões de carbono e outros gases poluentes.

O resultado destes trabalhos europeus interligar-se-á ao «crescimento sustentável», onde se propõe «uma economia sustentável, competitiva e em que os recursos sejam utilizados de forma eficiente (...) incluindo as tecnologias «verdes». (...) Esta abordagem ajudará a UE a prosperar num mundo hipocarbónico e de recursos limitados, impedindo ao mesmo tempo a degradação ambiental, a perda de biodiversidade e uma utilização insustentável dos recursos»³¹.

Na mesma senda surgem as novas Diretivas da contratação pública – Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Apelidamos estas Diretivas como *caixa de ferramentas*, pois oferecem às entidades adjudicantes um conjunto de antigas, mas reformadas *ferramentas*³² para a prossecução da CPV.

Em jeito de síntese, a opção da entidade adjudicante na hora de contratar um bem, serviço ou obra em incluir considerações ambientais é um pequeno contributo para a grande responsabilidade e tarefa do desenvolvimento sustentável.

³⁰ Comunicação da Comissão Europeia «Europa 2020. Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo», COM (2010) 2020 final, p. 5. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&qid=1449097535527&from=EN>. [30-11-2015].

³¹ Comunicação da Comissão Europeia «Europa 2020. Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo», COM (2010) 2020 final, p. 17. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&qid=1449097535527&from=EN>. [Consultado em 30 de novembro de 2015].

³² Foram várias as frentes de avanço das novas Diretivas. Destacamos, portanto, apenas algumas das suas novidades, o artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, relativo às aos princípios da contratação; os novos (?) critérios de adjudicação; a introdução do artigo 68.º da Diretiva 2014/24/UE, relativo ao cálculo dos custos do ciclo de vida; a *e-contratação*; a parceria para a inovação (artigo 40.º da Diretiva 2014/24/UE); variados incentivos ao acesso das pequenas e médias empresas ao mercado dos contratos europeus, como o fim dos contratos milionários, pela sua divisão em lotes; primeira incursão europeia na subcontratação e na fase de execução dos contratos; clarificação das especificações técnicas possíveis.

III. Momentos ambientalmente sustentáveis no procedimento de formação de um contrato público

Neste capítulo daremos conta, sem pretensões exaustivas, das várias possibilidades de considerações ambientais a ser incluídas na formação de um contrato público.

Como cenário de fundo nesta viagem teremos o ténue equilíbrio - «[e]l principio de apertura a la competencia no debe ser entendido de forma absoluta. Puede ser limitado sobre la base de razones de interés general, como la protección del medio ambiente o la salud pública, siempre que estas actuaciones sean proporcionadas y no vulneren el principio de igualdad de trato»³³.

Na fase inicial – decisão de contratar e definição do objeto do contrato – encontramos um conjunto de questões, cujas respostas condicionam o traço ecológico do contrato.

A resposta *mais amiga do ambiente*, nesta fase, poderá ser nada adquirir. Uma gestão sustentável, integrada e global dos bens públicos conduzirá a soluções, como a partilha de material de escritório, por exemplo, evitando o desperdício, contribuindo para a poupança ambiental e económico-financeira. É fundamental que o comprador público avalie corretamente a real necessidade e as melhores opções para a sua satisfação, seja através do diálogo com o mercado³⁴, seja através da troca de conhecimentos, entre entidades adjudicantes, ou ainda pela opção da contratação conjunta, como as centrais de compras.

Sublinhamos o poder do título ecológico do contrato. Um meio simples e eficiente de transmissão da escolha ecológica ao mercado.

Prosseguindo para a decisão da escolha do procedimento, esta também pode ser *verde*. Os concursos limitados, como o concurso limitado por prévia qualificação, permitem à entidade adjudicante um adequado julgamento da capacidade técnica ambiental dos operadores económicos.

As especificações técnicas, ou seja, requisitos mínimos que traduzem o objeto do contrato, não podem introduzir desvios à livre concorrência e ao princípio da não discriminação, sendo claros, objetivos, quantificáveis e publicitados nos documentos do procedimento podem introduzir exigências ecológicas.

A entidade adjudicante dispõe de um vasto leque de fontes para a tradução *verde* do objeto a adjudicar:

³³ J. José PERNAS GARCÍA, *Contratación Pública ... op. cit.*, p. 61.

³⁴ Consulta preliminar do mercado – artigo 40.º da Diretiva 2014/24/UE.

- A A. Normas técnicas ambientais:
 - Internacionais
 - Europeias
 - Nacionais
- B Termos de desempenho ou exigências funcionais
- C Materiais e métodos de produção
- D Rótulo Ecológico

Na densificação do critério da proposta economicamente mais vantajosa, a entidade adjudicante pode socorrer-se das fontes *supra* indicadas para as especificações técnicas, para a definição de fatores e subfatores³⁵. Destacamos a novíssima possibilidade de análise do custo / preço do bem, serviço, ou obra através da análise dos custos do ciclo de vida – artigo 68.º da Diretiva 2014/24/UE.

A distribuição percentual dos fatores e subfactores densificadores da proposta economicamente mais vantajosa não está limitado, pelo que a entidade adjudicante pode adjudicar a proposta *ambientalmente* mais vantajosa.

Os compromissos ambientais assumidos aquando a formação do contrato não podem ser olvidados após a adjudicação. É essencial a introdução de cláusulas de execução verde e um acompanhamento eficaz da mesma.

A entidade adjudicante pode exigir que os adjudicatários que trabalhem nas suas instalações cumpram a sua política ambiental, como a separação dos resíduos para reciclagem. Uma utilização eficiente dos recursos do adjudicatário pode diminuir o consumo de combustíveis e as emissões de gases com efeito de estufa.

O comprador público tem na sua mão a opção por um contrato público ambientalmente sustentável. A questão é escolher *ecológico*, em cada fase de formação do contrato.

³⁵ Relembramos os requisitos introduzidos pelo acórdão *Concordia*, plasmados nas Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, tal como nas Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, i. a ligação ao objeto do contrato; ii. possibilidade de ser conferida à entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional; iii. menção expressa no caderno de encargos ou no anúncio de concurso; e iv. respeito pelos princípios fundamentais do direito comunitário – considerando 69 do acórdão do TJ, de 17 de setembro de 2002, processo C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, anteriormente *Stagecoach Finland Oy Ab / Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne*.

IV. Reflexões Finais

A contratação pública verde é um pequeno grão no e para o desenvolvimento sustentável.

O contrato público ecológico, instrumento alheio ao Direito do Ambiente e, não raras as vezes limitado por este, cumpre objetivos sociais (internacionais) comuns, sendo um meio eficaz para a redução do impacto ambiental do consumo, que não é possível eliminar, mas sim controlar.

Direcionar a conduta e as escolhas dos responsáveis públicos pelas compras públicas e, conseqüentemente, a oferta do mercado para níveis de proteção ambiental mais elevados é o futuro (sustentável).

Abre-se a *caixa pandora* do mercado único e comum dos efeitos positivos da contratação pública ecológica, ou mesmo sustentável³⁶. Vejamos o seguinte exemplo: a opção de uma entidade adjudicante por veículos elétricos, em detrimento dos tradicionais veículos movidos a combustíveis fósseis, para renovação da sua frota. A emissão de gases poluentes para atmosfera é drasticamente reduzida. Os efeitos nocivos do buraco na camada de ozono não são sentidos apenas naquela cidade, mas sim em todo o mundo. Portanto, a sua opção verde contribui (ainda que numa escala muito diminuta) para a proteção sem fronteiras do ambiente³⁷.

Face a esta realidade lembramos o dito popular: grão, a grão enche a galinha o papo. Pensando na opção dos Estados por uma contratação pública sustentável como pequenos grãos, talvez consigamos preservar, pelos benefícios sem fronteiras dessa opção, a galinha que é o nosso planeta Terra.

³⁶ Se a nível ambiental é possível o equilíbrio entre o mercado único europeu e os seus princípios com o *mercado único mundial dos benefícios*, a nível da contratação pública social levantam-se-nos algumas questões.

³⁷ Poderá ser uma pequena gota num oceano sem fim, no entanto quando multiplicada pelo número de entidades adjudicantes mundiais e pelo impacto ambiental das suas escolhas, deixamos de ter uma pequena gota.

A Responsabilidade Internacional pela Proteção do Consumidor na União Europeia: aplicação do Tratado de Lisboa, da Convenção de Viena e da Diretiva 1999/44/CE na efetivação de compras no comércio eletrônico internacional?

Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto¹

Resumo

O contexto histórico de construção de uma Europa integrada, sem fronteiras e desenvolvida, tem forte conexão com a ideia de construção de um mercado comum, que pudesse viabilizar a facilidade nos fluxos mercantis e um pujante desenvolvimento económico. A consolidação da União Europeia, com o Tratado de Lisboa, possibilitou, para além de interesses comerciais, o foco na proteção do cidadão como elemento fundamental do direito da União. No contexto de mercados globais, tem-se consumidores globais que realizam transações no comércio eletrônico, podendo surgir daí, conflitos de carácter internacional ou transnacionais, com o envolvimento de jurisdições de diferentes Estados. Neste sentido, procura-se com o presente artigo abordar a forma como se opera, no âmbito do Direito da União Europeia, a proteção do consumidor em face de possíveis conflitos internacionais em processos de compras efetivadas fora das fronteiras da União, as questões de responsabilidade internacional, bem como possíveis lacunas jurídicas, tendo como

¹ Doutorando em Direito no Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB/CAPES. Investigador Visitante no Centro de Estudos em Direito da União Europeia – CEDU, da Escola de Direito da Universidade do Minho. Mestre em Direito Económico. Secretário Geral da Internacional Law Association – Ramo Brasileiro. Tenente Coronel da Polícia Militar do Estado da Paraíba (Brasil). E-mail, asmn10@yahoo.com.br

ponto central a análise da Convenção de Viena (1980) - Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG), o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e a Directiva 1999/44/CE.

1. Introdução

A harmonia do ordenamento jurídico para a solução de conflitos decorrentes das relações sociais constitui um dos pilares da essência do ideal de justiça. No contexto das relações internacionais, o senso de harmonização evidencia-se mais complexo, em face da natureza e especificidade do modelo de sistema jurídico que cada Estado procura adotar, especialmente quando os sistemas jurídicos são postos à prova no sentido de solucionar possíveis situações que transcendem a aplicação de um único ordenamento jurídico - o que motiva a adoção de soluções com base no direito internacional.

No contexto do pós II Guerra Mundial, com a reordenação dos espaços de influência geopolítica, houve inevitável avanço para a construção soluções de consenso, especialmente com o surgimento de Organismos Internacionais - a exemplo de Organização das Nações Unidas, Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional. Nesta conjuntura, soma-se ainda a Organização Internacional do Comércio, operacionalizada com a implementação do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT).

Após quase meio século, com uma nova reordenação dos espaços globais com o fim da guerra fria, tem-se notável avanço nas relações internacionais, somando-se ainda a convergência de tecnologias que vieram a fazer florescer a Revolução da Tecnologia da Informação. O estabelecimento de novos blocos comerciais e a efetiva implementação de instrumentos internacionais passaram a robustecer o protagonismo da Europa, agora como União.

A adoção de um mercado comum interno, no âmbito da União Europeia, cujas regras foram mais claramente fixadas com o Tratado de Lisboa, conferiu notável marco regulatório quanto ao estabelecimento de princípios e de normas mínimas que buscam harmonizar o interesse econômico e o bem estar das pessoas, bem como atribuir responsabilidade internacional pela proteção jurídica do consumidor europeu na efetivação de transações comerciais no comércio eletrônico internacional.

Neste sentido, é natural vislumbrar, a partir da concretização de negócios em escala global, o surgimento de conflitos. As discussões de possíveis soluções para os problemas postos são relevantes, principalmente porque há uma tendência crescente na efetivação de contratos de compra e venda, notadamente compras no comércio eletrônico, entre outras transações comerciais. É óbvio imaginar, a necessidade de investigar a possibilidade de solução jurídica para possíveis

conflitos e sua responsabilidade internacional, especialmente quando estes estão fora do raio de proteção jurídica do Direito da União Europeia.

Objetiva-se assim, com o presente artigo, investigar os pontos relevantes sobre a história, evolução e fundamentos do comércio internacional, sua regulação e especialmente o surgimento de novas fronteiras e conflitos a desafiar o Direito Internacional, o Direito da União Europeia e Direito do Consumidor. Promove-se, do mesmo modo, uma análise detalhada da proteção ofertada pela União Europeia e pela Directiva 1999/44/CE, bem como, uma análise comparativa sobre a aplicação da Convenção de Viena (1980), nesse ambiente de mudanças, em que as práticas comerciais se efetivam muito mais no ambiente virtual (em âmbito nacional e internacional), convertendo-se, portanto, em relações consumeristas transnacionais a carecerem de proteção.

2. Evolução e fundamentos do comércio internacional

Analisar a relação entre Estado, economia, vida em sociedade e desenvolvimento, conduz a importantes aspectos que são objeto de estudo do Direito e da Economia. Disciplinas como Teoria do Estado, Ciência Política, Economia Política e Direito Constitucional, buscam responder a uma questão central: estabelecer um fim ou finalidade do Estado.

Trata-se de uma questão complexa. A corrente majoritária – Azambuja², Vergonte³, Dallari⁴ e Carvalho⁵, entendem que a finalidade do Estado é o bem comum e, na visão de Harada⁶, este seria “[...] um ideal que promove o bem-estar e conduz a um modelo de sociedade, que permite o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas.” Conceber-se-ia ainda, como ideal redução ou fim da pobreza. É natural compreender, que as transações comerciais que se efetivam sob gestão de determinado Estado faz gerar divisas que se bem administradas conduzem a um patamar ideal.

² Darcy AZAMBUJA, *Teoria Geral do Estado*, 4. ed., São Paulo, Globo, 2008, p. 147-148.

³ Antoine VERGONTE, *Modernidade e cristianismo, interrogações e críticas recíprocas*, São Paulo, Edições Loyola, 2002, p.112.

⁴ Dalmo de Abreu DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 31. ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p.91-92.

⁵ Kildare Gonçalves CARVALHO, *Direito Constitucional, Teoria do Estado e da Constituição - Direito Constitucional Positivo*, 14 ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 76.

⁶ HARADA apud Sérgio JUND, *AFO - administração financeira e orçamentária, teoria e 750 questões*, 3. ed. - Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, 21.

De acordo com Sachs⁷ “O fim de pobreza, nesse sentido não é apenas o fim do sofrimento extremo, mas também o começo do progresso econômico, da esperança e da segurança que acompanham o desenvolvimento.” Estes tem sido fato relevante não somente na configuração dos Estados modernos, mas fato que remonta à história das civilizações desde o mundo antigo, como leciona Encinas⁸.

Julgando-se ser desnecessário um resgate mais profundo sobre as bases de modelos de sistemas econômicos (capitalismo vs. socialismo), que de modo específico buscavam esse “bem comum”, esta dualidade só existiu enquanto “modelos abstratos ou tipos ideais”⁹ que entraram em colapso na década final do Século XX, pondo fim à Guerra Fria.

Registre-se que o colapso da ex-URSS, significou muito mais que o surgimento de Estados independentes no leste europeu. Daí porque a queda do Muro de Berlim, como aponta Friedman¹⁰, fez ressurgir um sentimento de esperança e de liberdade, como se todas estas forças tivessem sido aprisionadas pela II Guerra Mundial e pela Guerra Fria e, com a sua queda, tivessem sido liberadas, proporcionando nova dimensão de liberdade para que prosperassem relações comerciais antes inimagináveis.

Sem o desejo de ligar a denominação doutrinária a uma visão pontualmente histórica e, independente da denominação – capitalismo comercial, industrial, financeiro e informacional¹¹, os esforços das nações estiveram, também, voltados para o estabelecimento de condições mínimas para, viabilizar ao máximo, um padrão de desenvolvimento e busca de novos parceiros comerciais. Este panorama, posto numa linha do tempo, evidencia um recentíssimo processo de estabelecimento de uma regulação internacional para o fluxo de comércio exterior.

É natural compreender, que nas relações internacionais que os Estados estabelecem, notadamente, no setor de comércio internacional, possam surgir conflitos, a carecer, portanto, da fixação da celebração de acordos bilaterais. Porém, em face dos arranjos comerciais entre os Estados, tal medida nem sempre é a mais harmoniosa.

⁷ Jeffrey D. SACHS, *O fim da pobreza, como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos*, Tradução de Pedro Maia Soares, São Paulo, Companhia das letras, 2005, p. 51.

⁸ Manoel Cantos ENCINAS, *Introducción al comercio internacional*, Barcelona, OLC, 1999, p. 13.

⁹ André Ramos TAVARES, *Direito constitucional econômico*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p.33-34.

¹⁰ Thomas Lauren FRIEDMAN, *O mundo é plano, uma breve história do século XXI*, Tradução de Cristina Serra e S Duarte, Rio de Janeiro, Objetiva, 2005, p.66.

¹¹ Manoel CASTELLS, *La era de la informacion, economia, sociedad y cultura*, Madrid, Siglo XXI Ed., 2001, p.100.

Com o fim dos horrores da II Guerra Mundial, esforços conjuntos dos países situados no continente europeu deram impulsos, notadamente, por razões de ordem econômica, ao projeto BENELUX, a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e anos mais tarde: em 1951, a instituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA); 1958, o Tratado de Roma, instituindo a Comunidade Econômica Europeia (CEE); 1992, o Tratado de Maastricht (Comunidade Europeia) e Tratado de Lisboa (instituição da União Europeia em 2007).

Desse modo, ainda sob os eventos de ordem política e econômica dos pós-guerra, os debates desencadeados a partir de Bretton Woods tiveram, como leciona Marinho¹² “[...] o objetivo específico de desenhar um novo sistema monetário internacional que propiciasse o pleno emprego e a estabilidade do balanço de pagamentos dos países, bem como a liberalização do comércio global”, especialmente, com os planos de criação de organismos internacionais: o Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Mundial, do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e da Organização Internacional do Comércio¹³ (OIC).

De acordo com Barral¹⁴:

A OIC nunca chegou entrar em vigor. O que se conseguiu à época, pelo ardid de um protocolo de aplicação provisória, foi fazer vigorar a segunda e terceira partes da Carta de Havana. Estas duas partes formavam o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT). Portanto, o que entrou em vigor em 1948 foi uma estrutura capenga e provisória, à qual faltava o principal pilar – a organização internacional – que se desejava criar ainda, quando o quadro político melhorasse.

Após profundas mudanças, reconfiguração das forças geopolíticas, rodadas de negociação visando o aperfeiçoamento do GATT e a consecução de um organismo multilateral regulador que congregasse efetivamente todos os Estados, foi em 1995, com o Acordo de Marrakesh, implementada a Organização Mundial de Comércio – OMC, vindo a ser completada com a Rodada do Uruguai, como o mais importante organismo internacional que trata das regras globais de comércio entre as nações, garantindo que os fluxos de comércio se concretizem, previsivelmente e livremente quanto possível, com um campo de jogo nivelado para todos os seus membros.

¹² Monica Romero MARINHO, *Regulação do comércio internacional*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2014, p.10-11.

¹³ Embora prevista, a OIC sequer chegou de fato a operar.

¹⁴ Welber Oliveira BARRAL, *O comércio internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p.33.

Sob os auspícios da Revolução da Tecnologia da Informação, nas décadas de transição do século XX para o século XXI, experimentou-se um reordenamento dos espaços globais, cujas fronteiras dos estados nacionais e os ideais de soberania foram mitigados pela velocidade dos bits, passando a nominar uma nova terminologia até mesmo para o capitalismo: agora denominado “capitalismo informacional” – da era das redes sociais, comércio eletrônico, moeda digital, de um mundo sem fronteiras e com seus conflitos transnacionais consequentes.

3. Definições essenciais sobre mercado interno, consumidor e relações de consumo transnacionais

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE, em seu art.3º, estabelece as bases para uma economia de mercado sustentável da União, fixa claramente os parâmetros para o livre exercício de atividades mercantis, tendo por base os valores do labor humano e, especialmente, visando assegurar a paz, seus valores e uma existência digna a todos os cidadãos. Observe-se, entretanto, que a consecução deste objetivo opera-se, como prevê o TFUE, a partir do norte estabelecido nos princípios constantes no art. 101, especialmente sobre as regras de concorrência e funcionamento de atividades mercantis dentre os quais se insere, a partir do art. 169, a defesa do consumidor.

Neste sentido estabelece o TFUE, no art.169¹⁵, que “[...] a União contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.”

Coloca-se, portanto, a defesa do consumidor num panorama conciliatório com as atividades econômicas, efetivando-se em termos mais pragmáticos com a Directiva 1999/44/CE relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

O estabelecimento de um sistema de proteção ao consumidor, pressupõe, por razões lógicas, a existência de plena atividade comercial, onde consumidores

¹⁵ Artigo 169.º - (ex-artigo 153.º TCE) 1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses. 2. A União contribuirá para a realização dos objectivos a que se refere o n.º 1 através de, a) Medidas adoptadas em aplicação do artigo 114.º no âmbito da realização do mercado interno; b) Medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros. 3. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comité Económico e Social, adoptarão as medidas previstas na alínea b) do n.º 2. 4. As medidas adoptadas nos termos do n.º 3 não obstam a que os Estados-Membros mantenham ou introduzam medidas de protecção mais estritas. Essas medidas devem ser compatíveis com os Tratados e serão notificadas à Comissão.

e comerciantes, interagem, intercambiando e praticando no comércio, atividades típicas de economias de livre mercado. Há, pois, necessidade de enunciar contornos basilares sobre comércio nacional, comércio internacional e mercados transnacionais.

Assim, de acordo com o art. 26, nº2, do TFUE, o mercado interno “compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados.”

Na concepção de Werneck¹⁶, numa relação comercial de âmbito internacional, “vendedor e comprado estão situados em países diferentes.” Sujeitos, portanto, a regimes jurídicos distintos. Por outro prisma, os efeitos da globalização e da revolução tecnológica fizeram florescer fortemente as denominadas relações comerciais e de consumo transnacionais, podendo o fluxo mercantil efetivar-se, assim, em mais de um país, ou mesmo em três ou quatro países distintos.

É relevante, assim, delinear os parâmetros iniciais para que se determine quem é consumidor, fornecedor e relação de consumo, bem como o que se considera produto e serviço numa operação de compra e venda que não se opere entre particulares.

A Directiva 1999/44/CE, quanto à sua aplicação no mercado interno, estabelece em seu art. 1º, definições essenciais para consumidor, bens de consumo, produtor, garantia e reparação:

Art. 1º 2. Para efeitos da presente directiva, entende-se por: a) Consumidor: qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com objetivos alheios à sua actividade comercial ou profissional; b) Bem de consumo: qualquer bem móvel corpóreo, com excepção: — dos bens vendidos por via de penhora, ou qualquer outra forma de execução judicial, — da água e do gás, quando não forem postos à venda em volume delimitado, ou em quantidade determinada, — da electricidade; c) Vendedor: qualquer pessoa singular ou colectiva que, ao abrigo de um contrato, vende bens de consumo no âmbito da sua actividade profissional; d) Produtor: o fabricante de um bem de consumo, o importador do bem de consumo no território da Comunidade ou qualquer outra pessoa que se apresente como produtor através da indicação do seu nome, marca ou outro sinal identificador no produto; e) Garantia: qualquer compromisso assumido por um vendedor ou um produtor perante o consumidor, sem encargos adicionais para este, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respectiva publicidade; f) Reparação: em caso de falta de conformidade, a

¹⁶ Paulo de Lacerda WERNECK, *Comércio Exterior & Despacho Aduaneiro*, 4a. Ed, Curitiba, Juruá, 2014, p.22.

reposição do bem de consumo em conformidade com o contrato de compra e venda.

Assim, estabelecidos os parâmetros sobre os elementos essenciais do comércio, consumidor e fornecedor, há a necessidade de compreender a conexão entre o ambiente dos mercados globais e as relações de consumo transnacionais. Estas relações passaram a se concretizar quando houve o aperfeiçoamento e disponibilização de canais seguros para celebração de compras no comércio eletrônico, sendo característico desse tipo de relação comercial que consumidor pode estar em Portugal, o fabricante ou fornecedor do produto na China e o vendedor nos Estados Unidos, caracterizando assim, relações de consumo transnacionais. Eis, pois, o desafio de analisar a compatibilidade e ou harmonização das regras que estabelece o TFUE, a Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena (CISG).

4. Responsabilidade internacional pela proteção do consumidor: aplicação da Directiva 1999/44/CE e da Convenção de Viena Comércio Eletrónico Internacional na União Europeia?

De acordo com Castells e Cardoso¹⁷ uma sociedade em rede é caracterizada substancialmente pela realização de muitas atividades do cotidiano através da internet, mediante uso de tecnologias da informação e da comunicação. O comércio eletrônico (e-commerce) transformou-se numa estratégia presente na agenda dos Estados que fazem parte da União Europeia e demais que integram a Organização Mundial do Comércio. As relações sociais e comerciais que se estabelecem estão cada vez mais presentes, gerando, por consequência divisas financeiras, produção de conhecimento e de interação entre as pessoas, entretanto, faz eclodir possíveis conflitos de carácter internacional e transnacional.

De acordo com Miranda¹⁸:

Não existe um só ordenamento jurídico. Existe uma pluralidade de ordenamentos, em atinência com a pluralidade de sociedades; em cada um, o Direito assume expressões peculiares, dependentes de factores culturais, políticos e económicos variáveis; e verificam-se não só uma irreduzível tensão dialética entre tais factores e valores universais de justiça e segurança mas também uma constante comunicação entre diversos ordenamentos.

¹⁷ Manuel CASTELLS, Gustavo CARDOSO, *A sociedade em rede – do conhecimento à ação política*, Lisboa, SCTE, 2005. Disponível em, <<http://biblio.ual.pt/Downloads/REDE.pdf>> Acesso em, 15.Nov.2015.

¹⁸ Jorge. MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Lisboa, Principia, 2006, p. 35.

As mudanças registradas por este novo cenário (e-commerce), consequentemente, também tem modificado a dimensão jurídica dos instrumentos utilizados para regular estas situações novas, com vistas assegurar o mínimo de segurança jurídica na consecução de negócios e transações comerciais internacionais, especialmente nas relações de consumo.

Neste sentido, a fim de ilustrar o potencial do comércio eletrônico, relatório da Postnord¹⁹, revela que “[...] 240 million consumers in these European countries bought goods online during the past year, and that more than half of E-commerce consumers have bought online from abroad at sometime. In total, Europeans in these countries bought goods on line to a value of almost 170 billion euros.”

Sabe-se, porém, que há uma natural tendência de que, mesmo grandes contratos de compra e venda internacional de mercadorias, não apenas compras de varejo, sejam efetivadas *online*, entretanto, podem surgir conflitos internacionais ligados à jurisdição aplicável, bem como a instância judicial responsável em dirimir tal conflito.

Se uma das funções essenciais do Estado é a aplicação da lei, de forma a equacionar conflitos, a ausência de resposta à prestação jurisdicional em face de uma disputa resultante de transações comerciais no comércio eletrônico internacional, há pois, o risco de restar prejudicada a ação do Estado ou de Estados em face de omissões legislativas.

Empresas mais consolidadas e que exploram há mais tempo o comércio eletrônico, a exemplo da Google Inc., Facebook, eBay, Amazon.com e Alibaba.com, entre outros, mantém canais de comercialização de produtos através de seus sites; porém, sugerem como canal para solução de litígios, uma espécie de “arbitragem ou mediação do conflito *online*”, num patamar não judicial. Mas se as partes insatisfeitas desejarem conduzir à demanda a um tribunal, pergunta-se: que leis serão aplicadas e que tribunal julgará o conflito? Que Estado deverá ser responsável pela aplicação da lei em proteger o consumidor na situação posta?

Como é possível observar, o conflito pode envolver diferentes ordenamentos jurídicos. Uma das partes contratantes, envolvidas no litígio, pode se encontrar nos EUA, um segundo na Índia e um terceiro em Portugal, portanto, países distintos e jurisdições distintas, podendo acarretar, por conseguinte, ao consumidor de boa-fé que transaciona a partir de um Estado integrante da União Europeia, prejuízos consideráveis.

¹⁹ Disponível em, <http://www.postnord.com/globalassets/global/english/document/publications/2014/e-commerce-ineurope-2014.pdf>

Reconhecendo a relevância da proteção ao consumidor, já em 1985, a Organização das Nações Unidas²⁰ editou a Resolução 39/248²¹, que enuncia:

I Princípios gerais

- II Os governos devem desenvolver, reforçar ou manter uma forte política de proteção ao consumidor, tendo em conta as orientações definidas a seguir. Em assim fazendo, cada Governo deve definir suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores de acordo com as circunstâncias económicas e sociais do país, e as necessidades de sua população, e tendo em conta os custos e benefícios das medidas propostas.

Considere-se ainda que, quatro Estados membros da EU não são signatários da CISG: Irlanda, Malta, Portugal e o Reino Unido. Haveria assim, dificuldades para obrigar um comerciante estrangeiro a reparar um dano a um consumidor integrante da União.

Neste sentido, de acordo com Marques²²:

Em verdade, o direito do consumidor tem uma vocação internacional, e em nenhum outro setor do direito privado os modelos e as inspirações estrangeiras e supranacionais estiveram tão presentes. Em teoria, o consumidor não deve ser prejudicado, seja sob o plano da segurança, da qualidade, da garantia ou do acesso à justiça somente porque adquire produto ou utiliza serviço proveniente de uns outros país ou fornecido por empresa com sede no exterior. Em teoria, o consumidor turista, o viajante, aquele que adquire produtos e serviços em outro país deve poder contar com uma proteção mínima aos seus interesses, assim como aquele que assistindo publicidade de fabricante localizado em outro país, resolve contratar a distância ou por meios eletrônicos. Houve enfim uma substancial mudança na estrutura do mercado, uma globalização também das relações privadas de consumo,¹⁶ que põe a luz as falhas do mercado¹⁷ e os limites da noção de “soberania” do consumidor no mercado atual. A sua posição é cada vez mais fraca ou vulnerável e o desequilíbrio das relações de consumo é

²⁰ United Nations. A RES/39/248. ONU, 1985. Disponível em, <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/resolu%C3%A7%C3%A3o-da-organiza%C3%A7%C3%A3o-dasna%C3%A7%C3%B5es-unidas-onu-n%C2%BA-39248-de-16-de-abril-de-1985-em-ingl%C3%AAAs>. Acesso em 20.Nov.2015

²¹ O número 3, alínea “e”, da Resolução 39/248, estabelece “a disponibilidade de efetivo a reparação dos consumidores;”

²² Cláudia Lima MARQUES, *A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo*, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em, <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33001-41354-1-PB.pdf>> Acesso em, 5.Nov.2015.

intrínseco, necessitando efetiva tutela e positiva intervenção dos Estados e dos Organismos Internacionais legitimados para tal.

Emergem, assim, questionamentos pertinentes como: que legislação efetivamente aplicar para solucionar a demanda? Haveria uma lacuna no ordenamento jurídico, como defende Bobbio²³? Ou a questão deve ser vista como um espaço vazio a ser preenchido pelo magistrado, como defende Kelsen²⁴, para quem a possível existência de lacunas no sistema jurídico seria uma mera ficção.

Desta forma, sabendo-se da possibilidade de celebração de “contratos eletrônicos”, especialmente os vinculados ao e-commerce, cumpre verificar a existência de aderência de disposições constantes em instrumentos jurídicos de âmbito internacional que possam ofertar proteção específica.

Aas questões relativas a Direito do Consumidor, no âmbito da União Europeia, são reguladas claramente, pelas disposições constantes no TFUE (enquanto estabelecimento de princípios e regras comuns) e mais concretamente com as disposições constantes na Directiva 1999/44/CE, restando, portanto, muito claro, a proteção jurídica prevista nestes instrumentos, como se depreende da análise do Processo c-87/09, Ingrid Putz/ Medianess Eletronics GmBh²⁵, quando das conclusões do Advogado Geral.

A denominada Convenção de Viena (1980) - Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) foi aprovada em 11 de Abril de 1980, numa conferência diplomática em Viena, sob a égide da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional e entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1988, tendo como objetivo

²³ Norberto BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 6.ed.1995, p.115.

²⁴ Para Kelsen “The previously mentioned authorization to order a sanction which has not been provided by a preexisting general norm is often given to the courts indirectly, by way of a fiction. It is the fiction that the legal order has a gap, meaning that prevailing law cannot be applied to a concrete case because there is no general norm which refers to this case. The idea is that it is locally impossible to apply the actually valid law to a concrete case because the necessary premise is missing.” Hans KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Tradução de Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 263.

²⁵ Conclusão.

Por conseguinte, proponho que o Tribunal responda às questões submetidas do seguinte modo, As disposições do artigo 3.º, n.º 2 e 3, da Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, devem ser interpretadas no sentido de que, quando a conformidade de um produto de consumo, como a máquina de lavar loiça em questão, que foi em consonância com a sua natureza e o fim a que se destina instalada e ligada pelo consumidor, é reposta através da sua substituição, o vendedor não tem de suportar os custos de desligar/remover o produto não conforme e de instalar/ligar o produto isento de defeitos, se nos termos do contrato de compra e venda em causa o vendedor não estava obrigado a instalar o produto adquirido.

a criação de um regime jurídico unificado para regular contratos de compra e venda internacional de mercadorias, porém, na União Europeia, Irlanda, Reino Unido, Malta e Portugal não são signatários desta Convenção, o que pode dificultar, por conseguinte, a proteção jurídica internacional nos respectivos Estados.

Cumprе, porém, assinalar que objetivamente, o art.2º, “a”, da CISG é muito claro quanto a sua não aplicação a consumidor final, vejamos:

Artigo 2 A presente Convenção não regula as vendas: (a) de mercadorias compradas para uso pessoal, familiar ou doméstico, a menos que o vendedor, em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou na altura da conclusão deste, não soubesse nem devesse saber que as mercadorias eram compradas para tal uso; (b) em leilão; (c) em processo executivo; (d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; (e) de navios, barcos, hovercraft e aeronaves; (f) de electricidade.

Há assim, no ordenamento jurídico internacional, uma lacuna quando da solução de controvérsias que envolvam compras internacionais quando uma das partes for enquadrada como consumidor, situação de e-commerce, por exemplo. Casos não contempladas pela Convenção de Viena, e, em caso de transações para além da União Europeia, especialmente nos casos de contratos de e-commerce, quando as partes se encontrarem em países distintos, poderiam estar sob a égide da Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Eletrônicas nos Contratos Internacionais, de 2005, porém é um instrumento internacional muito recente que conta com a assinatura de 13 Estados-partes, e vigência em apenas três.

6. Conclusão

No contexto da reestruturação das forças geopolíticas e de mercados globalizados, houve o aperfeiçoamento do sistema jurídico de forma a oferecer proteção mais efetiva às pessoas quando da realização de uma transação comercial – relação de consumo no âmbito do mercado interno, possibilitando meios de obstar possíveis abusos, como estabelecido a partir do texto do Tratado de Funcionamento da União Europeia – Tratado de Lisboa e regulação prevista na Directiva 1999/44/CE.

Há assim, o registro de forte crescimento das relações consumeristas que migraram do “mundo real”, para transações comerciais viabilizadas através da internet, com registro de incremento ano a ano, merecendo, entretanto, um olhar mais apurado para a celebração de contratos eletrônicos e, em decorrência destes, possíveis danos e/ou prejuízos ao consumidor quando da realização de compras no mercado internacional.

Nesta abordagem, porém, objetivou-se focar a discussão de possível solução de controvérsias/conflitos, na formalização de contratos internacionais ou relações de consumo transnacionais, enfatizando que, a partir do registro de crescimento de tais negociações, há o risco de incremento em conflitos nas relações de consumo.

Noutro norte, foi possível vislumbrar a impossibilidade de dar efetividade a proteção do consumidor que realiza uma compra internacional (através do e-commerce) cujo fornecedor esteja fora do território da União, compelindo um fornecedor estrangeiro a honrar compromisso celebrado com consumidor integrante da União Europeia, especialmente o pequeno consumidor que, atraído por campanhas de marketing agressivas, não consegue obter uma solução de litígio de forma célere e menos onerosa possível, deixando de desfrutar de forma plena, do produto ou serviço adquirido.

Há, portanto, lacunas no ordenamento jurídico internacional de forma inviabilizar a responsabilidade internacional de um Estado em regular/uniformizar regras quanto à política de proteção ao direito do consumidor no panorama internacional (para compras no comércio eletrônico internacional) que estão para além da proteção jurídica do TFUE e da Diretiva 1999/44/CE, fazendo-se necessário a adoção de regras de direito internacional privado comuns, de forma a construir um instrumento jurídico internacional de forma a estabelecer clara responsabilidade do Estado em tutelar o direito dos consumidores que realizam transações comerciais no comércio eletrônico internacional.

O controlo de convencionalidade como elemento característico da responsabilidade internacional do Estado

Filipe Venade de Sousa¹

1. Considerações gerais

O presente artigo tem por finalidade contribuir para a compreensão do mecanismo de cumprimento da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada por Portugal (2009), adiante designada por CDPD, sob a rubrica do chamado “*controlo de convencionalidade*” – que está previsto no seu artigo 4.º, n.º 1, alínea *d*). Esta Convenção foi o primeiro tratado internacional em matéria de direitos humanos no século XXI, responsável por abrir novos horizontes na comunidade jurídica sobre o tratamento jurídico dos direitos das pessoas com deficiência como uma questão emergente, conduzindo à afirmação inegável desses direitos em todas as partes do mundo. Além disso, a referida Convenção tem uma influência relevante sobre o ordenamento jurídico português, uma vez que se trata de um instrumento normativo internacional com força jurídica vinculativa e exigível perante os poderes públicos em geral, estabelecendo obrigações jurídicas para os Estados-partes no sentido de promover, proteger e reconhecer os direitos das pessoas com deficiência enquanto direitos fundamentais.

Em especial, o presente artigo visa compreender o tema à luz das reflexões contemporâneas sobre o controlo de convencionalidade das leis² e, em certos casos, orientações jurisprudenciais do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos sobre esta matéria. A expressão “*convencionalidade*” pode ser inédita

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas Públicas (Universidade do Minho)

² Para um estudo aprofundado do controle de convencionalidade, v. Filipe Venade de SOUSA, “O controle de convencionalidade da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, uma visão portuguesa”, Brasil, *Revista dos Tribunais*, Vol. n.º 938, Dez., 2013, pp. 183-213; Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

em Portugal³, mas em outros países a expressão já é amplamente divulgada, particularmente no mundo ibero-americano, especialmente em razão da obra de VALERIO MAZZUOLI⁴. Fundamentalmente, o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos inaugurou o novo rumo para reafirmar a importância do sistema jurídico dos Direitos Humanos. A referência ao controle de convencionalidade na jurisprudência deste Tribunal surge no ano de 2006, no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*:

“ [...] A descrita obrigação legislativa do artigo 2 da Convenção também tem a finalidade de facilitar a função do Poder Judicial de tal forma que o aplicador da lei tenha uma opção clara de como resolver um caso particular. No entanto, quando o Legislativo falha na sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Poder Judicial permanece vinculado pelo dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 da mesma e, conseqüentemente, deve abster-se de aplicar qualquer normativa contrária a ela. O cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei violadora da Convenção produz responsabilidade internacional do Estado, e é um princípio básico do direito de responsabilidade internacional do Estado, reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que todo o Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de qualquer de seus poderes ou órgãos em violação dos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana. O Tribunal está consciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte da organização do Estado, também estão submetidas a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Por outras palavras, o Poder Judicial deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judicial deve ter em conta não somente

³ O próprio constitucionalista Jorge MIRANDA já colocou termo “convencionalidade” na sua recente edição de *Manual do Direito Constitucional*.

⁴ Valerio Mazzuoli entendeu claramente o conceito de controle de convencionalidade em geral, “[...] falar em controle da convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Significa, também, falar em técnica judicial de compatibilidade vertical das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos.” Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, cit., p.3-56; Valerio de Oliveira MAZZUOLI, “Teoria geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro”, in Valeiro de Oliveira MAZZUOLI, Luiz Guilherme MARINONI (Coords.), *Controle de convencionalidade, um panorama latino-americano, Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, 1. ed. Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.

o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito o Tribunal Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. Nesta mesma linha de ideias, este Tribunal já estabeleceu que “segundo o direito internacional as obrigações que este impõe que devem ser cumpridas de boa-fé e não pode invocar para seu incumprimento o direito interno”. Esta regra já foi codificada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.”⁵

Ainda alguns meses depois, segundo *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, o mesmo Tribunal reforça o conceito do controle de convencionalidade:

“Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Por outras palavras, os órgãos do Poder Judicial devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Esta função não deve ficar limitada exclusivamente pelas manifestações ou atos dos postulantes em cada caso concreto, ainda que tão-pouco implica que esse controle deva exercer-se sempre, sem ter em conta outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência desse tipo de ações.”⁶

2. O sentido e alcance do controle de convencionalidade à luz da CDPD

O controle de *convencionalidade* é considerado um mecanismo processual, no sentido de que se destina a apreciar e verificar a compatibilidade de qualquer ato, por exemplo, leis e práticas produzidas pelo Estado com tratados por ele subscritos, designadamente a CDPD. Por outras palavras, o controle *da convencionalidade* implica a aferição da compatibilidade dos atos internos perante o Direito Internacional de Direitos Humanos; portanto, neste caso, a CDPD é vista como parâmetro da validade e da interpretação dos atos internos de qualquer índole conforme a Convenção em questão. Enfim, igualmente no controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade envolve a obrigação jurídica de adequação das normas e de atos internos, o que implica

⁵ Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentença de 26 de setembro de 2006, pars. 123-124 (nossa tradução).

⁶ Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentença de 24 de novembro de 2006, par. 128 (nossa tradução).

que devem ter uma relação de conformidade entre os princípios e normas estabelecidos pela Convenção e o Direito interno⁷.

A CDPD estabelece o regime jurídico de obrigação de adequação e de verificação no âmbito de controlo de convencionalidade, no seu artigo 4.º, n.º 1, alíneas *a*, *b* e *d*, que determina:

“Os Estados Partes comprometem-se a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência sem qualquer discriminação com base na deficiência. Para este fim, os Estados Partes comprometem-se a:

a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza apropriadas com vista à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção;

b) Tomar todas as medidas apropriadas, incluindo legislação, para modificar ou revogar as leis, normas, costumes e práticas existentes que constituam discriminação contra pessoas com deficiência [...]

d) Abster-se de qualquer ato ou prática que seja incompatível com a presente Convenção e garantir que as autoridades e instituições públicas agem em conformidade com a presente Convenção [...]

O sentido e alcance do artigo 4.º, em conjugação com o propósito afirmado no artigo 1.º⁸, diz-nos muito e temos de o ler de forma abrangente e correlacionar com as demais normas convencionais. Ou seja, afirma que o Estado tem a obrigação de proteger, respeitar e garantir às pessoas com deficiência os seus

⁷ Cf. Filipe Venade de SOUSA, «O controle de convencionalidade da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, uma visão portuguesa», *cit.*, pp. 200-201.

⁸ O artigo 1.º proclama como propósito nuclear da Convenção, “promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. As pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros.”

direitos em geral⁹ para assegurar o exercício pleno e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na sociedade em igualdade de oportunidades.

Na ótica deste artigo 4.º, todos os órgãos do Estado, incluindo os tribunais, na medida das suas competências, devem não só aplicar, de forma integral, as normas constitucionais, mas também as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Em particular devem ter consciência de que não poderiam autolimitar, ou melhor, não se poderiam autodemitir da sua competência, restringindo-se a apreciar apenas o âmbito jurídico-constitucional; além disso, essa apreciação deve incluir também o Direito Internacional dos Direitos Humanos como todo o ordenamento integrador em prol da dignidade de pessoa humana e proteção de direitos humanos¹⁰.

⁹ Sobre natureza jurídica da obrigação de “proteger”, “respeitar” e “garantir”, notamos, com importância, o entendimento jurisprudencial do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos definiu, “[...] El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. [...] La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.” Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 164-167.

¹⁰ Interessante, o juiz do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, esclareceu, “[...] O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad*, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana. [...]” Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, párr. 3 del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

A CDPD estabelece uma norma, no sentido explícito e literal, que determina que os órgãos do Estado em geral devem agir sempre em conformidade com as normas da Convenção, independentemente de natureza e origem dos atos internos que pratiquem, incluindo seus atos administrativos ou decisões judiciais. Prevê-o claramente a norma – apelando ao controlo de convencionalidade – do artigo 4.º, n.º 1, alínea *d*. A referida alínea é inédua e inovadora, em comparação com outras normas de tratados internacionais dos direitos humanos. É importante para nos compreendemos este termo jurídico. Assim, o controlo de convencionalidade tem dimensão negativa e positiva.

Em primeiro lugar, a dimensão negativa do controlo de convencionalidade (“...*abster-se de qualquer ato ou prática que seja incompatível com a presente Convenção...*”) consiste no dever de abstenção, por parte do Estado, no sentido de impedir e evitar qualquer violação de normas ou princípios da CDPD quando um eventual ato interno do Estado for desconforme com a CDPD. Para a ótica do Direito Internacional, as fontes do Direito Interno são, simplesmente, “*factos*”¹¹, que são suscetíveis de verificação de compatibilidade com a CDPD para efeito de cumprimento das obrigações em virtude do tratado internacional, neste caso, a CDPD. Implica um cumprimento integral das obrigações contraídas em virtude de um tratado internacional como a CDPD, caso contrário, haverá uma violação de uma obrigação, geradora de responsabilidade internacional do Estado. Quando for reconhecida a violação das suas obrigações internacionais, implica que tem a obrigação de reparar através de medidas necessárias – por exemplo, as leis, para assegurar a efetividade da Convenção.

Em segundo lugar, a dimensão positiva do controlo de convencionalidade (“...*garantir que as autoridades e instituições públicas agem em conformidade com a presente Convenção...*”) consiste no dever de adoção de medidas, corretivas ou preventivas, para assegurar a efetividade da Convenção, por exemplo as medidas legislativas e/ou medidas de outra natureza, no âmbito do artigo 4.º, n.º 1, alínea *a* da CDPD. O Estado é obrigado a prevenir, corrigir e averiguar qualquer contexto que envolve uma violação dos direitos humanos protegidos pela Con-

¹¹ Cf. Tribunal Internacional de Justiça, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits)*, Sentença, Série A, n.º 7, 1926, p. 19, “[...] From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures.”

venção¹², como prevê a alínea *a, b* e outras alíneas do artigo 4.º. Trata-se de uma obrigação incondicional e, portanto, não sujeitando as considerações de índole interna que possam afastar ou suspender o cumprimento integral da CDPD.

Particularmente, os órgãos judiciais têm a obrigação de agir de acordo com a Convenção, o que significa que têm uma obrigação de aplicar as normas convencionais no contexto do controlo de convencionalidade para poder aplicar o caso concreto em litígio, independentemente de existência de medidas legislativas. Conscientemente, os próprios juízes nacionais são considerados como garante do sistema da proteção de direitos e liberdades fundamentais e têm uma função inerente a este sistema, ou seja, têm a obrigação de aplicar e interpretar, incluindo *ex officio*, as normas, de acordo com os critérios interpretativos adequados ao caso concreto.

No caso de um conflito entre as disposições de direito interno e os direitos consagrados pela CDPD, o próprio tribunal nacional tem a faculdade de fazer tudo que é necessário para que se possa garantir a efetividade das normas convencionais, mediante o controlo de convencionalidade com os critérios interpretativos adequados – princípio *pro homine* e conforme o caso concreto. Acima de tudo, os juízes nacionais têm o papel de garantia da Convenção, o que implica a faculdade-dever de interpretar e aplicar as normas aplicáveis ao caso concreto *secundum conventionanem* e não *contrario sensu*, pois, o tribunal nacional tem obrigação de desaplicar qualquer disposição interna contrária em relação à CDPD sob pena de responsabilidade internacional do Estado.

O Estado tem a obrigação de verificar qualquer norma ou ato do Direito Interno para se ver se está conforme a CDPD e, se estiver desconforme, tem a obrigação de modificar ou derrogar aquelas normas ou atos desconformes

¹² O Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos entendeu, “El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. [...] El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.” Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 175-176.

em prol da primazia da CDPD¹³. Significa que o Estado deve tomar as medidas necessárias e apropriadas para adaptar a normatividade interna à CDPD, seja qual for a origem ou natureza das medidas, visando a efetividade plena da CDPD e a fim de proceder à sua colocação em prática¹⁴. Consequentemente, a norma convencional atribui uma obrigação ao Estado como um todo – a título não taxativo, as autoridades políticas, administrativas ou judiciais – de cumprir as obrigações convencionais, na medida das suas competências. Ou melhor, isso implica que todos contribuam para o cumprimento integral das normas da Convenção, prevenindo as violações das obrigações nelas definidas que geram

¹³ O Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos afirmou claramente, “[...] el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*“príncipe allant de soi”*; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20*). Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 117-118.

¹⁴ Uma referência jurisprudencial importante para poder compreender a obrigação do Estado sobre as medidas apropriadas, “[...] no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber, i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. [...]” Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162, párr. 172.

E, essencialmente, Tribunal Internacional de Justiça, Opinião Consultiva, *Exchange of Greek and Turkish Populations*, Série B, n.º 10, 1925, pp. 20-21, “[...] State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfillment of the obligations undertaken. [...] This clause, however, merely lays stress on a principle which is self-evident, according to which a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken. [...] contracting Parties are obliged to bring their legislation into harmony with the Convention, that that instrument must be construed as implicitly referring to national legislation in so far as that is not contrary to the Convention.”

a responsabilidade internacional do Estado¹⁵. Enfim, o controlo de convencionalidade tem um propósito para a consolidação do sistema jurídico dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência como dimensão da proteção e garantia dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Enfim, o Estado, incluindo os próprios juizes, não se pode justificar com o desconhecimento das normas derivadas de outras fontes normativas além das disposições constitucionais de acordo com os princípios de *iura novit curia* e de *pacta sunt servanda* no sentido de conhecimento de normas consagradas com eficácia plena¹⁶.

3. O controlo de convencionalidade e a responsabilidade internacional do Estado

O facto de um Estado ratificar uma Convenção, como a CDPD, tem consequência imediata que essas normas devem ser integralmente cumpridas e aplicadas não podendo ser afastadas, internamente, por órgãos do Estado, e não se pode justificar esse descumprimento da aplicação de normas convencionais, sob pena de responsabilidade internacional. Isto significa que nenhum Estado pode justificar o seu descumprimento das normas da CDPD, porque, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, artigo 26.º que exige que o Estado deve cumprir de boa-fé as obrigações que o Tratado Internacional impõe, no caso da CDPD, e também o artigo 27.º, que diz que nenhum Estado pode invocar as disposições de direito interno para justificar o não cumprimento de um tratado internacional em questão, mesmo do seu direito constitucional interno.

A norma do artigo 4.º da CDPD dá-nos o fundamento a partir do qual podemos avaliar a existência de *responsabilidade internacional do Estado*, ao definir os deveres que sobre ele impedem para assegurar os direitos da pessoa com

¹⁵ Por isso se percebe que o art. 4.º do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Facto Internacionalmente Ilícito, adotado pela resolução AG 56/83, de 28 de janeiro de 2002, determine que “[o] comportamento de qualquer órgão do Estado considera-se facto desse Estado segundo o Direito Internacional, quer esse órgão exerça *funções legislativas, executivas, judiciais ou quaisquer outras*, qualquer que seja a posição que ocupa na organização do Estado e qualquer que seja a sua natureza enquanto órgão do governo central ou de uma coletividade territorial do Estado” (itálicos nossos).

¹⁶ Cf. Filipe Venade de SOUSA, “O controle de convencionalidade da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, uma visão portuguesa”, *cit.*, p. 203.

deficiência, como afirmou o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos¹⁷. Na verdade, nos termos do art. 2.º do *Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Facto Internacionalmente Ilícito*, determina-se: “Há facto internacionalmente ilícito do Estado quando um comportamento que consiste numa ação ou omissão:

- a é atribuível, segundo o Direito Internacional, ao Estado; e
- b constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado.

¹⁷ Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006, para. 83, “83. En el ámbito de dicha Convención, las obligaciones contenidas en sus artículos 1.1 y 2 constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado. El artículo 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respetar y de garantizar los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. A su vez, el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. 84. Es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la que un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente, por acción u omisión, uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1.1 de la Convención. 85. La Corte, además, ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. 86. Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad. 87. Es decir, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado. 88. La Corte ha establecido, además, que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.”

Se pensarmos nomeadamente em casos em um Estado parte na CDPD não tome as medidas necessárias, nos termos das alíneas *a* e *b* do art. 4.º dessa Convenção, à implementação dos direitos que a mesma reconhece estaremos face a uma *omissão atribuível ao Estado*, de acordo com o art. 4.º do referido *Projeto*¹⁸, e *violadora de uma obrigação* que o Estado assumiu; ou seja estamos face a um facto internacionalmente ilícito do Estado. Do mesmo modo, se pensarmos na alínea na 1.ª parte da alínea *d* do mesmo art. 4.º, estaremos face a um ilícito do Estado por *ação*, se esse Estado adotar qualquer ato ou prática incompatível com a referida Convenção, o que se traduz igualmente num um facto internacionalmente ilícito desse Estado. E, como dispõe o artigo 1.º do dito Projeto de Artigos, “todo o facto internacionalmente ilícito de um Estado dá lugar à responsabilidade deste”.¹⁹ E deve ter-se em conta que o Comité Internacional dos Direitos das Pessoas com deficiência, reconhecido como órgão de supervisão internacional da Convenção, poderá determinar e estabelecer, segundo critérios da Convenção e do Protocolo Opcional à CDPD, a responsabilidade convencional do Estado-parte, quando esta exige medidas efetivas para assegurar tais direitos reconhecidos pela Convenção. Consequentemente, a eventual violação da Convenção pode decorre de atos ou omissões de qualquer natureza, independentemente de grau e hierarquia do seu autor, que é indiferente para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por parte do Estado-Parte que viole as normas da Convenção, sobretudo, seu objeto e fim o respeito e garantia efetiva dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência; e compromete a responsabilidade internacional perante Convenção gera-se obrigação *erga omnes* para respeitar essencialmente o conteúdo dos direitos estabelecidos e definidos convencionalmente.

A *inconvenionalidade* de eventual norma do Direito interno com Convenção implica *per se* criar uma *situação internacional ilícita*, isto é, vulnerando os direitos reconhecidos pela Convenção; e a aplicação contrária de norma do Direito Interno representa uma violação de obrigação de adequação a respeito da Convenção. Ao título exemplificativo, o incumprimento das suas obrigações pode envolver, a saber: não modificando, não removendo ou não derogando suas normas ou práticas internas que estiveram desconformes com a Convenção; não tomando medidas legislativas ou de qualquer natureza para efetivar o exercício de seus direitos reconhecidos pela Convenção no seu ordenamento jurídico do Estado-Parte.

Efetivamente, a obrigação de adequação de Direito Interno à Convenção consiste uma obrigação *positiva* e uma obrigação de *resultado* que deve ser pron-

¹⁸ Que considera imputáveis ao Estado os atos praticados pelos seus órgãos ou agentes.

¹⁹ Cf. Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Facto Internacionalmente Ilícito, adotado pela resolução da Assembleia Geral da ONU, Doc. AG 56/83, de 28 de janeiro de 2002.

tamente cumprido para assegurar efetivamente a integridade da Convenção. Por fim, a fonte do *Direito Interno*, previsto na Convenção de Viena, refere-se, naturalmente, a toda a normatividade interna, incluindo constitucional, que possa afetar o cumprimento da Convenção, por sua existência (e vigência), bem como sua aplicação, o que configura, *per se*, uma *inconvenionalidade*, surgindo a responsabilidade internacional do Estado na Convenção. Consequentemente, para evitar esta questão, o Estado tem obrigação de tomar medidas para remover os obstáculos existentes ao exercício de tais direitos reconhecidos pela Convenção, de acordo com o objeto e fim da mesma, no âmbito do respeito e garantia efetiva dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência.

Alerta-se para que a responsabilidade internacional de Estado *não depende* de critérios definitórios e elementares de responsabilidade estatal no âmbito do Direito Interno; assim, o Estado responde autonomamente pela sua responsabilidade internacional, de acordo com o próprio regime da responsabilidade internacional, ou melhor, nos termos estabelecidos pela CDPD em conjunto com os princípios gerais da responsabilidade internacional²⁰. Consequentemente, da violação de obrigações convencionais surge a *responsabilidade internacional objetiva* do Estado, isto é, independentemente de critérios subjetivos, assim, consiste num dever de prevenção/correção para assegurar a compatibilidade do Direito Interno com a Convenção. Todos os atos do Direito Interno são *meros factos* para o Direito Internacional no momento de análise de compatibilidade com a Convenção. Esta natureza pode abranger os atos e as omissões do direito interno, por parte qualquer órgão do Estado, pode implicar a responsabilidade internacional do Estado que responde globalmente, independentemente de *elemento subjetivo de culpa* e a *qualif deste atos* ou *omissões*. Basta determinar-se a ilicitude objetiva por violação de obrigação de, além de dever de respeito e garantia, conformar seu direito interno com a Convenção. A responsabilidade objetiva pode implicar que o Estado é internacionalmente responsável por existência de lei aprovada incompatível com as obrigações convencionais, ou por falta de adequação do

²⁰ Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, para. 156, “Al respecto, resulta oportuno recordar que la Corte no es un tribunal penal en el que corresponda determinar la responsabilidad de individuos particulares por actos criminales. La responsabilidad internacional de los Estados se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado y, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la misma, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es en ese marco que la Corte efectúa la determinación de responsabilidad internacional del Estado en este caso, la que no corresponde condicionar a estructuras propias y específicas del derecho penal, interno o internacional, definitórias de criterios de imputabilidad o responsabilidades penales individuales; tampoco es necesario definir los ámbitos de competencia y jerarquía o subordinación de cada agente estatal involucrado en los hechos”.

direito interno com a Convenção, ou por falta de adoção de medidas necessárias para efetivar os direitos previstos convencionalmente.

4. Conclusão

Pode-se entender que a proteção da CDPD consubstancia-se fundamentalmente como direito de proteção dos direitos das pessoas com deficiência, dotado de especificação normativa orientado para as pessoas com deficiência como razão de ser da CDPD para fundamentar a responsabilidade internacional do Estado por eventuais violações desta Convenção.

É o próprio regime de responsabilidade internacional por violações de direitos humanos que determina o elemento objetivo, devido à natureza específica da Convenção que versa sobre os direitos humanos, que pode originar o Estado ser responsabilizado por seus atos e/ou omissões quando não cumpre integralmente a Convenção que define o sentido e alcance dos direitos reconhecidos pela Convenção, bem como suas obrigações convencionais gerais e específicas em relação ao conteúdo de direito de que se trate. No caso exemplificativo da CDPD, qualquer ação/omissão do direito interno que contradiz a Convenção, sobretudo, seu objeto e fim, possa ser imputado ao Estado, responsabiliza-o em termos previstos na Convenção e segundo regras gerais do direito internacional. Independentemente de hierarquia de seus órgãos dentro de estrutura estatal, o Estado responde como um todo pela violação das disposições da Convenção. Implica que todos os órgãos estatais devem aplicar, na medida das suas competências, as normas consagradas pela CDPD que dão efetividade às normas consagradas pela. Relembramos que a invocação, por um Estado, de disposições de direito interno, incluindo constitucional, não pode afetar a eficácia jurídica da CDPD no ordenamento jurídico de Estado. Tal só é possível nos termos do artigo 4.º, n.º 1 e n.º 4 da CDPD, que confirmam que, quando esta Convenção exige medidas necessárias à proteção dos direitos que consagra, as autoridades nacionais podem aplicar o Direito Interno que tenha conteúdo dos direitos fundamentais mais favoráveis aos direitos das pessoas com deficiência, e desde que essa aplicação não comprometa o nível essencial de proteção previsto pela CDPD. É esta razão que precisamente refere que a CDPD confere às autoridades nacionais competência para exercerem, de forma efetiva, o controlo de convencionalidade para verificar as normas e os atos internos conforme convencionalmente.

Considerações Sobre Inimizade e Responsabilidade

Uma Aproximação Biopolítica ao Conflito Israelo-Palestiniano

Pedro Jacob Morais¹

“A verdade começa a dois”²

JASPERS

O campo (*Lager*), enquanto mitologema jurídico-político hodierno essencial, encerra, na perspectiva de AG³, a sacralidade que o coloca no limiar da distinção entre os referentes biopolítico e tanatopolítico. Por outras palavras, a finalidade do *Lager* oscila entre a criação das condições de manutenção da vida que encerra e a sua exposição à morte. No campo, a vida releva tão-só enquanto *zôê* aristotélica, ou seja, enquanto vida biológica, *vida exposta à morte e insacri-ficável*⁴.

Como deu conta FOUCAULT, nas lições ministradas no *Collège de France*⁵, a decisão política fundamental afastou-se do modelo romano do *pater familias* – como poder de vida e de morte sobre os cidadãos – em direcção a um modelo biopolítico de intervenção próprio das sociedades disciplinares, entendido como fomentador das condições mínimas de salubridade necessária à existência humana. Destarte, a tónica deixou de ser colocada no carácter

¹ Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

² Karl JASPERS, *Einführung in die Philosophie, Zwölf Radiovortrräge*, München, R. Piper & Co. Verlag, 1989-, pág. 95.

³ Cfr. Giorgio AGAMBEN, *O Poder Soberano E a Vida Nua, Homo Sacer*, trad. António Guerreiro, Lisboa, Editorial Presença, 1998, pág. 118 e ss.

⁴ Na expressão utilizada recorrentemente por *ibid.*

⁵ Lições que deram origem à obra *Nascimento da Biopolítica*. Ver Michel FOUCAULT, *Nascimento Da Biopolítica*, trad. Pedro Elói Duarte, Lisboa, Edições 70, 2010.

político do homem (*politikon zôon*)⁶, para encontrar arrimo na essencialidade da vida biológica (*zôê*)⁷ como substrato da *polis*. A capacidade de rendimento da biopolítica revela-se à contraluz através do elemento biológico de fulcro presente nos campos de concentração e de morte – sejam nazis, soviéticos ou americanos –, nos campos de violação dos Balcãs, nos campos de detenção de imigrantes ilegais – *maxime*, Lampedusa e Calais –, nos campos de refugiados ou até nos campos sanitários – dos *Lazarettos* aos cordões sanitários contemporâneos⁸.

Para o que nos ocupa, decidimos erigir a modelo de aproximação à complexa temática da inimizade, a Faixa de Gaza. Neste território, a linha divisória entre a preservação da vida (biopolítica)⁹ e a sua exposição à morte (tanatopolítica), revela-se ténue¹⁰. De acordo com a posição doutrinal avançada por

⁶ Como adverte AGAMBEN, *O Poder Soberano E a Vida Nua, Homo Sacer*, cit., pág. 12, a expressão do Estagirita, político “*não é um atributo do ser vivo enquanto tal, mas uma diferença específica que determina o género zoôn (logo a seguir, aliás, distingue-se a política humana da política de outros seres vivos, na medida em que aquela se funda, através do suplemento de politicidade ligado à linguagem, numa comunidade de bem e de mal, de justo e de injusto, e não simplesmente de prazer e dor)*”. Por sua vez, Hannah ARENDT (*A Condição Humana*, trad. Roberto Raposo, Lisboa, Relógio d'Água, 2001, pág. 25) utiliza a expressão *bios politikos*, sublinhando que esta “*denotava apenas a esfera dos assuntos humanos, com ênfase na acção, praxis, necessária para estabelecer e manter*”.

⁷ Com recurso à pungente imagem do complexo de concentração e extermínio Auschwitz-Birkenau, Giorgio AGAMBEN, *Lo Que Queda De Auschwitz, El Archivo Y El Testigo*, trad. Antonio Gimeno Cuspina, Valencia, Pre-Textos, 2014, distingue a vida política (*bios*) e a vida biológica (*zôê*), identificando esta como a figura do *Muselman*, ou seja, com a figura do prisioneiro que sofreu um processo de exclusão política/desumanização, de tal forma acentuado, que apenas se preocupa com as necessidades mínimas da sua existência animal. A figura do excluído que vemos desembocar no *Muselman*, encontra ampla tradição jurídico-mitológica. Basta pensarmos nas figuras do *Wargus*, do *Werwolve* e do *homo sacer*. Basta efectuarmos um singelo exercício de releitura da poética clássica, para encontrarmos a figura do lobisomem (*Werwolf*) enquanto excluído político em Petrônio (PETRÔNIO, “*Satyricon*,” Lisboa, Livros Cotovia, 2006, fragmento 62).

⁸ Poderíamos perguntar, com SLOTERDIJK, quais são as regras para o parque humano.

⁹ Note-se que a construção de colonatos na Cisjordânia poderá constituir emanação não desprezível de um desiderato biopolítico.

¹⁰ A notar que a política hodierna se encontra numa zona de indistinção entre biopolítica e tanatopolítica, AGAMBEN, *Homo Sacer. O Poder Soberano E a Vida Nua*, cit., pág. 118.

ESPOSITO¹¹, podemos questionar se a acção de Israel sobre Gaza apresenta um substrato imunitário ou autoimunitário¹². Vejamos cada uma destas hipóteses:

- a A acção de Israel sobre Gaza pode ser entendida como uma resposta imunitária tendente à estabilização da *communitas* israelita e, por conseguinte, à manutenção da *polis*. Para utilizarmos uma metáfora biomédica, a ofensiva israelita opera a fagocitose de agentes patogénicos, a saber, os elementos terroristas dispersos na população de Gaza. Após a fagocitose, ou melhor, através da integração dos agentes patogénicos no corpo hospedeiro, este revela-se imune à degradação patológica. De acordo com esta linha de raciocínio, as acções militares de Israel sobre Gaza, bem como os sucessivos bloqueios terrestres e marítimos, mais não operam do que a imunização da *communitas* israelita. Note-se que, por imunidade (*immunitas*), entendemos a perda ou a subtração do *munus*, da “obrigação” que cria a comunidade (*cum munus*). O elemento paradoxal do binómio *immunitas-communitas* revela-se na “desobrigação” do agente imunizado. Liberto de honras e obrigações (*munus*), o agente é excluído da *polis* e remetido para o *Lager, locus* da imunidade e da insacrificável exposição à morte. Operada a imunização, a *polis* volta a ser comum, ou seja, readquire o *munus*. Assim, para que a *polis* continue “obrigada”, ou seja, comum, necessita de imunizar alguns dos seus elementos, sob pena de os perder para a *communitas* e, por conseguinte, de perder definitivamente o seu *munus* agregador.
- b A acção de Israel sobre Gaza pode ser entendida enquanto resposta autoimunitária. Explicitemos. Por vezes, o corpo revela-se de tal forma sensível que reconhece os elementos que o constituem como agentes patogénicos. Aqui, a resposta imunitária, ao invés de operar a fagocitose do agente patogénico, dá início a um processo autofágico que paulatinamente destrói o corpo. A ser assim, a ofensiva israelita não conduz à imunização da *communitas* israelita, mas à sua gradual erosão.

¹¹ Linha doutrinal avançada e desenvolvida as obras *Communitas, Immunitas e Bios*. Esta posição tem vindo a sofrer duras críticas por parte de Byung-Chul HAN. Entende o Autor (*A Sociedade Do Cansaço*, trad. Gilda Lopes Encarnação (Lisboa, Relógio D'Água, 2014, pág. 12) que “[o] paradigma imunológico não é compatível com o processo de globalização”. O processo de globalização pós-moderno, pós-fordista, caracteriza-se, segundo o autor (Byung-Chul HAN, *En El Enjambre*, trad. Raúl Gabás (Barcelona, Herder, 2014, pág. 57 e ss), pela “coacção própria” (*A Agonia De Eros*, trad. Miguel Serras Pereira, Lisboa, Relógio D'Água, 2014, pág. 17 e ss.). Semelhante conformação individual neurasténica conduz à substituição da biopolítica pela psicopolítica, *Psicopolítica*, trad. Alfredo Bergés, Barcelona, Herder, 2014, em especial, pág. 115 e ss.

¹² Sobre as dinâmicas imunitária e autoimunitária, ver Roberto ESPOSITO, *Immunitas, Protección Y Negación De La Vida*, trad. Luciano Padilla López, Madrid, Amorrortu, 2009, pág. 29.

Antes de nos pronunciarmos sobre esta concreta questão, voltemos a nossa atenção para a construção da inimidade em CARL SCHMITT. Para o Autor, a conflitualidade vertida no binómio *Feind-Freund*¹³ revela-se *conditio sine qua non* para a correta delimitação do conceito de *Político*¹⁴. Se o soberano é “*quem decide sobre o estado de excepção*”¹⁵, a excepcionalidade terá de ser entendida como o conflito alicerçado no *inimigo real*, num plano de conflitualidade fundado no *nomos da terra*¹⁶, ou seja, numa normatividade telúrica¹⁷. O *inimigo real*, entendido como espaço-temporalmente delimitado ou delimitável, assume-se, na teoria schmittiana, enquanto garante do *Político*. Assim, o homem abandona o sincretismo inicial do *bellum omnium contra omnes*¹⁸ através da síntese dialéctica final operada pelo binómio inimigo-amigo¹⁹.

Ainda que, na perspetiva schmittiana, o Direito Internacional consubstanciação telúrica da inimidade manifesta uma irreductível oposição às guerras irregulares. Ora, a exigência da regularidade da guerra impede, por um lado, a desumanização do inimigo e, por outro, impede a sua elevação arquetípica a *hostis humani generis*²⁰. Sob pena de incorrerem em excessiva simplifi-

¹³ Para uma compreensão sumária da inimidade schmittiana, vide Nuno ROGEIRO, *O Inimigo Público, Carl Schmitt, Bin Laden E O Terrorismo Pós-Moderno*, Lisboa, Gradiva, 2003, pág. 23 e ss.

¹⁴ Cfr. Carl SCHMITT, *The Concept of the Political*, trad. George Schwab. Chicago, The University of Chicago Press, 2007, pág. 26.

¹⁵ *Théologie Politique*, trad. Jean-Louis Schlegel, Paris, Éditions Gallimard, 1988, pág. 15.

¹⁶ Para uma breve definição do *nomos da terra*, vide Terra E Mar, *Breve Reflexão Sobre a História Universal*, trad. Alexandre Franco de Sá, Campo Grande, Esfera do caos, 2008, pág. 70 [nota do autor].

¹⁷ Cfr. Alain de BENOIST, “*Guerra Justa*” – *Terrorismo, Estado De Urgência E “Nomos Da Terra”*, Lisboa, Antagonista, 2009, pág. 130.

¹⁸ Como na lição de Thomas HOBBS, *Leviatã, Ou Matéria, Forma E Poder De Um Estado Eclesiástico E Civil*, trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, Lisboa, INCM, 2010, pág. 111.

¹⁹ Semelhante processo de redução do sincretismo original não deixa de nos remeter para a problemática geral da alteridade enquanto desimplicação do *eu* através do *outro*, tal como se apresenta na extrinsecação hegeliana do *an sich* em *für sich*, cfr. HEGEL, *Introdução À História Da Filosofia*, trad. António Pinto de Carvalho, Coimbra, Arménio Amado, 1961, pág. 61 e ss. ou, numa deriva vitalista, na abertura heideggeriana do ente ao ser, cfr. Giorgio AGAMBEN, *O Aberto, O Homem E O Animal*, trad. André Dias e Ana Bigotte Vieira, Lisboa, Edições 70, 2013, pág. 81 e ss.

²⁰ A considerar que o conceito de *guerra justa* não tem lugar na teoria política de SCHMITT, Richard WOLIN, *Labirintos, Em Torno a Benjamin, Habermas, Schmitt, Arendt, Derrida, Marx, Heidegger E Outros*, trad. Maria José Figueiredo, Lisboa, Instituto Piaget, 1998, pág. 194 e 195. Em sentido diverso, por estabelecer uma relação, que nos parece de difícil defesa, entre a excepção schmittiana e a *guerra justa*, encontramos Guillermo PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal Entre El Cosmopolitismo Universalista Y El Relativismo Postmodernista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 125 e ss.

cação, parece-nos que, a título de exemplo, a Guerra dos Seis Dias²¹ obedeceu aos critérios de conflitualidade schmittiana, ou seja, tratou-se de uma guerra regular com o fito de garantir e expandir o *espaço vital* (*Lebensraum*)²² israelita. Por sua vez, as incursões e bloqueios israelitas sobre Gaza – quer se trate da destruição da rede de túneis palestina, do embargo de bens de primeira necessidade ou da utilização de armas proibidas pelo Direito de Genebra –, exponenciado após a Intifada, são pautados por uma desproporção de forças claramente violadora da Carta das Nações Unidas. Considerando que o lançamento de *rockets* contra solo israelita se subsume na definição de agressão ínsito na Resolução n.º 3314, de 14 de dezembro de 1974, da Assembleia-Geral das Nações Unidas, as represálias de Israel constituem um excesso de legítima defesa²³, de acordo com o art. 51º da Carta das Nações Unidas. Ademais, e a acreditar no que vem sendo veiculado pelos órgãos de comunicação de massas – a utilização de armas proibidas como o fósforo branco²⁴, ou o frequente bombardeamento de escolas, mesquitas e hospitais²⁵ –, poderemos, à luz do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, estar perante, não só crimes de guerra, mas eventualmente de crimes contra a humanidade²⁶.

Se tomarmos em linha de conta as mencionadas violações do Direito Internacional, à luz de CARL SCHMITT, mais não estamos do que perante a erosão do *nomos da terra* e, conseqüentemente, da adopção de um referente de inimizade absoluta consubstanciado na figura do guerrilheiro, ou seja, do

²¹ A propósito do que considera ser os “quatro objectivos do sionismo”, Martin GILBERT, *História De Israel*, trad. Patrícia Xavier, Lisboa, Edições 70, 2009, pág. 578, considera que “[r]elativamente ao quarto objectivo, “o objectivo da paz”, Eliav [ARIE LOVA ELIAV] considerava que não só essa meta não fora atingida como, após a Guerra dos Seis Dias, Israel se tornara “conquistadora e potência ocupante”, com as respectivas conseqüências negativas que, a seu ver, se manifestaram ao longo de duas décadas”.

²² Sobre a teoria dos grandes espaços ou do espaço vital, ver Adriano MOREIRA, *Ciência Política*, 5ª edição ed., Coimbra, Almedina, 2012, pág. 356.

²³ Para um correto enquadramento desta causa de justificação, ver Paulo Pulido ADRAGÃO, “Três Lições De Direito Internacional,” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, no. V, 2005, pág. 354 e ss. Para a compreensão da exigência de proporcionalidade entre a agressão e o meio de defesa, Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 2ª edição ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 427 e ss.

²⁴ Crime de guerra, de acordo com o art. 8º, n.º2, b), xx) do Estatuto de Roma.

²⁵ A destruição de locais de culto, hospitais e escolas constitui crime de guerra, de acordo com o art. 8º, n.º2, b), ix) do Estatuto de Roma. Mais se diga que, se os hospitais ou escolas estiverem ao serviço de uma missão de manutenção de paz, estamos perante o crime de guerra previsto no art. 8º, n.º 2, b), iii) do Estatuto.

²⁶ Se considerarmos, à luz do art. 7º, n.º1, h) do Estatuto de Roma, que ocorre a “[p]erseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo”, num quadro de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil.

combatente irregular. Com efeito, SCHMITT identifica na teoria leninista da guerrilha²⁷ a materialização do *inimigo absoluto*²⁸, do inimigo descaracterizado e não susceptível de circunscrição espaço-temporal²⁹. Perante o inimigo absoluto, apenas a repristinção das teorias medievais da guerra justa é possível³⁰. Semelhante repristinção pressupõe a desumanização do inimigo e, invariavelmente, termina com a sua destruição³¹.

Voltando ao conflito que nos ocupa, a redução geoestratégica do território inimigo a uma faixa sobrepovoada, aliada à desproporção dos meios de defesa³², obriga a que o oponente adopte táticas de guerra de guerrilha (“*el guerrillero es el jesuita de la guerra*”³³), subsumindo-se à inimizade absoluta. Desta forma, em termos de consubstanciação jusfilosófica, a política externa israelita assenta actualmente em duas grandes linhas de força. Por um lado, assenta na exclusão política do *hostis* enquanto *inimigo absoluto* e, por outro, assenta na exposição tanatopolítica de uma população inteira à morte através do bloqueio de bens de primeira necessidade, da destruição de locais de culto, hospitais, escolas, centrais eléctricas, reservas de água³⁴, etc. Pelo exposto, consideramos ser este o palco da união entre a *inimizade absoluta* e a tanatopolítica, união esta que poderá conduzir, não só à paulatina erosão de Israel considerada como Estado material de Direito – a autoimunização da *communitas* israelita, de acordo com a disjunção supramencionada –, mas também à colocação em perigo da própria comunidade internacional, pela desaplicação e redução a enunciado meramente semân-

²⁷ Ver V.I. LÉNINE, *Oeuvres*, vol. 11. Paris, Editions Sociales, 1975, pág. 215 a 227.

²⁸ Cfr. Carl SCHMITT, *Theorie des Partisanen, Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, pág. 56.

²⁹ Um “*inimigo sem uniforme e sem rosto*”, para utilizarmos a feliz expressão, ainda que retirada do contexto, de Antoine GARAPON, *O Guardador De Promessas, Justiça E Democracia*, trad. Francisco Aragão, Lisboa, Instituto Piaget, 1996, pág. 115.

³⁰ Para uma descrição exemplar da doutrina medieval da guerra justa, ver BENOIST, “*Guerra Justa*” – *Terrorismo, Estado De Urgência E “Nomos Da Terra”*, cit., pág. 28 e ss.

³¹ Cfr. SCHMITT, *The Concept of the Political*, cit., pág. 36. Numa exegese precisa da inimizade schmittiana, temos Alain de BENOIST, *Nova Direita, Nova Cultura*, trad. Diogo Pacheco de Amorim et al., Lisboa, Afrodite, 1981, pág. 218 e ss.

³² Desproporção que se agudiza com a utilização dos sistemas de defesa antiaéreos Iron Dome e David’s Sling (também conhecido como Magic Wand).

³³ Na curiosa expressão de Ernesto GUEVARA DE LA SERNA, *La Guerra De Guerrillas*, vol. I, La Habana, Editorial de Ciências Sociales, 1972, pág. 190.

³⁴ A dar conta dos interrogatórios abrangentes, das proibições de saída e de manifestação nos territórios de Gaza e da Cisjordânia, da restrição de água e energia eléctrica, do fecho de escolas, da destruição de habitações, da deportação de dirigentes palestinianos e da existência de campos de concentração, vide Hans KÜNG, *El Judaísmo, Pasado, Presente, Futuro*, trad. Víctor Abelardo Martínez de Lapera e Gilberto Canal Marcos, Madrid, Editorial Trotta, 2013, pág. 514.

tico do Direito Internacional Público, *maxime*, do Direito Internacional Penal vertido no Estatuto de Roma.

Para concluirmos a presente intervenção, que insiste estender-se, devemos tão-só sublinhar que o campo mais não constitui do que um território ausente de Direito – representado pelo grafema força-de-lei³⁵, inspirado pelos estudos de DERRIDA³⁶ –, escondedouro do *inimigo absoluto* teorizado por C. SCHMITT. Dito de forma distinta, o *Lager* representa a impossibilidade de aplicação das normas constantes no Estatuto de Roma e, por conseguinte, de operar a responsabilização penal dos agentes. O *Lager* reconduz a comunidade internacional ao *estado de natureza*.

³⁵ Cfr. Giorgio AGAMBEN, *Estado De Excepção*, trad. Miguel Freitas da Costa, Lisboa, Edições 70, 2010, pág. 55 e ss.

³⁶ Jacques DERRIDA, *Força De Lei, O «Fundamento Místico Da Autoridade»*, trad. Fernanda Bernardo, Porto, Campo das Letras, 2003, Neste texto, o Autor estabelece a relação entre justiça e Direito. De um lado, temos a possibilidade de desconstrução do Direito e, de outro, a impossibilidade da desconstrução da justiça. A justiça resultaria da desconstrução e a desconstrução teria lugar “no intervalo que separa a indesejabilidade da justiça e a desconstrutibilidade do direito” (pág. 26).

A Doutrina da Responsabilidade de Proteger e a intervenção humanitário na Líbia

Raissa Pacheco da Rocha Ribeiro¹

1. Introdução

A Responsabilidade de Proteger (*RtoP*) tem sido objeto de amplo debate entre doutrinadores e políticos desde a sua concepção, em 2001, através da publicação do relatório da *International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS)*, e, principalmente, após o endossamento do instituto pela ONU, em 2005. Ademais, tal doutrina se mostra de relevante discussão não só pelos obstáculos jurídicos à atuação da Comunidade Internacional, como, também, pelas dificuldades de aplicação do instituto ao caso concreto, conforme foi observado na intervenção na Líbia (2011).

Dessa forma, tendo em vista que a *RtoP* é pautada na transmutação da concepção de soberania e, por isso, numa compreensão desta em harmonia com a globalização, com a atual dinâmica das relações entre Estados, bem como interdependência destes, implica, a análise deste instituto, em tema de fundamental importância não só no que diz respeito ao uso da força para fins humanitários, mas, ainda, na receptividade dos membros da Comunidade Internacional às consequências de tal noção, principalmente, quando do debate de matérias cuja inadmissibilidade era, no passado, rebatida sob argumento de intromissão em assuntos internos dos Estados e, portanto, violação da soberania estatal.

¹ Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Internacional Público e Europeu pela supracitada universidade. Especialista em Direito Penal Económico Internacional e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE) da Universidade de Coimbra. Contacto, raissapachecoribeiro@gmail.com.

Nesse contexto, busca-se examinar os aspectos teóricos da responsabilidade de proteger, bem como a sua suposta implementação, na prática, em relação ao conflito interno na Líbia, em 2011, pelo Conselho de Segurança, e a reação da Comunidade Internacional quando do desfecho da intervenção militar neste caso.

2. Responsabilidade de Proteger

A Responsabilidade de Proteger (*RtoP*) consiste em instituto desenvolvido em 2001, pela *International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS)*², pautado numa aceção contemporânea de soberania. Tal conceito foi elaborado em decorrência dos horrores vivenciados, principalmente, ao longo dos anos noventa (genocídio em Ruanda, conflitos em Somália, a limpeza étnica em Srebrenica, a crise no Kosovo), e do comportamento inconsistente³ da Comunidade Internacional em relação às crises humanitárias. Tal inadequação, embaraçada, ainda, por obstáculos jurídicos (o princípio da soberania; e agravada por questões de legitimidade), motivou Kofi Annan⁴, enquanto Secretário-Geral da ONU, a incitar a produção de construção teórica que viabilizasse a efetiva proteção de seres humanos e ultrapassasse os citados empecilhos à ingerência humanitária.

Nesse contexto, o governo canadense patrocinou a formação de uma comissão de conceituados especialistas, denominada *ICISS*, a fim de que fosse desenvolvida uma construção doutrinária que possibilitasse ação pela Comunidade Internacional, em respeito aos princípios de direito internacional e à Carta das Nações Unidas. A citada comissão encerrou o desafio, através da publicação do relatório intitulado “*The Responsibility to Protect*”, em que foi proposta a implementação de recursos, a fim de cessar ou evitar que gravíssimas violações de direitos humanos sejam cometidas em relação à sua população, por inércia ou incapacidade do Estado.

² International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. International Development Research Centre, 2001. Disponível, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. [22/11/2015].

³ Gareth EVANS, “From Humanitarian Intervention to Responsibility to Protect”. *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 24, Issue 3 (2006), p. 706.

⁴ UN Press Release, “Secretary-General Presents his Annual Report to General Assembly”, 20/09/1999. Disponível em, <http://www.un.org/press/en/1999/19990920.sgsm7136.html>. [12/05/2014], Kofi ANNAN. *We the Peoples, the role of the United Nations in the 21st century*, New York, United Nations, 2000, pp. 47-48. Disponível em, http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/We_The_Peoples.pdf. [12/05/2014].

2.1 Conteúdo da Responsabilidade de Proteger

A *RtoP*, conforme consta do supracitado relatório, propõe, a fim de que seja enfrentado o tema suscitado pelo, então, Secretário-Geral da ONU, alteração do foco do debate, não mais admitindo a sustentação de um direito de intervir, conforme defendido por Bernard Kouchner⁵, mas, sim, na responsabilidade de proteger o ser humano. Tal mudança resulta em mudança de perspectiva, uma vez que realça o ponto de vista daqueles que precisam e que buscam auxílio, bem como salienta o dever de proteção em relação às comunidades.

Além de alterar o foco do debate, a *RtoP* impõe que o Estado possui a responsabilidade primária na proteção dos indivíduos que estão em seu território. Assim, somente incidiria a responsabilidade de proteger da Comunidade Internacional (CI) caso fosse o Estado o autor de gravíssimas violações de direitos humanos em relação à sua população, ou fosse tal sujeito incapaz, negligente ou inerte acerca de tais abusos. Ao serem verificadas tais situações, a responsabilidade de proteger a população será exercida pela CI, sendo, portanto, tal dever secundário, uma vez que consiste a tutela em dever do Estado, originalmente. Nesse sentido, salienta-se que a *RtoP* é fundada numa concepção de soberania como responsabilidade, dissociando-se da compreensão clássica do princípio.

Mostra-se importante ressaltar, contudo, que o eventual exercício de *RtoP* pela CI não implica em automática implementação de intervenção militar. A *ICISS*, em sua construção da *RtoP*, impõe que o uso de força para fins de tutela de seres humanos consiste em último meio a ser empregado com mecanismo de cessação de violações de garantias fundamentais. Assim, a doutrina em comento institui que devem ser aplicadas, preferencialmente, medidas minimamente invasivas no enfrentamento de crises humanitárias.

Nesse diapasão, a *ICISS*⁶, ao construir a doutrina em comento, impõe que a *RtoP* abrange a responsabilidade de prevenir, a responsabilidade de reagir, e a responsabilidade de reconstruir, demonstrando clara preferência pela prevenção como mecanismo de enfrentamento de crises internas dos Estados. Assim, a responsabilidade de prevenir consiste em implementação de medidas pelo Estado capazes de frustrar conflitos que resultem em chacinas e noutras espécies de catástrofes causadas pelo homem. Nesse sentido, iniciativas do Estado que concretizem isonomia de oportunidades para todos os indivíduos consistem em mecanismos de prevenção de conflitos, bem como a boa governança, e dis-

⁵ Bernard KOUCHNER, "Establish a Right to Intervene Against War, Oppression". *Los Angeles Times*. 18/10/1999. Disponível em, <http://articles.latimes.com/1999/oct/18/local/me-23681>. [01/12/2015].

⁶ International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*, International Development Research Centre, 2001. Disponível, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. [22/11/2015].

posições que assegurem desenvolvimento social e econômico, distribuição justa de recursos, e proteção de direitos humanos.

Tendo em vista as potenciais consequências externas do insucesso de prevenção de conflitos no Estado, não consiste tal categoria de responsabilidade em assunto somente de importância nacional. Muitas vezes, a cooperação da Comunidade Internacional é necessária, e às vezes essencial, para o êxito da precaução de conflitos intraestatais, segundo a *ICISS*⁷. Assim, medidas que estimulem o desenvolvimento do Estado, o apoio na identificação de motivos desencadeadores de conflitos, a assistência nas mediações e demais esforços que impulsionem diálogo e conciliação nacional, consistem em diligências que podem e devem ser implementadas mediante ajuda da Comunidade Internacional.

Quando a responsabilidade de prevenir falha, em razão das medidas se mostrarem inadequadas ou insuficientes para evitar ou cessar a crise que consiste em grave risco à população do país, incidirá a responsabilidade de reagir. Esta espécie de responsabilidade somente será exercida quando for verificada a sua indispensabilidade à proteção da população do Estado. Nesse contexto, a responsabilidade de reagir implica na aplicação de medidas interventivas impostas pelos membros da Comunidade Internacional, o que não implica em imediata implementação de intervenção militar. A vista disso, o exercício da responsabilidade em comento é realizado através de imposição de medidas políticas, judiciais, e econômicas, e deve, segundo o *ICISS*⁸, ser, sempre que possível, determinada dentre as mais leves, somente sendo aplicadas as providências mais rigorosas e incisivas quando aquelas se mostrarem ineficazes ou inadequadas à cessação da crise.

Em relação à intervenção militar como medida concretizadora da responsabilidade de reagir pela Comunidade Internacional, a *ICISS*⁹ definiu critérios para a sua implementação, a fim de que o uso de força, de fato, somente fosse determinado de forma excepcional. Dessa maneira, para que seja verificado o cabimento da intervenção militar no caso concreto devem ser observados os seguintes requisitos: justa causa (morte em larga escala ou limpeza étnica); intenção certa (cessação ou frustração de sofrimento humano); último recurso; meios proporcionais (a duração e a intensidade de uso de força devem ser suficientes à proteção humana); e razoável possibilidade de concretização do objetivo. Tal delineamento de parâmetros tem finalidade de atribuir legitimidade e legalidade à intervenção militar, bem como efetividade ao sistema internacional

⁷ International Commission on Intervention and State Sovereignty, *ob. cit.*, pp. 19-27.

⁸ International Commission on Intervention and State Sovereignty, *ob. cit.*, p. 29.

⁹ International Commission on Intervention and State Sovereignty, *ob. cit.*, p. XII.

de segurança, e consiste numa tentativa de ultrapassar constrangimentos já observados em relação à implementação do uso de força¹⁰.

No que diz respeito à autoridade competente para definição de intervenção militar como exercício da responsabilidade de reagir, o ICISS¹¹ reitera o Conselho de Segurança (CS) como tal, em harmonia com o art. 42 da Carta, apesar da citada comissão reconhecer as dificuldades práticas do órgão, especialmente em relação à vontade política e legitimidade. Assim, a ICISS¹² sugere que os membros permanentes do CS se comprometam a não aplicar o veto¹³ quando da análise de matéria que não envolva interesses fundamentais do seu Estado, o que resultaria em cessação do bloqueio, pelos membros permanentes, na apreciação de intervenção militar para cessação ou frustração de gravíssimas violações de direitos humanos.

Acerca da responsabilidade de reconstruir¹⁴, esta resulta da realização de intervenção militar no Estado, e consiste em exercício da *RtoP* no que diz respeito ao dever de contribuir para a consubstanciação de uma paz que perdure, do desenvolvimento sustentável e da implementação de boa governança. Assim, o exercício desta responsabilidade ocorre através de parceria entre agentes internacionais e autoridades locais, a fim de que seja retransmitida a estes a competência de forma progressiva e prudente, evitando que a saída dos interventores seja gerida de forma ineficiente resulte em reabilitação insuficiente do Estado, prevenindo-se os erros do passado¹⁵ (observado na situação da Somália, quando, nos anos noventa, após a intervenção militar e a saída dos interventores do Estado, foi restaurado o caos rapidamente¹⁶).

¹⁰ Gareth EVANS, *ob. cit.*, p. 710.

¹¹ International Commission on Intervention and State Sovereignty, *ob. cit.*, p. XII.

¹² International Commission on Intervention and State Sovereignty, *ob. cit.*, p. XIII.

¹³ Nesse sentido, atualmente, conforme esclarece o *Global Centre for the Responsibility to Protect*, além de existir um evidente movimento, por grande parte dos Estados-Membros da ONU, pelo fim do uso de veto pelos membros permanentes do CS, foi, também, demonstrado pelos representantes da França, desde 2001, apoio à restrição (informal) do uso de veto nos casos atrocidades em massa, o que denota o início da admissibilidade de certa flexibilidade ao uso de tal prerrogativa. *Global Centre for the Responsibility to Protect*. “*UN Security Council Veto Restraint*”. Disponível, http://www.globalr2p.org/our_work/un_security_council_veto_restraint. [12/12/2015].

¹⁴ International Commission on Intervention and State Sovereignty, *ob. cit.*, p. 39.

¹⁵ Ethan CHORIA, “Nato’s Libya Intervention and the Continued Case for a ‘Responsibility to Rebuild’”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 31, Issue 2 (Summer 2013), p. 386. Dieter FLECK, “The Responsibility to Rebuild and Its Potential for Law-Creation, Good Governance, Accountability and Judicial Control”, *Journal of International Peacekeeping*, Vol. 16, Issue 1-2 (2012), p. 86.

¹⁶ Joshua S. GOLDSTEIN, Jon WESTERN, “Humanitarian Intervention Comes of Age”, *Foreign Affairs*, Vol. 90, Issue 6 (November/December 2011), pp. 58-59.

2.2. Soberania como Responsabilidade de Proteger

A soberania, como é sabido, consiste em fundamental princípio de direito internacional, em razão de tutelar a independência e inviolabilidade do Estado. Nesse sentido, o princípio em comento é tão antigo quanto este sujeito de direito internacional, uma vez que teve, originalmente, por objetivo consolidar a existência de Estados¹⁷. Assim, a soberania garante a igualdade formal entre Estados, e a inviolabilidade de determinados direitos a estes sujeitos¹⁸. No que diz respeito a tais garantias, ressalta-se o direito de não sofrer intervenção, e a proibição de realizar ingerência noutro Estado, o que consiste em norma que tem por finalidade a concretização de coexistência pacífica entre os membros da Sociedade de Estados.

Ocorre que, numa perspectiva histórica, até o século XVIII, foi a soberania utilizada como premissa justificadora do absolutismo, uma vez que era este princípio compreendido como poder supremo e ilimitado, o que, por sua vez, ratificava comportamentos do Estado sem que fossem levadas em consideração eventuais violações cometidas por tal sujeito contra a sua população¹⁹. Essa interpretação perdurou, ainda, ao longo do século XIX, de forma mais intensa, através da noção da “competência da competência”²⁰ que consiste em noção de que o Estado tem poder de delinear a sua própria jurisdição, consequentemente reiterando o conceito clássico de soberania ao enaltecer o Estado e refutar o direito internacional.

A tradicional concepção de soberania, entretanto, contrapõe-se à contemporânea compreensão desta. Em verdade, a soberania tem passado por um processo de relativização, influenciado pela evolução do direito internacional, da consolidação da proteção dos direitos humanos, e os efeitos da globalização. Dessa forma, tendo em vista que a soberania tem por principais corolários o princípio da não intervenção, e o princípio da igualdade entre Estados, tais normas são também submetidas à transmutação, sendo, também, compreendidas em harmonia à evolução e consolidação dos valores da Sociedade Internacional.

A flexibilização do princípio da soberania foi particularmente acelerada após a constituição da ONU, o fim da Guerra Fria e a eclosão de crises huma-

¹⁷ Francis Kofi ABIEW, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 23-30.

¹⁸ Anne BODLEY, “Weakening the Principle of Sovereignty in International Law, The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, Issues 2 & 3 (Winter-Spring 1999), pp. 418-419.

¹⁹ Francis Kofi ABIEW, *ob. cit.*, pp. 23-30.

²⁰ Georg JELLINEK, *apud* Patrick DAILLIER, Nguyen Quoc DIHN, Alain PELLET, *Direito Internacional Público*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 433-434.

nitárias nos anos noventa. Nesse sentido, Kofi Annan²¹, observando os obstáculos à tutela do ser humano, em razão da tradicional concepção de soberania, propôs, enquanto Secretário-Geral da ONU, a conciliação da soberania com os atuais valores internacionais através da existência concomitante de duas soberanias, ou seja: a existência de uma soberania individual, que implica na inadmissibilidade da violação de liberdades e garantias essenciais ao ser humano, bem como a inviolabilidade do Estado, tendo em vista a soberania estatal.

Também na década de noventa, foi proposta por Francis M. Deng, com cooperação de Roberta Cohen²², uma nova interpretação da soberania, a fim de que tal preceito englobasse a responsabilidade, ou seja: o Estado somente pode reivindicar as prerrogativas da soberania enquanto exercita o dever de proteção e assistência à sua população. À vista disso, depreende-se que, uma vez que o Estado não cumpre tal responsabilidade, seria legítimo o envolvimento da Comunidade Internacional para exercer o dever de proteção²³, o que, por sua vez, torna possível concluir que o princípio da não intervenção, uma vez que deriva da soberania, não pode ser invocado para tutela da independência e inviolabilidade do território e dos assuntos internos do Estado caso este descumpra seu dever de proteção em relação à sua população²⁴. Assim, a flexibilização do princípio da soberania implica em relativização do princípio da não intervenção, corolário daquele.

Cumprе ressaltar que a revolucionária²⁵ interpretação da soberania, desenvolvida inicialmente por Deng, serviu de fundamento para a construção, portanto, da responsabilidade de proteger pela ICISS²⁶. Nesse sentido, a citada comissão, ao sugerir, por exemplo, a possibilidade de intervenção militar nos casos de amplas e graves violações de direitos humanos, admitiu a medida, em verdade, não como uma conduta incompatível com a soberania, mas em conformidade com esta, tendo em vista que a responsabilidade do Estado em relação à população consiste em dever crucial compreendido por tal princípio²⁷.

²¹ Kofi ANNAN, “Two concepts of sovereignty”, *The Economist*. Publicado em 16/09/1999. Disponível em, <http://www.economist.com/node/324795>. [20/11/2015].

²² Francis M DENG, Roberta COHEN, “Exodus within Borders, The Uprooted Who Never Left Home”, *Foreign Affairs*, Vol. 77, Issue 4, 1998, pp. 13-14.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Rosa BROOKS, “Humanitarian Intervention, Evolving Norms, Fragmenting Consensus”, *Maryland Journal of International Law*, Vol. 29, 2014, p. 169.

²⁵ Stevie MARTIN, “Sovereignty and Responsibility to Protect, Mutually Exclusive or Codependent?”, *Griffith Law Review*, Vol. 20, Issue 1, 2011, p. 161.

²⁶ Gareth EVANS, *ob. cit.*, 2006, p. 708.

²⁷ Rosa BROOKS, *ob. cit.*, p. 170. Anne PETERS, “The Security Council’s Responsibility to Protect”, *International Organizations Law Review*, Vol. 8, Issue 1, 2011, p. 19.

Nesse contexto, a *ICISS* esclarece, ainda, que a soberania do Estado enquanto responsabilidade abrange três sentidos²⁸, ou seja: a responsabilidade das autoridades do Estado pelas funções de proteção da segurança, da vida e do bem-estar dos seus cidadãos; a existência de responsabilidade das autoridades políticas do Estado perante os cidadãos, internamente, e em face da Comunidade Internacional, através da ONU; e a responsabilidade dos agentes do Estado por atos comissivos e omissivos por eles cometidos.

Portanto, a ajustada e atual concepção do princípio da soberania continuar a proteger a independência e inviolabilidade do Estado, desde que este observe seu dever de tutelar a sua população, o que, em verdade, evidencia a importância do ser humano não só para o país como, também, para a Comunidade Internacional. Contudo, mostra-se importante ressaltar que a flexibilização da soberania e do princípio da não intervenção, conforme será posteriormente objeto de exame, somente permite a incidência de ingerência externa em casos específicos, mediante verificação de manifesta incapacidade ou relutância do Estado em exercer seu dever de proteção. Assim, intenta-se evitar que tal relativização fosse utilizada como fundamento de eventuais discursos intervencionistas, ou como justificativa para o surgimento de um novo movimento colonialista.

2.3. Organização das Nações Unidas e a Responsabilidade de Proteger

Após a publicação do relatório “*Responsibility to Protect*”, em 2001, o Secretário-Geral da ONU reuniu algumas autoridades para formação do *High-level on Threats, Challenges and Change*, em 2003, e, no ano seguinte, foi o relatório desta comissão (“*A more secure world: Our shared responsibility*”²⁹) enviado para a supracitada autoridade onusiana. Neste documento foi realizada recomendação pelo endossamento da norma emergente sobre a responsabilidade de proteger coletiva, cujo exercício seria limitado à autorização do Conselho de Segurança no que diz respeito ao uso de força, devendo ser esta implementada como último recurso, em casos de limpeza étnica, genocídio, mortes em larga escala ou sérias violações de direito internacional humanitário, quando Estados se mostram impotentes ou relutantes na prevenção de tais crises³⁰.

²⁸ International Commission on Intervention and State Sovereignty, *ob. cit.*, p. 13.

²⁹ The Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, “A more secure world, Our shared responsibility”. Disponível em, http://www.un.org/en/peacebuilding/pdf/historical/hlp_more_secure_world.pdf. [23/11/2015].

³⁰ The Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, *ob. cit.*, p. 66.

Em 2005, o Secretário-Geral apresentou à AG o relatório intitulado “*In Larger Freedom*”, no qual recomendou o endossamento da *RtoP*³¹, e defendeu a ação da Comunidade Internacional, quando necessária, com fundamento em tal instituto. Em contrapartida, a AG adotou, de forma unânime, a responsabilidade de proteger, através da Resolução nº 60/1³², em 2005, nos parágrafos nº 138³³ e nº 139³⁴.

Contudo, deve-se ressaltar que a Assembleia Geral endossou a responsabilidade de proteger com certa distinção em relação aos supracitados relatórios que previamente dispuseram sobre o tema. Primeiramente, conforme consta da Resolução nº 60/1 de 2005, é reconhecida a responsabilidade cada Estado de proteger, especificamente, a sua população dos crimes de guerra, limpeza étnica, crimes contra a humanidade e genocídio, devendo a Comunidade Internacional cooperar e assistir os Estados no exercício individual do seu dever de proteção. Tal rol difere das situações de incidência não tão restritas que foram propostas pela *ICISS*, uma vez que esta limitou a *RtoP* somente em relação ao uso de força em casos de mortes em larga escala e limpeza étnica. A resolução em exame é, também, discrepante da construção realizada pela *ICISS*, uma vez que não en-

³¹ Report of the Secretary-General, “In larger freedom, towards development, security and human rights for all”, 2005, p. 35. Disponível em, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/59/2005. [24/11/2015].

³² Assembleia Geral. Resolução nº 60/1 (2005). Disponível em, <http://www.un.org/womenwatch/ods/A-RES-60-1-E.pdf>. [24/11/2015].

³³ “[...] 138. *Each individual State has the responsibility to protect its populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. This responsibility entails the prevention of such crimes, including their incitement, through appropriate and necessary means. We accept that responsibility and will act in accordance with it. The international community should, as appropriate, encourage and help States to exercise this responsibility and support the United Nations in establishing an early warning capability [...]*”. Assembleia Geral. Resolução nº 60/1 (2005). Disponível em, <http://www.un.org/womenwatch/ods/A-RES-60-1-E.pdf>. [24/11/2015].

³⁴ “[...] 139. *The international community, through the United Nations, also has the responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other peaceful means, in accordance with Chapters VI and VIII of the Charter, to help to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. In this context, we are prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, on a case-by-case basis and in cooperation with relevant regional organizations as appropriate, should peaceful means be inadequate and national authorities are manifestly failing to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. We stress the need for the General Assembly to continue consideration of the responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity and its implications, bearing in mind the principles of the Charter and international law. We also intend to commit ourselves, as necessary and appropriate, to helping States build capacity to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity and to assisting those which are under stress before crises and conflicts break out [...]*”. Assembleia Geral. Resolução nº 60/1 (2005). Disponível em, <http://www.un.org/womenwatch/ods/A-RES-60-1-E.pdf>. [24/11/2015].

dossou critérios que serviriam de parâmetro para a verificação de pertinência do uso de força no caso concreto.

Apesar das supracitadas divergências, a AG reconheceu, expressamente, que a *RtoP* abrange responsabilidade de prevenir, de reagir, e de reconstruir, mantendo a construção proposta pela *ICISS* em seu relatório. Ademais, demonstra tal endossamento imenso avanço da comunidade de Estados pela uníssona aceitação da *RtoP*, que acarreta na aceitação de certa flexibilização da soberania e, por sua vez, reitera a importância da tutela do ser humano não só como dever primário do Estado, mas, também, da Comunidade Internacional.

Em 2009, o Secretário-Geral, intentando promover e operacionalizar a *RtoP*, publicou o relatório “*Implementing responsibility to protect*”³⁵ sobre a efetivação do instituto citado tendo em vista três pilares: o 1º pilar consiste na responsabilidade do Estado soberano em tutelar a sua população nos termos dos parágrafos nº 138 e nº 139 da Resolução supracitada; o 2º pilar corresponde ao dever de cooperação e assistência da Comunidade Internacional em relação ao Estado, a fim de que este exerça a *RtoP* em relação a sua população; o 3º pilar diz respeito ao exercício da *RtoP* pela Comunidade Internacional de forma tempestiva e decisiva, priorizando-se meios pacíficos de enfrentamento da crise, nos termos dos capítulos VI e VIII da Carta. Acerca do uso da força pela Comunidade Internacional, reitera-se o constante da resolução previamente examinada, ou seja: a obrigatoriedade de observância dos dispositivos do Capítulo VII da Carta.

Assim, foi a proposta de implementação da *RtoP* endossada com amplo consenso pela AG, com apoio majoritário dos Estados-Membros sobre a abordagem dos três pilares³⁶, apesar da demonstração de certo receio por alguns Estados-Membros acerca do 3º pilar, alegando-se possibilidade de aplicação abusiva da *RtoP* como fundamento de intervenções militares³⁷. Outra vitória, no âmbito institucional, foi obtida sobre o desenvolvimento da *RtoP*, através do estabelecimento de um escritório conjunto para a prevenção do genocídio e *RtoP*, em 2011, denominado “*Global Centre for Responsibility to Protect*”: uma assessoria especial ao Secretário-Geral sobre o tema³⁸.

³⁵ Report of the Secretary-General, “Implementing responsibility to protect”, 2009. Disponível em, http://www.unrol.org/files/SG_reportA_63_677_en.pdf. [21/11/2015].

³⁶ Alex J. BELLAMY, “The Responsibility to Protect – Five Years On”, *Ethics & International Affairs*, Vol. 24, Issue 2, 2010, p. 147.

³⁷ Mehrdad PAYANDEH, “With great powers comes great responsibility? The concept of the Responsibility to Protect within the process of international lawmaking”, *The Yale Journal of International Law*, vol. 35, number 2, Summer 2010, p. 477.

³⁸ Alex J. BELLAMY, “The Responsibility to Protect, Added value or hot air?”, *Cooperation and conflict*, Vol. 48, Issue 3, 2013, p. 334.

Em relação ao CS, a *RtoP* já foi invocada em trinta e oito³⁹ resoluções do órgão desde 2006. Na primeira ocasião⁴⁰ foi sutilmente utilizada como fundamento de expediente, sem envolver autorização de intervenção militar. A aplicação da *RtoP* em resolução do CS envolvendo anuência de intervenção militar foi inaugurada em 2011, a fim de justificar intervenção militar na Líbia, conforme será analisado em posteriormente.

2.4 Responsabilidade de Proteger e a Intervenção Militar na Líbia

Conforme previamente mencionado, a *RtoP* não consiste em instituto de repercussão limitada à AG. A aceitação do citado preceito no âmbito internacional alcança, também, o CS, tendo em vista a utilização do conceito pelo órgão de forma recorrente desde o seu endossamento pela AG. Contudo, até 2011, a *RtoP* era somente empregada em resoluções como mecanismo de pressão para que os Estados concretizassem seu dever de proteção da população de seu território.

A situação foi alterada, entretanto, após a crise na Líbia. Segundo Bellamy e Williams⁴¹, o conflito líbio despontou de forma abrupta e com célere progressão, surpreendendo a Comunidade Internacional, posto que nenhuma entidade identificou, antecipadamente, sinais de iminente conflito no país que colocaria em risco a população deste. Assim, a hostilidade na Líbia resultou da expansão do clima de revolta política (“Primavera Árabe”), servindo as insurreições na Tunísia e no Egito como catalisadores da crise⁴². No que diz respeito ao conflito no Estado em exame, a instabilidade foi intensificada pela existência do grupo de oposição “Conselho Nacional de Transição” (CNT), composto por civis insatisfeitos e por transfugas do governo nacional⁴³.

Dos embates entre tais grupos resultou a guerra interna na Líbia para fazer prevalecer o domínio político no Estado. Ocorre que, desde o seu princípio, foi observado imenso potencial de destruição do conflito, em razão das mani-

³⁹ Global Centre for the Responsibility to Protect, “UN Security Council Resolutions Referencing R2P”. Disponível em, <http://www.globalr2p.org/resources/335>. [20/11/2015].

⁴⁰ Conselho de Segurança. Resolução nº 1653 (2006). Disponível em, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1653\(2006\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1653(2006)). [20/11/2015].

⁴¹ Paul D. WILLIAMS, Alex J. BELLAMY, “The new politics of protection? Côte d’Ivoire, Libya and the responsibility to protect”, *International Affairs*, Vol. 82, nº 4, 2011, pp. 838-846.

⁴² Aqsa MAHMUD, Jillian BLAKE, “The Arab Spring’s Four Seasons, International Protections and the Sovereignty Problem”, *Penn State Journal of Law and International Affairs*, Vol. 3, Issue 1, p. 188.

⁴³ Paul D. WILLIAMS, Alex J. BELLAMY, *ob. cit.*, p. 838.

festações de violência das forças armadas, através da realização de assassinatos de centenas de civis e da efetuação indiscriminada de bombardeios em áreas do país⁴⁴. Assim, a gravidade do citado conflito à população do Estado e o seu potencial de piora resultou em demonstração de preocupação pela ONU e as organizações da região⁴⁵ do conflito (que influenciaram intensamente as decisões do CS sobre a implementação de medidas para conter a crise no Estado⁴⁶). Tal inquietação foi robustecida pelas constatações de crimes contra a humanidade no país⁴⁷.

O CS ao analisar a situação dos conflitos na Líbia adotou, inicialmente, resolução⁴⁸ para contenção dos efeitos da crise sobre a população do Estado sem, contudo, autorizar intervenção militar. Entretanto, por ter persistido e piorado os efeitos do conflito sobre a população da Líbia, o citado órgão editou a Resolução nº 1973 (2011)⁴⁹, em que foi determinado “*no-fly zone*” no território líbio, ordenado imediato cessar-fogo e fim da violência contra civis, e definida, para proteção destes indivíduos, o uso de todos os meios necessários. A mencionada decisão estabeleceu, ainda, a exclusão de ocupação estrangeira na Líbia, e foi aprovada, sem votos contrários, por dez votos a favor, e abstenções do Brasil, China, Rússia, Índia e Alemanha⁵⁰.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Liga do Estados Árabes, Conselho de Segurança e Paz da União Africana, Conselho Regional do Golfo, Organização da Cooperação Islâmica, e a Liga Árabe manifestaram preocupação com a situação da Líbia, ou seja, Reuters, 22/02/2011, “*Arab League suspends Libya delegation*”. Disponível em, <http://www.reuters.com/article/2011/02/22/libya-protests-league-idUSLDE71L2GK20110222>. [05/05/2015]. African Union. Peace and Security Council. Communique of the 261st Meeting of the Peace and Security Council, 23/02/2011. Disponível em, <http://www.peaceau.org/uploads/psc-communicue-on-the-situation-in-libya.pdf>. [05/05/2015]. Agence France-Presse. AFP Report, 07/03/2011, “*Statement by the GCC Concerning Libya*”. Disponível em, http://www.lcil.cam.ac.uk/sites/default/files/LCIL/documents/arabspring/libya/Libya_13_AFP_Report.pdf. [06/05/2015]. Reuters, 09/03/2011, “*Analysis, West wins some backing for Libya zone, needs more*”. Disponível em, <http://www.reuters.com/article/2011/03/09/us-libya-noflyzone-diplomacy-idUSTRE7283OI20110309>. [15/05/2015].

⁴⁶ Paul D. WILLIAMS, Alex J. BELLAMY, *ob. cit.*, p. 839.

⁴⁷ Paul D. WILLIAMS, Alex J. BELLAMY, *ob. cit.*, p. 838.

⁴⁸ Conselho de Segurança. Resolução nº 1970 (2011). Disponível em, <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Libya%20S%20RES%201970.pdf>. [06/05/2015].

⁴⁹ Conselho de Segurança. Resolução nº 1973 (2011), 17/03/2011. Disponível em, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973(2011)). [06/05/2015].

⁵⁰ Conselho de Segurança. Press release, 17/03/2011, “*Security Council Approves ‘No-Fly Zone’ over Libya, Authorizing ‘All Necessary Measures’ to Protect Civilians, by Vote of 10 in Favour with 5 Abstentions*”. Disponível em, <http://www.un.org/press/en/2011/sc10200.doc.htm>. [06/05/2011].

A supracitada resolução consistiu na primeira decisão do CS em que a *RtoP* foi expressamente aplicada como fundamento à aprovação do uso de força para fins humanitários⁵¹. Nesse sentido, a OTAN agiu, realizando ingerência militar para tutelar a população líbia, contudo, os ataques realizados pela organização à Líbia causaram certa hesitação aos membros da Comunidade Internacional, pois a operação foi efetuada dentro do território do país e, em meio as hostilidades, foi bombardeado um prédio em Trípoli, assassinando os netos e o filho de Gaddafi. O órgão justificou o ataque argumentando que o imóvel consistia em centro de controle do exército do Estado, sendo, portanto, objeto legítimo de ataque, e que as mortes de tais indivíduos não implicavam em objetivo da operação⁵².

Em 23/10/2011, após o reconhecimento, pela AG, do grupo de oposição ao governo como representante da Líbia na ONU em 2012, do assassinato de Gaddafi pelos integrantes de tal facção, e consequente declaração de liberação da Líbia pelo CNT, o CS decidiu aprovar a Resolução nº 2016 (2011)⁵³, determinando o fim da autorização ao uso de força no território líbio. Nesse contexto, a OTAN declarou que a sua missão seria finalizada em 31/10/2011⁵⁴.

A intervenção militar em comento foi objeto de críticas⁵⁵, principalmente, em relação à *RtoP*: enquanto parte dos Estados (França, Reino Unido, México, e EUA, etc.) se manifestaram favoráveis a ingerência com base no instituto citado, consistindo a ingerência em adequado exercício da *RtoP* pela Comunidade Internacional; outra parcela mostrou-se contrária à utilização da *RtoP* como fundamento à intervenção militar, alegando que a medida foi convertida em interferência em guerra civil para promoção de troca de regime⁵⁶. Nesse sentido, a revelação dos presidentes dos EUA e da França, e do primeiro-ministro do Reino Unido, após início da intervenção, sobre a incompatibilidade de Gaddafi com o futuro da democracia na Líbia⁵⁷, comprovou que a mudança de regime consistiu

⁵¹ Veronika HAÁSZ, “The current and future relevance of the ‘responsibility to protect’ doctrine - The case of Libya”, *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata*, Vol. 150, 2012, p. 76.

⁵² Mehrdad PAYANDEH, “The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, Issue 2, 2012, pp. 379-380.

⁵³ Security Council. Resolution nº 2016 (2011), 27/10/2011. Disponível, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2016\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2016(2011)). [06/05/2015].

⁵⁴ North Atlantic Treaty Organization. *Operational Media Update, NATO and Libya*. Disponível em, http://www.nato.int/cps/en/natohq/news_71994.htm. [27/11/2015].

⁵⁵ Christopher MICHAELSEN, David BERMAN, “Intervention in Libya, Another Nail in the Coffin for the Responsibility-to-Protect?”, *International Community Law Review*, Vol. 14, Issue 4, 2012, p. 352.

⁵⁶ Mehrdad PAYANDEH, *ob. cit.*, 2012, p. 380.

⁵⁷ Mehrdad PAYANDEH, *ob. cit.*, 2012, p. 382.

em finalidade da intervenção militar aprovada, confirmando o receio de membros da Comunidade Internacional à implementação de uso de força neste caso.

Como resultado de tal percepção, observou-se maior hesitação em relação ao exercício da *RtoP* pela Comunidade Internacional à crise na Síria, de violência e intercorrências superiores em relação à Líbia⁵⁸. Ademais, tal receio originou, ainda, recomendação do Brasil à adoção da Responsabilidade ao Proteger⁵⁹ (uma reapreciação da *RtoP* através de imposição critérios mais rígidos ao uso da força). Tal sugestão cristalizou, entre os membros da Comunidade Internacional, o incômodo decorrente da utilização de motivação lícita, em resolução do CS, para promoção de comportamento não respaldado pelo direito internacional (mudança de regime)⁶⁰ no caso da Líbia.

3. Considerações finais

Ante o exposto, a *RtoP*, ao promover a uniformização da compreensão da soberania em consonância com a atmosfera cooperativa (decorrente da percepção de interdependência dos membros da Comunidade Internacional e coerente com os valores provenientes da globalização), foi bem recebida pelos sujeitos de direito internacional, possibilitando a atuação destes em situações de crises humanitárias em situações nas quais os Estados se mostram incapazes ou inábeis de enfrentar. Entretanto, apesar da evolução do direito internacional demonstrar que foram ultrapassados os obstáculos jurídicos à atuação da Comunidade Internacional, embaraços de natureza prática, como a vontade política e intenção de membros do Conselho de Segurança, dificultam a viabilidade e aproveitamento da responsabilidade de proteger e, ainda, impedem o seu desenvolvimento ao promover desconfiças entre os membros da Comunidade Internacional. Assim, por exemplo, questões referentes à informalidade do CS, impossibilidade de controle dos fundamentos de decisões do órgão, e os aspectos do processo decisório acarretam na percepção de ilegitimidade deste pelos demais Estados-Membros da ONU, prejudicando o desenvolvimento do instituto e resultando na persistência de um clima de desconfiança no que diz respeito ao funcionamento do CS.

⁵⁸ Brighton HASLETT, “No Responsibility for the Responsibility to Protect, How Powerful States Abuse the Doctrine, and Why Misuse Will Lead to Disuse”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 40, Issue 1, 2014, pp. 199-202.

⁵⁹ Maria Luíza Ribeiro VIOTTI, Letter dated 9 November 2011 from the Permanent Representative of Brazil to the United Nations addressed to the Secretary-General, *Document A/66/551-S/2011/701*, 11/11/2011, p. 3. Disponível em, http://www.dgyn.de/fileadmin/user_upload/DOKUMENTE/English_Documents/Concept_Paper_Brazil.pdf. [08/05/2015].

⁶⁰ Romualdo BERMEJO GARCÍA, “La Protección de la Población Civil en Libia como Coartada para Derrocar un Gobierno”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 27, 2011, p. 39-p. 40.

Portanto, no que diz respeito à responsabilidade de proteger, observa-se que, apesar do unânime endossamento do instituto pela AG, o maior obstáculo ao desenvolvimento e implementação da *RtoP*, atualmente, reside no funcionamento e composição do CS, tendo em vista a alta discricionariedade do órgão para aplicação da doutrina, em razão da ausência de critérios objetivos para autorização do uso de força pelo órgão, o que atribuiria maior credibilidade e transparência às decisões deste.

Nesse contexto, para que a *RtoP* seja, de fato, implementada de forma bem-sucedida, ou seja, de forma a viabilizar seu desenvolvimento e maior consolidação no âmbito internacional, deve ser concretizado maior esforço no aprimoramento de mecanismos que garantam a aplicação do instituto em consonância com os seus fundamentos e com a sua finalidade, ou seja: a efetiva proteção do ser humano.

A responsabilidade internacional do Estado por factos ilícitos à luz do Projeto da CDI

Rita Guimarães Fialho d'Almeida¹

Abstract: A responsabilidade internacional constitui um dos aspetos mais relevantes das relações internacionais, tendo vindo a sofrer transformações estruturais desde 1945, a par do desenvolvimento e densificação do Direito Internacional.

A respeito das alterações mais significativas registadas nos últimos anos no regime da responsabilidade internacional clássica assistiu-se, no essencial, a um trabalho de codificação do regime de responsabilidade internacional já existente, com especial destaque para o Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade internacional dos Estados por factos ilícitos.

Sem ter a pretensão de esgotar o tema em apreço, procurar-se-á mencionar e problematizar alguns daqueles que pensamos ser os aspetos essenciais em relação ao Projeto em apreço, aludindo, do mesmo passo, aos resultados que, neste domínio, foram sendo avançados pela doutrina.

Naturalmente a nossa reflexão não esgotará todas as questões que podem e devem ser suscitadas, reclamando a temática um contínuo aprofundamento dos dados ora lançados, sobretudo se atendermos a que esta é uma época marcada pelo desenvolvimento do direito tradicional e por constantes mutações a nível do globo, que compreensivelmente não deixam de atuar também neste domínio, acalentando novas incertezas. Mas se com ela conseguirmos chamar a atenção para dados aspetos essenciais e lançado alguns argumentos para o debate teremos o nosso objetivo por alcançado.

¹ Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (área de Ciências Jurídico-Em-presariais); Bolseira de Investigação da FCT (até 31 de dezembro de 2015)

Considerações introdutórias

A responsabilidade internacional constitui um dos aspetos mais relevantes das relações internacionais², tendo vindo a sofrer transformações estruturais desde 1945, a par do desenvolvimento e densificação do Direito Internacional³.

A respeito das alterações mais significativas registadas nos últimos anos no regime da responsabilidade internacional clássica assistiu-se, no essencial, a um trabalho de codificação do regime de responsabilidade internacional já existente, o qual teve início com a Sociedade das Nações (SDN) e logrou posteriores desenvolvimentos graças à Assembleia Geral das Nações Unidas (AG), cujas iniciativas conduziram à criação da Comissão de Direito Internacional (CDI)⁴.

Apesar das múltiplas críticas, o trabalho da CDI, em particular o Projeto sobre a responsabilidade internacional dos Estados por factos ilícitos (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*)⁵, revelou-se deveras importante.

Em boa verdade, graças aos esforços de codificação da CDI, “a responsabilidade internacional ficou colocada no plano das relações de Estado a Estado (como já estava), sem quaisquer restrições de ordem material (como ainda não tinha estado)”⁶; o mesmo é dizer, passou a cobrir todas as relações de responsabilidade entre Estados, em contraposição à linha anteriormente seguida, segundo a qual o direito da responsabilidade se limitava “à repercussão simbólica na esfera

² Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional, evolução na tradição», *Revista da Ordem dos Advogados* [em linha], Vol. II, Ano 66 (Set. 2006) [acedido a 2 de Dez. 2015], disponível na internet, http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=50874&idsc=50879&ida=50904.

³ Ver, em termos gerais, Olexandra ZAYTSEVA, «Responsabilidade internacional dos Estados, Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos», *JURISMAT* [em linha], n.º 4 (2014), pp. 369-371 [acedido a 2 de Dez. 2015], disponível na internet, http://recil.grupulusofona.pt/bitstream/handle/10437/6396/jurismat4_369-390.pdf?sequence=1.

⁴ Para uma breve resenha história acerca da codificação do Direito Internacional, ver J. da Silva CUNHA, *Direito Internacional Público, Introdução e Fontes*, 5.ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pp. 289-293.

⁵ Instrumento de *soft law*, o Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade internacional dos Estados por factos ilícitos foi adotado na sua 53.ª Sessão (2001) [acedido a 2 de Dez. 2015], disponível na internet, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf&lang=EF.

dos Estados das relações conflituais que um indivíduo pudesse ter num ou com um Estado estrangeiro”⁶.

Como logo se vê, este movimento de codificação se apresenta mais como um resultado de compromisso do que um instrumento determinante de modernização do direito de responsabilidade internacional⁷.

Sem ter a pretensão de esgotar o tema em apreço, procurar-se-á mencionar e problematizar alguns daqueles que pensamos ser os aspetos essenciais, a respeito do Projeto a que *supra* se aludiu, mencionando, do mesmo passo, os resultados que, neste domínio, foram sendo avançados pela doutrina. E se com isso conseguirmos chamar a atenção para dados aspetos essenciais e lançado alguns argumentos para o debate teremos o nosso objetivo por alcançado.

Num primeiro momento, serão analisados os elementos constitutivos do ato internacionalmente ilícito, a saber: o elemento subjetivo, respeitante à imputação da conduta ao Estado, segundo o Direito Internacional; e o elemento objetivo, cujo preenchimento impõe que aquela conduta constitua uma violação de uma obrigação internacional do Estado.

Segue-se a referência às situações em que à prática de um ato típico não se faz corresponder a sua ilicitude, por ser praticado ao abrigo de uma das causas de exclusão da ilicitude, as quais, não extinguindo embora a obrigação, fornecem uma justificação da violação de uma obrigação internacional. Cuidaremos aqui, em especial, do estado de necessidade e da legítima defesa.

Embora a culpa e o dano não sejam mencionados no Projeto da CDI, procuraremos depois extrair algumas conclusões das suas estipulações a respeito daqueles dois elementos.

Por fim, a nossa atenção dirige-se para as consequências dos atos internacionalmente ilícitos, chamados à colação respeitado que seja o denominado princípio do “esgotamento dos recursos internos”.

Logo no artigo 1.º do Projeto da CDI se estabelece o princípio geral de que todos os atos praticados por um Estado, considerados internacionalmente ilícitos, dão lugar à responsabilidade internacional desse Estado. E isto, quer esteja em causa uma ação, quer a omissão de um comportamento exigido a um determinado Estado⁸.

⁶ J. Alberto Azeredo LOPES, «A Responsabilidade Internacional do Estado, entre Codificação e Realidade», in *Nação e defesa, nova ordem jurídica internacional?, Nação e Defesa, Nova ordem jurídica internacional* [em linha] Instituto da Defesa Nacional, n.º 97, primavera 2001, 2.ª Série [acedido a 2 de Dez. 2015], disponível na internet, <http://www.idn.gov.pt/index.php?mod=1321&cod=97#sthash.DIWCrY9C.dpbs>, pp. 63-64.

⁷ J. Alberto Azeredo LOPES, «A Responsabilidade Internacional do Estado...», cit, p. 65.

⁸ Olexandra ZAYTSEVA, «Responsabilidade internacional dos Estados...», cit., pp. 373, 375 e 387.

Nos termos do artigo 2.º do Projeto da CDI, são dois os elementos constitutivos do ato internacionalmente ilícito, a saber: a conduta é atribuível ao Estado, segundo o Direito Internacional – o denominado elemento subjetivo; e essa conduta constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado – elemento objetivo. Passemos então à análise destes dois elementos.

1. O elemento subjetivo

Este elemento da responsabilidade internacional encontra-se desenvolvido nos artigos 4.º a 11.º, do Projeto da CDI, onde se prevê a imputação dos atos aos Estados, em moldes idênticos aos do regime da responsabilidade internacional clássica, embora com algumas variações dignas de nota.

No respeitante aos atos hostis de indivíduos ou grupos de pessoas, a orientação predominante aponta no sentido de que o Estado que exerce o controlo sobre um território deve responder em razão da violação do seu dever internacional de prevenção ou mesmo de resposta do ponto de vista penal em relação a esses atos⁹ – o denominado princípio da diligência devida¹⁰.

Os pilares das regras de imputação do Projeto da CDI, imagem fiel do Direito Internacional vigente, não devem ser compreendidos como postulados pré jurídicos munidos de uma lógica absoluta, mas antes como autênticos princípios jurídicos de Direito Internacional que se alicerçam, nomeadamente, na prática diplomática e na jurisprudência internacional. Daí que outra resposta, pelo menos no plano teórico, seria possível¹¹.

a circunstância de um Estado assumir, direta ou indiretamente, um ato ilícito, nenhuma razão se vislumbra para a ordem internacional adotar posição distinta, devendo então entender-se como adquirida a atribuição pela prática desse ato¹².

Embora a intervenção do Direito Internacional a respeito da imputação dos atos ilícitos aos Estados seja considerada autónoma das considerações do direito interno do Estado em causa, a verdade é que o Direito Internacional sempre há de atender a uma situação objetiva e firmar a responsabilidade internacional na base de uma regulamentação limitativa de imputação usualmente trilhada pelo direito interno. De resto, muitas vezes, a imputação de um ato a um Estado

⁹ Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional...», *cit.*

¹⁰ Ver as Sentenças do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) nos casos do estreito de Corfu, entre a Grã-Bretanha e a Albânia, a 9 de abril de 1949, e do pessoal diplomático e consular dos Estados-Unidos no Irão, a 24 de maio de 1980.

¹¹ Nuno Ferreira, «A responsabilidade internacional...», *cit.*

¹² *Ibidem.*

mais não é do que o reconhecimento, no plano internacional, do direito à auto-organização¹³.

A propósito do elemento subjetivo, o artigo 5.º vem ainda imputar ao Estado todos os atos daqueles que exerçam verdadeiramente na sua ordem interna prerrogativas de poder público, sejam estes órgãos (formais ou de facto) do Estado ou de coletividades públicas territoriais, entidades públicas paraestatais, pessoas morais ou físicas habilitadas e mesmo pessoas privadas. Porém, situações existem em que não se pode afirmar a responsabilidade internacional senão nos termos previstos para os comportamentos de indivíduos, quais sejam aquelas em que entidades públicas territoriais intentam o interesse público sem usar o seu poder público, posicionando-se, por isso, em igualdade com os particulares. Em relação aos atos das coletividades públicas territoriais, estabelecimentos públicos e empresas públicas que atuam no âmbito do Direito Privado, a regra é a de não serem imputados os seus atos ao Estado, por estarem em causa entidades independentes do seu aparelho orgânico. Ressalvados hão de ser os casos em que estas entidades pratiquem os respetivos atos em posição de subordinação hierárquica na organização estatal¹⁴.

Situações existem em que se consagra um regime especial, no sentido de se excluir a imputação ao Estado, para efeitos de responsabilidade internacional, dos comportamentos regulados pelo Direito Privado dos órgãos estatais ou por entidades deles dependentes, por equiparação aos comportamentos dos particulares^{15/16}.

Embora a imputação ao Estado dos atos praticados, pelos seus órgãos, *ultra vires* (ou seja, fora das respetivas competências ou em contravenção das instruções que lhes são destinadas), já resultasse do regime clássico da responsabilidade internacional, a CDI imprimiu um ligeiro desenvolvimento ao não distinguir situações extremas que constituiriam exceções. Por outras palavras, ainda que o órgão exerça funções absolutamente estranhas às suas, os seus atos hão de ser imputáveis ao Estado. Seja como for, a imputação apenas terá lugar quando o órgão atue na sua qualidade oficial, não já quando o indivíduo-órgão atue na qualidade de privado e o seu comportamento não apresente qualquer ligação, mesmo aparente, com as funções do órgão¹⁷.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Pense-se, a título exemplificativo, na derrogação das regras gerais do Direito Internacional no âmbito do Direito do Mar.

¹⁷ Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional...», *cit*.

O princípio de que todos os comportamentos dos órgãos de Estado agindo na sua qualidade lhe são imputáveis é aplicável ainda que o órgão atue fora da sua esfera territorial, salvo quando este se encontre à disposição de um outro Estado (artigo 6.º). Esta afirmação não prejudica a hipótese de dupla imputação nos casos em que se conclua pela cumplicidade na prática do ato ilícito (artigo 16.º), nem tão-pouco a possibilidade de o ato ser imputado a um Estado terceiro por este ter exercido coação ou poder de direção ou controlo (artigos 17.º e 18.º)¹⁸.

A respeito das circunstâncias em que os atos de indivíduos são imputáveis, podemos concluir que ao Estado acabam por ser tão-só imputados os seus próprios atos (não ter impedido, bloqueado ou reprimido o indivíduo ou mesmo tê-lo encorajado ou ajudado), embora estes sejam colocados em evidência pelos dos indivíduos^{19/20}. O posicionamento do ato danoso do indivíduo na esfera de jurisdição estrita do Estado é condição necessária, embora insuficiente, para a imputação do ato a este. Com efeito, ante um comportamento humano donde possa emergir a responsabilidade internacional, necessário se torna averiguar se se trata de um ato de um indivíduo com a qualidade de órgão de Estado e, em caso negativo, se se trata de um ato praticado em nome do Estado. Caso não seja, deve questionar-se sobre se esse ato foi permitido ou tolerado pelo comportamento de órgãos *de iure* ou de facto do Estado. E em caso de resposta positiva a qualquer destas questões, o ato será imputável ao Estado²¹.

A par destas considerações, há que assinalar que, embora a localização no território nacional seja, em regra, uma condição necessária para o ato do indivíduo ser imputável ao Estado, situações existem em que essa condição é prescindível, quais sejam aquelas em que a regra internacional recai sobre o controlo a ser exercido sobre uma atividade e não sobre um espaço²². De resto, esta

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Ver, a título exemplificativo, a segunda sentença do TIJ no caso Nicarágua-Estados-Unidos, de 27 de junho de 1986.

²⁰ Muito embora o indivíduo seja reconhecido como sujeito de Direito Internacional, (ainda) não detém o pleno direito de reclamar diretamente a proteção judiciária internacional. Esta orientação deve-se ao facto de o ser humano, qualquer que ele seja, depender do seu Estado, que o representa e protege na ordem internacional, mesmo que com interesses de carácter pessoal distintos; o mesmo é dizer, ser o Estado quem tem o direito a uma reclamação internacional no caso de um dos seus nacionais sofrer um dano no estrangeiro. Neste sentido, Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional...», *cit*.

²¹ *Ibidem*. Daqui retira o autor o carácter residual da disposição do artigo 9.º, a respeito do comportamento adotado na ausência ou omissão das autoridades oficiais.

²² Pense-se nas áreas do Direito da Mar e da Aeronáutica Internacional, embora os comportamentos ilícitos de navios no mar alto ou no mar territorial de outro Estado não sejam imputáveis ao Estado, aqueles podem apontar para o incumprimento por parte deste das obrigações de regulamentação, vigilância e controlo sobre as atividades marítimas empreendidas por navios privados.

orientação da imputação ao Estado de atos de indivíduos evidencia também a emergência de cooperação internacional²³.

Cumpra também assinalar que a responsabilidade de um Estado em razão de atos de outro(s) Estado(s) assenta, não na soberania ou título de legitimidade, mas antes na autoridade efetiva, quer esta se baseie em circunstâncias ilegais, quer em conformidade com o Direito Internacional²⁴.

Na linha das considerações antecedentes, podemos concluir que a tendência registada é a de serem imputados aos Estados, em um maior número de situações, os atos dos seus órgãos ou de outros. Esta circunstância é particularmente evidente no Direito da Cooperação e advém sobretudo da consciência, por parte dos Estados, da ameaça, para a segurança da Comunidade Internacional, de determinados atos privados contrários a normas internacionais em relação a atividades tidas, por uma ou outra razão, como de alto risco²⁵.

Outra tendência, iniciada com as situações criadas pelas forças de manutenção da paz da Organização das Nações Unidas (ONU) e correspondentes problemas relativos à responsabilidade pela conduta dos seus membros, prende-se, como logo se vê, com a progressiva imputação de atos ilícitos internacionais a Organizações Internacionais, cuja responsabilidade internacional se relaciona com a capacidade de atuarem nas relações internacionais e por esta limitada²⁶.

Por tudo o exposto, as regras de imputação não constituem, no Direito Internacional atual, um corpo único e coerente de princípios. E isto em resultado de fenómenos de estratificação normativa, divergências doutrinárias e legais e tamanho do aparelho orgânico dos Estados modernos em resposta às exigências do meio social internacional²⁷.

2. O elemento objetivo

Como vimos, o elemento objetivo traduz-se na ilicitude da conduta, ou seja, na contrariedade ou violação de uma obrigação internacional.

²³ Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional...», *cit.*

²⁴ *Ibidem*. Neste contexto, o autor assinala ainda o facto de a responsabilização do Estado que detém o controlo efetivo ser particularmente relevante no âmbito do Direito da Guerra e Direito Humanitário.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*. Ver também Olexandra ZAYTSEVA, «Responsabilidade internacional dos Estados...», *cit.*, pp. 386-387.

²⁷ Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional...», *cit.*

Fruto de evoluções verificadas no Direito Internacional, domínios anteriormente excluídos – como sejam as atividades espaciais de particulares, as atividades no espaço extra-atmosférico e domínios conexos, como as emissões de televisão por satélite, uso de energia nuclear, exploração do ambiente e atividades transnacionais – são agora objeto da responsabilidade internacional por atos ilícitos. Objetos de desenvolvimento têm sido também os Direitos do Mar, da Guerra e do Homem.

Aludindo agora ao trabalho de codificação empreendido pela CDI a respeito do elemento objetivo da responsabilidade internacional, a mesma sublinhou essencialmente a relevância do ato ilícito em detrimento do dano e da reparação. Na realidade, o dano consequente da violação de uma obrigação é independente das suas consequências económicas ou materiais, para além de que o motivo último da responsabilidade internacional é o incumprimento de um direito de outro Estado. Desta feita, embora isso não represente um menor significado do dano²⁸, o mesmo acaba por se confundir com a violação da obrigação²⁹.

Muitos temas importantes no domínio da responsabilidade internacional clássica são igualmente contemplados no Projeto da CDI, a saber: a indiferença em relação à origem da obrigação violada (artigo 12.º)³⁰, a acuidade do posicionamento temporal da violação (artigo 14.º), a cumplicidade e a coação num ato ilícito (artigos 16.º e 18.º) e as circunstâncias de exclusão da ilicitude (artigos 20.º a 27.º).

Porém, alguns desenvolvimentos são aqui dignos de registo³¹. Desde logo, no artigo 14.º distinguem-se o momento e a duração da violação: em se tratando de um ato ilícito que ocorre num dado momento, a violação da obrigação só se dá nesse momento, mesmo que os seus efeitos se prolonguem (n.º 1); em se tratando de um ato ilícito de carácter contínuo, a violação da obrigação ocorre no momento inicial e estende-se pelo período em que o ato ilícito se mantém (n.º 2); em se tratando de obrigação para prevenção de determinado evento, a violação tem início quando o evento em causa ocorre e estende-se enquanto este continuar (n.º 3).

²⁸ Neste contexto, importa assinalar ser o dano moral ou jurídico que carece ser compensado.

²⁹ Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional...», *cit.*

³⁰ De realçar que o artigo 12.º não define de onde deve provir a obrigação do Estado, antes determina que a mesma pode ser de qualquer origem ou natureza. Daí que entendamos que a norma seja passível de interpretação extensível, no sentido de admitir que a obrigação possa ser estabelecida por costume internacional, por um tratado, por um princípio geral e, mesmo, provir de um ato unilateral, de um acórdão do Tribunal Internacional de Justiça ou de uma decisão de um órgão de uma organização internacional. No mesmo sentido, Olexandra ZAYTSEVA, «Responsabilidade internacional dos Estados...», *cit.*, p. 378.

³¹ Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional...», *cit.*

3. Causas de exclusão da ilicitude

Situações existem em que a prática de um ato típico pode não significar a sua ilicitude, por ser praticado ao abrigo de alguma das causas de exclusão da ilicitude, as quais, não extinguindo embora a obrigação, fornecem uma justificação da violação de uma obrigação internacional.

Por brevidade de exposição, cuidaremos aqui apenas das algumas alterações que o Projeto da CDI introduziu no regime^{32/33}. Desde logo, a exclusão da ilicitude não tem lugar se a obrigação em causa resultar de uma norma imperativa de Direito Internacional Comum (artigo 26.º).

No respeitante ao estado de necessidade, importa assinalar que o mesmo só pode ser invocado como causa de exclusão da ilicitude nos casos em que o ato tenha sido o único meio de salvaguardar um interesse essencial do Estado, contra um perigo grave e iminente, e não tenha atentado gravemente um interesse essencial do Estado para quem a obrigação existia (artigo 25.º, n.º 1), mas nunca quando a obrigação internacional em causa excluir a possibilidade de invocar o estado de necessidade ou o próprio Estado tiver contribuído para essa situação (n.º 2).

Por seu turno, a legítima defesa só exclui a ilicitude de um ato quando o mesmo representar uma medida legítima de autodefesa nos termos do artigo 51.º da Carta das Nações Unidas³⁴: um membro da ONU tem de ter sido objeto de agressão armada; a legítima defesa só pode ser exercida até o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CS) tomar as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais; as medidas de legítima defesa tomadas têm de ser imediatamente comunicadas ao CS e “não deverão, do modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade” conferidas ao Conselho “para levar a efeito, em qualquer momento, a ação que julgar necessária”.

Tendo em conta a disposição em apreço, podemos concluir por uma atitude “conservadora” do Projeto em relação à legítima defesa, enquanto causa de exclusão da ilicitude e, ao mesmo tempo, de desconfiança a respeito das con-

³² No contexto do Direito Internacional tradicional, podemos enunciar as seguintes causas de exclusão de ilicitude, consentimento, dentro de certos limites; represálias, enquanto exercício do direito à autodefesa ou autotutela e sempre subordinadas a limites de proporcionalidade e respeito pelas normas gerais de Direito Internacional relativas ao uso da força armada e aos princípios humanitários; força maior e caso fortuito, sem prescindir da obrigação de indemnização pelos danos causados, e; legítima defesa.

³³ Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional...», *cit.*

³⁴ *Ibidem*. Noutro entendimento, o direito à legítima defesa é mais amplo do que aquele que está previsto no artigo 51º da Carta das Nações Unidas. Chamando a atenção para este aspeto, Olexandra ZAYTSEVA, «Responsabilidade internacional dos Estados...», *cit.*, pp. 381-382, embora sem tomar posição.

tramedidas, porventura, úteis na defesa de interesses comunitários violados. Ademais, a experiência relativamente a Estados infratores revela que, apesar da eficácia, no sentido da extensão e concretização de determinadas medidas, como sejam as de embargo gerais, a ineficácia, sob o ponto de vista da modificação do comportamento do Governo do Estado infrator no sentido imposto pelo CS, ainda se conserva³⁵.

4. A culpa e o dano

Embora o elemento da culpa não seja aludido no Projeto da CDI³⁶, algumas conclusões se podem extrair das suas estipulações. Assim, o artigo 23.º, ao estabelecer que a ilicitude de um ato por motivos de força maior é excluída, abre portas para a culpa (ou ausência dela) do Estado autor do facto ilícito³⁷. Também a ilicitude da cumplicidade na prática de um ato ilícito pressupõe, não apenas uma ligação de carácter funcional, como psicológico. Daqui decorre a insuficiência do comportamento objetivo e a imprescindibilidade de o mesmo ser determinado por uma intenção do Estado (no seu conjunto e não dos seus funcionários), tudo culminando em diferentes níveis de gravidade dos atos e em maior ou menor grau de dolo³⁸.

Sem prescindir da importância da culpa na determinação das consequências do ato ilícito, a tendência é para não considerar a culpa como um elemento persistente e imprescindível do ato ilícito internacional, tendo em conta a crescente complexidade dos processos de decisão (*v.g.*, casos de desenvolvimento internacional das comunicações e aplicação de tratados de carácter técnico ou económico) e consequente impossibilidade na identificação do órgão oficial com um indivíduo³⁹.

Também o dano não é mencionado pelo Projeto da CDI como elemento da responsabilidade internacional. Porventura, esta omissão resulta da circunstância de, qualquer que seja a violação da obrigação, a mesma acarretar forçosamente um dano, traduzido numa ofensa à ordem jurídica, ainda que não

³⁵ J. Alberto Azeredo LOPES, «A Responsabilidade Internacional do Estado...», *cit.*, pp. 71-72.

³⁶ De resto, como assinala Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional...», *cit.*, nota (47), a própria consideração da culpa enquanto elemento da responsabilidade internacional dos Estados por factos ilícitos sempre foi discutível.

³⁷ Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional...», *cit.*

³⁸ *Ibidem*. Neste contexto, o autor chama, porém, a atenção para as dificuldades práticas deste raciocínio, a respeito da averiguação do grau de culpa.

³⁹ *Ibidem*.

se registre um dano material ou moral, ou qualquer dano visível ou direto, como a anulação de um ato ilícito e mesmo o pagamento de uma indemnização⁴⁰.

No domínio dos direitos humanos e da proteção do ambiente, o dano pode também assumir relevância na avaliação e qualificação de um ato ilícito, se atendermos a que, nestes domínios, o carácter criminoso das violações só pode ser invocado se houver danos elevados⁴¹.

5. As consequências dos atos internacionalmente ilícitos

A segunda parte do Projeto da CDI trata das consequências do ato ilícito internacional, concretamente das obrigações de pôr termo ao ilícito, de reparação e satisfação e a legitimidade das contramedidas, em moldes idênticos aos do regime clássico da responsabilidade internacional.

Traço fundamental da responsabilidade internacional no respeitante às suas consequências⁴² traduz-se no princípio do “esgotamento dos recursos internos”, no sentido de que, antes da responsabilidade internacional de um Estado se poder afirmar e a reivindicação das respetivas consequências ser admissível, imperioso se torna que todos os remédios legais colocados à disposição pelo direito interno do Estado ofensor à vítima do ato ilícito sejam utilizados, sem prejuízo dos casos em que a responsabilidade surja de forma direta e definitiva, o ato ilícito afete um indivíduo que goze de proteção internacional especial (v.g., representantes de Estado e diplomatas), a aplicação do princípio seja excluída por acordo entre os Estados ou o Estado não disponibilizar vias acessíveis ou eficazes, ou a decisão for mera repetição doutra já tomada. Respeitado o princípio, as consequências podem traduzir-se nas medidas de represália, retorsão, reparação ou satisfação, que melhor se descrevem *infra*.

As medidas de represália constituem atos ao abrigo do direito de autotutela, assegurados pelo próprio Direito Internacional perante a ausência de meios institucionais organizados que garantam a aplicação em toda a sua extensão das obrigações internacionais, e subordinados a um conjunto de condições: não implicarem um confronto armado, nem tão-pouco violações do Direito Humanitário; serem executados de boa-fé e mostrarem-se proporcionais ao ato ilícito; não desconsiderarem ou atrasarem um recurso útil diante uma jurisdição internacional com competência obrigatória de averiguar do ato ilícito e com capacidade de

⁴⁰ *Ibidem*. Em sentido algo diverso, Olexandra ZAYTSEVA, «Responsabilidade internacional dos Estados...», *cit.*, p. 387, remete para a possibilidade de existirem situações em que não há dano e há responsabilidade e vice-versa.

⁴¹ Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional...», *cit.*

⁴² Seguiremos, de perto, Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional, evolução na tradição», *cit.*, nota (52).

adotarem medidas provisórias ou conservatórias; não serem invocados quando exista um regime convencional que estabeleça sanções específicas para violações de um tratado (v.g., caso do Direito Diplomático).

Por retorsão entende-se, por seu turno, o conjunto de medidas que, tendo embora por objeto o mesmo das represálias, não envolvem qualquer prática ilícita. Embora a distinção seja habitualmente evidente, pode suscitar dúvidas nos casos-limite e tem vindo a tornar-se mais ténue, na medida em que o conceito de contramedidas compreende ambas.

Com a reparação (cf. artigo 31.º) tem-se em vista arrear as consequências do ato ilícito e restabelecer a situação que, com toda a probabilidade, existiria, não fosse praticado o ato.

No Capítulo II da Parte II podemos encontrar várias modalidades da reparação⁴³, a saber: a restituição em espécie (artigo 35.º), dirigida à reposição das coisas no estado em que se encontravam antes da lesão; a indemnização (artigo 36.º), utilizada sempre que a restituição em espécie não for possível ou não consiga reparar integralmente os danos, ou se for excessivamente onerosa para o devedor; por fim, a satisfação (art.º 37º), que consiste na compensação devida por danos não materiais, proporcional ao dano sofrido e, em regra, só aplicável quando a restituição em espécie e a indemnização não sejam possíveis ou não sejam suficientes. A satisfação pode traduzir-se no reconhecimento por parte do Estado que este tenha praticado uma violação de uma obrigação internacional, numa expressão de arrependimento, pedido de desculpa ou qualquer outra forma que seja considerada adequada.

Considerações finais

Naturalmente a reflexão aqui empreendida em torno da responsabilidade internacional dos Estados por factos ilícitos não esgota todas as questões que poderiam e podem ser suscitadas, reclamando a temática um contínuo aprofundamento dos dados ora lançados, sobretudo se atendermos a que esta é uma época marcada pelo desenvolvimento do direito tradicional e por constantes mutações a nível do globo, que compreensivelmente não deixam de atuar também neste domínio, acalentando novas incertezas.

O desenvolvimento das relações internacionais, a magnitude da cooperação entre Estados, a crescente complexidade dos compromissos entre os sujeitos de Direito Internacional, assim como os avanços técnico-científicos, impõem esforços acrescidos na adequada regulamentação dos problemas da responsabi-

⁴³ Olexandra ZAYTSEVA, «Responsabilidade internacional dos Estados...», *cit.*, pp. 384-385.

lidade dos Estados, em vista do categórico respeito pelos princípios e normas do Direito Internacional e das obrigações assumidas⁴⁴.

Em poucas palavras, cuidados acrescidos devem, por isso, ser aqui acautelados em ordem a que as evoluções do Direito Internacional, em si mesmo positivos, não acarretem efeitos contrários à integração da ordem jurídica internacional⁴⁵.

⁴⁴ Nuno FERREIRA, «A responsabilidade internacional...», *cit.*

⁴⁵ *Ibidem.*

Questões de Responsabilidade Internacional: Causas de Exclusão da Ilicitude de Atos Internacionais [típicos] do Estado

Roberta Karolenny Rodrigues Alvares¹

Resumo: *De suma relevância para o Direito Internacional Público é o estudo das questões concernentes ao instituto da Responsabilidade Internacional, especialmente em virtude da constante evolução e das modificações estabelecidas no âmbito das relações internacionais. Em vista da magnitude do tema e da necessidade de que se dê a ele a devida atenção, o presente artigo possui como principal objetivo analisar certos atos do Estado que, embora contenham pressupostos essenciais que ensejariam, a princípio, na possibilidade de responsabilização internacional por fatos ilícitos, têm sua ilicitude excluída. Pretende-se desenvolver o artigo a partir dos princípios e normas relativos ao instituto da responsabilidade internacional dos Estados, sobretudo, através de uma pesquisa bibliográfica com base na doutrina e jurisprudência especializadas e no Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts elaborado em 2001 pela Comissão de Direito Internacional (“CDI”) das Nações Unidas. Destarte, o trabalho se iniciará na exposição de noções fundamentais acerca da temática da responsabilidade internacional do Estado por factos ilícitos e de seus pressupostos. Posteriormente, serão feitas breves considerações a respeito da grande relevância do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados da CDI para o tema. Em sequência, apresentar-se-ão noções sobre causas excludentes da ilicitude e examinar-se-ão, à luz do Projeto de Artigos da CDI, as hipóteses de exclusão da ilicitude*

¹ Acadêmica do curso de Direito no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Brasil, em mobilidade internacional na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), Portugal. Membro do grupo de pesquisa Hermenêutica dos Direitos Fundamentais no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Bolsista do Programa de Bolsas de Iniciação Científica e Tecnológica - PIBICT/ CESUPA.

de atos [típicos] do Estado, quais sejam: o consentimento; a legítima defesa; as contramedidas; a força maior; o perigo extremo; e o estado de necessidade.

1. A Responsabilidade Internacional dos Estado

1.1. Conceito e Características

Dentre os institutos do Direito Internacional que têm como função garantir o cumprimento das normas internacionais, através da imposição de sanções aos descumpridores destas, há a responsabilidade internacional. Genericamente, incorre em responsabilidade, e conseqüente dever para com a parte lesada, o sujeito de Direito que viola uma norma ou dever ao qual está vinculado perante outro sujeito de Direito (ou um conjunto de sujeitos) ou, ainda, quando, de alguma forma provoque-lhe(s) prejuízo.²

Para que um ente seja responsabilizado em âmbito internacional, deve ter personalidade jurídica reconhecida. Deste modo, um pressuposto basilar para a atribuição de responsabilidade na esfera internacional é a personalidade jurídica internacional, que os Estados – e organizações internacionais – detêm.

Conforme Celso Duvivier de Albuquerque Mello³, o pressuposto da instituição da responsabilidade é a ideia do sujeito de direito, ou seja, aquele que tem direitos e deveres diante da ordem jurídica internacional. Segundo o autor, ao menos no emprego do sentido moderno do termo, é fundamental para o desenvolvimento das noções de responsabilidade a aceitação da personalidade jurídica do Estado. Portanto,

O estado, por ser uma pessoa jurídica sujeito de direito internacional público, possui direitos fundamentais, o que corresponde a existência de deveres. É a violação de uma norma jurídica internacional que tem o estado como seu destinatário, que é o principal elemento da responsabilidade.⁴

Embora o presente estudo volte-se à responsabilidade internacional do Estado, é importante notar, que, com a evolução das relações estabelecidas na esfera global e o conseqüente alargamento da sociedade internacional a novos

² Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª edição. Cascai, Príncipia Editora, Lda., 2012, p. 345.

³ Celso Duvivier de Albuquerque MELLO, *Responsabilidade internacional do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, 1995, p. 9.

⁴ Idem.

sujeitos de Direito, tanto os Estados quanto as organizações internacionais⁵ respondem internacionalmente pela prática de atos ilícitos, ficando incumbidos de reparar os eventuais danos causados. Destaca-se, neste sentido, o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade das Organizações Internacionais por Atos Internacionalmente Ilícitos da CDI.

De acordo com Silva e Accioly⁶, é incontestável a regra segundo a qual o Estado é internacionalmente responsável por qualquer ação ou omissão que lhe seja imputável e que tenha como resultado a violação de alguma norma jurídica internacional ou obrigação internacional.

A responsabilidade internacional não é conceituada no projeto da CDI, entretanto, ele estabelece seu fato gerador (o ato ilícito) e as obrigações que dela resultam. Nos termos do Artigo 1º do Projeto de Artigos da CDI, “todo ato internacionalmente ilícito de um Estado acarreta a responsabilidade internacional daquele Estado”. A delimitação conceitual da responsabilidade internacional tem vindo a ser concretizada por meio de decisões e pareceres do Tribunal Internacional de Justiça⁷.

Do ato que ensejou a responsabilidade internacional do Estado, origina-se uma obrigação de *reparar* os danos materiais e de *satisfazer* os danos morais provocados ao outro ente estatal que encontra-se juridicamente coordenado e em condição de igualdade.⁸

O instituto ora estudado tem “finalidade reparatória” e “natureza civil”, pois objetiva a reparação de um prejuízo gerado, e não a punição do Estado ou organização internacional⁹. Consoante Moura¹⁰, atualmente, a responsabilidade internacional do Estado é apenas de natureza civil. Nas palavras do autor,

⁵ Ressalta-se o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre o assassinato de Folke Bernadotte em Jerusalém, mediador da Organização da Nações Unidas na Palestina, no qual determinou-se que esta Organização é sujeito de Direito Internacional, portanto, detentora de personalidade jurídica e deveria ser reparada adequadamente pelo governo responsável pelo ilícito, em decorrência dos danos sofridos. Cf. Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 558.

⁶ Hildebrando ACCIOLY, Geraldo Eulálio do Nascimento e SILVA, *Manual de Direito Internacional Público*, 15. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 149.

⁷ Miguel Calado MOURA, “Responsabilidade Internacional do Estado”, in Coord. Isabel CABRITA *et. al. Enciclopédia de Direito Internacional*, *cit.*, p. 414.

⁸ Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, *cit.*, p. 556.

⁹ Florisbal de Souza Dell’olmo (2013 *apud* PORTELA, 384). Cf. Paulo Henrique Gonçalves PORTELA, *Direito Internacional Público e Privado*. 5ª ed. rev., ampl., atual. Salvador, Editora Juspodivm, 2013, p. 384.

¹⁰ Miguel Calado MOURA, “Responsabilidade Internacional do Estado”, *cit.*, p. 413.

[...] em 1976, a CDI tinha tomado uma posição unânime no que toca às gradações do acto ilícito internacional, delimitando dois conceitos autónomos mas convergente na óptica da responsabilidade: o “simples delito” e o “crime”. Para a CDI era manifesta a necessidade de subdividir o género “responsabilidade internacional” nas duas tipologias clássicas: a civil e criminal. Este entendimento não procedeu no plano internacional, pois a ideia de um Estado cometer um crime foi uma ideia peremptoriamente rejeitada pelos Estados.¹¹

Segundo Mazzuoli¹², o instituto da responsabilidade internacional possui uma dupla finalidade: uma preventiva e outra repressiva. A preventiva, no sentido de que o instituto coage psicologicamente os Estados a não descumprirem suas obrigações internacionais. A repressiva visa atribuir ao Estado vítima de um prejuízo causado por ato ilícito de outro Estado uma justa e devida reparação.

A responsabilidade encontra-se tanto na esfera do direito interno dos Estados como na ordem jurídica internacional. Uma das características do instituto é que ele se refere apenas a Estados, isto é, ocorre entre um Estado e outro. Em regra, não é possível que um particular, pessoa natural ou jurídica, vítima de um ilícito internacional praticado por certo Estado, solicite reparações internacionalmente. Isto, no entanto, conforme alude Portela¹³, não impede que o Estado do qual a vítima seja nacional formule ao ente estatal supostamente violador pedidos de reparação dos danos ou prejuízos gerados ao seu nacional.

Recorre-se, nesta hipótese, à *proteção diplomática*, concretizada através do mecanismo do *endosso* – conforme o qual o Estado assume a reclamação do particular (vítima), que é seu nacional, contra outro Estado (violador) –, respeitando a certos requisitos: *i*) ser nacional do Estado, em regra; *ii*) esgotamento dos recursos internos; *iii*) conduta correta da vítima.

1.2. Fundamentos

De acordo com Accioly, Silva¹⁴ e Mazzuoli¹⁵, a noção de responsabilidade pauta-se no princípio fundamental da justiça – ou em uma ideia de justiça –, segundo o qual os Estados devem cumprir suas obrigações assumidas internacionalmente e, portanto, estão sujeitos à responsabilização, quer por ações ou omissões a eles imputáveis, que resultem em violações de direito alheio ou de normas jurídicas anteriormente aceitas, conforme as regras do Direito Interna-

¹¹ *Ibidem*, pp. 413-414.

¹² Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, cit., p. 556.

¹³ Paulo Henrique Gonçalves PORTELA, *Direito Internacional Público e Privado*. 5ª ed. rev., ampl., atual. Salvador, Editora Juspodivm, 2013, p. 393.

¹⁴ Hildebrando ACCIOLY, Geraldo Eulálio do Nascimento e SILVA, *op. cit.*, pp. 148-149.

¹⁵ Valerio de Oliveira, MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, cit., p. 559.

cional Público. Aponta Portela¹⁶ que o fundamento da responsabilidade internacional é composto por dois pilares: a) o dever de cumprir as obrigações internacionais acordadas livremente; e b) a obrigação de não causar danos a outrem.

1.3. Classificação: as formas de responsabilidade internacional

A doutrina¹⁷ classifica a responsabilidade internacional com base em critérios distintos. No que diz respeito ao tipo de conduta que leva ao ilícito, pode dar-se por *comissão* ou *omissão*. Quanto ao autor do ato que resulta em responsabilidade, pode ser *direta* (principal) ou *indireta* (subsidiária). No que tange à fonte jurídica violada, pode ser *convencional* ou *delituosa*. Ademais, os atos que ensejam responsabilidade podem ser *ilícitos* ou *lícitos*, em certas situações específicas, sendo objeto de atenção maior deste artigo os atos ilícitos.

1.4. Elementos essenciais

Sintetiza o professor Jorge Miranda¹⁸ que em qualquer ordenamento jurídico, a questão da responsabilidade engloba estes quatro elementos: *i*) A existência de um comportamento; *ii*) A sua imputação (ou imputabilidade); *iii*) o dano; *iv*) O nexo de causalidade.

Existem, portanto, certos requisitos – ou elementos – necessários para a configuração do instituto da responsabilidade internacional do Estado. Mazzuoli¹⁹ e Portela²⁰ listam, conforme a doutrina internacionalista, três: *i*) a prática de um ato ilícito internacional; *ii*) a imputabilidade; *c*) a existência de um prejuízo ou dano.

Para a melhor compreensão do tópico referente às excludentes de ilicitude, é necessário que sejam analisados os três principais elementos que compõem a responsabilidade internacional: o ato ilícito, a imputabilidade e o dano.

¹⁶ Paulo Henrique Gonçalves PORTELA, *op. cit.*, p. 382.

¹⁷ *Cf.*, neste sentido, Celso Duviver de Albuquerque MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 501-502; Paulo Henrique Gonçalves PORTELA, *op. cit.*, pp. 384-385; Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, *cit.*, pp. 564-565.

¹⁸ Jorge MIRANDA, *op. cit.*, p. 349.

¹⁹ Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, *cit.*, p. 562.

²⁰ Paulo Henrique Gonçalves PORTELA, *Direito Internacional Público e Privado*. 5ª ed. rev., ampl., atual. Salvador, Editora Juspodivm, 2013, p. 385.

i) O ato ilícito internacional

O ato ilícito constitui uma conduta comissiva ou omissiva do Estado que gera a violação dos seus deveres ou obrigações internacionais. A atribuição destas condutas associa-se aos atos realizados pelos membros de seus órgãos os quais podem exercer funções em órgãos do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, independentemente das posições estruturais que ocupam na organização dos Estados. Atribuem-se, também, aos Estados os ilícitos internacionais praticados por militares ou agentes que, em não sendo militares ou membros dos órgãos do Estado, dele receberam algum tipo de autoridade²¹.

Nos termos do Artigo 27º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, “Uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado. [...]”. O conceito de ilicitude do ato encontra-se desenvolvido no campo do Direito Internacional e, portanto, o direito interno não pode servir de parâmetro argumentativo para o seu entendimento. Portanto, assinala Mazzuoli²² que “*não serve de exclusão da ilicitude internacional do ato o fato de ser o mesmo ato lícito na ordem jurídica interna do Estado que o perpetrado*” (grifo nosso).

O Artigo 2º do Projeto de Artigos da CDI estabelece os elementos de um ato internacionalmente ilícito, nos termos deste dispositivo

Um acto de um Estado é internacionalmente ilícito quando a sua conduta, consistindo em uma acção ou omissão:

- a) É atribuível ao Estado nos termos do Direito Internacional; e
- b) Constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado.

Ademais, o Artigo 3º do referido projeto designa a caracterização de um ato estatal internacionalmente ilícito, *Ipsis litteris*: “A caracterização de um acto de um Estado como internacionalmente ilícito é feita nos termos do Direito Internacional. Tal caracterização não é afectada pela qualificação do mesmo acto como ilícito internacional.”

Não olvida-se que existem hipóteses de responsabilização internacional por atos não proibidos pelo Direito Internacional (atos lícitos) os quais, no en-

²¹ Miguel Calado MOURA, “Responsabilidade Internacional do Estado”, *cit.*, p. 413.

²² Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, *cit.*, p. 562.

tanto, resultam em consequências prejudiciais²³, embora sua análise não seja o foco primordial da corrente pesquisa.

ii) Imputabilidade

A imputabilidade é o nexó de causalidade entre o ato (comissivo ou omisivo) violador das normas do Direito Internacional e o autor (direto ou indireto) deste fato. Deve haver um vínculo entre o ato violador da norma internacional e o seu o seu responsável²⁴. Estabelece-se, assim, um vínculo jurídico entre o Estado transgressor e o Estado que sofreu os prejuízos causados pela violação²⁵.

Quando a ação ou omissão provém do ente estatal, de seus órgãos ou de seus funcionários, a imputabilidade é chamada de *direta*, quando o ato é praticado por uma pessoa natural ou jurídica vinculada ao Estado ou por ele protegida (como um estado federado), é *indireta*²⁶.

Não confunde-se a imputabilidade, portanto, com a autoria do ato ilícito. Nas palavras de Celso D. Albuquerque Mello²⁷

A imputabilidade é o nexó que liga o ilícito a quem é responsável por ele. O autor do ilícito nem sempre é diretamente responsável por ele perante a ordem internacional; deste modo o Estado é o responsável por ato praticado por seus funcionários. [...]. Os atos são imputáveis porque eles estão vinculados à soberania e ocorreram em seu nome.

iii) Dano

O terceiro elemento indicado por parte da doutrina é a existência de dano ou prejuízo decorrente do ato ilícito de um Estado para outro ente estatal, organização internacional ou pessoa protegida por Estado ou organização inter-

²³ Diversas situações já têm justificado a responsabilidade objetiva ou pelo risco aos Estados, sempre que diretamente reconhecidas por convenções internacionais e conforme a relevância jurídica do risco. Neste sentido, *cf.*, Convenções de Paris (1960) e de Bruxelas (1963) quanto ao transporte marítimo de substâncias nucleares; Convenções de Bruxelas de 1969 e 1971 relativas à poluição do mar e rios por hidrocarbonetos e outras substâncias poluentes; Convenção de Londres-Moscovo-Washington (1972) sobre os danos causados por engenhos espaciais. Destacam-se duas jurisprudências acerca da matéria, o caso da sucessão de Jean-Baptiste Claire e o caso da Fundação Trail. *Cf.* Jorge Bacelar GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*. 2ª edição, atualiz. e ampl. Coimbra, Livraria Almedina, 2004, p. 701.

²⁴ Paulo Henrique Gonçalves PORTELA, *Direito Internacional Público e Privado*. 5ª ed. rev., ampl., atual. Salvador, Editora Juspodivm, 2013, p. 386.

²⁵ Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, *cit.*, p. 563.

²⁶ Paulo Henrique Gonçalves PORTELA, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷ Celso Duviver de Albuquerque MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*, *cit.*, p. 500.

nacional²⁸. O dano pode ter teor material ou moral e deverá ser reparado pelo Estado responsabilizado internacionalmente. Surge da constatação da responsabilidade internacional, a obrigação de reparar.

Há discordância na doutrina internacionalista acerca de questões relativas aos elementos da responsabilidade internacional, entretanto, na presente pesquisa, não serão realizadas análises aprofundadas do assunto²⁹.

1.5. Fontes

Matéria de grandes divergências, ainda hoje, o instituto da responsabilidade internacional do Estado, baseia-se, sobretudo, no costume internacional e na jurisprudência. Reconhecido expressamente como fonte do Direito Internacional Público, nos termos do artigo 38, 1, *b*) do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, o costume internacional é a “[...] prova de uma prática geral aceite como direito”. O Projeto de Artigos da CDI, elaborado em 2001, resultante do direito consuetudinário e de normas pretorianas, constitui importante base de *soft-law* para questão da responsabilidade internacional do Estado³⁰.

2. O Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

Desde sua primeira sessão, em 1949, a CDI incluiu o instituto da responsabilidade internacional dentre as questões que deveriam ser estudadas com vistas à posterior codificação. Em 1955, o professor cubano Garcia Amador, nomeado relator àquela altura, submeteu seis relatórios à Comissão. Em 1962, com o professor italiano Roberto Ago como relator, o tema voltou a ser discutido.³¹

O texto do primeiro projeto (*draft*) de convenção internacional relativa à matéria, baseado nos trabalhos do Professor Roberto Ago, foi aprovado pela CDI em sua 48ª Sessão, em 1996. O texto do projeto originário foi revisto, após a apresentação de considerações a ele por parte de alguns Estados, e, assim, na 53ª Sessão da CDI, em 2001, foi aprovado o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados. Depois de aprovado, o projeto fora encaminhado

²⁸ Paulo Henrique Gonçalves PORTELA, *op. cit.*, loc. cit.

²⁹ Cf., neste sentido, Celso Duviver de Albuquerque MELLO, *op. cit.*, loc. cit.

³⁰ Miguel Calado MOURA, “Responsabilidade Internacional do Estado”, *cit.*, p. 413.

³¹ Cf., neste sentido, Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, *cit.*, p. 559.

do para a Assembleia-Geral da organização da Nações Unidas para a verificação da adoção de seu texto e abertura para as assinaturas e ratificações dos Estados.³²

O *Draft* de Artigos trata de várias questões referentes à matéria. Em sua Parte I, a respeito do “Ato Internacionalmente Ilícito de um Estado”, organiza-se conforme os Princípios Gerais (Capítulo I); a Atribuição da Conduta a um Estado (Capítulo II); a Violação de uma Obrigação Internacional (Capítulo III); a Responsabilidade de um Estado em Conexão com um Ato de outro Estado (Capítulo IV); as Circunstâncias Excludentes de Ilicitude (Capítulo V). A Parte II do projeto trata-se do “Conteúdo da Responsabilidade Internacional do Estado”. A Parte III, da “Implementação da Responsabilidade Internacional de um Estado”. A Parte IV destina-se a “Provisões Gerais”.

Para os fins do presente estudo, limitar-nos-emos, a partir de agora, aos aspectos relevantes para a análise das Excludentes de Ilicitude, utilizando, sobretudo, o conteúdo da Parte I do Projeto de Artigos da CDI e, mais especificamente, do seu Capítulo V.

3. Excludentes de Ilicitude

3.1. Noções e Conceito

Para a configuração responsabilidade internacional do Estado, deve ser verificada a inexistência de causas excludentes de ilicitude, que podem ocorrer em certas hipóteses descritas a seguir, as quais tornam o ato lícito.

A ilicitude internacional implica no descumprimento de deveres ou de obrigações internacionais a que o Estado encontra-se vinculado. Via de regra³³, ao ser configurado o ato típico descrito no diploma legal, há grandes chances de sua ilicitude. No entanto, excepcionalmente, quando da incidência de alguma excludente de ilicitude, embora típico, o ato não será considerado ilícito, não ensejando na responsabilidade do Estado.

O campo de análise desta pesquisa restringe-se às seis causas excludentes de ilicitude descritas no *draft* da CDI.

³² Valerio de Oliveiran MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, cit., p. 557.

³³ Interessante faz-se analisar as discussões na doutrina penalista acerca da relação entre tipicidade e antijuridicidade. Para informações mais detalhadas da matéria, cf., José Henrique PIERANGELI, Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I, Parte Geral. 9ª. ed., rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011; ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. 3ª.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

3.2. As causas excludentes de ilicitude, conforme o Projeto de Artigos da CDI³⁴

O Capítulo V da Parte I do Projeto de Artigos elaborado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas estabelece seis causas excludentes de ilicitude de determinadas condutas do ente estatal que, caso contrário, estariam em desconformidade com as suas obrigações internacionais. São elas: *i*) o Consentimento (Artigo 20º); *ii*) a Legítima Defesa (Artigo 21º); *iii*) as Contramedidas em relação a um ato ilícito internacional (Artigo 22º); *iv*) a Força Maior (Artigo 23º); *v*) o Perigo Extremo (Artigo 24º); *vi*) o Estado de Necessidade (Artigo 25º).

Ressalta-se que, nos termos do Artigo 26º do mesmo instrumento, nenhuma circunstância excludente de ilicitude pode ser alegada em caso de violação de normas imperativas do direito internacional (normas *Jus Cogens*). Já o Artigo 27º se refere às consequências da invocação de uma causa excludente de ilicitude.

De acordo com a CDI³⁵, as circunstâncias apresentadas neste Capítulo têm aplicação geral e, salvo indicação em sentido contrário³⁶, são aplicáveis a qualquer ilícito internacional que envolva a violação, por parte de um Estado, de obrigação decorrente de uma norma geral do Direito Internacional, de um tratado, de um ato unilateral ou de qualquer outra fonte. Ademais, estas causas não anulam ou rescindem a obrigação internacionalmente assumida pelo Estado, mas, pelo contrário, fornecem uma justificativa ou desculpa para a sua não-execução enquanto perdurar a configuração da circunstância.

i) O Consentimento

O Consentimento [do lesado] é uma das formas de exclusão (ou justificação) de ilicitude no âmbito internacional e, de acordo com Moura³⁷, trata-se de um ato de vontade de um Estado, organização internacional ou de outro sujeito do Direito Internacional que

³⁴ Este tópico baseia-se, sobretudo nas informações contidas em, UNITED NATIONS. International Law Commission. *Report of The International Law Commission, Fifty-Third session*. New York, 23 April – 1 June and 2 July – 10 August 2001. Disponível em, <<http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf>>. Acesso em, 23 de Novembro de 2015, pp. 169 - 211.

³⁵ Cf. UNITED NATIONS. International Law Commission. *Report of The International Law Commission, Fifty-Third session*. New York, 23 April – 1 June and 2 July – 10 August 2001. Disponível em, <<http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf>>. Acesso em, 23 de Novembro de 2015, comentário (2), p. 169.

³⁶ A Comissão exemplifica, em caso de um tratado no sentido contrário, o que, nos termos do Artigo 55º, poderia constituir *lex specialis*.

³⁷ Miguel Calado MOURA, “Consentimento (do lesado)”, in Coord. Isabel CABRITA *et. al.*, *Enciclopédia de Direito Internacional*, *cit.*, p. 124.

[...] permite expressa ou tacitamente uma ação ou omissão de outro Estado, organização internacional ou sujeito de Direito Internacional que iria consubstanciar um ato ilícito na esfera daquele, originando – não fosse o consentimento – responsabilidade civil internacional.

O Artigo 20º do Projeto de Artigos da CDI consagra o princípio básico do Direito Internacional do consentimento. Nos termos deste dispositivo, o consentimento válido de um Estado à comissão de um certo ato por outro Estado, exclui a ilicitude do ato em causa em relação ao primeiro, desde que este permaneça nos limites do consentimento.

Tal excludente de ilicitude é comumente verificada nas relações entre Estados, por exemplo, no que diz respeito ao trânsito no espaço aéreo ou em águas territoriais do ente estatal, localização de instalações ou autorização para condução de investigações oficiais ou inquéritos em seu território.

Moura³⁸ destaca que é comum a doutrina e a jurisprudência defenderem que o consentimento deve ser válido e eficaz, dependendo a eficácia dos efeitos da validade deste. Assinala a CDI³⁹ certas modalidades que devem ser observadas para que o consentimento seja considerado válido. Assim, o consentimento do Estado deve ser concedido livremente e claramente estabelecido; ele deve ser verdadeiramente expresso pelo ente estatal, e não meramente presumido. Ademais, para ser considerado válido, o consentimento não pode estar afetado de vício por erro, fraude, corrupção ou coação.

Para que seja considerado válido, diversas outras questões devem ser, também, verificadas⁴⁰, por exemplo, se o agente que consentiu tem ou não esta autoridade; se o consentimento expresso concedido por uma autoridade regional pode legitimar o envio de tropas estrangeiras ao território do Estado; se o consentimento expresso é válido, ainda que viole provisões relevantes do direito interno do Estado.

O consentimento pode ser expresso antecipadamente ou simultaneamente à prática do outro Estado. No caso de consentimento concedido após o cometimento da conduta, ocorre a renúncia ou aquiescência do Estado, o que gera a perda do direito de invocar a responsabilidade, nos termos do Artigo 45º

³⁸ Miguel Calado MOURA, “Consentimento (do lesado)”, *cit.*, p. 125.

³⁹ UNITED NATIONS. International Law Commission. *Report of The International Law Commission, Fifty-Third session. New York, 23 April – 1 June and 2 July – 10 August 2001*. Disponível em, <<http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf>>. Acesso em, 26 de Novembro de 2015, comentário (6), p. 175.

⁴⁰ *Ibidem*, comentários (4) e (5), pp. 174 e 175.

do Projeto de Artigos da CDI⁴¹. Em casos nos quais é necessário o consentimento de um certo número de Estados o consentimento de um Estado não exclui a ilicitude em relação a outro.

ii) A Legítima Defesa

Um dos meios de tutela coercivo dos direitos dos Estados, a legítima defesa, é uma das causas excludentes de ilicitude internacional. Conforme Moura⁴²,

Considera-se lícito (justificado) o acto activo ou passivo lesivo destinado a afastar uma agressão ou perigo iminente de um outro Estado ou conjunto de Estados que seja contrário ao Direito Internacional. Este acto lesivo reconduz-se, na maioria das vezes, ao uso da força.

Nos termos do Artigo 21º do Projeto de Artigos da CDI, a ilicitude de um ato de um Estado é excluída se tal ato constituir uma medida lícita de legítima defesa, devendo os requisitos de validade e eficácia estar de acordo com a Carta das Nações Unidas.

A legítima defesa constitui uma exceção à regra geral de proibição do uso da força, independentemente de sua forma de execução, presente no Artigo 2º, n.º 4 da Carta das Nações Unidas⁴³. O mesmo instrumento prevê, em seu artigo 51º uma exceção a esta regra: a legítima defesa. Segundo o Artigo 51º da Carta das Nações Unidas,

Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de *legítima defesa* individual ou colectiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. [...] (*grifo nosso*).

Mazzuoli⁴⁴ destaca que a legítima defesa sempre pressupõe uma agressão injusta (isto é, sem causa) e uma reação imediata do Estado agredido, decorrente da necessidade de defesa para a preservação das pessoas e de sua dignidade. A manifestação do Estado deve ser, então, adequada e proporcional ao ataque ou

⁴¹ Artigo 45º do Projeto de Artigos da CDI, “A responsabilidade de um Estado não pode ser invocada se, a) O Estado lesado validamente renunciou a reclamação; b) Em razão da conduta do Estado lesado, dever se inferir que este validamente aquiesceu quanto à extinção da reclamação.”

⁴² Miguel Calado MOURA, “Legítima Defesa”, in Coord. Isabel CABRITA *et. al.*, *Enciclopédia de Direito Internacional*, *cit.*, p. 272.

⁴³ Artigo 2º, n.º 4º, da Carta das Nações Unidas, “Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objectivos das Nações Unidas”.

⁴⁴ Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, *cit.*, p. 577.

perigo iminente. Ademais, pode ela ser exercida individual ou coletivamente, seja contra um ou um conjunto de Estados.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, quanto à matéria, limita-se a estabelecer em seu Artigo 73º que as disposições deste instrumento não prejudicam questões que possam surgir a propósito de um tratado em razão da abertura de hostilidades entre Estados.

Os dois limites à legítima defesa são: i) o seu uso está condicionado, conforme o Artigo 51º da Carta das Nações Unidas, à prévia tomada de medidas necessárias pelo Conselho de Segurança; ii) deve estar de acordo com o princípio da proporcionalidade.⁴⁵

iii) As Contramedidas

Nas palavras da professora Maria de Assunção do Vale Pereira⁴⁶, as contramedidas são

[...] medidas de auto-tutela dos direitos de um Estado, também designadas por represálias, que consistem em comportamentos ilícitos adoptados por um Estado como reacção a um comportamento prévio, também ele ilícito, de outro Estado, com vista a fazê-lo cessar.

Esta causa de exclusão da ilicitude é prevista no Artigo 22º do Projeto de Artigos da CDI, de acordo com o qual, será excluída a ilicitude de um ato estatal em desacordo com uma obrigação internacional em relação a outro Estado se, e na medida em que, o ato constitua uma contramedida tomada contra o último Estado em conformidade com o Capítulo II da Terceira Parte do *draft*.

O Artigo 49º do Projeto de Artigos determina o objeto e os limites das contramedidas. De acordo com o disposto nele, um Estado lesado somente pode adotar contramedidas contra um Estado responsável por um ato ilícito internacional com o objetivo de induzi-lo a cumprir com suas obrigações dispostas na Segunda Parte do *draft*. Estas formas de excludentes de ilicitude limitam-se ao descumprimento temporal de obrigações internacionais do Estado que adota as medidas em relação ao Estado responsável. Ademais, deverão, na medida do possível, ser tomadas de tal modo a permitir a retomada da realização das obrigações em questão.

O Artigo 50º deste Projeto lista as obrigações dos Estados não afetadas pelas contramedidas, quais sejam: i) a obrigação de se abster da ameaça ou uso de força, conforme o que estabelece a Carta das Nações Unidas; ii) obrigações

⁴⁵ Miguel Calado MOURA, “Legítima Defesa”, *cit.*, p. 273.

⁴⁶ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “Contra-medidas”, in Coord. Isabel CABRITA *et. al.*, *Enciclopédia de Direito Internacional*, *cit.*, pp. 125-126.

destinadas à proteção de direitos humanos fundamentais; iii) obrigações de caráter humanitário as quais proibem represálias; iv) obrigações consoante as normas imperativas de Direito Internacional geral (normas *jus cogens*, nos termos do Artigo 26º do projeto).

Quando da sua utilização, deve ser respeitado o Princípio da Proporcionalidade (Artigo 51º do *draft*), assim, devem ser estabelecidas de acordo com o dano sofrido, considerando-se a gravidade do ato internacionalmente ilícito e os direitos em questão. O Artigo 52º apresenta condições ao emprego das contramedidas, dentre elas, a requisição ao Estado realizador do ilícito que cumpra suas obrigações e a sua notificação de qualquer decisão no sentido de se tomar contramedidas, oferecendo uma possibilidade de negociação. Sem desconsiderar a questão da notificação, entretanto, pode o Estado lesado tomar contramedidas urgentes para a preservação de seus direitos.

Conforme o Artigo 52º, n.º 3º, não podem ser tomadas contramedidas, e caso isto já tenha sido feito, devem ser suspensas sem atraso injustificado nos casos de: *i*) o ato internacionalmente ilícito já haver cessado; *ii*) a disputa encontrar-se pendente perante corte ou tribunal competente para tomar decisões vinculantes para ambos os Estados. Acresce o n.º 4º deste artigo que estas limitações não se aplicam caso o ente estatal violador falhe na implementação dos procedimentos de solução da controvérsia de boa-fé.

Complementa Pereira⁴⁷ que as contramedidas aproximam-se da legítima defesa, ao passo que reagem a um ilícito anteriormente praticado, entretanto, dela distinguem-se pelo fato de o ilícito prévio não se tratar de um ataque armado e de que a contramedida não pode supor o uso da força.

iv) A Força Maior

A quarta excludente de ilicitude prevista no Projeto de Artigos da CDI, encontra-se em seu Artigo 23º. Será excluída a ilicitude de um ato de um Estado em desacordo com uma obrigação internacional sua, em razão de *força maior*, se este reunir três elementos: *i*) que o fato tenha sido ocasionado por uma força irresistível ou por um acontecimento imprevisível; *ii*) que esta situação ultrapasse o controle do Estado; *iii*) que para o ente estatal, portanto, torne-se materialmente impossível, nestas circunstâncias, o cumprimento da obrigação (Artigo 23º, n.º 1).

De acordo com a professora Maria de Assunção do Vale Pereira⁴⁸,

⁴⁷ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, "Contra-medidas", *cit.*, p. 127.

⁴⁸ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, "Força Maior", *in* Coord. Isabel CABRITA *et. al.*, *Enciclopédia de Direito Internacional*, *cit.*, p. 215.

Nesta concepção de força maior, a doutrina tradicional distinguia a força maior propriamente dita (pela referência a força irresistível) e o caso fortuito (por referência a acontecimento imprevisível). No entanto, esta distinção não aparece no Projecto porque em ambos os casos se configuram situações fora do controle do Estado sobre o qual impende a obrigação, aspecto essencial para a sua definição, pelo que a distinção não se justifica nesta sede. Estamos, portanto, face a circunstâncias em que não há o elemento volitivo na conduta do Estado, ou, pelo menos, em que não há um elemento de livre escolha.

Conforme o Artigo 23º, n.º 2, a força maior não pode ser considerada uma causa excludente de ilicitude caso: *i*) a situação de força maior *deva-se*, por si só, ou em conjunto com outros fatores, à conduta do Estado que a invoca; *ii*) O Estado tenha assumido o risco da situação ocorrida. No que tange ao primeiro caso, conforme a professora Maria de Assunção do Vale Pereira⁴⁹, é necessário que o Estado que a invoca tenha tido um papel fundamental na verificação desta situação de força maior.

A constatação da situação de força maior justifica a não-execução de uma obrigação pelo tempo em que estas situações são verificadas, porém, a partir do momento em que acabarem, o Estado deverá cumprir sua obrigação internacional.⁵⁰

v) O Perigo Extremo

Conforme a regra geral do Artigo 24º, n.º 1, do Projeto de Artigos da CDI, é extinta a ilicitude de um ato do Estado que esteja em desacordo com uma obrigação internacional deste caso o autor do ato em causa não possua nenhuma alternativa razoável, em uma situação de perigo extremo, de salvar a sua vida ou as vidas de outras pessoas confiadas à sua guarda.

O perigo extremo trata-se, portanto, de uma situação em que a conduta ilícita de um indivíduo, imputável ao Estado, pode ter esta ilicitude excluída caso este comportamento seja o único modo de salvar a vida do próprio autor do ato ou de outras pessoas sob sua proteção. Conclui Pereira⁵¹ que nesta hipótese, o único interesse a ser salvaguardado é a vida dos indivíduos em situação em risco, sendo irrelevante sua nacionalidade.

⁴⁹ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “Força Maior”, *cit.*, p. 215.

⁵⁰ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “Força Maior”, *cit.*, *loc. cit.*

⁵¹ Maria de Assunção do Vale PEREIRA PEREIRA, “Perigo Extremo”, in Coord. Isabel CABRITA *et. al.*, *Enciclopédia de Direito Internacional*, *cit.*, p. 358.

Conforme a CDI⁵², na prática, os casos de invocação do perigo extremo encontram-se mais comumente envolvidos com situações de aeronaves ou navios que ingressam no território de um Estado terceiro em razão de condições climáticas adversas ou após falhas mecânicas ou de navegação. Esta causa excludente de ilicitude também já fora invocada em casos de violação de fronteiras marítimas.

Destaca a CDI⁵³ que não limita-se, porém, a aplicação destas circunstâncias apenas às referidas situações, embora sejam mais comuns. Atente-se, neste sentido, para o caso “*Rainbow Warrior*”, em que a França alegou a existência de perigo extremo em situação diversa aos mencionados casos de aeronaves e navios.

Conforme o n.º 2 do Artigo 24º do Projeto de Artigos, não aplica-se a causa excludente de ilicitude ora estudada nos casos em que, nos termos da alínea a), esta situação de perigo extremo deva-se, unicamente, ou em combinação com outros fatores, à conduta do Estado que a invoque. Neste caso, ressalta Pereira⁵⁴ que não basta que o Estado que a invoca tenha contribuído de algum modo para a sua ocorrência, mas esta deve ser observada *devido* ao comportamento, unicamente, ou conjugado com outros fatores, do Estado.

Além disso, também não pode o Estado invocar esta excludente se, nos termos do Artigo 24º, n.º 2, alínea b), houver probabilidade de a conduta ilícita criar um perigo comparável ou maior.

vi) O Estado de Necessidade

O Estado de Necessidade é uma causa excludente de ilicitude de um ato internacionalmente ilícito. Trata-se, de acordo com Moura⁵⁵, de uma

[...] situação excepcional de urgência nos termos da qual se encontra um Estado ou outro sujeito de Direito Internacional em que a solução menos gravosa possível para salvaguardar um direito ou um interesse essencial legal e internacionalmente protegido ameaçado por um perigo grave iminente, é a prossecução de um acto ou actos (acção ou omissão) lesivos de outros direitos ou interesses legal ou internacionalmente protegidos, independentemente de sua fonte.

⁵² UNITED NATIONS. International Law Commission. *Report of The International Law Commission, Fifty-Third session*. New York, 23 April – 1 June and 2 July – 10 August 2001. Disponível em, <<http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf>>. Acesso em, 26 de Novembro de 2015, comentários (2) e (3), pp. 189-190.

⁵³ *Ibidem*, comentário (4), p. 191.

⁵⁴ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “Perigo Extremo”, *cit.*, p. 359.

⁵⁵ Miguel Calado MOURA, “Estado de Necessidade”, in Coord. Isabel CABRITA *et. al.*, *Enciclopédia de Direito Internacional*, *cit.*, p. 201.

O estado de necessidade apresenta um caráter excepcional em relação às demais, causas excludentes de ilicitude já analisadas. Diferentemente das circunstâncias em que se configuram o consentimento, a legítima defesa e as contra-medidas, não depende de uma conduta prévia do Estado lesado. Ademais, não se trata de condutas involuntárias, como na conjuntura da força maior. Acresce-se o fato de que, em sentido contrário aos casos de perigo iminente à vida do agente do Estado ou daqueles sob sua guarda, no estado de necessidade, o que se verifica é uma ameaça aos interesses pertencentes ao Estado ou, até mesmo à comunidade internacional em geral.⁵⁶

Conforme o Artigo 25º, n.º 1, do Projeto de Artigos da CDI, não poderá o estado de necessidade ser invocado por um Estado como causa de exclusão de ilicitude de um ato em desacordo com uma obrigação internacional sua, exceto nos casos em que: *i*) seja a única maneira de o Estado preservar um interesse essencial contra um perigo grave e iminente; e *ii*) não seja afetado gravemente um interesse essencial do Estado ou dos Estados em relação aos quais seja estabelecida a obrigação, ou da comunidade internacional, como um todo.

Continua o n.º 2 deste artigo que, em nenhuma hipótese, poderá o Estado invocar o estado de necessidade como excludente de ilicitude caso: *i*) a obrigação internacional em pauta exclua a possibilidade de invocar a necessidade; *ii*) o Estado tenha contribuído para a situação de risco iminente.

O Artigo 25º não conceitua o estado de necessidade, em virtude das divergências doutrinárias se ele deriva do costume internacional ou não. Além disso, é redigido de forma negativa. Conforme a CDI⁵⁷, entretanto, a jurisprudência é vasta e tende a definir melhor o conceito. O estado de necessidade tem sido invocado para a proteção de uma grande variedade de interesses, dentre eles, a proteção do meio-ambiente.

3.2. Quanto ao cumprimento de normas imperativas

De acordo com o Artigo 26º do *draft*, nenhuma das excludentes de ilicitude apresentadas pode ser alegada em hipótese de violação de normas imperativas do direito internacional (*Jus Cogens*).

Nos termos do artigo 53º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969,

⁵⁶ UNITED NATIONS. International Law Commission. *Report of The International Law Commission*, Fifty-Third session. New York, 23 April – 1 June and 2 July – 10 August 2001. Disponível em, <<http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf>>. Acesso em, 26 de Novembro de 2015, comentário (2), p. 195.

⁵⁷ UNITED NATIONS. International Law Commission. *Report of The International Law Commission*, Fifty-Third session. New York, 23 April – 1 June and 2 July – 10 August 2001, comentários (13) e (14), pp. 201-202.

É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.

3.3. Consequências da aplicação de excludentes de ilicitude

Nos termos do Artigo 27º do Projeto da CDI, a invocação de alguma das excludentes de ilicitude já analisadas, não prejudica: *i)* o cumprimento da obrigação em causa, se e, na medida em que, a excludente da ilicitude não mais exista; *ii)* a necessidade de indenização em decorrência de qualquer perda material provocada pela conduta em questão.

Conclusão

O presente artigo iniciou-se com uma apresentação geral do instituto da responsabilidade internacional, tendo sido relatados o seu conceito, características, fundamentos, classificação, elementos essenciais e fontes. Em seguida, foram estabelecidas algumas considerações acerca do importante Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados da CDI. Por fim, analisaram-se, à luz do Projeto de Artigos da CDI, da doutrina internacionalista, das normas e princípios do Direito Internacional e da jurisprudência as causas excludentes de ilicitude de certas condutas do Estado.

As discussões doutrinárias relativas ao instituto da responsabilidade internacional e, mais particularmente, das causas excludentes de ilicitude, permanecem em pauta no hodierno Direito Internacional e vêm se desenvolvendo progressivamente, conforme todas as transformações e evoluções pelas quais passa a sociedade internacional.

QUESTÕES DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL



*International
Law Association*

SPDI
SOCIEDADE PORTUGUESA DE
DIREITO INTERNACIONAL

ISBN 978-989-99693-0-8



9 789899 969308