NUNO FERREIRA

**A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL:
EVOLUÇÃO NA TRADIÇÃO**

SEPARATA

REVISTA
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA

VOL. XLVI - Nº 1

Coimbra Editora

2005

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL: EVOLUÇÃO NA TRADIÇÃO

NUNO FERREIRA ⁽¹⁾

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade internacional trata de um dos aspectos mais relevantes das relações internacionais e, segundo o Presidente da III Comissão de Conferência para a Codificação do Direito Internacional (CCCDI), as suas regras são, de alguma maneira, as regras-base de toda a ordem jurídica ⁽²⁾. É uma forte instituição do Direito Internacional e desde o fim do século IX que tem criado uma importante jurisprudência arbitral.

O trabalho de codificação deste ramo do Direito Internacional foi iniciado com a Sociedade das Nações (SDN) e obteve um grande impulso com as iniciativas da Assembleia Geral das Nações Unidas (AG), dando origem à actual Comissão de Direito Internacional (CDI) ⁽³⁾. Esta trabalhou num projecto de convenção sobre a responsabilidade internacional dos Estados por factos ilícitos, codificando as regras costumeiras já existentes e procedendo a um desenvolvimento progressivo. A CDI deparou-se com diversas críticas, tendo mesmo sido posta em causa a menor possibilidade do seu sucesso ⁽⁴⁾. Não obstante todas as contestações que a CDI sofreu, o seu trabalho conseguiu chegar a bom termo em 2001 e revelou-se bastante enriquecedor ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ O autor é investigador universitário no Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (Centro de Direito e Política Europeus da Universidade de Bremen, <http://www.zerp.uni-bremen.de/>) e doutorando no âmbito do projecto "Fundamental Rights and Private Law in the European Union" (Direitos Fundamentais e Direito Privado na União Europeia, <http://www.fundamentalrights.uni-bremen.de/>).

⁽²⁾ SDN Actes de la CCCDI, Vol. IV; no. officiel: c351(c).M.145(c).1930.V; p. 15.

⁽³⁾ Para uma breve história da CDT: Francesco Capotorti, "Cours Général de Droit International Public", RCADI, 1994, IV, p. 239 ss.

⁽⁴⁾ Para uma crítica desenvolvida: Krystyna Marek, "Criminalizing State responsibility", *Révue Belge de Droit International (RBDI)*, 1978/79, p. 460 ss., e Luigi Condorelli, "L'imputation A FEW d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances", *RCADI*, 1984, VI, p. 20 ss.

⁽⁵⁾ Vide http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm.

Não seria possível aqui discutir em pormenor todos os problemas inerentes à responsabilidade internacional. É uma área do Direito Internacional na qual o desenvolvimento do direito tradicional e a evolução do mundo alimentam continuamente novas incertezas ⁽⁶⁾. Temos somente como objectivo salientar os mais recentes desenvolvimentos e problemas neste campo. Evitaremos, em todo o caso, analisar as invasões do Afeganistão e do Iraque por uma coligação de países liderada pelos Estados Unidos da América ou suas eventuais consequências para o regime da responsabilidade internacional, dado que tal caminho nos levaria somente a uma discussão juridicamente pouco profícua e de natureza sobretudo política.

II. EVOLUÇÕES RECENTES NA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

Expomos de seguida quais as alterações mais significativas que se registaram nos últimos anos no regime da responsabilidade internacional clássica. Estas devem-se, concerteza, às contribuições da doutrina e jurisprudência, mas, sobretudo, ao *supra* mencionado trabalho da CDI. No seu essencial, o que se registou foi uma codificação do regime de responsabilidade internacional já existente. Mas alguns desenvolvimentos foram também proporcionados pelo esforço deste grupo de juristas. Vejamos ambas estas vertentes do trabalho da CDI e as contribuições provenientes de outras fontes.

1. O elemento subjectivo

Este elemento da responsabilidade internacional encontra-se consagrado no Projecto da CDI ⁽⁷⁾, no Capítulo II, do art. 4.º ao 11.º Estas regras referentes à imputação dos actos aos Estados foram na sua maioria simplesmente codifi-

⁽⁶⁾ Sobre os temas principais e elementos essenciais da Responsabilidade Internacional dos Estados por Actos Ilícitos, *vide* A. Fernandez Tomas, "Derecho Internacional Publico — Casos y materiales", Tirant Lo Blanch, Valência, 1995; Pedro Romano Martinez, "Textos de Direito Internacional Público-I", 3.ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1995; Quoc Dinh e Pellet Daillier, "Droit International Public", LGDJ, Paris, 1994; Albino de Azevedo Soares, "Lições de Direito Internacional Público", 4.ª edição, Coimbra Editora, 1988; I; Afonso Queiró, "Direito Internacional Público", Coimbra, 1960; Hildebrando Accioly, "Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence", RCADI, 1959.

⁽⁷⁾ Projecto sobre responsabilidade dos Estados por actos ilícitos internacionais, adoptado pela Comissão de Direito Internacional na sua 53.ª Sessão (Novembro de 2001): [http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_articles\(e\).pdf#pagemode=bookmarks](http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_articles(e).pdf#pagemode=bookmarks).

cadadas pela CDI a partir do regime da responsabilidade internacional clássica. Há porém algumas 'nuances' dignas de registo.

A orientação mais aceite em relação aos actos hostis de indivíduos ou grupos de pessoas aponta para que o Estado que exerce o controlo sobre um território responda por ter violado o seu dever internacional de prevenir ou mesmo reprimir penalmente esses actos ⁽⁸⁾ — o chamado *princípio da diligência devida* ⁽⁹⁾.

Os alicerces das regras de imputação constantes do Projecto da CDI, constituindo uma expressão fiel do Direito Internacional em vigor, não devem ser entendidas como axiomas pré-jurídicos dotados de uma lógica absoluta. Pelo contrário, são verdadeiros princípios jurídicos de Direito Internacional que se fundam na prática diplomática, na jurisprudência internacional, etc., pelo que outra solução, pelo menos em teoria, seria possível ⁽¹⁰⁾.

No caso de um Estado assumir um acto ilícito não há qualquer razão para a ordem internacional tomar uma posição diferente. Considera-se então como adquirida a atribuição de um acto ilícito a um Estado quando essa atribuição é admitida pelo próprio. Essa "confissão" é válida, quer seja feita de modo directo, quer implícito.

A intervenção do Direito Internacional na imputação dos actos ilícitos aos Estados costuma ser considerada autónoma em relação a considerações do direito interno do Estado em causa. No entanto, esta pretensa autonomia não se pode ter como plena pois tudo o que o Direito Internacional faz neste domínio acaba por ser levar em conta uma situação objectiva e conseguir afirmar a responsabilidade internacional a partir da regulamentação limitativa de imputação que o direito interno costuma fixar. Muitas vezes, inclusivamente, a imputação de um acto a um Estado nem resulta duma "ampliação" dos limites internos de responsabilidade de certos órgãos, mas é, sim, o resultado no plano internacional do direito à auto-organização ⁽¹¹⁾.

No âmbito do art. 5.º imputam-se ao Estado todos os actos daqueles que exerçam efectivamente na sua ordem interna prerrogativas de poder público — este conceito inclui órgãos (formais ou de facto) do Estado ou de colectividades públicas territoriais, entidades públicas para-estatais, pessoas morais ou físicas habilitadas e mesmo pessoas privadas que expressem em substância o poder público. Porém, mesmo se esta perspectiva é maioritariamente apropriada, continuam a

⁽⁸⁾ Capotorti, *ob. cit.*, p. 249.

⁽⁹⁾ 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.

⁽¹⁰⁾ Condorelli, *ob. cit.*, p. 27.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, p. 55 ss.

subsistir várias situações de entidades públicas territoriais que prosseguem o interesse público sem usar o seu poder público, colocando-se em pé de igualdade com os particulares. Nestes casos a responsabilidade internacional não pode nascer senão pelas mesmas condições previstas para os comportamentos de indivíduos. No que diz respeito aos actos das colectividades públicas territoriais, estabelecimentos públicos e empresas públicas que actuam no quadro do Direito Privado, defende-se, em princípio, a não imputabilidade ao Estado dos seus actos, visto que estão em causa entidades independentes do aparelho orgânico do Estado. Esta tese só seria afastada no caso de estas entidades praticarem os seus actos ao abrigo de uma posição de subordinação hierárquica na organização estatal ⁽¹²⁾.

Podemos hoje em dia encontrar vários sectores em que está previsto um regime especial de imputação pelo qual a imputação ao Estado dos comportamentos regulados pelo Direito Privado dos órgãos estatais ou por entidades deles dependentes é excluída. Estes comportamentos são, então, assimilados aos dos particulares no que diz respeito à sua imputação ao Estado para efeitos de responsabilidade internacional. Um exemplo bastante ilustrativo desta verdadeira derrogação das regras gerais do Direito Internacional é o Direito do Mar ⁽¹³⁾.

A imputação ao Estado dos actos praticados, pelos seus órgãos, *ultra vires*, ou seja, quando o órgão actua fora das suas competências ou violando as instruções que lhe são dirigidas, sob a aparência das suas funções, já era prevista pelo regime clássico da responsabilidade internacional. No entanto, a CDI efectuou um pequeno desenvolvimento ao não distinguir casos extremos que constituiriam excepções. Assim, mesmo quando o órgão exerce funções completamente estranhas às suas, os seus actos são imputáveis ao Estado. A imputação só tem lugar, porém, quando o órgão age na sua qualidade oficial, o que implica que a imputação não tenha lugar, por um lado, quando o indivíduo-órgão age na qualidade de privado e, por outro, quando o comportamento em questão não tem absolutamente ligação nenhuma, mesmo aparente, com as funções do órgão ⁽¹⁴⁾.

Ao princípio de que todos os comportamentos dos órgãos de Estado agindo na sua qualidade lhe são imputáveis importa acrescentar que o mesmo se aplica quando o órgão actua fora da sua esfera territorial. A única excepção invocável é o órgão encontrar-se à disposição de um outro Estado (art. 6.º). Estas regras não excluem, no entanto, a hipótese de dupla imputação no caso de haver cumplicidade na prática do acto ilícito (art. 16.º), ou mesmo o acto ser imputado

⁽¹²⁾ *Ibidem*, p. 66 ss.

⁽¹³⁾ *Ibidem*, p. 76 ss.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 80 ss.

a um Estado terceiro por este ter exercido coacção ou poder de direcção ou controlo (arts. 17.º e 18.º) (15).

As condições em que os actos de indivíduos são imputáveis ao Estado só permitem ver o comportamento do indivíduo como um “catalisador” que põe em evidência o comportamento (omissivo ou activo) dos órgãos do Estado, constituindo uma falta às obrigações internacionais deste (16). Ao Estado acabam por ser só imputados os seus próprios actos (não ter impedido, bloqueado ou reprimido o indivíduo ou tê-lo encorajado ou ajudado), mas estes actos são postos em evidência pelos do indivíduo. A localização do acto danoso do indivíduo no espaço de jurisdição exclusiva do Estado é uma condição necessária, mas não suficiente, para a imputação do acto a este. Como CONDORELLI esquematiza, perante um comportamento humano que possa constituir uma infracção internacional devemos colocar as seguintes questões: trata-se de um acto de um indivíduo que tenha a qualidade de órgão de Estado? Em caso negativo, trata-se de um acto praticado em nome do Estado? Caso não seja, foi esse acto permitido ou tolerado pelo comportamento de órgãos *de iure* ou *de facto* do Estado? Se a resposta a alguma destas perguntas for positiva, o acto é imputável ao Estado. Isto revela o carácter residual da disposição do art. 9.º

Paralelamente às considerações que acabamos de fazer, há que referir o seguinte: apesar de a localização espacial no território nacional ser, na maioria dos casos, uma condição necessária para o acto do indivíduo ser imputável ao Estado, já há hoje em dia situações em que esse requisito é dispensável. Isso acontece quando a regra internacional incide no controlo a ser exercido sobre uma actividade e não sobre um espaço. Representativas destas situações são as áreas do Direito do 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, os mesmos podem denunciar a falta de cumprimento por parte deste das obrigações de regulamentação, vigilância e controlo sobre as actividades marítimas efectuadas por navios privados. Esta orientação da imputação ao Estado de actos de indivíduos serve também para acentuar a necessidade de cooperação internacional (17).

Cabe aqui também salientar que, na linha do parecer consultivo do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) sobre a presença contínua da África do Sul na Namíbia, é a autoridade efectiva e não a soberania ou o título de legitimidade que constitui o fundamento da responsabilidade de um Estado em razão de actos de outro(s) Estado(s). Tais situações de autoridade efectiva tanto se podem

(15) *Ibidem*, p. 86 ss.

(16) A segunda sentença do TIJ no caso Nicarágua-Estados-Unidos, de 27 de Junho de 1986, constitui um bom exemplo.

(17) Condorelli, *ob. cit.*, p. 111 ss.

basear em circunstâncias ilegais como estar conformes ao Direito Internacional. A responsabilização do Estado que detém o controlo efectivo é especialmente relevante no Direito da Guerra e Direito Humanitário.

Tendo em conta as considerações *supra* desenvolvidas, podemos concluir que apesar de os Estados desejarem, naturalmente, limitar o número de situações em que os actos dos seus órgãos ou de outros lhes possam ser imputados, o que tem vingado é a tendência oposta. Isto é especialmente observável no Direito da Cooperação e resulta principalmente da tomada de consciência, pelos Estados, do perigo que podem representar para a segurança da Comunidade Internacional certos actos privados não conformes a normas internacionais que regulam actividades consideradas, por um motivo ou por outro, de alto risco. A solução a adoptar para evitar danos para Comunidade Internacional será aumentar a responsabilidade internacional dos Estados pelos actos de simples particulares não conformes ao Direito Internacional ⁽¹⁸⁾.

Resta referir a tendência crescente de imputação de actos ilícitos internacionais a Organizações Internacionais. A capacidade de serem consideradas responsáveis internacionalmente é limitada à capacidade de actuarem nas relações internacionais. Estas questões começaram a surgir sobretudo com as situações criadas pelas forças de manutenção da paz da Organização das Nações Unidas (ONU). Estas unidades levantaram vários problemas respeitantes à responsabilidade pela conduta dos seus membros. A ONU acabou por aceitar a responsabilidade financeira pelos danos causados pelas suas forças na violação do Direito Internacional. Sendo a responsabilidade e o direito a compensação os dois lados da mesma moeda, também foi reconhecido à ONU o direito a ser compensada pelos danos causados aos membros da sua organização ⁽¹⁹⁾.

O conteúdo das regras de imputação já não constituem hoje, no Direito Internacional contemporâneo, um *corpus* único e coerente de princípios. Isto deve-se a fenómenos de estratificação normativa, correntes doutrinárias diversas, regras divergentes e ao "gigantismo" do aparelho orgânico dos Estados modernos em resposta às necessidades do meio social internacional ⁽²⁰⁾.

2. O elemento objectivo

Recentes evoluções no Direito Internacional têm levado muitos campos antes intocáveis a serem hoje objecto da responsabilidade internacional por actos ilícitos. Esse novo grupo de actos ilícitos imputáveis ao Estado distribui-se por áreas

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, p. 163 ss.

⁽¹⁹⁾ Hermann Mosler, "The International Society as a Legal Community", RCADI, 1974, IV, p. 171 ss. e 184 ss.

⁽²⁰⁾ Condorelli, *ob. cit.*, p. 166 ss.

como as actividades espaciais de particulares, actividades no espaço extra-atmosférico e domínios conexos, como as emissões de televisão por satélite, utilização de energia nuclear, exploração do ambiente, actividades empresariais transnacionais, etc. Alvo de evolução têm sido igualmente os Direitos do Mar, da Guerra e do Homem. Não entraremos, porém, em pormenor sobre estas alterações ainda em gestação, e iremos concentrar a nossa atenção no trabalho realizado pela CDI.

Também no que se refere ao elemento objectivo da responsabilidade internacional, a CDI fez um bom trabalho de codificação. Esta acentuou sobretudo a importância do acto ilícito em prejuízo do dano e da reparação. Na verdade, a danosidade da violação de uma obrigação não depende das suas consequências económicas ou materiais, para além de que a razão última da responsabilidade internacional é a violação de um direito de outro Estado. O dano acaba por se confundir com a violação da obrigação, mas como THIERRY frisa, não é por a violação da obrigação e o dano se confundirem que este tem menos valor, pois é o dano moral ou jurídico que vai ter de ser compensado ⁽²¹⁾.

Encontram-se contempladas no Projecto da CDI diversas questões relevantes no âmbito da responsabilidade internacional clássica: a indiferença da origem da obrigação violada (art. 12.º), a pertinência da localização temporal da violação (art. 14.º), a cumplicidade e a coacção num acto ilícito (arts. 16.º e 18.º) e as circunstâncias excludoras de ilicitude (arts. 20.º a 27.º). Alguns aditamentos dignos de nota foram efectuados.

No art. 14.º diferenciam-se o momento e a duração da violação:

- se se trata de um acto ilícito que só ocorre num certo momento, a violação da obrigação só se dá nesse momento e não se prolonga (art. 14.º, n.º 1);
- se o acto ilícito tem carácter contínuo, a violação da obrigação produz-se no momento inicial e estende-se pelo período em que o acto ilícito se mantém (art. 14.º, n.º 2);
- no caso de obrigação de prevenir um acontecimento, a violação tem início quando o acontecimento em causa se dá e prolonga-se enquanto este continuar (art. 14.º, n.º 3).

Quanto ao regime de exclusão de ilicitude, houve também alguns “aperfeiçoamentos” do regime já em Vigor ⁽²²⁾:

- a exclusão da ilicitude não tem lugar se a obrigação em causa deriva de uma norma imperativa (*vide infra*) de Direito Internacional Comum (art. 26.º);

⁽²¹⁾ Thierry, Hubert, “L’Evolution du Droit International”, RCADI, 1990, III.

⁽²²⁾ J. da Silva Cunha, “Direito Internacional Público — Introdução e Fontes”, 5.ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 128 ss.

- o estado de necessidade só pode ser invocado quando o acto tiver sido o único meio de salvaguardar um interesse essencial do Estado, contra um perigo grave e iminente, e que não tenha atentado gravemente um interesse essencial do Estado para quem a obrigação existia (art. 25.º, n.º 1);
- o estado de necessidade não pode ser invocado quando a obrigação internacional em causa excluir a possibilidade de invocar o estado de necessidade ou o Estado em causa tenha contribuído para essa situação (art. 25.º, n.º 2);
- a legítima defesa só exclui a ilicitude de um acto quando o acto representar uma medida legítima de auto-defesa de acordo com o art. 51.º da Carta das Nações Unidas (CNU) (um membro da ONU tem de ter sido objecto de agressão armada; a legítima-defesa só pode ser exercida até o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CS) agir; as medidas de legítima defesa tomadas têm de ser imediatamente comunicadas ao CS; não se pode prejudicar de alguma maneira o poder e dever de o próprio CS agir como achar necessário) (23).

A CDI tinha inicialmente planeado propor a aprovação de uma verdadeira inovação: estabelecer uma distinção entre crimes e delitos internacionais. Na opinião da maioria da doutrina, a introdução desta inovação constituía, aliás, uma consequência natural do facto de a CDI ter como objectivo desenvolver, para além de codificar, o Direito Internacional. Em parte produto de uma lenta evolução já iniciada no século passado (24), o artigo 19.º da versão inicial do Projecto da CDI contemplava esta distinção que reflectia o desenvolvimento de algumas opções doutrinárias, jurisprudenciais e consuetudinárias.

Esta distinção baseava-se principalmente em duas ideias: havia um grupo de normas consideradas fundamentais — o *ius cogens* — e um grupo de obrigações essenciais. O *ius cogens* referia-se ao “valor jurídico intrínseco da norma e a sua posição em relação às outras. Implica, portanto, o estabelecimento de uma

(23) Não cabendo aqui ocuparmo-nos do sistema de segurança da ONU, remetemos para: Paulo Canelas de Castro, “Mutações e Constâncias da Neutralidade”, Coimbra, 1990, p. 198 ss.; Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, “Manual de Direito Internacional Público”, 3.ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 483 ss.; Benedetto Conforti, “In tema di responsabilità degli Stati per crimini internazionali”, in «Le Droit International à l’heure de sa codification. Etudes en l’honneur de Roberto Ago», Vol. III, 1987, p. 99 ss.

(24) Para um maior desenvolvimento da génese desta ideia, Pierre-Marie Dupuy, “Action Public et Crime International de l’Etat: a propos de l’article 19 du Project de la Commission du Droit International sur la responsabilité des Etats”, AFDI, XXV, 1979, p. 540 ss., e “Observations sur le ‘crime international de l’Etat’”, *Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, Tome LXXXIV, 1980, p. 452 ss.; I. Diaconu, “La responsabilité internationale des Etats: quelques aspects récents”, *RREI*, XII année, 1978, p. 360 ss.

hierarquia na qual ela ocupa o topo (imperativo é mais que obrigatório)” ⁽²⁵⁾. As obrigações essenciais diziam respeito à importância concreta da obrigação no contexto geral das relações internacionais — também implicava um significado hierárquico, pois implicava um tipo de responsabilidade diferente da que resultava da violação de uma obrigação ordinária.

À normatividade concebida até esse momento como um bloco único tendia a suceder uma normatividade graduada. A teoria do *ius cogens*, com a distinção entre normas imperativas e normas obrigatórias, e a teoria dos crimes e delitos, distinguindo entre normas que criavam obrigações essenciais para a salvaguarda dos interesses fundamentais da Comunidade Internacional e normas que criavam obrigações menos essenciais, conduzia a uma “normatividade a duas velocidades” ⁽²⁶⁾. A criação da teoria do *ius cogens* teve como objectivo estabelecer a nulidade dos tratados contrários a normas tidas como superiores, definido no art. 53.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CV). Paralelamente, a distinção entre crimes e delitos internacionais pretendia sobretudo sancionar mais severamente a violação de obrigações internacionais essenciais para a salvaguarda de interesses fundamentais da Comunidade Internacional ⁽²⁷⁾. O critério de diferenciação não era nem de ordem formal nem de ordem orgânica. Era segundo um critério exclusivamente material, segundo a natureza particular do objecto, que se podia classificar o *ius cogens* e a proeminência de certas obrigações em relação a outras.

Exigir que a Comunidade Internacional considerasse certa obrigação como de interesse fundamental, para esta poder ser classificada como essencial, não significava que tivesse de haver um reconhecimento unânime; pretendia-se somente que o carácter criminoso fosse reconhecido por um grupo maioritário de países que incluísse os membros essenciais da Comunidade Internacional ou, por outras palavras, que houvesse convergência de um número de Estados suficientes para representar a tendência geral.

Segundo o referido art. 19.º, consideravam-se como crimes internacionais as violações graves:

- à manutenção da paz e segurança internacionais;
- à salvaguarda do direito à auto-determinação dos povos;
- à salvaguarda do ser humano;
- à protecção do meio ambiente.

⁽²⁵⁾ Pierre-Marie Dupuy, “Observations sur la pratique recente des ‘sanctions’ de l’*illicite*”, RGDIP, 1983, p. 536 ss.; Antonio Cassese, “Le Droit International dans un monde divisé”, Berger-Levrault, Paris, 1986, p. 117 ss.; Pereira, *ob. cit.*, p. 277 ss.

⁽²⁶⁾ P. Weil, “Vers une normativité relative en droit international?”, RGDIP, Jan-Mar, 1982, p. 17.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, p. 20.

Esta lista não tinha carácter exaustivo e fornecia vários exemplos concretos de crimes internacionais: a agressão, a manutenção pela força do domínio colonial, a escravidão, o genocídio, o *apartheid* e a contaminação massiva da atmosfera e dos mares. As duas condições necessárias para a existência de um crime eram: a essencialidade, para a salvaguarda de interesses fundamentais da Comunidade Internacional, do conteúdo da regra violada (gravidade substancial) e a gravidade particular da violação (gravidade circunstancial) ⁽²⁸⁾.

A CDI forneceu a base jurídica que, a seu ver, fundamentava a existência dos dois tipos de regimes distintos de responsabilidade internacional. Esta referia-se à jurisprudência *a)*, à prática dos Estados *b)* e à doutrina *c)*:

- a)* No âmbito da jurisprudência, a CDI referiu duas sentenças: a dos assuntos do Sudoeste Africano e a da Barcelona Traction. Na segunda, acabou por ganhar relevância a opinião individual que defendeu a existência de obrigações *erga omnes*, ou seja, obrigações que os Estados têm para com a Comunidade Internacional no seu todo, entre as quais, a proibição de actos de agressão, de genocídio, de escravidão e de discriminação racial. Esta conclusão indiciaria a distinção entre crimes e delitos;
- b)* Quanto à prática dos Estados, havia três circunstâncias que contribuiriam como base jurídica para a distinção entre crimes e delitos ⁽²⁹⁾:

- o reconhecimento de uma categoria especial de normas qualificadas como imperativas pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CV); o *ius cogens* contemplaria a proibição da prática da escravidão, da pirataria, do genocídio e de violações graves dos direitos humanos e protegeria a igualdade dos Estados e o princípio da autodeterminação;
- o princípio da responsabilidade do indivíduo-órgão por determinados actos que se consideravam crimes internacionais; quer o Estatuto e a Sentença do Tribunal de Nuremberga ⁽³⁰⁾ quer os Convénios sobre o genocídio e *apartheid*, ofereciam princípios aplicáveis ao criminoso

⁽²⁸⁾ Para mais desenvolvimentos sobre esta distinção e exemplos de circunstâncias agravantes das violações *vide* Giuseppe Palmisano, "Les causes d'aggravation de la responsabilité des États et la distinction entre «crimes» et «délits» internationaux", RGDIP, 1994, p. 636 ss. e 669 ss.

⁽²⁹⁾ Vincenzo Starace, "La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale", RCADI, 1976, V, p. 291 ss.; Diaconu, *ob. cit.*, p. 358 ss.

⁽³⁰⁾ Confirmados pela resolução da AG ONU 95 (I) de 11 de Dezembro de 1946; para mais pormenores *vide* J. Touscoz, "Direito Internacional", Publicações Europa-América, 1993, p. 380 ss.

internacional (a exclusão da possibilidade de conceder asilo territorial, exclusão da possibilidade de recusar a extradição invocando o carácter político de tal acto e impossibilidade de prescrição dos crimes); podiam-se ainda referir o caso do Tribunal Criminal Internacional para a ex-Jugoslávia;

- a CNU atribuíra, no Capítulo VII e sobretudo nos arts. 41.º e 42.º, determinadas consequências à violação de certas obrigações internacionais, nomeadamente medidas de segurança colectiva aplicáveis pelo CS contra os responsáveis por uma ameaça contra a paz, uma ruptura da paz ou acto de agressão; estas medidas tratar-se-iam de verdadeiras sanções que já tinham obtido aplicação contra o regime ilegal na Rodésia do Sul e contra a África do Sul; o CS também já tinha qualificado como ameaças à paz situações de *apartheid* e de domínio colonial mantido pela força na Declaração sobre as relações amigáveis; a Conferência da ONU sobre o meio ambiente (Estocolmo, 1972), a Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, protecção e armazenamento de armas bacteriológicas (1971) e o Tratado de proibição de ensaios com armas nucleares (1963) justificariam em certa medida a consideração dos crimes contra o ambiente.

- c) Segundo a CDI, também a doutrina, desde os anos 60 e 70, tinha começado a fundamentar uma distinção entre duas categorias de actos ilícitos internacionais tendo como base a importância do objecto da obrigação violada.

A CDI acabou por concluir que *“a Comunidade de Estados no seu conjunto considera hoje que tais actos infringem princípios solenemente enunciados na CNU e fora desta, princípios que actualmente estão profundamente enraizados na consciência universal e que se converteram em normas especialmente essenciais do Direito Internacional”* ⁽³¹⁾. Também na opinião de vários autores, o conceito de crime internacional testemunhava o propósito de alguns Estados de moralizar os conteúdos da ordem jurídica da sociedade a que pertenciam. Esta opinião, porém, não era partilhada por muitos outros autores; pelo contrário. Vamos, então, analisar algumas das críticas que foram dirigidas à fundamentação da CDI e outros aspectos da distinção entre crimes e delitos, deixando para mais tarde a análise dos pontos fracos desta teoria quanto às consequências da prática de um crime.

⁽³¹⁾ Antonio Pedauye, “Los Crímenes de los Estados (Proyecto de artículo elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en materia de responsabilidad internacional)”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, Vol. XXXI, n.º 1-3, 1978/1979, p. 26-30.

Pondo em causa os argumentos utilizados pela CDI, vários autores chamaram a atenção para o seguinte:

- a) Quanto às sentenças invocadas, a referente aos assuntos do Sudoeste Africano não podia servir como argumento visto que o TIJ se negou a aceitar a existência de uma *actio popularis* em Direito Internacional, questão analisada *infra* em maior profundidade.
- b) No que diz respeito à prática dos Estados:
 - a teoria do *ius cogens* desafiaria qualquer rigor intelectual, era destituída de um sentido claro, prestava-se ao abuso e era um instrumento legal inseguro; ao utilizar o conceito obscuro de *ius cogens* para fundamentar outra noção obscura, a de responsabilidade internacional criminal, estar-se-iam a minar as estruturas fundamentais do Direito Internacional; por outro lado, não havia qualquer indicação de que os Estados pudessem ter tido a vontade de criar a categoria de crimes internacionais quando aceitaram o art. 53.º da CV, até porque, na opinião de QUIGLEY ⁽³²⁾, a existência de *ius cogens* não implicava que adviessem consequências diferentes da violação dessas regras;
 - as controversas questões da responsabilidade internacional criminal dos indivíduos e dos tribunais de criminosos de guerra eram irrelevantes, pois a responsabilidade criminal dos Estados não poderia advir da dos indivíduos; era de salientar igualmente que não se poderia aplicar aos Estados as consequências previstas para os indivíduos;
 - invocar as disposições da CNU era igualmente passível de crítica visto que as suas normas de proibição da ameaça e uso de força tinham trazido resultados bastante medíocres; apesar disso, ainda era considerado o argumento mais forte por indiciar a convicção dos membros da ONU de que estas normas eram de valor superior; o Relator da CDI chegou a dispensar este argumento, evocando que havia princípios tão inculcados na consciência da humanidade que se teriam tornado princípios gerais do Direito Internacional. MAREK ⁽³³⁾ alertava para o perigo deste “*novo método de criar direito*”, sem demora nem procedimentos, nem se sabendo quem é que “*fala pela humanidade*”; opondo-se ao carácter sancionatório das medidas do CS, podia-se argumentar-se com a natureza política e não judiciária deste

⁽³²⁾ Quigley, John, “The International Law Commission’s Crime-Delict Distinction: A Toothless Tiger?”, RDI, Tome LXVI, 1988.

⁽³³⁾ Marek, *ob. cit.*, p. 467 ss.

órgão, embora contra este argumento se pudesse lembrar que a analogia com os direitos internos era despropositada;

- c) o papel da doutrina também pouca relevância teria, tendo em conta que não havia qualquer prática que lhe servisse como base ⁽³⁴⁾.

Podia também invocar-se que a distinção entre responsabilidade civil e penal só podia surgir numa ordem jurídica altamente desenvolvida, sendo incompatível com o Direito Internacional. Na verdade, a classificação do que é ou não criminal num Estado não poderia ser determinada pela natureza nem decidido por um vago sentimento de desaprovação popular ⁽³⁵⁾, mas, sim, decidido pelo legislador, ou seja, só era compatível com a existência de um poder central que decidisse as regras. Seria a AG que estaria em melhor posição para preencher tais funções, melhor que a “*comunidade internacional no seu todo*”, mas nem a esta se poderia confiar tal objectivo. Não havia, portanto, quaisquer meios para transferir para o Direito Internacional conceitos de Direito Penal visto que todos os pré-requisitos eram inexistentes ⁽³⁶⁾. Por outro lado, os países citados pela CDI como apoiantes de tal distinção estavam muito longe de corresponder à “*consciência geral dos povos*”. De qualquer maneira, e como o próprio Relator da CDI admitiu, permaneceria sempre uma margem de dúvida na categorização de um acto como crime, o que revestiria particular importância por servir de base a um sistema penal internacional, desafiando todos os princípios do direito penal civilizado.

Em suma, cometer-se-ia uma violação grave do princípio *nullum crimen sine lege* ao recorrer a dois critérios vagos e subjectivos: uma certa qualidade da obrigação violada (“essencial”) e o reconhecimento do acto como criminal pela “Comunidade Internacional no seu todo” ⁽³⁷⁾.

Este último conceito era também passível de contestações: a expressão “Comunidade Internacional” parecia não estar de acordo com a realidade, pois os Estados têm interesses normalmente díspares, se é que jurídicos sequer, por

⁽³⁴⁾ Para uma crítica mais aprofundada *vide* Marek, *ob. cit.*, p. 467 ss.; para uma análise mais completa das posições de autores e países *vide* Quigley, *ob. cit.*, p. 120 ss.

⁽³⁵⁾ Num interessante paralelismo crítico com o caso da consistência de certos decretos legislativos de Danzig com a Constituição da cidade livre, *vide* Marek, *ob. cit.*, p. 464 ss.

⁽³⁶⁾ *Ibidem*, p. 462 ss.; Pierre-Marie Dupuy, “Observations sur le ‘crime international de l’Etat’”, RGDIP, Tome LXXXIV, 1980, p. 463.

⁽³⁷⁾ Marek, *ob. cit.*, p. 470 ss.; Weil, *ob. cit.*, p. 23 ss.; Vilarinos Pintos, “Consideraciones respecto a la configuracion del crimen y delito internacional (a proposito del articulo 19 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados)”, REDI, Vol. XXXIV, num. 2-3, 1982, p. 368 ss.

último, os membros da Comunidade Internacional ficariam sempre sem saber que actos seriam no futuro criminalizados, não havendo qualquer procedimento que os protegesse de serem acusados de um crime ainda não previsto; haveria então que proporcionar meios aos Estados de superarem os riscos de arbitrariedade inerentes a essa avaliação essencialmente política e preverem que comportamentos seriam considerados crimes.

Também cada exemplo de crime internacional dado pela CDI no art. 19.º da versão inicial do seu Projecto podia ser posto em causa por poderosas críticas ⁽³⁸⁾:

- a) O conceito de agressão já tinha provado ser totalmente desadequado para ser definido rigorosamente, o que era demonstrado pelas várias tentativas empreendidas pela SDN e ONU ao longo de 50 anos. Mesmo o Projecto de Convenção para a Definição de Agressão, apesar de elogiado por uns, era para outros "*um amontoado de frases sem qualquer acordo quanto ao seu significado*" ⁽³⁹⁾.
- b) A consideração do domínio colonial como crime internacional tinha sido feita numa altura em que restavam tão poucos casos que soluções individualizadas, e não uma regra geral, seriam mais úteis; problemáticas eram as condições de exercício do direito à auto-disposição; por outro lado, o direito à auto-determinação era fundamentalmente político, não jurídico, e podia servir fins tanto nobres como destrutivos; também era questionável se o domínio colonial só se devia tomar crime quando havia recurso à força;
- c) Quanto à escravidão, esta podia considerar-se como inexistente, pelo menos oficialmente e desde que não confundida com outras formas de opressão humana, não consideradas como crimes por este artigo; quanto ao genocídio e ao *apartheid*, o Estatuto e a Sentença do Tribunal de Nuremberga, o Acordo de Londres, a Convenção para a Prevenção e Castigo do Crime de Genocídio; a resolução da AG 96 (I) de 11 de Dezembro de 1946, a Convenção para a Supressão e Castigo do Crime de *Apartheid* e a resolução da AG 2056 (XXIV) de 21 de Novembro de 1969 proclamavam uma responsabilidade penal individual e não de Estados, para além das resoluções terem sido aprovadas com muitas abstenções; havia inclusivamente quem pensasse que não havia protec-

⁽³⁸⁾ Marek, *ob. cit.*, p. 475 ss.; para mais pormenores sobre os comentários de cada país *vide*: Pedauye, *ob. cit.*, p. 30 ss.

⁽³⁹⁾ Stone, "Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Agression", 71 *American Journal of International Law (ARL)* (1977), p. 224-246.

ção de direitos humanos a nível internacional ⁽⁴⁰⁾ visto que em relação ao genocídio e ao *apartheid* não estavam previstas quaisquer medidas do CS, tendo apenas havido uma resolução deste órgão contra o *apartheid* após "convite" da AG.

- d) No que dizia respeito à contaminação massiva da atmosfera e dos mares, não existiam quaisquer regras consuetudinárias para além das resultantes do princípio de boa vizinhança, sendo exigida somente a identificação clara do potencial Estado-vítima, algo que nem era possível na maioria dos casos de poluição do alto mar; as várias convenções sobre a matéria eram bastante limitadas no objecto, no número de signatários e nos espaços que abrangem; era de notar igualmente a fragilidade dos mecanismos para invocar e determinar a responsabilidade de um Estado. De qualquer maneira, o principal escopo destes instrumentos internacionais seria a manutenção da paz e não a protecção do ambiente; para além disso, o conceito de poluição maciça originaria controvérsias na sua densificação e não se entendia a omissão da contaminação maciça das terras; a criminalização de actos de poluição pareciam, portanto, muito longe da realidade, sendo a mais contestada pelos Estados ⁽⁴¹⁾.

De acordo com estes pontos de vista ⁽⁴²⁾, o Projecto da CDI era então incapaz de constituir a base legal de futuras criminalizações de Estados. A história recente do Direito Internacional produziu, efectivamente, a categoria da responsabilidade criminal, porém, só no que diz respeito a indivíduos. Trata-se, sem dúvida, de uma evolução largamente satisfatória, consubstanciada, principalmente, na aprovação do Estatuto de Roma do Tribunal Criminal Internacional ⁽⁴³⁾ e consequente criação do Tribunal Criminal Internacional. No entanto, são ainda necessários um corpo de regras detalhado e rigoroso, uma institucionalização orgânica capaz e a reiteração de grandes resoluções para que um resultado equivalente se obtenha em relação aos Estados ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁰⁾ Marek, *ob. cit.*, p. 477; Jenks, "The United Nations Covenants on Human Rights Come to Life", in «Recueil d'Etudes de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim», Genève, 1968, p. 809.

⁽⁴¹⁾ Para mais desenvolvimentos sobre o estado de evolução do Direito Internacional do Ambiente *vide* P. Canelas de Castro, "Mutações e Constâncias do Direito Internacional do Ambiente", Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente (RJUA), n.º 2, 1994.

⁽⁴²⁾ Um outro tipo de críticas, menos atentatórias da substância do art. 19.º, em Pintos, *ob. cit.*, p. 368 ss.

⁽⁴³⁾ O qual entra em vigor em 1 de Julho de 2002.

⁽⁴⁴⁾ Pierre-Marie Dupuy, "Observations sur le 'crime international de l'Etat'", RGDIP, Tome LXXXIV, 1980, p. 468.

3. A culpa e o dano

O elemento da culpa não é aludido no Projecto da CDI, mas parece que das suas disposições se podem extrair algumas conclusões. O art. 23.º, ao declarar que a ilicitude de um acto devido a força maior é excluída, abre caminho para a culpa (ou falta dela) do Estado autor do facto ilícito. Também a ilicitude da cumplicidade para a realização de um acto ilícito implica, na opinião de PALMISANO ⁽⁴⁵⁾ uma ligação não só de carácter funcional mas também psicológico. Não bastaria, então, o comportamento objectivo e seria necessário que este fosse determinado por uma intenção do Estado (no seu conjunto e não dos seus funcionários) em contribuir para tal situação, pondo-se em níveis diferentes de gravidade actos com maior ou menor grau de dolo. No entanto, todo este raciocínio peca pelas dificuldades práticas que implicaria a averiguação do grau de culpa. Quanto aos crimes por danos ambientais, para além dum acervo de indícios mesuráveis do grau de poluição, desempenha um papel relevante o já falado *dever de diligência devida*.

Importa, igualmente, averiguar o grau de "intensidade anti-jurídica" da atitude do Estado responsável, como defende a Convenção de Montego Bay ao permitir que um Estado ponha em prática medidas coercivas e severas por outro Estado ter poluído deliberada e gravemente. O dolo aumenta a responsabilidade proporcionalmente à sua intensidade, tendo que ser analisado em conjunto com os outros elementos do acto ilícito. Porém, mesmo que não se tenha dúvidas quanto à importância da culpa na determinação das consequências do acto ilícito, a tendência actual é para não considerar a culpa um elemento constante e necessário do acto ilícito internacional, visto que os processos de decisão são cada vez mais complexos (como nos casos de desenvolvimento internacional das comunicações e a aplicação de tratados de carácter técnico ou económico), já não sendo possível identificar o órgão oficial com um indivíduo ⁽⁴⁶⁾.

O dano também não é referido pelo Projecto da CDI como elemento da responsabilidade internacional. Tal parece dever-se ao facto de, qualquer que seja a violação da obrigação, esta implicar necessariamente um dano, consistindo este num atentado à ordem jurídica, independentemente de ter ou não havido dano material ou moral. A prática tem demonstrado que até podem ser aplicadas sanções a Estados que não provocaram qualquer dano visível ou directo, como a anulação de um acto ilícito e mesmo o pagamento de uma indemnização a título punitivo ⁽⁴⁷⁾. O dano pode também assumir importância na avaliação e quali-

⁽⁴⁵⁾ Palmisano, *ob. cit.*

⁽⁴⁶⁾ Mosler, *ob. cit.*, p. 179 ss., e Capotorti, *ob. cit.*, p. 252 ss.

⁽⁴⁷⁾ Capotorti, *ob. cit.*, p. 253.

ficação de um acto ilícito no domínio dos direitos humanos e da protecção do ambiente, visto que o carácter criminoso das violações nestas áreas só pode ser alegado se houver danos elevados ⁽⁴⁸⁾.

4. As consequências

A segunda parte do Projecto da CDI contempla as consequências do acto ilícito internacional, procedendo igualmente a uma codificação do regime clássico da responsabilidade internacional. Estão, assim, tratadas nestes artigos as obrigações de pôr termo ao ilícito, de reparação e satisfação e a legitimidade das contra-medidas em termos bastante similares aos tradicionais ⁽⁴⁹⁾.

Onde a grande evolução nesta matéria residia era na categoria de obrigações *erga omnes*. Um dos argumentos invocados a favor da distinção entre crimes e delitos foi precisamente a sentença do caso Barcelona Traction: distinguíam-se as “*obrigações de um Estado para com a Comunidade Internacional no seu todo e aquelas assumidas perante cada Estado individualmente... pela sua natureza as primeiras são do interesse de todos os Estados... todos os Estados podem considerar ter um interesse legal na sua protecção; são obrigações erga omnes. Tais obrigações derivam, por exemplo... da prática de actos de agressão e de genocídio assim como dos princípios e regras respeitantes aos direitos humanos elementares da pessoa, inclusivamente protecção da escravidão e da discriminação racial.*” ⁽⁵⁰⁾. Às mesmas conclusões chegaria o TU no caso dos Ensaios Nucleares, em que as declarações unilaterais da França não dirigidas a nenhum Estado em particular implicavam obrigações deste país para com toda a Comunidade Internacional. Assim indicava também o acesso a qualquer interessado à jurisdição da Organização Internacional do Trabalho, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal das Comunidades Europeias (TCE), evidenciando a possibilidade de existência de um contencioso objectivo de defesa da ordem pública, pelo menos a nível regional. As Convenções sobre a eliminação e repressão do crime de *apartheid* e contra o genocídio corroboravam a tendência para permitir a aplicação das sanções previstas pela CNU.

Os conceitos de obrigações essenciais, imperativas e *erga omnes* não tinham fronteiras bem definidas na prática, dado que as obrigações imperativas também eram *erga omnes*. Como WEIL concluiu, depois destas obrigações serem assim classificadas pelos “*elementos essenciais da Comunidade Internacional*”,

⁽⁴⁸⁾ Palmisiano, *ob. cit.*, p. 665.

⁽⁴⁹⁾ Sobre o regime estabelecido pelo projecto da CDI vide Capotorti, *ob. cit.*, p. 262 ss.

⁽⁵⁰⁾ Quigley, *ob. cit.*, p. 129 ss., Barcelona Traction (BelgvSpain), 1970, 10, 32; no mesmo sentido Diaconu, *ob. cit.*, p. 363; numa crítica a estas conclusões vide Marek, *ob. cit.*, p. 462.

os Estados seriam privados de qualquer meio de as recusarem, apesar desse direito lhes ser reconhecido quanto ao costume no momento da sua criação. Era, portanto, um fenómeno de “*diluição de normatividade em extensão*” sobre a forma de uma indeterminação crescente dos titulares de direitos e obrigações, havendo o risco de um alargamento descontrolado desta categoria ⁽⁵¹⁾. Ao se ser titular de um direito adquire-se igualmente a qualidade jurídica para reclamar a execução da obrigação correspondente e de responsabilizar o(s) violador(es) dessa obrigação. As obrigações *erga omnes* tinham, então, como consequência a possibilidade de um Estado, para além do Estado-vítima, procurar uma solução não-reparacional. Esta possibilidade enquadrava-se nas consequências da prática de crimes internacionais, visto, como já referimos, as obrigações *erga omnes* e imperativas, embora não conceitualmente, terem um objecto quase coincidente.

As consequências da prática de um crime estabelecidas pelo projecto da CDI eram as que já existiam no Direito consuetudinário e convencional. O que esperava um Estado autor de um crime em adição às consequências de um delito era, então, o seguinte:

- a) o não reconhecimento como lícita da situação criada por tal crime;
- b) a falta de ajuda ou assistência na manutenção da situação criada pelo crime;
- c) o juntar de esforços dos outros Estados no financiamento da ajuda mútua para o prosseguimento das obrigações anteriores.

Estas medidas deviam obedecer ao procedimento do Capítulo VII da CNU.

O que acrescentaria ao regime de responsabilidade por crimes seriam as sanções colectivas, isto porque, tratando-se de um interesse colectivo, mais direitos de intervenção teriam todos os Estados. A solução residiria num sistema de segurança colectivo, o equivalente à *actio popularis*, com mais probabilidades de sucesso a nível regional. Permaneciam, no entanto, imensas dúvidas sobre a extensão dos direitos a reconhecer aos Estados que só sofreram danos indirectos, para além das críticas que realçaram a inexistência de um órgão judicial ou executivo que decidisse se se estava perante um crime, que medidas se deveriam tomar e quem as poderia aplicar ⁽⁵²⁾ ⁽⁵³⁾ e a fragilidade das posição da ONU.

⁽⁵¹⁾ Weil, *ob. cit.*, p. 30 ss.; sobre a evolução do costume e normas convencionais *vide ibidem*, p. 34 ss.

⁽⁵²⁾ Para críticas mais completas sobre a aplicação de sanções na ordem jurídica internacional *vide* Quigley, *ob. cit.*, p. 127, 134 ss.; e 143 ss.; Marek, *ob. cit.*, p. 478 ss.; Pintos, *ob. cit.*, p. 369 ss. e 376.

⁽⁵³⁾ Pierre-Marie Dupuy, “Action Publique et Crime International de l’Etat: a propos de l’article 19 du Project de la Commission du Droit International sur la responsabilité des Etats”, AFDI,

Estas lacunas da ordem jurídica internacional faziam vários autores temer os abusos dos Estados com mais poder militar e económico que, em nome de altos valores, se arrogariam a função de “*policia internacional*”⁽⁵⁴⁾, embora se tivesse igualmente de lembrar que algumas acções empreendidas por Estados ‘terceiros’ tinham como base pedidos ou autorizações de Organizações Internacionais. Pôs-se a hipótese de atribuir ao CS ou ao TIJ as competências relacionadas com a responsabilidade criminal dos Estados. Porém, o primeiro seria facilmente movido por motivos políticos e o segundo seria paralisado pela previsível falta de sujeição pela maior parte dos Estados à sua jurisdição⁽⁵⁵⁾. Como já referimos *supra*, a evolução recente do Direito Internacional permitiu a aprovação do Estatuto de Roma e a criação do Tribunal Criminal Internacional, pelo que se registou um desenvolvimento positivo, pelo menos em relação aos indivíduos. Subsistem, no entanto, e quem sabe por quanto tempo, a maioria das críticas e dúvidas expressas pela comunidade jurídica internacional no que diz respeito à responsabilidade criminal dos Estados.

Temos já observado conflitos envolvendo ilícitos internacionais em que foram aplicadas sanções por vários Estados não directamente afectados pela violação — a *actio popularis*. São os casos das medidas tomadas contra a União Soviética após a invasão do Afeganistão, contra o Irão devido ao tratamento de diplomatas Americanos feitos reféns, contra a Polónia pelo estado de guerra provocado pelo General Jaruzelski e contra a Argentina no caso das Malvinas.

Trataram-se sempre de medidas económicas (que não têm tão pouco êxito como às vezes se proclama), políticas e diplomáticas tomadas por uma grande parte dos membros da ONU e por algumas Organizações Internacionais (ONU, UE, etc.), revelando uma vontade punitiva⁽⁵⁶⁾. A convergência entre as fraquezas endémicas das instituições internacionais⁽⁵⁷⁾ especialmente da ONU, as evoluções normativas e as práticas políticas internacionais acabaram por proporcionar

XXV, 1979, p. 541 ss., 544 ss., 551 ss., e sentenças aí referidas; Pierre-Marie Dupuy, “Observations sur le ‘crime international de l’Etat’”, RGDIP, Tome LXXXIV, 1980, p. 469 ss. e 479 ss.; Thierry, *ob. cit.*, p. 104 ss.

(54) Weil, *ob. cit.*, p. 33; Pierre-Marie Dupuy, “Observations sur la pratique recente des ‘sanctions’ de l’illicite”, RGDIP, 1983, p. 543 ss.

(55) Pedaye, *ob. cit.*, p. 32; Pierre-Marie Dupuy, “Observations sur le ‘crime international de l’Etat’”, RGDIP, Tome LXXXIV, 1980, p. 477.

(56) Para uma análise mais profunda destes conflitos *vide* Pierre-Marie Dupuy, “Observations sur la pratique recente des ‘sanctions’ de l’illicite”, RGDIP, 1983, p. 506 ss.; para exemplos de sanções *vide* Focarelli, “Le Contromisure pacifiche collective e la nozione di obblighi erga omnes”, Rivista DI, 1/1993, p. 54-61.

(57) Brierly, “O Direito Internacional”, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.ª edição, Lisboa, p. 355 ss. e 384 ss.; Barbosa de Melo e Canelas de Castro, “Direito Internacional Público II. Sumários das Lições ao 5.º ano Jurídico de 1988/1989, Coimbra, 1989 (policopiado), p. 8 ss.

a efectivação de um sistema colectivo de contra-medidas. Apesar de se encontrarem nestas situações procedimentos similares aos previstos pela CNU (constatação e qualificação do acto ilícito, emissão das medidas e sua execução), não se supera o defeito de representatividade institucional que o grupo de Estados sancionadores tem para poder agir licitamente como mandatários directos. O conflito Iraque-Kuwait veio contribuir para uma importante evolução nesta matéria: pela primeira vez na história da ONU o CS accionou de forma imediata e eficaz o sistema de sanções económicas previsto no Capítulo VII da CNU ⁽⁵⁸⁾. Não se trata, obviamente, do suficiente para se pensar que afinal a sociedade internacional está preparada para enfrentar os crimes internacionais, visto que, quer no caso citado, quer no caso das recentes invasões do Afeganistão e Iraque, o direito de auto-defesa colectiva (se algum houvesse) foi, sem dúvida, exercido fora dos limites impostos pela ONU. No entanto, tendo em conta a existência dos Tribunais Criminais Internacionais para a ex-Jugoslávia ⁽⁵⁹⁾ e o Rwanda e do Tribunal Especial para a Serra Leoa ⁽⁶⁰⁾ assim como do Tribunal Criminal Internacional, pode-se, pelo menos, acreditar que é possível aplicar convenientemente um regime de responsabilidade internacional criminal ⁽⁶¹⁾.

Quanto à protecção diplomática, também se podem apontar algumas evoluções. Esta instituição está hoje em declínio ⁽⁶²⁾: é mal acolhida pelos países em vias de desenvolvimento por considerarem que ela serve sobretudo as grandes potências; a faculdade dada aos particulares de recorrerem directamente a juris-

⁽⁵⁸⁾ Para um maior desenvolvimento sobre o conflito Iraque-Kuwait e funcionamento do sistema de segurança colectivo *vide* Graefrath e Mohr, "Legal Consequences of an act of Agression: The Case of the Iraqi Invasion and Occupation of Kuwait", *Austrian Journal of Public and International Law (AJPI)*, 1992.

⁽⁵⁹⁾ Para mais pormenores sobre a criação e funcionamento do tribunal e considerações mais extensas sobre a evolução nesta matéria *vide* Theodor Meron, "War Crimes in Yugoslavia and the development of International Law", *AJIL*, January-1994, Vol. 88, n.º 1, e Alain Pellet, "Le Tribunal Criminel International pour L'ex-Yugoslavie — Poudre aux yeux ou avancée décisive?", *RGDIP*, Paris, 1994.

⁽⁶⁰⁾ Tratam-se de tribunais criados *ad-hoc* pela ONU para julgar os crimes cometidos por indivíduos nos referidos países e no âmbito de conflitos específicos.

⁽⁶¹⁾ Para um maior desenvolvimento sobre a invasão do Afeganistão e do Iraque, *vide* G. Abraham e K. Hopkins, "Bombing for Humanity: the American Response to the 11 September Attacks and the Plea of Self-Defence", *The South African Law Journal*, Vol. 119, Part 4, 2002, p. 783-801; Byers, "Terrorism, the Use of Force and International Law After 11 September", *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, Part 2, April 2002, p. 401-414; Foley, "US Campaign Against Afghanistan Not Self-Defense Under International Law", <http://www.counter-punch.org/foley1.html>, November 6 2001; Cassese, "Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law", *European Journal of International Law*, Volume 12, Number 5, November 2001, p. 993-1001.

⁽⁶²⁾ Thierry, *ob. cit.*, p. 111 ss.

dições arbitrais, de acordo com a Convenção sobre a Resolução de Conflitos Relativos a Investimento entre Estados e cidadãos de outros Estados ⁽⁶³⁾, implica a renúncia ao exercício da protecção diplomática (art. 27.^o); a jurisprudência do TIJ tende igualmente a restringir o campo de protecção diplomática, como nos casos *Nottebohm* e *Barcelona Traction*.

III. CONCLUSÃO

A evolução das relações internacionais, a extensão da cooperação entre Estados, o aumento da complexidade dos compromissos entre sujeitos de Direito Internacional, assim como os progressos técnico-científicos que vivemos, impõem a intensificação dos esforços na regulamentação apropriada dos problemas da responsabilidade dos Estados, de maneira que se assegure mais firmemente o respeito pelos princípios e normas do Direito Internacional e das obrigações assumidas ⁽⁶⁴⁾. A ordem internacional é extremamente frágil, como as recentes invasões do Afeganistão e Iraque nos vieram mostrar à exaustão. Espera-se, porém, que essa mesma ordem seja, pelo menos, suficiente para garantir um mínimo de segurança e respeito nas relações internacionais. A vigilância impõe-se para que os progressos do Direito Internacional, em si próprios positivos, não tenham um efeito perverso e contribuam para a desintegração da ordem jurídica internacional ⁽⁶⁵⁾. Em nome de intenções generosas, o Direito Internacional pode estar a virar-se contra si próprio. Como WEIL ⁽⁶⁶⁾ nos lembra, “*ainda é altura para os juristas reagirem*”!

⁽⁶³⁾ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>.

⁽⁶⁴⁾ Diaconu, *ob. cit.*, p. 369.

⁽⁶⁵⁾ Marek, *ob. cit.*, p. 483.

⁽⁶⁶⁾ Weil, *ob. cit.*